Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
Edición 2004

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
Edición 2004

Tomo II

Konrad Adenauer Stiftung

© 2004 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG A.C.

10ª edición

Editor
Konrad-Adenauer-Stiftung
Asociación Civil
Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804
11100 Montevideo, Uruguay
Tel.: (#598-2) 902-0943 / 902-3974
Fax: (#598-2) 908-6781
E-mail: rspkas@adinet.com.uy
www.kas.de

Casa central en Alemania:
Tiergartenstrasse 35
D-10785 Berlin
República Federal de Alemania
Tel.:(#49-30) 269 96 453
Fax:(#49-30) 269 96 555

Director
Jan Woischnik

Asistentes de Redacción
Rosario Navarro
Manfred Steffen

Correctora
María Cristina Dutto

ISSN 1510-4974

Impreso en Mastergraf
Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*
11800 Montevideo, Uruguay

Depósito legal 332.052 - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

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

Índice

TOMO I

Prefacio 9

I. Los tribunales constitucionales

Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho
Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia) 15

El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales
Ricardo Haro (Argentina) 41

La generación del Tribunal Constitucional
Lautaro Ríos Álvarez (Chile) 75

La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa
Luis López Guerra (España) 85

La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad
Evelyn Haas (Alemania) 101

El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania
Rainer Grote (Alemania) 139

II. Derecho procesal constitucional

El debido proceso constitucional
Juan Colombo Campbell (Chile) 157

Amicus curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso
Víctor Bazán (Argentina) 251

Caso *San Luis*: una sentencia justa que protege la propiedad
y preserva la supremacía de la Constitución
Mario A. R. Midón (Argentina) 281

Justicia constitucional y cosa juzgada
Pablo Dermizaky P. (Bolivia) 291

Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional
Jesús M. Casal Hernández (Venezuela) 299

Hacia una vinculación objetiva de los institutos jurídicos.
Argumentos en contra de consideraciones inapropiadas en el derecho
Andreas Timmermann (Alemania) 327

III. La organización del Estado

Hacia una agenda de cambios consensuados inmediatos
a la Constitución de 1999 para la profundización de la democracia
Carlos M. Ayala Corao (Venezuela) 355

El proceso de reforma constitucional en Bolivia
Hugo San Martín Arzabe (Bolivia) 367

Teoría y práctica del control político.
El juicio político en la Constitución ecuatoriana
Hernán Salgado Pesantes (Ecuador) 381

Las relaciones entre Gobierno y Parlamento:
la particularidad del régimen presidencial en el Perú
Francisco José Eguiguren Praeli (Perú) 407

La descentralización en España y la autonomía
política de los entes territoriales
Fernando Flores Giménez (España) 429

Instrucciones para la presentación de los trabajos 439

TOMO II

IV. Derechos y garantías individuales

Derechos y contraderechos (a propósito de la violencia urbana)
Néstor Pedro Sagüés (Argentina) 451

La libertad de expresión en la Constitución mexicana
Miguel Carbonell (México) 465

La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya
Martín J. Risso Ferrand (Uruguay) 497

El derecho al goce de un ambiente adecuado en el marco constitucional de Argentina y Uruguay
María Victoria Pereira Flores (Uruguay) 531

Acceso a la información pública en Argentina
Miguel Julio Rodríguez Villafañe (Argentina) 575

Bilingüismo y multilingüismo en Iberoamérica (con especial referencia al caso del Perú)
Domingo García Belaunde (Perú) 599

V. Derecho regional e internacional de los derechos humanos

La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos
César San Martín Castro (Perú) 611

La protección de la identidad de las fuentes periodísticas a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los estándares de sus órganos de aplicación
Luis M. García (Argentina) 635

La producción jurídica de los órganos de control internacional de los derechos humanos como fuente del derecho nacional. Fuentes *universales y americanas*
Rolando E. Gialdino (Argentina) 679

Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán
Roland Bank (Alemania) 721

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
Norbert Bernsdorff (Alemania) 735

Lineamientos europeos para el proceso penal (alemán). Análisis con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el período 2000-2003
Kai Ambos (Alemania) 761

Orientaciones político-criminales y reforma constitucional
José Luis Guzmán Dalbora (Chile) 801

Adaptación del derecho penal nacional con motivo
de la implementación del Estatuto de Roma.
Algunas consideraciones acerca de la desaparición forzada
Christoph Grammer (Alemania) 815

VI. Derecho internacional público

Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario
Pablo Dermizaky P. (Bolivia) 831

El derecho procesal constitucional supranacional. Una aproximación
Carlos A. Morales-Paulín (México) 845

El derecho internacional ante una posible
"preconstitucionalidad" mundial
Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina) 859

La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak
Héctor Gros Espiell (Uruguay) 877

Intervenciones militares cautelares *(preemptive strikes):*
¿una nueva realidad de la política de seguridad?
Karl-Heinz Kamp (Alemania) 889

Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción
en el ámbito de la Unión Europea
Miguel Ángel Iglesias Río (España),
Teresa Medina Arnáiz (España) 905

VII. Derecho de la integración

La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia
de la Comunidad Andina
Ricardo Vigil Toledo (Ecuador) 939

Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación
del poder tributario del Estado
César Montaño Galarza (Ecuador) 949

El proceso de integración centroamericana y la globalización
Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua) 995

El proceso prejudicial en la Unión Europea
Kurt Riechenberg (Luxemburgo) 1011

Instrucciones para la presentación de los trabajos 1025

IV. Derechos y garantías individuales

- *Néstor Pedro Sagüés (Argentina)*
  Derechos y contraderechos (a propósito de la violencia urbana)

- *Miguel Carbonell (México)*
  La libertad de expresión en la Constitución mexicana

- *Martín J. Risso Ferrand (Uruguay)*
  La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya

- *María Victoria Pereira Flores (Uruguay)*
  El derecho al goce de un ambiente adecuado en el marco constitucional de Argentina y Uruguay

- *Miguel Julio Rodríguez Villafañe (Argentina)*
  Acceso a la información pública en Argentina

- *Domingo García Belaunde (Perú)*
  Bilingüismo y multilingüismo en Iberoamérica (con especial referencia al caso del Perú)

Néstor Pedro Sagüés (Argentina) *

Derechos y contraderechos (a propósito de la violencia urbana) **

I. Introducción. La seguridad personal como derecho humano

El derecho a la seguridad personal es un típico derecho humano, generalmente de raigambre constitucional pero también de alcurnia supranacional, en el sentido de que está reconocido por una serie de instrumentos internacionales.

Por ejemplo, así figura en el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948), cuando indica que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a "la seguridad de su persona". El derecho "a la libertad y seguridad personales" se repite en el artículo 9º de la Declaración Universal de Derechos Civiles y Políticos. A su turno, el Pacto de San José de Costa Rica repite una expresión parecida, en su artículo 7, inciso 1º. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial es todavía más explícita, al señalar en su artículo 5º, inciso *b*, que toda persona, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, tiene derecho "a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución".

En su versión restringida, el derecho a la seguridad personal parece vincularse al derecho a la integridad física, en el sentido de tutelar al individuo contra daños a su cuerpo. Pero en una acepción más amplia comprende también la protección frente a otros ataques conexos, como privaciones o perturbaciones a la libertad ambulatoria, atracos, invasiones a su domicilio, atentados sexuales y, en general, amenazas o intimidaciones

---

* Catedrático titular de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires y Universidad Católica Argentina, donde es director del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional.

** Originalmente publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, t. 186, pp. 827 y ss. La actual versión incluye modificaciones.

que impidan a un ser humano disfrutar de su *derecho a la tranquilidad*, sin temer lesiones a su persona o a sus bienes. Ese amparo tiende a llamarse *seguridad pública*.[1]

Queda claro, entonces:

a. Que el derecho a la seguridad personal es un derecho honda y estructuralmente *humano*, algo estrechamente vinculado a la dignidad de la persona, un derecho básico y fundamental, de tipo innegable.
b. Que opera como una suerte de "derecho fundante" valioso tanto por sí mismo como porque posibilita el goce de otros derechos. De no haber garantías respecto de la integridad personal, por ejemplo, raro es que puedan ejercitarse otros derechos como los políticos, circular libremente, ser propietario, emitir libremente ideas, practicar un culto, etcétera.
c. Que respecto del Estado, cabe exigirle roles *preventivos*, en el sentido de impedir agresiones contra las personas o sus bienes, como también roles *represivos* (de sanción para quienes infrinjan el referido derecho a la seguridad personal). Implica igualmente para el Estado *deberes de acción*, como los ya señalados, *y de omisión* (no atacar a las personas). Desde esta perspectiva es un derecho multioperativo.
d. Que es un derecho *bifronte*, en el sentido de que se dirige tanto contra las autoridades públicas como a los particulares, quienes deben, por su parte, respetar la seguridad de sus semejantes.

No obstante su condición de derecho humano fundamental, innegable, fundante, bifronte y multioperativo, el derecho a la seguridad personal (que exige también, como vimos, seguridad pública) es contrastado por una realidad cotidiana que lo rechaza, desmiente y cuestiona. Su vigencia, en particular en lo que hace al ámbito urbano, choca con un incremento de la delincuencia respecto de los delitos contra las personas, la honestidad y la propiedad; la ínfima cantidad de casos penales efectivamente resueltos y con condena; el aumento de policías y custodios agredidos o asesinados; la toma de rehenes y la disminución en la edad de los delincuentes.[2] Como

---

[1] Sobre la descripción del concepto de seguridad pública y sus variables nos remitimos a nuestros *Elementos de derecho constitucional*, t. 2 , 3ª ed., Astrea, 1999, Buenos Aires, pp. 374-5.

[2] Algunos datos son harto llamativos. Por ejemplo, en Argentina, "sólo una de cada mil personas que delinquen son alcanzadas por el sistema penal". En la provincia de Buenos Aires, en 1990, hubo 234.502 delitos, y en 1997 fueron 399.638. El 63% de las víctimas de delitos contra la propiedad no los ha denunciado. En 1996 hubo 6.180 condenas y en 1998 solamente 4.311. En la ciudad de Buenos Aires, cerca de 80.000 personas usurpan terrenos fiscales. Existen quince "villas de emergencia": asentamientos ilegales, cerrados e impenetrables. De acuerdo con un informe de la Fundación Mediterránea referido al país, por cada punto que aumenta la tasa de desempleo, el delito se acrecienta en un 0,39%. Otras fuentes acreditan que la mitad de los condenados tiene menos de 30 años y el 80% apenas terminó la escuela primaria. El 50% de los sentenciados asegura que delinquió por razones de lucro. Como dato ilustrativo, Gustavo Palmieri apunta asimismo: "En la ciudad de Buenos Aires hay más policías por habitante que en Nueva York. Por la desconfianza en las instituciones, sólo se denun-

contrapartida surge otro problema por cierto preocupante: el retorno en muchos casos a la "justicia privada", ejecutada (ante la ineficacia de los roles preventivos y represivos que debería haber cumplido el Estado) por las víctimas o por sus deudos.

II. "Legitimación" de las agresiones. Aspectos psicosociales

En los últimos lustros las agresiones a la seguridad personal no sólo han crecido cuantitativamente sino que intentan cubrirse con un barniz de justificación que principia por la convicción personal del agresor, en el sentido de que lo que está haciendo no es algo reprochable.

Si aplicamos aquí en parte el esquema de Albert Bandura (que, si bien refiere a la legitimación de actos terroristas, entendemos también útil para comprender la agresión común hacia la seguridad personal), veremos que esos conductos de legitimación del hecho agresivo operan para: a) eliminar los mecanismos de freno o autocontrol del sujeto agresor; b) bloquear los dispositivos de autosanción del autor de tales conductas destructivas. Por ambas rutas, y gracias a tal doble "desconexión moral", el agresor encuentra (de modo consciente o subconsciente) justificativos tanto para superar las barreras internas que normalmente le impiden violar la seguridad personal del prójimo, como para después no sentirse culpable de su acto.[3]

Los dispositivos aludidos se aplican en dos niveles diferentes:

1. En cuanto a la conducta reprensible

a. *Justificación moral de la agresión.* Cuando ello se logra, el sujeto agresor entiende que su acto es bueno, por más que la norma jurídica lo condene. "Lo que es culpable —escribe Bandura— puede hacerse honorable a través de una reinterpretación cognoscitiva". Un argumento corrientemente utilizado es el de las penurias económicas, que justificarían hurtos y robos, primero para comer y después, en algunos casos, simplemente como medio de vida.[4]

---

cia el 30% de los delitos, se empieza a investigar un 10% de ese 30%, y apenas se resuelve el 10% del anterior 10%". Cf. diario *La Nación*, Buenos Aires, 6.12.1999, pp. 11 y 12. Sugerimos también consultar a Elías Carranza (coord.), *Delito y seguridad de los habitantes*, Siglo XXI, México, 1997, pássim, y Autores varios, *Derechos humanos, proceso penal y seguridad ciudadana*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, s/f, pássim.

[3] Cf. Albert Bandura, "Mecanismos de desconexión moral", en Walter Reich y otros, *Orígenes del terrorismo. Psicología, ideología, teología, estados mentales*, trad. por Sergio Bolaños, Pomares-Corredor, Barcelona, 1994, pp. 173 y ss. Hemos modificado parte del plan expositivo de este autor.

[4] En un reciente y sonado caso (octubre de 1999) de asalto al Banco de la Nación Argentina, en Ramallo (provincia de Buenos Aires), uno de los delincuentes, entrevistado telefónicamente por periodistas, expresó que asaltaba el banco para proveerse de medios que le permitieran vivir bien y evitar volver a la cárcel.

b. *Comparación paliativa (o ventajosa).* Aquí el agresor legitima su comportamiento juzgándolo nimio, o disculpable, si se lo coteja con otros delitos más graves (generalmente, de *cuello blanco*) que permanecen impunes (por ejemplo, grandes negociados, sobornos, contrabandos o desfalcos perpetrados por altos funcionarios públicos o por importantes empresarios, macroevasiones impositivas, "vaciamientos" y desaparición de fondos realizados por directivos bancarios, etcétera).

c. *Etiquetado eufemístico.* En esta variable legitimatoria, el agresor disimula la gravedad de su acto denominándolo de otro modo. Así, en lugar de *asesinar* o de *matar*, dirá *enfriar*, *borrar* o *despenar*. En vez de *usurpar* preferirá decir *ocupar*. En reemplazo de *robar* dirá *limpiar*, *hacer* (a alguien) o algo parecido. El artilugio lingüístico sirve así para exculpar o minimizar el acto lesivo.

d. *Desplazamiento de responsabilidades.* Conforme con esta estrategia, el agresor traslada la "culpa" del acto dañoso a otro sujeto, generalmente el Estado (quien vendría, por ejemplo, a ser responsable, por su deficiente política económica, de los asaltos y demás atentados contra la propiedad que habitualmente se cometen). En el caso del *síndrome de Estocolmo*, los rehenes del asalto a un banco terminaban por culpar de su situación no a los ladrones que los habían secuestrado, sino a la policía que no encontraba una solución a los reclamos de los delincuentes.[5]

En otros casos se responsabiliza a la sociedad en general (dividida, en un planteo marxista y anarquista de lucha de clases, entre sectores explotadores y explotados, encontrándose entonces los segundos autorizados para proceder contra los primeros). Un ejemplo evidente de esto último fueron las palabras de Émile Henry, autor del atentado al café Terminus, en París, que al cobrar decenas de muertos y heridos entre clientes —de clase media y alta— que se encontraban en el lugar, sostuvo ante los tribunales la célebre tesis de "no hay inocentes".[6] En sentido similar se ha afirmado que el robo, en definitiva, no es más que un procedimiento de redistribución de la riqueza.[7]

La responsabilidad social, en sentido amplio y global, puede justificarse entendiendo que el agresor está condicionado en su comportamiento por factores familiares, económicos, culturales, religiosos, costumbres y necesidades, etcétera, que determinan su comportamiento en un sentido o en otro, de tal manera que es aquella sociedad, y no él, la verdadera culpable de su andar delictivo. La responsabilidad del sujeto concreto tiende así a diluirse en toda la comunidad, mediante un proceso de

---

[5] Como recuerda Bandura (o. cit., p. 196), uno de los rehenes afirmó: "es la policía la que me está alejando de mis hijos".

[6] Cf. Joll James, *Los anarquistas*, trad. de R. Andreu Aznar, Grijalbo, Barcelona, 1968.

[7] Palabras de un asistente, abogado, al curso sobre derechos humanos y seguridad urbana, organizado en junio de 1999 en San José de Costa Rica por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, durante el diálogo público posterior a una conferencia pronunciada por el autor de este trabajo.

"difusión de responsabilidades". Se trata de una explicación de larga data, enunciada por Juan Jacobo Rousseau en su célebre tesis de que el hombre nace bueno, pero la sociedad lo convierte en malo.[8]

Emparentándose con la última posición, en otros casos la responsabilidad de la agresión es trasladada por el agresor directamente hacia la víctima. Así, el que tiene bienes es "culpable" del mero hecho de tenerlos[9] y, por ende, merece ser robado. Quien se opone a un atraco es "culpable" de su resistencia, y resulta entonces lógico el castigo —inmediato y violento— del agresor. Una mujer bonita es "culpable" de su belleza, y de ahí que se explique el abuso sexual del violador. En la mente del agresor, "las personas convertidas en víctimas no están completamente libres de culpa, porque con su comportamiento contribuyen en parte a su propia situación. Por ello, a las víctimas de las puede culpar por ocasionarse sufrimiento a sí mismas".[10]

2. En cuanto a los efectos perniciosos de la agresión

Producido el atentado a la seguridad personal, los engranajes autoexculpatorios del agresor pueden funcionar a través de la *minimización de las consecuencias* (convenciéndose, por ejemplo, de que la víctima no ha sufrido tanto, o de que puede recuperarse fácilmente) o simplemente por la *ignorancia de las consecuencias*, caso en que el agresor omite toda consideración sobre los problemas de las víctimas o de sus familiares, alternativa que implica un proceso de negación psíquica de tales problemas.

Otra ruta de autoexculpación estriba en *subhumanizar* o *deshumanizar a la víctima*. Si el agresor logra mentalmente transformar a su víctima, de un ser humano a un producto infrahumano despreciable y por ende agredible (*raza inferior*, *infiel*, *salvaje*, *gusano*, *cerdo*), simple proveedor de bienes y de satisfacciones (habitualmente patológicas) del atacante (obtenidos mediante la vulneración de la integridad de la víctima, o sustrayéndole dinero, perjudicándola en su honestidad, humillándola o hiriéndola, etcétera), esa elaboración de deshumanización es un excelente factor de autodesinhibición primero y de autoexculpación después.[11]

Uno de los casos límite en ese proceso de cosificación de la víctima es el de la toma de rehenes. El rehén pasa de su condición original de *ser humano-sujeto* a la de *objeto*, en el sentido de que se convierte en un *medio* o simple herramienta *usada* para la satisfac-

---

[8] Sobre las ideas de Rousseau en torno a la corrupción del "buen salvaje" por la sociedad, en sus *Discursos* y el *Emilio*, véase Clemente B. Ros, *Derecho político*, 2ª ed., Sanna, Buenos Aires, 1953, t. 1, p. 228.

[9] La base de esta tesis puede hallarse en el pensamiento de Pierre J. Proudhon, para quien "la propiedad es un robo". Cf. Pierre Jean Proudhon, *¿Qué es la propiedad?*, trad. por Diego A. de Santillán, Americalee, Buenos Aires, 1946, p. 256; Horacio Sanguinetti, *Curso de derecho político*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 151.

[10] Bandura, o. cit., p. 198.

[11] Ibídem, p. 194.

ción de los objetivos —económicos, políticos, religiosos o los que fuere— del secuestrador, quien opera como propietario absoluto de esa herramienta. Tan "cosa" es el rehén que, de hecho, puede ser destruido (total o parcialmente) a voluntad de su detentador, si no se satisfacen los requerimientos que éste plantea a un tercero (generalmente, el Estado). Ya hemos visto que en la mente del secuestrador, a la cosificación que aludimos, se suma un ingenioso y perverso mecanismo de transporte de responsabilidades: si asesina al rehén, por ejemplo, el "responsable" de la muerte no sería él, sino la autoridad pública o el particular que no cumplió con sus exigencias.

III. Marco jurídico del debate. Su ideologización

El tema de la seguridad personal y de la seguridad pública, como cualquier otro importante del derecho, está inevitablemente ideologizado. Con referencia al caso argentino, en un reciente artículo Mariano Grondona advierte que el debate se encuentra profundamente enrarecido por tales perspectivas ideológicas, hoy agigantadas, ya que frente a la crisis de seguridad las posturas de izquierda, temerosas de volver a las violaciones a los derechos humanos y al terrorismo de Estado que ocurrieron durante los años setenta, se preocupan más que nada por los derechos de los acusados y tienden a restringir las facultades policiales, para no repetir los episodios del "gatillo fácil", de las torturas o de la "policía brava". En la vereda opuesta, los sectores de derecha, alarmados ante la impunidad de la delincuencia común, añoran en alguna buena medida tales etapas de mano dura y cruel, para cortar de cuajo la nueva escalada de violencia y de agresiones.[12]

La polarización de posiciones llega a extremos tales, en algunos casos, como sostener (por parte de algunos "hipergarantistas") que en definitiva no es tan malo, ante el fracaso del sistema judicial y penitenciario oficial, que poco o nada redime ni readapta a los condenados, preferir que los delincuentes queden libres (sea por un harto indulgente sistema de excarcelaciones o libertades condicionales, sea por un congelamiento de hecho —vía inacción— de los procesos criminales, para arribar así a situaciones de prescripción de la acción penal), en vez de que sean apresados y condenados. En la vereda opuesta, para los "maxirrepresores" rige también un *todo vale*, pero a la inversa, en cuanto justifican, v. gr., las ejecuciones policiales sumarias e *in situ* de asaltantes o agresores, el sadismo carcelario, las coacciones de cualquier tipo para lograr confesiones en comisarías, etcétera.

Desde luego, la hiperideologización del problema conspira contra su análisis sereno e imparcial. Debe quedar bien claro que existe el imperativo de combinar, en una

---

[12] Mariano Grondona, "Nadie iza la bandera de la victoria", en diario *La Nación*, Buenos Aires, 11 de abril de 1999. Sobre el riesgo ideológico en el problema, véase también Eugenio Raúl Zaffaroni, "Sistema penal y derechos humanos a diez años de una investigación", en *Memoria del Simposio Internacional Derechos Humanos y Justicia penal*, Emahaia, Toluca (México), 1998, pp. 37 y 38.

fórmula prudente, el derecho humano fundamental de todo habitante a su tranquilidad (respecto de su persona y de sus bienes), lo que significa, según se advirtió, derecho a que el Estado adopte políticas preventivas y represivas realmente idóneas, con el también derecho humano —asimismo, principal— de los acusados (y, en caso de que sean declarados culpables, de los delincuentes) a contar con un debido proceso y a ser tratados como personas. La satisfacción de ambos derechos no es de ningún modo una misión imposible aunque requiere, desde luego, *in limine*, la voluntad y la decisión política de cumplir con los dos objetivos, lo que significa buscar y hallar una respuesta jurídica en términos de bien común, que tradicionalmente actúa como un valor síntesis o armonizador entre intereses y valores que no siempre cohabitan pacíficamente.

Por cierto, es mucho más fácil y tentador adoptar medidas simplistas y extremas que satisfagan exclusivamente uno de aquellos derechos. Pero esa fórmula unilateral puede no ser fácticamente provechosa, ni axiológicamente válida, además de resultar jurídicamente incompleta, cuando no ilegal. El desafío actual estriba en combinar adecuadamente la insoslayable y necesaria protección de las futuras y actuales víctimas con las garantías de los presuntos agresores. Por supuesto que ello no impide adoptar medidas rigurosas, especialmente de corte preventivo, para impedir la realización de delitos —y, en su caso, repeler la violencia con la violencia (*vim vi repellere licet*) o adecuar el límite de la imputabilidad penal y el monto de las penas a las realidades del presente—. Lo que debe impedirse es que, so pretexto de tutelar a la seguridad personal, se reimplante otra variable de la inseguridad: la tortura, las detenciones y ejecuciones clandestinas, la condena a inocentes, la prepotencia o la arbitrariedad policial.

IV. Derechos y contraderechos

Uno de los asuntos que ha despuntado en el tema que nos ocupa es la aparición de una serie de argumentaciones que intentan minimizar los derechos de las víctimas que son objeto de ataque a su seguridad personal, con base en lo que podríamos llamar *doctrina de los contraderechos* o de los *antiderechos*.

En concreto: frente al *derecho* de una persona a su seguridad personal, a su libre circulación o a sus bienes, se contraponen ahora los “derechos”, que operan como *contraderechos*, de los agresores. Así, por ejemplo:

- al derecho a la integridad física y a los bienes de un individuo se enfrenta el “derecho” de un desocupado o indigente a asaltarlo y quitarle sus pertenencias, a fin de paliar la situación económica del segundo;
- al derecho de propiedad de una persona sobre su domicilio se opone el “derecho” de un *sin techo* o *homeless* a ocupárselo, a fin de obtener vivienda;
- al derecho personal y social de trabajar se encara el “derecho” de huelguistas a establecer *piquetes* por los que se impide a los no huelguistas acceder al lugar donde desempeñan tareas laborales;

– en situación similar, al derecho a moverse que tienen los directivos de un establecimiento se contrapone el "derecho" de los huelguistas a retenerlos en dicha empresa por un tiempo determinado; v. gr., mientras dure la ocupación que tales huelguistas han hecho del lugar;
– al derecho de una persona a circular libremente se opone el "derecho" de unos manifestantes a cortar calles o rutas, a fin de plantear reclamos, generalmente contra el Estado. Los requerimientos pueden versar sobre pretensiones económicas pero también políticas, exigir nuevas normas o simplemente protestar contra ciertas medidas gubernativas (o de particulares). El bloqueo, llegado el caso, puede conducir al encerramiento de quienes están o viven en un determinado sitio, si no pueden salir de él;
– al derecho de toda persona a su vida, bienes e integridad se enfrenta el "derecho" del menor no imputable a agredirla, partiendo del supuesto de que, al no ser tal menor condenable, su conducta termina impune, vale decir —para el común de la gente— lícita.

Resulta de interés averiguar los contornos del *contraderecho*.

a. La primera nota del contraderecho es que opera como factor bloqueante del derecho de un tercero. Así esgrimido, el contraderecho es una especie de inevitable *derecho dañoso*.
b. La segunda es que el contraderecho pretende en todo caso *valer más* que el derecho que ataca o vulnera. De tal modo, por ejemplo, procura afirmar que el derecho a expresarse o a reunirse de un piquete que corta una ruta es superior al derecho de los conductores de vehículos a circular; o que el derecho a acceder a una vivienda para quien no la tiene es mejor que el derecho del propietario de ésta a poseerla; o que el derecho a participar en una huelga debe ser entendido superior al derecho del que quiere trabajar. De tal modo, el antiderecho o contraderecho afirma ser un derecho *prevaleciente.*
c. Otra característica del contraderecho es que autoriza fácticamente la coacción física directa (en otros términos, y de ser necesario, la violencia) por parte de quien lo maneja. No recurre —desde luego— al auxilio oficial, sino que se instrumenta por la mano propia de quien lo alega. En los hechos goza, pues, de autoejecutividad.
d. El "contraderecho" funciona contra cualquiera, *erga omnes*, con independencia del responsable real de la situación que explicaría su ejercicio.

Así, no interesa quién ha provocado que alguien no posea casa habitación: el perjudicado podrá ocupar la que le parezca más adecuada para conseguir. A su turno, en el caso de los huelguistas, los causantes del hecho que origina la huelga no son los empleados no huelguistas, sino el empresario o el Estado, pero el piquete actuará contra los compañeros de trabajo que quieren laborar. A su vez, el eventual responsable de una crisis económica podrá ser el gobierno o un factor externo, pero el atraco

que consume el afectado por ella se puede dirigir contra toda persona ajena a ese nexo de causalidad. En el supuesto de los cortes de rutas o calles, los impedidos de circular tampoco fueron quienes motivaron la protesta que genera el corte. Es frecuente, al respecto, que el ejercitador del antiderecho actúe intencionalmente con ánimo de herir a su víctima inocente, dado que es el dolor de ésta (y su consecuente protesta) lo que puede auxiliarlo para conseguir sus objetivos finales y conmover así al verdadero responsable de su reclamo.

La diferencia entre la doctrina de los contraderechos y el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión consiste pues en que, mientras en este último la resistencia activa o pasiva se dirige contra el Estado, autor de la opresión, en el caso de los contraderechos la agresión a un derecho puede proyectarse sobre sujetos no autores de la situación conflictiva, o sea, contra terceros ajenos —inocentes— que no han causado el problema que afecta al agresor.[13]

V. Fundamentación jurídica del contraderecho. Crítica

El contraderecho pretende tener sustento jurídico.

a. Para ello puede recurrir a las cláusulas programáticas de una Constitución; por ejemplo, si ellas consagran el derecho al acceso a una vivienda digna, o el derecho a la vida (presuntamente perjudicado por una situación económica global negativa), a la salud, a la alimentación o a la huelga. También, desde luego, a las normas constitucionales que consagran la libertad de expresión (es el caso de los manifestantes bloqueadores de calles y otras vías de circulación). Por tanto, el contraderecho ensaya su metamorfosis como *derecho* (generalmente, constitucional) *inferido*, esto es, como conducta constitucionalmente amparada, deducible de algún derecho constitucional más amplio, que lo cubriría.[14]

---

[13] No obstante, si la cuestión se enmarca en la variable de la "responsabilidad tribal", o de la lucha de clases, quedaría excluida la hipótesis de terceros inocentes, ya que los propietarios de bienes, como los directivos de una empresa, pertenecerían a la clase "explotadora", mientras que los necesitados (titulares del "contraderecho") se insertarían en el sector de los explotados.

Pero algunas veces el "contraderecho" se ejerce contra sujetos que también pertenecen al sector social eventualmente explotado. Así, las víctimas de ocupaciones ilegales de inmuebles son, de vez en cuando, sujetos tan humildes como los ocupantes. Tampoco es raro, en lugares con población de bajos recursos ("villas miseria", "favelas", "pueblos jóvenes", etcétera), que pobres asalten a otros pobres.

[14] En el caso de los menores, su "derecho" a delinquir derivaría por ejemplo del artículo 40 numeral 3, inciso *a*, de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, cuando dispone que todos los Estados deben prever "el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales". Naturalmente, esta regla no establece jurídicamente un "derecho" en favor de los menores de esa edad mínima para cometer delitos, pero al impedir el castigo del menor que perpetra el crimen, la norma puede ser vivenciada o manipulada en el sentido de entender que dicho menor, al no poder ser jurídicamente castigado, tiene el "derecho" a quedar libre y, en definitiva, a cometer el acto ilícito en cuestión.

Prolongando ese discurso, el contraderecho intenta presentar la oposición entre él y el derecho del afectado como una suerte de *conflicto entre derechos*. Así, por ejemplo, derecho de A de contar con una vivienda, frente al derecho de B, propietario de una casa; el derecho de C de expresarse (cortando la ruta), contra el derecho de D de circular libremente; el derecho de E, de realizar una huelga, ante el derecho de F, de ir a trabajar; el derecho de G, de vestirse y alimentarse, frente al derecho del asaltado, H, de no ser agredido ni en su persona ni en sus bienes. En tal juego dialéctico, el antiderecho o contraderecho se *viste* de derecho y aspira a ser, como vimos, el derecho prevaleciente.

b. Además de su argumentación normativa, el contraderecho o antiderecho procura basarse en fundamentos extranormativos mucho más robustos, de corte supralegal y aun supraconstitucional, como los valores justicia, igualdad, solidaridad o cooperación, adaptados por ideologías de diverso cuño y en particular por las contestatarias del régimen político en vigor, es decir, por posiciones antisistémicas. Desde una perspectiva marxista muchos de estos antiderechos tienen así una explicación muy simple —v. gr., como herramientas de la lucha de clases—. En este esquema, en efecto, la agresión queda justificada no tanto como acto retributivo del explotado hacia el Estado explotador, sino del explotado contra la clase explotadora (de la que, en definitiva, el Estado sería una herramienta). A su turno, y siempre dentro del mismo marco ideológico, si el acto dañoso se proyecta contra otro oprimido —por ejemplo, si un marginado ocupa la casa de otro de similar condición—, el hecho podría explicarse por un estado de desesperación del primero de ellos, provocado por la clase dominante, que se proyecta, también por necesidad económica o por falta de concientización del primer marginado, sobre el segundo de ellos.

c. La postura que comentamos trata igualmente de asentarse (aunque extendiéndola con gran amplitud) en la doctrina penal del estado de necesidad del agresor, que para algunos no torna lícito el hecho en cuestión, sino que solamente implica una renuncia del Estado a la punición, como una especie de factor de exclusión de pena, mientras que para otros legitima en sí tal hecho, operando como causal de justificación.[15] El *hurto famélico*, precisamente, entraría en uno de esos supuestos, alternativa que configura para ciertos autores una causal de inimputabilidad.[16]

En la doctrina penal del estado de necesidad, en efecto, la conducta del sujeto activo, que consiste en causar un mal (menor) para evitar otro (mayor) inminente, se realiza con relación a un individuo (sujeto pasivo) que es perjudicado no obstante ser titular de un bien jurídico protegido por la ley.[17] Al respecto podría sostenerse que, si

---

[15] Cf. sobre el tema, Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1951, 1ª reimp., t. I, pp. 420, 423.

[16] Por ejemplo, Cf. Mario Oderigo, *Código penal anotado*, 3ª ed., Buenos Aires, 1965, p. 38.

[17] Precisamente, uno de los afiches pegados en muros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en noviembre de 1999, invitaba a una mesa redonda para analizar el tema de la

el robo para comer no es robo o bien es robo no castigable, tampoco debería serlo el que ocurre cuando quien hurta o roba se encuentra desocupado; o que quien ocupa una casa para vivir, careciendo de habitación, tampoco incurre en un acto punible; que quien para tornar efectiva una huelga impide trabajar a otro, o para realizar una manifestación no deja circular al prójimo, también se encuentran en algo parecido a un estado de necesidad que legitimaría su comportamiento.

Sin embargo, ese razonamiento es falaz. La doctrina penal del estado de necesidad no opera en términos abstractos o genéricos, sino que debe evaluarse y aplicarse en situaciones concretas y reales, donde efectivamente ocurra una situación de insoslayable necesidad. Debe partirse de un "mal" actual y específico, inmediato y seguro, que pretende superarse con el acto necesitado. Además, "si en lugar de la acción dañosa es posible, en el caso concreto y desde el punto de vista del sujeto (activo), otra acción inofensiva [...] no habrá estado de necesidad".[18]

Por ello, si bien es cierto que algunos actos de violencia urbana tienen sustento dentro del estado de necesidad (como los del hurto famélico, v. gr.), es evidente también que los robos que se perpetran para *comer* no son mayoría. Antes bien, el quehacer delictivo urbano actual contra la propiedad tiende a perfilarse generalmente como una "profesión" o medio habitual de vida para ladrones y asaltantes, muchos de los cuales operan como bandas organizadas, más que como un remedio para su déficit alimenticio. Al mismo tiempo, para realizar una huelga no es necesario impedir que otros trabajen, ya que el huelguista sólo tiene derecho a no trabajar él, pero no a obstaculizar que otros lo hagan. A su turno, el manifestante que corta una vía de circulación no puede alegar necesidad para ello, ya que puede manifestarse perfectamente sin bloquear el camino o calle del caso. El *homeless* podrá argüir en cierta situación excepcional un derecho a ampararse bajo un techo, y en ciertas circunstancias extremas podrá quizás alguna vez un estado de necesidad legitimar la usurpación transitoria que realice, pero ello no le da derecho a desplazar sin más el derecho de propiedad del dueño del inmueble, o el derecho a poseerlo que tiene el inquilino legítimo que lo moraba.

Detrás de todo lo expuesto para fundar jurídicamente la tesis de los contraderechos, en definitiva, emerge una suerte o variable espuria de *uso alternativo del derecho*,[19] en el sentido de manipular las reglas constitucionales con un sen-

---

ocupación (en verdad, usurpación) de casas-habitación, bajo el subtítulo interrogativo "¿Delito o necesidad?".

[18] Soler, o. cit., pp. 422, 424 y ss. Por lo demás, también debe tenerse en cuenta que la miseria funciona como atenuante en la pena a imponer por un delito, pero no quita a éste el hecho de ser tal: Oderigo, o. cit., p. 38.

[19] Sobre este tema nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 88 y ss., donde también desarrollamos la doctrina de la interpretación constitucional mutativa (pp. 58 y ss.).

tido frontalmente distinto al ideológicamente planeado por la Constitución. La conversión de un *derecho* constitucional de alguien (como el de vida, salud, acceder a una vivienda digna, de reunirse y expresarse libremente, de huelga, etcétera) en un *antiderecho* lesivo de los derechos de cualquier otro sujeto ("derecho" a robar, a asaltar, a ocupar inmuebles, a cortar rutas e instalar "piquetes", etcétera) importa una estrategia ideológica mutativa de la Constitución, o sea, una operación *contra constitutionem* basada, con cierta frecuencia, directa o indirectamente, en ideologías antisistémicas que intentan usufructuar, en su favor, el texto constitucional. Para consumar esa empresa, la tentativa exige cambiar el mensaje y el contenido del enunciado del derecho constitucional en juego, convertirlo después en un ariete contra otros derechos constitucionales, y declararlo derecho relevante, por sobre el o los derechos agredidos.[20]

Así, es innegable que el derecho de una persona a contar con una vivienda digna importa eventualmente un derecho público del habitante *contra* el Estado, a quien podrá demandarle el cumplimiento de la promesa constitucional, invocando aun inconstitucionalidad por omisión, si es que efectivamente el documento constitucional le otorga en concreto el inmueble,[21] pero ello no implica el derecho de apropiarse discrecionalmente de la vivienda de un particular, quien solamente podrá ser desplazado de ella —según la mayoría de las constituciones— por voluntad del Estado y previa indemnización. El derecho constitucional a alimentarse, cuando es enunciado en la ley suprema, es asimismo oponible al Estado y no genera el derecho a asaltar a los particulares, agredirlos o tomarlos de rehenes, ya que las víctimas están amparadas, a su turno, por los derechos constitucionales a la vida e integridad de sus personas y bienes. El derecho a reunirse y expresarse tampoco hace nacer el derecho a impedir que los habitantes ejerciten su derecho constitucional de circular libremente por el territorio nacional. El derecho de huelga, por su parte, no importa la negación del derecho constitucional de trabajar de quien no quiera participar del paro.

---

[20] Así, por ejemplo, del derecho constitucional a la huelga se deduce el "derecho" de formar piquetes para impedir (por medio de la fuerza) el acceso al lugar de trabajo de los empleados no huelguistas; y ese "derecho" al piquete se lo contrapone como "contraderecho" y se lo juzga preferido, o superior, al derecho (constitucional) a trabajar de los no huelguistas.

[21] Cf. sobre el tema, Víctor Bazán (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, con trabajos de Germán J. Bidart Campos, Néstor P. Sagüés, Francisco Fernández Segado, José J. Fernández Rodríguez, Jorge Miranda y Víctor Bazán. El tema es, desde luego, complejo, aunque en términos generales cabe advertir que la inconstitucionalidad por omisión requiere que el derecho haya sido enunciado claramente por la ley suprema como una obligación requerible al Estado en términos concretos (cabe diferenciar, por ende, a las cláusulas constitucionales programáticas precisas y otras indefinidas o de cumplimiento opcional por el gobierno), y el transcurso de un tiempo prudencial para que el Estado haya tenido oportunidad de instrumentarlas.

En conclusión, es verdad que el estado de necesidad puede en determinados casos exculpar ciertos actos delictivos lesivos de los individuos o de sus propiedades. Pero importa una perversión de la Constitución extraer de algunos derechos constitucionales *antiderechos* o *contraderechos* dañinos de la seguridad de las personas, o sea, de su tranquilidad, de su integridad física o de sus bienes.

Miguel Carbonell (México) *

La libertad de expresión en la Constitución mexicana **

I. Introducción

El artículo 6 de la Constitución mexicana contiene la libertad fundamental de expresión de las ideas en los siguientes términos: "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado".

La primera cuestión que llama la atención es que el texto parece dirigirse solamente a las autoridades administrativas y judiciales, pero no a las legislativas. Una regulación muy diferente se encuentra, por ejemplo, en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que establece: "El Congreso no hará ley alguna […] que coarte la libertad de palabra o de imprenta […]".

Ahora bien, en virtud de que la libertad de expresión está incorporada en varios tratados internacionales de derechos humanos que son derecho vigente en México, debe entenderse que la obligación de respetarla se extiende también a los poderes legislativos.

La libertad de expresión es una de las condiciones de existencia y de posibilidad de un régimen democrático; en otras palabras, es condición necesaria (aunque no suficiente, desde luego) para que se pueda considerar que en un determinado país hay democracia.

La posibilidad de que todas las personas participen en las discusiones públicas es uno de los bienes más preciados para una sociedad. Constituye el presupuesto para la construcción de una *racionalidad discursiva* (Habermas) que permita la genera-

---

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

** Este texto forma parte de un estudio más amplio, en curso de realización, sobre los derechos fundamentales en la Constitución mexicana.

ción de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también encauce la expresión de los disensos, que en democracia son tan naturales (y necesarios) como los acuerdos.

La deliberación pública realizada en libertad es una de las características de los modernos regímenes democráticos.[1] En palabras de Ignacio Villaverde, "en los Estados democráticos, la libre discusión es un componente jurídico previo a la toma de una decisión que afecta a la colectividad, e inexcusable para su legitimación […] Sin una discusión libre no es posible una realización cabal del Estado democrático".[2]

Es la libertad de expresión lo que permite la creación de la opinión pública, esencial para dar contenido a varios principios del Estado constitucional, como lo son algunos derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la información, el derecho de petición o los derechos en materia de participación política). La existencia de una opinión pública libre y robusta también es una condición para el funcionamiento de la democracia representativa.

El intercambio de opiniones e informaciones que se origina con la discusión pública contribuye a formar la opinión personal, la cual, al juntarse con las de los demás integrantes de la comunidad, conforma la opinión pública, que acaba manifestándose (a través, entre otros, de los canales de la democracia representativa) como voluntad *jurídica* del Estado.[3]

Respecto a la institución de la opinión pública, el Tribunal Constitucional español ha sostenido en una de sus primeras sentencias que, sin una comunicación pública libre, "quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática […] que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política".[4] En otro pronunciamiento, el mismo Tribunal califica a la opinión pública como una institución política fundamental, "indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático".[5] El Tribunal afirma: "El principio democrático […] presupone […] el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto de los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos".[6]

La Declaración francesa de 1789 recogió la libertad de expresión, en su artículo 11, con las siguientes palabras: "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede,

---

[1] Al respecto, Jon Elster (comp.), *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2000.

[2] Ignacio Villaverde, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, pp. 30-31.

[3] Ibídem, p. 18.

[4] Sentencia 6/1981.

[5] Sentencia 12/1982.

[6] Sentencia 159/1986.

por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley".

Consecuencia de la libertad de expresión es la prohibición de toda forma de censura, en un doble sentido: no se puede censurar a los interlocutores en cuanto sujetos dotados de la posibilidad de participar en los debates de la *res publica*, por una parte, ni tampoco censurar —al menos de forma previa— los contenidos posibles de la discusión; en principio, todos los temas son discutibles dentro de una democracia.

La no censurabilidad de los sujetos tiene un carácter prácticamente universal: nadie puede ser privado de la libertad de hablar y expresarse como mejor le parezca. La no censurabilidad de los contenidos, en cambio, si bien no opera de forma previa, sí encuentra algunas limitaciones; como toda libertad, se debe ejercer con responsabilidad.

La libertad de expresión y la prohibición de la censura previa no impiden que haya reglas para el ejercicio de dicha libertad; pero estas reglas deben ser tales que la libertad siga teniendo sentido. Como señala el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, "cuando un Estado Parte considera procedente imponer restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, éstas no deberán poner en peligro ese derecho en sí mismo".[7] Por ejemplo, no sería inconstitucional una regulación que estableciera el nivel máximo de decibeles que puede tener un concierto en un parque; pero sí lo sería si se prohibiera a quienes profesan cierta religión reunirse en ese mismo parque para hablar sobre sus creencias.[8]

También sería inconstitucional que una agencia del gobierno estableciera mecanismos calificadores de las publicaciones para efectos distintos a los de la protección de la infancia —por ejemplo, con objeto de considerar ciertos libros como obscenos, indecentes o impuros—, pues en tal caso, aunque la calificación no conlleve la prohibición directa de imprimir o vender tales obras, podría resultar en una pérdida no justificada de lectores y en un perjuicio ilegítimo para quienes los escriben, los producen y los venden.[9]

La prohibición de la censura previa no impide que el Estado pueda establecer un sistema de clasificación para las transmisiones de los medios de comunicación, para los espectáculos públicos o para ciertas publicaciones, tal como lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13.4 y como lo ha reconocido en una importante sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[10]

---

[7] Observación general número 10, 19º periodo de sesiones, 1983, párrafo 4; consultable en Carbonell, Pérez Portilla y Moguel (comps.): *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, CNDH, Porrúa, México, 2002, p. 269.

[8] El ejemplo está tomado de Rodney A. Smolla, *Free speech in an open society*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1992, p. 43.

[9] Éste fue el criterio de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Bantam Books vs. Sullivan*, resuelto el 18 de febrero de 1963.

[10] Caso *Última tentación de Cristo*, § 70. Sobre la regulación de la libertad de expresión en el derecho internacional de los derechos humanos, cf. el apartado 4 *infra*.

En un Estado democrático, no todas las expresiones pueden tener el mismo valor ni gozar, en consecuencia, de la misma protección constitucional. En España, el Tribunal Constitucional ha delineado a través de su jurisprudencia una escala de valores y de correlativas protecciones para distintos tipos de expresión.[11]

Así por ejemplo, el *insulto* y los juicios de valor formalmente injuriosos e innecesarios para la expresión de una idea, pensamiento u opinión carecen de protección constitucional. En otro peldaño se encuentran las *opiniones*, es decir, los juicios de valor personales que no sean formalmente injuriosos ni innecesarios para lo que se quiere expresar, aunque contengan "opiniones inquietantes o hirientes"; éstas estarían protegidas constitucionalmente por la libertad de expresión y podrían tener como contenido incluso la ironía, la sátira y la burla. En otro escalón se ubica la *información*, entendida como la narración veraz de hechos; estaría protegida como regla general, a menos que vulnere otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (por ejemplo, el honor o la intimidad). En otro nivel, la *noticia*, entendida como la narración veraz de hechos que tienen relevancia pública, ya sea por los hechos en sí mismos o por las personas que intervienen en ellos; las noticias contribuyen de manera destacada a la creación de la opinión pública libre. En el último peldaño se encuentran las *falsedades*, es decir, los rumores o insidias que pretenden disfrazarse a través de una narración neutral de hechos y que en realidad carecen por completo de veracidad.

No resulta fácil ubicar una expresión en la clasificación anterior; en particular, como señalan Bastida y Villaverde, hay una amplia zona gris, difícil de delimitar, entre las *informaciones* y las *falsedades*. Como se verá, muchas veces es complicado caracterizar el requisito de veracidad (que no de verdad, como mal lo ha entendido alguna tesis jurisprudencial en México) y sus contenidos a efectos de proteger la libertad de expresión.

Aspectos especialmente sensibles en cuanto a la regulación de la libertad de expresión surgen cuando interviene de alguna forma el Estado. Ese supuesto se puede actualizar cuando la libertad de expresión se ejerce en edificios o terrenos estatales, cuando se trata de propaganda gubernamental, cuando se regula la libertad de expresión de los empleados gubernamentales o cuando la libertad de expresión se ejerce por un particular o por un partido político con cargo a fondos públicos. En éstos y muchos otros supuestos similares, la regulación es necesaria y el contenido de la libertad de expresión, aunque pueda tener matices, debe ser mantenido.[12]

---

[11] Sigo la exposición de Francisco J. Bastida e Ignacio Villaverde, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 28-29.

[12] Smolla, o. cit., p. 44.

II. Los límites a la libertad de expresión

Las limitaciones a la libertad de expresión que menciona el texto constitucional en su artículo 6 son cuatro: los ataques a la moral, los derechos de tercero, cuando se provoque algún delito o cuando se perturbe el orden público. En virtud de la extrema vaguedad de los supuestos mencionados, su interpretación se debe realizar de forma restrictiva, porque de otro modo sería fácil conculcar en los hechos la libertad de expresión aduciendo un apoyo constitucional poco preciso.

Jesús Orozco Henríquez apunta que la ambigüedad de los límites a la libertad de expresión establecidos por el artículo 6, que tampoco han sido precisados por la legislación secundaria ni la jurisprudencia, ha "permitido su interpretación y aplicación arbitraria o caprichosa por parte de las autoridades judiciales y administrativas, así como, lo más grave, la abstención frecuente del ciudadano para expresarse por razón de la inseguridad jurídica prevaleciente".[13]

El caso de "la moral" (así, en singular) ilustra muy bien el carácter ambiguo y difícil de determinar del contenido del artículo 6 constitucional.[14] La interpretación que ha hecho de este término el Poder Judicial Federal pone de manifiesto su potencial inadecuación a un contexto democrático. La Corte ha dicho:

> […] Dado el carácter variable de la noción de buenas costumbres y de moral pública, según sea el ambiente o grado de cultura de una comunidad determinada, *es necesario dejar a los jueces el cuidado de determinar cuáles actos pueden ser considerados como impúdicos, obscenos o contrarios al pudor público. A falta de un concepto exacto y de reglas fijas en la materia de moralidad pública, tiene el juez la obligación de interpretar lo que el común de las gentes entienden por obsceno u ofensivo al pudor*, sin recurrir a procedimientos de comprobación, que sólo son propios para resolver cuestiones puramente técnicas.[15]

En otra tesis sobre las limitaciones a los derechos del artículo 6, haciendo referencia específica al derecho a la información, la Suprema Corte ha sostenido:

> DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD, COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS. El derecho a la información consagrado en la última parte del artículo 6º de la Constitución Federal no es absoluto, sino que, como toda garantía, se halla sujeto a limitaciones o excepciones que se sustentan, fundamentalmente, en la protección de la seguridad nacional y en el respeto tanto a los intereses de la sociedad como a los derechos de los gobernados […] así, en cuanto a la seguridad nacional, se tienen normas que, por un lado, restringen el acceso a la información en esta materia, en razón de que su

---

[13] "Libertad de expresión" en Varios autores, *Diccionario de derecho constitucional*, IIJ-UNAM, Porrúa, México, 2002, p. 361.

[14] Para comprender cabalmente las consecuencias de la utilización del término por la Constitución debe verse también el artículo 2 de la Ley de Imprenta; sobre el tema, Sergio López Ayllón, "Notas para el estudio de las libertades de expresión e imprenta en México", *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, IIJ-UNAM, 2000, México, pp. 546 y ss.

[15] *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Primera Sala, tomo LVI, p. 133.

> conocimiento público puede generar daños a los intereses nacionales y, por el otro, sancionan la inobservancia de esa reserva; por lo que hace al interés social, se cuenta con normas que tienden a proteger la averiguación de los delitos, la salud y la moral públicas, mientras que por lo que respecta a la protección de la persona existen normas que protegen el derecho a la vida o a la privacidad de los gobernados.[16]

De este último criterio —reciente, por cierto— llaman la atención varios aspectos. Uno de ellos es que la Corte inventa limitaciones que no se encuentran en el texto constitucional; tal es el caso de los "intereses nacionales" o el "interés social". Si hubieran leído a Ronald Dworkin se habrían enterado de que los derechos fundamentales son, justamente, *triunfos frente a la mayoría*, por lo que para limitarlos no es posible invocar ningún tipo de interés suprapersonal, a menos que dicho interés esté recogido en una norma del mismo rango que la que establece el derecho o que dicha limitación sea esencial para preservar otro derecho fundamental:

> Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio.[17]

En el mismo sentido, autores como Luigi Ferrajoli o Ernesto Garzón Valdés consideran que los derechos fundamentales conforman la esfera de lo no decidible por ninguna mayoría, puesto que constituyen una especie de "coto vedado", cuya limitación o afectación no se puede llevar a cabo (ni siquiera por unanimidad, dice Ferrajoli), y mucho menos por cuestiones tan etéreas como el "interés nacional" o el "interés social".[18]

Lo anterior, que vale para cualquier derecho fundamental, es especialmente importante en el campo de la libertad de expresión. Por ello algunos tribunales constitucionales han sostenido el "valor preferente" de tal libertad frente a otros derechos fundamentales. Es el caso del Tribunal Constitucional español, que entiende que la vinculación de la libertad de expresión con el pluralismo político le otorga "una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales".[19]

Francisco J. Laporta, recordando un argumento de Alexander Meiklejohn, escribe: "la libertad de expresión *no* es una libertad *más* que pueda ponerse en la balanza al lado de otras libertades posibles para pesarla y contrapesarla con ellas, prevale-

---

[16] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, tomo XI, abril de 2000, Tesis: P. LX/2000, p. 74.

[17] Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993, p. 37.

[18] Véase Luigi Ferrajoli, "Derechos fundamentales", "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho" y "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en Luigi Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, 2001; Ernesto Garzón Valdés, "Representación y democracia", en ídem, *Derecho, ética y política*, CEC, Madrid, 1993.

[19] Sentencia 104/1986.

ciendo en unos casos y quedando limitada en otros […] No es una entre otras libertades, sino el fundamento de todo el orden político".[20]

Laporta define la *posición preferente* del derecho a la información en materia de control de constitucionalidad como "aquella tendencia jurisprudencial que afirma que cuando el derecho a informar libremente entra en conflicto con otros derechos, aunque sean derechos fundamentales, tiende a superponerse a ellos. Esa posición es lo que explica que aspectos del derecho a la intimidad y al honor de las personas *públicas* deban ceder ante el interés de la información".[21] El Tribunal Constitucional español se ha referido a la posición preferente de la libertad de expresión ante otros derechos fundamentales en los siguientes términos:

> Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquélla goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado.[22]
>
> Si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y al honor con los que puede entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren, por las personas que en ellas intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. En este caso el contenido del derecho de libre información alcanza su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información.[23]

Otras limitaciones a la libertad de expresión derivan del artículo 3 constitucional, que, interpretado *a contrario sensu*, indica que la educación no podrá favorecer los privilegios de raza, religión, grupos, sexos o individuos. Esta disposición supone un límite para todos los que intervienen en los procesos educativos. El artículo 130 constitucional dispone que los ministros de los cultos religiosos no podrán oponerse, en los actos de culto o en publicaciones de carácter religioso, a las leyes e instituciones del país.[24]

Finalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José) establece en su artículo 13 que la ley deberá prohibir "toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constitu-

---

[20] "El derecho a la información y sus enemigos", en *Claves de razón práctica*, nº 72, Madrid, mayo de 1997, p. 14.

[21] Ibídem, p. 16.

[22] Sentencias 106/1986 y 159/1986.

[23] Sentencia 107/1988.

[24] Ernesto Villanueva, *Derecho mexicano de la información*, Oxford University Press, México, 2000, pp. 34 y ss.

yan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".[25]

III. Libertad de expresión y medios de comunicación

Del principio de libertad de expresión, algún pronunciamiento jurisprudencial ha deducido el derecho a crear medios de comunicación, si bien de forma limitada. Se trata del siguiente criterio:

> LIBERTAD DE EXPRESIÓN. RADIODIFUSORAS. CONCESIONES. Conforme al artículo 6º constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa. Ello se deriva de que, conforme a la filosofía que inspira nuestra Constitución, el individuo tiene una esfera de derechos que la autoridad no puede tocar, y esa esfera incluye la libertad de expresión, de comunicarse ideas. […] Ahora bien, la libertad constitucional de expresar ideas debe incluir necesariamente la libertad constitucional de utilizar libremente todos los medios de expresión, sean palabras o conductas, en cuanto puedan difundir ideas. Y esto incluye necesariamente también los medios masivos de difusión. Pues *sería absurdo, en la sociedad contemporánea, que sólo la palabra hablada o escrita en forma individual estuviera constitucionalmente protegida, dejando al arbitrio o monopolio de las autoridades el uso, a su antojo, de los medios masivos de comunicación modernos, como son la prensa, el radio y la televisión*. Y así como sería tiránico pensar que la autoridad legislativa secundaria o que la autoridad administrativa pudiesen limitar el número de publicaciones en el país, o en una región del país, a título de proteger económicamente a los empresarios de las publicaciones limitativamente permitidas, con lo que se favorecería un monopolio de la información, así también *resulta contrario a la libertad constitucional, en principio, que se limite el uso de los canales de radio y televisión con vista a proteger el interés mercantil de las emisoras limitativamente permitidas*. Sin embargo, como por las características de estos medios de comunicación, el número de canales utilizables tienen un límite técnico, es claro que el Congreso puede reglamentar el uso de esos canales, y concesionarlo, ya que se trata, además, del uso del espacio territorial y del medio en que se propagan las ondas electromagnéticas, como lo afirma el artículo 1º de la Ley de Radio y Televisión. Y como esos medios masivos de comunicación constituyen una actividad de interés público, el Congreso y las autoridades administrativas deben vigilarla y protegerla, para el debido cumplimiento de su función social. […] Lo que las autoridades deben combatir es el monopolio monocromático de esos medios masivos de comunicación. Y *la única razón para prohibir el uso de nuevos canales, o para cancelar las concesiones y permisos de canales en uso, será el evitar que se forme un monopolio que coarte la libertad de expresión, o impedir que los canales utilizables queden en manos de personas poco serias, que pudieran atacar indebidamente la moral o atacar indebidamente la vida privada de las personas, cuando esas personas no sean públicas y cuando los ataques no tengan justificación constitucional*. Entender de otra forma la intención de la ley en el otorgamiento de concesiones y permisos, sería

---

[25] Un repaso a los instrumentos internacionales en la materia puede verse en Jorge Carpizo, "Constitución e información", en ídem, *Nuevos estudios constitucionales*, IIJ-UNAM, Porrúa, México, 2000, pp. 403 y ss.

darle un contenido contrario a las disposiciones del artículo 6º constitucional. Por otra parte, cuando se va a otorgar una concesión, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes debe hacer los estudios pertinentes, que deben referirse a los requisitos legales a satisfacer, a la seriedad de la instalación y de su programación y funcionamiento, y sobre todo, a que no se constituyan monopolios monocromáticos de tan importantes medios masivos de difusión, pues aun las estaciones comerciales difunden una ideología ciertamente, de manera directa o indirecta, al través del contenido de sus programas y anuncios. Y ese estudio que formulen las autoridades debe darse a conocer íntegramente a las personas e instituciones que pudieran resultar afectadas, para que estén en oportunidad real de presentar sus objeciones […] Por último, sobre esas objeciones las autoridades deben resolver en forma fundada y motivada, pues el artículo 16 constitucional exige que se funden y motiven las resoluciones que puedan causar alguna molestia a los gobernados, en sus derechos. O sea que aunque las autoridades deban resolver a su libre juicio, esto no quiere decir que puedan resolver caprichosamente y derogando la garantía constitucional de fundamentación y motivación, ni que su juicio quede exento del control constitucional del Juez de amparo, en términos del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal. Y si las autoridades no formulan los estudios pertinentes, o no los dan a conocer a los interesados, habrá que mandar reponer el procedimiento administrativo. Y si no fundan y motivan su resolución, incluyendo el rechazo de las objeciones, de manera que se trate de una violación formal (omisión absoluta de motivación o de fundamentación en ese aspecto), se deberá mandar reponer la resolución reclamada.[26]

Muy parecidos al anterior, en la forma y en la materia, son los pronunciamientos que siguen:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA CARECE DE FACULTADES PARA RESTRINGIRLA (CONCESIONES DE RADIO Y TELEVISIÓN). […] resulta absolutamente infundada la pretensión de que la autoridad administrativa esté facultada para manejar a su albedrío o a su capricho y conveniencia, las concesiones de radiodifusión, con lo cual uno de los medios más poderosos de expresión de ideas políticas, científicas y artísticas, quedaría sujeto a su sola voluntad, sin control alguno por el Poder Legislativo, para darle lineamientos a los que deba ceñirse en su actuación, o sin control por el Poder Judicial, el que tiene el derecho y la obligación constitucional de analizar todos los actos de las autoridades administrativas que puedan lesionar en alguna forma los derechos constitucionales de los particulares, de los cuales, uno de los más importantes, si no es el que más, lo constituye la libertad de expresión de ideas políticas, científicas o artísticas, como se ha dicho, sin que pueda ser suficientemente repetido.[27]

RADIO Y TELEVISIÓN. OTORGAMIENTO DE CONCESIONES. […] Y habiendo derecho a la información, es de verse que *en los tiempos actuales las radiodifusoras y las estaciones de televisión son uno de los medios más poderosos de expresar ideas y de transmitir información, por lo que también es manifiesto que las autoridades no pueden limitar el uso de los canales o frecuencias disponibles, para establecer un floreciente*

---

[26] *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo 109-114, Sexta Parte, p. 120. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Amparo en revisión 721/77. *Victoria Graciela Alba de Llamas y coagraviados*, 25 de enero de 1978. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Víctor Manuel Alcaraz Briones

[27] *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo 169-174, Sexta Parte, p. 119.

> *negocio comercial (con el pretexto de evitar competencia ruinosa en esta materia), ni para establecer un monopolio monocromático o tendencioso de la información y de la difusión de ideas y cultura en general*, protegidas por el artículo 6º constitucional también. Ni podría la ley ordinaria darles tales facultades, contra el espíritu y contenido de las garantías constitucionales. *Por las mismas razones, cuando las autoridades se ven obligadas, sólo por la saturación física de las frecuencias disponibles, a limitar el uso de radiodifusoras o estaciones de televisión, es claro que se deben ceñir a los dictados del interés común, que está en la difusión de la máxima diversidad de ideas informativas y culturales*. Y es claro también que en ese aspecto de control y limitación, deben actuar con facultades arbitrales reguladas por la ley, y no con facultades discrecionales no sujetas a control constitucional, que les otorgarían un poder despótico antidemocrático […] Pero también es de verse que si uno de los concesionarios ofrece más material informativo o de contenido formativo, cultural o político, y otro ofrece más material ligero o intrascendente el interés común, en principio y salvo prueba en contrario, favorece al primero frente al solicitante de espíritu más comercial. Y también es de verse que la diversidad de concesionarios favorece, en principio y salvo prueba en contrario, una mejor difusión de información, una más amplia gama de ideas y, por lo mismo, los monopolios de estos medios de información resultan en un adocenamiento contrario al interés público. Luego, en principio y salvo prueba en contrario, se debe siempre favorecer al solicitante nuevo frente al ya establecido, con miras al interés común en que haya diversidad ideológica en el uso de los medios de información y difusión de cultura que utilizan las ondas electromagnéticas.[28]

En la jurisprudencia constitucional comparada no es extraño este tipo de pronunciamientos. Han sido varios los tribunales constitucionales que entienden que la libertad de expresión exige el derecho a crear medios de comunicación, por cuanto son los instrumentos necesarios para que esa libertad no sea una entelequia; en consecuencia, la prohibición de crear esos medios violaría la libertad mencionada.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que el derecho a difundir las ideas y opiniones comprende también, al menos en principio, el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible.[29] [30] En particular, la sentencia 127/1994 entiende que:

> [...] la asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a los particulares, en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales, no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales, y no de la acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en ejercicio de su derecho general de libertad.

---

[28] *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo 115-120, Sexta Parte, p. 141. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 654/78. *Amín Simán Habib*, 13 de diciembre de 1978. Mayoría de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Víctor Manuel Alcaraz Briones.

[29] Álvaro Rodríguez Bereijo, "La libertad de información en la jurisprudencia constitucional", en *Claves de Razón Práctica*, nº 72, Madrid, mayo de 1997, p. 7.

[30] Sentencias 206/1990, 119/1991, 31/1994 y 127/1994.

Con la misma contundencia, la Constitución colombiana, luego de mencionar la protección a las libertades de expresión y de imprenta, protege en su artículo 20 la libertad de fundar medios masivos de comunicación.

En la legislación mexicana sobre medios de comunicación existen algunas limitaciones a la libertad de expresión; así por ejemplo, en el artículo 63 de la Ley Federal de Radio y Televisión se establece:

> Quedan prohibidas todas las transmisiones que causen la corrupción del lenguaje y las contrarias a las buenas costumbres, ya sea mediante expresiones maliciosas, palabras o imágenes procaces, frases y escenas de doble sentido, apología de la violencia o del crimen; se prohíbe, también, todo aquello que sea denigrante u ofensivo para el culto cívico de los héroes y para las creencias religiosas, o discriminatorio de las razas; queda asimismo prohibido el empleo de recursos de baja comicidad y sonidos ofensivos.

También en el Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión[31] hay algunos preceptos que guardan relación con la libertad de expresión, como por ejemplo:

> ARTÍCULO 36. Queda prohibido a los concesionarios, permisionarios, locutores, cronistas, comentaristas, artistas, anunciantes, agencias de publicidad, publicistas y demás personas que participen en la preparación o realización de programas y propaganda comercial por radio y televisión lo siguiente:
>
> I. Efectuar transmisiones contrarias a la seguridad del Estado, a la integridad nacional, a la paz o al orden público;
>
> II. Todo aquello que sea denigrante y ofensivo para el culto de los héroes o para las creencias religiosas, así como lo que, directa o indirectamente discrimine cualesquiera razas;
>
> III. Hacer apología de la violencia, del crimen o de vicios;
>
> IV. Realizar transmisiones que causen la corrupción del lenguaje y las contrarias a las buenas costumbres, ya sea mediante palabras, actitudes o imágenes obscenas, frases o escenas de doble sentido, sonidos ofensivos, gestos o actitudes insultantes, así como recursos de baja comicidad;
>
> V. La emisión de textos de anuncios o propaganda comercial que requiriendo la previa autorización oficial, no cuenten con ella;
>
> VI. Alterar substancialmente los textos de boletines, informaciones o programas que se proporcionen a las estaciones para su transmisión con carácter oficial;
>
> VII. Presentar escenas, imágenes o sonidos que induzcan al alcoholismo, tabaquismo, uso de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas;
>
> VIII. Transmitir informaciones que causen alarma o pánico en el público;
>
> ARTÍCULO 37. Se considera que se hace apología de la violencia, el crimen o los vicios en los siguientes casos:
>
> I. Cuando se excite al desorden, se aconseje o se incite al robo, al crimen, a la destrucción de bienes o se justifique la comisión de los delitos o a sus autores;
>
> II. Cuando se defiendan, disculpen o aconsejen los vicios;
>
> III. Cuando se enseñe o muestre la forma de realizar delitos o practicar vicios, sin demostrar durante la transmisión las consecuencias sociales adversas de esos hechos.

---

[31] De acuerdo con las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de octubre de 2002.

> ARTÍCULO 44. Los comerciales filmados o aprobados para la televisión, nacionales o extranjeros, deberán ser aptos para todo público.
>
> ARTÍCULO 45. La publicidad de bebidas alcohólicas deberá:
>
> I. Abstenerse de toda exageración;
>
> II. Combinarse dentro del texto o alternarse con propaganda de educación higiénica o del mejoramiento de la nutrición popular; y
>
> III. Hacerse a partir de las 22 horas de acuerdo con la fracción III del artículo 23.
>
> En el anuncio de bebidas alcohólicas, queda prohibido el empleo de menores de edad. Asimismo, queda prohibido en la publicidad de dichas bebidas, que se ingieran real o aparentemente frente al público.

En otra tesis jurisprudencial del Poder Judicial Federal de México, la libertad de expresión se asocia con el arte y la cultura, sectores de la vida social en los que el Estado no podrá imponer sus propios criterios estéticos. La libertad artística y cultural está protegida por el artículo 6 constitucional al formar parte de la genérica libertad de expresión.

> LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA DE ARTE Y CULTURA. Conforme al artículo 6º constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público. […] En consecuencia, *sería contrario a la libertad constitucional que las autoridades pudieran, por cualquier título, imponer patrones artísticos o culturales a los ciudadanos, como si tuviesen facultades más altas que la Constitución Federal, para decidir por los gobernados adultos qué clase de arte o de cultura les resulta conveniente asimilar, y como si los ciudadanos adultos no tuvieran el derecho, reconocido y garantizado por la Constitución de elegir ellos mismos qué clase de elementos artísticos o culturales desean asimilar*. […] la protección a los ingresos pecuniarios de los músicos y ejecutantes nacionales no puede ser un valor tan alto que justifique el sacrificio de la libertad artística y cultural del pueblo mexicano, y la única manera aceptable de que se imponga el arte nacional será el superar su calidad, y el aprovechar las raíces culturales y la idiosincrasia del pueblo, las que pueden ser fomentadas, pero no impuestas, por la autoridad.[32]

Los medios de comunicación no tienen un papel pasivo en cuanto a la libertad de expresión; no se limitan a ser víctimas de los atentados contra ella (aunque por desgracia lo han sido con frecuencia en nuestra historia reciente). Por el contrario, tienen una gran responsabilidad al ser los vehículos naturales para que las libertades comunicativas (de expresión, imprenta, información…) sean una realidad y puedan servir al desarrollo de los procesos democráticos formando una ciudadanía bien informada, que conozca sus derechos y sus obligaciones, que tenga las herramientas necesarias para elegir bien a sus gobernantes.

La responsabilidad social de los medios y el lugar de la libertad de expresión en el desarrollo democrático es lo que justifica el especial estatuto jurídico de los medios y de los profesionales que en ellos trabajan. Junto con un cúmulo de obligacio-

---

[32] Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Amparo en revisión 487/76. *Música a su Servicio, S.A.* 18 de enero de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Mario Pérez de León E.

nes mayor que el que tienen otras actividades empresariales (por ejemplo, en cuanto al tiempo/aire que los medios electrónicos deben ceder gratuitamente al Estado mexicano), también gozan de ciertos derechos que les pueden asegurar un correcto ejercicio de sus tareas informativas (el secreto de las fuentes, entre otros). Como quiera que sea, lo cierto es que los medios, si desempeñan su labor con responsabilidad y compromiso, contribuyen a vigorizar el debate político y nutren a la opinión pública, requisitos ambos para alcanzar una democracia consolidada.

Para asegurar la libertad de expresión en toda su amplitud, el Estado debería procurar una serie de condiciones que permitieran el *pluralismo mediático*. Este es un valor que hay que preservar dentro de un Estado democrático de derecho, dado que permite crear una opinión pública libre e informada, que es una de las condiciones de realización de una democracia consolidada.[33]

Junto con esta premisa valorativa, también debe asumirse que el pluralismo mediático no es algo que siempre se produzca de manera "natural", sino que ciertas condiciones lo propician con mayor intensidad y éxito que otras.

Como señala Bastida Freijedo, el pluralismo mediático tiene una doble expresión. Por un lado, consiste "en la posibilidad de concurrencia del mayor número y diversidad de opiniones e información, lo que redundará en un proceso de libre formación de la opinión pública"; por otro, en "la posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número posible de personas". A la realización de estos fines se opone la concentración de los medios de comunicación.[34]

Este pluralismo, en consecuencia, no se reduce a una cuestión puramente cuantitativa, sino que también implica un factor cualitativo que se concreta en la "presencia de diversidad de opiniones y de fuentes de información".[35]

A la luz de lo anterior se puede sostener que existirá pluralismo en los medios siempre y cuando la información: a) pueda llegar a un número importante de ciudadanos o, por lo menos, esté disponible para aquellos que quieran utilizarla;[36] b) tenga su origen en fuentes diferentes, es decir, haya surgido o pueda surgir de distintos puntos de "creación de la noticia", y c) refleje el pluralismo social, político o cultural existente en una sociedad, es decir, contenga el punto de vista de varios de los participantes en los circuitos públicos de deliberación e intercambio.

---

[33] Véanse las observaciones, en el mismo sentido, de Alejandro Muñoz-Alonso Ledo, "La democracia mediática", en A. Muñoz-Alonso y Juan Ignacio Rospir (eds.), *Democracia mediática y campañas electorales*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 13 y ss.

[34] Francisco Bastida, "Concentración de medios y pluralismo. 'Acordes y desacuerdos' entre pluralismo y mercado", en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell (coords.), *Derechos humanos y derecho a la información Estudios en homenaje al Maestro Mario de la Cueva*, IIJ-UNAM, México, 2000 (hay una segunda edición, Porrúa-UNAM, México, 2003).

[35] Ibídem.

[36] Como señala Ignacio Villaverde: "Es preciso que el acceso a la información esté asegurado a todos, no a unos pocos; que la información transmitida sea veraz y que la posibilidad transmitirla no sea monopolio o patrimonio de unos privilegiados" (o. cit., p. 16).

Si esas tres condiciones se dieran de forma deficiente, habría *concentración mediática*, ya sea en cuanto a los sujetos que reciben la información, a los que la crean o a los productos que llegan al público, y ello jugaría en contra del valor que para el Estado democrático supone la existencia de una opinión pública bien informada.

En orden a la consecución de ese valor democrático, eventualmente deberán tomarse ciertas medidas que influyan en el mercado y que consoliden o propicien la existencia plural de la fuente noticiosa y del contenido que transmitan los medios. Owen Fiss se refiere en parte a ello cuando señala:

> La democracia es un sistema de gobierno que atribuye la responsabilidad final al público para que decida cómo quiere vivir, pero supone que el público está completamente informado cuando realiza ese juicio. La democracia requiere que el público tenga toda la información relevante y que sea consciente de los puntos de vista opuestos o en conflicto sobre todas las cuestiones. Una prensa libre debería hacer realidad este supuesto. Una forma de expresar esto es decir que en un sistema democrático la misión de la prensa es producir un debate sobre asuntos de importancia pública que sea "desinhibido, vigoroso y completamente abierto". Supóngase, no obstante, que la gente decida que está harta de este "debate público vigoroso", y que está interesada sólo en entretenimientos que embotan la mente, o en periódicos o programas de televisión que dan cabida a sus fantasías sexuales. ¿Nos obligaría una democracia a respetar esa elección? Pienso que no, no más de lo que un compromiso con la libertad contractual obliga a respetar un contrato en el cual alguien se vende a sí mismo como esclavo.[37]

La concentración mediática es hoy uno de los peligros más grandes para la libertad de expresión. Señala Fernando Vallespín:

> El mayor peligro para el libre acceso de los ciudadanos a la información y para permitirles llegar a una "opinión" no proviene ya, al menos en la inmensa mayoría de los países democráticos, de las limitaciones formales a la libertad de expresión. Obedece fundamentalmente al proceso de concentración de la propiedad de los medios en menos manos cada vez (el imperio de Murdoch sería aquí el ejemplo más relevante), así como a la aparición de medios y agencias transnacionales que dictan de un modo sorprendentemente eficaz cuáles son los hechos sobre los que debe informarse y cómo.[38]

El fortalecimiento de la opinión pública libre e informada requiere profundas transformaciones en el sistema jurídico mexicano, pero también en su sistema de relaciones de poder. Entre los cambios más importantes que se deben alcanzar en referencia a los medios de comunicación, Sergio López Ayllón menciona los siguientes:[39]

---

[37] Owen Fiss, "La construcción de una prensa libre", en ídem, *Libertad de expresión y estructura social* (trad. de Jorge F. Malem Seña), Fontamara, México, 1997, p. 183.

[38] *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000, p. 194. En el mismo sentido, Ignacio Ramonet, "Nuevos imperios mediáticos", en ídem: *La tiranía de la comunicación*, Debate, Madrid, 1998, pp. 205 y ss.

[39] "El derecho a la información como derecho fundamental", en Carpizo y Carbonell, o. cit., pp. 176-179.

a. crear reglas que permitan la transparencia empresarial de las personas jurídicas que se dedican a la comunicación, de forma que el público pueda identificar las fuentes de financiamiento y los intereses de quienes le informan;
b. modificar los criterios vigentes para la asignación de concesiones y permisos necesarios para operar medios de comunicación;
c. establecer el acceso a los medios de los grupos sociales y políticos significativos;
d. evitar las prácticas monopólicas y la concentración;
e. regular los derechos de respuesta y rectificación en los medios masivos de comunicación;
f. crear mecanismos procesales para que los particulares puedan corregir los eventuales excesos de los medios de comunicación;
g. constituir un estatuto profesional aplicable a los comunicadores, tal vez en la forma de código deontológico.

Concretamente, sobre el problema de la concentración mediática propongo, como inicio de una reflexión que debe ocupar a todos los que se preocupan y quieren defender al sistema democrático, lo siguiente:

a. Una medida que ayudaría en mucho a fomentar el pluralismo mediático, sobre todo en la vertiente de pluralismo *de los contenidos*, es la creación de una red de medios públicos de comunicación, es decir, de medios que sean propiedad del Estado mexicano. Bastaría tal vez con un canal de televisión abierta y una estación de radio de alcance en todo el territorio.[40] La finalidad de estos medios sería ofrecer una vía de expresión de los *intereses generales* —que no siempre ni necesariamente se pueden identificar con los intereses mayoritarios.

La financiación de estos medios públicos no podría provenir únicamente de la publicidad; en principio ellos no competirían con los medios privados por un sector muy grande de la audiencia, por lo que no serían tan atractivos para los grandes anunciantes.[41] Desvincular un medio de comunicación de la necesidad de tener anunciantes para ser viable económicamente permite que ese medio (y, por ende, sus destinatarios) se defienda de la imposición de pautas culturales, políticas y sociales provenientes de quienes pueden controlar la publicidad. Como recuerda Luis Javier Mieres:

> Los intereses de los anunciantes ejercen una considerable presión en la línea editorial de la programación audiovisual. Desde el punto de vista publicitario, los programas más valorados son los que proporcionen una gran audiencia o se dirijan a sectores de población con alta capacidad de consumo y que ofrezcan al espectador/

[40] Véanse las observaciones de Alfredo Orellana, *Derecho a la información y democracia: propuesta para una televisión pública en México*, tesis de licenciatura, ITAM, México, 1995. En materia de radio ya existen algunas estaciones de propiedad pública, a cargo del Instituto Mexicano de la Radio (IMER).

[41] Bastida, art. cit.

> consumidor una sensación agradable, proclive a adoptar decisiones consumistas. Los programas "serios" o que traten temas especialmente controvertidos no son los preferidos por los anunciantes para presentar sus productos.[42]

En lo que respecta al contenido, esos medios tendrían que utilizarse para difundir noticias de interés general, así como programas que reflejaran el pluralismo social y político; esto incluye, desde luego, los contenidos que resulten de interés para grupos minoritarios, pues se entiende que los mayoritarios ya verían reflejados sus intereses en los contenidos de los medios privados, enfocados a captar audiencias de gran alcance, como señala Bastida.[43] Mieres apunta:

> El papel de las televisiones públicas en el actual panorama audiovisual debe ser el de constituir referentes de calidad, satisfaciendo las demandas de los grupos minoritarios, pero, también y sobre todo, ofreciendo una oferta de información cultural y educación dirigida a la generalidad de la población.[44]

Una razón adicional para defender la existencia de por lo menos un medio televisivo y otro radiofónico de propiedad pública es que con esa medida se contribuye a transparentar el sector de la comunicación de masas. En principio, sabríamos que la información trasmitida por los medios públicos no viene marcada por los juicios o intereses de los dueños, y también conoceríamos quiénes son los responsables de la obtención y transmisión de la información (el Estado a través de determinados empleados públicos, en este caso), cuestión que no siempre es clara por lo que hace a los medios privados.[45]

b. Una segunda propuesta que se ha venido repitiendo con insistencia en los últimos años es la de crear un órgano autónomo, preferiblemente de rango constitucional, que se encargue de regular todo lo relativo a los medios masivos de comunicación.[46] Este órgano, que Ernesto Villanueva ha propuesto llamar *Consejo Nacional de Comunicación Social*,[47] con antecedentes bien conocidos en otros países, tendría a

[42] Luis Javier Mieres, "La regulación de los contenidos audiovisuales: ¿por qué y cómo regular?", en Carpizo y Carbonell, o. cit.

[43] Bastida, art. cit.

[44] Mieres, art. cit.

[45] La necesidad de la transparencia en materia de medios de comunicación puede desprenderse, según Sergio López Ayllón, del derecho fundamental a la información previsto en el artículo 6 constitucional, lo cual obligaría a su futura regulación. Dicha transparencia crearía condiciones para facilitar la independencia de los medios con respecto a los centros de poder político y económico, y permitiría al público identificar las fuentes de financiamiento y los intereses de aquellos que lo informan (Sergio López Ayllón, "El derecho a la información como derecho fundamental", en Carpizo y Carbonell, o. cit.). Sobre la trasparencia en la financiación de los medios, conviene revisar el penúltimo párrafo del artículo 21 de la Constitución italiana de 1947, que establece: "La ley podrá disponer por preceptos de carácter general que se den a conocer los medios de financiación de la prensa periódica". Este precepto, que en razón de la época en que fue creado se refiere solamente a uno de los medios de comunicación de masas (hoy ni siquiera el más importante), puede servir de modelo para que, con las adiciones necesarias, se introduzcan mandatos de transparencia para los medios en los diversos textos constitucionales.

[46] Véase, entre otros, Jorge Carpizo, "Libertad de expresión, elecciones y concesiones", en *La reforma de medios. Voces en torno a la iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social*, Cámara de Diputados, México, 1998, p. 55; y José Antonio Crespo, "La reforma definitiva", l. cit., p. 129.

su cargo proteger la competencia en el sector de las comunicaciones, asegurar el derecho de réplica, otorgar y renovar las concesiones para el caso de aquellos medios que así lo requieran y, en general, vigilar el cumplimiento de todas las obligaciones del servicio público a cargo de los medios concesionados.

Bastida hace notar la necesidad de este órgano sea integrado por personas que tengan relevancia cultural y se encuentren al margen de vinculaciones partidistas o empresariales; propone asimismo que se las elija por diferentes grupos socialmente relevantes.[48]

Por su parte, Villanueva plantea que esté integrado por once miembros, tres de ellos designados por el Presidente de la República y cuatro por el Senado, de entre personas propuestas por los concesionarios y permisionarios de radio y televisión (dos) y por organizaciones de derechos humanos, asociaciones de padres de familia, etc. (los otros dos); los cuatro restantes serían nombrados por la Cámara de Diputados a propuesta de diversas entidades particulares, de la sociedad civil y de las universidades.[49]

c. La tercera idea que aseguraría con alguna certeza el pluralismo mediático consiste en introducir en el texto constitucional una disposición que garantice el acceso a los medios para los partidos y agrupaciones políticas relevantes. Se trataría de que la oposición parlamentaria tuviera asegurada la posibilidad de responder a cualquier programa o acción del gobierno.

En el derecho constitucional comparado no son extrañas las disposiciones de este tipo. De hecho, puede garantizarse el acceso a los medios a la oposición política que cuente con representación parlamentaria, o bien a los grupos sociales relevantes. En el primer caso se buscaría tutelar la correcta expresión del *pluralismo político*, mientras que en el segundo se trataría de permitir el acceso de grupos sociales diversos para reflejar lo más fielmente posible el *pluralismo social*.

Un ejemplo del primer tipo lo provee el artículo 40.2 de la Constitución portuguesa de 1976, que dispone: "Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no formen parte del Gobierno tendrán derecho, según los términos de la ley, a unos tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, que se prorratearán según la representatividad de cada uno, así como el derecho de respuesta y de réplica política a las declaraciones políticas del Gobierno, de duración y de relieve iguales a los tiempos de antena y de las declaraciones del gobierno".

Un ejemplo del segundo tipo de regulación lo suministra el artículo 20.3 de la Constitución española de 1978, cuyo texto establece:

---

[47] *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, IIJ-UNAM, México, 1998, p. 232.

[48] Bastida, art. cit.

[49] *Régimen jurídico…*, o. cit., pp. 233-234.

> La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.[50]

Con este tipo de preceptos se garantiza, al menos tendencialmente, la existencia del pluralismo mediático, sobre todo en su vertiente de pluralidad de los contenidos. En esa medida, también contribuyen a fortalecer el sistema democrático por su incidencia en la creación de una opinión pública libre e informada de manera plural.

IV. La libertad de expresión y los miembros del Congreso de la Unión

El artículo 61 de la Constitución mexicana prevé en su primer párrafo una protección especial para las opiniones que emitan los legisladores del Congreso de la Unión en el desempeño de sus funciones: "Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas". El sentido de este precepto es proteger a los parlamentarios a fin de que se puedan expresar libremente, ejerciendo hasta donde lo consideren prudente su derecho de crítica contra el gobierno, sin que por ello puedan ser arrestados o demandados.[51]

El artículo 61 debe interpretarse de forma conjunta con las disposiciones del título IV, donde se contienen reglas especiales en materia de responsabilidad de los funcionarios públicos y, dentro de esa categoría, de los legisladores federales y locales.

Una de las cuestiones más interesantes en torno al alcance de lo dispuesto por el artículo 61 tiene que ver con el sentido que debe darse a la expresión "en el desempeño de sus cargos", puesto que el precepto no está otorgando inmunidad completa a las expresiones de los legisladores, sino solamente a aquellas que emitan al desempeñar su cargo. La doctrina no ha delimitado con claridad lo anterior, lo cual ha dado como resultado que exista, por un lado, "una frontera nebulosa entre las acciones públicas y las privadas",[52] y, por otro, entre las públicas que se inscriben en el desempeño del cargo y las que se realizan fuera de él.

Una disposición semejante se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos (artículo I.6), la cual ha sido objeto de diversas interpretaciones por su Suprema Corte.[53] Esta ha señalado que hay que distinguir entre las actividades puramente legislativas y otras actividades políticas. No solo las expresiones vertidas desde la tribuna de las Cámaras deben estar protegidas por el privilegio parlamentario, sino

---

[50] Sobre la interpretación de este precepto, José Ramón Polo Sabau, *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*, CEPC, Madrid, 2002.

[51] Manuel González Oropeza, "Artículo 61", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17ª edición, IIJ-UNAM, Porrúa, México, 2003, tomo III, p. 106.

[52] Ibídem, p. 109.

[53] Laurence H. Tribe, *American constitutional law*, 3ª ed., t. I, Foundation Press, Nueva York, 2000, pp. 1013 y ss.

también las votaciones, la preparación de las sesiones en Comisión, la conducción de dichas sesiones, etcétera.

Entre las actividades políticas que no tendrían la protección reforzada del privilegio parlamentario estarían, por ejemplo, las que tuvieran por objeto ayudar a ciertos individuos a conseguir contratos con agencias gubernamentales o las comunicaciones directas de los parlamentarios con el público —por ejemplo a través de comunicados de prensa, apariciones en la televisión o publicación de libros y folletos—; las publicaciones no están protegidas por el privilegio aunque hayan sido previamente comunicadas en el curso de una actividad legislativa que sí estuviera protegida.

Otra cuestión interesante es que la Corte estadounidense ha sostenido que el privilegio parlamentario puede extenderse a los ayudantes o asesores de los congresistas, siempre que sus actividades tuvieran la protección del privilegio en caso de haber sido realizadas por algún congresista.

Disposiciones parecidas a la del artículo 61 de la Constitución mexicana se encuentran en el artículo 46.1 de la Constitución alemana, la cual contiene, sin embargo, una precisión sobre la que conviene detenerse: "Los diputados no podrán en ningún momento ser sometidos a un procedimiento judicial o disciplinario ni responsabilizados en otra forma fuera del Bundestag a causa de su voto o de una declaración que hicieran en el Bundestag o en una de sus comisiones. *Esto no se aplicará a las ofensas calumniosas*". La última frase del precepto es importante porque consigue balancear la prerrogativa parlamentaria con los derechos fundamentales del resto de los ciudadanos, de forma que la primera no pueda arrollar a los segundos.

La inclusión de este límite en el texto constitucional alemán pone de manifiesto que disposiciones como la del artículo 61 de la Constitución mexicana otorgan prerrogativas para funcionarios públicos y no verdaderos derechos fundamentales (esto implica, entre otras cuestiones, que el método de interpretación de aquellas no es el mismo que se aplica a estos). En consecuencia, las prerrogativas parlamentarias deben interpretarse restrictivamente, sobre todo si pueden colidir con un derecho fundamental —por ejemplo, si pueden resultar en violaciones al derecho a la intimidad o al honor—, incluyendo el derecho que tienen todas las personas a acudir ante un tribunal para que, en condiciones de igualdad, se dirima cualquier cuestión que juzguen litigiosa.

En España, una prerrogativa similar se encuentra prevista en el artículo 71.1 de la Constitución de 1978, que dispone: "Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones".[54] Sobre los alcances de lo dispuesto en ese artículo el Tribunal Constitucional español ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias de sus sentencias. Entre otros criterios ha sostenido los siguientes:

---

[54] Para una primera aproximación al tema, en la doctrina española, Manuel F. Clavero Arévalo, "Derechos fundamentales y prerrogativas parlamentarias", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2113 y ss.

> […] La inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario, siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan.[55]
>
> […] Las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros […] El interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias […] la prerrogativa puede amparar, también, los actos "exteriores" a la vida de las Cámaras, que no sean sino reproducción literal de un acto parlamentario.[56]

V. La libertad de expresión en perspectiva comparada y en el derecho internacional de los derechos humanos

En el derecho comparado, la regulación constitucional de la libertad de expresión suele ser más precisa que la contenida en el artículo 6 de la Constitución mexicana. Así por ejemplo, la Constitución española de 1978 dispone en su artículo 20:

> 1. Se reconocen y protegen los derechos: A) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; […] 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.

Por su parte, la Constitución alemana de 1949 establece en su artículo 5:

> 1. Todos tienen derecho a expresar y difundir su opinión de palabra, por escrito y mediante la imagen y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantizan la libertad de prensa y la libertad de información radiofónica y cinematográfica. No se podrá establecer la censura. 2. Estos derechos no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de los menores y el derecho al honor personal.[57]

Por lo que hace al derecho internacional de derechos humanos, cabe destacar el artículo 19 de la Declaración de la ONU de 1948 que establece: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". En el Preámbulo de la propia Declaración se hace referencia a la aspira-

---

[55] Sentencia 243/1988.

[56] Sentencia 51/1985.

[57] Otros ejemplos, referidos a Constituciones latinoamericanas, en Villanueva, o. cit., pp. 19-20.

ción de lograr el "advenimiento de un mundo en el que los seres humanos […] disfruten de la libertad de palabra".

El artículo 19 de la Declaración ha sido muy relevante para el desarrollo de los derechos humanos, tanto en el plano internacional como en el derecho interno de muchos países. Parte de su importancia radica en que explicita el carácter complejo de la libertad de expresión, que requiere un espacio de protección frente a molestias pero que también supone la posibilidad de obtener información, de recibirla de otras personas y de transmitirla. Esto es importante porque para ejercer en plenitud la libertad de expresión hay que tener algo que decir, lo cual depende en buena medida de que tengamos acceso a fuentes de información que nutran nuestro criterio. El artículo 19 recoge también la libertad de opinión, muy próxima a la libertad de expresión, pero que en el texto merece una mención por separado.

Otro texto internacional relevante en la materia es el del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

El contenido es reproducido casi literalmente por el artículo 13 del Pacto de San José, el cual sin embargo ofrece (seguramente como resultado de la penosa experiencia que en América Latina hemos tenido en la materia) alguna aportación novedosa en sus párrafos 3 y 4:

> 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de la información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia […]

El artículo 20 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos contiene algunas limitaciones importantes y muy pertinentes a la libertad de expresión: "1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley".[58] El Comité de Derechos Civiles y Políticos de

[58] El mismo texto se reproduce en el artículo 13.5 del Pacto de San José.

la ONU ha sostenido que dicha prohibición "abarca toda forma de propaganda que amenace con un acto de agresión o de quebrantamiento de la paz contrario a la Carta de las Naciones Unidas o que pueda llevar a tal acto".[59]

En la Convención de los Derechos del Niño se establecen la libertad de opinión y de expresión de los menores en los artículos 12 y 13; el párrafo primero del artículo 12 dispone: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". Por su parte, el párrafo primero del artículo 13 señala: "El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier medio elegido por el niño".

Resultan muy interesantes las reflexiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Última tentación de Cristo*.[60] En su sentencia afirma que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una social o colectiva, y estima que la primera "requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno" (§ 64). Profundizando en el sentido y alcances de las dos dimensiones de la libertad de expresión, la Corte afirma:

> 65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente.
>
> 66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.
>
> 67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13º de la Convención.

---

[59] Opinión Consultiva nº 11, 19º periodo de sesiones, 1983, consultable en Carbonell, Pérez Portilla y Moguel, o. cit., p. 270.

[60] Consultable en Sergio García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, IIJ-UNAM, México, 2001, pp. 753 y ss.

Antes de esa famosa sentencia sobre la película *La última tentación de Cristo*, en la que condenó al Estado chileno, la Corte había sostenido también otras observaciones interesantes sobre la libertad de expresión en la opinión consultiva 5/85 sobre colegiación obligatoria de los periodistas:[61]

> 33. […] No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.
>
> 34. Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de la protección a la libertad e independencia de los periodistas.

En el mismo ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, debe hacerse referencia a la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre del 2000, con fundamento en el ya citado artículo 13 del Pacto de San José. Varios párrafos de esa Declaración corroboran buen parte de las cuestiones expuestas en este apartado.

Así por ejemplo, la Declaración establece en parte el llamado "derecho a la autodeterminación informativa" y provee la base normativa para las acciones de *hábeas data*, en los siguientes términos:

> Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

También se refiere, en su § 4, al derecho de acceso a la información pública:

> El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

---

[61] Consultable en García Ramírez, o. cit., pp. 963 y ss.

De este precepto cabe destacar la adopción del concepto de *peligro real e inminente* (*clear and present danger*) como limitación al derecho de acceso a la información. Se trata de un concepto creado por la Corte Suprema de los Estados Unidos y utilizado en muchas de sus resoluciones, como se verá en el apartado siguiente.

La Declaración se refiere también a la prohibición de la censura previa y señala los límites a la persecución penal por abusos de la libertad de expresión. En la parte que ahora interesa, su texto establece:

> 5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión. […]
>
> 7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales. […]
>
> 10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.
>
> 11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "*leyes de desacato*" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

Más adelante, en el § 12, se detiene en el tema de la pluralidad mediática, que ya hemos referido.

En su § 13, finalmente, señala la necesidad de que el Estado se mantenga neutral con respecto a los medios —por ejemplo, en la asignación de publicidad oficial, que suele ser una vía indirecta de presionarlos—, así como en lo relativo al otorgamiento de prebendas tributarias, que también pueden desbalancear la sana competencia entre medios.

Varios de estos conceptos resultan claves para entender correctamente la libertad de imprenta.

En Estados Unidos la libertad de expresión está protegida por la Primera Enmienda de la Constitución, a cuyo texto ya se ha hecho referencia.[62] La jurisprudencia estadounidense ha sido pionera en cuanto a la libertad de expresión y ha servido de modelo para los pronunciamientos jurisprudenciales de muchos otros países. Su

[62] Sobre la historia de la Primera Enmienda en relación con la libertad de expresión, de entre lo mucho que se ha escrito, véase Akhil Reed Amar, *The bill of rights*, Yale University Press, New Haven, 1998, pp. 20-32.

abundancia hace imposible un estudio exhaustivo, pero vale la pena detenerse en algunos de sus aspectos más sobresalientes,[63] entre los que se encuentra el tratamiento de cinco cuestiones: a) la pornografía; b) el lenguaje del odio (particularmente la tesis del riesgo claro e inminente de causar un daño, de la sentencia *Brandenburg vs. Ohio*); c) el financiamiento de la política; d) la quema de banderas; y e) las críticas a funcionarios públicos (sobre todo las consideraciones de la Corte en el famoso caso *New York Times vs. Sullivan*).

1. La pornografía

La pornografía ha sido objeto de encendidos debates constitucionales en varios países y ha suscitado puntos de vista contrarios en los estudios de los derechos fundamentales.[64]

Para una parte de la teoría feminista, el tema no tiene nada que ver con la libertad de expresión ni con las concepciones morales de las personas, sino que supone una forma directa de presentar el sometimiento de la mujer al dominio del hombre, así como una incitación a la violencia sexual y doméstica.[65] Es importante reparar en que, según esa teoría, la pornografía no está protegida por la libertad de expresión por cuanto no se trata de meras expresiones sino de acciones, y las acciones tienen un radio de protección notablemente menor que la representación simbólica de ideas, convicciones o, en general, expresiones.

En cambio, para otros teóricos importantes, como Owen Fiss, la pornografía es una forma de expresión "de los creadores y productores de la obra y, desde luego, forma parte del discurso a través del cual el público se comprende a sí mismo y comprende el mundo al que se enfrenta".[66] Las anteriores serían, en resumidas cuentas, las bases del debate social y académico sobre el tema.

En la jurisprudencia de los Estados Unidos hay varios casos relativos a la pornografía. El criterio de la Corte ha sido variable y poco claro, pero en general ha dicho que los actos obscenos no tienen cobertura constitucional bajo la óptica de la Primera Enmienda. Ahora bien, ha puesto requisitos para calificar un acto como obsceno; lo será una obra que carezca seriamente de valor literario, artístico, político o

---

[63] Una exposición de conjunto sobre el tema puede verse en Gerald Gunther, *Individual rights in constitutional law. Cases and materials*, 2ª ed., The Foundation Press, Mineola, 1976, pp. 638 y ss., así como en la bibliografía citada a continuación.

[64] Véase por ejemplo el debate contenido en Catharine MacKinnon y Richard Posner, *Derecho y pornografía*, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997; Richard Posner, "Obsessed with pornography", en ídem, *Overcoming law* (7ª reimp.), Harvard University Press, Cambridge, 2002, pp. 357 y ss. (en este ensayo, Posner también se ocupa de discutir las tesis de MacKinnon).

[65] Así, por ejemplo, Catharine MacKinnon, "La pornografía no es un asunto moral", en MacKinnon y Posner, o. cit., pp. 45 y ss.

[66] Owen Fiss, *La ironía de la libertad de expresión* (trad. de Jorge Malem y Víctor Ferreres), Gedisa, Barcelona, 1999, p. 25.

científico, siempre que a criterio de un ciudadano normal, que se base en estándares comunes dentro de su comunidad, sea patentemente ofensivo por contener conductas sexuales prohibidas por la ley y atienda únicamente a un interés lascivo (*Miller vs. California* y *Paris Adult Theatre vs. Slaton*, ambos de 1973).

En otro caso, la Corte tuvo que pronunciarse sobre una ley de la ciudad de Indianápolis y del condado de Marion que castigaba la pornografía al considerarla una forma de discriminación por razón de sexo (*American Booksellers Association Inc. vs. Hudnut*, de 1985). En su sentencia, que confirmaba la inconstitucionalidad de la legislación de Indianápolis, la Corte afirmó que todos los discursos están protegidos, sin importar cuán dañinos sean. Si se diera otra respuesta a problemas complejos como el de la pornografía —sostuvo—, se estaría dejando que el gobierno controlara todas las instituciones de la cultura, convirtiéndolo en un gran censor, permitiéndole decidir qué pensamientos son buenos para los ciudadanos.[67]

La doctrina ha planteado si sería constitucional que una ley retirara el apoyo de fondos públicos para representaciones artísticas que caigan en lo que la propia ley puede considerar obsceno. La cuestión es importante, por cuanto no se trataría de una *acción* que impide determinada forma de expresión, sino de una *omisión* (la negativa a dar financiamiento) que podría dar lugar a algún tipo de censura previa o poner en aprietos el principio de neutralidad del Estado frente a las manifestaciones artísticas o estéticas de los individuos.[68]

Se trata de un tema actual, en la medida en que el Estado moderno interviene de forma intensa en muchos aspectos de la vida social, algunos de los cuales podrían correr el riesgo de desaparecer si se dejaran al juego libre de las fuerzas del mercado. Ciertas expresiones artísticas se encuentran en este último supuesto y por eso es importante determinar con qué criterios el Estado puede subsidiar una de ellas o dejar de hacerlo, y si de esa forma vulnera o no un derecho fundamental.

---

[67] A conclusiones parecidas arribó también la Corte Constitucional de Colombia cuando tuvo que resolver sobre la remoción de una parte de las obras que arte que se habían expuesto en una galería pública y fueron retiradas porque a juicio de su director eran pornográficas e indecentes. La Corte tuteló el derecho del autor bajo la perspectiva de que la libertad de expresión comprende la posibilidad de dar a conocer las creaciones artísticas. Citando el artículo 70 de la Constitución colombiana, que dispone que la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad, se preguntaba la Corte: "¿Cómo hacer efectivo tal reconocimiento y respeto por la diversidad si las autoridades, en lugar de acatar y hacer cumplir el texto constitucional, se arrogan ilegítimamente la potestad de elegir, de entre esa pluralidad de manifestaciones que la Constitución legitima, únicamente las que a su juicio satisfacen los cánones morales y estéticos que estimen ortodoxos?". El texto de la sentencia (la T-104 de 1996; ponencia de Carlos Gaviria) se encuentra en el libro de MacKinnon y Posner, o. cit., pp. 151 y ss., donde también puede leerse la sentencia *American Booksellers Association Inc. vs. Hudnut*, de la Corte de los Estados Unidos.

[68] Véase el análisis de Fiss, *Libertad…*, o. cit., pp. 63 y ss.; ídem: *La ironía…*, o. cit., pp. 43 y ss.

2. *El lenguaje del odio*

En términos generales, la Corte de Estados Unidos ha considerado que todos los discursos deben ser protegidos, aunque el Estado tiene la facultad de regular algunos aspectos a fin de proteger otros derechos (por ejemplo, la libertad de expresión de un individuo no se puede ejercer dentro del despacho oval de la Casa Blanca o dentro de la cocina de una persona que no presta su consentimiento para ello), y que solamente se puede limitar la emisión de aquellos que representen un riesgo claro e inminente para un interés superior (*compeling interest*) del Estado. Dicha protección incluye discursos particularmente ofensivos para la sensibilidad o puntos de vista de otras personas,[69] como sucede con la pornografía.

Desde luego, de ello no se desprende que todos los discursos tengan la misma protección. En la doctrina norteamericana es común citar la expresión empleada por el juez de la Corte Suprema Holmes en la sentencia *Schenk vs. United States*, de 1919: no hay ninguna buena razón para tutelar la expresión falsa de un hombre que grita "¡Fuego!" en un teatro lleno de gente. Para distinguir entre los discursos que merecen ser protegidos y aquellos que no, la Corte, basándose en las ideas del propio Holmes en el caso *Schenk*, ideó el *test* del peligro claro e inminente (*clear and present danger*),[70] admitiendo que se trataba de una cuestión que merecía ser ponderada, ya que se requería una valoración de proximidad y de grado para determinar la existencia de ese peligro.

La tesis del peligro claro e inminente cobró todo su sentido en el caso *Brandenburg vs. Ohio*, de 1969, en el que la Corte tuvo que decidir si merecía protección constitucional un militante del Ku-Klux-Klan que había abogado por la violencia política y había sido condenado por ello. La Corte protegió la libertad de expresión empleando la noción del peligro claro e inminente y sostuvo que el Estado no puede prohibir que se *abogue* en favor de la violencia salvo cuando ello se dirige a incitar o producir de manera inminente una acción ilegal. La sentencia distingue entre las *fighting words* o palabras provocadoras, que no tendrían protección constitucional (también lo consideró así en el caso *R.V.A. vs. City of St. Paul*, de 1992, en el que tuvo que decidir sobre la constitucionalidad de una norma que entre otras cuestiones castigaba la quema de cruces), y la *general advocacy of ideas* o defensa general de ideas, que deben ser protegidas por más ofuscadas o erróneas que nos parezcan.

---

[69] Cf. Ronald Dworkin, "Free speech, politics and the dimensions for democracy", en ídem, *Sovereign Virtue. The theory and practice of equality* (4ª reimp.), Harvard University Press, Cambridge, 2002, pp. 365-366.

[70] Un análisis más detenido de la doctrina del riesgo o peligro claro e inminente puede encontrarse en Pablo Salvador Coderch (dir.), *El mercado de las ideas*, CEC, Madrid, 1990, pp. 25 y ss. Dentro de la literatura constitucional norteamericana, se puede ver el completo análisis de Tribe, o. cit., pp. 841 y ss.

En su sentencia del caso *R.V.A.* la Corte reconoce el derecho del gobierno a regular las *fighting words*, pero no lo autoriza a distinguir dentro de ellas las que le parezcan "políticamente incorrectas", con lo que limita un discurso que se base en la hostilidad o simpatía hacia el mensaje subyacente. Varios integrantes de la Corte hicieron votos particulares señalando que las facultades del gobierno para hacer frente a ese tipo de manifestaciones debían ser más amplias, sobre todo cuando se trata de actos dirigidos contra minorías tradicionalmente discriminadas.[71]

3. El financiamiento de la política

La historia constitucional norteamericana presenta muchos casos interesantes para comprender los alcances de los derechos fundamentales y, en general, para penetrar en la lógica del Estado constitucional, pero también ofrece algunas decisiones que resultan difíciles de entender fuera del contexto social y político de los Estados Unidos. Tal es el caso de los criterios de la Corte Suprema que han entendido que la donación de dinero a partidos u otras organizaciones políticas es una manifestación que forma parte de la libertad de expresión y que, en consecuencia, las leyes que la limiten deben ser cuidadosas de no infringir la Primera Enmienda. Para la Corte, los gastos en favor de un ideario político o realizados para promover o combatir determinada política pública pueden formar parte de la expresión a favor de un partido, un candidato o una causa, y en ese sentido los límites legales a esa *expresión* pueden vulnerar la Primera Enmienda (se trata del caso *Buckley vs. Valeo*, de 1976; la misma tesis se aplicó a la legitimidad de los gastos de las grandes corporaciones en materia política en el caso *First National Bank of Boston vs. Belloti*, de 1978).

La doctrina —aunque no de forma unánime— se ha mostrado muy crítica con el criterio de esa sentencia y ha intentado demostrar que la donación de dinero a las campañas, por un lado, no es una expresión, y por otro, que la sentencia de la Corte tenderá a hacer de la cuestión económica el factor determinante para una victoria electoral, lo cual puede tener consecuencias muy negativas para la democracia en Estados Unidos.[72]

Owen Fiss considera que las donaciones a los partidos están protegidas por la libertad de expresión, ya que "el dinero sí es una expresión o, más exactamente, que el acto de gastar dinero es una actividad tan expresiva como una manifestación pública, y una vía tan importante para hacer avanzar los valores políticos de cada cual como el acto de vender un libro".[73] No obstante, acepta que la limitación a las donaciones podría encontrarse en el principio de igualdad que protege la Decimocuarta Enmienda, ya que tales limitaciones llevarían a los pobres a una situación de mayor

---

[71] Véanse las observaciones de Pablo Salvador Coderch, *El derecho de la libertad*, CEC, Madrid, 1993, pp. 20-23.

[72] Dworkin, art. cit., pp. 351 y ss.

[73] Fiss, *La ironía…*, o. cit., p. 26.

igualdad política, "ofreciéndoles de ese modo una oportunidad para exponer sus intereses y para lograr que se tomen medidas que mejoren su posición económica".[74]

4. La quema de banderas

Como se ha dicho, la libertad de expresión alcanza a proteger expresiones o ideas consideradas profundamente equivocadas y que pueden parecer incluso ofensivas para el criterio de la mayoría. Que tales expresiones puedan seguir teniendo lugar en una sociedad democrática es una nueva prueba del carácter contramayoritario de los derechos fundamentales.

Una de las expresiones simbólicas que cuentan con mayor aprecio en muchos países es la bandera nacional, la cual incluso puede llegar a ser venerada. La Corte de Estados Unidos tuvo que decidir sobre la constitucionalidad de una ley local de Texas que imponía penas privativas de la libertad a quien quemara la bandera estadounidense en público. En la sentencia del caso *Texas vs. Jahnson*, de 1989, en una votación dividida de cinco contra cuatro, la Corte consideró que tales penas eran inconstitucionales pues limitaban indebidamente la libertad de expresión, una libertad que la propia bandera contribuía a defender. Quemar una bandera era nada más que una *expresión simbólica*. William Brennan, ponente de la sentencia, afirmó que es un principio inconmovible de la Primera Enmienda que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea solamente porque la sociedad la encuentre ofensiva o desagradable, y aseguró que el acto que se juzgaba en ningún momento supuso una amenaza inminente para la paz social.[75]

La sentencia del caso *Johnson* desató una fuerte controversia nacional y el Congreso de los Estados Unidos dictó una ley que prohibía la quema de banderas. Al poco tiempo la Corte, por la misma mayoría de cinco a cuatro, la declaró también inconstitucional en el caso *United States vs. Eichman*, de 1990.[76] En su voto particular, el juez John Paul Stevens sostuvo que la ley sí era constitucional dado que no impedía que los manifestantes expresaran de muchas otras maneras sus ideas, por lo cual su impacto sobre la libertad de expresión era mínimo.

El Tribunal Constitucional Federal alemán también debió pronunciarse sobre actos que podían profanar u ofender su bandera, sin llegar a quemarla. Se trataba de una fotocomposición, en la contraportada de un libro antimilitarista, que daba como resultado la imagen de un hombre orinando sobre la bandera alemana. El Tribunal consideró que dicha composición satírica estaba protegida por la libertad de expresión, ya que el núcleo expresivo era simplemente una crítica (aunque fuera grosera o poco elegante) constitucionalmente admisible.[77]

---

[74] Ibídem, p. 22.

[75] Un análisis más detenido del caso puede verse en Coderch, *El mercado…*, o. cit., pp. 36-45, con bibliografía adicional.

[76] Un comentario a esta sentencia se encuentra en Coderch, *El mercado…*, o. cit., pp. 525-528.

[77] El caso es referido por Coderch, *El derecho…*, o. cit., p. 19.

5. La crítica a los funcionarios públicos

En la historia constitucional estadounidense hay casos que han tenido un fuerte impacto interno y que también han contribuido al desarrollo de relevantes líneas de interpretación judicial en otros países. Casos como *Marbury vs. Madison*, *Brown vs. Board of Education* o *Roe vs. Wade* forman parte importante del constitucionalismo contemporáneo. En esa misma situación se encuentra el caso *New York Times vs. Sullivan*, de 1964, de cuya sentencia se ha dicho que es "probablemente una de las más citadas del siglo en los países de nuestra cultura".[78]

L. B. Sullivan había demandado al periódico *The New York Times* por publicar una inserción pagada en la que cuatro clérigos afroamericanos del estado de Alabama criticaban la actuación de las autoridades respecto a algunas manifestaciones en favor de los derechos civiles, varias de ellas encabezadas por Martin Luther King Jr. El demandante se sentía aludido porque era el responsable del cuerpo de policía al que se criticaba, y señalaba que varias de las afirmaciones eran falsas, como en efecto se demostró en el curso del juicio. Sullivan obtuvo de los tribunales de Alabama el derecho a una indemnización por daños en su reputación, profesión, negocio u oficio, pero la Corte Suprema revocó esas sentencias al declarar inconstitucional la ley en que se basaban, por cuanto violaba las enmiendas Primera y Decimocuarta y suponía una vulneración de la libertad de expresión.

La sentencia de la Corte fue dictada el 9 de marzo de 1964 bajo la ponencia del *justice* William Brennan y con una votación de nueve a cero. En la opinión de Brennan, la protección que la Constitución ofrece a la libertad de expresión no depende de la verdad, popularidad o utilidad social de las ideas y creencias manifestadas. Es más: cierto grado de abuso es inseparable del uso adecuado de esa libertad, a partir de la cual el gobierno y los tribunales deben permitir que se desarrolle un debate "desinhibido, robusto y abierto", lo que puede incluir expresiones cáusticas, vehementes y a veces ataques severos desagradables hacia el gobierno y los funcionarios públicos. Los enunciados erróneos son inevitables en un debate libre y deben ser protegidos para que la libertad de expresión pueda respirar y sobrevivir. Las normas deben impedir que un funcionario público demande a un medio de comunicación o a un particular por daños causados por una difamación falsa relativa a su comportamiento oficial, a menos que se pruebe con claridad convincente que la expresión se hizo con malicia real, es decir, con conocimiento de que era falsa o con indiferente desconsideración de si lo era o no.

En la jurisprudencia posterior la Corte se ha mostrado oscilante acerca de si la doctrina del caso *Sullivan* puede extenderse a particulares, y concretamente a actores, atletas o personajes que, sin ser funcionarios públicos, son conocidos

---

[78] Coderch, *El mercado…*, o. cit., pp. 254-255; en ese mismo libro puede encontrarse un extenso análisis de la sentencia, pp. 254-260.

por la opinión pública. En ciertas circunstancias ha extendido a estos sujetos la tesis de *Sullivan* (por ejemplo, en *Curtis Publishing vs. Butts*, de 1972, o en *Associated Press vs. Walker*, de 1967), pero en otras no (como en *Gertz vs. Robert Welch Inc.*, de 1974).

El criterio de Sullivan fue retomado, en varias de sus partes, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lingens*, de 1986.[79]

[79] Ibídem, pp. 275 y ss.

Martín J. Risso Ferrand (Uruguay) *

La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya

I. Aproximación

En este trabajo se pretende analizar el alcance y protección de la libertad de enseñanza en el derecho constitucional uruguayo, por lo que el estudio referirá exclusivamente a la Constitución nacional, sin perjuicio de referencias a normas internacionales y, en casos puntuales, a normas infraconstitucionales o bien de derecho comparado.

En forma previa al análisis concreto del tema referido, será conveniente realizar una muy breve referencia a los criterios de interpretación propios de los derechos humanos, a la relación existente entre las normas constitucionales e internacionales referidas a los derechos humanos, y una rápida mención de ciertas libertades intensamente vinculadas con el tema en análisis.

1. Normas y criterios aplicables en la especie

El tema debe situarse dentro de la temática de los derechos humanos, por lo que será aplicable el método de interpretación que deriva de la Constitución,[1] pero también los criterios y pautas interpretativos propios de los derechos humanos. Por lo

* Decano y profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

[1] No corresponde analizar este punto, aunque sí hacer remisión a Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, t. I, Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, pp. 144 y ss.; Justino Jiménez de Aréchaga, "Naturaleza jurídica del Banco de Previsión Social", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 68, pp. 34 y ss.; Horacio Cassinelli Muñoz, "La apelación ante la Asamblea General", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 55, pp. 125 y ss. También la Suprema Corte de Justicia ha señalado en el pronunciamiento n° 338 de 1995, entre otros, que el método de interpretación adecuado es el lógico sistemático teleológico de interpretación constitucional. También me remito a lo dicho en Martín Risso Ferrand, *Derecho constitucional*, t. I, Ingranusi, 1ª reimp., 2000, pp. 64 y ss.

anterior es oportuno que se realice alguna precisión en cuanto al modo de interpretación de las normas referidas a los derechos humanos, así como a algunas pautas para la verificación de la regularidad constitucional de las leyes.

En lo que refiere a la forma de interpretación de las normas vinculadas a los derechos humanos, encontramos pautas relativamente precisas, entre las que tiene una singular trascendencia el principio *pro homine* o pro persona. De este principio se extraen consecuencias importantes:

A. En primer lugar, la *directriz de preferencia*, que implica que entre las distintas posibilidades interpretativas de una norma debe escogerse la más protectora para la persona. A juicio de Sagüés,[2] este patrón interpretativo tiene algunas especificaciones:

a. el principio *pro libertatis*, que postula entender el precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego;
b. el principio de protección a la víctima (o *pro víctima*).

B. En segundo lugar, la *directriz de preferencia de normas*, que implica que frente a diversas regulaciones se debe optar por aquella que sea más favorable para el derecho, con independencia de su nivel jurídico.

Por supuesto que, como señala el propio Sagüés, estos principios no pueden implicar una alteración del sistema de derechos humanos, y siempre corresponderá al jurista la realización de una interpretación armonizante, o un balanceo entre los distintos valores, en aras de compatibilizar y hacer convivir distintos derechos, o bien algunos derechos con las necesidades del bien común.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha señalado que el principio *pro homine* implica: a) por un lado, la interpretación extensiva de los derechos humanos; y b) por otro, la interpretación restrictiva de sus limitaciones.[3]

Es importante destacar que los derechos humanos siempre tienen una fuerza interpretativa expansiva,[4] se interpretan en la forma más favorable a la maximización del contenido del derecho.[5] En forma armónica con esto, las normas que establecen

---

[2] Néstor P. Sagüés, "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de *Anales*, año XLII, 2ª época, n° 36, Buenos Aires, 1998, pp. 6 y ss.

[3] Opinión separada del juez Rodolfo Piza Escalante, en opinión consultiva 5/85 de 13 de noviembre de 1985, solicitada por el Gobierno de Costa Rica respecto a la colegiación obligatoria de periodistas. Véase también Francisco Fernández Segado, *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 115.

[4] Fernández Segado (o. cit., pp. 83 y ss.) señala que el derecho debe ser siempre interpretado del modo más amplio posible. Véanse también Humberto Nogueira Alcalá, "Dignidad de la persona y derechos humanos: Constitución, tratados y ley de amnistía", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. XII, nº 67-72, Montevideo, pp. 594 y ss., y Risso Ferrand, o. cit., t. III, p. 115.

[5] Fernández Segado, o. cit., pp. 82 y ss.; y sentencia del Tribunal Constitucional español n° 119 de 1990.

excepciones a los derechos humanos o que autorizan su limitación serán siempre de interpretación estricta, y nunca será válida una interpretación analógica o *a contrario sensu* de una norma que establece una excepción a la normativa de los derechos humanos.

También deben tenerse presentes al menos otros dos principios:

A. *Principio de interpretación conforme a la Constitución*. La propia Carta constituye uno de los elementos interpretativos que deben barajarse en la hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la interpretación sistemática y al utilizar la interpretación teleológica que atiende a la finalidad de la norma.[6] La ley debe interpretarse conforme el ordenamiento constitucional.[7]

B. *Principio de conservación de la norma*. Con esto se busca compatibilizar la supremacía de la Constitución con la voluntad del legislador en lo que sea posible. Este principio se conecta, a su vez, con otro comúnmente denominado *presunción de constitucionalidad*,[8] el cual, basándose en una confianza preliminar en cuanto a que el legislador conoce y respeta la Constitución, conduce a que:

a. no corresponde la declaración de inconstitucionalidad si no existe una "duda razonable"[9] en cuanto a su contradicción con la Carta;[10] y
b. si hay varias interpretaciones razonablemente posibles de la norma legal, debe optarse por aquella que resulta compatible con la Constitución y no corresponde la declaración de inconstitucionalidad.[11]

De más está decir que la aplicación de estos principios de conservación de la norma o de presunción de constitucionalidad no puede conducir a interpretaciones forzadas de la norma cuestionada para tornarla compatible con la Constitución, o a eludir por esta vía preceptos legales claros. Lo anterior conduciría a desvirtuar todo el sistema.

---

[6] Fernández Segado, o. cit., p. 79.

[7] Sobre interpretación *de* la Constitución y *desde* la Constitución: Germán Bidart Campos, "Algunas reflexiones sobre la globalización desde el derecho constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 1999*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 1999, p. 3.

[8] Sentencias de la Suprema Corte de Justicia: nº 211/65, 64/67, 29/80, 235/85, 266/86, 184/87, 152/91, 86/93, 234/95. Esta última publicada en *LJU*, caso nº 13.033.

[9] Sentencias de la Suprema Corte de Justicia nº 42/93, 234/95, etcétera.

[10] Francisco Fernández Segado ("La jurisdicción constitucional en España", en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 665 y ss.) utiliza la noción de *duda razonable* como requisito para referir al fundamento de la impugnación o cuestionamiento de la ley.

[11] Este criterio jurisprudencial, pacíficamente aceptado por años por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, ha sido objeto de un serio e inteligente replanteo por parte del ministro de la Corte doctor Gervasio Guillot, en su discordia a la sentencia publicada en *LJU*, caso 14.575 (sentencia de fecha 24.6.2002).

2. *Normas constitucionales e internacionales referidas a los derechos humanos*

La consagración constitucional de los derechos fundamentales siempre tuvo presente el riesgo del olvido de algún derecho, lo que, sin perjuicio de posiciones extremas como la de Hamilton,[12] condujo a que se incorporaran paliativos para este problema. Así puede recordarse la IX Enmienda en los Estados Unidos (que estableció que "la enumeración de ciertos derechos, en la Constitución, no podrá ser interpretada como teniendo por objeto, o por efecto, negar o disminuir otros derechos conservados por el pueblo"). Esta tendencia fue recogida por el derecho constitucional argentino, que en la reforma de 1860 incorporó el actual artículo 33, antecedente claro del actual artículo 72 de la Constitución uruguaya, que establece: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que sean inherentes a la personalidad humana o deriven de la forma republicana de gobierno".

En las últimas décadas, es frecuente encontrar en las Constituciones latinoamericanas otro tipo de soluciones. Así, por ejemplo, la Constitución de Nicaragua (artículo 46), la de Perú (de 1979)[13] y la argentina (luego de la reforma de 1994) reconocen a ciertos tratados internacionales referidos a los derechos humanos rango constitucional o a veces supralegal.[14]

La Constitución uruguaya lamentablemente no contiene una disposición que permita conferir rango constitucional a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos ratificados por la República, por lo que nos mantenemos, en la materia, limitados a la solución del artículo 72. Y esta norma exige, para que pueda —o en realidad deba— reconocerse rango constitucional a los derechos, deberes y

---

[12] Que frente a este riesgo postulaba que era preferible no efectuar declaraciones de derechos. Al respecto: Alberto Ramón Real, "Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Revista de Derecho Público y Privado*, año XXI, n° 238, pp. 206 y ss.

[13] En la reforma posterior se suprimió esta solución.

[14] La Constitución argentina, por ejemplo, en su artículo 75, y limitando la referencia a la materia de los derechos humanos, efectúa una triple distinción: a) En primer término, los documentos internacionales que expresamente se mencionan en el párrafo 2º del numeral 22 del artículo referido tienen rango constitucional. b) Un segundo grupo está compuesto por otros tratados relativos a los derechos humanos, los que, si fueran ratificados por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, también tendrán rango constitucional. c) En tercer lugar encontramos otros tratados referidos a los derechos humanos que, ratificados por el Congreso, no alcancen la mayoría necesaria para que se les reconozca rango constitucional. En ese caso, los tratados tendrán jerarquía infraconstitucional pero supralegal, según resulta de las disposiciones constitucionales debidamente armonizadas (al respecto, Risso Ferrand, o. cit., t. III, pp. 106 y ss.). Este tipo de soluciones modernas resulta por demás interesante a los efectos de suplir olvidos o completar la regulación constitucional de los derechos humanos, y a su vez debe tenerse presente que, por ejemplo en el caso argentino, coexiste con las soluciones tradicionales, o sea, el artículo 33 antes citado.

garantías no enumerados a texto expreso, que ellos sean: a) inherentes a la personalidad humana[15] o b) derivados de la forma republicana de gobierno.[16]

El artículo 72 ha llevado a parte de la doctrina a ensayar enumeraciones de cuáles serían los derechos, deberes y garantías no enumerados a los que debe reconocerse rango constitucional en razón de esta disposición. Real,[17] por ejemplo, mencionaba entre otros el principio de igualdad ante las cargas públicas, el derecho de defensa frente a la administración activa, el derecho al nombre y a la propia imagen, la irretroactividad de la ley penal, el derecho moral de autores e inventores, etcétera. Korzeniak,[18] por su parte, menciona el derecho de resistencia a la opresión,[19] el derecho a la información, la acción de amparo, el derecho a la intimidad (aunque lo vincula más con el artículo 10 inciso 1º que con el artículo 72), el principio de separación de poderes, el principio de especialidad, la responsabilidad del Estado en los casos no comprendidos en el artículo 24, entre otros.[20]

A esta altura, dentro del proceso de internacionalización de los derechos humanos, con una multiplicidad de instrumentos internacionales ratificados por Uruguay, y con la aparición de derechos fundamentales que ya no encuadran dentro del concepto de primera ni de segunda generación, se ha sostenido que parece lógico que, en términos generales, se replantee la cuestión. En la actualidad, parecería que el fenómeno de la regulación internacional de la materia no puede permanecer ajeno al intérprete. Y en este sentido, como señala Cajarville

---

[15] En lo que refiere a esta primera exigencia, debe tenerse presente que *inherente* significa algo que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa que no se puede separar. La inherencia refiere a dos cosas inseparables por su propia naturaleza, por lo que los derechos inherentes a la personalidad humana serán aquellos inseparables de dicha personalidad (véase Real, o. cit., p. 211. Juan P. Cajarville Peluffo, "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, pp. 157 y ss.). Son inherentes cuando no se pueda concebir a la persona humana si no es como titular de dichos derechos.

[16] En cuanto a la referencia a los derechos derivados de la forma republicana de gobierno, si bien la expresión se entiende sin mayores dificultades, es necesario coincidir con Jiménez de Aréchaga (*La Constitución nacional*, o. cit., t. I, p. 378) en que la redacción no es del todo apropiada, y en realidad la norma debería referir a la concepción democrática del Estado.

[17] Real, o. cit.

[18] José Korzeniak, *Derecho constitucional 2º*, FCU, Montevideo, 1987, pp. 87 y 88.

[19] El derecho de resistencia a la opresión aparece como un derecho fundamental altamente discutido. Al respecto véase Aníbal Luis Barbagelata, *Derechos fundamentales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1978, pp. 147 y ss.

[20] Pero: ¿cómo se razonaba a los efectos de arribar estas conclusiones? Pues bien, se analizaba si el derecho en estudio presentaba el carácter de ser inherente a la persona humana, o si derivaba de la forma republicana de gobierno. Si la respuesta era afirmativa se aceptaba el rango constitucional. Pero claro, una cosa es decir que aun cuando no estén reconocidos a texto expreso tienen rango constitucional aquellos otros derechos que sean inherentes a la personalidad humana, y otra cosa muy diversa es concluir, respecto a estos nuevos derechos, cuándo el nuevo derecho es inherente a la personalidad humana o no. Esta tarea resulta sumamente compleja y discutible salvo en casos especiales como los referidos.

Peluffo,[21] ¿puede haber argumento más fuerte para demostrar que un derecho es inherente a la personalidad humana que el hecho de estar reconocido —con algunas variantes— en uno, dos o más tratados internacionales ratificados por la República? Parece que no, y por eso dicha regulación internacional permite disipar las dudas y atemperar los problemas que surgían al aplicar el artículo 72. La prueba más contundente de que un derecho es inherente a la persona humana surge justamente de su inclusión en tratados internacionales referidos a los derechos humanos. No se está realizando con esto una interpretación evolutiva del artículo 72,[22] sino que, por el contrario, e incluso por la vía del propio artículo 72, parece ingresar un concepto de *inherencia* amplio, que encuentra su fundamento en la concepción internacional de los derechos humanos actual.[23]

En definitiva, parece que el artículo 72 de la Constitución, con la referencia que efectúa a los "derechos inherentes a la personalidad humana o que se deriven de la forma republicana de gobierno", impone en la actualidad una interpretación amplia y flexible; no por practicar una caprichosa interpretación de tipo evolutivo de la norma, sino por la evolución operada en materia de derechos humanos, especialmente en lo que a su regulación internacional refiere, que impone un concepto amplio y moderno respecto a qué se considera un derecho inherente a la personalidad humana.

De lo anterior surge que, en principio, y cuando nos encontremos con un derecho fundamental reconocido como tal en instrumentos internacionales referidos a derechos humanos ratificados por la República, ya no será necesario argumentar que éste presenta el referido carácter de inherencia para que se acepte su rango constitucional, sino que dicha condición deriva directamente del hecho de estar reconocido por el ordenamiento jurídico internacional como un derecho fundamental. La carga de la argumentación, con todos los problemas prácticos que implica, sólo sería necesaria para demostrar que, por excepción, algún derecho recogido como fundamental por el orden internacional no es inherente a la personalidad humana y por lo tanto no debe reconocérsele rango constitucional con base en el artículo 72 de la Carta.[24]

En definitiva, y a los efectos de aproximarnos al estudio de la libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya, debe tenerse presente la capital incidencia que presentan las normas internacionales referidas a los derechos humanos, y tanto por el

---

[21] Juan P. Cajarville Peluffo, o. cit., pp. 168 y 169.

[22] Al estilo de Juan Andrés Ramírez por ejemplo (véase *El derecho constitucional en la Universidad*, en colección Clásicos Uruguayos); véase también Risso Ferrand, o. cit., t. I, § 31.

[23] Es más, es posible sostener que el análisis de la cuestión se invierte. Cuando un derecho no establecido a texto expreso en la Carta sea objeto de regulación en uno, dos o más tratados internacionales ratificados por la República, ya no será necesario argumentar en cuanto a su carácter de inherente a la personalidad humana, ya que esto ya está demostrado, sino que, por el contrario, la carga de la argumentación recaerá en quien pretenda que el derecho no presenta dicho carácter.

[24] Sobre los problemas que genera la a veces llamada *reforma indirecta* de la Constitución que implica este fenómeno, y a sus dos variantes (reforma indirecta por adición derechos y reforma indirecta por sustracción de derechos), me remito a Risso Ferrand, o. cit., t. III, pp. 112 y ss.

camino tradicional señalado por la doctrina y jurisprudencia uruguayas, como por la modalidad más reciente, es evidente que esta regulación internacional debe ser analizada en forma simultánea con la regulación constitucional de este tema. Asimismo, en caso de regulaciones diversas, se aplicará la que resulte más favorable al derecho en juego, siempre que ello no implique una "reforma indirecta de la Constitución por sustracción", lo que está vedado.[25]

3. Libertades claramente vinculadas

La libertad de enseñanza se relaciona en forma evidente con tres libertades básicas: la libertad de pensamiento, la libertad de expresión de pensamiento y la libertad de comunicación de pensamiento.

La *libertad de pensamiento* refiere en principio a un sujeto en particular y garantiza su derecho a formar, mantener, modificar o ajustar su propio pensamiento según los dictados de su conciencia. Pero obviamente este derecho no puede llevar a suponer que todo individuo podrá hacer esto por sí mismo, sino que enfrentará problemas que no pueden ser ajenos al derecho.[26]

La *libertad de expresión del pensamiento*, por su parte, refiere a un aspecto exterior de la anterior. Si bien ya no estamos en el reducto inexpugnable del propio individuo, ya que ahora éste exterioriza su pensamiento, lo expresa, todavía seguimos en el ámbito personal o individual. El pensamiento se puede expresar no sólo con la palabra oral o escrita, sino mediante una pluralidad de variantes: manifestaciones artísticas, forma de vestir, el hecho de acudir a determinado lugar a determinada hora, etcétera. La libertad de expresión de pensamiento pasa a ser la consecuencia lógica de la libertad de pensamiento; si el individuo forma y ajusta su propio pensamiento, es lógico que tenga también el derecho a expresarlo, si lo desea. La libertad de expresión de pensamiento es el aspecto exterior del pensamiento y, así como la libertad de pensamiento, se refiere al individuo en sí mismo.

La *libertad de comunicación del pensamiento* implica algo más que la anterior, ya que para que exista *comunicación* debe haber al menos dos sujetos: el emisor y el receptor del pensamiento. Y ambos son titulares de derechos y obligaciones. Dentro de la libertad de comunicación del pensamiento aparecen dos variantes especiales y trascendentes desde el punto de vista constitucional: la *libertad de prensa*[27] y la *libertad de enseñanza*. Se verá a continuación la similitud existente entre estas dos varian-

---

[25] Ibídem, p. 114.

[26] Más ampliamente en "Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2002,* Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2002, pp. 267 y ss.

[27] Sobre libertad de prensa me remito a lo dicho en Risso Ferrand, o. cit., t. III, y en ídem "Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2002,* Fundación Konrad Adenaur, Montevideo, 2002, pp. 267 y ss.

tes, en cuanto a sus fundamentos constitucionales, a los actores en una y otra, y en cuanto a la opción constitucional de protección de las libertades referidas.

II. La regulación constitucional de la enseñanza

1. Objetivos de la enseñanza

Del análisis de las normas constitucionales e internacionales aplicables en esta materia, pueden extraerse algunos de los objetivos perseguidos por el ordenamiento jurídico en lo que refiere a la educación y a la enseñanza. Así se encuentra que:

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, de 1948, establece en el párrafo 2° del artículo 26: "La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz".
2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, de 1966, establece en su artículo 13, párrafo primero: "Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz".
3. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948) establece en su artículo 12: "a) la educación debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas"; y "b) toda persona tiene derecho a que mediante la educación se la capacite para lograr una digna subsistencia, para mejorar su nivel de vida y para ser útil a la sociedad".
4. En la misma línea, el Protocolo de San Salvador establece en su artículo 13: "Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y plu-

ralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz".

5. La Constitución uruguaya también agrega objetivos propios en su artículo 71 al establecer: "a) el Estado propenderá al desarrollo de la investigación científica y de la enseñanza técnica; b) es de utilidad social la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera; y c) en las instituciones docentes se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos".
6. Y aun cuando no tenga consagración expresa, es evidente que la educación tiene como objetivo adicional el de lograr o facilitar el ejercicio de los otros derechos humanos (libertad de pensamiento, libertad profesional, libertad de empresa, etcétera).[28]

2. Principios que rigen la enseñanza

Del estudio de la Constitución uruguaya y normas internacionales podemos extraer también los grandes principios constitucionales (además del principio de libertad que se estudiará más adelante) que rigen la educación y la enseñanza como bien jurídico especialmente protegido por nuestro derecho constitucional.

2.1. En primer lugar encontramos *el principio de constitucionalidad*, entendiendo por tal que el sistema educativo ha de configurarse de acuerdo con los principios y valores de la Constitución y asentarse en el respeto a los derechos humanos reconocidos por nuestro derecho. Ingresan acá con singular importancia los objetivos de la enseñanza que surgen de la Carta y normas internacionales, los que incuestionablemente delinean el marco de acción del Estado y de los particulares en esta materia. El sistema educativo no sólo deberá evitar vulnerar estos valores, sino que deberá adaptarse a ellos y cumplirlos.

2.2. En segundo término encontramos el *principio de no monopolio educativo del Estado*,[29] con el que se hace referencia a que la enseñanza y la educación son una actividad común al Estado y a los particulares,[30] sin que exista ninguna preferencia ni beneficio de la primera forma (la estatal). Esto lo confirma inequívocamente el artículo 69 de la Constitución,[31] que expresa: "Las instituciones de enseñanza privadas

[28] Aníbal Cagnoni ("Los derechos humanos y la Universidad", en *Revista de Derecho Público*, nº 15, 1999, p. 86) enuncia fines más generales: fin cultural (la investigación en todos los órdenes); fin social (preferente atención por los problemas nacionales de la sociedad); fin ético (la superación moral de la juventud); y un fin de formación de los estudiantes en las distintas profesiones.

[29] Julio Prat, *Derecho administrativo*, t. V, vol. I, Acali, 1980, p. 129.

[30] Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., FCU, 1987, pp. 78 y ss. Refiere a los servicios sociales que son prestados indistintamente por el Estado y los particulares.

[31] Los debates en la Constituyente de 1934 demuestran dudas y confusiones en los constituyentes. Al respecto: Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, o, cit., t. I, p. 313 y ss.

y las culturales de la misma naturaleza, estarán exoneradas de impuestos nacionales y municipales, *como subvención por sus servicios*". Es incuestionable la importancia que la Carta asigna a la existencia de entidades privadas de enseñanza (no las tolera sino que quiere que existan, las estimula y las premia), fácilmente comprensible en mérito a la concepción pluralista de la enseñanza que toma nuestra Constitución.

Las únicas diferencias que surgen de la Constitución en esta materia son: a) la preceptividad de la forma jurídica de ente autónomo para la enseñanza oficial (artículo 202 de la Constitución) y las consecuencias propias de su regulación por normas de derecho público; y b) la gratuidad de ciertos niveles de la enseñanza oficial. Fuera de estos casos, las entidades estatales y privadas se encuentran en un plano de igualdad jurídica y se debe tener cuidado de evitar confusiones que no surgen de la Constitución sino de normas infraconstitucionales aprobadas en épocas en que la Universidad de la República ejercía el monopolio de hecho de la enseñanza universitaria en el país. En forma alguna la Constitución permite hablar de la necesidad de "equiparar" los programas de las entidades privadas a los oficiales, ni ninguna otra forma de distinción o favor para la enseñanza pública.

2.3. El *principio de la gratuidad* que rige para la enseñanza oficial ha merecido diversas dudas. La fórmula constitucional es curiosa, ya que, en lugar de establecer en forma clara y directa la solución que se deseaba, el constituyente recurrió a una peculiar declaración en el artículo 71: "declárase de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física […]". En lo que refiere a la enseñanza oficial universitaria, esta disposición ha suscitado discrepancias, desde quienes sostienen que, por surgir del artículo 71, la enseñanza universitaria estatal debe ser gratuita en todas sus variantes, hasta quienes postulan la posibilidad de que la Universidad de la República cobre a sus estudiantes por cursos de grado y posgrado.[32]

Si se complementa la declaración constitucional con las normas internacionales, se encontrarán soluciones variadas. A saber:

A. La Declaración Universal de 1948 prevé que la educación debe ser gratuita, "al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental". Se aprecia una preferencia por la enseñanza gratuita pero razonablemente se pone el acento en la elemental.

B. El Pacto Internacional de 1966, por su parte, establece en el párrafo 2 del artículo 13:

> Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:
>
> a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
>
> b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a

[32] Los antecedentes de la norma en la Constituyente pueden verse ibídem, p. 316.

todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de enseñanza, implantar un sistema de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

Este texto, que es casi similar al de la Convención Americana de 1948, pone de manifiesto que la enseñanza primaria oficial *debe* ser gratuita, mientras que los otros niveles, sin perjuicio de la orientación a la gratuidad, podrán optar por otros medios para lograr que la enseñanza sea accesible a todos.

Las normas transcriptas no imponen la gratuidad de la educación universitaria oficial;[33] en consecuencia, la Universidad de la República podría, a mi juicio, cobrar a sus estudiantes siempre y cuando dicho pago no implique la imposibilidad para

---

[33] Sobre este punto y discrepando con buena parte de la doctrina, he sostenido: "Nuestra Constitución al referir a la gratuidad de la enseñanza emplea una extraña expresión: 'Déclarase de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial, primaria, media, superior, industrial y artística, y de la educación física'. Sin duda hubiera sido mejor que se estableciera sin rimbombantes declaraciones la gratuidad de la enseñanza oficial, como ocurre habitualmente en el Derecho Comparado, pero lo cierto es que se recurrió a esta declaración de utilidad social, por lo que, conforme al método interpretativo lógico sistemático teleológico, debe intentarse desentrañar su sentido. Una primera constatación, obvia e ineludible, es justamente que la Carta no establece la gratuidad sino que declara la utilidad social de la misma. El análisis contextual y teleológico de la disposición, en una Constitución que consagra sin dudas un Estado social de Derecho, no puede admitir duda alguna en cuanto a que nadie puede verse privado de acceder a la enseñanza por razones económicas. De esta forma podemos concluir que, pese a que no lo dice el artículo 71, la gratuidad sí es constitucionalmente imprescindible para todos aquellos que sin la misma no podrían acceder a la enseñanza. Complementando lo anterior, y armonizando el artículo 71 con la obligatoriedad de la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial prevista en el artículo 70, quizás podría extenderse le necesaria gratuidad de la enseñanza oficial a dichos niveles de enseñanza, independientemente de la situación económica de los sujetos. El razonamiento sería el siguiente: se establece la obligación pero a todos se da la posibilidad de cumplir con ésta en forma gratuita. Se advierte entonces que queda pendiente de solución clara, básicamente, el caso de la Universidad de la República. Al respecto, y sabiendo que es una posición diversa a la que ha mantenido y mantiene en la actualidad dicha Universidad, parecería que la solución constitucional sería la siguiente: a) Ningún habitante de la República que desee realizar estudios universitarios podrá verse impedido de ellos en razón de su situación económica. En otras palabras, quien no puede pagar por sus estudios de nivel superior, deberá poder contar siempre con la posibilidad gratuita en la Universidad de la República. b) Fuera de la hipótesis anterior, será la propia Universidad la que decida si sus cursos se imparten en forma gratuita o no. La utilidad social de la gratuidad bien puede implicar que quienes puedan pagar lo hagan, y de esa forma y mediante la utilización de esos recursos para la financiación de quienes no pueden pagar, se cumpla igualmente con dicho objetivo". Véase *Derecho constitucional*, o. cit., t. III, pp. 195 y ss.

alguno de ellos de realizar estudios universitarios. En otras palabras, se les puede cobrar a quienes pueden pagar, y así lo dispuso la ley 16.222 en su artículo 407: "Facúltase a la Universidad de la República a cobrar una matrícula a sus estudiantes que se hallen en condiciones económicas de abonarla".

2.4. El *principio de obligatoriedad* aparece en el artículo 70 de la Constitución, que dispone: "son obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial". A esta altura nadie duda de la necesidad de que, junto con el derecho a la educación, aparezca la obligación en análisis (deber constitucional).

2.5. También aparece el *principio de responsabilidad de las autoridades públicas*, en tanto la enseñanza no es algo ajeno al Estado (en sentido amplio) sino que tiene obligaciones concretas, que surgen con claridad de diversas previsiones constitucionales: a) el Estado propenderá al desarrollo de la investigación científica y la enseñanza técnica y la ley proveerá lo necesario a tales efectos (artículo 70); b) el Estado tiene a su vez la obligación de prestar los servicios que corresponden a la educación oficial; c) debe proceder a la creación de becas de perfeccionamiento y especialización y al establecimiento de bibliotecas populares, etcétera. Las autoridades públicas no son ajenas a esta materia, sino que deben actuar en un régimen de igualdad con los particulares.

2.6. Respecto a las entidades estatales de enseñanza, puede hablarse de un *principio de autonomía* que pretende separar la enseñanza oficial del gobierno de turno. El ya citado artículo 202 de la Carta da a los entes de enseñanza la máxima autonomía y el mayor grado de descentralización posible conforme nuestro ordenamiento jurídico.[34] Se ha dicho que la autonomía de la enseñanza pública viene a cumplir el mismo fin que la libertad de enseñanza para las instituciones privadas. Sobre esto se volverá más adelante.[35]

---

[34] Surge del artículo 205 de la Constitución que los institutos de contralor de que dispone el Poder Ejecutivo sobre los entes autónomos, establecidos en los artículos 197 y 198 de la Carta, se aplican parcialmente a los entes de enseñanza: no se aplica el 197 y sólo se aplican los dos primeros incisos del 198.

[35] Las nociones de *autonomía* y *descentralización* no aparecen como similares aunque, en general, cuando nos enfrentamos al fenómeno llamado por buena parte de la doctrina uruguaya como *descentralización por servicios*, aparecen, en los hechos, ligadas entre sí. Cassinelli Muñoz (*Derecho público*, vol. II FCU, Montevideo, 1999), con su precisión habitual, nos enseña que hay descentralización cuando se quiebra el vínculo jerárquico. Decir que un órgano está descentralizado frente a otro significa decir que no hay vínculo jerárquico entre ambos; que el órgano descentralizado no está subordinado al otro. En la práctica esto se traduce en la imposibilidad de que el órgano dé instrucciones u órdenes de servicio al otro. Decir que hay más o menos descentralización quiere decir que quedan más o menos vestigios del vínculo jerárquico. Es decir que hay más o menos controles sobre la actuación del órgano descentralizado. La autonomía, en cambio, refiere a la posibilidad de dictar su propio ordenamiento jurídico. Se puede tener más o menos autonomía; esto quiere decir que, en el primer caso, son más importantes los actos que pueden dictar los entes. Continúa este autor señalando que, al analizar los organismos que tienen descentralización y autonomía, se aprecia que en la Constitución existen dos tipos: *entes autónomos* y *servicios descentralizados*. Los entes autónomos tienen

2.7. También puede hablarse de un *principio de tolerancia y pluralismo*, el cual surge de los objetivos ya referidos de la educación y del principio de libertad que se analizará más adelante. El propio concepto de Estado social y democrático de Derecho[36] que recoge nuestra Constitución confirma inequívocamente este principio.

2.8. Por último, puede mencionarse un *principio de participación* que tiene dos aspectos diversos: a) cuando se refiere a la Universidad de la República, la participación de docentes, estudiantes y graduados en el gobierno de la entidad está garantizada en el artículo 203 de la Carta; y b) fuera de ese caso, la Constitución reconoce el derecho de los padres y tutores (y, en forma implícita, de los adultos para sí mismos) de elegir, para la enseñanza de sus hijos y pupilos, los maestros o instituciones que deseen.

3. La libertad de enseñanza

El artículo 68 de la Constitución establece:

> Queda garantida la libertad de enseñanza. La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos.

Es interesante, para dar el justo alcance a este artículo, recordar cómo ha sido la evolución de nuestro derecho. Jiménez de Aréchaga señalaba que las Constituciones de 1830 y 1918 no contenían ningún precepto al respecto, ya que se entendía que la libertad de enseñanza era un corolario de la libertad de emisión del pensamiento. No era entonces necesario incorporar un texto que declarara especialmente esta libertad, la que por otra parte ya había sido consagrada en el país por leyes ordinarias. Por lo

---

mayor descentralización y mayor autonomía que los servicios descentralizados. Los conceptos de *descentralización* y *autonomía* son teóricos; las nociones de *ente autónomo* y *servicio descentralizado*, en cambio, no son teóricas sino creaciones del derecho positivo uruguayo. Pero los conceptos teóricos mencionados no se corresponden con las nociones de nuestro derecho positivo constitucional (con cada una de las categorías señaladas), sino que se cruzan. Es decir, tanto los entes autónomos como los servicios descentralizados son descentralizados y autónomos; el que tiene mayor dosis de autonomía y descentralización es el ente autónomo; el que tiene menor dosis de ambos conceptos es el servicio descentralizado. Analizando la Constitución de 1952, Prat (o. cit.) definía a los entes autónomos como aquellos organismos públicos estatales, dirigidos por órganos colegiados, con plenos poderes jurídicos de administración de servicios nacionales, que cumplen fines especiales y actúan bajo el contralor de autoridades nacionales. Los servicios que administran no son necesariamente públicos; basta que sean servicios en que esté comprometido el interés colectivo, servicios de índole social, etc. Cumplen así fines especiales que limitan la materia de la competencia del ente (principio de la especialidad), administrando y destinando bienes y rentas a los cometidos fijados por la ley. Sayagués Laso (o. cit.), por su parte, y en términos similares, consideraba que los entes autónomos son personas jurídicas de derecho público estatales que tienen a su cargo determinados servicios de carácter nacional y están dirigidos por consejos o directorios que poseen plenos poderes de administración y actúan con autonomía, bajo cierto contralor de las autoridades nacionales.

[36] Sobre las características del Estado social y democrático de Derecho que establece nuestra Constitución, me remito a Risso Ferrand, *Derecho constitucional*, o. cit., t. III, cap. I.

demás, la fórmula comprensiva del artículo 173 de la Constitución de 1918 reconocía implícitamente la existencia de este derecho.

En cuanto a las normas legales, quizá la más antigua sea la ley de 1827, que en su artículo 9 disponía: "Las escuelas de primeras letras que no estén a cargo del Estado, quedan en la misma libertad, pero bajo la inspección de Juntas inspectivas". Este régimen fue sustituido por un sistema de vigilancia e intervención rigurosas, por el decreto-ley del 13 de setiembre de 1847 y por el reglamento de marzo de 1848.

El nuevo movimiento hacia la libertad se cumplió con la Ley de Educación Común, de 24 de agosto de 1877, concesión hecha por Latorre a José Pedro Varela. La ley de 1877 disponía:

> La inspección del Estado sobre las instituciones privadas de enseñanza tendrá por objeto *exclusivo* comprobar las condiciones de higiene en esos establecimientos, proteger la moral pública, y establecer si en la enseñanza impartida se contenía algo que fuera contrario a la moralidad o a la Constitución de la República.[37]

Pero esta ley se refería exclusivamente a los institutos de primera enseñanza. Para la secundaria y para la superior, el principio de la libertad fue consagrado recién por la ley de 1885, de organización universitaria, que establecía:

> La autoridad pública tendrá el derecho de inspeccionar los establecimientos de educación de los particulares, al solo objeto de impedir que se contraríen las prescripciones de orden moral y los dogmas fundamentales de la Constitución.[38]

Las leyes de 1877 y 1885 son, pues, los antecedentes directos del actual artículo 68 de la Constitución.

Si se vuelve a lo dicho en el inicio sobre la trascendencia que la Constitución asigna a dos formas de comunicación del pensamiento, la libertad de prensa y la libertad de enseñanza, se aprecia sin dificultad que, así como a la primera se le dio una garantía básica —la prohibición de censura previa sin perjuicio de la responsabilidad ulterior por los abusos que se cometan—, igualmente se le dio singular destaque a la garantía relativa a la libertad de enseñanza. No se limita la Constitución a reconocer o establecer el derecho, sino que lo *garantiza*.[39] Y se garantiza algo anterior, algo que ya existe (algo que deriva de la forma republicana de gobierno o es inherente a la persona humana). Aun cuando no existiera el artículo 68, el reconocimiento de la libertad sería imperativo para el intérprete.

Esta libertad, tan especialmente destacada por el texto constitucional, comprende diversos ámbitos: la libertad de crear establecimientos de enseñanza; la libertad de

---

[37] Daniel Hugo Martins, "La libertad de enseñanza, la fundación de institutos privados y la validez de los títulos profesionales", en *Estudios en Memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Amalio Fernández, Montevideo, 2000, pp. 366 y ss.

[38] Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, o. cit., t. I, pp. 304 y ss.

[39] Susana Bello Fabra, "Regulación de la administración en algunos servicios sociales", en *Régimen administrativo de la actividad privada. Curso de Graduados 1989*, FCU, 1990, p. 165.

dirigir dichos establecimientos; la libertad de cátedra de los profesores; la libertad de los educandos y de los padres o tutores, en caso de los menores, de elegir los maestros e instituciones que deseen, etcétera.[40]

A su vez, las normas internacionales, aun sin la precisión o contundencia de la Constitución, confirman lo anterior. Así por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, dispone:

> Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades de establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que respeten los principios enunciados en el párrafo 1[41] y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

En el mismo sentido se encuentra el párrafo 5 del artículo 13 del Protocolo de San Salvador.

Es importante todavía destacar la trascendencia de esta solución de libertad que adopta la Constitución, y respetuosamente discrepar con quienes mencionan en primer lugar los casos de limitación a esta libertad. Esto puede ser peligroso. La solución de principio es la libertad de enseñanza en sus distintas manifestaciones; la excepción es la que surge de la segunda oración del artículo 68. La primera debe ser objeto de una interpretación expansiva, compatible con el principio *pro homine* y sus consecuencias. La segunda debe ser objeto de una interpretación estricta o restrictiva, como ya se señaló.

En síntesis, la libertad de enseñanza, en tanto solución de principio, sólo podrá limitarse:

A. En virtud de una ley formal (principio de reserva a la ley). Y no cabe duda de que ésta es un acto expedido por el Poder Legislativo nacional y promulgado por el Poder Ejecutivo luego de cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 133 y siguientes de la Carta (procedimiento ordinario), o en los artículos 214 y siguientes (leyes de presupuesto o rendición de cuentas), o en el artículo 168 numeral 7 (procedimiento con declaración de urgencia).[42] Toda limitación que no surja de la ley será inconstitucional.

B. Además, la ley deberá fundarse en una de las cuatro razones en que el propio artículo 68 admite la intervención del Estado. Toda ley que autorice una intervención estatal sin estos fundamentos resultará inconstitucional por razones de contenido.[43]

---

[40] Prat, o. cit., p. 130.

[41] Refiere a los objetivos de la educación ya mencionados.

[42] Esta afirmación, si bien ha generado alguna posición contraria de la Suprema Corte de Justicia, es la seguida por la doctrina mayoritaria, y por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 6/86, a raíz de una consulta realizada por el gobierno uruguayo al respecto. Sobre este punto me remito a lo dicho en "Control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen derechos humanos en el derecho uruguayo", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, nº III, Montevideo, 2002, pp. 66 y ss.

[43] Cassinelli Muñoz (*Derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 69 y ss.) destaca la taxatividad de estos motivos de la limitación y señala que no se puede, por ejemplo, prohibir la enseñanza a niños por parte

C. El principio de *reserva legal* en análisis admite que en algunos casos puedan efectuarse remisiones a la reglamentación, pero estas remisiones deberán cumplir también ciertos requisitos:

a. La remisión a la reglamentación debe haberse dictado cumpliendo los requisitos materiales que la Constitución establece (garantías sustanciales).
b. La remisión no puede constituir una norma en blanco, ya que esto implicaría un fenómeno de deslegalización no admitido por la Constitución (la regulación reglamentaria debe estar subordinada a la ley y no ser una norma independiente).
c. El órgano administrativo, todavía, debe ejercer sus potestades dentro de los parámetros que le fija el ordenamiento jurídico.[44]

Sin perjuicio de lo anterior, aparecen casos en que la propia Constitución impone limitaciones. Por ejemplo, una entidad de enseñanza cuyo objeto sea preparar a sus alumnos para que por la violencia o mediante propaganda que incite a la violencia destruyan las bases fundamentales de la nacionalidad,[45] no podrá invocar a su favor la libertad de enseñanza como excusa para contravenir la solución que deriva del artículo 80 numeral 6 de la Constitución. En esta hipótesis la institución estaría fuera de la libertad de enseñanza que tutela la Constitución.

III. Sujetos que participan en la enseñanza

Al igual que en la libertad de prensa, en esta forma de comunicación del pensamiento no participan sólo dos individuos (emisor y receptor respectivamente), sino que aparece una pluralidad de sujetos.

1. Estudiante

Comenzando con quien es sin duda el fin último de todo proceso educativo, el estudiante, se advierte que éste es titular de una pluralidad de derechos: algunos muy generales, tales como recibir una formación que cumpla con los objetivos ya mencionados del sistema educativo; otros más concretos, como el de poder acceder a la enseñanza primaria y media, agraria o industrial en forma gratuita, o poder acceder a niveles superiores de educación sin que sus limitaciones económicas sean un obstáculo en tal sentido; y, por supuesto, todos los derechos derivados de la libertad de enseñanza, o sea, la posibilidad de elegir sus maestros, instituciones, etcétera.

---

de quienes no tengan el título de maestro, pues esto no refiere ni a la higiene, ni a la moralidad, ni a la seguridad, ni al orden público. Y agrega más adelante: tampoco hay posibilidad de corregir errores […] si la actividad libre se hace mal tendrá simplemente las consecuencias normales de cualquier servicio que se preste mal: le será más difícil conseguir clientes […]".

[44] Me remito a Risso Ferrand, "Control…", o. cit., p. 72 y ss.

[45] Entendiendo por éstas las contenidas en las secciones I y II de la Constitución.

También el estudiante es titular de derechos que surgirán de sus vinculaciones contractuales con las distintas entidades de enseñanza por las que opte.

Y como ya se señaló, todos los habitantes de la República son titulares del deber constitucional del artículo 70, o sea, cumplir con los mínimos de enseñanza obligatoria y hacer que los cumplan sus hijos o pupilos.

2. La institución de enseñanza

Al igual que en la libertad de prensa, en el fenómeno de la enseñanza aparece la figura de la *empresa*, que realiza una suerte de intermediación entre los estudiantes y los profesores. Esta empresa será titular de los derechos que derivan del artículo 36 de la Constitución ("toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes"). Como señala Cassinelli Muñoz, la distinción entre libertad de enseñanza y libertad de empresa no es sólo teórica sino que tiene consecuencias prácticas. La libertad de enseñanza sólo admite las limitaciones dispuestas por ley en los casos taxativamente autorizados en el artículo 68[46] de la Constitución. La libertad de empresa puede ser limitada también por ley, pero basándose en "razones de interés general", lo que da mayor amplitud al legislador, quirn no estará condicionado por los cuatro motivos del artículo 68. De esta forma, la "empresa" de enseñanza, conforme el artículo 36, puede ser sometida a otros controles —por ejemplo, en materia laboral— sin que se vulnere con esto la libertad de enseñanza.

En general se reconocen como derechos de las instituciones de enseñanza: a) el derecho a establecer el ideario educativo o el "carácter propio" del centro de enseñanza;[47] b) el derecho del titular del centro a dirigirlo efectivamente (gestión académica, económica, de personal, etc.); c) el derecho a la exoneración de impuestos que surge del artículo 69 de la Constitución; etcétera.

3. Docente

El docente, normalmente empleado o contratado por una empresa de enseñanza, goza de un *status* especialmente tutelado, por su papel trascendente en este complejo esquema de comunicación de pensamiento. Básicamente aparece aquí un instituto principal de protección: la libertad de cátedra.

De Esteban y López Guerra, refiriendo a la regulación constitucional española que recoge expresamente la libertad de cátedra, la definen como la "exención de trabas que ha de tener todo profesor para investigar, exponer y transmitir el saber científico.[48] Álvarez Conde, por su parte, aclara que esta libertad es aplicable a todos

---

[46] Cassinelli Muñoz, *Derecho público*, o. cit., vol. I, pp. 70 y ss.

[47] Giuseppe De Vergottini, *Diritto costituzionale*, 2ª ed., CEDAM, Italia, 2000, p. 340.

[48] Jorge De Esteban, y Luis López Guerra, *El régimen constitucional español*, Labor Universitaria, Barcelona, 1980, pp. 170 y ss.

los docentes de los distintos niveles de enseñanza, y tanto de las entidades públicas como de las privadas.[49]

En Uruguay, si bien la libertad de cátedra no tiene previsión expresa en la Constitución, en general se ha aceptado su rango constitucional por la vía del artículo 72 de la Carta.[50] Por otra parte, esta libertad ya se encuentra prevista en la ley para la Universidad de la República.

La jurisprudencia española, en términos trasladables al derecho uruguayo, ha señalado que el contenido de la libertad de cátedra se determina con base en dos variantes que se combinan: la naturaleza pública o privada de la institución y el nivel de enseñanza de que se trate. Así, en los establecimientos públicos la libertad de cátedra tiene un contenido negativo uniforme y habilita al docente a resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada. Asimismo, el alcance de la libertad de cátedra va disminuyendo a medida que se desciende en el grado o nivel educativo. En los centros privados, en cambio, la libertad de cátedra es tan plena como en las entidades públicas, pero hay que recordar que estos centros son titulares del derecho a dar a la institución un ideario propio. Para los casos en que se produce la colisión de derechos (libertad de cátedra por un lado y libertad de establecer el ideario del centro por el otro) la jurisprudencia española ha desarrollado los siguientes criterios:

A. La existencia de un ideario no obliga al profesor a convertirse en un apologista de éste, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni tampoco a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico le impone a su labor.

B. La libertad de cátedra no faculta al profesor a dirigir ataques abiertos ni solapados contra el ideario del centro.

C. La virtualidad limitativa del ideario será mayor en los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos.

D. También ha reconocido la jurisprudencia española que la actuación del docente fuera de su función como profesor puede llegar a ser considerada como una violación de la obligación de respetar el ideario.[51]

---

[49] Enrique Álvarez Conde, *El régimen político español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, pp. 157-158.

[50] Me remito a lo dicho en Risso Ferrand, *Derecho constitucional*, o. cit., t. III, p. 195. También Héctor Gros Espiell, en informe presentado en la Universidad Católica del Uruguay en febrero de 2003, ha sostenido el rango constitucional de este derecho.

[51] Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 358 y ss. En el mismo sentido Louis Favoreu, Patrick Gaia, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux y Guy Scoffoni (*Droit constitutionnel*, 2ª ed., Dalloz, París, 1999, pp. 833 y 834) se refieren a la obligación de los docentes de respetar el "*caractère propre*" de la institución.

4. Padres y tutores

La parte final del artículo 68 de la Constitución establece que todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros o instituciones que desee.[52]

---

[52] Al respecto: Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, o. cit., t. I, p. 306. Algunos autores sostuvieron una interpretación restrictiva de esta disposición constitucional; por ejemplo, Emilio Biasco, "Sobre libertad de enseñanza y sus límites", en *Cursillo sobre los Derechos Humanos y sus Garantías*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UR), 2ª serie, nº 13, Montevideo, 1990, p. 160 y ss. También Luis Manzoni Rubio, "El principio de laicidad como garantía jurídica de la libertad de pensamiento", en *Cursillo sobre los derechos humanos y sus garantías* (UR), Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2ª serie, nº 13, Montevideo, 1990. Al no compartir estas dos últimas posiciones, me remito a lo dicho en Risso Ferrand, *Derecho constitucional*, o. cit., t. III., p. 197, en que señalé: "Esta norma, que en general no presentaba —ni presenta— problemas para la determinación de su alcance, fue objeto de algunas precisiones por algunos autores que, invocando la existencia de un principio que denominan de *laicismo atenuado* (basado en el artículo 5, en la función social de la familia del artículo 40, en el artículo 54, etc.), han sostenido que los padres tienen derecho a elegir quién enseña a sus hijos, pero no a determinar qué se les enseña. Con esto limitan en cierta forma la enseñanza religiosa. No tengo el gusto de compartir esta opinión por varias razones: a) El artículo 5 de la Carta, si bien establece un Estado no confesional, no es frente al fenómeno religioso ni crítico, ni neutral, ya que es obvio que con las exoneraciones de impuestos a los templos, en cierta forma, se está facilitando el culto de las distintas religiones. El Estado es laico (no puede impartirse enseñanza religiosa en entidades oficiales de enseñanza), pero no se deriva de esto ninguna otra consecuencia. b) En segundo lugar, la generosa (y compartible) amplitud del artículo 68 de la Constitución, y la precisión en cuanto a cuáles son los únicos casos en que puede intervenir el Estado, colide con esta posición doctrinaria. Claro que, si un padre optara por una enseñanza religiosa que afectara la moral, seguridad o higiene de los menores, el Estado debería intervenir. Pero debemos coincidir en que lo normal es la enseñanza de ciertas religiones respecto a las cuales, aun cuando no se compartan, se deberá aceptar que no afectan ninguno de los bienes jurídicos mencionados en la segunda oración del artículo 68, por lo que no se puede intervenir en la materia. c) Con carácter general, es oportuno recordar a Jiménez de Aréchaga, en cuanto a que eventuales limitaciones relativas a la elección de dónde estudian los niños, o quiénes les enseñan, o qué se les enseña, concluyen siempre en una alternativa: ¿quiénes eligen los maestros de los niños?: ¿sus padres o los padres de otros niños? La claridad del razonamiento es elocuente, y sin duda es preferible que la elección recaiga en los padres propios, con dos límites: cumplir con los mínimos de enseñanza obligatoria del artículo 70 y no afectar la moral, higiene o seguridad de los menores, o el orden público, y siempre cumpliendo con los objetivos que fijan los artículos 40 y 41 de la Carta. d) Todavía puede recordarse el artículo 12 del Pacto de San José de Costa Rica cuando establece en su numeral 4º: "Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". O también el numeral 3 del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que prevé que los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. O el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que en su artículo 13 numeral 3 establece: "Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos y pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Sin continuar con la referencia a normas internaciona-

Esta disposición coincide con la Declaración Universal de los Derechos de 1948, que en su artículo 26, párrafo 3, establece que los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. Más explícito, el Pacto Internacional de 1966 dispone en el párrafo 3 de su artículo 13:

> Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

En el mismo sentido, el Protocolo de San Salvador dispone:

> […] conforme la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

Este derecho de padres y tutores ha sido objeto de discusiones en cuanto a su efectivo ejercicio. Así, se ha destacado que es un derecho sometido a las posibilidades económicas de sus titulares, y que en caso de imposibilidad económica el derecho se diluye y se torna inoperante en la medida en que padres y tutores no tienen otro remedio que recurrir a la enseñanza oficial gratuita (salvo que accedan a algún tipo de beca o similar). Se trata de un tema sin duda interesante pero que excede el objeto de este trabajo, pues exigiría ingresar en el análisis de las situaciones jurídicas subjetivas frente al Estado, calificarlas y determinar cuáles son las consecuencias en la especie.

5. La sociedad

Tal como ocurre con la libertad de prensa, también en materia de educación y enseñanza aparece la *sociedad* como titular de un interés general común con un contenido amplio: a) a que todos los habitantes reciban una buena formación básica; b) a que todos los interesados puedan acceder a formas superiores de educación; y c) a que se cumpla con los objetivos constitucionales e internacionales en materia de enseñanza.

---

les, corresponde recordar que se trata de previsiones con rango constitucional en nuestro país conforme al artículo 72 de la Carta. e) Por último, la imposición de una enseñanza laica implica una toma de posición con similar valor y falibilidad que la opción por la enseñanza religiosa, ya que no debe caerse en el error de considerar que la enseñanza laica es “neutra”. Es una opción con similares características a la opción religiosa.

IV. Libertad de enseñanza y actividades restringidas en cuanto a su ejercicio profesional

El artículo 36 de la Constitución establece que "toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes". Esta disposición, básica para comprender la concepción constitucional, establece no una sino varias libertades (de trabajo, empresa, industria, etcétera), y admite la posibilidad de limitaciones establecidas por ley (garantía formal) motivadas en razones de interés general (garantía sustancial).[53]

En lo que interesa al presente trabajo, diversas normas legales han condicionado el ejercicio de ciertas profesiones al cumplimiento de determinados requisitos. La más reciente es la ley 17.154 que establece en su artículo 2:

> Para poder ejercer la profesión de psicólogo en el territorio de la República es exigible: A) Título de licenciado en psicología o equivalente, otorgado por la Universidad de la República u otras universidades o institutos universitarios habilitados por el Estado. B) Título de licenciado en psicología o equivalente otorgado por universidades extranjeras, revalidado por la autoridad competente.

También la ley previó una solución especial para quienes, en el momento de entrada en vigencia de la ley, tenían competencia notoria y título diferente, y estableció en estos casos un procedimiento de habilitación del título. Es evidente que esta ley en nada afecta la libertad de enseñanza, sino la libertad de ejercicio profesional.

El fin perseguido por estas leyes es evidente. El legislador desea que determinadas actividades que pueden tener consecuencias desfavorables y graves para los individuos (intervenciones quirúrgicas, patrocinio en procesos judiciales) sólo sean ejercidas por personas que tengan una idoneidad técnica mínima en su respectiva área.

También, como recuerda Martins, han sido dictadas diversas normas legales que refieren a los títulos profesionales expedidos por la Universidad de la República: leyes 1.825, 5.530, 9.202, 8.252, 5.353, 8.865, 8.394, 7.240 y 8.935.[54]

Desde el punto de vista histórico, la solución fue sin duda razonable. Al existir una única universidad en el Uruguay, y siendo ésta estatal, se confió a dicha entidad el control de la idoneidad técnico-profesional mínima que debían presentar en cada disciplina quienes ejercieran las correspondientes profesiones.

Pero la situación cambió a partir de 1984, cuando nació la primera universidad privada. La solución que se dio al tema fue continuar por el camino histórico y mantener la habilitación profesional dentro de la órbita de las universidades o como competencia de éstas. Así, el decreto-ley 15.661, estableció:

---

[53] Sobre esta norma corresponde hacer remisión a Risso Ferrand, *Derecho constitucional*, o. cit., t. III, pp. 220 y ss.

[54] Martins, o. cit., p. 368.

> Artículo 1: Los títulos profesionales que otorguen las Universidades Privadas, cuyo funcionamiento haya sido autorizado por el Poder Ejecutivo, para su validez deberán ser registrados ante el Ministerio de Educación y Cultura, que organizará el Registro correspondiente.
>
> Artículo 2: Los títulos a que se refiere el artículo anterior tendrán, una vez registrados, idénticos efectos jurídicos que los expedidos por la Universidad de la República Oriental del Uruguay, e independientemente de éstos.
>
> Artículo 3: Derógase toda disposición que directa o indirectamente se oponga a lo preceptuado por esta ley.

Se aprecia que la solución anterior (de la época en que sólo había una universidad) fue extendida a las universidades privadas. Esto implica que se sigue confundiendo o equiparando el título académico con la habilitación para el ejercicio profesional.

Más adelante, el decreto 308/95, de 11 de agosto de 1995, violentando claramente el inciso 2 del artículo 10 de la Constitución de la República, estableció restricciones (por la vía reglamentaria) al prohibir el uso de determinadas denominaciones (entre ellas la de Universidad y ciertos títulos) sin previo cumplimiento de determinados requisitos establecidos en el propio decreto. La inconstitucionalidad deriva de que el artículo 10 inciso 2 de la Carta establece que "ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe", y este decreto estableció prohibiciones sin ley que lo permitiera.

La evidente inconstitucionalidad fue en parte superada cuando el artículo 380 de la ley 16.736, de enero de 1996, condicionó el uso de dichas expresiones (dándole a la limitación la necesaria base legal),[55] aunque sin definirlas más que con una simple remisión al régimen vigente de rango administrativo. Salvo que se sostenga que el artículo 380 mencionado, en lo que refiere a estas limitaciones, dio rango legal a las soluciones del decreto 308/95, y si bien se supera parcialmente la inconstitucionalidad (respecto al inciso 2 del artículo 10 de la Constitución), de todas formas se mantiene una tacha en la medida en que se está haciendo una inconstitucional remisión a la reglamentación, deslegalizando una materia sin razón técnica alguna.[56]

---

[55] El artículo 380 de la ley 16.736 dispone: "Se reserva el uso de la denominación 'universidad' o sus derivados, así como atribuir carácter 'superior' a la enseñanza que impartan y aplicar a los títulos y certificados que expidan las denominaciones 'licenciatura', 'maestría', 'magister' y 'doctor', o sus derivados, a las instituciones privadas cuyo funcionamiento hubiera sido autorizado de conformidad con las normas vigentes. El Poder Ejecutivo y el Ministerio de Educación y Cultura podrán ejercer, respecto a las instituciones infractoras de esta disposición, cualquiera sea su naturaleza jurídica, las potestades que respectivamente les confiere el Decreto-Ley 15.089, de 12 de diciembre de 1980".

[56] Como ya se señaló, el principio de *reserva legal* admite que en algunos casos puedan efectuarse remisiones a la reglamentación, pero estas remisiones deberán cumplir también ciertos requisitos: a) La remisión legal debe haberse dictado cumpliendo con los requisitos materiales que la Constitución establece (garantía sustancial). b) La remisión no puede constituir una norma en blanco, ya que esto implicaría un fenómeno de deslegalización no admitido por la Constitución (la regulación debe estar subordinada a la ley y no ser una norma independiente). c) El órgano administrativo, todavía, debe ejercer sus potestades dentro de los parámetros que le fija el ordenamiento jurídico.

La solución actual, que equipara el título académico a la habilitación profesional, presenta algunos problemas:

1. Impide controles periódicos de aptitud profesional. Si la restricción del ejercicio profesional es para tutelar a los habitantes de la república y garantizarles una cierta idoneidad mínima en quienes ejercen ciertas profesiones, es evidente que el fin perseguido no se cumple plenamente cuando la habilitación profesional de un médico, por ejemplo, surge de un título obtenido quizás treinta años antes. ¿Qué garantías se puede tener de que dicho profesional se ha mantenido actualizado? Ninguna. Si el título se separara de la habilitación y se exigiera, por ejemplo, un examen de aptitud profesional (además del título, que sólo sería condición para rendir el examen), perfectamente se podría exigir que en forma periódica los profesionales actualizaran su aptitud profesional mediante pruebas complementarias u otros mecanismos. Un sistema de este tipo evitaría, además, todo riesgo de vulneración de la libertad de enseñanza, pues no se controla a la entidad sino al profesional.

2. En este esquema se presenta como sumamente vidrioso el límite entre lo que sería el control de los títulos (que habilitan el ejercicio de las profesiones limitadas legalmente) y un control que vulnere la libertad de enseñanza.

3. Y seguramente esta solución implica el riesgo o la necesidad, en algunos casos, de proceder a una excesiva remisión de la ley a los decretos reglamentarios, lo que también originará una serie de controversias jurídicas.

En definitiva, la opción legal vigente presenta el peligro cierto de que se llegue, por sucesivos excesos reglamentarios, a una "desnaturalización" de la libertad de enseñanza del artículo 68. Por tal se entiende la pérdida o sustracción del contenido esencial[57] de la libertad, de aquello que lo hace *recognoscible*. Tanto la desnaturaliza-

---

[57] La doctrina española, siguiendo a la alemana, ha dicho que este contenido esencial es el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la Norma Fundamental se refiere (Álvarez Conde, *El régimen.…*, o. cit., p. 227; y del mismo autor *Curso.…*, o. cit., p. 483, vol. I. A diferencia de la jurisprudencia alemana, la española procuró delimitar el alcance de esta noción y ya en 1981 dijo el Tribunal Constitucional que el contenido esencial de los derechos y libertades actuaba como una restricción a la potestad legislativa del Estado (sentencia de 13 de febrero), aunque fue la sentencia de 8 de abril de 1981 la que precisó la delimitación conceptual: a) Dice el Tribunal que para determinar lo que es el contenido esencial hay dos caminos que no son alternativos ni antitéticos sino complementarios, por lo que pueden usarse conjuntamente. Por un lado están las relaciones entre el lenguaje "y las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas". Es decir, desde este primer camino, se entiende por *contenido esencial* el tipo abstracto del derecho preexistente conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Así pues, desde este primer planteamiento, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro. b) Y desde un segundo camino o planteamiento, el Tribunal va a acudir, siguiendo el ejemplo de la jurisprudencia alemana, a la noción de "intereses jurídicamente protegidos". Así pues, el contenido esencial de los derechos y

ción del derecho como la pérdida de su contenido esencial conducirán a la inconstitucionalidad de la norma que establece la limitación.

V. Controles

Referidos los controles que podrían emplearse frente a la libertad de enseñanza y sus limitaciones, cabe ahora preguntarse quién debe controlar.

La Universidad de la República ha reclamado competencia para el contralor de las universidades privadas. Cassinelli Muñoz ha compartido esta posición al señalar:

> No hay que confundir la libertad de enseñanza con la potestad de expedir títulos habilitantes para el ejercicio de determinadas actividades o profesiones. Esta última se relaciona con el artículo 36 y no con el 68 de la Constitución: si la ley prohíbe el ejercicio profesional a quienes no acrediten haber obtenido los conocimientos requeridos para su buen desempeño, la cuestión de cuáles son los planes de estudio adecuados para ello integra la especialización del respectivo Ente Autónomo de Enseñanza cuyos

---

libertades "es aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que el interés jurídicamente protegible, que da vida al derecho, resulte real, concreta y efectivamente protegido. En otras palabras, el contenido esencial es "aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea recognoscible como derecho perteneciente a un determinado tipo". c) Agrega la sentencia que habrá violación del contenido esencial "cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". d) Y es que la noción de *contenido esencial* se encuentra directamente relacionada con la propia noción de *garantía institucional*. Es decir, a esta noción puede delimitársela por una forma negativa, en la cual la noción de *límite* es la idea sustancial a tener cuenta, o por una forma positiva, en la cual la influencia de la *garantía institucional* resulta decisiva. e) El concepto de *contenido esencial* no es inmutable sino eminentemente histórico, sujeto a las transformaciones sociales que se vayan produciendo. Y es que ésta parece ser la única vía posible a fin de evitar un anquilosamiento o petrificación de nuestro ordenamiento jurídico. En Argentina el artículo 14 de la Constitución enuncia que el grueso de los derechos personales se ejercen "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" y el artículo 28 establece que "los principios, garantías y derechos reconocidos en los artículos anteriores, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Esta norma debe ser completada en el esquema constitucional argentino con el artículo 30 del Pacto de San José, que prescribe: "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". Con base en las normas anteriores, Sagüés ha podido señalar: a) por un lado, presupuestos de la regulación constitucional que se traducen en que no hay derechos absolutos según la Corte Suprema y que todos los derechos son reglamentables; y b) por otra parte, dos topes a la reglamentación que consisten en la existencia de una dimensión permitida (como regla la ley puede limitar un derecho; la sola restricción no significa que sea inconstitucional) y una dimensión prohibida que significa que la reglamentación no puede desnaturalizar el derecho, ni desvirtuarlo o impedirlo. Reglamentar no significa prohibir, ni allanarlo totalmente, ni alterarlo (Néstor P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional* (2ª ed. actualizada y ampliada), t. II, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 697-699). En síntesis, la no desnaturalización de los derechos aparece como claro límite a las posibilidades del legislador en la materia.

> órganos habrán de fijar planes de estudio, sistemas de evaluación, condiciones de habilitación que han de cumplir las instituciones privadas de enseñanza para que los estudios cursados en ellas se equiparen a los oficiales, etc. sin que la institución privada pueda pretender que la libertad de enseñanza le da derecho a la habilitación sin cumplir los requisitos reglamentarios establecidos para obtenerla.[58]

No tengo el honor de compartir la posición del profesor Cassinelli Muñoz, y en este sentido corresponde realizar algunas consideraciones.

Si para las personas físicas la solución de principio es la libertad (puede hacerse todo aquello que no está prohibido), para los sujetos de derecho público el principio es exactamente el contrario: sólo pueden hacer aquello para lo que están expresamente facultados, y a esto se llama *principio de especialidad*.

Como decía Real, compartiendo la opinión de Sayagués Laso, el principio de especialidad se identifica con la competencia *ratione materiae* de los entes públicos, y así queda caracterizado como un principio de derecho público. En consecuencia, la violación de este principio admite la sanción de nulidad de aquellos actos administrativos dictados por los entes autónomos contrarios a su especialidad.[59]

Este principio de *especialidad*[60] no debe confundirse con la *especialización* del ente, que refiere a una parte de la competencia que es propia del organismo y no puede ser objeto de intromisiones externas. Por ejemplo, la elaboración del programa de una materia dentro de la carrera de Derecho en la Universidad de la República forma parte de la zona de *especialización* del ente, y en consecuencia ni la ley, ni el Poder Ejecutivo, ni ningún otro órgano podrán entrometerse y participar en la elaboración y aprobación de dicho programa.

Así planteada la cuestión, se aprecia que el principio de *especialidad* opera como un límite a la actuación del ente (sólo podrá realizar aquello que corresponda a su giro asignado por la ley), mientras que la noción de *especialización* actúa a favor del ente en la medida en que, en lo que forme parte de la especialización, podrá actuar sin ninguna presión o directiva externa.

Para poder compartir la posición de Cassinelli deberíamos encontrar en la Constitución una atribución de competencia a la Universidad de la República en el sentido que indica dicho autor. Pero en los artículos 202 y siguientes, que refieren a la enseñanza pública en sus distintos niveles y a la propia enseñanza pública universitaria o superior, sólo se encuentran referencias a la enseñanza *pública*, y ninguna mención a las entidades privadas. Esto ha sido señalado por el Instituto de Derecho Administrativo[61] de la propia Universidad de la República, que concluyó que la Carta le asignó

---

[58] Cassinelli Muñoz, *Derecho público*, o. cit., p. 105.

[59] Prat, o. cit., pp. 97-98. Sobre este principio de especialidad me remito a lo dicho en *Derecho constitucional*, o. cit., t. III, pp. 70 y ss.

[60] Korzeniak, o. cit, t. II, y también t. III, cap. II.

[61] Citado por Augusto Durán Martínez, "La Universidad de la República y las universidades privadas", en *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I, Ingranusi, Montevideo, 1999, p. 175.

a la Universidad estatal el cometido de "prestación del servicio de enseñanza pública superior" pero no el control de las instituciones privadas de enseñanza. El principio de especialización, entonces, comprende la prestación del referido servicio de enseñanza público, pero no el control de las instituciones privadas.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia 960 de 26 de noviembre de 1997, cuando rechazó la pretensión de la Universidad de la República de que se le reconociera la competencia en cuestión.[62]

Pero volviendo sobre la argumentación del profesor Cassinelli, se advierte que considera:

> Si la ley prohíbe el ejercicio profesional a quienes no acrediten haber obtenido los conocimientos requeridos para su buen desempeño, la cuestión de cuáles son los planes de estudio adecuados para ello integra la especialización del respectivo Ente Autónomo de Enseñanza cuyos órganos habrán de fijar planes de estudio, sistemas de evaluación, condiciones de habilitación que han de cumplir las instituciones privadas de enseñanza para que los estudios cursados en ellas se *equiparen a los oficiales*, etc. sin que la institución privada pueda pretender que la libertad de enseñanza le da derecho a la habilitación sin cumplir los requisitos reglamentarios establecidos para obtenerla.

El fundamento de estos argumentos no surge a mi juicio de la Constitución, sino de los antecedentes legales anteriores a la actual solución constitucional (artículo 68) y anteriores a la existencia de universidades privadas. Es cierto que nuestro derecho infraconstitucional confunde el título con la habilitación profesional; esto fue antes y después de la existencia de universidades privadas: antes sólo referido a la Universidad de la República y ahora a todas las universidades. Es cierto que, por mandato legal, cuando sólo funcionaba la Universidad de la República, era ésta la única entidad competente para la expedición de títulos de profesiones cuyo ejercicio estaba limitado por ley. *Pero también es cierto que desde 1984, las universidades privadas tienen similar competencia.*

En uno y otro caso las atribuciones surgen de la ley y no de la Constitución. De la ley 2.078 y concordantes surgía la facultad de la Universidad de la República, y del decreto-ley de 1984 surge la competencia de las universidades privadas. La ley 2.078 y concordantes y modificativas, en los aspectos que refieren a esta cuestión, fue derogada por el decreto-ley 15.661 (existe una incompatibilidad total entre ambas).[63] También fueron derogadas tácitamente todas las leyes que daban exclusividad a la Universidad de la República en materia de títulos.

Tampoco surge de norma alguna el requisito de que los estudios realizados en las universidades privadas deban ser "equiparables" a los de la Universidad de la República. Esto requeriría una norma expresa (que no existe) y no puede ser admiti-

---

[62] Al respecto: Martins, o. cit., pp. 375 y ss.

[63] Al respecto Durán Martínez, o. cit., p. 176.

do. Sostener la existencia de una necesidad de "equiparación" implica dar un *status* superior a la enseñanza pública, lo que carece de base constitucional y resulta incompatible con el principio de pluralismo y tolerancia en materia de enseñanza que, éste sí, surge con claridad de la Constitución.

En definitiva, parece claro que la Universidad de la República carece de atribuciones para controlar a las universidades privadas —todas están en una situación de igualdad— y resulta absolutamente razonable que el control que, ley mediante, el artículo 68 reconoce a favor del Estado sea ejercido por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura.

VI. Comentarios finales

Del análisis del ordenamiento constitucional uruguayo referido a la libertad de enseñanza se puede señalar a modo de genérica conclusión que:

1. La libertad de enseñanza, junto con la libertad de prensa, aparece como una manifestación especialmente protegida de la libertad de comunicación de pensamiento.
2. En virtud del principio de reserva legal, la libertad de enseñanza sólo puede ser limitada por ley (garantía formal), pero ello únicamente en los casos establecidos taxativamente en el artículo 68 de la Constitución (en otras palabras, la intervención del Estado sólo podrá permitirse por motivos de salud, higiene, moralidad u orden públicos), lo que constituye una garantía material para la libertad en juego.
3. En el complejo fenómeno de la enseñanza aparecen, se vinculan y conviven distintos derechos constitucionales y otros de origen infraconstitucional (como la libertad de empresa, la libertad de trabajo y de ejercicio profesional, la habilitación para el ejercicio profesional, entre otros), lo que complica notoriamente la defensa de la libertad de enseñanza.
4. Para superar lo anterior y evitar la inconstitucional desnaturalización de la libertad de enseñanza, necesariamente deben tenerse presentes los principios constitucionales que informan la materia, entre ellos el principio de constitucionalidad, de libertad, de no monopolio estatal, de tolerancia y pluralismo, etcétera.

Apéndice normativo
Constitución uruguaya

Sección I. De la nación y su soberanía

Capítulo III

Artículo 5º. Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones.

Sección II. Derechos, deberes y garantías

Capítulo I

Artículo 7º. Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general.

Artículo 10. Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Artículo 29. Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren.

Artículo 34. Toda la riqueza artística o histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye el tesoro cultural de la Nación; estará bajo la salvaguardia del Estado y la ley establecerá lo que estime oportuno para su defensa.

Artículo 36. Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.

Capítulo II

Artículo 68. Queda garantida la libertad de enseñanza.

La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos.

Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros e instituciones que desee.

Artículo 69. Las instituciones de enseñanza privada y las culturales de la misma naturaleza estarán exoneradas de impuestos nacionales y municipales, como subvención por sus servicios.

Artículo 70. Son obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial.

El Estado propenderá al desarrollo de la investigación científica y de la enseñanza técnica.

La ley proveerá lo necesario para la efectividad de estas disposiciones.

Artículo 71. Declárase de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física; la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera, y el establecimiento de bibliotecas populares.

En todas las instituciones docentes se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos.

Capítulo III

Artículo 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Capítulo II

Artículo 202. La Enseñanza Pública Superior, Secundaria, Primaria, Normal, Industrial y Artística, serán regidas por uno o más Consejos Directivos Autónomos.

Los demás servicios docentes del Estado, también estarán a cargo de Consejos Directivos Autónomos, cuando la ley lo determine por dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara.

Los Entes de Enseñanza Pública serán oídos, con fines de asesoramiento, en la elaboración de las leyes relativas a sus servicios, por las Comisiones Parlamentarias. Cada Cámara podrá fijar plazos para que aquéllos se expidan.

La ley dispondrá la coordinación de la enseñanza.

Artículo 203. Los Consejos Directivos de los servicios docentes serán designados o electos en la forma que establezca la ley sancionada por la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.

El Consejo Directivo de la Universidad de la República será designado por los órganos que la integran, y los Consejos de sus órganos serán electos por docentes, estudiantes y egresados, conforme a lo que establezca la ley sancionada por la mayoría determinada en el inciso anterior.

Artículo 204. Los Consejos Directivos tendrán los cometidos y atribuciones que determinará la ley sancionada por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.

Dichos Consejos establecerán el Estatuto de sus funcionarios de conformidad con las bases contenidas en los artículos 58 a 61 y las reglas fundamentales que establezca la ley, respetando la especialización del Ente.

Artículo 205. Serán aplicables, en lo pertinente, a los distintos servicios de enseñanza, los artículos 189, 190, 191, 192, 193, 194, 198 (incisos 1º y 2º), 200 y 201.

Normas legales

Decreto-ley 15.661

Artículo 1. Los títulos profesionales que otorguen las Universidades Privadas, cuyo funcionamiento haya sido autorizado por el Poder Ejecutivo, para su validez deberán ser registrados ante el Ministerio de Educación y Cultura, que organizará el Registro correspondiente.

Artículo 2. Los títulos a que se refiere el artículo anterior tendrán, una vez registrados, idénticos efectos jurídicos que los expedidos por la Universidad de la República Oriental del Uruguay, e independientemente de éstos.

Artículo 3. Derógase toda disposición que directa o indirectamente se oponga a lo preceptuado por esta ley.

Ley 16.736

Artículo 380. Se reserva el uso de la denominación “universidad” o sus derivados, así como atribuir carácter “superior” a la enseñanza que impartan y aplicar a los títulos y certificados que expidan las denominaciones “licenciatura”, “maestría”,

"magíster", y "doctor", o sus derivados, a las instituciones privadas cuyo funcionamiento hubiera sido autorizado de conformidad con las normas vigentes.

El Poder Ejecutivo y el Ministerio de Educación y Cultura podrán ejercer, respecto a las instituciones infractoras de esta disposición, cualquiera sea su naturaleza jurídica, las potestades que respectivamente les confiere el decreto-ley 15.089, de 12 de diciembre de 1980.

Bibliografía

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1985.

BARBAGELATA, Aníbal, en *Teoría de gobierno*, de Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, tomo II, FCU, 1983.

— "La libertad de expresión como medio de proteger los derechos humanos", en *El concepto de derechos humanos. Un estudio interdisciplinario*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UR), FCU, Montevideo, 1986.

BELLO FABRA, Susana, "Regulación de la administración en algunos servicios sociales", en *Régimen Administrativo de la Actividad Privada. Curso de Graduados 1989*, FCU, 1990.

BIASCO, Emilio, "Sobre libertad de enseñanza y sus límites", en *Cursillo sobre los Derechos Humanos y sus Garantías*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UR), 2ª serie, nº 13, Montevideo, 1990.

— "Algunas reflexiones sobre la globalización desde el derecho constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 1999*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 1999.

BIDART CAMPOS, Germán J., "Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio 'Pro Homine'", en Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (coords.), *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

BIDART CAMPOS, Germán J., "Los valores en el sistema democrático", en *Los valores en la Constitución argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1999.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973.

CAGNONI, Aníbal, "Los derechos humanos y la Universidad", en *Revista de Derecho Público*, n° 15, FCU, 1999.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho público*, vol. I, FCU, Montevideo, 1995.

— *Derecho público*, FCU, edición 1999.

— "La apelación ante la Asamblea General", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 55.

DE ESTEBAN, Jorge, y Luis LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, Labor Universitaria, Barcelona, 1980.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto costituzionale*, 2ª ed., CEDAM, Italia, 2000.

DROMI, Roberto, y Eduardo MENEM, *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La unidad latinoamericana. El rol de las universidades y en particular de la enseñanza del Derecho", en *Estudios jurídicos a propósito del Mercosur*, Ingranusi, Montevideo, 1999.

— "La Universidad de la República y las universidades privadas", en *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I, Ingranusi, Montevideo, 1999.

— "Los derechos culturales como derechos humanos en el derecho constitucional uruguayo", en *Estudios sobre derechos humanos*, Ingranusi, Montevideo, 1999.

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, *Lecciones de derecho constitucional*, tomo VI, Montevideo, 1981.

FAVOREU, Louis, Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX y Guy SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, 2ª ed., Dalloz, París, 1999.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

— *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.

— "La jurisdicción constitucional en España", en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Cámara de Senadores, Montevideo, 1992.

— "Naturaleza jurídica del Banco de Previsión Social", en *Revista D.J. y A.*, tomo 68, pp. 34 y ss.

KORZENIAK, José, *Derecho constitucional 2º*, FCU, Montevideo, 1987.

— *Primer Curso de Derecho Público. Derecho constitucional*, FCU, Montevideo, 2001.

LÓPEZ ROCA, Elbio, "La libertad de pensamiento", en *Revista U. de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, n° 67-72.

— "Libertad de comunicación de pensamientos", en *Cursillo sobre derechos humanos y sus garantías*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UR), 2ª serie, nº 13, Montevideo, 1990.

MANZONI RUBIO, Luis, "El principio de laicidad como garantía jurídica de la libertad de pensamiento", en *Cursillo sobre los derechos humanos y sus garantías* (UR), Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2ª serie, nº 13, Montevideo, 1990.

MARTINS, Daniel Hugo, "La libertad de enseñanza, la fundación de institutos privados y la validez de los títulos profesionales", en *Estudios en Memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Amalio Fernández, Montevideo, 2000.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Dignidad de la persona y derechos humanos: Constitución, tratados y ley de amnistía", en *Revista U. de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, nº 67-72, Montevideo.

PRAT, Julio, *Derecho administrativo*, tomo V, vol. II, Acali, Montevideo, 1980.

REAL, Alberto Ramón, "Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Revista de Derecho Público y Privado*, año XXI, n° 238.

RISSO FERRAND, Martín J., *Derecho constitucional*, tomo III ("Estado social y democrático de Derecho. Derechos, deberes y garantías"), 1ª reimp., Ingranusi, 2000.

— "Control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen derechos humanos en el derecho uruguayo", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, nº III, Montevideo, 2002.

— "Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2002*, Fundación Konrad Adenaur, Montevideo, 2002.

— Martín, Derecho constitucional, tomo I ("Introducción. Interpretación. Defensa jurídica de la Constitución"), Ingranusi, 1ª reimp., Montevideo, 2000.

SAGÜÉS, Néstor P., "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de *Anales*, año XLII, 2ª época, n° 36, Buenos Aires, 1998.

— "Del juez legal al juez constitucional", separata del *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 4, 2000.

— *Elementos de derecho constitucional* (2ª ed. actualizada y ampliada), Astrea, Buenos Aires, 1997.

— *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, 4ª ed., FCU, 1987.

SERRANO, María Cristina, "El derecho a la educación", en *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

VANOSSI, Jorge Reinaldo, "El estado de inocencia: algo más que una presunción", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, n° 67-72, pp. 728-731.

María Victoria Pereira Flores (Uruguay) *

El derecho al goce de un ambiente adecuado en el marco constitucional de Argentina y Uruguay **

I. Introducción

1. Evolución del derecho al medio ambiente

El hombre siempre ha luchado por el reconocimiento de sus diversos derechos, y el hecho de que en ciertos momentos no haya reclamado algunos (como por ejemplo, el derecho al goce de un ambiente sano y equilibrado) no significa que éstos no existieran, dado que se trata de derechos inherentes a la personalidad humana.

Para tomar conciencia de la necesidad de reconocer ciertos derechos se requieren determinadas condiciones. En relación con el derecho al ambiente —inherente al ser humano—, hace pocos años que se ha tomado real conciencia de su importancia, como resultado de la tecnología, el aumento de la población mundial, la contaminación y el hecho de que los recursos naturales hayan comenzado a escasear, mostrando que son finitos.

Sin perjuicio de ello, desde épocas inmemoriales y en las regiones más diversas, las personas se encargaron de regular la utilización de ciertos recursos naturales, teniendo en cuenta distintos intereses en juego, entre los que no se contaba específicamente la cuestión ambiental.

La gran mayoría de la doctrina entiende que fue como consecuencia de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en

---

* Máster en Derecho Ambiental, Universidad Internacional de Andalucía. Profesora adscripta en Derecho y Política Ambiental, Universidad Católica del Uruguay.

** Artículo basado en el trabajo presentado ante la Universidad Internacional de Andalucía en el marco de la Maestría sobre Derecho Ambiental (abril a diciembre de 2000).

1972, que se comenzó a legislar en materia ambiental, y específicamente a buscar soluciones y alternativas a los problemas ocasionados por el abuso irracional de los recursos de la naturaleza. Esta visión no tiene en cuenta ciertas conductas de aborígenes que desde siempre han desarrollado actividades en armonía con el medio, respetando el equilibrio natural.

El año 1972 fue, en efecto, muy significativo en materia ambiental, más allá del campo jurídico. Marcó el comienzo de la toma de una mayor conciencia ambiental en el ámbito mundial, de la sensibilización del público por los temas ambientales, la atención de los medios de comunicación, la generación de una opinión pública que a lo largo de los años ha puesto mayor interés en la materia, la creación de partidos políticos cuyo lema es la protección de la ecología, así como el comienzo de un cambio de costumbres, el diseño de nuevos ámbitos de conocimiento e instituciones, la creación de normas ambientales propiamente dichas cuya finalidad no es el recurso en sí mismo sino el ambiente en general, la percepción de una escala planetaria en la cual todo se encuentra íntimamente interrelacionado, la necesidad de una solidaridad internacional y una forma de actuar en conjunto que en muchos casos se enfrenta a premisas tan sólidas y arraigadas como la soberanía política de los Estados.

Especial atención merece el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, al establecer que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar", ya que allí se está reconociendo de forma más o menos clara el derecho al goce de un ambiente de suficiente calidad para el desarrollo de la persona.

Pero, independientemente de la interpretación que se haga de este documento, éste, como toda declaración, no constituye ningún derecho sino que simplemente declara derechos preexistentes. Siendo el derecho al ambiente inherente a la personalidad humana, el hecho de que expresamente no haya sido consagrado en dicha declaración no significa que no se le reconociera su jerarquía de derecho fundamental.[1]

2. *Derechos humanos y medio ambiente*

Expresa Magariños de Mello:

> La expresión "derechos humanos", cuyo acierto lógico y técnico puede discutirse, pero cuya fortuna política no, es una expresión o concepto que nace para reafirmar la necesidad de defender determinados valores individuales inherentes a la personalidad humana. […] si hay un sector de derechos concretos, definidos, que está ligado al concepto global de derechos humanos, es precisamente el derecho al medio ambiente.[2]

---

[1] María V. Pereira, "El derecho al ambiente como derecho fundamental, desde la perspectiva del derecho positivo uruguayo", en *Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone*, Montevideo, Amalio M. Fernández y Universidad Católica del Uruguay, 2000, p. 416.

[2] Mateo Magariños de Mello, "Derechos humanos y medio ambiente", en Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, vol. I, Bruylant, Bruselas, 1997, p. 747 y 750.

En el mismo sentido afirma Durán Martínez:

> Derechos humanos y medio ambiente están tan ligados que no se conciben los primeros sin el segundo.[3]

Ilustrativa resulta la metáfora que empleaba Magariños de Mello durante sus clases de Derecho Ambiental en la Universidad Católica del Uruguay: "¿de qué le sirve al pez que lo dejen vivir, si le quitan o contaminan el agua?". En otras palabras, ¿de qué le sirve al hombre que le protejan el derecho a la vida, si no le protegen el derecho a gozar de un ambiente adecuado y de suficiente calidad? La falta de protección del ambiente, el hecho de que se ignore que es un derecho inherente a la persona humana y se le desconozca la calidad de derecho fundamental, resulta incongruente con la protección del derecho a la vida.

Varios derechos se encuentran íntimamente relacionados con el derecho al ambiente: la vida, la integridad física, la propiedad, el trabajo, la libre iniciativa económica, el desarrollo, la libre circulación…, y es necesario reinterpretarlos en pro de una adecuada tutela del medio ambiente.

Los derechos humanos configuran un complejo integral único e indivisible cuyos elementos —derechos— son interdependientes. Existe la denominada *teoría de la jerarquía* de los derechos humanos en función del caso concreto: ante una situación de conflicto entre derechos fundamentales es necesario establecer cuál es el más valioso y de mayor interés para la sociedad, ya que los derechos no son absolutos.

3. La importancia del derecho al ambiente

La humanidad requiere un cambio, un actuar de forma solidaria que deje de lado prácticas egoístas y ciertos comportamientos muy arraigados. De lo contrario, no se lograrán resultados beneficiosos —sin perjuicio de que existe una sanción implícita, que es el daño sobre la vida misma—, porque en la extensa temática vinculada al medio ambiente todo se encuentra relacionado: no existen fronteras políticas, económicas ni sociales. Aun así, debemos ser conscientes de que abordar las causas del deterioro ambiental significa en muchos casos ir en contra de las bases estructurales de la economía.

El presente trabajo se propone realizar un análisis comparativo en relación con el derecho al ambiente, dentro del ámbito constitucional, entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay. Evitando entrar en discusiones terminológicas, por *derecho al ambiente* se entenderá aquí el derecho al goce de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

---

[3] Augusto Durán Martínez, "Derechos humanos y medio ambiente", ponencia presentada en la XII Conferencia de Facultades de Derecho de América Latina, Santa Fe de Bogotá (Colombia), noviembre de 1998.

II. El ordenamiento jurídico constitucional relativo al derecho al ambiente en la Argentina

Hasta el año 1994 la Constitución nacional de la República Argentina, vigente desde 1949, no consagraba expresamente el derecho al ambiente, pero la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entendían que la Constitución lo reconocía en forma implícita, a través de los objetivos constitucionales destinados a proveer la defensa común y el bienestar general, así como reconocía el derecho a tener condiciones dignas y equitativas de labor.

Por otra parte, en atención al artículo 33,[4] se reconocía que el derecho al ambiente era uno de los que nacían de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, por lo cual estaba amparado constitucionalmente, a pesar de no estar establecido ni regulado expresamente en la Constitución.

Sin perjuicio de ello, muchos años antes de la reforma constitucional nacional, varias constituciones provinciales argentinas —Santa Cruz, Catamarca, San Juan, Jujuy, La Rioja, Salta, Córdoba, Río Negro, Formosa, Tierra del Fuego— habían reconocido expresamente el derecho al ambiente, así como también el deber de protegerlo y, en ciertos casos, la legitimación de todo individuo para hacerlo valer.

1. La reforma constitucional

Con la reforma de la Constitución nacional en 1994, la Argentina incorporó en su Ley Suprema, dentro de la primera parte del capítulo II ("Nuevos derechos y garantías"), la redacción actual del artículo 41.

> Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.
>
> Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.
>
> Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.
>
> Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

La redacción del artículo 41 ha merecido comentarios críticos. Al respecto sostiene Ekmekdjian:

---

[4] Artículo 33: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

> […] este artículo debió ser redactado en forma mucho más sencilla y breve, fijando sólo sus ápices fundamentales, dejando el resto a la reglamentación, con lo que se evitarían futuras e inevitables cuestiones de interpretación.[5]

Y Frías por su parte señala:

> […] una buena Constitución no es aquella más detallista sino, al contrario, aquella que en escasas pero claras palabras logra plasmar en medida más certera los valores supremos de la sociedad.[6]

Pese a ello, es destacable que la incorporación del artículo 41 no solamente consagra el derecho a vivir en un ambiente sano y en determinadas condiciones, sino que además, al otorgar a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos un rango jerárquico supralegal, y en algunos casos constitucional, confiere al derecho al ambiente una muy amplia protección.

En atención ello, dicen Dromi y Menem:

> Estos derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos del ser humano. Por eso es que, cuando hablan del derecho del hombre, los estudiosos se remiten al derecho natural, porque se trata de derechos que corresponden al hombre por ser tal y son anteriores a la sociedad y al Estado.[7]

A. El ambiente

Dado que hasta la fecha en la Argentina no existe una ley reglamentaria del citado artículo 41 de la Constitución, y en consecuencia tampoco existe una definición precisa del término (sumado al hecho de que las Actas de la Convención Constituyente, al igual que sus citas, no resuelven el tema en cuestión), deberá precisarse qué se entiende por *ambiente* en el ámbito jurídico nacional argentino.[8]

Grassetti[9] recoge una serie de definiciones que diversos autores han realizado sobre el término *ambiente*.

Entre ellos, Mariana Valls anota en primer término que "el hombre lo integra", y luego, entre los elementos más característicos incluye: a) el espacio en sí, junto con el espacio exterior; b) la tierra; c) los vegetales; d) los animales; e) el agua; f) la atmósfera; g) las cosas que el hombre elabora y sus desechos; h) los demás seres

---

[5] Citado por Guido Tawil, "La cláusula ambiental en la Constitución nacional", en oportunidad de celebrarse el módulo II, *Gobernabilidad y desarrollo sostenible: el papel de los Estados nacionales, provinciales/estaduales y municipales*, Buenos Aires, octubre de 1997, p. 38.

[6] Ibídem.

[7] Roberto Dromi y Eduardo Menem, *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 96.

[8] Eduardo R. Grassetti, *Estudios ambientales*, Heliasta, Buenos Aires, 1998, p. 48.

[9] Ibídem, pp. 44 a 46.

humanos.[10] María C. De Sisto lo considera "producto de la interrelación de los subsistemas naturales y sociales, que crea un sistema mayor: el ambiental".[11]

P. Maddalena anota que el ambiente es un bien material natural y cultural.[12] Ramón Martín Mateo habla del "entorno natural, lo que a la postre implicará el conjunto de la biosfera, entendida ésta en sentido estricto […] los bienes tutelados son los recursos naturales comunes: el agua y el aire, que, a su vez, de ser inadecuadamente manejados, vehiculizan toda una serie de trastornos de los sistemas naturales".[13] G. C. Cano señala:

> El entorno de todo ser humano está integrado por tres elementos: 1) los bienes físicos de la naturaleza o recursos naturales; 2) las cosas creadas o inducidas por el hombre —manufacturas y productos de la cultura agropecuaria, si son físicas, o instituciones, si son inmateriales—; 3) el resto de la humanidad.[14]

Magariños de Mello formula su definición en los siguientes términos:

> El medio ambiente es un sistema natural, al que por ser ecológico llamamos ecosistema integrado por un complejo de elementos inorgánicos y orgánicos —entre los cuales se encuentra el hombre como parte inseparable del mismo— de los tres reinos de la naturaleza y en los tres estados de la materia, totalmente interdependientes. Por eso podemos decir que medio ambiente es *todo* lo que constituye la biosfera.[15]

Y Bidart Campos, por su parte, precisa:

> El ambiente no se circunscribe al entorno físico y a sus elementos naturales: agua, atmósfera, biosfera, tierra, subsuelo; hay que añadir todos los demás elementos que el hombre crea y que posibilitan la vida, la subsistencia y el desarrollo de los seres vivos. Tales organismos vivos componen un sistema y una unidad, con interacciones en un espacio determinado entre los mismos seres vivos y el ambiente del que forman parte. El ecosistema. Por supuesto hay que computar los denominados recursos naturales, que son bienes que se hallan en la naturaleza y que son susceptibles de transformación y uso por parte de los hombres. Pero como el hombre es un ser social, el ambiente también se integra con otros ingredientes que, latamente, cabe calificar como culturales; es así como debemos agregar el patrimonio cultural. Por fin, el patrimonio natural dentro del cual nos parece que hay que incorporar el paisaje viene a sumarse a todos los contenidos antes ejemplificados.[16]

Como puede apreciarse, la interpretación doctrinal del término es de lo más variada: incluye perspectivas antropocéntricas o bien ecocéntricas, y va desde

---

[10] Mariana Valls, *Derecho ambiental*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

[11] María C. De Sisto, *Dos décadas de legislación ambiental*, A-Z, Buenos Aires, 1994.

[12] P. Maddalena, *Las transformaciones del derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales*.

[13] Ramón Martín Mateo, *Tratado de derecho ambiental*, t. I.

[14] G. C. Cano, *Derecho, política y administración ambientales*.

[15] Grassetti, o. cit., p. 44.

[16] Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. IV, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 297 y 298.

posiciones que lo limitan a ciertos recursos naturales, hasta otras que lo asocian con todo.

Aun cuando no exista una definición jurídica del ambiente, la Constitución le atribuye una serie de características que ayudan a definir su alcance. El ambiente que la Constitución argentina está protegiendo debe ser: 1) sano, 2) equilibrado, 3) apto para el desarrollo humano, y 4) capacitado para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

a. Sano

La Constitución se refiere a un ambiente sano, es decir, saludable, un ambiente en el cual no existan elementos nocivos para la salud. En este sentido la referencia es, en principio, completamente antropocéntrica: sano para el hombre, no sano por sí y para sí, pero también podría interpretarse que no serían ambientales las normas que protegieran exclusivamente a la salud humana (las cuales, además, corresponden a ramas específicas del derecho). Por ambiente sano debería entenderse, entonces, aquel que no afecte el derecho a la vida, donde el entorno sea favorable al bienestar.

b. Equilibrado

Para el derecho argentino, en el ambiente todo se encuentra íntimamente interrelacionado y en continuo dinamismo. En consecuencia, cualquier cambio que se produzca puede afectar a los demás componentes del ecosistema, por lo que esos cambios y alteraciones deben tener una magnitud tal que no afecten el equilibrio natural.

En ese sentido, decía Magariños de Mello en sus clases en la Universidad Católica del Uruguay:

> La biosfera constituye una unidad. El hombre forma parte de esa unidad —la naturaleza—, es un elemento más del medio ambiente, no existe un instante en que no se confirme esta regla, ya que por el solo hecho de respirar se verifica.

Y en la misma dirección afirma Grassetti:

> Un sistema se encuentra en equilibrio cuando, a pesar de los cambios producidos por su funcionamiento, o por otros motivos, incluso la intervención humana, ciertas relaciones y proporciones se mantienen respecto de la materia y energía recicladas, cantidad y diversidad de sus poblaciones, etcétera.[17]

Claramente, lo que la norma busca no puede ser que el equilibrio natural se mantenga intacto, sino que no se altere de una forma tal que pueda afectar la salud, impedir el desarrollo humano o las actividades productivas de las generaciones futuras.

La interdisciplinariedad es una de las características del derecho al ambiente. Por ello, para interpretar de forma correcta el término *equilibrio*, la norma debe acudir a la

[17] Grassetti, o. cit., p. 68.

ciencia y tomar de ella ciertos términos como *capacidad de carga*, *capacidad de autodepuración*, *organización ecológica óptima*, entre otros, a la vez que deben elaborarse reglas y estándares de calidad ambiental que permitan conservar el equilibrio.

Como dicen Dromi y Menem, la finalidad que se persigue es lograr "un ambiente que no excluya al hombre, ni un hombre que excluya al ambiente. Una simbiosis entre ambiente y actividades humanas que haga posible el desarrollo y crecimiento de la persona sin destruir el entorno".[18]

c. Apto para el desarrollo humano

El término empleado resalta el carácter antropocéntrico de la redacción constitucional. Se trata del desarrollo del hombre en todas sus dimensiones, por lo que el término *desarrollo humano* no debe entenderse únicamente desde una perspectiva económica, sino en sentido amplio, es decir, social, cultural, recreativo, justo, laboral, económico, etcétera. El ambiente deberá facilitar que el hombre viva en plenitud.

Este enfoque del desarrollo se encuentra íntimamente relacionado con la calidad de vida, referida al *ser* del hombre más allá del *tener*, que supone, como dice Morales Lamberti:

> […] una vinculación que debe manifestarse en la formulación de normas que concilien el crecimiento o el desarrollo con las limitaciones de los recursos y las aspiraciones —y derechos— de todos los habitantes a un ambiente sano y equilibrado, teniendo en cuenta el compromiso con las generaciones futuras.[19]

En el plano jurídico, como afirma Jordano Fraga:

> Es precisamente el reconocimiento con rango constitucional del derecho a un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona el que eleva a bien constitucional al medio ambiente.[20]

d. Sustentable

Al introducir la Constitución federal como carácter del ambiente un desarrollo apto "para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras", se prosigue el modelo de desarrollo sustentable elaborado por la Comisión Brundtland de las Naciones Unidas.[21]

Este tipo de desarrollo se encuentra asociado con el equilibrio. Se procura que la realización de actividades productivas no afecte el equilibrio natural, el cual a su

---

[18] Dromi y Menem, o. cit., p. 136.

[19] Alicia Morales Lamberti, *Derecho ambiental. Instrumentos de política y gestión ambiental*, Alveroni, Córdoba, 1999, p. 63.

[20] Jesús Jordano Fraga, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 81.

[21] Conocido así por haber sido la ex primera ministra de Noruega la responsable de la Comisión de las Naciones Unidas que lo elaboró.

vez es capaz de afectar a largo o mediano plazo la actividad productiva. Se espera que las próximas generaciones cuenten con un ambiente que les permita tener las mismas condiciones de vida que las actuales o, si es posible, mejores.

El camino hacia un desarrollo sustentable requiere grandes cambios políticos, sociales, económicos, estructurales, incluso filosóficos y éticos, y sobre todo reinterpretar al medio ambiente como un conjunto integrado en donde no existen fronteras políticas, con todo lo que ello significa.

e. El patrimonio cultural

Al quedar incorporada la protección del patrimonio cultural a la redacción del artículo 41, el alcance del término *ambiente*, más allá de toda discusión doctrinaria, resulta de la mayor amplitud.

Por ser el hombre un ser social, ciertos elementos culturales integran también el ambiente. De esta forma el derecho al ambiente protege, además de los elementos naturales propiamente dichos, el patrimonio artístico e histórico, el cual recibe el nombre de *patrimonio cultural*.

En conclusión, para el derecho federal argentino el término *ambiente* es extremadamente vasto, por cuanto incluye todos los ámbitos de las actividades humanas. Los constituyentes se sumaron a la corriente de quienes se inclinan a favor de una conceptualización amplia, siguiendo la tendencia de las Constituciones de España (1978), Paraguay (1992) y Colombia (1991), entre otras, frente a aquellas que se limitan a garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Chile (1980) y la de Ecuador (1979).

B. El titular del derecho

El derecho al ambiente es un derecho colectivo, un derecho individual y un derecho público subjetivo cuyo titular es la sociedad argentina en su conjunto (la humanidad desde un punto de vista ecocéntrico). Según Morales:

> […] se trata de una situación subjetiva donde el derecho de todos los habitantes no verifica más que un "objeto" único, en cuanto a que el valor jurídico que asume el ambiente con relación a cada miembro de la comunidad posee relieve unitario.[22]

No cabe duda de que la Constitución, mediante el artículo 41, se ha inclinado por una situación jurídica subjetiva del derecho al ambiente, pero sin perder la dimensión global, simultáneamente, y tutela de tal forma la acción de amparo a través del artículo 43.[23]

En efecto, más allá de su carácter colectivo, el ambiente es un derecho individual, máxime cuando la propia Constitución le reconoce expresamente este derecho a cada uno de los habitantes.

---

[22] Morales Lamberti, o. cit., p. 56.

[23] En ese mismo sentido, Bidart Campos, o. cit., t. IV.

A consecuencia de ello, le permite a toda persona interponer acción de amparo toda vez que derechos que protejan el ambiente se vean restringidos, alterados o amenazados, en las condiciones establecidas por la norma.

Dice el artículo 43 del texto constitucional:

> Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.
>
> Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización […]

Este artículo, que no se analizará en esta oportunidad, corrobora la posibilidad que poseen todas las personas de acceder de forma rápida y ágil a la justicia toda vez que se afecte, amenace, lesione o restrinja el derecho al ambiente en las condiciones establecidas.

Si bien aparentemente la legitimación activa es bastante vasta —el afectado, el defensor del pueblo y ciertas asociaciones—, todo dependerá del alcance del término *afectado*; aunque se podría partir de una interpretación muy amplia mediante el artículo 41 de la Constitución, al establecer éste que todo habitante tiene derecho al ambiente.

De acuerdo con el artículo 41, se les otorga este derecho a todos los habitantes, es decir, todos ellos gozan de legitimación activa para accionar judicialmente en beneficio de su derecho.

Pero la situación no es tan clara, al no haber en el ámbito procesal federal un artículo que legitime a todo interesado a interponer acción judicial, como sí lo hay en el derecho positivo uruguayo mediante el artículo 42 del Código General del Proceso (representación en caso de intereses difusos).

El término *habitantes* debería interpretarse ampliamente; por lo pronto, no limitarse a los ciudadanos, sino a todas aquellas personas que se encuentran en el territorio (sin importar si han ingresado a la Argentina de forma legal o ilegal), dado que se trata de un derecho fundamental, el cual, por su rango, no puede encontrarse desamparado.

¿Qué sucede con las personas de existencia ideal? Según Grassetti también estarían protegidas y por ende, también serían sujetos de derecho, en atención a lo preceptuado en el artículo 14.[24] Un club deportivo que incluye la práctica de remo,

[24] Artículo 14. "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender".

por ejemplo, tiene el derecho a que el cuerpo de agua no esté contaminado; de lo contrario, podría verse afectado su derecho.

El gran interrogante se plantea al preguntarnos si las generaciones futuras tienen derecho sobre el ambiente. La respuesta no es clara; al mencionar a los *habitantes* la Constitución se refiere a los pasados, actuales y futuros, por cuanto las normas pueden regir situaciones en distintos tiempos, pero para que los habitantes sean titulares de derecho, según lo normado por el Código Civil, en principio se requiere que existan.

La Constitución, por su rango jerárquicamente superior, podría incluir nuevos sujetos de derecho. Sin embargo, aun así, las generaciones futuras serían sujetos incapaces de hecho.

No obstante, no hay duda de que la Constitución estableció un principio de solidaridad con las generaciones futuras, y a la hora de aplicar la norma puede resultar más práctico (sin perjuicio de que la situación deberá aclararse) concebir que las generaciones futuras son objeto de protección en la Constitución argentina, respecto de las cuales existe una obligación colectiva y estatal.

C. La solidaridad generacional

Como se ha visto, el derecho constitucional argentino acoge la expresión *generaciones futuras*, por lo que al protegerlas resulta imprescindible que las políticas ambientales y de desarrollo tomen en cuenta no sólo el presente mediato e inmediato sino también el futuro, de modo que no se perjudique ni perturbe el ambiente para quienes vendrán. Se demuestra así una solidaridad intergeneracional, además de intrageneracional.

El desarrollo no sólo debe realizarse, buscarse y, en ciertos casos, regularse como autoprotección de la generación actual, sino que ésta tiene el deber ("obligación generacional", según Ekmekdjian) de observarlo para las generaciones futuras, las cuales, en caso contrario, sufrirán las consecuencias de actuares imprudentes, irracionales y carentes de solidaridad.

D. El deber de preservar el ambiente

Según surge del artículo 41, los habitantes de la República Argentina no solamente gozan del derecho a un determinado ambiente, sino que tienen el deber de preservarlo y de actuar como guardianes respecto de él.

Al establecerse el citado deber, se mantiene de forma congruente el concepto general de ambiente utilizado en la norma al referirse al derecho al goce.

En efecto, los mismos sujetos de derecho a los cuales la norma les otorga el derecho, se transforman en los obligados. Ello implica conductas concurrentes y, en definitiva, la exigencia de comportamientos que no dañen a la sociedad en su conjunto (incluyendo a la sociedad futura). La Constitución española, en su artículo 45, establece de la misma forma este derecho-deber.

Por *deber* es necesario entender una serie de obligaciones, tanto de hacer como de no hacer. Consecuentemente, en muchos casos se deberá evitar la realización de determinadas conductas que puedan afectar al ambiente, pero en otros casos, a la inversa, los habitantes se verán obligados a realizar ciertas conductas, como por ejemplo, estudios de impacto ambiental, con la finalidad de proteger ese derecho.

> [Es un deber jurídico] de todos y cada uno, que, por la naturaleza de la cuestión involucrada en aquel derecho y en este deber, nos convierte a todos en una especie de agentes públicos en el cuidado ambiental.[25]

Algunos autores interpretan que respecto a temas ambientales lo que debe tomarse es una actitud proactiva, máxime si se tiene presente que constituyen principios del derecho ambiental la precaución y la prevención, las cuales implícitamente requieren un actuar mucho más cuidadoso y diligente que el normal, teniendo en cuenta que en este campo es mucho más importante y útil prevenir que sancionar o corregir. En el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 se expresó:

> Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Para que el presente enunciado no sea simplemente programático, requerirá de una ley que lo reglamente y delimite el alcance de estos deberes, haciendo con ello posible sancionar adecuadamente a quienes los incumplan.

No obstante, según Bidart Campos, debe asignársele una "presunción de operatividad", ya "que es necesario conferirle desarrollo legislativo". Sin embargo, este autor no niega "que la falta o escasez de legislación atrofie al derecho que reconoce y garantiza la norma". La labor de los jueces será clave para el logro de dicha operatividad, ya que éstos "son autoridades y la tutela que han de prestar no puede quedarles impedida por insuficiencia o ausencia de la ley".[26]

¿Qué se entiende por *preservar*? Expresa Grassetti: "en cuanto utilizado dentro de la terminología ambientalista corriente, está asociado con la idea de no alteración o ínfima alteración de las condiciones naturales, de mantenimiento del estado natural del ambiente o porciones de éste",[27] a diferencia de los verbos *conservar* (permite alterar pero manteniendo ciertas características) y de *proteger* (engloba a la protección y a la conservación).

Según este autor, al realizarse una interpretación sistemática del texto, el verbo *preservar* no sería el adecuado, ya que la norma excluye el mantenimiento inalterado del ambiente en mérito a que la acción humana necesariamente lo altera. En consecuencia, habría sido más correcto utilizar el término *proteger*, que engloba tanto la

---

[25] Bidart Campos, o. cit., t. IV, p. 86.
[26] Ibídem.
[27] Grassetti, o. cit., p. 93.

conservación como la preservación en sentido estricto. En tal sentido resulta más adecuada la redacción dada por el artículo constitucional español, el cual establece el deber de *conservar*.

Por otro lado, al referirse la Constitución de forma genérica a las *personas* —sin especificar si se trata de personas físicas o jurídicas—, todas éstas quedarían obligadas, incluido el Estado (persona de existencia ideal), independientemente de que sus obligaciones sean más amplias en la medida en que la propia norma lo especifique.

E. El Estado como sujeto de obligación

> Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Como puede apreciarse, el constituyente establece que las autoridades "*proveerán* a la protección", un verbo ciertamente suave si lo comparamos con otros como *garantizar*.

Tal hecho permite suponer que los constituyentes, a causa de intereses políticos y económicos, pudieron entender que, al tratarse de una obligación más débil, las indemnizaciones por su incumplimiento también lo serían, o, por lo menos, que se estaría en terrenos más difusos para establecerlas. En referencia a ello dice el convencionalista Natale: "no es más que un compromiso de legislar para alcanzar los objetivos señalados en este artículo".[28]

En discrepancia con este autor, opino que el término *proveer* tiene un alcance mucho más amplio que *legislar*; a mi entender, el sentido del artículo es que el Estado debe realizar determinados actos en favor de la protección del ambiente.

Según Dromi y Menem:

> Las autoridades no sólo tendrán responsabilidad de planificación legislativa del ambiente, sino también responsabilidades directas y activas de policía ambiental, de fiscalización y control administrativo del ambiente.[29]

El Estado debe comprometerse en la articulación de mecanismos de tutela ambiental. No sólo deberá no dañar al ambiente, sino también realizar todo lo necesario para evitar que otros lo alteren o destruyan (lo desequilibren). De la misma manera, en ciertas ocasiones, el Estado deberá recomponer el ambiente, o exigir que otros (Estados, particulares) lo hagan, cuando éste se vea comprometido o perturbado.

Al enumerar la norma ciertas conductas que el Estado deberá realizar (utilización racional de los recursos naturales, diversidad biológica, etcétera), puede suscitar confusiones, ya que el hecho de enumerarlas podría dar a entender que se lo hace en

---

[28] Alberto Natale, *Protección del medio ambiente en la reforma constitucional*, LL, 1994-E-1385.

[29] Dromi y Menem, o. cit., p. 139.

forma taxativa. No ocurre lo mismo con la información y la educación ambientales, dado que se trata de instrumentos de una adecuada política ambiental y el hecho de que la norma expresamente las reconozca les confiere mayor jerarquía.

A continuación, considero necesario efectuar un análisis de ciertos comportamientos, enunciados por el artículo constitucional, que el Estado debe seguir.

a. La utilización y gestión racional de los recursos naturales

En la mayoría de los casos, lamentablemente, la planificación estatal no ha servido de mucho en orden a la utilización y gestión racional de los recursos naturales.

Por lo tanto, la frase no puede interpretarse como que el Estado debe planificar la utilización racional de los recursos, sino, más bien, que el Estado debe ejercer un poder de policía ambiental para reglamentar las actividades económicas evitando la utilización irracional de los recursos.

Se podría afirmar que la Constitución, al incorporar esta frase, toma partido por una política ambiental preventiva, es decir, anticipadora de los efectos nocivos sobre el ambiente, y cuya finalidad sería aprovechar los recursos naturales de forma adecuada. Lo razonable es la debida adecuación de los medios a los fines, y debe imperar en toda actividad productiva.

Íntimamente relacionada con las garantías del derecho al ambiente, como instrumento fundamental, se encuentra la evaluación de impacto ambiental ("procedimiento participativo para la ponderación anticipada de las consecuencias ambientales de una decisión prevista de derecho público"[30]). Se persigue con ello que, en el momento de realizarse la ponderación de diversos agentes y elementos que establecerán la factibilidad o no del proyecto, también se tengan en cuenta los de carácter ambiental, específicamente los desequilibrios o perjuicios que con dicho proyecto podrían ocasionarse al ambiente, para en tal caso buscar soluciones alternativas o realizar actividades compensatorias.

Por desgracia, la República Argentina hasta la fecha no tiene a escala nacional (federal) una ley de evaluación de impacto ambiental.

b. La preservación del patrimonio natural, cultural y de la diversidad biológica

El Estado no solamente deberá preservar su territorio sino la calidad de éste, su composición, como bien común de todos los argentinos y de la humanidad en su conjunto. Aun así, parecería que la inclusión de estos temas ha sido reiterativa, en mérito a que quedan incluidos en el concepto *ambiente*.

La preservación del patrimonio natural refiere a los recursos naturales, para lo cual se deberán regular la caza, los parques naturales, las actividades mineras, las reservas ecológicas, la tala irracional, etcétera.

[30] Martín Mateo, o. cit., t. I, p. 303.

En atención al patrimonio cultural, dicen Dromi y Menem:

> La historia y la cultura que un pueblo va formando en su desarrollo se testimonia en forma tangible a través de sus obras de arte o literarias, construcciones y edificios, entre otras. Estos objetos van confirmando la identidad de una Nación y es lo que permitirá a las generaciones futuras, al tomar contacto con esas raíces, mantener la tradición en la construcción del país que los tendrá como protagonistas.[31]

En cuanto a la diversidad biológica, incluirla expresamente significa una reiteración del concepto de protección del patrimonio natural, tal vez con la finalidad de conferirle mayor jerarquía, pero con el inevitable peligro de poner en la norma ciertas actividades en carácter aparentemente taxativo, y dejando de lado otras tanto o más importantes.

En este aspecto la Constitución ha tenido una excesiva e innecesaria redacción, que incluso puede aparejar problemas de interpretación y alcance futuros.

c. La información ambiental

Tanto para llevar control como para adoptar medidas apropiadas a favor del ambiente, se requiere contar con una adecuada información ambiental, pero este compromiso no solamente debe estar a cargo de las autoridades, sino también de los particulares, especialmente de aquellos que realizan actividades contaminantes, como consecuencia de su deber de preservar el ambiente.

El Estado no solamente deberá recolectar datos y proporcionar la información ambiental requerida, sino que también será el responsable de su elaboración, ordenación y procesamiento. En este sentido a escala internacional y regional existen sistemas de información ambiental tales como Infoterra y el programa Corine.

d. La educación ambiental

Solamente mediante la educación se pueden llegar a instaurar verdaderas conductas ambientales y lograr con ello que las personas se comprometan con el ambiente de forma correcta. La educación es el instrumento para crear en la comunidad una conciencia ambiental. La gran finalidad de la educación ambiental es combatir la ignorancia acerca de los temas ambientales, proporcionando a las personas conciencia, compromiso y responsabilidad en este ámbito.

La recomendación nº 1 de la I Conferencia Intergubernamental acerca de la Educación Ambiental (Georgia, 1977), organizada por la UNESCO, enuncia:

> […] lograr que los individuos y comunidades comprendan la naturaleza compleja del medio ambiente natural y construido resultante de la interacción de sus aspectos biológicos, físicos, sociales, económicos y culturales, y adquieran los conocimientos, valores, actitudes, habilidades prácticas para participar en forma responsable y efectiva en anticipar y resolver problemas ambientales y en el manejo de la calidad del medio ambiente.

---

[31] Dromi y Menem, o. cit., p. 140.

En este sentido, afirma Ekmekdjian:

> […] de nada valdría la acción del Estado, aun cuando se cumplieran al pie de la letra todas estas obligaciones, si la sociedad civil, esto es, la comunidad toda, no toma conciencia del peligro de destrucción del ecosistema y de los recursos naturales renovables y no renovables, y ya sea con acciones individuales o por medio de las diversas actividades intermedias de conservacionistas, ayudan a defender el medio ambiente de los delincuentes de toda laya que tratan de lucrar con él, sin importarles las consecuencias.[32]

En materia ambiental la comunidad tiene un rol más importante que el del Estado, por ser la guardiana del patrimonio ambiental. En consecuencia, la educación ambiental debe estar dirigida a todas las edades y grupos socioprofesionales de la población.

F. El daño ambiental

> El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Por *recomponer* se debe entender no solamente el resarcimiento pecuniario sino, en la medida de lo posible y prioritariamente, la restitución del ambiente a su estado original, en caso de que haya sido dañado o deteriorado. De aquí surgiría una doble obligación: la de recomponer, por un lado, y la obligación de resarcir, por otro.

Obviamente, queda implícito que, en caso de que no sea posible la recomposición del ambiente a su estado original, deberían ponerse en marcha mecanismos que permitan restaurar el equilibrio ecológico alterado.

Similar solución es la que establece la ley chilena del ambiente (ley 19.300, de 1994), en su artículo 2º:

> Para todos los efectos legales, se entenderá por […] s) reparación: la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas […].

Con el moderno enunciado se soluciona la insuficiente redacción del artículo 1.083 del Código Civil, relativo daños acaecidos sobre el ambiente. Éste establece que el resarcimiento de los daños consiste en la reposición de las cosas al estado anterior, y solamente si esto fuera imposible deberá indemnizarse en dinero.

Para Tawil, a los efectos de aplicar la norma se necesita reglamentarla, y así establecer con precisión los procedimientos que deberán seguirse:

> Ciertos elementos permitirían deducir que —quizás en forma involuntaria— los constituyentes hicieron suyos los principios sentados en la Convención de Lugano de 1991, adoptando la noción de responsabilidad objetiva y la obligación de recomponer el daño ambiental en supuestos de obrar lícito.[33]

---

[32] Ekmekdjian, o. cit., p. 649.

[33] Tawil, o. cit., p. 55.

Cita en este punto al convencional Aráoz, encargado de fundamentar el despacho mayoritario por el bloque justicialista, quien expresó:

> También el uso ambiental lícito, es decir, no prohibido, genera costos, de gestión y de reparación, que tienen siempre como objeto la permanente recomposición del ecosistema: esos costos deben ser asumidos por el sujeto o los sujetos responsables del uso ambiental costoso, según las modalidades que la norma constitucional establece.

El texto constitucional obviamente no es claro, por lo que la reglamentación permitirá aclarar sus términos, pudiendo llegar a conclusiones diferentes de la antes enunciada.

Debe reconocerse que recomponer el equilibrio de un ambiente degradado o contaminado no sólo puede ser complejo y tener elevado costo, sino que muchas veces también puede ser irrealizable. Por ello, sin perjuicio de que la Constitución establece en primer lugar dicha obligación, deberá ponerse el acento en un actuar racional sobre el ambiente, con la prevención y precaución como premisas.

Por su ubicación en el mandamiento constitucional, la obligación de recomponer podría interpretarse como ajena a las autoridades, así como para algunos constituye una norma de carácter dogmático que impediría, en cierta forma, otorgarles naturaleza operativa, en materia reparadora. Tawil lo entiende de esta forma.

No obstante, a mi modo de ver, la obligación de recomponer va dirigida a todas las personas, y las autoridades, como he mencionado, se encuentran obligadas en doble medida —como personas en general y, con mayor rigor, como autoridades— en orden a proveer por el derecho en las formas enunciadas constitucionalmente. Tal sentido sería el recogido por la Constitución de Córdoba en 1987.

Pero, más allá de todo esto, el alcance de la obligación de recomponer, para ser plenamente aplicable, requerirá de una ley que la delimite, según lo estipula la propia Constitución.

Creo que tal inclusión, por la magnitud de la responsabilidad que establece, tiene como finalidad la disuasión de conductas potencialmente dañinas para el ambiente. Esa responsabilidad, sin embargo, deberá limitarse a las personas que directamente produjeron el daño ambiental con su acción u omisión (sin perjuicio de otro tipo de responsabilidades que pudieran corresponderles). Morales Lamberti realiza una brillante acotación en este sentido:

> […] la recomposición ha sido ligada expresamente al daño ambiental, motivo por el cual no resulta éste, en general, consecuencia directa, inmediata y exclusiva del incumplimiento de las cargas de la provisión impuestas a las autoridades.[34]

En atención a ello, la autora distingue diversas posibilidades en las que el Estado puede tener o no la obligación de recomponer. La tendrá, por ejemplo, en aquellos casos en que el daño sea consecuencia directa de un obrar estatal, o cuando, aunque

---

[34] Morales Lamberti, o. cit., p. 69.

la responsabilidad sea por el incumplimiento de otras personas, el Estado deberá recomponer pero a cargo de éstas.

En consecuencia, el ambiente y los recursos naturales son objeto de derecho de todas las personas que habitan el territorio argentino, pero a la vez también son objeto de un deber personal y colectivo de disfrute y conservación de ese mismo derecho.

La mencionada ley de bases del medio ambiente chilena, en su artículo 2º, inciso *e*, define el *daño ambiental* como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes".

En cuanto al régimen argentino, si bien tiene una redacción menos feliz, se espera que la reglamentación de la Constitución pueda sanear las dudas e interrogantes surgidas —definiciones, responsabilidades, daños que deberán recomponerse, qué ocurre si el responsable es una persona desconocida o insolvente, etcétera.

En este aspecto, el artículo constitucional argentino difiere su aplicación en el tiempo a la realización de una ley futura que regule el tema:

> A ella corresponderá regular los aspectos específicos del daño ambiental: lenta exteriorización, perjuicios muy grandes, dificultad en la reposición de las cosas al estado anterior y en la determinación de la relación causal, carácter real o no de la responsabilidad, conveniencia o no de limitar legalmente el monto de la indemnización, cobertura de la posible insolvencia del responsable, titularidad de la acción, etcétera.[35]

G. Competencia y jurisdicción

> Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Sin perjuicio de compartir la opinión de Tawil respecto a que no corresponde que esta materia se encuentre regulada en el capítulo de "Nuevos derecho y garantías" de la Constitución, por cuanto el reparto de competencias entre las provincias y la Nación es materia de otro capítulo, conviene detenerse en el citado inciso.

La República Argentina está compuesta por provincias, las cuales, a raíz de la forma federal de gobierno, gozan de una amplia autonomía y tienen, entre otras facultades, la de legislar. Antiguamente la facultad de dictar normas ambientales formaba parte de poderes concurrentes, pero en la práctica se entendía que eran de competencia local, salvo que la cuestión se "federalizara".

El derecho ambiental requiere de un actuar local (es más próximo a esa especialidad), sin perjuicio de que ello debe conllevar un *pensar general.* Existen necesidades que son comunes a un país, pero también existen necesidades específicas de ciertas regiones, y para ello se requiere de una política ambiental coordinada entre las provincias que sólo puede obtenerse en el ámbito federal.

---

[35] Grassetti, o. cit., p. 97.

Bidart Campos establece dos principios a tener en cuenta en la presente materia:

> a) cuidar el ambiente es responsabilidad del poder que tiene jurisdicción sobre él; pero, b) no todos los problemas ambientales son jurisdiccionalmente divisibles, ya que hay interdependencia en el ambiente y hay movilidad de factores nocivos para él, por lo que, si bien un factor degradante puede localizarse, suele irradiar perjuicio difuso y movedizo más allá del lugar de origen.[36]

Lo que ha instaurado el constituyente es una distribución de competencias entre la nación y las provincias, estableciendo expresamente que dichas competencias distribuidas no podrán en modo alguno ir en perjuicio de las autonomías locales, por lo que se ha configurado lo que en la doctrina se entiende como *federalismo concertado* o *concertación interjurisdiccional*.

La Constitución delega en la Nación, en una atribución de competencias en función de trascendencia o magnitud, la tarea de dictar las normas ambientales sustantivas generales, con la finalidad de establecer las bases para que luego las provincias regulen, sobre esas bases, con mayor amplitud.

De tal forma, en teoría, en el futuro no podrían existir en las provincias argentinas políticas ambientales que se aparten de las bases mínimas que la nación promulgue en materia ambiental, las cuales a su vez deberán conformarse a los principios de razonabilidad y discrecionalidad técnica.

> [Las provincias] podrán complementar, aumentar o generar condiciones que sumen —y no resten— a los presupuestos mínimos […] mientras no contradigan los principios comunes dictados por la Nación.[37]

Asimismo, deberán tenerse presentes las respectivas constituciones y normativa interna de las provincias, las cuales difieren unas de otras. Además, existen varios municipios autónomos, y esta cuestión constitucional debe también quedar remitida al régimen de cada uno de ellos.

La inclusión de la frase “no alteren las jurisdicciones locales” reconoce, aparentemente, que las autoridades de aplicación de la normativa a dictarse, así como los jueces intervinientes, resultarán en cada caso los de las provincias correspondientes. Es decir, esta legislación —presupuestos mínimos— será común para todo el país, pero tanto las autoridades administrativas como las judiciales que se encargarán de aplicarla serán las provinciales en el ámbito de sus respectivos territorios.

Para Grassetti, esta modalidad nos pone a salvo de “paraísos ambientales” con los que alguna jurisdicción pretenda atraer inversiones, así como de exigencias desmedidas e insensatas, producto de la falta de técnica o de la exacerbación “ecologista”.

La Constitución establece que los poderes del Estado nacional tienen la facultad de dictar las leyes de protección ambiental cuyo objeto sea fijar pautas básicas de prevención, protección, preservación y principios del ambiente a escala federal. A

---

[36] Bidart Campos, o. cit., t. IV, p. 89.

[37] Dromi y Menem, o. cit., p. 145.

las provincias les corresponde establecer normas ambientales adicionales a las exigencias federales. En consecuencia, deberán ser más rigurosas, de acuerdo con la realidad de cada territorio provincial.

Me he referido a los *poderes del Estado nacional* porque, si la Constitución hubiera querido atribuir esa competencia exclusivamente al Congreso, lo habría establecido expresamente, como lo ha hecho en otros artículos constitucionales. En tal caso, además, el Poder Ejecutivo, por ejemplo, se vería impedido de reglamentar las leyes ambientales de presupuestos mínimos, lo cual sería un completo absurdo. Aclara tal posición la incorporación constitucional de la palabra *normas*, que es más genérica.[38]

Sin duda, la solución tomada es una forma correcta de evitar conflictos de jurisdicciones en materia ambiental, por lo menos en teoría. Me refiero a la teoría porque entiendo que en la práctica podrían darse casos concretos en los que las provincias, al legislar respecto a temas ambientales que las afecten, lleguen a comprometer situaciones de otras provincias —por ejemplo, en normativas referentes a la fauna, cuyos efectos van más allá de su jurisdicción.

Con el objetivo de lograr una norma clara y eficaz, el Congreso debería dictar una ley general de protección ambiental con dichos presupuestos básicos, sin perjuicio de otras tantas disposiciones que se requieren a los fines de interpretar y delimitar el alcance constitucional de la materia ambiental.

Pero debe recordarse que, al no tener la Argentina una categoría normativa *ley base* o *marco*, con jerarquía inmediatamente inferior a la Constitución y superior al resto de las normas, no puede asegurarse la primacía de una ley de bases en materia ambiental por sobre otras leyes generales o específicas en esta materia; de tal forma, las posteriores podrían derogar a las anteriores, tácita o expresamente.

La estrategia de dictar una norma en la cual se establezcan las bases y todos los presupuestos mínimos posibles, lo que se denomina *estrategia código*, en principio no es imposible, pero tampoco podría alterar la jerarquía de las normas. Enuncia Pigretti:

> La ley de presupuestos mínimos deberá ser una ley de referencia para las leyes por venir y una ley de refuerzo para las existentes, facilitando las primeras y refrescando las segundas.[39]

Lamentablemente, hasta la fecha esta ley no se ha creado, sin perjuicio de que han existido y existen en el Congreso varios proyectos en estudio, así como muchos especialistas en la materia y legisladores que trabajan en el tema. Para Nolon:

---

[38] En ese mismo sentido véase Grassetti, o. cit., pp. 101 y ss.

[39] Citado por Dino Bellorio Clabot, *Tratado de derecho ambiental*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 322.

> La adopción de una ley básica de este tipo no requiere la anulación de la legislación existente, pero crea, en su lugar, un marco para coordinar programas ambientales, de uso de la tierra y económicos y para guiar su evolución gradual hacia un sistema de gestión eficiente y coherente para los recursos del país […][40]

Sin perjuicio de ello, a la luz del artículo 126 de la Constitución (que prohíbe a las provincias legislar en materias de derecho común una vez que el Congreso ha dictado las leyes o códigos), se puede entender que *hasta tanto se sancionen las normas de presupuestos mínimos por el Estado federal, las provincias disponen de margen elástico para dictar leyes amplias en orden al derecho ambiental*.

La realidad demuestra que existe actualmente gran superposición de competencias y, en consecuencia, el proceso de adaptación ha sido, y es, complejo y lento. Pactos tales como el Federal Ambiental —dirigido a coordinar y unificar los organismos y la legislación ambiental por intermedio de un Consejo Federal del Medio Ambiente, suscrito entre la nación y las provincias el 5 de julio de 1993— no han aportado soluciones que satisfagan las expectativas y necesidades existentes.

Por otro lado, en la órbita del derecho argentino, los tratados internacionales poseen jerarquía supralegal —a diferencia del derecho uruguayo, en el cual se encuentran en el mismo rango jerárquico que las leyes— y ciertas convenciones tienen jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22).[41] Por tal motivo, muchas veces los presupuestos mínimos federales se encontrarán por debajo de los tratados internacionales, e incluso, como dice Bidart Campos:

> […] si aceptamos que estos tratados tienen, al menos parcialmente, carácter de tratados de derechos humanos (porque hay derecho al ambiente sano), podemos recordar

---

[40] John Nolon, *Integración de políticas económicas y ambientales. La necesidad de leyes marco en Estados Unidos y Argentina*.

[41] Artículo 75, inciso 22: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

"La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

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

> que el derecho interno también dispone de margen para ampliar el dispositivo internacional.[42]

En efecto, la Constitución ha dado prioridad a la protección de los derechos humanos, culturales, sociales, económicos, pues:

> […] es una idea ya definitivamente aceptada en la doctrina, que el hombre tiene derechos fundamentales inherentes a la persona humana […] Estos derechos no son atribuidos, pues al individuo por el Estado, sino que derivan de la ley natural […][43]

Concluyendo, considero adecuado transcribir lo que Dromi y Menem manifiestan a estos efectos con relación a los derechos humanos:

> Se trata de aquellos derechos que enfocan al hombre, como entidad metafísica, como idea abstracta relativa a la especie, mejor aún, a la persona humana. Están ínsitos en la condición humana, su fundamentación reside en el derecho natural, y son anteriores y superiores al Estado […] las Constituciones no pueden ser indiferentes, respecto de la globalización jurídica de los derechos humanos.[44]

Del mismo modo, pueden existir convenios entre regiones para el desarrollo económico y social (artículo 124 de la Constitución argentina), tratados interprovinciales (artículo 125) o convenios internacionales que celebren las provincias (artículo 124) que puedan recaer en materia ambiental.

También mediante el artículo 124 se ha reconocido expresamente que el dominio originario de los recursos naturales existente en el territorio corresponde a cada provincia. Similar criterio adoptó la Constitución de España en su artículo 149, inciso 23.

Se advierte que el Estado investirá excepcionalmente jurisdicción judicial federal en aquellos casos en que el ambiente en defensa de su unidad lo requiera, así como:

> En aquellas zonas de legislación que pertenecen en virtud de otras disposiciones constitucionales exclusivamente a la Nación, ésta creará las únicas normas ambientales aplicables y no habrá provincia alguna habilitada para complementarlas.[45]

Se resalta que, en materia penal, con relación a los delitos ambientales, el Congreso posee competencia exclusiva, por tratarse de condiciones básicas.[46]

H. La prohibición de ingreso al territorio nacional de residuos y radiactivos

> Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de los residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

---

[42] Bidart Campos, o. cit., t. IV, p. 91.
[43] Pablo Ramella, *Los derechos humanos*, citado por Dromi y Menem, o. cit., p. 255.
[44] Dromi y Menem, l. cit.
[45] Grassetti, o. cit., p. 104.
[46] Bidart Campos, o. cit., t. IV, p. 90.

Por intermedio de la ley 23.922, del 15 de abril de 1991, Argentina ratificó el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, con lo que pasó a formar parte de un grupo numeroso de Estados que prohíben la importación de residuos peligrosos a su territorio cuando no es posible manejarlos en forma ambientalmente adecuada y racional.

Igualmente, antes de la redacción del artículo 43, varias constituciones provinciales poseían disposiciones relacionadas con los residuos peligrosos, específicamente en el área de prohibiciones de importación.

También existían normas locales y disposiciones dentro del orden nacional, tales como la ley 24.051 —único cuerpo normativo que establece lo que podría llamarse una *especie* de delitos ambientales (a causa del uso de residuos)—, parte de cuyos artículos (55, 56, 57) tienen alcance federal, es decir, se aplican en todas las provincias argentinas, aunque en lo general cada provincia aplica su respectiva ley de residuos. Esta ley amplía considerablemente la nómina de residuos establecida en el Convenio de Basilea, al considerar peligroso todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. En particular serán peligrosos los residuos indicados en el anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el anexo II.

Inevitablemente, con la actual redacción del artículo 41 de la Constitución no es posible que éste sea operativo inmediatamente sin que una norma lo desarrolle y reglamente utilizando parámetros razonables.

Sin perjuicio de ello, en este momento la prohibición es total y absoluta, así como más amplia que la establecida en leyes anteriores, ya que la norma constitucional no sólo habla de residuos actuales sino de “residuos potencialmente peligrosos”, es decir, aquellos que podrían llegar a serlo por sus características o por su composición química en conjunción con la de otros. La falta de certeza respecto del alcance de la norma se plantea cuando ciertos residuos son también insumos del proceso industrial y por tanto se los requiere para esa etapa productiva.

Algunos autores consideran que la inclusión de este inciso ha sido oportuna y afortunada, y que —a diferencia de otros incisos— resulta totalmente operativa por más que no exista una ley que la reglamente.[47] Tal prohibición sustenta un instrumento para que la Argentina no se transforme, mediante compensación en dinero, en el basurero de otros países de mayor industrialización.

En mi opinión, los constituyentes han actuado en forma extrema, y tal prohibición podría incluso resultar inconveniente. Por ejemplo, en caso de una evolución técnica en materia ambiental, Argentina podría llegar a ver como un gran negocio el tratamiento de ciertos residuos peligrosos en la región del Mercado Común del Sur (Mercosur), como una modalidad empresarial con todas las exigencias y requisitos exigibles, sin por ello transformarse en basurero de ningún tipo.

---

[47] Ekmekdjian, o. cit., p. 652.

Por otro lado, en atención al tráfico interprovincial de residuos peligrosos, nada ha cambiado con la inclusión del artículo constitucional; para éste sigue teniendo plena vigencia la ley 24.051 —que regula la generación, el transporte y la operación de los residuos—, así como su decreto reglamentario 831/93.

Ciertas provincias, como por ejemplo, Tierra del Fuego y Buenos Aires, han prohibido el ingreso a su territorio de residuos tóxicos provenientes de otras provincias. De seguirse tomando medidas del estilo, la situación se transformaría en absurda e inviable, en mérito a que muchas regiones no sólo carecen de infraestructura económica sino que muchas veces ni siquiera justifican el establecimiento de plantas de tratamiento o de incineración. Asimismo, la realidad territorial puede impedir ciertas actividades, y de esta forma los residuos carecerían de tratamientos adecuados para su destrucción o reciclaje, o bien las provincias entrarían en gastos que podrían compartir con otras, con la consiguiente reducción de costos. Todo ello sin perjuicio de que en ciertos aspectos se estarían violando disposiciones constitucionales. Se genera así, como dice Tawil, "una situación de difícil solución que llevará indefectiblemente a escenarios de conflicto".[48]

I. Otras disposiciones constitucionales con relevancia en temas ambientales

- Artículo 33. Derechos y garantías implícitos (referido anteriormente).
- Artículo 42. Las regulaciones que establecen el contralor de los servicios públicos, las cuales se dictan por los respectivos entes reguladores, incluyen aspectos ambientales (por ejemplo, evaluación de impacto ambiental).
- Artículo 43. Acción de amparo (señalado con anterioridad).
- Artículo 75. El Congreso de la Nación tiene facultades tributarias en la medida en que dichos tributos sean utilizados como instrumentos indirectos de política ambiental.
- Artículo 75, inciso 17. Confiere a las comunidades indígenas participación en la gestión de sus recursos naturales.
- Artículo 75, inciso 18. Por la interdependencia del ambiente, aquellas situaciones de deterioro que pudieran comprometer poderes concurrentes, la prosperidad del país, el adelanto, el bienestar de todos, pueden hacer legítimo y necesario su concurso, posibilitando la exclusión de la autoridad local en caso de incompatibilidad.
- Artículo 75, inciso 19. Suministra una base independiente (no en conflicto con el artículo 41) para la sanción de leyes de organización y base de la educación que incluyan aspectos referidos a la educación ambiental o traten exclusivamente de ésta.
- Artículo 75, incisos 22 y 24. Refieren a la jerarquía de los tratados internacionales (cuestión analizada oportunamente).

[48] Tawil, o. cit., p. 90.

- Artículo 75, inciso 30. Especifica las condiciones del ejercicio de poder de policía, incluyendo aspectos ambientales, en los establecimientos de utilidad nacional.
- Artículo 85. La mención del control operativo da sustento suficiente para que el organismo creado pueda ejercitar dicho control en aspectos referidos a la gestión ambiental.
- Artículo 86. En relación con el artículo 43, asigna al defensor del pueblo la misión de defender y proteger los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes ante "hechos, actos u omisiones de la Administración", y controlar el "ejercicio de las funciones administrativas públicas".[49]
- Artículo 100. Eleva al rango de ministerio la gestión ambiental.
- Artículo 121. Refiere a que las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno federal por la Constitución, sin perjuicio del que expresamente se les haya reservado por pactos especiales.
- Artículo 124. Se crea el federalismo de concertación. Se otorga a las provincias la facultad de regular el manejo de sus recursos, sujeta a los presupuestos mínimos que dicte la nación; determinaciones a cargo de las provincias de decidir el destino (agua potable, recreación, navegación, etcétera).
- Artículo 126. Prohíbe a las provincias legislar en materias de derecho común una vez que el Congreso ha dictado las leyes o códigos.
- Artículo 128. Puede ser la base de una delegación de facultades nacionales cuando eso resulte aconsejable.
- Artículo 129. Otorga a la Ciudad de Buenos Aires una autonomía de tal grado que reduce el ámbito de aplicación de una legislación ambiental nacional local.

III. El ordenamiento jurídico constitucional referido al derecho al ambiente en la República Oriental del Uruguay

1. Antecedentes

Antes de la reforma constitucional de 1996, la doctrina uruguaya mayoritaria era proclive a interpretar que el derecho al ambiente se encontraba tutelado implícitamente a través de una interpretación armónica de los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución de 1967 —sin perjuicio de los artículos 32, 34, 44 y 54, que también se relacionan con la materia—. Esta corriente era seguida, entre otros, por Rubén Correa Freitas, Augusto Durán Martínez, Marcelo Cousillas, Ricardo Gorosito Zuluaga, Héctor Gros Espiell, José Korzeniak y Mateo Magariños de Mello.

[49] Bellorio Clabot, o. cit., p. 324.

El artículo 7° de la Constitución uruguaya dice:

> Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general.

Por su parte, el artículo 72 refiere:

> La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Y el artículo 332 establece:

> Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

Tal posición doctrinaria no hacía otra cosa que reconocer la calidad de derecho inherente a la personalidad humana del derecho al ambiente, es decir, de derecho natural, preexistente al reconocimiento que le otorga la Constitución. En ese sentido decía Correa Freitas:

> En mi concepto la protección del medio ambiente es un derecho inherente a la "personalidad humana", que es anterior al Estado y a la Constitución, siendo un "derecho natural" de todo ser humano el de vivir en un medio ecológicamente equilibrado. Por lo tanto, este artículo 72 permite sostener, sin lugar a dudas, la recepción en el derecho constitucional a la protección del medio ambiente en sentido amplio. […] en virtud de la recepción a nivel constitucional del "jusnaturalismo", con un reconocimiento expreso de los "derechos inherentes a la personalidad humana" en el artículo 72, puede afirmarse que hay un reconocimiento implícito del derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.[50]

No obstante, la jurisprudencia era, y continúa siendo, bastante reacia a admitir derechos implícitos, máxime cuando se trata de derechos *nuevos* (adjetivo con el cual algunos autores calificaban al derecho al ambiente), aunque el derecho objeto de estudio se encontraba tan ligado a derechos expresamente reconocidos—tales como la vida— que era difícil ignorar su existencia. Justamente, respecto al derecho a la vida, considero adecuado traer a colación lo que dice Magariños de Mello:

> Esa vida tiene que poder desarrollarse en condiciones adecuadas a lo que la naturaleza ha querido; implica una necesaria calidad de vida, que incluye la salud y la plena realización material y espiritual por lo menos de su posibilidad si la complementa el esfuerzo propio del hombre.[51]

---

[50] Rubén Correa Freitas, "La Constitución uruguaya y la protección del medio ambiente", en *Derecho constitucional contemporáneo*, Montevideo, p. 194.

[51] Mateo Magariños de Mello, "La protección del medio ambiente", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* ("Reforma constitucional 1997"), Universidad Católica del Uruguay, 1997, p. 47.

En conclusión, el derecho al ambiente ha sido y es para la doctrina uruguaya mayoritaria un derecho inherente a la personalidad humana. Por tanto, el hecho de que antes de la reforma constitucional de 1996 no estuviera expresamente acogido en la Carta Magna no suponía su inexistencia, ni mucho menos su falta de reconocimiento.

Una situación bastante diferente se observa en España, donde "la doctrina mayoritaria mantiene un concepto formal-material de derecho fundamental, pero predominantemente formal".[52]

Por otra parte, antes de la reforma Uruguay contaba con varios instrumentos y garantías propios del derecho ambiental, tales como la Ley de Acción de Amparo (16.011, del 19 de diciembre de 1988); el artículo 42 del Código General del Proceso (ley 15.982), que permite la representación en caso de intereses difusos; el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, con competencia en materia ambiental (creado por la ley 16.112 el 23 de mayo de 1990), y la ley 16.466 del 19 de enero de 1994 junto con su correspondiente decreto reglamentario 435/94, que prevén la evaluación de impacto ambiental.

2. La reforma constitucional

A partir de la reforma de 1996 se introdujo en el capítulo segundo de la sección II ("Derechos, deberes y garantías") de la Constitución de la República Oriental del Uruguay la actual redacción del artículo 47, cuya finalidad es regular expresamente el tema ambiental. En el mismo capítulo se amparan derechos de tal magnitud e importancia como la vida, la propiedad, el honor, etcétera.

> La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.

Según surge de las actas de los constituyentes, prácticamente no existió discusión sobre los términos del citado artículo en momentos de decidirse su incorporación al texto constitucional, lo que supone algo absurdo, por cuanto se trataba de uno de los asuntos más importantes del siglo. Según Magariños de Mello, esta situación "no hace sino confirmar el escaso sentido de responsabilidad con que se ha encarado el tema".[53]

A. El medio ambiente

Como surge de la simple lectura de la norma, ésta se refiere al medio ambiente como sujeto de protección jurídica, habiendo sido redundantes los constituyentes dado que *medio* y *ambiente* son sinónimos.

---

[52] En ese mismo sentido véase Guillermo Escobar Roca, *La ordenación constitucional del medio ambiente*.

[53] Magariños de Mello, "La protección…", o. cit., p. 48.

Siguiendo la misma posición que la mayoría de los artículos constitucionales referentes al tema, esta norma no establece una definición del ambiente, sino que obliga a acudir, como en el caso argentino, a la doctrina mayoritaria. A tales efectos, me remito a la definición de Magariños de Mello transcripta *ut supra*, así como a las siguientes.

Correa Freitas y Vázquez entienden que el concepto de medio ambiente es:

> […] amplio, comprensivo no sólo de lo que podríamos denominar y conocemos como la ecología, ya que, además de los recursos naturales, como, por ejemplo, los ríos, el aire, la atmósfera, comprende toda la riqueza cultural y artística, el propio paisaje, el entorno natural.[54]

En el mismo sentido expresa Saettone, citando a los alemanes Wicke y Franke:

> El concepto de medio ambiente que estamos manejando en este trabajo es un concepto amplio que maneja actualmente la doctrina ambientalista más moderna e implica la totalidad de los factores existenciales; en otras palabras, todos los factores que marcan las condiciones y relaciones humanas en su aspecto psíquico, sentimental, técnico, económico y social.[55]

B. La protección

Los constituyentes uruguayos no reconocieron en forma expresa el derecho al goce del ambiente, sino que, como expresa Caumont:

> El artículo 47 utiliza una técnica deficiente puesto que no lo hace desde la perspectiva del derecho subjetivo sino de la del deber —correspectivo—; la técnica de atribución de derechos subjetivos mediante la referencia a los deberes correspectivos no es aconsejable porque deja librada a la cooperación hermenéutica del intérprete un amplio margen de arbitrariedad que eventualmente puede significar la inexistencia de atribución de poder normativo procesal para convocar la responsabilidad, ya que no existe fijación determinativa razonable del titular del poder normativo.[56]

En tal sentido, puede observarse la gran diferencia gramatical que existe respecto al artículo argentino, así como con el artículo 45 de la Constitución española, los cuales no dejan lugar a dudas en cuanto a la existencia del derecho.

Según Caumont, con una posición algo radical dentro de la doctrina uruguaya:

> […] el derecho a un medio ambiente físico y cultural sano y equilibrado no se encuentra dentro de los angostos límites del deber de no deteriorar en el cual lo coloca la desatinada dirección textual del artículo 47 de la Constitución a partir de la reforma

---

[54] Rubén Correa Freitas y Cristina Vázquez, "La protección del medio ambiente", en *La reforma constitucional de 1997. Análisis constitucional y administrativo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, pp. 26 y 27.

[55] Mariella Saettone, *Marco normativo de la protección del medio ambiente en nuestro derecho positivo*, p. 481.

[56] Arturo Caumont, "El medio ambiente como eje de un derecho subjetivo y correspectivo deber", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, FCU, Montevideo, 1997, p. 471.

> operada […] sino que tiene una mayor extensión comprensiva al involucrar como contenido normativo (proveniente de los arts. 7 y 72 de la Carta *ex ante* de la reforma) el derecho subjetivo a la prevención de los daños, a una planificación de conductas a operar sobre el medio ambiente y a la pre-ordenación de actos procesales por los que se posibilite la efectiva vigencia y el consecuente respeto de tal derecho subjetivo.[57]

¿Qué trascendencia tiene que el derecho al ambiente sea un derecho subjetivo? Para responder tal interrogante me remito a Gutiérrez de Cabiedes, quien, citando a la doctrina mayoritaria, dice que ésta destaca:

> […] dos elementos constitutivos fundamentales del derecho subjetivo: el interno, la posibilidad de hacer o querer (*facultas agendi*), y el externo, la posibilidad de exigir de otros el respeto, esto es la imposibilidad de todo impedimento ajeno y la posibilidad correspondiente de reaccionar contra éste. [58]

Como dice Gros Espiell:

> Como consecuencia de que la protección del medio ambiente es de interés general, se genera el deber del Estado de actuar para asegurar esa protección y el derecho de todos los habitantes de la República de vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.[59]

En definitiva, el derecho al ambiente se encuentra amparado constitucionalmente, tanto a través del artículo 47 como por intermedio del artículo 72. Por consiguiente, la inclusión constitucional del artículo 47, en lo que refiere al derecho al ambiente, no significó en los hechos ningún cambio sustancial en comparación con la interpretación anterior a la reforma.

En cuanto al término elegido por los constituyentes, *protección*, siguiendo la idea de Cousillas,[60] es una expresión general y evasiva, que sigue la línea de la Constitución argentina, por lo cual me remito a lo analizado en la sección correspondiente.

C. El atributo de interés general

Como puede observarse en la transcripción, esta expresión se encuentra acogida en el artículo 7º de la Constitución, así como en otros, incluyendo el artículo 47, y es un requisito esencial para limitar el goce de ciertos derechos por intermedio de la ley. Para Gros Espiell, el interés general es:

> […] el interés de la comunidad humana asentada en el territorio de la República, en su conjunto. […] es el interés común, expresión que traduce necesariamente la idea

---

[57] Ibídem.

[58] Pablo Gutiérrez de Cabiedes, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 47 y 48.

[59] Héctor Gros Espiell, "La protección del medio ambiente en el derecho constitucional", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* ("Reforma constitucional 1997"), Universidad Católica del Uruguay, 1997, p. 60.

[60] Marcelo Cousillas, "La protección constitucional del ambiente", en *Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996*, FCU, Montevideo, 1998, p. 144.

> del bien común —que se manifiesta en la "utilidad común", expresión que utiliza el artículo 1º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789—, que sin ahogar los legítimos intereses de cada persona, conjuga éstos en el interés general concebido siempre como interés legítimo, en el marco de una sociedad democrática y pluralista que vive, jurídica y políticamente, en un Estado de derecho.[61]

Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia, en sentencia nº 133 del año 1963,[62] expresó:

> […] el interés general a que se refiere la Constitución, no significa el interés de todos los habitantes de la República, sino el de grupos o sectores, dignos de esa protección de la ley, por encontrarse enfrentados a determinadas situaciones que deben ser contempladas en justicia.[63]

Yendo a lo medular, el reconocimiento a la protección del medio ambiente a partir del atributo de *interés general* es de gran importancia.

En mi opinión, en la hipótesis de que existan intereses contrapuestos entre el derecho a la protección del ambiente y alguno de los derechos enunciados en el citado artículo 7º, *prima facie* podría afirmarse que primaría la protección del medio ambiente, en mérito a que el constituyente le atribuyó a ésta el carácter de interés general; por lo tanto, tal situación podría perfectamente limitar el goce de otros derechos, dado que esa limitación o privación de los derechos que enuncia el artículo 7º puede surgir de normas jerárquicamente superiores a las leyes, como lo es la propia Constitución. A la misma idea se refiere Cousillas:

> […] la protección del medio ambiente es una de esas razones que pueden llevar a limitar derechos reconocidos por la Constitución, como el de propiedad, trabajo o libre comercio e industria.[64]

En efecto, como bien señala este autor:

> En consecuencia, a partir de su vigencia y por disposición de nuestra norma jurídica, las leyes referidas a la protección del ambiente son de interés general, con independencia que específicamente así lo señale el legislador o lo corrobore la judicatura.[65]

Solución similar es la que encontramos en el inciso 8º, del artículo 19 de la Constitución chilena, que expresa:

> […] la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

Las restricciones mencionadas por el artículo constitucional chileno son las que limitarán el ejercicio de derechos que se encuentren amparados por la propia Constitución.

---

[61] Gros Espiell, "La protección…", o. cit., p. 60.

[62] Es completamente irrelevante que la sentencia sea anterior a la reforma de 1996, en mérito a que el término ya estaba presente en varios artículos de la Constitución.

[63] *La Justicia Uruguaya*, tomo 95, Montevideo, caso nº 10.797, 1987, p. 57.

[64] Cousillas, o. cit., p. 145.

[65] Ibídem, 146.

> Es por este sentido que la ley debe expresar de manera específica el derecho o libertad que se restringirá, cerrando la vía para ampliar por medio de una interpretación, la restricción de otros derechos no contenidos.[66]

Asimismo, en el artículo 19, inciso 24, de la Constitución chilena se dispone claramente una medida semejante a la uruguaya:

> La Constitución asegura a todas las personas: […] 24. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Ésta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental […].

Se confiere así al ambiente una función social que puede restringir el derecho de propiedad.

D. El titular del deber

Antes de reglamentarse el citado artículo de la Constitución uruguaya se planteaban ciertos interrogantes respecto al alcance del término *personas*, específicamente respecto a si la Constitución se refería a las personas físicas o a las personas jurídicas —las cuales con mayor frecuencia son las que vulneran el derecho al ambiente—. Este interrogante ha quedado respondido con la Ley General de Protección al Ambiente (LGPA).

En referencia a las personas físicas, quedan comprendidos todos los seres humanos, sin distinción alguna: no importa si residen o no en el país, si ingresaron en forma legal o ilegal, si tienen no ciudadanía, etcétera. Al estudiar la LGPA se verá que en cierta forma ésta ha limitado el alcance dado por la Constitución al término —a mi criterio, de modo inconstitucional.

El Estado también se encuentra comprendido en este deber, ya que, como persona jurídica mayor, es sujeto de obligaciones como cualquier otro. En mi opinión, es aún más responsable que el resto, lo que se debería haber establecido expresamente. Como señala Saettone:

> Es incuestionable que el Estado, en cuanto garante de los derechos de los habitantes, es el principal responsable de tutelarlos y plantear las medidas y políticas adecuadas en aquellos asuntos en que está en juego el interés general de la sociedad.[67]

No puede obviarse que el Estado es el responsable de proteger el interés público, y con dicha finalidad, en este caso, debe necesariamente instaurar una eficaz política ambiental.

---

[66] Francisco Pinilla Rodríguez, "Garantía del medio ambiente en las constituciones de los países", en *Anuario de Derecho Público*, año II, nº 2, Santiago de Chile, Universidad de la República, 1998, p. 120.

[67] Saettone, o. cit., p. 479.

E. El deber de abstención ante actos que causen depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente

Como se ha visto, la Constitución uruguaya refiere expresamente al tema ambiental de un modo *negativo*: se prohíbe mediante el deber de abstenerse. La redacción resulta bastante infeliz.

La norma debió referirse en forma positiva, estableciendo obligaciones de conservación, protección y recuperación. Amén de ello, debe existir un deber de proteger el ambiente más allá de la obligación de abstenerse de obrar ilícitamente; en este sentido el carácter de *guardianes* que confiere la Constitución argentina se podría considerar "envidiable".

Por otro lado, para Magariños de Mello[68] la inclusión del adjetivo *graves* ha sido un error, ya que puede suceder que acciones no calificables de graves en sí mismas puedan afectar considerablemente un ecosistema, o varias acciones inofensivas por sí solas, al combinarse o juntarse con otras, resulten altamente perjudiciales.

F. La exigencia de una ley reglamentaria

> La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.

La inclusión de esta frase fue durante varios años causa de discusiones doctrinarias. Para muchos, nada aportó al derecho al ambiente, mientras que varios autores se basaron en ella para decir que se trataba de una norma programática y, por consiguiente, hasta tanto se reglamentara se encontraba fuera de aplicación (posición de Aguirre Ramírez[69]). Personalmente considero que esta posición carece de fundamento jurídico según la redacción del artículo 332.

No obstante, con esta conclusión se establece, aunque no de forma expresa como lo hace el derecho argentino, una obligación del Estado de proteger el ambiente (mandato político que señala la relevancia del tema), sin perjuicio de que, para que sea eficaz, más que una ley se necesita una seria y legítima política ambiental.

En otro orden de cosas, la referida disposición trae a colación la necesidad y conveniencia de implantar *delitos ecológicos* en el régimen jurídico uruguayo. Si bien el Código Penal del Uruguay no contiene delitos ambientales específicos, por intermedio del artículo 9° de la ley 17.220,[70] del 11 de noviembre de 1999 —que

---

[68] Magariños de Mello, "La protección…", o. cit., p. 50.

[69] Gonzalo Aguirre Ramírez, "Caracterización general de la reforma constitucional. Legislación reglamentaria y entrada en vigor", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* ("Reforma constitucional 1997"), Universidad Católica del Uruguay, 1997.

[70] Artículo 9º: "El que introdujere en cualquier forma o bajo cualquier régimen en zonas sometidas a la jurisdicción nacional, los desechos peligrosos definidos en el artículo 3º de la presente ley, será castigado con doce meses de prisión a doce años de penitenciaría. Son circunstancias agravantes: 1) Si del hecho resultare la muerte o la lesión de una o varias personas; 2) Si del hecho resultare un daño al medio ambiente".

prohíbe la introducción en cualquier forma o bajo cualquier régimen en las zonas sometidas a jurisdicción nacional de todo tipo de desechos peligrosos— se ha configurado, en mi opinión, un delito ambiental.

G. Garantías e instrumentos jurídicos

Los instrumentos jurídicos o garantías que protegen el derecho al ambiente configuran, al igual que para el resto de los derechos, dado que la Constitución uruguaya no establece discriminación alguna con relación al derecho que se pretende proteger, la forma o los medios de acceder a la justicia —salvo en situaciones muy concretas como, por ejemplo, el recurso de hábeas corpus.

Distinto es el caso de la Constitución española, según la cual la acción de amparo no podría iniciarse por violación al derecho al ambiente, ya que el amparo, por el artículo 53, se encuentra limitado a los derechos y libertades que se reconocen en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo, mientras que el derecho al ambiente está incluido en el capítulo tercero, correspondiente a los principios rectores de la política social y económica.

En Uruguay podría plantearse perfectamente un recurso de amparo que tenga como finalidad la protección del medio ambiente, o un juicio ordinario, o una medida preparatoria, o una medida cautelar, o un recurso administrativo, o un derecho de petición. También podría accederse a la justicia por la vía de los intereses difusos, otorgada mediante el artículo 42 del Código General del Proceso:

> Representación en caso de intereses difusos. En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

Sin embargo, en el ámbito constitucional del Uruguay no se introdujeron sistemas específicos con relación a instrumentos jurídicos en cuestiones ambientales, como existen en Chile,[71] aunque la acción de amparo, implantada por la ley, se asimila bastante a este recurso de protección chileno.

3. La ley reglamentaria del artículo constitucional

En diciembre del 2000 comenzó a regir en Uruguay la ley 17.283, conocida como Ley General de Protección del Ambiente, dando cumplimiento a lo establecido

[71] Artículo 20, inciso 2º, de la Constitución chilena: “Procederá también, el recurso de protección en el caso del nº 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

en el artículo 47 de la Constitución al reglamentar su disposición. En el Mensaje adjuntado al proyecto de esta ley, el Poder Ejecutivo enunció:

> […] se espera dotar al país con un instrumento moderno de política ambiental, asumiendo los compromisos internacionales de la República en la materia, que a la vez de asegurar la protección del ambiente, permita su compatibilización con las necesidades nacionales de desarrollo económico y social.[72]

Cabe señalar que la doctrina no ha realizado hasta la fecha ningún estudio minucioso del contenido de esta norma. Como uno de los pocos análisis efectuados se destacan los artículos de Cousillas publicados en una revista de circulación nacional.

La mencionada ley divide su estructura en cuatro capítulos: I. Disposiciones introductorias, II. Disposiciones generales, III. Disposiciones especiales, y IV. Otras disposiciones. De ellos analizaré el primero por entender que es el que se encuentra directamente vinculado con el tema de estudio, ya que los otros, si bien obviamente están muy relacionados, tratan de temas específicos.

A. La declaración de interés general

La ley comienza por declarar de interés general —de conformidad con el artículo 47 de la Constitución— diversas circunstancias que enumera, sin perjuicio de otras declaraciones existentes en otras normas específicas.

Se declaran de interés general: a) la protección del ambiente, de la calidad del aire, del agua, del suelo y del paisaje; b) la conservación de la diversidad biológica y de la configuración y estructura de la costa; c) la reducción y el adecuado manejo de las sustancias tóxicas o peligrosas y de los desechos, cualquiera sea su tipo; d) la prevención, eliminación, mitigación y compensación de los impactos ambientales negativos; e) la protección de los recursos ambientales compartidos y de los ubicados fuera de las zonas sometidas a jurisdicciones nacionales; fl) la cooperación ambiental regional e internacional y la participación en la solución de los problemas ambientales globales; y g) la formulación, instrumentación y aplicación de la política nacional ambiental y de desarrollo sostenible.

A mi juicio, habría sido preferible que simplemente se formulara una definición amplia del concepto *medio ambiente*, de modo que, con el artículo 47, quedaría comprendida como de interés general toda protección de los diversos elementos que hubieran podido integrar dicha definición.

Como puede apreciarse, para el legislador uruguayo el patrimonio cultural no integra el ambiente, o por lo menos ello no se establece expresamente en la norma (como sí lo hace en forma acertada el derecho positivo argentino). Para incorporar su protección necesariamente deberían interpretarse de forma "elástica" ciertos términos, como por

---

[72] Transcripto de Marcelo Cousillas, "Fue aprobada la ley general de protección del ambiente", en *Ambios*, Montevideo, 2000, p. 37.

ejemplo, *protección del ambiente*, lo que configuraría cierto absurdo, ya que la ley ha sido tan detallista que habilita a suponer que, si se hubiera querido incluir al patrimonio cultural, se lo habría introducido en la nómina junto con el resto.

Todo ello sin perjuicio de que la doctrina mayoritaria opinaba de forma diferente —y en la mayoría de los casos continúa haciéndolo—, al entender que el tema ambiental es sumamente amplio y abarca el patrimonio cultural.

Con el método actual no solamente se establecen límites, sino que en el futuro pueden quedar fuera de protección ciertas conductas, actividades que por la naturaleza de la materia (sumamente dinámica) a la fecha de la ley no existían o eran insignificantes.

A diferencia de la ley uruguaya, la Ley de Bases del Medio Ambiente chilena, ya mencionada, en su artículo 2º, inciso *ll*, define al medio ambiente como:

> […] el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.

Es una definición bastante amplia, a raíz de la cual la doctrina chilena dio un vuelco en su interpretación. En efecto, ésta mayoritariamente entendía que la Carta Magna chilena utilizaba un término restringido al establecer en su artículo 19, "la Constitución asegura a todas las personas […] 8) el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación […]". En este sentido, habría sido preferible para el derecho chileno no incluir la palabra *libre*, puesto que una civilización libre de contaminación es algo imposible.

No obstante, puede interpretarse que:

> […] la Constitución asegura el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, es decir, que la Constitución otorga y garantiza los medios necesarios para el desarrollo de las personas en un medio que no produzca perjuicio a la naturaleza y al género humano.[73]

Resalto expresamente la inclusión de los incisos *e* y *f*, los cuales, a mi modo de ver, reflejan la voluntad política de que los países vecinos tomen políticas similares.

No olvidemos que Uruguay es un país pequeño, con un desarrollo económico mínimo con relación a las naciones limítrofes —Argentina y Brasil—, y que, a la hora de reclamar por conflictos ambientales a causa de actividades de los países vecinos, seguramente su reclamo se condiciona a intereses económicos y políticos que no pueden dejarse de lado. Tal es el caso de la contaminación por lluvia ácida en el litoral este que le ocasiona la usina termoeléctrica brasileña de Candiota, o el derrame del buque petrolero *San Jorge* en las aguas de Punta del Este.

Por último, el citado artículo define lo que para el derecho positivo uruguayo significa el término *desarrollo sostenible*, lo que, si bien con alguna palabra diferente, es muy similar a la definición de la Comisión Brundtland.

---

[73] Pinilla Rodríguez, o. cit., p. 119.

B. El derecho

En el artículo 2º del cuerpo normativo de estudio, por vez primera en el ordenamiento jurídico uruguayo, se establece el derecho a ser protegido en el goce de un ambiente sano y equilibrado. Lamentablemente, el legislador limitó, como sujetos de derecho al goce, a los habitantes de la República (siguiendo la fórmula utilizada por la Constitución en el artículo 7º), cuando habría sido preferible que utilizara la palabra *personas*.

No obstante, por las razones referidas en la sección anterior, entiendo que, al ser el derecho al ambiente inherente a la personalidad humana (según la opinión doctrinaria y lo enunciado en el artículo 72 de la Carta Magna), todas las personas, independientemente de que habiten o no en el territorio uruguayo —es decir, tengan su residencia o no en este país— tienen derecho a ser protegidas en el goce de este derecho.

C. El deber

La ley saneó en el artículo 3º el interrogante de muchos en cuanto a qué se entendía por *personas* en el artículo constitucional, al especificar claramente que tanto las personas físicas como las jurídicas, las públicas como las privadas, tienen el deber de abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente.

Finalmente, define el daño ambiental como "toda pérdida, disminución o detrimento significativo que se infiera al medio ambiente", definición que es casi una réplica de la del artículo 2º, inciso *e* de la Ley de Bases del Medio Ambiente chilena.

Con relación al adjetivo *graves*, me remito a lo dicho en el apartado *e* de la sección anterior: en la redacción constitucional debería habérselo omitido y este problema no se saneó en la ley reglamentaria.

Por otra parte, la interpretación de los *actos* contenida en la ley se limita exclusivamente a aquellos que contravengan normas. ¿Acaso no puede existir un acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente sin haber violado de por sí norma alguna? La respuesta es afirmativa, y esos actos, injustamente, no están comprendidos.

Asimismo, la ley establece en forma expresa que configura un deber fundamental del Estado y de todas las entidades públicas en general, "propiciar un modelo de desarrollo ambientalmente sostenible, protegiendo el ambiente y, si éste fuere deteriorado, recuperarlo o exigir que sea recuperado". En su artículo 5º la norma dispone que su finalidad es establecer previsiones generales básicas con relación a la política nacional ambiental y a la gestión ambiental coordinada con los distintos sectores públicos y privados.

D. Otras disposiciones de interés

Sin perjuicio de que el capítulo primero de la ley es el que tiene mayor trascendencia en el tema de este trabajo, los siguientes artículos, ubicados en el capítulo segundo, resultan muy importantes para establecer una comparación con la Constitución argentina.

> Artículo 6º. *Principios de política ambiental*. La política nacional ambiental que fije el Poder Ejecutivo se basará en los siguientes principios: […] dl) la protección del ambiente constituye un compromiso que atañe al conjunto de la sociedad, por lo que las personas y las organizaciones representativas tienen el derecho-deber de participar en ese proceso […], fl) la gestión ambiental debe basarse en un adecuado manejo de la información ambiental, con la finalidad de asegurar su disponibilidad y accesibilidad por parte de cualquier interesado […]

De forma muy correcta se reconoce el papel de la participación pública —existe un derecho-deber del *pueblo* respecto a los temas ambientales, que le requieren un obrar en pro de estos valores—, otorgándole la jerarquía de principio de derecho ambiental y, con ello, las consecuencias que implica (como por ejemplo, criterios interpretativos ante situaciones difusas).

No merece la misma opinión lo referido a la información ambiental, ya que lo que debió establecerse expresamente en la ley era el derecho al acceso a la información ambiental. El texto no satisface todas las expectativas sobre el tema.

> Artículo 8º. *Coordinación*. Corresponde al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, la coordinación exclusiva de la gestión ambiental integrada del Estado y de las entidades públicas en general.
>
> Además de las competencias asignadas en forma específica a ese Ministerio, corresponderán al mismo todas aquellas materias ambientales, aun sectoriales, no asignadas legalmente a otra entidad pública.
>
> Dicho Ministerio podrá delegar en autoridades departamentales o locales el cumplimiento de los cometidos de gestión ambiental, previo acuerdo con el jerarca respectivo y en las condiciones que en cada caso se determinen.

Este artículo reitera mucho de lo enunciado en la ley 16.112 que crea el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, al cual le confiere potestades muy grandes, pero en la práctica éste no cuenta con una infraestructura acorde a ellas, por lo que esta voluntad política, si no se crean instrumentos que la acompañen para hacerla efectiva, no se adecuará a la realidad.

Sumado este artículo a lo enunciado por el artículo 9º, deja claro que la ley establece un criterio de ordenamiento en la distribución de la competencia, así como una posibilidad de delegar materia nacional ambiental en órganos departamentales.

Cabe señalar que en Uruguay, a pesar de ser un país unitario, en atención a lo establecido en su Constitución, los gobiernos departamentales gozan de un grado de descentralización máxima, ya que poseen autonomía política, administrativa, financiera y legislativa, las cuales se definen basándose en el territorio, la materia y los poderes jurídicos.

Sin perjuicio de la competencia del Ministerio en materia ambiental, y de la voluntad de uniformizar lo relativo a este tema, los gobiernos departamentales continúan en los hechos con varias materias ambientales atribuidas.

> Artículo 11. *Educación ambiental*. Las entidades públicas fomentarán la formación de la conciencia ambiental de la comunidad a través de actividades de educación, capacitación, información y difusión tendientes a la adopción de comportamientos consistentes con la protección del ambiente y el desarrollo sostenible.
>
> A tales efectos, el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente priorizará la planificación y ejecución de actividades coordinadas con las autoridades de la educación, las autoridades departamentales y locales y las organizaciones no gubernamentales.

Como puede verse, se trata de lograr que el Estado, por medio de la capacitación, educación, difusión e información ambiental, logre que la población adquiera conciencia ambiental. Al Ministerio se le confiere la actividad prioritaria de planificar y ejecutar ciertas actividades tendentes a ello, pero actuando de forma coordinada con los gobiernos departamentales, las juntas locales y las organizaciones no gubernamentales.

IV. La integración regional

1. Consideraciones generales

Las cuestiones ambientales superan fronteras políticas e instituciones nacionales, y tienen tendencia a internacionalizarse, en atención a sus necesidades. Con ello estimulan la creación de nuevas instituciones, regionales e internacionales, y la interacción de diversos grupos, sectores o gobiernos.

El tema ambiental ha adquirido con el tiempo mayor relevancia internacional, ya sea por la existencia de contaminación transfronteriza, por acceso y manejo de recursos comunes globales, por una conciencia ambiental amplia que genera la preocupación de quienes no se encuentran afectados directamente en los países donde residen (biodiversidad, aguas internacionales, cambio climático, capa de ozono, etcétera).

A estos efectos, el derecho internacional sirve al derecho ambiental como instrumento eficaz, por lo pronto, hasta la creación de mecanismos e instrumentos propios del derecho ambiental internacional.

Como es de público conocimiento, tanto Uruguay como Argentina (además de Brasil y Paraguay) se encuentran inmersos en un proceso regional que se denomina Mercosur.

Tanto el Tratado de Asunción que dio origen al Mercosur (suscrito el 26 de marzo de 1991) como el Protocolo de Ouro Preto (del 17 de diciembre de 1994) se refieren a la integración, pero esta referencia tiene más bien un sentido literario, ya que el Mercosur se encuentra en etapas de cooperación, en mérito a diversas realidades; por ejemplo, en sus decisiones se requiere unanimidad, sus representantes no

tienen autonomía (son integrantes de los mismos Estados partes), no se acepta subordinación a un centro político distinto al de las partes, etcétera.

Por consiguiente, a escala constitucional, salvo algunas referencias a la integración, los Estados miembros no establecen subordinación de especie alguna entre sus constituciones y ciertas decisiones de los órganos del Mercosur. No obstante, me referiré de una forma esquemática a diversos aspectos relacionados con el medio ambiente en el campo de este proceso de cooperación.

Por lo menos en teoría, desde 1990 se han multiplicado los esfuerzos para definir una política ambiental en el ámbito del Mercosur. Lo verdaderamente complicado es llevar a la práctica dichas políticas en forma armónica, coordinada y eficiente.

Con el transcurso de los años se estableció la necesidad de formular y proponer bases en materia de política ambiental, con vistas a contribuir al desarrollo de una gestión conjunta de los Estados partes, por lo cual se creó un subgrupo que determinó las directrices básicas en materia de política ambiental y posteriormente se fijaron las tareas prioritarias.

Entre las normas aprobadas por el Grupo Mercado Común se destacan las siguientes resoluciones:

- Nº 53/91: Código de conducta regional para la introducción y liberación en el medio ambiente de agentes de control biológico.
- Nº 52/93: Programa de cooperación Mercosur sobre calidad y productividad.
- Nº 10/94: Directrices básicas en materia de política ambiental.
- Nº 38/95: Pautas negociadoras para los subgrupos de trabajo —entre ellos el correspondiente a medio ambiente.
- Nº 7/98: Incluye el tema de emergencias ambientales en el programa de trabajo del subgrupo nº 6.

Asimismo, el Consejo Mercado Común aprobó las subsiguientes decisiones:

- Nº 2/94: Acuerdo sobre transporte de mercancías peligrosas en el Mercosur.
- Nº 9/95: Programa de acción del Mercosur hacia el año 2000 (documento muy relevante debido a que contiene los objetivos en toda la temática que se encontraba negociando con relación al tema ambiental).
- Nº 10/00: Aprueba la complementación al Plan general de cooperación y coordinación recíproca para la seguridad regional en materia de ilícitos ambientales entre el Mercosur, Bolivia y Chile.
- Nº 2/01: Acuerdo marco sobre medio ambiente en el Mercosur (suscrito el 21 de junio del 2001).

Asimismo, en febrero de 1992 los países integrantes del Mercosur suscribieron la Declaración de Canela (preliminar a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992), y en 1995 la Declaración de Taranco (área de ecosistemas compartidos, diversidad biológica, cambio climático, desarrollo sustentable, adopción normas ISO 14.000).

En lo que respecta a la cooperación ambiental regional en general, se destaca que la cuenca del Plata —integrada por Argentina, Uruguay, Bolivia, Brasil y Paraguay— se ha referido desde fines de la década de 1960 al control y preservación de la contaminación de aguas. La cuenca del Plata es, sin lugar a dudas, el denominador común de los países miembros del Mercosur (más de 3.000.000 de km^2 de cuenca hídrica compartida).

Existe gran cantidad de acuerdos bilaterales con relación a temas ambientales, tales como el Tratado sobre el Río Uruguay (Argentina y Uruguay), Tratado de Paz y Amistad (Argentina y Chile), Tratado Argentino-Uruguayo sobre la Delimitación del Río de la Plata, Comisión Administradora del Río Uruguay, Tratados sobre Medio Ambiente (suscritos entre Argentina y los gobiernos de Chile, Brasil y Bolivia en 1992, 1997 y 1998, respectivamente), Comité Intergubernamental de la Hidrovía Paraguay-Paraná (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay).

Sin perjuicio de ello, existe además un principio que establece la "buena vecindad ecológica", que los Estados latinoamericanos han reconocido y aceptado por consenso en la resolución 334 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Países en Desarrollo, adoptada en el XV período de sesiones de la CEPAL.[74]

La participación y contribución de todos los países en materia ambiental posee una importancia fundamental. En dicho marco se busca proveer de asistencia técnica a los países en vías de desarrollo, propiciar políticas integradoras, aclarar y reforzar los acuerdos y tratados internacionales, que no existan restricciones encubiertas al comercio internacional, etcétera.

Los Estados miembros del Mercosur tienen el deber de encaminar sus políticas ambientales hacia una política ambiental común, armonizando sus parámetros y combatiendo con ello los grandes problemas a que se ven enfrentados: calidad de las aguas, sedimentación y contaminación de los ríos, disminución de la flora y la fauna debido a la indiscriminada deforestación, erosión de los suelos, ocupación desordenada de las áreas fronterizas, polución atmosférica, impactos ambientales de las grandes obras, entre otros. Dice Bellorio Clabot:

> Los países del Mercosur, asentados básicamente en una región con ecosistemas compartidos, presentan problemas comunes de conservación de recursos: agua, flora, suelo, fauna y aire. […] la planificación de una política ambiental conjunta e integrada debe incluir como una cuestión prioritaria el problema que representa el uso de agrotóxicos en la región, caracterizada por una explotación agrícola intensiva.[75]

Por todo ello, concluyo con la siguiente frase de Tawil:

> Es indudable […] que la uniformización de exigencias y, especialmente, de controles ambientales entre aquellos países que pretenden una verdadera integración regional resulta imprescindible ante la fuerte incidencia económica que ellos pueden producir en el ámbito industrial.[76]

---

[74] Quito, 23 al 30 de marzo de 1973.

[75] Bellorio Clabot, o. cit., p. 470.

[76] Tawil, o. cit., p. 93.

V. Conclusiones finales

Más allá de lo regulado expresa e implícitamente en las normas constitucionales, existe una realidad: la norma tendrá eficacia en la práctica solamente si la sociedad la incorpora, lo que no ocurre plenamente en la actualidad ni en Argentina ni en Uruguay, ya que sus ciudadanos no tienen un alto grado de conciencia ambiental.

> El derecho no resulta una herramienta válida para ordenar conductas cuando la norma jurídica no resulta de aplicación a la realidad que pretende regular.[77]

En tal sentido dice Zeballos de Sisto:

> Tenemos todos, o casi todos los instrumentos legales para llegar a un verdadero desarrollo sustentable con mayúscula. Sólo resta un verdadero compromiso social con el hombre y su medio. De manera tal que las generaciones presentes y futuras puedan satisfacer realmente sus necesidades socio ambientales.[78]

Aun así tengo esperanza, sobre todo en los niños y en los planes escolares que introducen materias y cursos de ecología, creando con ello un mayor grado de conciencia ambiental.

Independientemente de las razones que han llevado tanto a Argentina como a Uruguay a incorporar cláusulas ambientales en las reformas constitucionales, en mi opinión éstas no son claras, pero a pesar de ello es imprescindible que en su implementación exista una visión efectiva y real de la verdadera situación de los países, planteándose objetivos precisos —lo que se supone está sucediendo lentamente—. Expresa Tawil:

> […] una protección adecuada del medio ambiente y los recursos naturales exige una transición ordenada, económicamente viable y en modo alguna traumática […] el verdadero progreso en materia ambiental no depende en esta etapa de la complejidad o número de normas, sino de la seriedad, responsabilidad y coherencia con que aquellas existentes resultan aplicadas.[79]

Muy acertada y acorde a la realidad argentino-uruguaya me parece la comparación entre los sistemas federales y unitarios que realiza Tarak al enunciar:

> Por una imperiosa necesidad de organización, en los distintos sistemas unitarios se observa una tendencia hacia la descentralización de la política, de la legislación y de la gestión ambiental hacia las regiones o departamentos, reteniéndose las facultades centrales para establecer condiciones mínimas comunes a todos y la capacidad de hacerlos valer en caso de incumplimiento. En cambio, en los distintos sistemas federales se observa la creciente necesidad de establecer condiciones ambientales de bases mínimas para todas las jurisdicciones, reteniéndose en las provincias/Estados la facultad de determinar exigencias superiores a las determinadas por la legislación federal.[80]

---

[77] Ibídem, p. 29.

[78] María C. Zeballos de Sisto, "Hacia la creación de un sistema jurídico ambiental en la Argentina", ponencia presentada en el Seminario Internacional Ambiente, Buenos Aires, setiembre de 2000, p. 42.

[79] Tawil, o. cit., p. 95.

[80] Pedro Tarak, "Reflexiones introductorias a la jerarquización política del medio ambiente a partir de su reconocimiento constitucional, en módulo nº 1 de *Sustentar*, "Introducción a la política, el

Por otro lado, tanto en el Uruguay como en la Argentina existen ministerios competentes en materia ambiental. Es cierto que en el caso uruguayo éste también es competente sobre el ordenamiento territorial y la vivienda, y esta última ha sido su función primordial, debido a los efectos en el campo político y social, máxime con el escaso grado de conciencia ambiental de los ciudadanos.

En cambio, en otros países se diseñó un sistema de coordinación y dirección interinstitucional. Es el caso de Chile, donde la referida Ley de Bases creó la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA), la cual reviste las características de servicio público funcionalmente descentralizado, con personería y patrimonio propio, y sometido a la supervigilancia del presidente de la República por intermedio del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Su función principal es coordinar la gestión ambiental desarrollada por los organismos del Estado, los cuales mantienen sus respectivas competencias ambientales pero enmarcándolas en un contexto global fijado por la política ambiental chilena cuya conducción corresponde a la CONAMA.

En relación con este organismo resulta ilustrativo transcribir cierta parte del discurso su secretario ejecutivo, Asenjo Zegers, en oportunidad del acto de promulgación en el Palacio de la Moneda el 1º de marzo de 1994:

> Tal vez en las estructuras sectoriales o ministeriales del medio ambiente, tradicionales en América latina, pueda estar una de las explicaciones del rotundo fracaso de la gestión ambiental en nuestro continente en las últimas décadas. Al sectorializar una dimensión tan amplia y diversa, se violenta la estructura del Estado, se desarrollan tensiones innecesarias y paralizantes y no se generan mecanismos eficientes de solución de las legítimas discrepancias intersectoriales que se presentan, frecuentemente, al tratarse de temas analizados desde varias perspectivas diferentes.[81]

Una política ambiental efectiva debe ser coherente, con principios y objetivos realistas y pasible de ser aplicada por sus responsables. A la hora de estructurar e implementar esta política es protagónico el papel del Estado, por ser el responsable de proteger el interés público, más allá de que en esta precisa materia las organizaciones gubernamentales y los sectores afectados deben colaborar activamente.

Debemos encaminarnos hacia *lo justo ambiental*, es decir, más allá del dominio sobre los recursos naturales/ambientales que se tengan, éstos deben cumplir con su destino natural.

A su vez, la situación actual requiere acciones positivas. No sólo debe protegerse el ambiente sino, además, en todos aquellos casos en los que ya se lo ha afectado, establecer obligaciones de recuperarlo en la medida de lo posible; hecho que directa e indirectamente se ha ido recogiendo en las normas.

---

derecho, a la economía y a la organización para el desarrollo sostenible", Buenos Aires, octubre de 1997.

[81] Rafael Asenjo Zegers, *Ley de bases del medio ambiente*, Comisión Nacional del Medio Ambiente, Santiago de Chile, 1994, p. 10.

No debe olvidarse que la humanidad (sujeto activo de una política ambiental idónea) no sólo está conformada por las actuales generaciones, sino también por las que vendrán, y nadie tiene el derecho de agotar o dañar aquello que no le pertenece en perjuicio de otros, ya que ello configuraría un claro *abuso de derecho*.

En consecuencia, la materia ambiental debe regularse tanto en la esfera del derecho interno como del derecho internacional. No obstante, existen corrientes filosóficas que entienden que el derecho ambiental es un ordenamiento jurídico cerrado, en el cual se encuentran comprendidas ramas del derecho (derecho ambiental civil, derecho ambiental penal, derecho ambiental constitucional, derecho ambiental internacional, etcétera); en consecuencia, también al derecho internacional le corresponde una rama, el derecho internacional ambiental, que al menos en la actualidad es uno de los instrumentos más eficaces con que cuenta el derecho ambiental.

No podemos obviar que existe una comunidad internacional o regional —como la que conforman Argentina y Uruguay— con intereses y objetivos propios. Todo ello sin perjuicio de que la temática ambiental está incluida en el derecho de la integración, ya que, como dice Gros Espiell:

> […] es imposible regular ningún proceso de integración —económico, social, político o cultural— sin tener en cuenta hoy el tema ecológico.[82]

Más allá de las carencias y fórmulas equívocas que sufren los textos constitucionales de la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, que pudieron ser o serán saneadas por las respectivas normas reglamentarias, argentinos y uruguayos debemos dirigirnos a conformar una verdadera política ambiental, eficaz y acorde a la realidad, la cual, por las características de la cuenca del Plata, de ningún modo puede estar ajena a una política ambiental regional.

---

[82] Gros Espiell, “La protección…”, o. cit., p. 54.

Miguel Julio Rodríguez Villafañe (Argentina) *

Acceso a la información pública en Argentina

I. Marco institucional

La Argentina adoptó para su gobierno, como reza el artículo 1 de la Constitución nacional, un sistema representativo republicano y federal. Los tres conceptos referidos a la forma de Estado y de Gobierno del país son básicos para el análisis integral del tema del acceso a la información pública.

Aunque luego se profundizarán algunos de estos aspectos, es evidente que no puede haber democracia representativa si los mandantes representados no saben qué hacen los mandatarios y por ende no pueden controlarlos.

Por su parte, más allá de lo difícil que resulta delimitar acabadamente en doctrina lo que significa integralmente un régimen republicano, en Argentina, en lo que aquí interesa, nunca se puso en duda que dicha forma de gobierno implica, esencialmente, entre otros aspectos centrales a respetar, la necesidad fundamental de que exista publicidad de los actos de Gobierno.

Por último, la forma de Estado federal adoptada, en su dinámica de conjugación entre el poder político y el territorio, se conforma con tres niveles de gobierno: nacional, provincial y municipal.

El ámbito nacional unifica la soberanía, representa a la federación y es el poder articulador de la dinámica provincial.

Las provincias son veintitrés[1] y tienen un régimen de gobierno autónomo del federal. También, desde la reforma de la Constitución nacional de 1994, a la ciudad

---

* Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho de la Comunicación y de la Información. Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho de la Información y de la Comunicación (AIDIC). Director de la Sala de Derecho de la Información y de la Comunicación del Colegio de Abogados de Córdoba.

[1] Las veintitrés provincias argentinas son, en orden alfabético: Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Corrientes, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y Tucumán.

de Buenos Aires —capital de la nación— se le designó un rango de autonomía similar al de las provincias.[2] Todas tienen su propia Constitución que las regula.

En el tercer nivel gubernamental existe una gran cantidad de municipios, en cada una de las provincias, que se configuran o constituyen con diversas modalidades según la regulación que al respecto dicta la correspondiente provincia. Todos ellos gozan de autonomía respecto del ámbito provincial y del nacional.[3] Algunas municipalidades, incluso, en ejercicio de dicha autonomía, pueden dictar su propia Carta Orgánica.

Por todo ello, la población situada, por lo general, tiene relación y se encuentra implicada con decisiones de los tres niveles de gobierno, de acuerdo al ámbito de la competencia que le es propia a cada uno de ellos.[4]

Asimismo, cabe consignar que todos esos niveles de gobierno deben respetar los principios republicanos[5] y por tanto, en lo que aquí importa, tienen que dar publicidad a sus actos.

Aún más, la misma Constitución nacional insiste en la necesidad de que se cumpla el perfil institucional republicano. Ello es una condición central para que se garantice la autonomía del nivel de gobierno de menor rango. La misma Constitución nacional determina que el hecho de no garantizar los presupuestos propios del modo republicano de gobierno es causal de intervención federal al territorio de las provincias.[6]

II. La publicidad de los actos de gobierno y su concepción restringida

Por mucho tiempo, y básicamente sobre la base de lo antes dicho, en Argentina la información del accionar gubernamental se entendió circunscripta a hacer conocer

---

[2] En la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 se determinó que "la Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad" (véanse artículos 129 y 54 de la Constitución Nacional).

[3] También en la reforma constitucional de 1994 se estableció expresamente lo que ya la jurisprudencia y el constitucionalismo provincial habían consagrado: cada provincia tiene el deber de asegurar "la autonomía municipal" y reglar "su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero" (véanse artículos 123 y 5 de la Constitución Nacional).

[4] Sobre todo hombre situado en Argentina hay, generalmente, tres niveles de gobierno que lo implican, salvo en algunas zonas intersticiales, en las que puede no haber injerencia de gobiernos de naturaleza municipal o, excepcionalmente, en los llamados territorios nacionales, en los que la injerencia provincial y municipal no existe o está atenuada —por ejemplo, en los llamados *parques nacionales*.

[5] En el artículo 5 de la Constitución Nacional se determina: "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano […] Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones". A manera de ejemplo, se puede referir lo que dispone la Constitución de la Provincia de Córdoba, que ordena en su artículo 183 que las cartas orgánicas municipales que se dicten "deben asegurar el sistema representativo y republicano".

[6] En el artículo 6 de la Constitución Nacional se establece que "el gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno […]".

los resultados de la toma de las decisiones de los poderes constituidos, como obligación propia de la forma de gobierno republicano. En dicho concepto, usado restringidamente, no se tenían en cuenta, expresamente, otros aspectos que luego se irían desarrollando y que hacen al ejercicio del derecho humano de contar con la información pública, que tiene el pueblo todo y cada hombre en particular.

Bajo la primera concepción referida, se daba la importancia casi exclusiva a publicitar las leyes que se dictaban, los decretos que se emitían, las sentencias que se pronunciaban, entre otras informaciones de la gestión pública que se brindaba al conocimiento general de la población. Se buscaba hacer conocer los resultados finales más evidentes y propios del accionar de los Poderes Legislativos, Ejecutivos o Judiciales, dentro de las potestades y ámbitos jurisdiccionales que les correspondían, en la dinámica federal de lo nacional, provincial o municipal.

La publicidad que se privilegiaba implicaba una participación y un control ciudadano, indirectos y bastante acotados, desde los efectos de las diversas manifestaciones de la voluntad del Estado y no en la gestación propiamente dicha de esos actos. Esta perspectiva, que no ha perdido valor a la fecha, es incompleta para un cumplimiento integral de la información pública que es necesario brindar, de acuerdo con los requerimientos actuales y los que hacen a un enriquecimiento del sistema democrático representativo.

Para la publicidad de los actos de gobierno de carácter normativo se privilegió siempre, como modo indubitado de dar a conocimiento la voluntad estatal, hacerlos constar en diarios, llamados por lo general *Boletines Oficiales*.[7] Allí se imprimían las resoluciones gubernamentales adoptadas, con alcance general y a veces particular, completas o resumidas —depende de la envergadura—. Ello tanto para las que dictaran los Poderes Ejecutivos y sus reparticiones centralizadas y descentralizadas, las que resultaran de los Poderes Legislativos, así como para las resoluciones de superintendencia emanadas de los Poderes Judiciales.

Por ello, dichas publicaciones se toman como base para determinar la fecha de vigencia de las normas, si en éstas no se especifica dicho momento.[8] Es, además, el presupuesto para la presunción jurídica por la cual la ley se considera conocida por todos.[9] El *Boletín Oficial* es el que hace conocer el derecho y notifica el comienzo de su

---

[7] Por la manera poco lograda como se publicaban o publican los *Boletines Oficiales*, en más de una ocasión se ha sostenido, con algo de humor, que la publicación de una información en ellos es la mejor manera de ocultar formalmente un tema. A su vez, se suelen imprimir tardíamente, por razones presupuestarias, por lo que se da el efecto de inutilidad de tener a veces una información extemporánea. A esto hay que agregar que, si bien algunos *Boletines*, como el de la *Nación*, tienen una página web, lamentablemente hay que pagar un abono para acceder a la información que no sea del diario del día. El acceso a las normas y resoluciones debe ser gratuito, para permitir que todos puedan tenerlo, en igualdad de condiciones.

[8] "Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial" (véase el artículo 2 del Código Civil Argentino, texto según ley 16.504).

[9] Es la base por la cual se establece luego que el error de derecho no excusa (*error juris nocet*), ya que la norma se reputa conocida por todos.

vigencia,[10] entre otros fines públicos a notificar a la sociedad.[11] Por lo tanto, en ocasiones resulta inaceptable que se demore su publicación y, más aún, que se aduzcan para ello razones —como la falta de presupuesto y otras— que implican un absurdo en sí mismo y una grave violación a la obligación de publicitar los actos estatales.[12]

Por su parte, la Justicia, además de la colección de fallos publicados por los tribunales del país, en especial los de máxima jerarquía en lo nacional o en lo provincial, pone también a disposición de la ciudadanía los protocolos de sus pronunciamientos,[13] aunque con algunas limitaciones.[14]

A su vez, los cuerpos legislativos —ordinarios o constituyentes— dejan sentado su accionar en las versiones taquigráficas de sus debates, publicados en los llamados *Diarios de Sesiones* de las Cámaras, de las Convenciones Constituyentes o de los Consejos Deliberantes municipales.[15]

---

[10] La Corte ha dicho al respecto: "Corresponde revocar la sentencia que confirmó las multas impuestas con fundamento en el artículo 71 de la ley 22.285 y la resolución del COMFER 133/83, si la falta de publicidad de esta última norma hizo que en el caso la disposición no adquiriese obligatoriedad y, por tanto, que no resultase el derecho vigente al que la administración debe sujetar su conducta" (en los autos *Gartner, Ángel Eduardo c/ Comité Federal de Radiodifusión R. N° 960/961/962/963/96*, sentencia de fecha 18 de julio de 2002, tomo 325).

[11] Por ejemplo, se dan a conocer los llamados a licitaciones públicas que se convocan por el Estado.

[12] En la ciudad de Córdoba, en 1995, me tocó denunciar públicamente que la Municipalidad estaba aplicando una multa por mal estacionamiento sobre la base de un monto que hacía seis meses se había rebajado significativamente. En su momento, el encargado del Tribunal Municipal de Faltas adujo que el Consejo Deliberante y el intendente no le habían comunicado la variación de la norma, que el *Boletín Municipal* hacía mucho tiempo que no se publicaba y que, por ende, no le llegaba. Repárese en lo grave de esta situación, porque el propio Estado municipal, en sus tribunales de faltas, adujo desconocer la norma y estaba aplicando ilegalmente una ordenanza que había sido reformada. A su vez, en los hechos, fueron los habitantes de la ciudad quienes no sólo tuvieron dificultades para conocer la norma vigente, sino que además debieron pagar multas muy superiores a las que correspondían, sin haberse podido defender adecuadamente. Con motivo de mi denuncia, la Municipalidad debió colocar a disposición de los multados el monto cobrado de más.

[13] El orden municipal no cuenta con facultades judiciales propiamente dichas. En algunos municipios existe una justicia administrativa de faltas y/o una electoral, pero éstas siempre están subordinadas a la decisión que, por apelación, dicten en definitiva los tribunales nacionales o provinciales, según correspondiere por su grado y competencia, que intervengan para revisar las resoluciones municipales. Lo que no obsta para que se pueda acceder a las resoluciones que obran en los protocolos de resoluciones de los referidos tribunales municipales.

[14] A manera de ejemplo de diversas situaciones que se pueden dar, en lo que atañe a limitaciones de publicidad de fallos judiciales, cabe consignar que el artículo 164 segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone que, en los casos en que la publicidad de las sentencias afectare la intimidad de las partes o de terceros, los nombres de éstos serán eliminados de las copias que se otorguen con aquel fin.

[15] Los *Diarios de Sesiones* son valiosos para conocer las discusiones parlamentarias, pero también suelen aparecer tardíamente. Incluso, hasta la reciente incorporación en Internet, eran difíciles de conseguir para el ciudadano común.

III. Sesiones de legislaturas secretas y su convalidación judicial

Toda la impronta referida a la regla de la publicidad de los actos de gobierno no obstó, sin embargo, para que en la tradición política del país se entendiera que también era necesario el secreto para la discusión o adopción de determinadas resoluciones de gobierno, en temas que tuvieran que ver con las llamadas *graves razones de Estado*. La razonabilidad de la postura, en más de una situación, era opinable en la amplitud con la que luego se fue afianzando el concepto.

En fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 21 de agosto de 1877, en los primeros tiempos institucionales, en el caso *Lino de la Torre (h)*,[16] se fijó una doctrina que se aplicaría por mucho tiempo, en virtud de la cual se convalidó la posibilidad de que el Congreso de la Nación tuviera debates secretos, con facultades punitivas en caso de que la prensa diera a conocer lo que se hablara en dichas circunstancias. Y lo hizo en un particular caso en el que, con motivo de una sesión secreta de la Cámara de Diputados de la Nación, un diario de Buenos Aires llamado *El Porteño*, dirigido por el periodista Lino de la Torre, hijo, publicó un artículo destinado a revelar lo que en ella había pasado.[17] Con motivo de dicha nota periodística, la Cámara hizo saber al director que consideraría como un desacato a su autoridad cualquier publicación o comentario que se hiciere por la prensa con referencia a las sesiones secretas que celebrase. El diario insertó esta intimación y dio cuenta, en un nuevo artículo, de lo que decía haber ocurrido en una segunda sesión secreta celebrada por la misma Cámara de Diputados. Por tal razón, se envió mandato de prisión en contra del director del periódico. Por el planteo que hizo el hombre de prensa agraviándose de su detención, la causa llegó a la Corte Suprema. El Tribunal convalidó en su decisorio la modalidad de sesiones secretas y el accionar legislativo y, por tanto, sostuvo que la detención ordenada era propia de las facultades que tiene el Congreso para defender su autoridad y los privilegios que le son propios.[18]

Ahora bien, aunque el caso que falló la Corte tuviera razonabilidad en algunos aspectos de dicha causa, en lo que respecta a cuidar el sigilo de lo que se trataba, como se dijo, ello fijó una pauta jurisprudencial sobre la que se buscó fundar luego la reserva de información que se debía brindar a la comunidad, disfrazada de secreto de Estado. Se inauguró con este caso la costumbre de castigar al que comunicaba aquello de lo que se enteraba como periodista y no se

---

[16] Fallos de la Corte, tomo 19, pp. 231 y ss.

[17] El tema que se trató era el apresamiento de la nave *Jeanne Amélie* en aguas de jurisdicción argentina por buques de la armada chilena, lo que motivó que la Cámara de Diputados de la Nación resolviera convocar al ministro de Relaciones Exteriores, lo que tuvo lugar el 18 de julio de 1877 en una sesión que el cuerpo declaró secreta. Al día siguiente, el diario *El Porteño* publicó una crónica en la que revelaba lo ocurrido en aquella sesión.

[18] El pronunciamiento de la Corte tuvo una valiosa disidencia del doctor Salvador María Laspiur respecto a la prisión del periodista, que consideró ilegal, pero no se pronunció sobre las sesiones secretas.

reparaba en que el que violaba propiamente el secreto era quien, obligado a guardarlo, filtraba la noticia a la prensa. Esta última, como principio, tiene el deber de informar lo que conoce de naturaleza pública.

Por otra parte, inundados del espíritu de reserva, con modalidades democráticas superadas, aún hoy en algunas legislaturas provinciales hay sesiones legislativas secretas sobre temas que necesitan ser conocidos por la ciudadanía. Tal es el caso de las sesiones por las que se prestan los acuerdos a la designación de jueces,[19] aspecto este último reñido con la necesidad que tiene el pueblo de conocer las razones que justificaron la designación, en especial de los magistrados que integrarán los máximos tribunales de la pertinente jurisdicción.[20]

IV. Leyes y decretos secretos o reservados

Asimismo, a partir del año 1891 se comenzó con el dictado de leyes secretas o reservadas,[21] que inauguraron una larga serie de normas de este tipo y decretos del Poder Ejecutivo también del mismo carácter. Dichas normativas, hasta la fecha, desnaturalizan, en lo básico, el principio de publicidad republicano. Repárese en que con regulaciones de esta naturaleza se viola el acceso esencial a la información pública por excelencia, especialmente inaceptable en la lógica de un Estado de Derecho.

---

[19] Por ejemplo, en el artículo 150 de la Constitución de la Provincia de Neuquén se establece: "Los vocales del Tribunal Superior de Justicia, su fiscal y su defensor, serán designados, *en sesión secreta*, por la Legislatura a propuesta del Poder Ejecutivo, efectuada en terna por orden alfabético y en pliego abierto". Por su parte, el artículo 119 inciso 9 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz dispone que son atribuciones del gobernador "proponer a la Cámara en terna, por orden alfabético y en pliego abierto a los miembros del Tribunal Superior de Justicia, la que designará *en sesión y votación secreta* el que ha de ser nombrado". Mientras que la Constitución Nacional, de acuerdo con la reforma de 1994, dejó en claro que el Poder Ejecutivo "nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, *en sesión pública* […]" (artículo 99, inciso 4).

[20] En su momento, en 1877, cuando el Senado de la Nación determinó que las sesiones en las cuales se otorgara el acuerdo a los miembros de la Corte Suprema fueran secretas, el miembro informante, Domingo Faustino Sarmiento, lo fundó "en las prácticas y reglamentaciones parlamentarias de otros países, especialmente de los Estados Unidos, en las ofensas al honor de que pudieran ser objeto las personas para quienes se pide el acuerdo, para las que no existe tribunal a donde apelar dadas las disposiciones constitucionales que amparan a los legisladores, y en el hecho de que reclamar en nombre de la libertad el mantenimiento de las sesiones públicas en estos asuntos, equivale a tener la libertad de deshonrar a ese individuo a quien el gobierno trata de honrar" (véase el *Diario de Sesiones* del año 1877, pp. 154, 155 y 171). La fuente principal fue el Reglamento del Senado de Estados Unidos. Sin embargo, dicho reglamento fue modificado, en 1929, mediante la adopción de la sesión pública. Desde ese momento, en dicho país el Senado otorga el acuerdo a los miembros del la Corte Suprema en sesiones públicas.

[21] En el ámbito nacional "puede entenderse que la primera ley secreta es la 2.802 (año 1891)"; Néstor Pedro Sagüés, *Las leyes secretas (el sigilo legislativo en el derecho constitucional argentino)*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 24.

El tema de las leyes reservadas o secretas se discutió extensamente en una histórica sesión del 31 de octubre de 1923 de la Cámara de Diputados de la Nación.[22] Allí el diputado Lisandro de la Torre sostuvo, con acierto, que la ley siempre es pública, por su propia naturaleza. Y agregó que sustraer el conocimiento de su discusión significaba un verdadero "secuestro" de la norma "al conocimiento del Poder Judicial, al conocimiento de las reparticiones públicas que controlan la inversión de las rentas y al conocimiento del pueblo".[23]

Pero la realidad demuestra que el criterio no maduró lo necesario y por ello todavía existen vigentes unas 114 leyes secretas y gran cantidad de decretos del Poder Ejecutivo de la misma naturaleza.

Aún más, si bien los prolongados períodos de gobiernos de facto agravaron la problemática de este tipo de decisiones, en períodos constitucionales recientes se han dictado muchos decretos secretos o reservados. Dentro de lo difícil que resulta tener certeza total en este tipo de información, debido precisamente a su carácter, según fuentes gubernamentales confiables el Poder Ejecutivo nacional habría dictado no menos de 200 decretos o resoluciones secretas o reservadas desde el comienzo del nuevo proceso democrático, inaugurado a fines de 1983, hasta fines de 2001.

Incluso, hay un decreto que regula la manera como se hacen conocer, de forma restringida y con estrictos recaudos, los decretos o leyes "secretos" o "reservados".[24]

También resulta paradójico que a veces, en leyes generales que se publican, se diga que se derogan leyes secretas o reservadas en general,[25] o excepcionalmente se consigne el número de norma bajo sigilo, para aclarar lo que en sí mismo se regula oscuro.[26]

V. Leyes secretas aplicadas judicialmente

A lo mencionado debemos sumarle que las leyes secretas, como tales, se han convalidado y aplicado judicialmente hasta la fecha sin un análisis de fondo de su real pertinencia en cada circunstancia.

Es así como, por resolución nº 183, del 12 de septiembre de 2000, fue procesado el periodista Agustín Carlos Revello, en el Juzgado Federal nº 3 de la ciudad de

---

[22] *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, reunión 74, 31 de octubre de 1923, pp. 181 y ss.

[23] Ibídem, p. 194.

[24] Decreto nacional nº 382, publicado en el *Boletín Oficial* el 27.3.1995.

[25] En la ley nº 25.520 de Inteligencia Nacional, publicada en el *Boletín Oficial* el 6.12.2001, en el artículo 52 se establece que se deroga "toda norma de carácter público, reservado, secreto, publicada o no publicada, que se oponga a la presente ley".

[26] Tal es el caso de lo que dispone la resolución nº 38 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, publicada en el *Boletín Oficial* de fecha 28.7.2003, en la que se dispone que deben entenderse derogados el decreto ley 9021/63 y el decreto 2322/67, declarados de carácter "secreto", en virtud de lo establecido por el artículo 52 de la ley 25.520.

Córdoba, a tenor de lo dispuesto por el artículo 248 del Código Penal argentino. A dicho periodista se lo consideraba vinculado a una causa de espionaje interior y, según se desprende de la decisión judicial, pertenecía desde muchos años atrás a los servicios de inteligencia militar, reportándose a la Central de Reunión de Informaciones del Tercer Cuerpo de Ejército, con sede en Córdoba. Operaba como agente civil de inteligencia, bajo el nombre de S-17, y habría realizado trabajos de inteligencia interior contrarios a lo que manda la ley. En dicha causa judicial, en la que se investigaron las actividades no permitidas por la ley 23.554 de Defensa Nacional, se aplicó una normativa secreta (ley nacional 19.373,[27] con su decreto reglamentario 4.639[28]).

En virtud de tener que analizarse dicha legislación en las actuaciones judiciales, se prohibió al tribunal dejar constancia de algunas situaciones del caso, bajo amenaza de imponer, al juez y a los funcionarios judiciales que no guardaran el sigilo pertinente, la sanción dispuesta en el artículo 157 del Código Penal. Ese artículo tipifica el delito de violación de secretos y lo reprime con prisión.[29]

En este caso, el tribunal no analizó la pertinencia republicana de la ley que lo obligaba a guardar reserva respecto de su contenido; en especial, en lo que hace al desarrollo argumentativo de la resolución judicial sobre la base de lo cual se arriba a conclusiones que tienen vocación de publicidad.

Pero la realidad jurisprudencial había dejado ya al descubierto, en otras ocasiones, que ciertas leyes tipificadas como secretas no tenían nada que ver con graves asuntos de la nación. Su falta de publicación la motivaba un ocultamiento fundado en intereses propios de funcionarios gubernamentales y no las razones, más que excepcionales, que pueden justificar el secreto en aras del bien común de la república. Todo ello, evidentemente, las invalidaba como normas.

Fue ante una situación similar que la Corte Suprema de Justicia decidió no aplicar en una causa lo dispuesto por la ley nacional 19.111, a la que el gobierno militar que la dictó[30] le había dado el carácter de reservada y en función de ello no la publicó. El tribunal sostuvo que después de los estados de facto existe la tesis de la continuidad jurídica de lo legislado durante dicho período, en la medida en que lo normado haya tenido efectividad, y estableció que para que se dé esto último es imprescindible que la ley haya sido publicada. Por ello, agregó la Corte, al no haber tenido publicidad la norma en cuestión, al referirse a una situación individual de las personas interesadas y al no tratarse "de leyes relativas a los graves asuntos de Estado que, por

[27] De fecha 17.12.1971.

[28] De fecha 13.5.1973.

[29] El Código Penal Argentino determina, en su artículo 157, que "será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por uno o cuatro años el funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por la ley deben quedar secretos".

[30] Se refiere el Tribunal al gobierno de facto del período 1966 a 1973.

necesaria excepción, pueden no ser 'publicadas'", no cabe aplicarla como tal. En consecuencia, no hizo lugar a lo peticionado y tuvo la norma como no existente.[31]

VI. La doctrina ante los actos de gobierno reservados o secretos

En definitiva, la buena doctrina, si bien ha justificado algunas circunstancias excepcionales para la no publicidad de normas, reservó esta condición sólo "para realizar propósitos de alta política, cuya divulgación podría poner en peligro la suerte de la República".[32] Néstor Pedro Sagüés reafirma y delimita claramente esta postura en su valioso trabajo sobre el tema de las leyes secretas, al sostener:

> Las leyes secretas resultan y deben continuar normativamente radiadas de la Constitución. En el plano de los valores, su legitimación —harto difícil, excepcional y transitoria— quedaría reservada […] para los supuestos extranormativos del "estado de necesidad", doctrina que no estriba en la "razón de Estado", ni en el bien del gobernante, sino en los últimos casos donde, de manera incuestionable, está en juego la subsistencia de la República o la conservación de la comunidad nacional.

Y agrega acertadamente el constitucionalista argentino que, aun en estos últimos supuestos, "obviamente, la ley secreta no puede contradecir el valor justicia, ni lesionar la dignidad del hombre".[33]

VII. Componente histórico, cultural y sociológico

En Argentina, ahora es el momento preciso para discutir hasta las últimas consecuencias la problemática del acceso a la información pública, ya que para abordar positivamente un futuro en democracia es imprescindible superar muchos de los defectos referidos en el tema. A ello hay que sumar otros aspectos relacionados que no ayudan a perfeccionar el acceso a la información pública, en la calidad y cantidad necesaria, al servicio de las personas y la sociedad.

Hemos tenido muchas y largas experiencias de gobiernos militares de facto en los que, por su impronta castrense, la información tendía a ser reservada o secreta como principio, o se buscaba aplicar a las actuaciones criterios de excesivo sigilo. Asimismo, por ser gobiernos con un origen y un funcionamiento no acordes con la lógica orgánica de la Constitución, la gestación de las normas o decisiones no tenían la discusión pública previa y necesaria. Dichos gobiernos hicieron, en consecuencia, un culto de lo oculto y dejaron su modalidad en los comportamientos burocráticos estatales.

---

[31] Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Ex Cámara Federal en lo Penal de la Nación*, fallo de fecha 11.7.1973, publicado en la colección Jurisprudencia Argentina, serie Contemporánea, t. XIX, pp. 565-567.

[32] Joaquín V. González, *Manual de la Constitución argentina 1853-1860*, Estrada, Buenos Aires, 1897, p. 492, § 492.

[33] Sagüés, o. cit., p. 120.

Más tarde, la democracia buscó oxigenar la vida institucional, pero la corrupción volvió a tapar parte del perfil de transparencia que debe existir en el ejercicio de la función pública, y de nuevo se ocultaron algunos pasos que se daban en el gobierno. En ocasiones, si bien se mostraba e informaba lo que se hacía, evidenciando incluso lo negativo, eso muchas veces se daba a conocer no para mejorar la situación, sino para aplacar los efectos de lo incorrecto y hasta de lo delictivo. Si durante los períodos de facto la máxima era "ante un escándalo, tápalo", en la década de los años noventa en Argentina se gestó una contralógica negativa que operaba sosteniendo "ante un escándalo, destápalo estruendosa y mediáticamente, satura con el tema, que pronto todo se olvidará y nadie se ocupará de resolverlo en verdad y justicia".[34] Se permitía conocer algunas cuestiones públicas delicadas, pero la indignación social se usaba como un placebo cívico, que se neutralizaba luego en la inconstancia, ineptitud u omisión de quienes debían investigar y sancionar las actuaciones indebidas que se conocían en el Estado.[35]

Asimismo, en la dinámica estatal, los diversos poderes en democracia y república han llegado a retacearse información pública, en especial los Ejecutivos y los Legislativos, o bien no la han brindado en tiempo y en forma a representantes de partidos políticos no oficialistas o minoritarios, y hasta dentro de un mismo partido, por problemas de internas. Repárese en lo perjudicial que ello resulta, si de lo que se trata es de tener la información pública necesaria para tomar decisiones de trascendencia legal y social.

A todo ello hay que sumar modalidades culturales que se desarrollaron en nuestra sociedad, en virtud de las cuales aun el acceso a información pública, como es el caso del conocimiento de las normas, no significaba que éstas se aplicaran integralmente. Se ha vivido y se vive, en muchos casos, en realidades de hecho que no tienen nada que ver con el derecho, y ello de manera simultánea y contradictoria. Opera aquello de "hecha la ley, hecha la trampa".

---

[34] "El fenómeno de la velocidad, intensidad y sobreabundancia con la que se quiere vivir todo, opera agravando, a veces, los antivalores que se desean combatir. Lamentablemente, por la mentalidad antes referida, hoy se puede sostener que en la repetición de verdades se da un cansancio social que luego se transforma en apatía y olvido de la cuestión. La cantidad de información sobre un problema y la velocidad de los acontecimientos colman a veces las necesidades de justicia de la sociedad y agotan su interés en el rápido tiempo mediático. Todo lo que después genera impunidad. Los verdaderos grandes delincuentes saben entonces que deben soportar el primer embate de la ola noticiosa, que una vez pasada la misma, tal vez nadie se acordará del problema y su causa duerma sin resolverse y con el tiempo se podrá plantear exitosamente el sobreseimiento por prescripción" (Miguel Julio Rodríguez Villafañe, "Periodismo e información judicial en Argentina", en *Contribuciones*, año XVIII, nº 2 [70], abril-junio de 2001, pp. 70 y ss.).

[35] Nunca antes, como en el período referido, hubo tantas investigaciones, en especial periodísticas, sobre actuaciones de políticos y de las corrupciones en que participaron. Se editaron innumerables libros sobre hechos inaceptables, tanto en el ámbito del gobierno nacional como de gobiernos provinciales, municipales o de reparticiones públicas. Sin embargo, ello no se tradujo en causas judiciales con resultados que demuestren que la información que se conocía fue tenida en cuenta, a los fines de no permitir impunidad.

En especial, lo que desilusiona fuertemente al hombre medio es comprobar que el Estado es el primero en incumplir la norma. Aun más: el Estado ha sido el primero en mentir a través de la ley.[36]

La reciente crisis financiera en Argentina ha dejado al desnudo esta última circunstancia. El gobierno estableció por ley, en septiembre de 2001, que "todos los depósitos ya sean en pesos, o en moneda extranjera, a plazo fijo y a la vista, captados por las entidades financieras autorizadas para funcionar […] [serían] considerados intangibles". El Estado nacional se comprometía a que en ningún caso se podrían "alterar las condiciones pactadas entre el o los depositantes y la entidad financiera", lo que significaba "la prohibición de canjearlos por títulos de la deuda pública nacional, u otro activo del Estado nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes". Se reafirmaba expresamente en la norma que ésta era "de orden público" y todos "los derechos derivados para los depositantes […] [serían] considerados derechos adquiridos y protegidos por el artículo 17 de la Constitución Nacional".[37] Cuatro meses después, por otra norma, el mismo Estado nacional declaró la "emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria" y, en función de ello, suspendió la aplicación de la anterior norma hasta diciembre de 2003[38] y estableció a través de diversas normativas lo que los medios de difusión denominaron *el corralito financiero*. En función de ello, transformó a pesos nacionales los depósitos en dólares, no permitió la extracción del dinero de los ahorristas de plazos fijos, limitó la disponibilidad de las sumas depositadas en cuentas a la vista y otra serie de irregularidades inconstitucionales cuyos efectos se continúan sufriendo.[39] Y aún más: por ley, se buscó trabar el accionar del propio Poder Judicial, tratando de paralizar la aplicación de sus decisiones.[40]

A todo esto hay que sumar que Argentina es un país que tiene una excesiva cantidad de leyes, muchas de ellas hechas con mala técnica legislativa, lo que a menudo no permite saber acabadamente qué normativa rige en determinados temas. Es tan claro dicho inconveniente, que por ley, en 1998, se estableció la necesidad de realizar el Digesto Jurídico Argentino, para contar con un régimen de consolidación

---

[36] Véase en este tema Miguel Julio Rodríguez Villafañe, "Inculturas y disfunciones institucionales a superar en la Argentina", en *Contribuciones*, año XVII, nº 1 (65), enero-marzo de 2000, pp. 138 y ss.

[37] Ley nacional nº 25.466, promulgada el 24.9.2001, publicada en el *Boletín Oficial* con fecha 25.9.2001.

[38] Ley nacional nº 25.561, promulgada parcialmente el 6.1.2002, publicada en el *Boletín Oficial* con fecha 7.1.2001; véase especialmente el artículo 15.

[39] Al respecto véanse los decretos del Poder Ejecutivo Nacional nºs 1570/01, 71/02, 214/02 y 320/02 y la resolución 6/02 y resoluciones conexas del Ministerio de Economía y del Banco Central de la República Argentina.

[40] El presidente Eduardo Duhalde, por decreto 1316 de fecha 23.7.2002, suspendió por 120 días hábiles el cumplimiento y ejecución de todas las medidas cautelares y sentencias definitivas en favor de ahorristas que hubieran reclamado la liberación de sus depósitos atrapados en el *corralito*.

de las leyes nacionales generales vigentes y su reglamentación.[41] Lamentablemente, a cinco años del dictado de dicha norma, el Digesto no se ha concretado.

VIII. Ampliación del concepto de información sobre los actos de gobierno

Más allá de lo mencionado, no puede dejar de señalarse que la reforma constitucional nacional de 1994 fue un quiebre fundamental para el avance y la consolidación de una perspectiva más abarcadora y completa de la importancia del derecho al acceso a la información pública. En ello tuvo mucho que ver la incorporación a la Constitución, con rango constitucional, de pactos internacionales de particular importancia en la temática.[42] La realidad constitucional posterior a la reforma ha obligado a pulir y evidenciar, con particular énfasis y claridad, la nueva impronta en el tema de la publicidad de los actos de gobierno y la necesidad de contar con la información pública.[43]

Se presentan ahora dos enfoques de la cuestión, que no necesariamente son la contracara el uno del otro: por un lado, el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones de la manera más completa y, por otro, el derecho de cualquier persona a acceder a la información pública que considere importante. Incluye esto último el conocimiento sobre documentación que se agregue a expedientes administrativos, a dictámenes técnicos que existan en ellos, a estudios científicos realizados con fondos públicos, a las declaraciones juradas de bienes de los funcionarios públicos, etcétera. Además, pueden ser de su interés planes o proyectos que se estén desarrollando o cualquier otro dato pertinente, incluso para hacer llegar, de ser posible, su opinión. En estos supuestos de solicitud de acceso libre a la información pública, es la persona la que decide qué entiende importante conocer, porque estima que se trata de información trascendente para su vida, que le permite optimizar sus decisiones, o también para su compromiso cívico, si lo que quiere conocer además afecta a la comunidad en su conjunto.

---

[41] Ley nacional nº 24.967, publicada en el *Boletín Oficial* el 25.6.1998.

[42] En el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional se estableció: "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos […]".

[43] Cabe consignar, a manera de ejemplo, que ya en constituciones provinciales anteriores a la reforma nacional de 1994 se dejaba en claro la importancia de permitir el libre acceso a las fuentes públicas de información (véase el artículo 51 de la Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987, que determina que la ley debe garantizar dicho derecho).

Se presenta ahora la información pública como un bien social[44] al que se debe poder acceder y se tiene que brindar por ser definitorio de una forma de gobierno y, a su vez, una perspectiva de la necesidad de la información del accionar estatal o de la que sea de interés público, en su dinámica propia de derecho humano a garantizar y respetar.

IX. Derecho al acceso a la información pública

Está claro que la información pública es una realidad de doble perspectiva, ya que opera como deber del Estado de dar a conocer a la sociedad sus propias decisiones y derecho de los ciudadanos a acceder a dicha información pública. Ello basado en el derecho de peticionar a las autoridades,[45] en la soberanía del pueblo y en la forma republicana de gobierno.[46]

Toda persona, incluso el niño, tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente, en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

También la reforma incorporó formalmente el derecho a acceder a la información ambiental,[47] a una adecuada y veraz información de los consumidores y usuarios de bienes y servicios para proteger su salud, seguridad e intereses económicos, y el derecho a la calidad y eficiencia en los servicios públicos.[48]

Asimismo, se estableció que toda persona puede interponer la acción de hábeas data para tomar conocimiento de los datos a ella referidos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer información, y de su finalidad.[49]

Además, se incorporó la posibilidad de deducir amparos colectivos en la defensa de intereses como el que se analiza en el presente.[50]

---

[44] Así lo prescribe el artículo 51 de la Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987, ya citado.

[45] Véase el artículo 14 de la Constitución Argentina, que establece: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: […] de peticionar a las autoridades […]”.

[46] Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia habían justificado el derecho al acceso a la información pública también en lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Nacional que determina: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

[47] Véase el artículo 41 de la Constitución argentina.

[48] Véase el artículo 42 de la Constitución argentina.

[49] Como dato importante a considerar, se establece: “no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodísticas” (artículo 43 de la Constitución argentina).

[50] Véase el artículo 43 de la Constitución argentina.

En función de las nuevas visiones del tema, importa ahora no sólo conocer lo que resuelve el Estado, sino también todos los pasos propios de su gestación como decisión. O sea, se quiere saber qué se dijo cuando se discutió la ley, cómo se trabajó ésta en las comisiones parlamentarias, cómo se fue conformando la resolución administrativa o si se respetó el debido proceso en todo su alcance para el dictado de la sentencia judicial. Y se busca ejercer este derecho incluso respecto de normas o resoluciones no vigentes o situaciones gubernamentales del pasado, porque se tiene derecho a conocer la "verdad histórica" integral del accionar estatal.

También se requiere la información en forma oportuna, en la cantidad necesaria, detallada, entendible y brindada de manera equitativa.

Además, tanto se puede peticionar dicha información al Estado, en sus múltiples manifestaciones —sociedades estatales, entes autárquicos o descentralizados, etcétera—, como también a particulares o sociedades jurídicas privadas, en la medida en que se entienda que estas últimas, por la función que cumplen o los efectos de su accionar, abarcan actividades o ámbitos que tienen o manejan información de interés público.

La información proporcionada de esta manera es un elemento que además ayuda a la participación y es igualador, al permitir que todos tengan acceso a ella sin discriminaciones ni inequidades.

Las nuevas perspectivas sobre el tema implican también la necesidad de que la información se brinde con la tecnología que permita el acceso a ella con la máxima velocidad y por la mayor cantidad de canales. En esto último está cumpliendo un papel revolucionario Internet,[51] que en muchos casos, junto con las otras tecnologías de medios de comunicación social, permite que acontecimientos estatales de trascendencia se puedan observar en tiempo real, como por ejemplo, las sesiones del Congreso, algunas audiencias de juicios penales orales, etcétera.

---

[51] A manera de ejemplo, cabe referir la resolución 419, de la Dirección Nacional del Registro Oficial, de fecha 12.5.2000, que autoriza a publicar en Internet la tercera sección ("Contrataciones del Estado") del *Boletín Oficial de la República Argentina*, con sistema de acceso libre, directo y gratuito, en la edición diaria y arancelado para el acceso a la base de datos y otros servicios. Se establece también que la reproducción sea fiel en texto, forma y tiempo a la que se publica en soporte papel. En los considerandos se sostuvo que "esta medida permitirá a los usuarios contar con mayor información y, por ende, redundará en una mayor transparencia en los procesos de contrataciones del sector público". Ya se hacía conocer por Internet la sección principal de dicha publicación. Esta forma de hacer conocer normas y demás resoluciones oficiales ya tenía antecedentes, por ejemplo, en la base de datos del Ministerio de Economía sobre normas nacionales y en el *Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, que se publica diariamente. Estos dos últimos significan una herramienta muy valiosa para obtener información, pero, a diferencia del *Boletín Oficial de la Nación*, el servicio se brinda de manera gratuita integralmente, lo que permite que cualquier persona pueda acceder al texto completo de las leyes que rigen en el país. Ello contrasta positivamente con el criterio del órgano nacional, que cobra el acceso excepto para el contenido del día de la consulta, cuando debería ser un servicio gratuito, porque el conocimiento de la ley debe facilitarse siempre y no puede depender de la posibilidad de pagar.

Todo ello colabora a potenciar el control sobre la función estatal y sobre la de quienes realizan actos de interés especial para la comunidad o que la afectan. Permite el pleno ejercicio de la soberanía del pueblo por sobre los mandatarios y ayuda a preservar el bien común respecto del conocimiento de aquella información que tenga trascendencia pública, sea para prevenir o corregir el error o bien el potencial peligro. Mejora de este modo también la calidad de gobierno y optimiza su dinámica.

Por ello, permite fortificar el sistema democrático republicano y abre caminos de participación efectiva en él. Sin esta información la sociedad no tiene un conocimiento profundo de la cosa pública y, por lo tanto, no puede llevar a cabo un debate serio sobre el manejo del Estado. Sin ella no se puede formar un adecuado juicio crítico. La información, como se ha dicho, debe ser cierta, porque cuando es inexacta o falsa repercute negativa y básicamente en la calidad de la participación pública y en la credibilidad en el Estado.

En el ejercicio responsable del poder es imprescindible que se rinda cuenta de manera permanente a la sociedad civil de las medidas gubernamentales que se adopten. De esa manera se permite también que se controle el accionar del gobierno y de sus funcionarios y agentes. La tarea del Estado debe transparentarse para prevenir la corrupción. Hoy, más que nunca, éste es un requerimiento cívico central para una democracia creíble, posible y querible.

En definitiva, debe quedar en claro que el secreto ante la información de interés público es una medida de carácter extremadamente excepcional y, como principio, el eventual secreto que se establezca siempre deberá tenerse como una mera “suspensión” del derecho de acceso a la información, lo que implica que en algún momento se debe poder levantar el velo del sigilo. Más aún si de lo que se trata es de leyes o decretos tipificados como secretos y no publicitados. En este último supuesto, deberá haber un control y una revisión constantes sobre la pertinencia y vigencia de la naturaleza asignada a esas normativas, para permitir que puedan ser conocidas integralmente, cuando la razón especial y de extremo interés nacional que las justificó deje de tener la entidad en virtud de la cual se ocultó su contenido dispositivo.

Por último, cabe consignar que, no obstante el derecho de acceso a la información pública tiene peso constitucional y una amplitud como la ya expresada, es de importancia, en particular para algunos ámbitos, contar con leyes específicas que regulen la manera más adecuada como el Estado debe asegurar este acceso. Ello a fin de preservar que, entre otros aspectos, no haya restricciones, condiciones o costos que puedan vulnerar esa garantía. Y, como se dijo, permita disponer de la información adecuada y garantizar que ésta sea objetiva, comprensible, fidedigna y de fácil acceso.

X. Normativa específica sobre el acceso a la información pública

En materia de legislación sobre el libre acceso a la información pública fueron en ello pioneras las provincias. Con independencia de cláusulas constitucionales que

contemplaban ese derecho, se dictaron valiosas normas en la temática que desarrollaron y reglamentaron el uso del derecho específicamente. Cabe referir al respecto las leyes provinciales dictadas por las provincias de Río Negro[52] y de Chubut.[53]

También la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene una elaborada ley de acceso a la información pública, la cual establece el derecho de toda persona a solicitar y recibir información de cualquier órgano del Estado e instrumenta un procedimiento para controlar su cumplimiento por vía del amparo judicial.[54]

La ciudad ha dictado asimismo una regulación específica para la información de naturaleza ambiental. En función de dicha norma, "toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información sobre el estado y la gestión del ambiente y de los recursos naturales", y hacerlo respecto "a la información ambiental concerniente o que afecte a la Ciudad de Buenos Aires, que obre en poder del Gobierno de la Ciudad, de cualquier autoridad, organismo e institución pública, incluyendo a sus contratistas, concesionarias y empresas privadas que presten servicios públicos en su territorio".[55]

A su vez, la propia Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en un tema sobre el que la jurisprudencia ya estaba abriendo camino y que hace a la historia reciente del país no dilucidada en su cabal alcance, se preocupó de establecer que "la Ciudad facilita la búsqueda de información sobre personas desaparecidas antes del 10 de diciembre de 1983 y de las que se presumieren nacidas durante el cautiverio materno".[56]

Por su parte, en el nivel nacional aún no existe una ley que reglamente el acceso a la información pública en general, aunque hay un proyecto sobre el tema con estado parlamentario. El proyecto de ley de Acceso a la Información Pública, aprobado por la Cámara de Diputados en mayo de 2003, ha pasado para su tratamiento en la Cámara de Senadores de la Nación. Su redacción fue fruto del consenso logrado alrededor de diversos proyectos en la materia con estado parlamentario, presentados tanto por el Poder Ejecutivo como por legisladores de distintas extracciones políticas.[57]

---

[52] Ley 1.829 de la provincia de Río Negro, publicada en el *Boletín Oficial* provincial de fecha 5.7.1984.

[53] Ley 3.764 de la provincia de Chubut, publicada en el *Boletín Oficial* provincial de fecha 6.11.1992. Además, esta provincia fue la primera que tuvo una norma sobre hábeas data: la ley 4.244, publicada en el *Boletín Oficial* provincial de fecha 31.12.1996.

[54] Ley 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 19.11.1998.

[55] Ley 303 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, publicada en el *Boletín Oficial* de la ciudad el 13.1.2000.

[56] Véase la cláusula transitoria 20ª de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 1.10.1996.

[57] En julio del 2002, las Comisiones de Asuntos Constitucionales y Libertad de Expresión de la Cámara de Diputados de la Nación emitieron un despacho con un proyecto de ley de Acceso a la Información Pública, considerando los proyectos de ley del Poder Ejecutivo y de los señores diputados Luis Molinari Romero, Elisa Carrió, Nilda Garre y Correa referidos al derecho de libre acceso a la información, y teniendo a la vista las iniciativas de los señores diputados Hernández S., Margarita Stolbizer y otros, Nieva y Ferrero, Alfredo Bravo y otros.

A su vez, cabe consignar que, si bien es de esperar que pronto se cuente con el instrumento legal nacional, en la misma perspectiva perfeccionante de los distintos perfiles que presenta el derecho al acceso a la información, ya a fines del año 2000 la nación había dictado la Ley de Protección de Datos Personales, llamada de Hábeas Data. La norma tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes. Todo ello a fin de garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre ellas se registre, para controlar la veracidad de los datos consignados.[58]

En la temática existen también otras normas nacionales complementarias, en lo que hace al acceso a cierto tipo de información de interés público, como es el caso de lo regulado en la Ley de Residuos Peligrosos 24.051,[59] que determina que las autoridades deben crear un sistema de información referente a la ley; asimismo, según el Código de Minería, la Secretaria de Minería está obligada a proporcionar información a quien la solicite respecto de la aplicación de las normas de protección y conservación ambiental.[60]

En el aspecto normativo es importante señalar que, no obstante lo referido, y mientras se perfecciona la legislación específica pertinente, la ausencia de dichas normas no implicó que la impronta fijada por la reforma de la Constitución nacional rigiera bajo la aplicación operativa que le dio la jurisprudencia. Hubo posturas doctrinarias y fallos por demás interesantes, en casos significativos, en los que se aplicaron principios propios de la nueva concepción del acceso a la información pública y el hábeas data, incluso cuando este último instituto no estaba normado a nivel nacional. Asimismo, cabe señalar que, en temas sensibles para el país, el acceso a dicha información está regulado por la Ley de Inteligencia Nacional 25.520.[61]

Por último, hay que resaltar que se están dado pasos muy positivos, en cuanto la transparencia de la información pública, en otros aspectos de la gestión estatal. Tal es el caso de lo que dispuso el decreto 222,[62] por el que el presidente de la nación se autolimitó en la discrecionalidad que tiene para proponer miembros de la Corte Suprema de Justicia. Dicha regulación significó un avance en la transparencia de los mecanismos de selección de los miembros del máximo tribunal nacional, al permitir que los ciudadanos en general y las organizaciones de la sociedad civil puedan conocer, de manera previa y con tiempo, los antecedentes de los postulantes. De conformidad con lo que se prevé en el decreto, se publicarán los datos personales, técnico-académicos, profesionales y patrimoniales de los aspirantes. Sobre la base de dicho conocimiento, la sociedad puede participar, en tiempo propio, en el proceso de de-

---

[58] Ley nacional nº 25.326 de "Protección de los datos personales (Habeas Data)", publicada en el *Boletín Oficial* de fecha 2.11.2000.

[59] Véase el artículo 60, inciso *f*, de la ley nº 24.051.

[60] Véase el artículo 258 del Código de Minería argentino, texto ordenado 465/97.

[61] Ley nº 25.520, publicada en el *Boletín Oficial* el 6.12.2001.

[62] Decreto nacional nº 222, publicado en el *Boletín Oficial* el 20.6.2003.

cantación de los aspirantes, al autorizarse que se hagan observaciones a los candidatos antes de designarlos formalmente para el cargo. Aún más: el criterio adoptado por el Poder Ejecutivo motivó una actitud en el igual sentido por parte de la Cámara de Senadores de la Nación, encargada de dar el acuerdo para la designación de los magistrados propuestos por el presidente para integrar la Corte Suprema. Así, el Senado reformó su reglamento de funcionamiento, incorporando audiencias públicas previas a prestar la conformidad a la designación.[63]

Lo previsto ayuda a perfeccionar la composición del tribunal, cabeza del Poder Judicial de la Nación, y da fundamento al necesario poder moral que debe tener. Es esencial para el sistema que existan jueces independientes, idóneos e imparciales, designados de manera pública, participativa y clara, con transparencia en sus antecedentes y motivaciones, propuestos teniendo en cuenta criterios generales objetivos, contemplados en la reglamentación. Esta posibilidad de acceso a la información, que motiva el acto de proponer y designar al candidato, constituye además un derecho humano que es obligación también asegurar a la sociedad.

XI. Jurisprudencia novedosa en el tema del acceso a la información pública

Dentro de la impronta antes referida, cabe señalar, como un aporte pionero en el tema, lo que resolvió la Sala III de la Cámara Contencioso Administrativa de la Capital Federal, con fecha 17 de diciembre de 1997, cuando confirmó un pronunciamiento de primera instancia que ordenaba a la Policía Federal Argentina brindar datos a una organización no gubernamental defensora de derechos humanos —el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)— y a un particular que habían solicitado acceder a cierta información pública con que contaba la Policía. La resolución se fundó en la existencia de un derecho de las personas de pedir información al Gobierno y, en caso de negárseles dicha posibilidad, acceder a esa información por orden judicial. El pedido estaba vinculado a la investigación científica y a la defensa de derechos humanos, y el Estado demandado había sostenido que no tenía la obligación de producir los datos requeridos.[64]

Luego, en 1998, en la causa llevada en contra del general Carlos Suárez Mason, por graves violaciones de derechos humanos, Carmen Aguilar de Lapacó —madre de una de las personas desaparecidas en la represión del último gobierno militar[65]—, a la que se le habían negado diversas medidas de prueba solicitadas, dedujo recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para pedir que se llevaran a cabo las probanzas requeridas, las cuales pretendían obtener información sobre el destino final de su hija detenida y desaparecida en algún momento entre 1976 y 1983. En esa ocasión la

[63] La sesión de la Cámara de Senadores de la Nación en la que se modificó el reglamento es la 14ª reunión, 8ª sesión ordinaria, de fecha 2 de julio de 2003.

[64] Causa *Tiscornia, Sofía y otros c/ Estado Nacional (Ministerio del Interior)*, publicada en el diario *El Derecho* de fecha 29.12.1997.

[65] Se trata del último gobierno de facto que condujo sel país, en el período que va desde marzo de 1976 hasta diciembre de 1983.

Corte denegó lo peticionado, ya que entendió que el proceso tenía un objeto penal agotado, con motivo del indulto que se había dictado respecto del imputado que implicó su sobreseimiento. Entendió que llevar adelante nuevas pruebas aparejaría reabrir la investigación de los hechos que justificaron el caso, y se arrimarían elementos a un juicio sin objeto procesal o, de lo contrario, se podría afectar el principio que impide juzgar nuevamente a una persona por la misma causa (*non bis in idem*).[66]

Pero el mismo tribunal supremo de la nación, dos meses después, volvió operativo el instituto del hábeas data, todavía no reglamentado en ese momento, e hizo lugar a la acción de amparo de hábeas data deducida con objetivos similares al caso antes referido, planteada por Facundo Raúl Urteaga contra el Estado nacional y/o el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas y/o el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. El presentante buscaba "obtener información que exista en los Bancos de Datos de la Secretaría de Informaciones del Estado, Servicio de Inteligencia del Ejército, Servicio de Informaciones de la Armada, Servicios de Informaciones de Aeronáutica, Servicio de Inteligencia de la Policía Federal, Servicio de Informaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y Servicio de Inteligencia de la Provincia de Buenos Aires y/o cualquier otro del Estado Nacional, de las Fuerzas Armadas y del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, sobre su hermano Benito Jorge Urteaga, supuestamente 'abatido' el 19 de julio de 1976 en un departamento ubicado en la localidad de Villa Martelli, Partido de Vicente López, Provincia de Buenos Aires[…]". En el caso no sólo los jueces volvieron operativo el hábeas data, sino que el Tribunal le otorgó legitimación al hermano para solicitar la información que buscaba.[67]

La doctrina judicial sentada en este último caso por la Corte Suprema tomó fuerza, se asentó y sirvió de guía a resoluciones posteriores de tribunales inferiores. Así, por ejemplo, el juez federal de la provincia de Salta llegó a sostener, en un planteo de búsqueda de la verdad histórica sobre personas desaparecidas en el proceso militar reciente, que cabía "hacer lugar a la solicitud formulada por los actores declarando en forma expresa el inalienable derecho a la verdad y la obligación del derecho al cuerpo y al duelo dentro del ordenamiento jurídico; así como la de determinar el modo, tiempo y lugar de secuestro, su posterior detención y muerte; como el lugar de inhumación de los cuerpos de las personas desaparecidas".[68]

La importancia que se ha asignado a la información explícita o implícita que exista en el Estado y que haya que preservar para brindarla a las personas que la

[66] Corte Suprema de Justicia en los autos S. 1085, LXXXI, *Aguiar de Lapacó Carmen s/ recurso extraordinario (causa nº 450) en Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc.*, resolución de fecha 13.8.1998, publicado en *El Derecho* 179-356 y *La Ley* 1998-E-218.

[67] Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos *Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional –Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.– s/ amparo ley 16.986*, sentencia de fecha 15.10.1998, publicado en *Fallos* 321:2767 y en *La Ley* 1998-F-237. En sentido similar se pronunció luego *in re Ganora Mario E. y otra*, en fecha 16.9.1999, publicado en diario *La Ley* del 1.3.2000, pp. 10-14.

[68] Juzgado Federal de la Provincia de Salta, fallo de fecha 26.6.2000, en la causa caratulada *Investigación sobre el destino de los detenidos desaparecidos en Salta - Acción de Hábeas Data*.

requieran tomó su máxima expresión en la causa *Palacio de Lois*.[69] En ésta la Corte Suprema, en febrero de 2001, confirmó la sentencia que había declarado la inconstitucionalidad del decreto del Poder Ejecutivo nacional nº 8, de fecha 6 de enero de 1998, por el que se determinaba la demolición del edificio de la Escuela de Mecánica de la Armada, en razón del traslado de dicha escuela a la base naval de Puerto Belgrano. La causa se planteó por familiares de personas que se consideraba desaparecidas en dicho lugar durante el último gobierno militar. El Tribunal entendió que "el amparo debía prosperar en protección del derecho de esclarecer la verdad de lo sucedido en el edificio donde funcionó la Escuela y conocer así el destino de las personas desaparecidas en ese ámbito", y enfatizó que aparece manifiesto el derecho "que asiste a los familiares de personas presuntamente desaparecidas en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada, y de la comunidad toda, de conocer la verdad histórica respecto de tales hechos". En consecuencia, calificó como "irrazonable el ejercicio que el Poder Ejecutivo Nacional efectuó de sus facultades discrecionales en el artículo 3 del decreto impugnado, frente al interés de la sociedad en conservar valiosas pruebas relacionadas con su historia reciente".

XII. Algunos límites al acceso a la información

Más allá de lo ya desarrollado y teniendo en cuenta que la regla de oro es la publicidad de la información de naturaleza pública, nada obsta señalar que puede haber algunas limitaciones al ejercicio del derecho al acceso a dicha información. Y ello tanto en el modo, el tiempo o el alcance de la información que se brinde, porque el derecho a requerirla no es absoluto y debe articularse con otros derechos, valores o intereses que, en aras del bien común, también deben tutelarse.

Se puede señalar, por ejemplo, que no cabe pretender acceder a borradores de resoluciones a adoptar por el Estado. Tampoco pueden afectarse el debido proceso ni los tiempos para hacer conocer aspectos de causas judiciales, como cuando éstas se encuentran bajo secreto de sumario o en momentos en que sólo las partes están autorizadas a tomar conocimiento sobre las deliberaciones previas al dictado de las sentencias, etcétera. Deben respetarse, además, el derecho a la intimidad; el sigilo industrial, comercial, científico, financiero o tecnológico en determinadas circunstancias; las negociaciones internacionales; las cuestiones de defensa nacional; la información protegida por el secreto profesional, etcétera.[70]

---

[69] Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos *Palacio de Lois, Graciela - Ex. Feria nº 10/98 - y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo ley 16986* (P.252 XXXV), pronunciamiento de fecha 13.2.2001, publicado en *Fallos*: 324:232 y en *Jurisprudencia Argentina* de fecha 13.6.2001.

[70] En el artículo 7 del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, referido *supra*, se prevén excepciones al ejercicio del derecho: "Los órganos comprendidos en la presente ley solo podrán exceptuarse de proveer la información requerida cuando una ley, decreto o resolución ministerial así lo establezca y se produzca alguno de los siguientes supuestos:

XIII. El acceso a la información pública, la nueva sinergia social

Los nuevos horizontes que abre la fortificación del derecho a acceder a la información de interés público permiten avanzar sobre áreas esotéricas de los gobiernos. En ese nuevo empuje la sociedad ha descubierto el poder que ello da, efectivamente, para la defensa de sí misma, de cada hombre y mujer que la integra y del sistema democrático republicano. En este avance ha tenido y tiene mucha importancia el accionar de algunas organizaciones no gubernamentales que trabajan en el país y han demostrado dedicación, perseverancia y clara militancia en la búsqueda de la eficacia del derecho a informarse.

”a) Cuando se trate de información expresamente clasificada como reservada mediante un decreto del presidente de la Nación por razones de defensa o política exterior;

”b) Cuando una ley del Congreso de la Nación declare que algún tipo de información referida a seguridad, defensa o política exterior es clasificada como reservada e inaccesible al público, o bien establezca un procedimiento especial para acceder a ella;

”c) Cuando se trate de información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario;

”d) Cuando se tratare de secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos que pertenezcan a un órgano de la administración pública que tengan un valor sustancial o sea razonable esperar que lo tuvieren y cuya revelación perjudique la competitividad, o lesione los intereses de la Nación Argentina, o su capacidad de conducción de la economía o resulte en un beneficio indebido para el recipiendario de la información;

”e) Cuando comprometiere los derechos o intereses legítimos de un tercero cuando se tratare de secretos industriales, financieros, comerciales, científicos o tecnológicos suministrados a un ente u organismo estatal en la confianza de que no serían revelados. También se entenderá que compromete los derechos de un tercero la información cuya revelación sin fundamento en la defensa del interés público provoque como resultado importantes pérdidas o ganancias financieras, la pérdida de posiciones competitivas o interferencias en la celebración o ejecución de contratos. Pero cuando el interés vinculado a la salud y seguridad públicas y a la protección del medio ambiente sea claramente superior en importancia a los intereses particulares de terceros que estuvieran en juego, podrá revelarse la información;

”f) Cuando se trate de información preparada por los órganos de la administración dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparados por terceros para ser utilizados por aquellos y que se refieren a exámenes de situación, evaluación de su sistema de operación o condición de funcionamiento;

”g) Cuando se trate de información que obre en poder de la Unidad de Información Financiera encargada del análisis, tratamiento y transmisión de información tendiente a la prevención e investigación de la legitimación de activos proveniente de ilícitos;

”h) Cuando se trate de información preparada por asesores jurídicos o abogados de la administración cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación; o cuando la información privare a una persona el pleno derecho a un juicio justo o cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado;

”i) Cuando se trate de información referida a datos personales de carácter sensible, en los términos de la ley n° 25.326, cuya publicidad constituya una vulneración al derecho a la intimidad y el honor, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de la persona a que refiere la información solicitada;

”j) Cuando pudiere ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona”.

En esa línea, en 1992, se logró que el Poder Ejecutivo dejara sin efecto toda reserva por "razones de Estado" respecto de la información relacionada con el accionar de criminales nazis en el país.[71]

También, recientemente, pudo conseguirse que se autorizara al titular de la Secretaría de Inteligencia para relevar de la obligación de guardar secreto a los directores de las dependencias del citado organismo y a sus correspondientes jefes de operaciones[72] que se abocaron al cumplimiento de las órdenes judiciales impartidas en la investigación tramitada para esclarecer el atentado terrorista perpetrado el 18 de julio de 1994 contra la Asociación Mutual Israelita (AMIA) en Buenos Aires. En igual sentido se dictó otro decreto relevando de la obligación de sigilo al ex titular de la SIDE.[73] Todo ello para que comparezcan a declarar en carácter de testigos, respecto de las actividades desarrolladas en la mencionada pesquisa, en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asimismo, y en la misma causa, se autorizó al tribunal de primera instancia[74] a otorgar vista de las actuaciones a las partes intervinientes en el proceso.[75] Más tarde se instruyó al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos para que adoptara las medidas necesarias a fin de que el titular del juzgado referido tuviera acceso a la información clasificada en poder de la Policía Federal Argentina, la Gendarmería Nacional y la Prefectura Naval Argentina, relacionada con la investigación del atentado.[76]

Siguiendo la misma impronta desde otras perspectivas, la sociedad, por ejemplo, trata de restringir cada vez más la posibilidad de que los gobernantes manejen "fondos reservados", sobre los que no se rinden cuentas. A su vez, procura que se transparenten las designaciones en cargos en la administración gubernamental, a través de concursos públicos que permitan igualdad de oportunidades y selección por la idoneidad. De esta manera se busca también la transparencia en las designaciones en los cargos públicos, ayudando, en justicia y equidad, a mejorar la calidad del servicio estatal y evitar designaciones con criterios nepotistas, de clientelismo político o de los acomodados sin méritos.

Otro tanto sucede en lo que se refiere al acceso a conocer el patrimonio de los funcionarios públicos y su obligación de efectuar una declaración jurada al respecto. En este sentido, cabe consignar como ejemplo y avance la legislación que se ha ido dictando en los últimos tiempos para facilitar el acceso a las declaraciones patrimoniales de los funcionarios. Así, la Ley nacional de Ética Pública establece que dichas

---

[71] Decreto nacional nº 232, publicado en el *Boletín Oficial* el 5.2.1992.
[72] Decreto nacional nº 41, publicado en el *Boletín Oficial* el 9.1.2003.
[73] Decreto nacional nº 291, publicado en el *Boletín Oficial* el 1.7.2003.
[74] Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal nº 9.
[75] Decreto nacional nº 146, publicado en el *Boletín Oficial* el 6.6.2003.
[76] Decreto nacional nº 398, publicado en el *Boletín Oficial* el 22.7.2003.

declaraciones tienen carácter público y "en cualquier tiempo toda persona podrá consultar y obtener copia de las declaraciones juradas presentadas".[77]

Ese valor fundamental de la república, en aras de su debido respeto, llevó a que la Fundación Poder Ciudadano y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) presentaran en el fuero contencioso-administrativo, el 23 de abril de 2002, un recurso de amparo contra la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante su negativa de hacer públicas las declaraciones juradas de los jueces, en contra de lo dispuesto por la ley 25.188 referida.[78] Se sostuvo entonces que el derecho al acceso a la información pública no puede estar sujeto al poder discrecional de la persona controlada y el efectivo conocimiento de la información referida a los asuntos de interés público es una condición necesaria para la participación y el control ciudadano de la gestión pública.[79] Se quiere que, sobre la base de esas importantes razones legales y éticas, se declare ilegítima la omisión de la Corte de mostrar las declaraciones juradas patrimoniales de los magistrados de la nación.

Los ejemplos mencionados permiten ver los nuevos caminos que se abren para el bien de una comunidad informada. La esperanza radica en el anhelo de que la información, ese instrumento fundamental para los pueblos y los hombres, tome el impulso desde la sinergia social y alcance para transformar en acto las reformas o los cambios que sean necesarios. La información pública no puede significar un dato más que agrave las frustraciones que se viven, ante la comprobación fehaciente de situaciones que tienen que revertirse y que, sin embargo, aun conocidas, siguen gozando de impunidad o se muestran como irreversibles.

---

[77] Ley Nacional de Ética Pública nº 25.188, publicada en el Boletín Oficial el 1.11.1999.

[78] La Corte Suprema de Justicia de la Nación, para negar el acceso a la información referida, dictó la acordada 1 del año 2000.

[79] En esta temática, como muestra de nuevos argumentos que se aducen en ella, cabe consignar que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa, declaró, en julio de 2003, inaplicables las leyes de transparencia provincial 2039/2003, modificatoria de la ley 1252/1990, en cuanto obligan a difundir las declaraciones juradas de bienes, rentas, ingresos y deudas de todos los funcionarios pampeanos en una página web y, subsidiariamente, en el *Boletín Oficial*. En la normativa se determina que la información debe contener el resumen anual de los "consumos mensuales de tarjetas de crédito y débito, saldos de cuentas corrientes y cajas de ahorro, por un período de un año anterior", tanto de los funcionarios, como de sus "cónyuges y personas sometidas a su patria potestad, tutela o curatela". El Tribunal fundó su decisorio, entre otras argumentaciones, en el hecho que, si se difundieran los bienes y operaciones financieras y comerciales de los funcionarios, ellos podrían convertirse en víctimas de "secuestros y extorsiones" (fuente: diario *Comercio y Justicia*, Córdoba, 23.7.2003, p. 8).

Domingo García Belaunde (Perú) *

Bilingüismo y multilingüismo en Iberoamérica (con especial referencia al caso del Perú) **

I. Algo sobre el problema

La lengua es uno de los fenómenos que más ha inquietado a todo tipo de investigadores. Desde los más lejanos tiempos ha sido objeto de atención, no sólo de filósofos, literatos, historiadores y filólogos, sino también de juristas, para quienes reviste una significación especial.

Es evidente que la lengua debe ser ubicada dentro del amplio espectro de lo que es la cultura, a la cual no puede estar ajeno el derecho ni menos aun el derecho constitucional, ni, por cierto, las Constituciones. Y esto por la sencilla razón de que el derecho, si bien en sentido amplio es un conjunto de normas o de directivas, requiere que ellas se asienten, por así decirlo, en un texto escrito, sobre todo en el mundo moderno, donde vivimos en cierto sentido la civilización del papel (lo cual podría replantearse, pero sin llegar a desdibujarse, con los problemas que suscitan el llamado ciberespacio y el mundo de la red).

Pues bien, las normas se plasman por escrito, sobre todo en las civilizaciones que confían no en la memoria sino en el impreso, el que antes se realizaba sobre arcilla, barro o telas, y hoy en papel o en un medio electrónico. Y esa cristalización debe ser puesta necesariamente en un determinado lenguaje que, como sabemos, crea estructuras mentales en las personas y en las colectividades.

---

* Profesor principal de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Perú (Lima). Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Secretario general del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (con sede en México).

** Reconstrucción de la exposición realizada en el congreso “Derecho constitucional y cultura”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada en homenaje al profesor Peter Häberle (2-3 de marzo de 2001). De dicho evento he dado cuenta en mi libro *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2000 (apéndice, parte II).

Ese fenómeno, no trascendental pero sí muy importante, ha llegado al mundo del derecho y del derecho constitucional, en el que Peter Häberle ha hecho aportes considerables.

II. Un mundo nuevo

Todos sabemos lo que significó el descubrimiento de un mundo nuevo en 1492 por Cristóbal Colón. Mérito fue del navegante genovés, pero también de las coronas hispánicas que lo avalaron y le dieron su patrocinio. Lo cierto del caso es que, con el descubrimiento de América o, mejor, con el encuentro de dos mundos, se puso de manifiesto, entre otros aspectos, el problema de la lengua. No hace falta recordar hechos casi anecdóticos, como los problemas que tuvo Cortés para comunicarse con los aztecas o Pizarro para entenderse con el inca Atahualpa.

España trajo a América el idioma de Castilla, llamado también castellano y más adelante español, cuando se convirtió en el idioma dominante en la península. Pero lo que aquí encontró, en este ancho continente que con el tiempo sería distribuido entre las coronas de España y Portugal, era una cantidad impresionante de lenguas (o quizá dialectos) que superaban el número de 123, según se sabe hoy en día.

Ello sin contar las numerosas lenguas habladas por las tribus indias de la América del Norte, aspecto que no trataremos en esta oportunidad. Es decir, además de un territorio con todos sus problemas, lo que se halló fue, para nuestros fines, un mosaico impresionante de lenguas.

III. Lo que se encontró

Aquí vale la pena vincular las lenguas con las principales culturas que encontraron los conquistadores:

1. La lengua de los aztecas, denominada *náhuatl*, que estaba extendida en la meseta mesoamericana. Cabe advertir que, cuando los españoles llegaron a América, la muy importante cultura maya se había extinguido, sin que se sepa hasta ahora cuáles fueron las causas de su desaparición (aunque, a efectos prácticos, los aztecas los remplazaron en todo). De estas culturas se encontraron libros y caracteres de enorme interés que se conocen como *códices de Mesoamérica*.
2. La cultura *chibcha*, que se ubicaba en la América Central y se extendía hacia el territorio de lo que hoy es Colombia.
3. La cultura *inca*, que ocupó un importante sector de la América del Sur y que fue el más extendido de los imperios o civilizaciones que encontró España al llegar a estas tierras.

IV. Cómo llegó el castellano

El castellano llegó a América y se impuso a sangre y a fuego, como correspondía a toda conquista del siglo XVI. Sin embargo, es interesante rescatar lo que los especialistas han expresado en forma reiterada, en el sentido de que la conquista española en el siglo XVI fue muy distinta de la que, por la misma época y posteriormente, se llevó a cabo en otras latitudes. Sin ir muy lejos, la conquista inglesa de la América del Norte no sólo arrasó lo que existía, sino que dio nacimiento a nuevas sociedades que prácticamente no conservaron ningún vínculo con el pasado.

Es menester destacar que, junto con la espada, a América llegó la cruz, y eso explica el celo apostólico que se tradujo —es cierto que con motivaciones diversas— en un acercamiento al mundo americano, el cual se reflejó en el aprendizaje de las lenguas nativas y luego en el cuidado de sus textos, tradiciones y lenguas. Por tanto, no obstante las características de la conquista, ella impuso una lengua pero, en diferente grado, respetó las nativas.

De todas ellas, actualmente la más importante en América es el *quechua*, antigua lengua de los incas, que tiene un número superior a los seis millones de hablantes esparcidos en países como el Perú, Bolivia, Ecuador, el sur de Colombia, el norte de Chile y el norte de la Argentina. Esta supervivencia del idioma es más encomiable aún cuando se consiguió pese al descuido que mostraron la colonia, primero, y la república, después, para mantener esa lengua.

V. Lo que salió del castellano

Al ser trasladado el castellano a América, sufrió, como era de esperarse, un cambio notable. Por un lado, al desarrollarse, se dio lo que se conoce como *castellano de América*, que hoy tiene carta de ciudadanía generalmente aceptada, el cual ha incorporado gran cantidad de palabras provenientes de las lenguas aborígenes.

Una muestra clarísima de esto es que la Real Academia Española, que se creía poseedora del lenguaje, ha tenido que reconocer la presencia de los otros *dueños* del idioma, o sea, de los hablantes españoles de las Américas, aceptando, en primer lugar, la inclusión de americanismos, sobre todo desde la 21ª edición del *Diccionario*, en 1992, y, en segundo, lugar la coordinación de todas las academias americanas en la fijación de las reglas de la gramática y la ortografía, así como en la edición de libros que las contienen y que han sido publicados masivamente en varios de nuestros países.

Este nuevo lenguaje es ya ampliamente conocido, sobre todo a través del llamado *boom* literario latinoamericano, perceptible desde la década de 1960, y que se ha asentado definitivamente.

Como curiosidad en nuestro continente, debe señalarse la aparición de un nuevo idioma a partir del castellano de América: el *papiamento*, que se habla hoy día en Aruba, isla de las pequeñas Antillas y antigua colonia holandesa situada frente a las costas de Venezuela.

VI. Escritura y ausencia de escritura en las lenguas aborígenes

Como hemos señalado, en la América precolombina hubo gran cantidad de lenguas, si bien algunas más importantes que otras. No todas han sobrevivido hasta la actualidad.

En el caso del idioma azteca, hubo escritura y, por tanto, el misionero español tuvo la posibilidad de rescatar todo ese legado histórico, e incluso preparar catecismos en lengua náhuatl. Lo mismo puede decirse del idioma maya.

En la América del Sur, el caso es más patético. Existían muchas lenguas, pero la más importante fue la que extendió y generalizó la civilización inca, que se llamó *runa simi*. Posteriormente, misioneros y estudiosos españoles la denominaron *quechua* o *quichua*, que de ambas maneras se la conoce y es válido nombrarla. Así ha quedado hasta nuestros días.

Esta lengua no tuvo escritura, y fue por eso gran mérito de misioneros y educadores, desde el siglo XVI en adelante, haberla recogido de sus fuentes orales y haber rescatado teatro, poesía, dichos, historias y otros elementos de la civilización, como el mundo legal, administrativo y religioso. Todo ello generó cierta indecisión sobre la manera como se escribe una palabra quechua (así, se puede escribir *Cuzco*, *Cusco*, *Qusku* y *Qosqo*…).

Lo anterior se hace más comprensible con otra lengua no tan extendida pero no por ello menos importante: la lengua *guaraní*, objeto de dedicación y estudio por parte de los jesuitas que tuvieron a su cargo el estupendo proyecto conocido como las Misiones (siglos XVII y XVIII), lengua que hoy pervive a plenitud en el Paraguay.

VII. El panorama lingüístico en la América Latina

Lo anterior conduce a un accidentado mapa lingüístico referido a las lenguas de origen precolombino que hoy en día se hablan en América del Sur. De ellas señalamos las principales, cuyo número de hablantes es el siguiente:

Náhuatl	1.600.000
Quechua	6.500.000
Maya	600.000
Aymara	2.250.000
Guaraní	4.800.000
Quiché (maya)	1.120.000

A ellas habría que agregar las más de 60 lenguas amazónicas, que cuentan con pocos hablantes (entre 5.000 y 50.000 cada una).

Por tanto, sobre un uso prevaleciente del castellano, o del castellano de América (300 millones), conjuntamente con el portugués en el Brasil, que cada vez se asemeja más al castellano de América (148 millones), tenemos que la situación ha quedado más o menos así:

A. Un uso generalizado del castellano y del portugués, con influencias entre sí.
B. Minorías lingüísticas, que son a su vez:
   a. monolingües, pues sólo hablan su lengua, o
   b. bilingües, pues hablan su propia lengua y además el idioma oficial del país en que viven.

VIII. Las lenguas a nivel oficial

El marco general en la América Latina presenta un idioma oficial, que es el castellano para todos los países con excepción de Brasil, el país más importante de la región, cuyo idioma oficial es el portugués. Sin embargo, existen otras lenguas reconocidas legalmente. Ahora bien, ¿cómo esto ha llegado al más alto nivel normativo?

En primer lugar, tenemos el caso de Haití, que contempla, junto con el francés, el *creole*, idioma hablado por gran parte de la población. Así, por ejemplo, su Constitución de 1964 establecía en el artículo 35 el reconocimiento de ambas lenguas, lo que se mantiene en la Constitución vigente de 1987, no obstante lo cual el francés es el reducto de una minoría culta.

Un caso ejemplar es el Paraguay, típico de un bilingüismo perfecto. La Constitución de 1967 declaró al guaraní como *lengua nacional*, manteniendo el castellano como *lengua oficial*. Pero en la vigente Constitución de 1992 se ha dado un paso adelante en el reconocimiento de la realidad del país:

> Artículo 140. El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe. Son idiomas oficiales el castellano y el guaraní. La ley establecerá las modalidades de utilización de uno y otro…

El guaraní es, pues, idioma oficial firmemente asentado en la población, al igual que el castellano, como se aprecia incluso en Asunción, capital nacional. No se trata, pues, de un idioma encapsulado, sino que se usa en forma pareja en todos los niveles sociales.

Interesante es el caso del Perú, que mediante ley expresa admitió el quechua como idioma oficial en 1975, lo que se plasmó por vez primera en la Constitución de 1979:

> Artículo 83. El castellano es el idioma oficial de la República. También son de uso oficial el quechua y el aymara en las zonas y la forma que la ley establece. Las demás lenguas aborígenes integran así mismo el patrimonio cultural de la Nación.

Como es fácil advertir, aquí se utiliza una distinción sutil. Por un lado, se mantiene el castellano como *idioma oficial*. Pero, al mismo tiempo, se incorporan el quechua y el aymara como idiomas *de uso oficial* en las zonas donde son predominantes. Este matiz ha desaparecido en la vigente Constitución de 1993, que establece:

> Artículo 48. Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua y el aymara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.

Con este enunciado, todo parecería apuntar a que en el Perú existen tres idiomas oficiales, lo cual no se compadece con la verdad de los hechos.

En efecto, el quechua en sus diferentes versiones se habla sobre todo en la sierra central y en la sierra sur, esto es, en Huancayo, Ayacucho, Cusco, etcétera. Gran parte de esa población quechua es bilingüe, o sea, habla castellano y quechua.

En cuanto al aymara, idioma de menor uso, se emplea sobre todo en el departamento de Puno, o sea, en la zona peruana adyacente al lago Titicaca, y se extiende a Bolivia y a ciertas áreas del norte de la Argentina.

Por tanto, ni el quechua ni el aymara son oficiales, pues todos los actos oficiales, publicaciones oficiales y discursos oficiales son en castellano.

El quechua y el aymara se utilizan donde priman, sobre todo en sectores laborales, educativos y en registros coloquiales, y son reconocidos también en los procesos judiciales cuando las partes así lo consideran, pero están circunscritos geográficamente. Lo sorprendente es que, pese a la poca ayuda oficial, los idiomas nativos se han enriquecido en los últimos años y con terquedad se siguen hablando.

No está de más señalar que el castellano que se habla en el Perú está lleno de palabras de origen quechua, entre ellas las denominaciones de más de la mitad de las ciudades y muchas de las más importantes (Lima, Arequipa, Cusco), si bien hay otras que tienen nombres típicamente castellanos (Trujillo).

En el Ecuador, la Constitución de 1978 señala que el idioma oficial es el castellano y agrega que el quichua y las demás lenguas aborígenes forman parte de la cultura nacional, lo que se mantiene en la vigente Constitución de 1998:

> Artículo 1. El idioma oficial y de relación intercultural es el castellano. El quichua y las demás lenguas indígenas son reconocidos dentro de sus respectivas áreas de uso y forman parte de la cultura nacional.

Una reforma posterior ha hecho algunos afinamientos, pero manteniendo su sentido en lo fundamental.

La vigente Constitución de Nicaragua (1987) señala que el español es el idioma oficial del Estado y agrega que las lenguas de las comunidades de la costa atlántica también tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley.

Finalmente hay que señalar aquellas constituciones que, dentro de un margen amplio de respeto a la pluriculturalidad, defienden el uso y la conservación de las lenguas vernáculas (México, Constitución de 1917, reformada en 1992, artículo 4; Guatemala, Constitución de 1985, artículo 59; Colombia, Constitución de 1991, artículo 7; Brasil, Constitución de 1988, artículo 231, etcétera).

IX. El quechua en la actualidad

A pesar de no contar con mayor apoyo oficial, el quechua es, entre los idiomas aborígenes de América, el que actualmente muestra mayor vigor. A ello contribuyen:

a. la fuerza de las tradiciones orales;
b. el haberse fijado una gramática quechua, con apoyo gubernativo;
c. la existencia de impresos en dicho idioma, así como de estaciones de radio;

d. las costumbres;
e. la existencia de poesía, teatro y cuentos escritos en quechua o traducidos a este idioma;
f. la presencia y aceptación de música en quechua; y
g. el funcionamiento, desde décadas atrás, de la Academia de la Lengua Quechua.

Confirma esta revalorización un libro publicado en París en 1938 por el historiador Jorge Basadre, titulado *Literatura inca*, así como los esfuerzos de historiadores y antropólogos (Luis E. Valcárcel, entre otros) y de todo un movimiento indigenista muy activo en las décadas de 1930 y 1940.

Lo anterior se refuerza con diversas investigaciones, así como con compilaciones realizadas por estudiosos extranjeros. Entre éstas se cuentan, por ejemplo, *Mitos y literatura quechua*, a cargo de José Alcina Franch (Alianza, Madrid, 1989), que incluye poesía, teatro y prosa, y una selección similar de literatura maya y azteca, del mismo autor y editorial.

X. A manera de conclusión

La lengua, como parte de la cultura de un pueblo, es un fenómeno que los gobernantes y titulares de un Estado no pueden soslayar. Ella refleja parte de la identidad nacional o puede fomentarla. En el vasto territorio americano que conquistaron y colonizaron, las dos coronas ibéricas se encontraron, entre otras cosas, con lenguas distintas a las que ellos traían, a las cuales a la larga se impusieron.

Durante los años de dominio colonial, el Estado de entonces trató de imponer su lengua, aunque no despreció las de origen vernáculo, si bien tampoco las fomentó en sentido estricto. No obstante, sucedieron varios fenómenos dignos de consideración, como son:

a. la asimilación de una lengua por otra u otras;
b. la desaparición de las lenguas o, en todo caso, la reducción notable del número de sus hablantes; y
c. la supervivencia de una lengua.

Entre los idiomas nativos que perviven, algunos son hablados por unas cuantas familias (es la situación de algunos dialectos en la selva amazónica) y otros por grandes poblaciones, como es el caso especial del quechua.

De todas las lenguas aborígenes que se conservan, ésta es la más notable y de más extendido uso, pues sin mayor apoyo oficial se mantiene vigorosa, si bien es cierto que los quechuahablantes tienden cada vez más a ser bilingües, esto es, hablantes también del castellano. A ello debe agregarse la considerable extensión geográfica en la cual dicho idioma se ha extendido, y la huella que ha dejado en la historia y la geografía de vastos territorios sudamericanos.

El Estado y toda su normatividad han desplegado en los últimos años un esfuerzo para propiciar y fomentar el cultivo de las lenguas autóctonas, en especial el quechua, lo que contribuirá naturalmente a su mayor desarrollo.

XI. Bibliografía

Como es fácil advertir, el problema de la lengua es propiamente objeto de estudio de filólogos y lingüistas, quienes en esta materia han producido una bibliografía impresionante, que los no especialistas deben utilizar en la medida de sus posibilidades y necesidades. Es el caso del jurista que quiere efectuar un análisis como el que aquí se intenta. Por eso mi interés en dejar señaladas algunas de las fuentes que me han orientado en este tema, si bien debo decir que en la parte constitucional, estrictamente hablando, prácticamente no las hay, o no las he podido detectar, por lo que me limito aquí al primer punto.

Sobre aspectos generales y como panorama histórico, pueden verse: Carlos Pereyra, *Breve historia de América*, Aguilar, México, 1949 (es una reimpresión de la segunda y última edición que el autor publicó en vida en 1941); Pierre Chaunu, *Historia de América Latina*, EUDEBA, Buenos Aires, 1994, y sobre todo Pedro Henríquez Ureña, *Historia de la cultura en América Hispana*, Fondo de Cultura Económica, México, 1963; Bartolomé Clavero, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo XXI, México, 1994. Igualmente, Delos L. Confield, *La pronunciación del español en América*, Instituto Caro y Cuervo, Bogotá, 1968; Ángel Rosenblat, *Nuestra lengua en ambos mundos*, Alianza, Madrid, 1971, y José Alcina Franch, *Floresta literaria de la América indígena*, Aguilar, Madrid, 1957 (del mismo autor existen tres volúmenes editados por Alianza con antologías de textos mayas, aztecas e incas).

Sobre las antiguas culturas mesoamericanas, cf. Natalio Hernández, *El despertar de nuestras lenguas*, Fondo Editorial de Culturas Indígenas y Editorial Diana, México, 2002; y Miguel León-Portilla, *Códices (los antiguos libros del Nuevo Mundo)*, Aguilar, México, 2003.

En lo referente al Perú, cf. Jorge Basadre, *Literatura inca*, Desclée de Brouwer, París, 1938 (es el primer tomo de la Biblioteca de Cultura Peruana editada por Ventura García Calderón, por encargo del gobierno peruano); Raúl Porras Barrenechea, *Fuentes históricas peruanas*, Universidad de San Marcos, Lima, 1963; Xavier Albo, *Los mil rostros del quechua*, IEP, Lima, 1974; A. Escobar, J. Matos Mar, Giorgio Alberti, *Perú ¿país bilingüe?*, IEP, Lima, 1975 (colectivo preparado especialmente para defender la ley dictada por el gobierno militar en dicho año, que declaraba el quechua como lengua oficial y obligaba su inclusión en los programas de enseñanza, posición maximalista que al final no prevaleció); Ibico Rojas Rojas y Domingo A. Bravo, *Origen y expansión del quechua*, Concytec, Lima, 1989; Luis Miranda, *La entrada del español en el Perú*, J. Brito, Lima, 1998; Inés Pozzi-Escott, *El multilin-*

güismo en el Perú, Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, Cusco, 1998 (incluye mapas lingüísticos).

Desde el punto de vista oficial, el gobierno peruano se preocupó desde sus inicios por la gran mayoría indígena quechuahablante, si bien muchas veces este interés no se formalizó en nada concreto. Así, el primer Congreso Constituyente en 1822 decidió dirigirse a los peruanos mediante proclamas escritas tanto en castellano como en quechua. Lo último en este sentido es la edición bilingüe quechua-castellano de la vigente Constitución Política del Perú de 1993: *Constitución Política del Perú (Perumanta Hatun Kamachina). Edición bilingüe castellano-quechua*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 1993.

Desde un principio se publicaron en el país varios diccionarios quechua-castellano y castellano-quechua, gracias a la labor misionera de los sacerdotes. El primero fue el preparado en 1506 por el fraile andaluz Domingo de Santo Tomás, quien bautizó el *runa simi* con el nombre de *quichua*; pero el más notable, por el papel que desempeñó y el influjo que ejerció, fue el del jesuita Diego González Holguín, quien publicó un monumental *Vocabulario de la lengua general de todo el Perú llamada lengua quichua o del Inca*, en la "Ciudad de los Reyes, imprenta de Francisco del Canto, en 1608" (existe una edición al cuidado y con prólogo de Raúl Porras Barrenechea, publicada por la Universidad de San Marcos en 1952, con reimpresión de 1989).

Merece citarse el esfuerzo monumental que en esta materia llevó a cabo el peruanista alemán Ernest W. Middendorf (1830-1908), quien publicó largamente sobre el Perú, su historia y su cultura; en este campo se encuentra traducida su *Gramática keshua*, Madrid, 1970; un panorama global en su obra *Perú*, editada en tres volúmenes en Alemania (1893-1894) y traducida al español en Lima por la Universidad de San Marcos (3 volúmenes, 1973-1974).

Entre los diccionarios de mayor circulación o bien más recientes pueden verse: Jorge A. Lira, *Diccionario kkechuwa-español*, Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, 1945; P. Germán Pino Durán, *Runasimi (gramática y diccionario)*, Oropesa, Junín, 1996; Luis Cordero, *Diccionario quichua-castellano y castellano-quichua*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1999 (es una reedición de un diccionario clásico confeccionado por una autoridad en la materia, conocedor del quechua tanto en el Ecuador como en el Perú). De gran utilidad es la obra de Max Espinoza Galarza, *Topónimos quechuas del Perú*, Lima, 1973.

Para el caso especial del Paraguay, cf. Rubén Barreiro Saguier, "El Paraguay mestizo: lengua y cultura", en *Cuadernos Hispanoamericanos*, noviembre de 2002, nº 629 (trae una parte monográfica sobre la cultura paraguaya en sus diversos aspectos).

V. Derecho regional e internacional de los derechos humanos

- *César San Martín Castro (Perú)*
  La privación de la libertad personal en el proceso penal
  y el derecho internacional de los derechos humanos

- *Luis M. García (Argentina)*
  La protección de la identidad de las fuentes periodísticas a la luz
  de los instrumentos internacionales de derechos humanos
  y de los estándares de sus órganos de aplicación

- *Rolando E. Gialdino (Argentina)*
  La producción jurídica de los órganos de control internacional
  de los derechos humanos como fuente del derecho nacional.
  Fuentes *universales y americanas*

- *Roland Bank (Alemania)*
  Tratados internacionales de derechos humanos
  bajo el ordenamiento jurídico alemán

- *Norbert Bernsdorff (Alemania)*
  La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

- *Kai Ambos (Alemania)*
  Lineamientos europeos para el proceso penal (alemán).
  Análisis con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo
  de Derechos Humanos en el período 2000-2003

- *José Luis Guzmán Dalbora (Chile)*
  Orientaciones político-criminales y reforma constitucional

- *Christoph Grammer (Alemania)*
  Adaptación del derecho penal nacional con motivo
  de la implementación del Estatuto de Roma.
  Algunas consideraciones acerca de la desaparición forzada

César San Martín Castro (Perú) *

La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos

I. Introducción

1. Alcance de la Libertad personal y delimitación de sus restricciones

1. Apunta Gimeno Sendra que, de los derechos subjetivos, públicos y privados, el derecho a la libertad es, sin duda alguna, el más preciado, y que ésta es la razón de su más contundente reconocimiento y refinada reglamentación.[1] En esta perspectiva, la privación de la libertad personal es la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto que, como resalta Andrés Ibáñez, "incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del sistema de libertades, sobre el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica".[2] El origen de este derecho fundamental, ha sostenido el Tribunal Constitucional del Perú,[3] está en la dignidad humana, de modo que como seguridad a su reconocimiento tiene una naturaleza expansiva. Por ello es que, tanto las constituciones nacionales cuanto los tratados sobre derechos humanos, siguiendo a Gimeno Sendra, configuran de tal manera el derecho a la libertad personal, que la actividad de los tribunales no permanece en un mero nivel de control *a posteriori* de los actos del Poder Ejecutivo —en concreto, de la policía y extensivamente de otro órgano que carece de potestad jurisdiccional—, al punto que el denominado principio de "autotutela administrativa" no puede alcanzar la privación de la libertad personal, pues a la administración le

---

* Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[1] *El proceso de hábeas corpus*, 1996, p. 15.

[2] *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, 1996, p. 19.

[3] Asunto *Pérez Tapia*, STC, 17.6.1998.

está vedado dictar acto alguno que pudiera limitar su libre ejercicio; los tribunales, en suma, ostentan no sólo la última, sino también la primera palabra.

2. Cuando los tratados sobre derechos humanos y las constituciones nacionales hacen referencia a la "libertad personal" y a la "seguridad personal", ello significa —al decir de Faúndez Ledesma—, respecto a la primera noción, la libertad de movimiento efectiva de la persona; y, en lo atinente a la segunda noción, la condición de que esa libertad se encuentre protegida en la ley, la cual debe satisfacer ciertos estándares vinculados a hacer predecible cualquier privación de libertad y evitar la arbitrariedad en su interpretación.[4] En esta misma línea, Newman y Vasak indican que el derecho a la libertad es un estado que se disfruta en el momento presente, mientras que el derecho a la seguridad añade la certidumbre de que ese estado continuará disfrutándose, aunque aclaran que el Estado debe tener la capacidad de defenderse contra quienes dificulten o impidan el orden social, del que es garante, recurriendo a privarlos de su libertad.[5]

3. En tanto se entiende, como es obvio, que la privación de libertad es una limitación de un derecho fundamental, la doctrina jurisprudencial del TEDH, por ejemplo, ha venido sosteniendo reiteradamente que, si bien la libertad personal es limitable,[6] tal limitación ha de ser equitativa, siempre y cuando se respeten determinadas condiciones expresas adecuadas al fin.[7] La CIDH, por su parte, tiene dicho que el Estado está obligado a no restringir la libertad más allá de los límites "estrictamente necesarios", y que en sede penal tiene un carácter *cautelar*.[8] De modo más general, la CIDH ha fijado las siguientes condiciones para una correcta restricción de los derechos humanos:[9] 1) que se trate de una restricción expresamente autorizada por los instrumentos internacionales y en las condiciones particulares que éstos permitan; 2) que tales restricciones estén dispuestas por leyes y se apliquen de conformidad con ellas; y 3) que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que ésta obedezca a razones de interés general y no se aparte del propósito para el cual ha sido establecida. La CIDH, en un asunto contencioso,[10] precisó que las restricciones, aun cuando se amparen en una ley, no pueden ser irrazonables, imprevisibles o faltas de proporcionalidad. Como dice la Comisión Andina de Juristas, las restricciones requieren de leyes que en última instancia no contradigan el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los derechos humanos.[11] La

---

[4] *Derecho a la libertad y seguridad personal*, 1991, pp. 144-151.

[5] *Ensayos sobre derechos humanos*, 1990, p. 237.

[6] Caso *Buckley*, sentencia del TEDH, 25.9.1969.

[7] Caso *Handyside*, sentencia del TEDH, 7.12.1976.

[8] Caso *Suárez Rosero*, sentencia de la CIDH, 12.11.1997, párrafo 77.

[9] Asunto *Expresión* leyes *en el artículo 30° de la Convención*, opinión consultiva OC-6/86, 9.5.1986.

[10] Asunto *Gangaram Panday*, sentencia de la CIDH, 21.1.1994.

[11] Comisión Andina de Juristas, *Protección de los derechos humanos*, 1997, pp. 40-41.

proporcionalidad es un canon necesario cuando se limitan derechos y requiere que una actuación pública coercitiva deba ser conducente, necesaria y adecuada al fin propuesto.

4. Este cuidado que debe adoptarse cuando se trata de la libertad personal obliga a estimar, como ha señalado el Tribunal Constitucional del Perú,[12] una interpretación de las normas concernidas de manera teleológica, como prescripciones garantistas con la finalidad de tutelar el derecho a la libertad individual, proscribiendo que por vía judicial se incorporen supuestos de detención no contemplados en la ley.

5. Todos estos condicionamientos y cuidados para privar del derecho a la libertad a una persona parten, como es lógico, de una directiva fundamental: ésta no habrá de ser la regla en un proceso penal[13] —esto es, del principio de excepcionalidad—. Si bien dicha norma no ha sido incorporada a la CADH, la CoIDH la ha reconocido, insistiendo en que la libertad del procesado debe ser la regla y subrayando que la naturaleza excepcional se sustenta en tres razones: el derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que dicha medida presenta en lo referente, por un lado, al derecho a la presunción de inocencia y, por el otro, a las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa.[14] A partir de allí, igualmente, se considera —especialmente la CoIDH— que la detención imputativa o prisión preventiva reviste suma gravedad, por lo que es del caso rodearla de las máximas garantías jurídicas, en tanto se aísla al imputado y se lo separa forzosamente de su familia y de su ámbito laboral, se le entorpece el ejercicio de su derecho de defensa, limitándole la posibilidad de presentar pruebas y contraargumentos, así como de estructurar y preparar su defensa, al punto que si la privación de libertad dura mucho el tribunal tiende a concebir que está frente a culpables.[15]

2. Jerarquía del DIDH y, en concreto, de la CADH

1. La necesidad de compatibilizar las legislaciones internas y las prácticas de los órganos de control penal con el DIDH no constituye un ejercicio teórico o académico. Como sabemos, el derecho internacional ya no sólo tiene la clásica función de regular las relaciones entre Estados, sino que, como acota Pastor Ridruejo,[16] tiende además al desarrollo de los pueblos e individuos, lo cual exige una cooperación en muchas materias que antes asumían exclusivamente los Estados y se regulaban por los derechos internos. Y, como existe una dicotomía, dos ordenamientos jurídicos —internacional e interno—, es necesario saber, como dice Diez de Velasco, si entre uno y otro existen o no relaciones, y si se da o no una subordinación entre los dos grupos de ordenamiento;[17] y, asimismo, en

[12] Asunto *Sihuay Morales*, STC, 11.4.2001, FJ 2.
[13] Cf. artículo 9°.3 del PIDCP.
[14] Informe de la CoIDH 12/96, párrafo 84.
[15] Informes de la CoIDH 2/97, párrafos 7, 48 y 49, y 12/96, párrafos 78, 81 y 83.
[16] *Curso de derecho internacional público*, 1986, p. 160.
[17] *Instituciones de derecho internacional público*, 1996, p. 211.

palabras de Jiménez de Aréchaga, si la norma internacional se incorpora o no automáticamente al derecho interno de los Estados.[18]

2. La respuesta en materia de DIDH, en el ámbito de la CADH, como luego se demostrará es, en el primer punto, la subordinación del derecho interno al derecho internacional y, en el segundo punto, la tendencia en las constituciones latinoamericanas a la incorporación automática del derecho internacional al derecho interno. Una premisa importante para destacar este hecho viene dada, de un lado, por el hecho de que los tratados de derechos humanos establecen derechos para los individuos e imponen obligaciones a los Estados partes: los Estados, como dice la CADH, se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.[19] De otro lado, dicen Novack y Salmón[20] que tales tratados tienen una vocación progresiva o de desarrollo, esto es, que los derechos reconocidos constituyen un estándar mínimo que se exige al Estado, el cual puede ampliarlos dada su vocación expansiva. A ello se agrega, desde la interpretación, una nota especial: las normas internacionales sobre derechos humanos tienen la vocación de aplicarse básicamente dentro del propio Estado a través de los entes que tengan, de acuerdo con la normativa interna, competencia para ello; el juez nacional, expone Medina,[21] al interpretar una norma de derechos humanos en la materia, debe tener en cuenta tanto las normas como la jurisprudencia internacional que la ha desarrollado.

3. Más allá del debate doctrinario al respecto, consideramos, siguiendo a Novak Talavera, que la teoría del *monismo moderado* ha venido prevaleciendo en la doctrina y la jurisprudencia internacionales. Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló: 1) que el derecho interno no puede prevalecer ni sobre las obligaciones de un Estado, según el derecho consuetudinario internacional, ni sobre sus obligaciones, según el derecho internacional convencional, y 2) que un Estado que ha contraído obligaciones internacionales está obligado a hacer las modificaciones que sean necesarias en su derecho interno para el cumplimiento de estas obligaciones. De igual manera, la Corte Internacional de Justicia ha establecido la plena aplicación del principio fundamental de derecho internacional de la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno.[22] De otro lado, sobre esas mismas premisas, la CPJI decidió que una sentencia interna no puede invalidar, directa ni indirectamente, una sentencia dictada por una instancia internacional.[23] Es más, según la sentencia de

---

[18] *Introducción al problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*, 1962, p. 111.

[19] Opinión consultiva OC-2/82, de 24.9.1982.

[20] *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, 2000, p. 62.

[21] *El derecho internacional de los derechos humanos*, 1996, p. 79.

[22] Asunto *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje relativo a la sede de la ONU*, SCIJ, 26.4.1988.

[23] *Derecho internacional público*, 2000, pp. 547-548.

la CPJI de 25.5.1926, desde el derecho internacional las leyes internas y las decisiones de sus órganos internos son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad del Estado.[24]

4 La citada doctrina del *monismo relativo* postula que las normas internas y decisiones judiciales o administrativas contrarias al derecho internacional no engendran nulidad automática de éstas: no puede obligarse a su anulación o derogación; en el plano nacional son válidas, pues, como dice Dupuy, esta doctrina asume una lógica derivada del reconocimiento de la soberanía de todo Estado, aunque es claro asimismo que engendran la responsabilidad internacional del Estado.[25]

5. Sin embargo, la CIDH, cuando se trata de normas que afectan los derechos humanos, opta por un *monismo radical*, doctrina que defiende la nulidad de las normas internas opuestas al derecho internacional (amén de que sus sentencias no son sólo declarativas sino sentencias declarativas de condena). Así lo estableció en el asunto *Barrios Altos*, al declarar que dos leyes de amnistía dictadas por el Gobierno peruano —en rigor, de autoamnistías por "liberar" a violadores de derechos humanos— son incompatibles con la CADH y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.[26] Con mayor precisión en la sentencia del mismo caso sobre interpretación de la sentencia de fondo, la Corte anotó no sólo que su decisión tiene efectos similares en los casos de aplicación de esa legislación que atenta contra la Convención; agregó:

> En cuanto al deber del Estado de suprimir de su ordenamiento jurídico las normas vigentes que impliquen una violación a la Convención, este tribunal ha señalado en su jurisprudencia que […] el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación de las garantías previstas en la Convención.[27]

6. García Belaunde, comentando estos fallos relacionados con el asunto *Barrios Altos*, considera que la CIDH lo que hizo fue inaplicar las dos leyes cuestionadas, que es una técnica similar al *judicial review* estadounidense, que consiste en dejar la ley intacta pero declarar que no es aplicable.[28] Empero, estimo que al extender sus efectos a casos similares donde se aplicaron dichas leyes y señalar expresamente que el Estado tiene el deber de suprimirlas de su ordenamiento jurídico, hizo algo más que limitarse a inaplicarlas: las consideró nulas de pleno derecho y, con ello, declaró no sólo la superioridad del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que ordenó la expulsión de estas leyes del ordenamiento jurídico peruano.

---

[24] Novak Talavera, *Introducción al derecho internacional público*, 2000, pp. 550.

[25] *Derecho internacional público*, 1998, pp. 371.

[26] Sentencia de la CIDH, 14.3.2001, párrafo 51.4.

[27] Sentencia de la CIDH, 3.9.2001, párrafo 17, con referencias a tres fallos —5.2.2001 (párrafos 85-87), 16.8.2000 (párrafo 137) y 30.5.1999 (párrafo 207)— recaídos en los asuntos *La última tentación de Cristo*, *Durand y Ugarte* y *Castillo Petruzzi*.

[28] *Amnistía y derechos humanos*, 2002, p. 125.

7. Por consiguiente, esta doctrina *monista radical* de la CIDH obliga a conocer los alcances de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la CIDH, dado que la Convención, y la jurisprudencia que de ella dimana, se superponen al derecho interno. En consecuencia, no acepta que un Estado a través de leyes, sentencias o actos administrativos vulnere el orden internacional de los derechos humanos, estimando que tales leyes, sentencias o actos administrativos son nulos o carecen de efectos jurídicos. Ello es tan así que, como advierte Quiroga León:

> Un Estado que pretenda ir a contramano con el desarrollo y protección de los derechos humanos será un Estado que va a hipotecar su desarrollo y viabilidad en la realidad mundial actual y deberá asumir no sólo las sanciones jurídicas, morales e imposiciones de los diversos órganos internacionales encargados de velar por la protección de los derechos fundamentales, sino también consecuencias de orden económico y político: sin respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos ningún Estado podrá obtener ayuda económica ni legitimidad política, interna y externa.[29]

II. DIDH y detención imputativa

1. Condición general de la privación de la libertad personal

1. El artículo 7° de la CADH, norma matriz de la protección de la libertad personal, luego de reconocer taxativamente ese derecho en el inciso 1°, en tanto exigencia fundamental tutelada —en palabras de Pedraz Penalva—, establece, en primer lugar (inciso 2°) que nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, y, en segundo lugar (inciso 3°), que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

2. La CADH, a diferencia del CEDH, no delimita las hipótesis que autorizan la privación de la libertad. Es obvio que una —solo una— causa legítima, de las muchas existentes, es la "detención por razones de punibilidad", la cual está vinculada, de un lado, a la imposición de una pena de prisión como consecuencia de la comisión de un delito y, de otro lado, a la necesidad de poner una persona a disposición judicial bajo cargos de comisión de un delito y de mantenerla en esa condición durante la pendencia de la causa, *que es el punto clave de nuestra disertación*. De inicio es de precisar que, cuando se invoca esta modalidad de detención, como decidió el TEDH, 1) no sólo se requiere acudir a una interpretación estricta, sino que 2) únicamente es aceptable en el marco de un proceso penal, y 3) no está permitido hacer uso de medidas de prevención aun con objetivos tan trascendentales como la lucha contra la delincuencia organizada.[30]

---

[29] *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, 2003, p. 64.

[30] Sentencias del TEDH asuntos *Ciulla*, 22.2.1989, párrafos 38 y 41; *De Jong, Baljet y Van DenBrink*, párrafo 44; *Boumar*, 29.2.1988, párrafo 43; y, *Guzzardi*, 6.11.1980, párrafo 102.

3. Existen, reitero, otros ámbitos legítimos de privación de libertad, que según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas están vinculados, por ejemplo, al control de la inmigración, a motivos de salubridad pública, a catástrofes o a la protección del orden público.[31] En estos casos, siguiendo a Herrero Tejedor, se está frente a las denominadas *detenciones funcional-operativa*, *funcional-preventiva y procedimental-administrativa para fines extradicionales*, de las que no nos vamos a ocupar aquí.[32]

Desde una perspectiva general, es de tener presente, en primer lugar, el requisito de constitucionalidad y de legalidad tanto para establecer quién puede privar de la libertad a una persona, como para determinar los motivos —razones— y procedimientos legitimantes; y, en segundo lugar, la exigencia de evitar detenciones o encarcelamientos arbitrarios.

4. La ley es la que debe fijar los motivos y el procedimiento que han de utilizarse para restringir la libertad personal. El término *ley* ha sido definido por la CIDH[33] como una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la conformación de leyes. Aun cuando el término asume una concepción formal de ley, posteriormente es matizado:

> Este planteamiento no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones se encuentren autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada se encuentre sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la CADH.[34]

La ley, en todo caso, debe tener un contenido material de modo que satisfaga un principio elemental de toda medida coercitiva: la *primacía de la ley y del derecho*, en cuya virtud la ley deberá prever y fijar los requisitos y las consecuencias jurídicas de cada autorización de intervención.[35]

5. La autoridad competente para ordenar una privación de libertad no está fijada en la CADH; son las constituciones o las leyes las que lo hacen. Pero, en todo caso, el sujeto activo de la medida debe ser una autoridad pública habilitada por la ley para hacerlo (por lo general, los jueces, y los fiscales o los policías, estos últimos en condiciones muy limitadas o por razones de urgencia, que es lo que constituye una *reserva legal de competencia coercitiva*). Es de entender, como apunta Schlüchter, que las limitaciones por razones de persecución penal constituyen actos de autoridad

---

[31] Observación general n° 8, NN UU: HRI/GEN/1, 4.9.1992.

[32] *La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación*, 1994, pp. 18-23.

[33] Véase OC 6/86, párrafo 24.

[34] Ibídem, párrafo 36.

[35] Schlüchter, *Derecho procesal penal*, 1999, pp. 65.

que interfieren o intervienen derechos fundamentales de una persona contra la voluntad del afectado,[36] por lo que el sujeto que las imponga debe estar expresamente habilitado por la ley para hacerlo y formar parte de un cuerpo funcionarial concreto.

6. Asimismo, una privación de libertad es admisible en tanto se ajusta al ordenamiento jurídico interno, al procedimiento establecido por la ley. Aclara en este punto Pedraz Penalva que la "regularidad" de la privación de libertad exige no sólo que sea conforme a la norma procesal sino también a la material. La CIDH[37] insiste en este punto, al decir:

> […] nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley [aspecto material], pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma [aspecto formal].

Ello importa que los órganos supranacionales[38] ponderarán la legalidad de las medidas normativas adoptadas, la justificación del Estado al decretarlas, como también la necesidad específica en su concreta aplicación aun por órganos jurisdiccionales. No sólo se trata de que la ley determine con claridad los supuestos que habiliten una privación de libertad, sino que, como aclaró el TEDH,[39] es menester justificar su estricta conformidad al objetivo concreto perseguido mediante esa restricción; análisis general que no sólo es requerible en el momento inicial de la adopción de la medida sino que ha de subsistir durante todo el tiempo de su permanencia.[40]

7. La privación de libertad no ha de ser *arbitraria*, concepto que es más amplio que *detención ilegal*, pues comprende supuestos de detención amparados en una ley, pero que se contradicen el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los derechos humanos. De conformidad, parcialmente, con lo establecido por el Comité de Derechos Humanos,[41] una detención será arbitraria cuando se dicte "conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y la seguridad". No consideramos que sea arbitraria una detención dictada por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, pues en ese caso —según la propia dicción de la frase— se tratará de una detención ilegal.

Cabe destacar, conjuntamente con O'Donnell,[42] quien se apoya en las decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que las limitaciones a la libertad personal sólo son aquellas que prevé la ley, la misma que se dictará con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de

---

[36] Ibídem, p. 64.
[37] Sentencia de la CIDH, asunto *Gangaram Panday*, 21.1.1994, párrafo 47.
[38] Como se anotó en la sentencia del TEDH, asunto *Müller*, 24.5.1988, párrafo 32.
[39] Asunto *Weeks*, 2.3.87, párrafo 42.
[40] *El derecho a la libertad y seguridad —artículo 5° del CEDH—*, 1996, pp. 98-101.
[41] Informe n° 44/79, párrafo 17.
[42] *Protección internacional de los derechos humanos*, 1988, p. 125.

los demás y de satisfacer las justas exigencias del orden público y el bienestar general de una sociedad democrática, por lo que cualquier ley sobre detención o prisión que sea contraria a ese fin debe considerarse objetable desde el punto de vista de los artículos 9° y 29°, párrafo 2, de la Declaración Universal.

8. Hoy en día existe un consenso básico en que el Estado tiene el deber social de combatir la delincuencia, de garantizar la seguridad ciudadana; a este propósito sirve el proceso penal. Desde esta perspectiva, Roxín[43] apunta lo siguiente: 1) que para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las *injerencias en la esfera individual*, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal; 2) que la privación de libertad, entre la que destaca la prisión preventiva, es la injerencia más grave en la libertad individual, la cual —insiste— deviene indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente; y 3) que el principio de proporcionalidad, de relevancia constitucional, permite configurar la privación de libertad a lo estrictamente necesario, articulando sus finalidades y presupuestos de modo tal que asegure el orden a través de la persecución penal y proteja la esfera de libertad del ciudadano.

2. Ordenamiento de la detención imputativa

1. Un primer supuesto de privación de libertad, por razones vinculadas a la persecución penal, es la denominada por Moreno Catena *detención imputativa*. Se trata de toda privación de libertad deambulatoria de duración muy breve dispuesta por la autoridad judicial (jueces y fiscales) o la policía en funciones de policía judicial, en los casos previstos legalmente y cuya única finalidad es asegurar la persona del presunto responsable de una infracción penal investigada. Sus notas características son las siguientes: a) tiene un carácter preventivo —en función del plazo y de su objeto—; b) constituye una situación de efectiva privación de libertad deambulatoria; y c) es una verdadera medida cautelar —o, mejor dicho, provisional penal—, al basarse en la imputación de un delito, al imponerse únicamente al sujeto reputado responsable y al estar preordenada en función de la incoación de un proceso penal para garantizar la futura aplicación del *ius puniendi*.[44]

2. Cabe aclarar, desde el derecho procesal penal, que hoy en día se entiende, a los efectos de la protección de los derechos humanos, de la garantía de los estándares mínimos previstos en los artículos 14° del PIDCP y 8° de la CADH —expresión que importa la existencia de mínimos que obligatoriamente deben regir en cualquier modelo de proceso penal—, que éstos rigen, como puntualiza Tiedemann,[45] desde el inicio del proceso, con lo que se evitan fraudes de ley y abusos; y que el "*inicio del*

---

[43] *Derecho procesal penal*, 2000, pp. 249, 257-258.

[44] *El proceso penal*, 2000, p. 1559.

[45] *Trece tesis para un derecho procesal moderno orientado en los derechos humanos*, 2003, pp. 207.

proceso" no depende de una resolución formal del juez o de la fiscalía, sino de la efectiva admisión de una investigación —incluyendo la propiamente policial— dirigida contra el sospechoso de haber cometido un delito. Por ello es que el fenómeno de la privación de libertad con fines de punibilidad necesariamente comprende un análisis tanto de la *detención imputativa* cuanto de la *prisión preventiva*.

3. La detención imputativa debe estar prevista taxativamente en la ley —adoptarse en los casos previstos en la ley— y, como regla, se permite que pueda dictarla la policía, en funciones de policía judicial, por cuanto en tal función actúa como órgano auxiliar de la justicia penal y, por qué no, también la fiscalía. Como enseña Aragoneses Martínez,[46] la detención imputativa puede dictarse hasta en tres momentos:

a. Con carácter previo a la incoación del proceso penal, en cuyo caso será preprocesal y, como dice Gimeno Sendra,[47] provisionalísima —es la más transitoria de las medidas cautelares personales— y precautelar (expresión utilizada por Foschini y De Luca), dado que será o no confirmada por la autoridad judicial al momento de decidir la incoación formal de la instrucción o, según los modelos, la prisión preventiva; en este caso, la autoridad que detuvo —policía o fiscalía— practicará las diligencias más urgentes, propias del brevísimo plazo permitido, a fin de que en su día el juez decida la libertad o la prisión preventiva.
b. Durante la tramitación del proceso, que debe dictarla un juez, igualmente para decidir —luego de un plazo limitado en el que se llevarán a cabo actos de investigación urgentes— si excarcela o dicta prisión preventiva.
c. Concluido el proceso —como serían los casos de condenado que fuga de un establecimiento penal o del rebelde condenado a pena privativa de libertad efectiva.

4. Esta medida, dictada por razones de urgencia y vista su naturaleza provisional, requiere de dos presupuestos puntuales: la imputación o *fumus delicti y el periculum libertatis*. La primera se traduce —como recuerda Pedraz Penalva, siguiendo la jurisprudencia del TEDH[48]— en la presencia, en el caso concreto, de razones plausibles que permitan sospechar la comisión de un delito sancionable con pena privativa de libertad; que la plausibilidad de las sospechas, en tanto elemento esencial, connote la de hechos o informaciones suficientes (propias) para persuadir a un observador objetivo de que ese individuo concreto puede haber cometido una infracción, lo que dependerá del conjunto de circunstancias en cada caso.[49]

---

[46] *Derecho procesal penal*, 2002, p. 392.

[47] *El proceso de hábeas corpus*, 1996, p. 28.

[48] Sentencia del TEDH, asunto *Fox, Campbell y Hartley*, 30.8.1990, párrafos 31 y 32; asunto *Brogan y otros*, 29.11.1998, párrafo 59.

[49] *El derecho…*, 1996, pp. 111-112.

5. El peligro de fuga o *periculum libertatis* es el riesgo fundado de que el detenido no comparecerá ante el órgano jurisdiccional, para lo cual se ha de presumir que el implicado se sustraerá a la actividad de la justicia. Se trata de un baremo, cumplido el primer presupuesto, que otorga un margen de apreciación para acordar la detención, para lo cual —precisa Gimeno— es de tener en cuenta, de un lado, la especial gravedad del delito imputado y, de otro lado, de no tratarse de un delito grave, las circunstancias del hecho o de la personalidad del imputado, tales como sus antecedentes, ausencia de domicilio fijo, etcétera.[50]

Desde el punto de vista de la función que cumple, Ortells Ramos dice que, si toma en consideración el plazo fijado —muy breve— y el tiempo necesario para realizar las averiguaciones sustanciales tendentes al esclarecimiento de los hechos, no se justifica que dicha medida sea un medio para posibilitar o facilitar esas averiguaciones, porque esa finalidad no se recoge en los presupuestos de la detención.[51]

III. La prisión preventiva

1. Concepto y sujetos habilitados

1. Una vez acordada la detención imputativa en sede judicial, luego de un brevísimo plazo, corresponde al juez —una autoridad habilitada para hacerlo— decidir si ordena la prisión preventiva del imputado o, en su defecto, si dispone su excarcelación o lo somete a alguna medida sustitutiva. La prisión preventiva, siguiendo parcialmente a Gimeno Sendra, puede definirse como la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad del imputado por un delito de especial gravedad.[52]

2. Un primer punto problemático planteado por la CADH consiste en que el artículo 7°.5, al determinar que la detención importa la puesta del detenido a disposición judicial —lo que presupone la existencia de un proceso penal, entendido en sentido amplio—, estatuye que quien decida la puesta en libertad o, como es obvio, la prisión preventiva, debe ser "un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales". Ello podría significar —en principio y en una perspectiva estrictamente gramatical, visto inclusive que el inciso 6 de la CADH utiliza esta vez la fórmula "Juez o Tribunal competente"— que quien decida acerca de la detención no necesariamente debe ser un juez, titular de la potestad jurisdiccional.

Cabe acotar al respecto que el TEDH, en el asunto *Schiesser*,[53] decidió por mayoría que el ejercicio de funciones judiciales no se limita necesariamente al

[50] *Los procesos penales*, 2000, pp. 77-78.
[51] *Derecho jurisdiccional*, 1997, pp. 445.
[52] *Los procesos penales*, 2000, pp. 126.
[53] Sentencia del TEDH, 4.12.79, párrafos 29 y ss.

acto de juzgar y que muy bien pueden llevarla a cabo los fiscales, en tanto se siga para su adopción un procedimiento de "carácter judicial". Agregó el TEDH: 1) que el magistrado en cuestión debe ofrecer garantías propias para ejercer funciones judiciales en orden a las garantías que merece el arrestado, siendo la primera la independencia respecto del Ejecutivo y las partes: en este caso el fiscal del cantón suizo era electo popularmente —es de resaltar, empero, que en otros fallos el TEDH consideró que las Fiscalías de Bélgica y de Italia no tienen las calidades de "independencia e imparcialidad" necesarias para desempeñar esa función[54]—, y 2) que ese magistrado, desde el procedimiento, debe oír personalmente al individuo que comparece ante él para la decisión respectiva y, desde la exigencia de fondo, debe analizar las razones que actúan en pro o en contra del arresto, su continuación o variación, esto es, proceder conforme a derecho. Este fallo, desde luego, es polémico, pues los magistrados Ryssdal y Evrigenis precisaron que, amén de la independencia de la administración, ese órgano debe ser imparcial, lo que sólo cumple un juez, más aún si el fiscal asume una función diferente e incompatible con la del juez, como es la acusación. Dice el último:

> La incompatibilidad del Fiscal es inherente al sistema en sí y anula las cualidades jurídicas y psicológicas de independencia, objetividad e imparcialidad del órgano considerado, cualidades éstas que tiene que poseer aquél a quien […] [la Convención] confía la suerte de una persona privada de su libertad.

3. Por otro lado, analizando la medida en sí misma desde la perspectiva del DIDH, siempre es de tener en consideración, en tanto la prisión preventiva es la limitación más gravosa, según explica Barona Vilar, una necesaria ponderación de los intereses en juego, que son el derecho a la libertad de todo ciudadano y a su presunción de inocencia y el derecho de la sociedad a mantener el orden y la seguridad para la convivencia pacífica; ponderación que requiere que toda privación de libertad debe: 1) estar predeterminada por ley; 2) encontrarse justificado en la ley el fin de la privación; y, 3) tener predeterminados legalmente los presupuestos, condiciones y elementos necesarios que deben concurrir para que pueda producirse la citada privación.[55]

4. Por ello, un problema clave, en tanto la CADH no fija los motivos o presupuestos que tornan legítima una prisión preventiva, estriba en desentrañar aquellas circunstancias razonables en función del hecho delictivo y de su presunto autor que autorizan la privación de libertad del imputado con anterioridad a una sentencia condenatoria, valoradas siempre respecto a un fin que la ley estima digno de protección. Esto último trae a colación una decisión trascendente en orden a la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, esto es, a las funciones que cumple en un proceso penal.

---

[54] Asuntos *Borgers v. Bélgica*, sentencia del TEDH, 30.10.1991, y *Brincat v. Italia*, sentencia del TEDH, 26.11.1992.

[55] *Prisión provisional: "sólo" una medida cautelar*, 2000, pp. 894-895.

2. *Naturaleza y funciones de la prisión preventiva*

1. Una breve mirada al DIDH permite establecer lo siguiente:

a. Que el artículo 9°.3 del PIDCP, luego de enfatizar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, condiciona la libertad del imputado a su aseguramiento procesal, a los efectos de su asistencia al proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo; esto es, incorpora expresamente el denominado "peligro de fuga".

b. Que el artículo 5°.3.*c* de la CEDH autoriza la privación de libertad cuando existan indicios racionales de que el imputado ha cometido una infracción o cuando la medida se estime necesaria para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; al respecto la Comisión Europea de Derechos Humanos[56] estableció como fines dignos de tutela los dirigidos a erradicar un peligro de fuga, la reiteración de hechos análogos por parte del imputado o, por último, la destrucción de pruebas; concepción que aceptó el TEDH en varias sentencias.[57]

c. Que el artículo 58°.1.*b* del Estatuto de Roma de la CPI incorpora igualmente esta última concepción de los tres peligros: aseguramiento de la comparecencia del imputado, entorpecimiento de la actividad probatoria y reiteración delictiva.

d. En igual sentido se pronuncian los principios aprobados por el 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al establecer en el párrafo 2.*b* lo siguiente:

> Sólo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se tema que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad.

2. Estos datos son significativos a fin de desentrañar la naturaleza jurídica de la prisión preventiva. La jurisprudencia de la CIDH expresamente ha sostenido que la prisión preventiva es una medida cautelar. Expresa al respecto:

> De lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues *la prisión preventiva es una medida cautelar*, no punitiva.[58]

Esta construcción de la prisión preventiva, sin duda, ubica la institución dentro de la tutela cautelar, que, según define Ortells Ramos,[59] está destinada a contrarrestar

---

[56] Caso *T. vs. España*, resolución 28.6.94.

[57] Véanse los asuntos *Matznetter*, sentencia del TEDH 10.11.69; *Stogmuller*, sentencia del TEDH 10.11.69; *Clooth*, sentencia del TEDH 12.12.91; y *Wemhoff*, sentencia del TEDH 27.6.68.

[58] Sentencia de la CIDH, asunto *Suárez Rosero*, 12.11.1997, párrafo 77.

[59] *Derecho procesal civil*, 2002, pp. 974-975.

el riesgo de inefectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto; la cual, además, tiene como fundamento constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva.

3. Algo pacífica es la discusión respecto a los presupuestos materiales de la prisión preventiva referidos a los peligros de fuga y de entorpecimiento, asegurándose que —por lo menos con mayor intensidad el peligro de fuga y algo más polémico el peligro de entorpecimiento— expresan la naturaleza cautelar de la institución, aunque ello sólo podría pasar en la medida en que se entienda en sentido amplio lo cautelar como aseguramiento de los fines del proceso. Hassemer delimita exclusivamente los fines de la prisión preventiva a aquellos de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de aquélla se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento.[60]

4. El presupuesto de impedimento de fuga, dice Asencio Mellado, se concreta en dos datos básicos que son el aseguramiento de la presencia del imputado al proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y el sometimiento del inculpado a la ejecución de la presumible pena a imponer;[61] mientras que el presupuesto de perturbación probatoria se concreta en el aseguramiento de la actividad probatoria referida a las fuentes de prueba en la instrucción y en la adecuada realización de la actuación de la prueba en el juicio oral.

A la primera Grevi la denomina "cautela instrumental y de carácter específicamente procesal", en tanto se pretende con ella garantizar la fluidez del desarrollo del proceso, al mantener al reo a disposición del juez y evitar eventuales acciones orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables; a la segunda la denomina "cautela final", que descansa en el *periculum libertatis*, en tanto apunta a asegurar la efectividad de la decisión judicial de condena.[62]

5. La *cautela instrumental*, es claro, no lo es en un sentido estrictamente coincidente con las medidas cautelares propias del proceso civil, dado que no asegura la efectividad de la futura sanción penal o de la reparación civil, "por lo que, al ser una finalidad de menor entidad, debe hacerse uso de ella de manera excepcional".[63] Desde esta perspectiva, algunos juristas consideran que ese fin de aseguramiento de la prueba no es cautelar sino *provisional penal* —del cual el primero es sólo una de sus expresiones institucionales—, aunque resaltan su plena legitimidad,[64] en tanto que, a igual que el peligro de fuga, busca impedir que el imputado realice determinadas conductas dañosas o perjudiciales para los fines estimados legítimos del proceso penal. Sin embargo, otros, como Chiavario, llegan a decir que el aseguramiento de

[60] *Crítica al derecho penal de hoy*, 1998, p. 119.
[61] *Los presupuestos de la prisión provisional*, 1998, p. 104.
[62] *Libertad personal del imputado y Constitución*, 1976, pp. 44, 51 y 59.
[63] Llobet Rodríguez, *Proceso penal comentado*, 1998, p. 541.
[64] Málaga Diéguez, *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*, 2000, p. 124.

pruebas es la función más ortodoxa que cumple la prisión preventiva, pues no están en discusión aspectos referentes a la culpabilidad del imputado en función de la gravedad del hecho atribuido sino criterios relativos a la investigación en marcha y a la necesidad de asegurarla.[65] En contra se pronuncia Gimeno, pues apunta:

> […] por muy nobles que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo, en el proceso penal moderno 'no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio', prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como arma arrojadiza contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado.[66]

El riesgo de este "peligro" —sin perjuicio de que sólo se presenta en el acopio de evidencias y, por tanto, por lo general no es en sí mismo permanente durante todo el curso del proceso, lo que obliga a su utilización excepcional— estriba en la fácil inducción a los instructores de propiciar a través de él el impulso de la investigación y en la tentación de propiciar la obtención de pruebas de declaraciones de los inculpados.

6. En cambio, en el derecho procesal existe una fuerte discusión en torno a la legitimidad del *peligro de reiteración delictiva*: se busca impedir que el imputado incurra en ulteriores delitos, que previsiblemente serían idénticos o análogos a aquel que ha provocado la iniciación del proceso, o bien que consume o amplíe los efectos del delito objeto de procesamiento. Sabemos que en el derecho europeo esta finalidad ha sido plenamente aceptada, no sólo en la CEDH sino también en las legislaciones alemana, italiana y portuguesa y en la jurisprudencia española.[67] Es más, la CoIDH ha justificado la prisión preventiva por el "riesgo de la comisión de nuevos delitos", aunque recomienda para dictarla por ese motivo que se centre en la gravedad del crimen, que el peligro de reiteración sea real y que se tengan en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado.[68]

Ahora bien, en tanto se califique de *cautelar* a la prisión preventiva, como lo ha hecho expresamente la CIDH en el asunto *Suárez Rosero*, esa función es inaceptable. En efecto, no está destinada a asegurar las consecuencias jurídicas del delito a declararse en una sentencia condenatoria ni cumple una exigencia de instrumentalidad al no supeditarse a un proceso principal que pretende asegurar, pues lo que busca es la evitación de un futuro e hipotético proceso posterior. Sin duda la función de este motivo es *tuitiva*, no cautelar; busca proteger a la sociedad y dar una respuesta inmediata a una legítima exigencia social de tranquilidad y seguridad, con lo cual —resalta Barona Vilar[69]— se erige en un instrumento de verificación de la política criminal del Estado, convirtiéndose, pues, en medio de obtener una determinada prevención especial. Entre otros muchos,

---

[65] *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal*, 1990, pp. 44-51.
[66] *Los procesos penales*, 2000, p. 142.
[67] Conforme a la sentencia del TCE, asunto *Sotos*, 26.7.1995.
[68] Informe 12/97, 11.3.1997, párrafo 32.
[69] *Prisión provisional y medidas alternativas*, 1988, p. 26.

Barreiro sostiene que tal finalidad está cimentada sobre el concepto de peligrosidad delictiva, de suerte que la prisión preventiva se encamina hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad.[70] Asencio agrega que esta finalidad se asienta en una presunción de culpabilidad al referirse a una prognosis de la comisión de nuevos delitos, lo que presupone entenderlo culpable y, es más, que el imputado seguirá delinquiendo,[71] y Duce y Riego reiteran que ese peligro no permite calificar de cautelar a la prisión preventiva, puesto que no es éste un objetivo del proceso, y la califican en este caso como una medida de seguridad dictada con objetivos de prevención especial lesiva de las garantías procesales.[72] Málaga Diéguez, por el contrario, acepta esta función, cuyo objetivo es la protección de las víctimas actuales y potenciales del encausado, y acota que todas las finalidades de la prisión preventiva presuponen un juicio previo o intermedio de culpabilidad, y que en lo específico cumple un fin constitucionalmente legítimo al destinarse a la protección de las víctimas, pues de lo contrario ninguna medida de protección sería justificable.[73]

7. Sobre esta polémica entiendo que, más allá del principio de *intervención indiciaria* (exigencia de motivos fundados que preliminarmente acrediten la realidad de un delito y la vinculación con él, como autor o partícipe, del imputado), el punto de ruptura —que la hace inaceptable— se da con el principio de proporcionalidad —que, al igual que el otro principio, es en rigor una garantía implícita y transversal propia de un Estado de Derecho—. Si bien no puede tener naturaleza cautelar, dado que su función no es la de garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria, sino que más bien cumple un función preventiva de ulteriores delitos que la califica muy bien de *medida provisional* (que en su configuración está integrada por decisiones intermedias que cumplen funciones cautelares, aseguratorias de la prueba y tuitivas), la incoherencia se manifiesta específicamente desde la *estricta proporcionalidad*, en cuanto la entidad de la libertad personal es de tal nivel superior que no puede dejarse de lado cuando se intenta proteger un interés, sin duda legítimo y de relevancia constitucional, como es la protección de las víctimas y la afirmación de la seguridad ciudadana, no sólo de contenido altamente probabilístico —que descansa sobre bases poco firmes, acota Llobet[74]— sino materialmente de jerarquía inferior, al punto que es posible articular opciones menos gravosas con resultados equivalentes. El interés en disputa podrá justificar afectaciones al derecho de libre tránsito, al derecho a las comunicaciones e, inclusive, a determinados derechos civiles, pero nunca al derecho a la libertad personal si es que entraña su limitación más intensa como es la detención o la prisión preventiva.

---

[70] *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1997, p. 4.
[71] *Los presupuestos de la prisión provisional*, 1998, p. 112.
[72] *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, 2002, p. 259.
[73] *El fundamento…*, 2002, p. 137.
[74] *Proceso penal comentado*, 1998, p. 530.

8. La CoIDH en el citado Informe 2/97 incorpora una cuarta función: preservación del orden público. Señala:

> […] en circunstancias muy excepcionales, la gravedad de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría generar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado.

Esta argumentación, que sigue sin duda determinados fallos del TEDH,[75] no es convincente en tanto —siguiendo a Asencio—, por una parte, no atiende para su acuerdo a criterios vinculados a la persona imputada ni a sus circunstancias, sino a elementos externos a ella, y, por otra, se identifica con las penas privativas de libertad en su función de prevención general.[76] A diferencia del riesgo de reiteración delictiva, esa función no atiende a una conducta del imputado dañosa al proceso, sino que asume circunstancias por completo ajenas a su control.

3. Principios y motivos de la prisión preventiva

1. La prisión preventiva, en cuanto medida coercitiva que restringe severamente el derecho a la libertad personal, necesita sustentarse concurrentemente en dos grandes principios: *intervención indiciaria* y *proporcionalidad*. El primero —definido por Martín Morales— dice de las exigencias fácticas necesarias que permitan entender que existe mérito para limitar el derecho fundamental.[77] Ello da lugar, al *primer presupuesto material de la medida*, el *fumus delicti comissi*. Según Ortells, consta de dos reglas: la *primera*, referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, la cual debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento; y la *segunda*, que está en función del juicio de imputación contra el inculpado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud —o alto grado de probabilidad— acerca de su intervención en el delito.[78] No basta, pues, como sería para el caso de la detención, la mera sospecha razonada, sino que —siguiendo a Choclán Montalvo— es necesaria una sospecha muy fundada, lo que supone —en la línea propugnada por Calamandrei— un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal.[79]

---

[75] Asuntos *Tomasi*, 27.8.1992, y *Letellier*, 26.6.1991.
[76] *Los presupuestos…*, 1988, p. 117.
[77] *El principio constitucional de intervención indiciaria*, 2000, pp. 10-23.
[78] *Derecho jurisdiccional*, 1997, pp. 455-456.
[79] *Derecho procesal penal*, 2002, p. 266.

Ahora bien, la *intervención indiciaria*, traducida para la prisión preventiva en el *fumus delicti comissi*, no equivale a una declaración de culpabilidad; es claro que en tanto no haya una sentencia firme condenatoria existe una presunción de inocencia, la cual no admite limitaciones ni graduaciones: se es inocente mientras no se demuestre lo contrario en el juicio oral y se haya proferido sentencia firme condenatoria contra el acusado. Dice Rodríguez Fernández que la razonada atribución del hecho punible al imputado o los *motivos bastantes* para creer responsable criminalmente del delito a una persona:

> […] no son suficientes para desvirtuar o limitar este principio, sino una exigencia para que la medida de prisión provisional tenga una sólida base. Por muy evidentes y suficientes que sean estos motivos, en ningún caso pueden sustituir, ni adelantar los resultados que, tras el juicio oral, se constaten en la sentencia condenatoria firme.[80]

En esta misma línea Llobet Rodríguez enfatiza que esta exigencia:

> […] no es una consecuencia de la presunción de inocencia. Sólo se podría sostener eso desde una concepción psicológica de la presunción de inocencia, que relativizara ésta de acuerdo al grado de sospecha, posición que […] debe ser rechazada. En realidad, la exigencia de la sospecha suficiente de culpabilidad no es sino una consecuencia del principio de proporcionalidad [nosotros diríamos del *principio de intervención indiciaria*], el que no admitiría que una privación de libertad de la intensidad de la prisión preventiva debiera ser soportada por aquél contra el cual no existen suficientes elementos de convicción como para estimar como probable que es responsable penalmente.[81]

2. El *principio de proporcionalidad* —sostiene Pedraz— no sólo exige que la limitación de la libertad personal persiga amparar intereses generales, sino que ésta sea adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad de aseguramiento fijada en la ley, y a través de un medio idóneo.[82] Así las cosas, los motivos materiales de detención requieren tomar en consideración diversos planos. Es arbitraria la imposición de la prisión preventiva por el solo hecho de la naturaleza del delito imputado; a juicio de la CoIDH ello impondría un castigo anticipado, implicaría utilizar la prisión preventiva con fines distintos a su naturaleza y tendería a crear una excepción a la presunción de inocencia.[83]

3. Cabe aclarar que desde este principio se articulan dos motivos, concurrentes, para la legitimidad de la privación de libertad: a) *delito grave* y b) *peligrosismo procesal*, que a su vez se expresan en varios peligros concretos, algunos de los cuales son muy polémicos, como se tuvo oportunidad de advertir. El primer motivo —en palabras de Choclán— se explica en razón de que la prisión preventiva supone la restricción de un derecho fundamental de primera importancia, lo que en principio

---

[80] *El procesamiento*, 1999, p. 61.
[81] *Proceso penal comentado*, 1998, p. 527.
[82] *Derecho procesal*, 2000, p. 154.
[83] Informe 2/97, párrafos 51-52.

exige que el delito en cuestión lleve aparejada pena privativa de libertad, y dentro de esta clase de delitos debe limitarse a aquellos que estén amenazados con pena grave, sin que pueda acordarse la medida en los llamados "delitos bagatela".[84] Desde esta consideración, unida a la segunda que luego se precisará, se entenderá que el sacrificio que a la libertad de la persona se impone sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida.

4. El segundo motivo de prisión preventiva, enraizado en la proporcionalidad —que como sabemos es un canon de legitimidad de las restricciones de todo derecho fundamental— está vinculado a los peligros que se pretende conjurar con la medida, los cuales tienen como nexo la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima, que en el caso del proceso penal es asegurar la ejecución del fallo y, en menor medida, el normal desarrollo del proceso. Los peligros son:

a. *Peligro de fuga*. Se reconducen a cinco elementos valorativos: gravedad del delito, naturaleza y caracteres de éste, circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena, circunstancias del imputado —referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes— y conducta anterior y posterior al delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales[85] e incomparecencia del imputado al llamamiento judicial. El delito, en cuanto a la pena esperada, debe ser grave, pero, como dice el TEDH,[86] no basta ese solo dato, pues ha de complementarse con algunos de los elementos ya indicados.
b. *Peligro de entorpecimiento*. Se requiere que el peligro sea concreto y no abstracto;[87] el riesgo se ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba[88] (si se trata de pruebas materiales él ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados, y en el caso de pruebas personales debe existir una determinada capacidad de influencia respecto de los testigos, peritos o coimputados).[89] A ello debe destacarse, como menciona Asencio, la naturaleza del delito y el carácter y la posición del autor para obstruir la actividad probatoria.[90]

---

[84] *Derecho procesal penal*, 2002, p. 266.

[85] Sentencias del TEDH, asuntos *B.*, 28.3.1990, párrafo 44; *Letellier*, 27.11.1991, párrafo 43; *Stögmuller*, 10.11.1969, párrafo 15; *W.*, 26.1.1993, párrafo 32.

[86] Sentencia del TEDH, asunto *Neumeister*, 27.6.1968, párrafo 39.

[87] Informe de la CoIDH, 2/97, párrafo 33.

[88] Sentencia del TEDH, asunto *Wemhoff*, 27.6.1968, párrafo 14.

[89] Cf. sentencias del TEDH, asuntos *Tomasi*, 27.8.1992, párrafos 92-95; *Kemmache*, 12.12.1991, párrafos 46-47; *Letellier*, 27.11.1991, párrafos 37-38.

[90] *Los presupuestos…*, 1998, p. 137.

c. *Peligro de reiteración delictiva*. Existen dos grandes grupos de criterios para acordar una prisión preventiva en esta causal, destinada a evitar una infracción concreta y determinada:[91] criterios relativos al delito cometido y a las circunstancias de su comisión, y criterios referidos al hecho esperado y que se pretende evitar. En el primer motivo se ha atender a la gravedad del delito, a su naturaleza, a las circunstancias de su comisión, a los antecedentes del reo y a su personalidad.[92] En el segundo, han de tenerse presentes dos condiciones básicas: la gravedad del delito presumido y la naturaleza del delito esperado.[93]

5. El principio de proporcionalidad, al decir de Gonzáles Cuellar Serrano, incorpora como *requisitos generales* que la orden judicial debe: 1) ser motivada, en el sentido de suficiente y razonable, sin errores patentes ni generación de indefensión, y 2) sustentarse en una norma que incorpore fines constitucionalmente legítimos y congruentes entre sí.[94] Sobre lo último ya se ha hecho mención a las exigencias que debe cumplir una ley para disponer la privación de libertad por razones de punibilidad, así como que la orden de privación de libertad debe ser absolutamente congruente con los presupuestos y procedimientos que fija la ley, pues de lo contrario se incurre en ilegalidad manifiesta o en desviación de poder.

6. En cuanto a la motivación se requiere, como dice la CoIDH, que las consideraciones de hecho y de derecho de la orden estén puestas de manifiesto claramente.[95] La orden debe ser escrita —característica imprescindible para su control y para el conocimiento del sujeto afectado o, acota Roxín, para evitar órdenes injustificadas o precipitadas[96]— y requiere, como ha determinado el TEDH, que se indiquen las circunstancias en las que se basa,[97] así como no incluir formulaciones puramente generales o abstractas o que se remitan a decisiones anteriores.[98]

4. Plazo de la prisión preventiva

1. Finalmente, en cuanto a la duración de la prisión preventiva, hay que señalar, en primer lugar, que, como toda medida provisional, está sujeta al principio *rebus sic*

---

[91] Sentencia del TEDH, asunto *Guzzardi*, 6.11.1980, párrafo 102.

[92] Sentencias del TEDH, asuntos *Clooth*, 12.11.1991, párrafo 40; *Matznetter*, 4.4.1967, párrafos 9 y 11; *Toth*, 12.12.1991, párrafo 70; *Herczegfalvy*, párrafo 60.

[93] Cf. Grevi, *Perfil del nuevo Código de Procedimiento Penal*, 1992, pp. 221-222; Kleinknecht-Meyer, *Ordenanza Procesal Penal Alemana*, 1987, pp. 403 y ss.

[94] *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p. 69.

[95] Informe 2/97, párrafo 19.

[96] *Derecho procesal penal*, 2000, p. 263.

[97] Sentencia del TEDH, asunto W, 26.1.1993, párrafo 12.

[98] Sentencias del TEDH, asuntos *Letellier*, 27.11.1991, párrafo 51-52; *Kenmache*, 12.12.1991, párrafo 52; *Clooth*, 12.11.1991, párrafo 43.

stantibus, en cuya virtud puede ser levantada en cualquier momento en que se modifiquen los presupuestos materiales que sirvieron para acordarla; esto es, en palabras de Gómez Orbaneja: "no son definitivas y pueden ser alteradas por el resultado del proceso".[99] Sin embargo, esta nota característica, según demuestra la experiencia, no es suficiente. Acogiendo esta regla de experiencia, el artículo 7°.5 de la CADH prescribe que la privación de libertad está condicionada a un plazo razonable; de lo contrario el imputado debe ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. El objetivo de este límite, señala la CoIDH, es "proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado",[100] el cual se da en interés del acusado y no de la justicia.[101] El TEDH sobre esa misma base legal tiene establecido que la finalidad del precepto es fundamentalmente que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable;[102] por ende, se busca evitar privaciones de libertad no razonables; y, según estableció la CIDH, "tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente".[103]

2. La CADH, dice Gialdino, se refiere a dos clases de plazos: al del proceso en su conjunto y al de la prisión preventiva en particular, y este último es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio,[104] aunque sus parámetros para evaluarlos guardan entre sí una marcada analogía, pero no confusión.[105] Esto último trae como consecuencia la regla o nota característica de la *temporalidad* de la prisión preventiva, derivada del principio de excepcionalidad, regla que obedece a razones de justicia y actúa como remedio ante la poca virtualidad práctica del *rebus sic stantibus*. En virtud de su incorporación al sistema interamericano, la limitación temporal de la prisión preventiva tiene como objetivo hacer cesar el encarcelamiento preventivo, atendido al mero transcurso del tiempo.

3. Son dos los elementos que describen el plazo razonable de la prisión preventiva. El primero está referido al cómputo de los períodos de privación de libertad. El segundo se circunscribe al conjunto de causas o criterios que pueden fundar una prolongación o un mantenimiento de la restricción de libertad. En ambos supuestos es obvio que el análisis o control debe realizarse *in concreto*.[106]

---

[99] *Derecho procesal penal*, 1987, p. 206.
[100] Informe 12/96, párrafo 76.
[101] Informe 35/96, párrafo 70.
[102] Sentencia del TEDH, asunto *Neumeister*, 27.6.1968, párrafo 4.
[103] Sentencia de la CIDH, asunto *Suárez Rosero*, 12.11.1997, párrafo 70.
[104] CoIDH, Informe 12/96, párrafo 110.
[105] *La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos*, 1999, pp. 45.
[106] Véase CoEDH, asunto *Vallon*, 8.5.1984, párrafo 51.

4. El plazo de la prisión preventiva, desde luego, debe ser entendido como un límite máximo, aunque no necesariamente de carácter abstracto, expresado en un número fijo de días, semanas, meses o años, o varios períodos que dependan de la seriedad de la infracción.[107] Cuando una legislación, como es la tendencia en el derecho comparado, fija un límite, que siempre habrá de ser entendido como máximo y por ende no impide que en un caso concreto ese período sea menor, el cómputo comprende desde el día de la detención, aunque ésta hubiese sido anterior a la fecha en que fue dispuesta la prisión preventiva al iniciarse la instrucción,[108] hasta el juicio oral, así como el tiempo de los recursos a que pudo haber dado lugar la resolución de prisión preventiva,[109] cuyo término es la excarcelación efectiva. La superación del plazo, *per se*, torna la prisión irrazonable, sin que sea necesario analizar las circunstancias de la causa.

5. El segundo elemento para definir el carácter razonable de la prisión preventiva está en función de las circunstancias concurrentes en el proceso, que se inclinarán por una u otra opción. Una primera condición *sine qua non* de la subsistencia o regularidad de la medida, como acota Pedraz con cita de la jurisprudencia del TEDH,[110] es, por una parte, la persistencia de plausibles sospechas acerca de la participación en el hecho punible por el que se procede, y, por otra, dada la insuficiencia del *fumus delicti comissi*, el análisis de los motivos de privación de libertad, lo que implica controlar su pertinencia y suficiencia.[111]

6. La segunda condición está en la ponderación concreta acudiendo a tres circunstancias: complejidad e implicaciones del caso, actividad de los órganos judiciales, y conducta procesal del acusado, las que deben valorarse siempre desde el criterio de proporcionalidad.[112] Habrán de tomarse en cuenta la naturaleza del delito, los hechos investigados y los alcances de la actividad probatoria necesaria para el esclarecimiento de los cargos; asimismo, el estudio del tiempo insumido durante la instrucción, el juzgamiento y el procedimiento recursal en su caso (que dice de la actividad o inactividad procesal de la autoridad judicial).[113] Por último, también es de controlar la conducta procesal del imputado, en tanto la demora efectiva del procedimiento puede ser imputable al abuso del reo del derecho a utilizar los resortes proce-

---

[107] Véase sentencia del TEDH, asunto *W.*, 26.1.1993, párrafo 30.

[108] Sentencia de la CIDH, asunto *Suárez Rosero*, 12.11.1997, párrafos 34 y 70.

[109] CoIDH, Informe 12/96, párrafo 105.

[110] Sentencia del TEDH, asunto *Stogmuller*, 9.2.1967, párrafo 4.

[111] Sentencias del TEDH, asuntos *Wemhoff*, 1.4.1966, párrafo 122; y *Ringeisen*, 27.11.1991, párrafo 104.

[112] Sentencia de la CIDH, asuntos *Genie Lacayo*, 29.1.1997, párrafo 77, y *Suárez Rosero*, 12.11.1997, párrafo 72.

[113] Sentencia del TEDH, asunto *Wemhoff*, 1.4.1966, párrafo 16; CoIDH, Informe 12/96, párrafo 105.

sales disponibles con la intención de atrasar el procedimiento.[114] En este supuesto lo que se censura es la obstaculización deliberada, la mala fe o los propósitos obstructivos del acusado,[115] siempre que la dilación del procedimiento sea directamente proporcional al tiempo transcurrido por esa causa.[116]

[114] CoIDH, Informe 64/99, párrafo 60.
[115] CoIDH, Informe 12/96, párrafos 103 y 105.
[116] CoIDH, Informe 43/96, párrafo 106.

Luis M. García (Argentina) *

La protección de la identidad de las fuentes periodísticas a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los estándares de sus órganos de aplicación

Introducción

Esta exposición sobre el secreto de las fuentes periodísticas no tiene pretensiones monográficas. Su origen se remonta a una intervención del autor en el marco de un programa teórico-práctico dirigido a jueces y otros colaboradores de la administración de justicia[1] que tenía dos ejes: por un lado, la jurisprudencia sobre la cuestión de los tribunales internos de la República Argentina, y por otro, la capacidad de rendimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que la República Argentina es parte,[2] y la de los estándares de sus órganos de aplicación o interpretación en punto a la protección de las fuentes. También se dio cuenta allí de la utilidad auxiliar de los estándares emanados de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Limitaciones propias del espacio disponible explican que en el presente texto, que tiene como base sustancial aquella exposición pública, sólo me ocupe de la pre-

* Profesor adjunto del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor invitado a cargo de la materia Derechos Humanos y Proceso Penal, Carrera de Especialización en Derecho Penal, Universidad Austral, Buenos Aires. Profesor invitado a cargo de la materia Derechos Humanos y Proceso Penal, Carrera de Especialización en Derecho Penal, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires. Juez de cámara del Tribunal Oral en lo Criminal n° 9, Buenos Aires.

[1] Seminario de actualización en Derecho Internacional-Derechos Humanos, organizado por la Escuela de Capacitación Judicial, Superior Tribunal de Justicia del Chubut, y auspiciado por el Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer, que tuvo lugar en Rawson los días 10 y 11 de marzo de 2003.

[2] Cf. el artículo 75, inciso 22, de la CN.

sentación desde la óptica de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los estándares establecidos o en curso de elaboración, y prescinda de la mirada del derecho interno.[3] Las mismas limitaciones explican también que en esta exposición haya prescindido de una presentación exhaustiva de todos los aspectos jurídico-políticos de la libertad de prensa, y que me haya limitado a las menciones indispensables para la comprensión del problema que constituye su objeto.

I. El alcance de la libertad de expresión en los instrumentos internacionales de derechos humanos

Prácticamente todos los instrumentos regionales y universales de derechos humanos incluyen a la libertad de expresión entre los derechos civiles y políticos. Sin embargo, su configuración no es concebida de modo idéntico en cada uno de ellos. Se refieren a este derecho el artículo IV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (DADyDH), el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), el artículo 10 del Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos del Hombre de 1950 (CEDH), el artículo 19 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— de 1969 (CADH), el artículo 9 de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981 (CADHyP) y el artículo 13 de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 (DDN).

1. La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y en el PIDCP

Atendiendo a la característica de esta publicación y su ámbito de difusión, aparece pleno de sentido prestar atención preferente a los instrumentos universales y regionales de aplicación en las Américas. Sin perjuicio de ello, más tarde se dará cuenta del estado de la cuestión en el marco regional europeo a la luz de las disposiciones normativas y la jurisprudencia sobre el CEDH.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene hoy en día su base normativa en múltiples instrumentos generales y temáticos. El derecho a la libertad de expresión aparece reconocido en los dos instrumentos normativos generales del sistema, a saber: la DADyDH[4] y la CADH. El artículo IV de la DADyDH declara:

---

[3] Para una introducción sobre el estado de la cuestión en la República Argentina véase: Gregorio Badeni, *Tratado de libertad de prensa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2002, pp. 342-359; Javier De Luca, *El secreto de las fuentes periodísticas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999; y también mi trabajo "Sobre la protección de las fuentes periodísticas. A propósito del caso del TEDH 'Roemen y Schmit c. Luxemburgo': una contribución a la relectura del caso 'Catan'", en *La Ley*, 2003-E, pp. 659/699.

[4] Sobre el carácter normativo y obligatorio de la DADyDH para los Estados que forman parte de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), véase Corte IDH, OC n° 10/89, sentencia de 14 de julio de 1989, serie A, n° 10, § 45; y también Fabián Omar Salvioli, "El aporte de la

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

Por su parte, el artículo 13 de la CADH establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2 . El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
   a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
   b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Por su parte, el artículo 19 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, que rige en prácticamente todos los Estados del continente americano, establece:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos", en *Anuario de Derecho*, Universidad Austral, Buenos Aires, n° 5, 1999, pp. 13 y ss., y Grace Nacimiento, *Die Amerikanische Deklaration der Rechte und Pflichten des Menschen*, Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1995, pp. 54 y ss.

a. Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Estas disposiciones no se ocupan de modo separado de la libertad de prensa o de la periodística en general; sin embargo, la expresión por la prensa escrita, audiovisual o electrónica no es sino uno de los medios posibles de expresión protegida comprendidos en el término "cualquier otro procedimiento de su elección".

Una rápida lectura de las disposiciones arriba transcriptas pone en evidencia que, más allá de los términos amplios en los que está concebida la libertad de expresión y de prensa, no hay ninguna previsión expresa que proteja las fuentes de información periodística.

Intentaré sin embargo mostrar cómo la protección de las fuentes es interpretada como inherente a la libertad del periodista profesional. Partiré para ello de la exposición de la cuestión según la interpretación de los órganos del sistema interamericano.[5]

A. Los actos comprendidos en el derecho a la libre expresión

La Corte IDH se pronunció por primera vez sobre la interpretación del artículo 13 CADH en su opinión consultiva sobre "La Colegiación obligatoria de periodistas".[6] Entre las preguntas sometidas a la Corte se le pedía su opinión sobre el alcance y cobertura del derecho de libertad de expresión del pensamiento y de información y cuáles son las limitaciones permisibles conforme a los artículos 13 y 29 de la Convención.

La Corte IDH señaló que, según el artículo 13 de la CADH, la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole". De esas tres actividades cubiertas por el derecho a la libertad de expresión dedujo la existencia de una "doble dimensión" del derecho, a la vez individual y social. Esa doble dimensión consiste, según la Corte IDH, en que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también,

---

[5] En el texto se presta atención —en particular— a los criterios de la Corte y Comisión interamericanas, en la medida en que el material del sistema interamericano es comparativamente más rico que el del Comité de Derechos Humanos. Éste ha emitido el Comentario General nº 10 sobre el artículo 19 del PIDCP, que por su generalidad ha sido calificado como débil y decepcionante, y apenas algo más que una reiteración del texto del artículo 19; cf. Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee. Its role in the Development of the International Convenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 461, nº 11.5. En el ejercicio de la competencia que le asigna al HRC el Protocolo Facultativo al PIDCP, tampoco se encuentran, salvo excepciones, abordajes comparables a los del sistema interamericano; sin embargo, como ejemplo de abordaje sistemático y exhaustivo del artículo 19, compárese com. nº 736/1997 *Malcolm Ross v. Canadá* (1996), U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997.

[6] OC n° 5/85, cit., sentencia de 13 de noviembre de 1985, serie A, n° 5.

por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.[7]

En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Destacó la Corte IDH que, cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier […] procedimiento", está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al *status* de quienes se dediquen profesionalmente a ella.[8]

Por su parte, en su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias: "Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia".[9]

Son de destacar, en resumen, los tres actos comprendidos en la libertad de expresión (buscar, recibir y difundir informaciones e ideas),[10] y sus dimensiones individual y social. En segundo lugar, que una restricción a las posibilidades de divulgación representa un límite al derecho de expresarse, y esto no puede desconectarse del derecho de prensa y del derecho profesional de prensa.

B. La censura y otras restricciones a la libertad de expresión

La censura es probablemente la forma más tradicional, y por lo regular la más directa, de restricción de la libertad de expresión. Respecto de ella la CADH es terminan-

---

[7] OC n° 5/85, cit., § 30. En términos sustancialmente análogos, más tarde, Corte IDH , caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, nº 73, §§ 64 y ss.; y caso *Bronstein, Ivcher vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C: Resoluciones y Sentencias, nº 74, § 146 y ss.; esta concepción es seguida por la Comisión IDH, a partir de su informe n° 11/96, caso 11.230, *Martorell, Francisco vs. Chile*, informe de 3 de mayo de 1996, en *Informe anual 1996*, § 53.

[8] OC n° 5/85, cit., § 31. Compárese *La última tentación de Cristo*, cit., § 65; *Bronstein, Ivcher vs. Perú*, cit., § 147.

[9] OC n° 5/85, cit., § 32. Ídem, *La última tentación de Cristo*, cit., § 66; y *Bronstein, Ivcher vs. Perú*, cit., § 148.

[10] En sentido sustancialmente análogo también el artículo 19 del PIDCP. Véanse las diferencias con el artículo 10 del CEDH, *infra* 2.3.

te: "el ejercicio del derecho [….] no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores". En esto la CADH se distingue de los textos de los artículos 19 del PIDCyP, 10 del CEDH y 9 de la CADHyP, que no sólo prevén un régimen de responsabilidad *ex post*, sino que también toleran restricciones anteriores a la difusión de la expresión, aunque, por cierto, bajo presupuestos bastante estrictos.[11]

En cualquier caso, en el marco de la CADH no hay una proscripción absoluta de censura, pues de ella surgen tres supuestos en los que, en mayor o menor medida, son admitidos actos de censura previa. En épocas de normalidad la CADH admite la posibilidad de ciertas restricciones de acceso a los espectáculos públicos con fines de protección moral de la infancia y la adolescencia —artículo 13.4—,[12] restricciones que, más allá de los eufemismos, constituyen verdaderos actos de censura.[13] En cualquier tiempo la misma Convención impone la prohibición por ley de toda propaganda en favor de la guerra y de toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o acciones análogas por motivo de raza, color, religión, idioma y origen nacional —artículo 13.5—,[14] prohibición pues que consiste

---

[11] La Corte IDH ha calificado de esta diferencia como "intencional" y ha declarado que las disposiciones de la CADH fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de ideas. Cf. OC n° 5/85, § 50.

[12] Véanse también el artículo 17, inciso *e*, de la CDN, según el cual los Estados Partes "promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18".

[13] Alex Muñoz Wilson, en *Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana*, colección Más Derecho, n° 2, Di Placido-Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2002, pp. 97 y ss, esp. p. 123, discute que en este caso se trate de una verdadera censura, pues no se restringe preventivamente la circulación de informaciones e ideas sino que sólo se perseguiría proteger a ciertos sectores vulnerables —la niñez— del efecto nocivo de ciertas informaciones o ideas. Esta visión transpira un apego a la idea de que sólo constituiría censura la restricción preventiva de la "circulación" o "difusión"; sin embargo, también es calificable de censura la restricción preventiva de "acceso" o "recepción" de informaciones o ideas al alcance de la generalidad, que afecta a un grupo de ciertas características, por ejemplo, la niñez.

[14] El término del artículo 13.5, "estará prohibida por la ley", indica que en estos casos la censura no sería contraria a la CADH; no ha sido sin embargo esa la visión de la Comisión IDH, en su informe n° 11/96, caso 11.230, *Martorell, Francisco vs. Chile*, cit., § 56, ha entendido que la prohibición de censura previa es "absoluta" y que la única excepción permitida es la del artículo 13.5. Compárense la recomendación general n° 15-42/1993 del Comité para la eliminación de la discriminación racial; también, *mutatis mutandi* en el marco del artículo 20.2 del PIDCP, HRC, com. nº 104/1981, *J. R. T. and the W. G. Party v. Canadá*, UN Doc. Supp. nº 40 (A/38/40) at 231 (1983), § 8, donde afirmó que la comunicación de ideas racistas en cuanto constituya apología del odio racial o religioso no sólo no está protegida por el Pacto, sino que es de hecho incompatible con sus provisiones; en ese entendimiento declaró el HRC que Canadá tenía según el artículo 20.2 la *obligación de prohibirlas*. Véase de modo más general Régis de Gouttes, "À propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme", en AA.VV., *Mélanges en Hommage à Luis Edmond Petitti*, Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 251 y ss., esp. p. 260; y compárese Gullco, Hernán, "La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso", en Eduardo Bertoni, Alberto Bovino, Francisco Guariglia y Hernán Gullco, *Libertad de prensa y derecho penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 37 y ss., con argumentos basados en estándares sobre

en una severa restricción previa a la expresión y difusión del pensamiento.[15] En tercer lugar, en estados de emergencia, bajo escrutinio estricto de los presupuestos sentados en el artículo 27, es en principio posible la censura de informaciones.[16]

Ahora bien, surge con claridad del texto convencional que, fuera del caso de proscripción de la censura previa, no son necesariamente contrarias a la Convención otras restricciones a los medios de comunicación, o, en general, de la libertad de expresarse, que no constituyan censura. Al contrario, el mismo artículo 13.2 la CADH prevé la posibilidad de restricciones mediante el establecimiento de sistemas legales de responsabilidad ulterior a la publicación. Sin embargo, las restricciones están sujetas a los siguientes requisitos:

a. Deben estar expresamente fijadas por la ley, lo que se relaciona con la regla general del artículo 30. La Corte IDH ha leído en el artículo 13.2 la exigencia de que la ley debe definir las conductas que conducen a responsabilidad, y las causales son taxativas.[17]
b. Deben perseguir fines legítimos; en el caso, los únicos fines legítimos son los enumerados en las letras *a* y *b* del artículo 13.2, y no son susceptibles de ser ampliados por comparación con otros instrumentos.[18]
c. La restricción debe aparecer como "necesaria" para asegurar los mencionados fines, donde *necesario* no es sinónimo de *indispensable*, pero tampoco lo es de lo meramente *útil*, *razonable* u *oportuno*. La Corte, siguiendo al TEDH, ha advertido que debe tratarse de una "necesidad social imperiosa";[19] por otra parte, que la restricción tiene que relacionarse con las necesi-

el "peligro claro y actual" de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que no ofrece un sentido posible al mandato "estará prohibida por la ley".

[15] Eduardo A. Bertoni, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 53, admite sin rodeos que la prohibición del artículo 13.5 de la CADH implica censura.

[16] Señala Ariel Dulitzky ("La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell", en ‹http://www.derechos.org/vii/dulitzky.html›) que en esos casos "la juridicidad de la censura previa dependerá del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarde la censura previa con dicha emergencia".

[17] Cf. OC n° 5/85, cit., §§ 35, 39. Compárese Jaime Ordóñez, "Periodismo, derechos humanos y control del poder político. Una aproximación teórica", en Jaime Ordónez (ed.), *Periodismo, derechos humanos y control del poder político en Centroamérica*, IIDH, San José de Costa Rica, 1994, p. 19, quien sostiene la tesis de que el objeto de la información es toda la realidad social, en su sentido más amplio y genérico, de suerte tal que "todo es informable salvo lo que expresamente prohíba la ley" y que debe partirse de la "presunción […] de que *absolutamente todo es informable* y, por ello, las restricciones a la información […] deberán venir o bien de la inhibición del sujeto informante, bien de la sanción posterior al hecho indebidamente informado" (el resaltado pertenece al original).

[18] OC n° 5/85, cit., § 36, 39, 40, 51 y 52.

[19] OC n° 5/85, cit., § 39, sobre el principio de proporcionalidad y el criterio de necesidad en una sociedad democrática en general, véase mi trabajo "El derecho internacional de los derechos humanos. ¿Cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?", en Luis M. García (coord.), *Los derechos humanos en el proceso penal*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, pp. 156 y ss., y en el marco

dades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas, conexión que la Corte ha inferido de la relación de la libertad de expresión con los artículos 29.*d* de la CADH y XXVIII de la DADyDH.[20] En términos de la misma Corte IDH, "las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas".[21]

Paralelamente, se observa que el Comité de Derechos Humanos ha seguido una línea de interpretación semejante a la de la Corte IDH en algunas comunicaciones individuales a tenor del Protocolo Facultativo anexo al PIDCP, exigiendo previsión de ley, finalidades legítimas de la restricción y necesidad de ésta en una sociedad democrática.[22]

C. La dificultad de definir el concepto de censura *para distinguirlo de otras clases de restricciones*

Está en general fuera de discusión que el *control preventivo* de lo que se difunde o de lo que se recibe, según se mire desde la dimensión del emisor o del receptor, constituyen en cualquier caso actos de censura incompatibles con la CADH,[23] salvo en los tres supuestos en los que ella misma lo autorizaría. Pero, puesto que la libertad de expresión no consiste solamente en la de difundir y recibir ideas e informaciones de toda índole, sino también en el derecho de buscarlas, es de preguntarse si deberían calificarse también como actos de censura los que restrinjan la búsqueda de informaciones. A ese respecto, el artículo 13.1 de la CADH presenta una construcción sintáctica que conduce a algunas dudas en cuanto a la interpretación de la frase final que se refiere a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole "*sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*".

---

europeo Marc-André Eissen, "Le principe de proportionalité dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", en Luis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: Commentaire article par article*, 2ª ed., Económica, París, 1999, pp. 66 y ss.; y del mismo autor, "The principle of proportionality in the Case-law of the European Court of Human Rights", en R. St. J. McDonald, F. Matscher, H. Petzold, *The European System for the protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, pp. 125 y ss.

[20] OC n° 5/85, cit., 42, 44. Sobre el valor instrumental de la libertad de expresión para el sistema democrático, en especial de su faceta de acceso a la información, véase Ordóñez, o. cit., pp. 29-32.

[21] OC n° 5/85, cit., § 44.

[22] Compárense com. nº 550/1993, *Robert Faurisson v. Francia* (1996), UN Doc. CCPR/C/58/D/550/1993, § 9.4 y ss.; com. nº 736/1997, *Malcolm Ross v. Canadá*, (1996), UN Doc. CCPR/C/70/D/736/1997, § 11 y ss.

[23] Así, claramente, la Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 39, y caso *La última tentación de Cristo*, cit., § 65/71. Compárese en el orden interno argentino, Corte Suprema, *Fallos*, 217:145.

¿Tolera la CADH medidas de control o restricción preventivas a la búsqueda de informaciones? ¿O sólo son compatibles con ésta las responsabilidades ulteriores a la actividad de búsqueda que puedan considerarse ilegales o abusivas? Una interpretación según el objeto y fin del tratado impone partir de un enfoque no restrictivo, de tal manera que abarque a las tres clases de acciones. Así, calificada doctrina entiende a la libertad de expresión como el derecho de toda persona "de seleccionar el *procedimiento* a través del cual *buscará*, recibirá o difundirá" las ideas o informaciones,[24] libertad de elección que no podría estar sujeta a límites previos.[25]

Sin embargo, una interpretación tan amplia llevaría admitir una libertad de elegir *cualquier procedimiento de búsqueda* de informaciones, amplitud que no parece compatible con una interpretación contextual, por los resultados a los que lleva. En efecto, el artículo 13.2 de la CADH establece que "el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores". Si bien la responsabilidad ulterior, y en su caso el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, pueden proveer, por lo general, una protección en principio efectiva de los derechos o intereses enumerados en el artículo 13.2, letras *a* y *b*, de la CADH, es empero dudosa su capacidad de protección o reparación cuando se trata de las actividades de búsqueda ilegal o abusiva de ideas o informaciones.

En primer lugar, debería responderse si *toda* información del Estado debería ser de libre acceso a la generalidad, o si parte de ella podría ser sujeta a restricciones previas, i. e. censurada, y en su caso sobre qué presupuestos.

También es problemático el marco de acceso a informaciones o datos en poder de particulares mediante actividades ilegales de búsqueda o investigación, y la calificación que merecerían las medidas de defensa contra actos de ese tipo indeseados o no consentidos. Por ejemplo, la autodefensa privada, o la acción de policía preventiva estatal, tendientes a impedir actos tales como la sustracción de un documento privado, la invasión domiciliaria, o la intrusión en una base de datos o en alguna clase de comunicación interpersonal, mientras los atentados o intrusiones todavía se hallan en curso, difícilmente podrían ser calificados como "censura previa" prohibida por la CADH. La cuestión es más problemática una vez que la actividad intrusiva ha cesado y de lo que se trata es del aprovechamiento o utilización de las informaciones obtenidas o ideas conocidas por esas vías, para tomarlas en cuenta o hacerlas objeto, a su vez, de una expresión protegida por la CADH. Creo que en este punto la definición

---

[24] Cf. Carlos M. Ayala Corao, "El derecho humano a la libertad de expresión: límites aceptados y responsabilidades ulteriores", en *Ius et Praxis*, Revista de la Universidad de Talca, Talca, Chile, año 6, nº 1, 2000, p. 34. Análogamente, Juan Carlos Hitters (*Derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 179, § 108) lo entiende como "derecho a buscar y tomar información por el medio que se desee".

[25] Así Ordóñez (o. cit., pp. 12 y ss., esp. p. 21) entiende, en el marco del artículo 19 de la DUDH, que la facultad de investigar comprende la de "acceder directamente a las fuentes de las informaciones y de obtener éstas sin límite general alguno".

de "censura previa" no ha alcanzado suficiente desarrollo, ni doctrinal ni jurisprudencial; en otras palabras, no hay todavía una contestación segura a la pregunta de si debe calificarse de "censura" a cualquier restricción a la libertad de "buscar" informaciones o ideas.[26]

Cualquiera sea la respuesta, una definición de censura en este campo no puede prescindir de la definición de los límites del derecho de acceso a la información.[27] Más adelante se verá la influencia de una toma de posición en punto al objeto central de este trabajo.

Por ahora basta señalar que la Corte IDH se ha referido al derecho de "utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios", y ha aludido a que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas por cualquier procedimiento, pero no ha reconocido todavía de manera expresa la existencia un derecho a buscar informaciones o ideas por cualquier procedimiento,[28] esto es, sin límites previos.

D. La CADH y las restricciones indirectas a la libertad de expresión. Los deberes de respeto y protección de las actividades de búsqueda de informaciones y de las fuentes periodísticas

En punto a la calificación de un acto estatal como censura o restricción deben evitarse criterios reduccionistas limitados a las meras interdicciones directas de difusión o distribución de informaciones o ideas. Así la Corte IDH ha destacado que el artículo 13.2 de la CADH también debe interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que, a diferencia del CEDH y del PIDCP, es explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante "vías o medios indirectos […] encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".[29]

---

[26] Véase la discusión en el Tercer Comité de Redacción del PIDCyP, con relación al artículo 19.2 del PIDCP, donde se advirtió sobre el riesgo de incitar a los periodistas a actividades de investigación "desvergonzadamente irrestrictas". La moción presentada en ese Comité para reemplazar el verbo *buscar* (*to seek*) por *recolectar* (*to gather*), además de poco fructífera para zanjar la cuestión, no tuvo éxito, y en ese ámbito se entendió que la autorización de restricciones del artículo 19.3 proveería de suficiente prevención contra los abusos. Cf. Marc J. Bossuyt, *Guide to the* travaux préparatoires *on the Internacional Convenant on Civil and Political Rights*, Nijhoff, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1987, p. 384; ídem Manfred Nowak, *UN Convenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Engel, Kehl am Rhein-Estrasburgo-Arlington, 1993, p. 343, nº 15. Este autor entiende que el derecho a buscar información se limita a la "información accesible a la generalidad" y que es discutible la cuestión de si la prensa tiene un derecho *privilegiado* para buscar informaciones más allá de lo que es accesible a la generalidad y sostiene que, bajo ciertas condiciones, serían admisibles algunas restricciones a la libertad de buscar información "en el interés de los derechos de otro"; ibídem, p. 354, nº 42.

[27] Compárese en el orden interno Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1986, tomo I, p. 273, que califica de "censura" a las restricciones arbitrarias al acceso a las fuentes de información; esta calificación no aparece ya en la segunda edición de la obra (Buenos Aires, 1993, p. 407); en sentido análogo Ricardo Haro, "Derecho a la libertad de información y derecho a la privacidad y a la honra en la doctrina, normativa y

La Corte IDH ha visto con realismo que no sólo los controles o prohibiciones previas, sino también otros procedimientos, condicionan al control gubernamental la expresión o difusión de informaciones y ha advertido que también pueden resultar restricciones ilegítimas de condicionamientos indirectos puestos a la búsqueda y recepción de informaciones.[30]

Sobre esto, en el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte IDH ha enunciado un principio que hasta ese momento no estaba insinuado: la libertad de expresión no se reduce a la satisfacción de una obligación de respeto, sino que fundamenta obligaciones positivas del Estado, obligaciones de protección y garantías de independencia y de acceso a diversidad de fuentes. Allí, después de destacar el papel que desempeñan los medios de comunicación en una sociedad democrática, como verdaderos instrumentos de la libertad de expresión, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones, sentenció:

> Es fundamental que los periodistas que laboran en dichos medios gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad.[31]

En consecuencia, aunque la Corte IDH todavía no se ha visto confrontada con la pregunta acerca del secreto de las fuentes de información periodística, de sus afirmaciones en el caso *Ivcher Bronstein* sobre la necesidad de protección y garantías de independencia podría desarrollarse el fundamento de un derecho al secreto de identidad de las fuentes periodísticas, de la existencia de obligaciones estatales de garantizar ese derecho, y del derecho a no ser compelido por las autoridades estatales, sin justificación pertinente y suficiente, a revelar la identidad de las fuentes periodísticas. En efecto, puesto que los actos estatales tendientes a develar las fuentes mencionadas constituyen un serio obstáculo a la búsqueda y recepción de informaciones o

---

jurisprudencia de Argentina", en *Ius et Praxis*, Revista de la Universidad de Talca, Chile, año 6, nº 1, 2000, pp. 75 y ss., esp. p. 78.

[28] Véase Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 31. De acuerdo con las reservas que se formulan en el texto, debería ser sometida a una discusión más exhaustiva la observación general y sin distinciones del relator especial para la libertad de expresión de la Comisión IDH, que parece entender que *cualquier* disposición penal que castigase el recurso periodístico a grabaciones o registros subrepticios de comunicaciones de funcionarios públicos sería *siempre* un atentado a la libertad de expresión; así, en su "Informe especial del relator sobre la libertad de expresión", en CIDH, *Informe Anual 1998*, capítulo III.

[29] OC n° 5/85, cit., § 47.

[30] Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 55. Véase también *Bronstein, Ivcher vs. Perú*, cit., § 162/164, donde la Corte IDH ha considerado como restricciones indirectas contrarias al artículo 13 de la CADH la cancelación de la ciudadanía por opción del accionista mayoritario, presidente y director editorial de un canal de televisión, su separación del control del canal, y la remoción de ciertos periodistas de un programa.

[31] Corte IDH, *Bronstein, Ivcher vs. Perú*, cit., § 149/150.

ideas, pues la revelación de la identidad de la fuente muchas veces pone en riesgo la subsistencia o disponibilidad de ésta,[32] tales actos deberían ser calificados de injerencias o restricciones indirectas en los derechos del artículo 13 de la CADH y, por ende, sujetos a las condiciones antes mencionadas de legalidad, taxatividad, legitimidad de fines y necesidad en una sociedad democrática (proporcionalidad), aplicables a cualquier clase de restricciones.

E. La preeminencia del derecho a la libertad de expresión e información y su peso en el juicio de proporcionalidad de sus restricciones

Finalmente, no basta invocar la legitimidad de los fines que permitirían una restricción al derecho a la libertad de expresión e información, enumerados en el artículo 13.2 de la CADH. Atento a su especial naturaleza, en el momento de la ponderación de los intereses en conflicto debe partirse de la presunción de preeminencia del derecho a la libertad de expresión, pues no es un mero derecho subjetivo individual, sino uno que integra el orden público en el marco de una sociedad democrática.

Así ha dicho la Corte IDH:

> El mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse.[33]

Esa posición preeminente[34] es clara en cuanto se establece la relación de la libertad de expresión, en su dimensión social, con los principios de una sociedad democrática. Al decir de la Corte IDH:

---

[32] Cf. Enrique Cáceres Nieto ("El secreto profesional de los periodistas", en Jorge Carpizo, Miguel Carbonell, *Derecho a la información y derechos humanos*, UNAM, México, 2000, pp. 447 y ss., esp. p. 477), quien sostiene que el secreto profesional de los periodistas constituye una condición necesaria para que el flujo de información veraz por parte de sus informantes no se vea obstaculizado, que a su vez éste es requisito para que el derecho a comunicar información pueda ejercitarse libremente y dicho ejercicio es condición para la operatividad del derecho a recibir información; de allí concluye que el derecho a conservar en secreto la identidad de las fuentes constituye un derecho instrumental de la libertad de expresión protegida en la CADH.

[33] Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 69. En sentido sustancialmente análogo Corte IDH, *Bronstein, Ivcher vs. Perú*, cit., § 151.

[34] Ayala Corao (o. y l. cit., pp. 42 y 52) la llama "prevalencia relativa del derecho"; María Belén Franchini, Rodrigo Freire Méndez y Santiago Martínez, en su introducción a AA.VV., *Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana*, cit., pp. 21 y ss., esp. p. 24, hablan de "*status especial* que en caso de colisión con otros derechos salvo excepciones le permite prevalecer". Compárense, en el marco del PIDCP, las reservas en el Comité de Derechos Humanos, en ocasión de la redacción del comentario general sobre el artículo 19, a la moción para incluir la frase: "Este es un derecho cuyo goce efectivo es esencial para posibilitar a los individuos que ellos mismos puedan asegurarse el goce de otros derechos protegidos en el Pacto". La moción fue observada con el argumento de que esta frase llevaba a establecer una jerarquía de derechos que no existía en el Pacto. Cf.

> La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.[35]

2. *El secreto de las fuentes periodísticas como vía de protección de la libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y en el PIDCP*

Antes he enunciado que, en el marco interamericano, los artículos 13.1 y 13.3 de la CADH garantizan la libertad de buscar informaciones y conminan que "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, […] o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones", y de allí he tratado de mostrar que el derecho al secreto de la identidad de las fuentes de información periodística podría inferirse directamente del artículo 13 de la CADH, en tanto exigir al periodista que revele su fuente de información constituiría un medio indirecto de restringir el derecho protegido en el artículo 13.1.[36]

A. El reconocimiento del derecho por la Comisión IDH o sus órganos

Si bien no ha habido hasta ahora ninguna decisión en un caso contencioso del sistema interamericano que trate expresamente la cuestión de la reserva de las fuentes periodísticas con relación al artículo 13 de la CADH,[37] el derecho a la reserva de la identidad de las fuentes aparece reconocido en algunos documentos de la Comisión Interamericana.

McGoldrick, o. cit., p. 461, nº 11.5, quien concluye que probablemente el Comité no estuvo dispuesto a acordarle a la libertad de expresión la posición preeminente que se le asigna en el derecho constitucional de los Estados Unidos.

[35] Compárese también Corte IDH, *La última tentación de Cristo*, cit., § 68.

[36] Ha seguido esa línea de fundamentación en la doctrina interna argentina Miguel Ángel Ekmedjian, "La muerte del cisne y la reserva de las fuentes de la información periodística", *ED* 153-281, pp. 278-283, nota al fallo *D., V.A.*, de la CApel. Crim. y Correc., Bahía Blanca, 29 de abril de 1993.

[37] Al redactarse este texto la Comisión IDH había declarado admisible la petición 12.085, inf. n° 1/2001, caso *Townsend Diez-Canseco y otros c. Perú*, de 19 de enero de 2001 (*Informe anual 2000*), en la cual, entre otras violaciones, se alegó que la intervención sistemática de las comunicaciones telefónicas de varios periodistas violaba el derecho a la libertad de expresión. Aunque los peticionarios no invocaron expresamente un secreto de las fuentes periodísticas, no puede descartarse que la cuestión aparezca en la decisión sobre el fondo, en la medida en que una vigilancia encubierta sistemática pone en peligro la reserva sobre la identidad de las fuentes.

El reconocimiento más específico de fuente interamericana se encuentra en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones,[38] cuyo principio n° 8 establece:

> 8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.[39]

En la exposición de motivos de la Declaración, ha aclarado la Comisión IDH que entiende que se trata de un derecho del "comunicador social" de no revelar las fuentes ni información y documentación que ha recibido en confianza o como parte de su labor de investigación. Es decir, la reserva puede ser invocada no sólo respecto de la fuente, sino de la información misma. En punto a la primera, aclara que constituye un mero derecho y no un deber jurídico de reserva.[40] La Comisión IDH comparte la fundamentación tradicional en el sentido de que la reserva permite "reunir y difundir información que de otra forma, sin guardar el secreto de las fuentes, no podría conocerse", y de su valor instrumental en tanto el anonimato de la fuente permite evitar las posibles represalias que podrían derivar del hecho de haber revelado la información.[41]

En diversos informes del relator especial para la libertad de expresión ante la Comisión IDH aparece, además, de modo recurrente, la preocupación por la necesidad de protección del secreto de las fuentes periodísticas, ya sea advirtiendo respecto de leyes generales que obligan a la revelación de las fuentes,[42] o sobre el allanamiento y secuestro de material de emisoras de televisión que servirían a tal fin,[43] o sobre el secuestro de filmaciones y cintas de video de agencias noticiosas,[44] o sobre la detención de una periodista después de haber sido declarada culpable del delito de desacato por haberse rehusado a entregar a un tribunal notas y videos que podrían revelar sus fuentes de información,[45] o respecto de orden emitida para obtener los registros de llamadas telefónicas de un periodista con el fin de identificar la fuente de su artículo.[46]

---

[38] Véase CIDH, "Informe del relator especial para la libertad de expresión", en *Informe anual 2000*, documento en ‹www.cidh.org/Relatoria/Spanish/InformeAnual/InfAnRel00/CapII2000.htm›.

[39] Su fuente es el principio n° 3 de la Declaración de Chapultepec. Compárese, por su analogía sustancial, el principio n° 6 de los Principios de Lima y el informe del relator especial de las Naciones Unidas para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, señor Bid Hussain, presentado en el año 2001, Doc. UN E./CN.4/2001/64, § 10 y Anexo II.

[40] "Informe del Relator Especial para la libertad de Expresión", cit., § 36.

[41] Ibídem, § 37.

[42] CIDH, "Informe del relator especial para la libertad de expresión", en *Informe anual 1998*, capítulo III, y capítulo V, "Consideraciones finales y recomendaciones".

[43] "Informe del Relator Especial para la libertad de Expresión", 2000, cit., capítulo IV, § 103.

[44] Ibídem, capítulo IV, § 176-177.

[45] Véase CIDH, "Informe del relator especial para la libertad de expresión", en *Informe anual 2001*, capítulo II, doc. en ‹www.cidh.org/Relatoria/Spanish/InformeAnual/InfAnRel01/CapII2001.htm›, § 108.

[46] Ibídem, § 110.

También a raíz del alud de "legislación antiterrorista" desatado desde el atentado del 11 de septiembre de 2001 en las Twin Towers en Nueva York, el monumental informe especial de la Comisión IDH se ha ocupado de la cuestión del secreto de las fuentes periodísticas, en el que reiteró la visión adelantada en su Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en punto a que la libertad de expresión abarca el derecho de los periodistas a mantener la confidencialidad de sus fuentes, a no revelar información o documentación que haya sido recibida en confianza y su fundamento instrumental y utilitario, y que éste no constituye un deber de confidencialidad sino un derecho.[47] En su informe, la Comisión ha admitido la posibilidad de restricciones a la libertad de prensa, tales como la limitación al derecho de los periodistas a la protección de sus fuentes,[48] señalando que no toda restricción será necesariamente contraria a la Convención Interamericana. Según su concepción, en ciertas condiciones ese derecho podría ser legítimamente restringido, aun fuera de un estado de emergencia, bajo la exigencia de una "razonable" proporcionalidad entre la injerencia y los fines perseguidos.[49]

B. Resultado intermedio: el reconocimiento del derecho y la necesidad de previsión de ley para su restricción, bajo escrutinio estricto de proporcionalidad

Ahora bien, si el derecho a la reserva de la identidad de las fuentes periodísticas es un derecho que se puede inferir de los artículos 13 de la CADH y 19 del PIDCyP, toda actividad gubernamental dirigida a indagar o conocer la identidad de esas fuentes es por definición una restricción o limitación a ese derecho.

Se sabe, por lo que disponen los artículos 13.2 de la CADH y 19.3 del PIDCyP, que toda restricción a la libertad de expresión debe estar "prevista por la ley", donde, al menos en el marco del sistema interamericano, ésta debe ser una ley formal adoptada por el Poder Legislativo de acuerdo con lo establecido en la Constitución.[50] Adicionalmente, la ley sólo puede proveer de autoridad a restricciones que persigan alguno de los fines legítimos del artículo 13.2 de la CADH, y en tanto esas restricciones aparezcan necesarias en una sociedad democrática, lo que exige un estricto escrutinio de proporcionalidad.

Paralelamente, en cuanto respecta al PIDCyP, los Principios de Siracusa postulan que "[t]odas las limitaciones a un derecho reconocido por el Pacto serán establecidas por la ley y serán compatibles con los objetivos y propósitos del Pacto", que las leyes "serán claras y accesibles" y "ofrecerán salvaguardias adecuadas y recursos

---

[47] Ibídem, § 279-280, donde la Comisión IDH recogió la doctrina de la sentencia del TEDH en el caso *Goodwin v. Reino Unido* (en *Reports and Decisions,* 1996-II, que se reseña más adelante).

[48] Ibídem, § 311.

[49] Ibídem, § 326.

[50] Corte IDH, OC n° 6/86, sentencia de 9 de mayo de 1986, serie A, n° 6, § 22.

eficaces contra la imposición o aplicación ilegal o abusiva de limitaciones", y también que estarán sujetas a criterios de proporcionalidad.[51]

De tal suerte, sea en el marco de la CADH, sea en el del PIDCP, para que la actividad de las autoridades de un Estado dirigida a indagar la identidad de las fuentes periodísticas sea aún compatible con sus respectivas disposiciones, se requiere en el orden interno una ley que satisfaga los criterios anteriores y que determine en qué casos y en qué condiciones es posible obligar a un periodista a revelar sus fuentes o indagar éstas sin su concurso voluntario. La ley también debería regular las salvaguardas legales contra la arbitrariedad.

Si tal ley no existiese, una orden judicial de divulgación o una indagación de la fuente periodística no estarán en concordancia con los instrumentos internacionales antes citados. No es dudoso, pues, que si los Estados pretenden restringir el derecho a la reserva de las fuentes periodísticas, les concierte un claro deber de legislar al respecto.[52] Consecuente con ese abordaje, el principio de previsión de ley (reserva de ley) juega un papel sustancial en el respeto y la garantía del ejercicio del derecho a la libertad de expresión cuando se trata de restringir ese derecho mediante órdenes de divulgación o indagación de la identidad de las fuentes periodísticas.

3. La libertad de expresión en la CEDH según la jurisprudencia del TEDH

El artículo 10 de la Convención dispone lo siguiente:

> 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
> 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

En la sentencia dictada en el caso *Handyside c. Reino Unido*,[53] que constituye ya un lugar de cita común en toda jurisprudencia del TEDH que tenga por eje una

---

[51] ONU, Doc. E/CN.4/1985/4, principios n°s 5, 17 y 18.

[52] Véase que en el contexto de la discusión sobre la censura de espectáculos la Corte IDH, al dictar sentencia en el caso *La última tentación de Cristo*, cit., § 85, abordó, en conexión con los deberes de garantía del artículo 2.2 de la CADH, la cuestión de las obligaciones positivas, en particular las de expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la observancia de las garantías previstas en la Convención. Véase también Corte IDH, OC n° 13/93, sentencia de 16 de julio de 1993, serie A, n° 13, § 26; y OC n° 14/94, sentencia de 9 de diciembre de 1994, serie A, n° 14, § 37.

[53] TEDH, sentencia de 7.12.1976, serie A, vol. 24. Una traducción disponible en Bertoni, Bovino, Guariglia y Gullco, o. cit., pp. 211 y ss.

cuestión de libertad de expresión, ese Tribunal dijo que, según los principios propios de una sociedad democrática:

> […] la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de todos los hombres. […] Esta es aplicable no sólo a informaciones o ideas que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas u objeto de indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, chocan o molestan al Estado o a un sector de su población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y de apertura mental sin las cuales no hay *sociedad democrática* […].[54]

Esta concepción del derecho abarca las dos bases teóricas para la protección de la libertad de expresión: su carácter de parte esencial en el desarrollo de los procesos políticos democráticos y su necesidad para la realización individual.[55] Por otro lado, la protección de la expresión no depende de sus contenidos,[56] salvo las excepciones del artículo 17 del CEDH en cuanto sean aplicables al discurso de odio racial o religioso, que en todo caso están sujetas también a criterios de proporcionalidad en relación con el artículo 10.2.[57]

En el marco europeo, el derecho a la libertad de expresión está concebido como libertad de recibir y difundir ("comunicar") informaciones e ideas de toda índole. A diferencia de los artículos 19.2 del PIDCyP y 13.1 de la CADH, el artículo 10.1 del CEDH no enuncia expresamente la libertad de "buscar" informaciones como uno de los actos comprendidos en aquél; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia del TEDH consideran ese derecho a buscar informaciones tácitamente incluido en el artículo 10.1.[58]

La Convención prohíbe la injerencia de autoridades públicas en este derecho; sin embargo, esta prohibición no es absoluta, pues, según advierte, su ejercicio "entraña deberes y responsabilidades" y por ende puede estar sujeto a varios controles estatales, de diferente naturaleza,[59] entre ellos actos de censura previa,[60] lo que incluye interdictos judiciales de comunicación o divulgación.[61]

---

[54] Ibídem, § 49 (traducción del autor).

[55] David J. Harris, Michael O'Boyle y Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres-Dublin-Edimburgo, 1995, p. 373; Frédéric Sudre (*Droit international et européen des droits de l'homme*, 5ª ed., PUF, París, 2001, p. 296) lo llama derecho individual y al mismo tiempo "colectivo" o "de la convivencia".

[56] Harris, Boyle y Warbrick, o. cit., p. 377; Sudre, o. cit., p. 299.

[57] Harris, Boyle y Warbrick, o. cit., p. 374. Sobre esto, más exhaustivo De Gouttes, o. cit., pp. 251 y ss.

[58] Así, por ejemplo, Gérard Cohen-Jonathan, comentario al artículo 10 del CEDH, en Pettiti, Decaux e Imbert (dirs.), o. cit., p. 374; Jochen Abr. Frowein, en Frowein y Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*, 2ª ed., Engel, Kehl-Estrasburgo-Arlington, 1996, p. 390, nº 11; Luis Jimena Quesada, *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 255.

[59] Donna Gommien, David Harris y Leo Zwaak, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1996, p. 274.

[60] Censura que como regla no está expresamente prohibida, pero sí sujeta a la carga estricta de demostrar su necesidad en una sociedad democrática. Cf. por primera vez el TEDH, en *The Observer*

El artículo 10.2 del CEDH provee un amplio catálogo de razones para restringir la libertad de expresión, pero requiere que la restricción esté prevista por la ley doméstica y sea necesaria en una sociedad democrática para la protección de alguno de los fines legítimos admitidos en esa disposición. De esos términos se ha tomado frecuentemente el TEDH para realizar un examen de la existencia de una base legal para la restricción, de la legitimidad de los fines perseguidos, de la necesidad de recurrir a la limitación y, en su caso, de la proporcionalidad entre fines y consecuencias de la restricción.[62] Al entender la libertad de prensa como uno de los aspectos de la libertad de expresión, el TEDH le ha reconocido, aunque no un valor absoluto, un peso relevante o preponderante al momento de ese examen de proporcionalidad.[63]

En el texto del CEDH no hay ninguna disposición expresa que incluya dentro de la libertad de prensa el derecho a la reserva de la identidad de las fuentes periodísticas. Sin embargo, el TEDH lo ha inferido del artículo 10 del CEDH en los términos que a continuación se explican.

4. El case-law *del TEDH en punto al secreto de las fuentes periodísticas*

A. Caso Goodwin c. Reino Unido[64]

Éste es probablemente el primer caso en el que el TEDH fue llamado expresamente a pronunciarse sobre la existencia y alcances de un derecho al secreto de las fuentes de información periodística como derivación del derecho general de libertad de expresión.

---

y The Guardian vs. Reino Unido, 26 de noviembre de 1991, serie A, vol. 216, § 60; véase también Harris, Boyle y Warbrick, o. cit., p. 387; Cohen-Jonathan, l. cit., p. 387; Frowein, l. cit., p. 397, nº 22; Sudre, o. cit., p. 299.

[61] Así, p. ej., en los casos *The Observer y The Guardian vs. Reino Unido*, cit., § 60; *Otto-Preminger-Institut vs. Austria*, sentencia de 20 de septiembre de 1994, serie A., vol. 295-A, esp. § 56; *Wingrove v. Reino Unido*, sentencia de 25 de noviembre de 1996, *Recueil* 1996-V, § 58. En el caso *Sunday Times vs. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, serie A, vol. 30, en el que se trataba de un interdicto judicial que impedía a un periódico difundir crónicas sobre las tratativas de un arreglo judicial de reparaciones que había suscitado interés público, con el fin alegado del Gobierno de obrar en el interés de la justicia, el TEDH consideró injustificada la injerencia pero no condenó en general como contraria a la Convención una prohibición de publicación. Compárese también la sentencia *Vereniging Weekblad* Bluf! *vs. Países Bajos*, sentencia 9 de febrero de 1995, serie A, vol. 306, en el que se consideró desproporcionado el allanamiento y secuestro de una tirada de un periódico que estaba a punto de publicar un informe sobre actividades del servicio secreto holandés BVD.

[62] Harris, Boyle y Warbrick, o. cit., p. 373, y esp. pp. 391 y ss.; Frowein, l. cit., p. 397, nros. 22 y ss.

[63] Aunque aquí diferenciadamente según se trate de expresiones en el marco del debate político, o en cuestiones de interés público, o de expresiones de otra clase; Cf. Cohen-Jonathan, l. cit., pp. 401 y ss.; Harris, Boyle y Warbrick, o. cit., p. 397; Frowein, l. cit., p. 400, nº 26; Sudre, o. cit., p. 302.

[64] TEDH, Gran Cámara, (petición n° 17488/90), sentencia de 27 de marzo de 1996, *Recueil* 1996-II. Un examen detallado del caso en Alexis Guedj, *La protection des sources journalistiques*, Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 64-92.

Los hechos del caso[65]

El señor William Goodwin había recibido de un informante —bajo promesa de confidencialidad de su identidad— datos sobre la inestable situación financiera de la empresa Tetra Ltd., y sobre un proyecto de desarrollo por el que estaba buscando obtener un préstamo, proyecto del que sólo existían ocho ejemplares. Para chequear la información el periodista había llamado a la sociedad Tetra. Antes de que el periodista llegara a publicar ningún artículo sobre el tema, la empresa, enterada de la fuga, obtuvo de un juez varias órdenes: a) una de interdicción general de publicación de toda información que proviniese del plan de desarrollo; b) una intimación al editor a presentar las notas escritas por el periodista en ocasión de la conversación telefónica con su informante, notas que revelaban la identidad de éste. El editor no acató la segunda, por lo que el juez dispuso: c) una intimación al periodista para que comunicara al informante una orden judicial de restitución del documento sustraído; d) una intimación al periodista a presentar sus notas, para permitir conocer la identidad del informante y habilitar a Tetra para iniciar un procedimiento contra él, dirigido a recuperar el documento sustraído, a obtener una interdicción de toda otra publicación y a la reparación de daños e intereses.

Apelada la decisión por el periodista, la Cámara de Apelaciones sostuvo la decisión del juez, intimando a Goodwin a poner a disposición de Tetra sus notas, y revocó el resto de las intimaciones. La Cámara de los Lores confirmó a su vez esta decisión argumentando que el interés público sobre la información prevalecía sobre el interés privado de proteger la confidencialidad. Mientras tanto, el periodista había sido remitido a juicio por desacato o desobediencia a un tribunal de justicia (*contempt of Court*), infracción pasible de las penas alternativas de multa indeterminada o prisión de hasta dos años. Una vez que la Cámara de los Lores dictó su decisión, el tribunal que conocía de la infracción lo condenó a una multa de £ 5.000.

La cuestión resuelta por el TEDH

El periodista se quejó de que la intimación a divulgar la identidad de su informante, y la multa impuesta por desobediencia al tribunal, constituían una violación del artículo 10 del CEDH.

El TEDH consideró que esas medidas constituían una injerencia en el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10.1 del CEDH, lo que no estaba discutido ni por el requirente ni por el Gobierno,[66] y que esa injerencia estaba prevista por la ley. [67]

[65] Según los § 11/27 de la sentencia.

[66] Cf. § 28.

[67] Este punto había sido discutido por el periodista que alegó que, si bien el derecho local establecía la protección de las fuentes, la excepción del derecho interno que permitía decidir la divulgación “en el interés de la justicia” no era suficientemente precisa ni previsible. El TEDH examinó la ley doméstica a la luz de la jurisprudencia local y concluyó que la ley no tenía la latitud que invocaba el requirente y que la jurisprudencia daba suficiente protección contra la arbitrariedad; cf. § 29-34.

Por otra parte, el TEDH concluyó que la injerencia perseguía uno de los fines legítimos enumerados en el artículo 10.2 del CEDH, a saber, "la protección de los derechos de un tercero", en el caso, los de la sociedad Tetra.[68]

El punto central de la decisión del TEDH giró en torno a la pregunta sobre si las injerencias eran necesarias en una sociedad democrática (principio de necesidad y proporcionalidad). El periodista había alegado que sólo podía ser obligado a revelar sus fuentes si estaban amenazados intereses públicos o privados "vitales", que la empresa ya había obtenido una interdicción contra el editor, impidiendo cualquier publicación, y que las informaciones eran de actualidad y de interés para clientes, e inversores del mercado de programas informáticos, mercado en el que operaba Tetra. El Gobierno había fundado el interés en la protección de los derechos de Tetra y en la identificación del informante, que probablemente era el autor de la sustracción del documento del plan confidencial de desarrollo. Según éste, la prerrogativa del periodista de mantener en secreto sus fuentes no lo autorizaba a proteger una fuente que había dado prueba, al menos, de mala fe.

El TEDH dijo:

> 39. El Tribunal recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y las garantías que deben acordársele revisten una importancia particular (véase especialmente la reciente sentencia Jersild c. Dinamarca de 23 de septiembre de 1994, serie A n° 298, p. 23, par. 31).
>
> La protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa, como surge de los códigos de deontología en vigor en numerosos Estados contratantes, y como lo confirman además varios instrumentos internacionales sobre las libertades periodísticas [véase especialmente la Resolución sobre las libertades periodísticas y los derechos del hombre, adoptada en la 4ª. Conferencia ministerial europea sobre la política de las comunicaciones de masa, (Praga, 7-8 de diciembre de 1994), y la Resolución del Parlamento europeo sobre la no divulgación de las fuentes periodísticas de 18 de enero de 1994, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades europeas n° C 44/34]. La ausencia de tal protección podría disuadir a las fuentes periodísticas de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general. En consecuencia, la prensa podría encontrarse en inferiores condiciones para desempeñar su rol indispensable de "perro guardián" y su aptitud de suministrar informaciones precisas y fiables podría verse disminuida. Habida cuenta de la importancia que reviste la protección de las fuentes periodísticas para la libertad de prensa en una sociedad democrática, y del efecto negativo sobre el ejercicio de esta libertad que puede producir una orden de divulgación, semejante medida solo podría conciliarse con el artículo 10 (artículo 10) de la Convención, si se encuentra justificada por un imperativo preponderante de interés público.
>
> Conviene tener en cuenta estas consideraciones para aplicar a los hechos de la causa el criterio de la necesidad en una sociedad democrática previsto en el párrafo 2 del artículo 10 (artículo 10-2).

---

[68] El Gobierno había afirmado también que la divulgación servía a la prevención de infracciones penales, pero el TEDH, sentado lo anterior, no consideró necesario examinar este punto; cf. § 35.

> 40. De manera general, la "necesidad" de cualquier restricción al ejercicio de la libertad de expresión debe ser establecida de manera convincente (véase sentencia Sunday Times c. Reino Unido [n°2], de 26 de noviembre de 1991, serie A n° 217, pp. 28-29, párr. 50, donde están expuestos los grandes principios que rigen la aplicación del criterio de "necesidad"). Por cierto, corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales evaluar si existe una "necesidad social imperiosa" susceptible de justificar esta restricción, ejercicio para el cual ellas gozan de un cierto margen de apreciación. En el caso, no obstante, el poder de apreciación nacional choca con el interés de la sociedad democrática en asegurar y mantener la libertad de prensa. Asimismo, conviene acordar un gran peso a este interés cuando se trata de determinar, como lo exige el párrafo 2 del artículo 10 (artículo 10-2), si la restricción era proporcionada al fin legítimo perseguido. En resumen, las limitaciones relativas a la confidencialidad de las fuentes periodísticas requieren por parte del Tribunal de un examen sumamente escrupuloso.
>
> El Tribunal no tiene como cometido, cuando ejerce su control, el sustituirse a las jurisdicciones internas, sino verificar, a la luz del artículo 10 (artículo 10) las decisiones que éstas han tomado en virtud de su poder de apreciación. Por ello, la Corte debe considerar la "injerencia" litigiosa, a la luz de la totalidad del caso para determinar si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla resultan "pertinentes y suficientes".[69]

Algunos puntos merecen destacarse de este abordaje del TEDH: 1) la libertad de expresión es esencial a una sociedad democrática y por ende necesita de garantías especiales; 2) la protección de las fuentes de información periodística no tiene sólo origen deontológico sino jurídico; 3) su justificación es utilitaria y tiende a facilitar el rol del periodismo en una sociedad democrática; 4) la excepción al secreto de las fuentes sólo se justifica por un imperativo preponderante de interés público; 5) en esta materia, a diferencia de otras, las autoridades no gozan de un gran margen de apreciación pues tal margen chocaría con el interés social en la libertad de prensa; 6) como punto de partida es éste el interés preponderante al comenzar la ponderación de la proporcionalidad; y 7) al aplicar los principios invocados debe examinarse "la totalidad del caso" para determinar si los motivos de la restricción eran pertinentes y suficientes.

En el caso *Goodwin* el TEDH estimó que la orden de divulgación constituía una injerencia "prevista por la ley";[70] sin embargo, no llegó a la conclusión de que las injerencias hubiesen estado justificadas. Tuvo en cuenta, examinando la "totalidad del caso", que los fines de protección de los derechos de Tetra se alcanzaban en gran parte con la interdicción de publicación dirigida al editor, interdicción que había

---

[69] Cf. l. cit., § 39-40. Aquí y en adelante todos las traducciones de los pasajes citados son del autor de la versión oficial en francés.

[70] Crítico sobre este aspecto de la decisión del TEDH, Guedj, o. cit., pp. 81 y 87-92, en la medida en que "el interés de la justicia" que justificaría la orden de divulgación es un término muy lato e impreciso que no permite determinar cuáles serían los intereses concretos que lo justificarían. En un intento de solución amistosa el Gobierno no aceptó la propuesta de que se reformara la ley doméstica estableciendo que una orden de divulgación sólo procedería si ella fuese necesaria "en el interés de la justicia a fin de determinar la culpabilidad o la inocencia en el curso de un proceso penal importante".

quedado firme y tenido éxito pues se había notificado a todos los periódicos británicos. De tal suerte, "un aspecto capital de la amenaza de perjuicio comercial que pendía sobre Tetra había sido por ende en gran parte neutralizado gracias a la interdicción", y "siendo así, […] en la medida en que la medida tenía por fin reforzar la interdicción, la restricción suplementaria que entrañaba sobre la libertad de prensa no se encontraba justificada por motivos suficientes a la luz del párrafo 2 del artículo 10" de la CEDH.[71]

El TEDH examinó si podía haber otros motivos que ofreciesen una justificación suficiente. Ponderó así la necesidad de la sociedad comercial de conocer la identidad del informante para evitar que siguiese divulgándose el plan de desarrollo, mediante una nueva interdicción contra el informante. También calificó como motivo legítimo de la sociedad comercial el fin de desenmascarar a un eventual asalariado o colaborador desleal, para poner fin a su contrato y hacer frente al riesgo de nuevas intrusiones en los locales de la sociedad.[72] Sobre el punto el TEDH dijo:

> 45. Se trata allí incuestionablemente de motivos pertinentes. Sin embargo, tal como las jurisdicciones internas lo han reconocido, para establecer la necesidad de la divulgación, no basta, en sí mismo, con que una parte, deseosa de obtener la divulgación de la identidad de una fuente, se limite a mostrar que, de no existir tal medida, ella no podrá ejercer el derecho protegido por la ley, ni evitar el perjuicio que la amenaza, como consecuencia de la violación penalizada por la ley (párrafo 18 *ut supra*). En este sentido, la Corte recuerda que las consideraciones que las instituciones de la Convención deben tener en cuenta para ejercer su control en el marco del párrafo 2 del artículo 10 (artículo 10-2) hacen inclinar la balanza de los intereses a favor de la defensa de la libertad de prensa en una sociedad democrática (párrafos 39 y 40 *ut supra*). En el caso, la Corte no estima que los intereses de Tetra —eliminar, encarando un procedimiento contra la fuente, el otro aspecto de la amenaza del perjuicio a su respecto, representado por la difusión de informaciones confidenciales por otras vías distintas de la prensa, obtener reparación de daños y perjuicios y desenmascarar a un asalariado o colaborador desleal— sean suficientes, ni siquiera acumulados, para prevalecer sobre el interés público capital, constituido por la protección de la fuente del periodista aquí peticionario. Así, la Corte no considera que los otros objetivos de la orden de divulgación, juzgados independientemente de los criterios de la Convención, constituyan un imperativo preponderante de interés público.[73]

Concluyó el TEDH que la orden de divulgación no representaba un medio razonablemente proporcionado a la persecución del fin legítimo pretendido, y que por tanto la intimación a divulgar la fuente y la multa impuesta por negarse a obedecerla violaron el artículo 10 del CEDH.

---

[71] Cf. § 42. Compárese sin embargo la opinión disidente común de los jueces Ryssdal, Bernhardt, Thor Vilhjalmsson, Matscher, Walsch, Freeland y Baka, en cuanto a que la interdicción a los periódicos no era idónea para impedir al informante del periodista la difusión de las informaciones litigiosas a los clientes y competidores de la empresa Tetra.

[72] Cf. § 43-44.

[73] Cf. § 46.

El caso *Goodwin* es un ejemplo interesante, en sus principios, de cómo podría encararse una excepción al derecho a la reserva de la identidad de las fuentes de información periodística, desde el punto de vista de la finalidad y proporcionalidad de las restricciones.[74] Sin embargo, ofrece un flanco débil como fuente de estándares para el sistema de protección interamericano. En efecto, el punto central de la preponderancia en el examen concreto del TEDH estuvo basado en el hecho de que el sistema europeo no proscribe la censura previa (la interdicción de publicación). El caso *Goodwin* debe ser leído en su contexto. Un juez había ya emitido una interdicción de publicación al editor, que había sido comunicada a "todos" los periódicos británicos; dado ello, la mayoría del TEDH estimó que las ventajas adicionales de una intimación al periodista a revelar la fuente eran desproporcionadas a la restricción que acarreaba.[75] Es de preguntarse si el TEDH, aun sobre la base de los mismos principios, habría llegado al mismo resultado de ponderación en un sistema de prohibición general de la censura previa, como el del artículo 13 de la CADH.

B. El caso De Haes y Gijsels c. Bélgica[76]

Aquí se trató de la protección de las fuentes de información periodística sólo de manera incidental, en relación con la prueba de la verdad de afirmaciones lesivas para el honor de magistrados y el acceso a documentación de un expediente judicial regido por el secreto de la instrucción.

Los hechos del caso[77]

Leo De Haes y Hugo Gijsels, respectivamente redactor y periodista del semanario belga *Humo*, habían publicado cinco artículos en los que criticaban en términos virulentos a cuatro magistrados del Tribunal de Amberes, insinuando parcialidad en la entrega de la guarda de un niño al padre, quien había sido denunciado por su esposa por incesto y sevicias sobre los hijos. La denuncia había sido archivada, y la

---

[74] Cf. Guedj, o. cit., p. 89, que tomando la línea del abogado de Goodwin, pone en duda la satisfacción del principio de subsidiariedad como presupuesto de la proporcionalidad, en la medida en que la empresa Tetra en ningún momento había emprendido una investigación seria para detectar el origen de la fuga, y se había dedicado por completo a la promoción del proceso contra el periodista, a fin de conocer el nombre del informador.

[75] Nótese sin embargo la disidencia en este punto del juez de Meyer, quien calificó al interdicto judicial como "una forma inaceptable de censura previa" y que "aun en ausencia de una tal interdicción, la orden de revelación y la multa consiguiente no tendrían en absoluto carácter legítimo"; agregó que "la protección de las fuentes periodísticas reviste una importancia a tal punto crucial para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión que no debe evidentemente estar permitido derogarlo, salvo, puede ser, en circunstancias excepcionales que no se presentan en la especie".

[76] TEDH, (petición n° 19983/92), sentencia de 21 de febrero de 1997, Recueil 1997-I; también en *Révue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, 1998, n° 35, con observación crítica de Patrick de Fontbressin, "Liberté d'expression, vie privée et impartialité du juge", pp. 581 y ss.

[77] Según el relato de los § 14 a 18 de la sentencia.

esposa, acusada de difamación ante un tribunal correccional que la había absuelto antes de la aparición de los artículos. En los términos de esos artículos la parcialidad se insinuaba por las afinidades ideológicas y políticas entre los jueces y el padre, y sus vínculos con una organización de extrema derecha (Vlaamse Militantes Orde).

Estas publicaciones dieron origen, entre otras, a una acción civil por daños y perjuicios a resultas de la cual el redactor y los periodistas fueron condenados a pagar daño moral y a hacerse cargo de la publicación de la sentencia.

Durante el procedimiento de primera instancia, y ante la Corte de Apelaciones de Bruselas, el redactor y el periodista habían pedido reiteradamente que se requiriese al fiscal general de Amberes la remisión de todas las piezas del expediente iniciado por la denuncia de incesto y sevicias, o al menos las de las declaraciones de los profesores y expertos que habían opinado sobre la verosimilitud de los relatos de los niños sobre la existencia de los hechos. Ese ofrecimiento de prueba no fue admitido en ninguna instancia. Al resolver sobre la responsabilidad civil de los periodistas, la Corte de Apelaciones argumentó que la petición ponía en evidencia que éstos habían escrito un artículo que ensuciaba el honor de los magistrados sin disponer de todos los datos necesarios al respecto, lo que demostraba su mala fe. Además, la Corte de Apelaciones —entre muchas otras argumentaciones— les reprochó que en los artículos no se había hecho en absoluto ninguna indicación seria y objetiva, y que no se había citado el lugar de donde surgiría que las acusaciones contra los magistrados tuviesen algún fondo de verdad; en otras palabras, la falta de cita de la fuente era un punto de base relevante para la atribución de responsabilidad.

La Corte de Casación rechazó el recurso interpuesto contra esta sentencia. Entre los motivos de casación los periodistas se habían quejado del rechazo de la prueba ofrecida, argumentando la necesidad de tener en cuenta el expediente completo de la denuncia por incesto y sevicias.

La cuestión decidida por el TEDH

Ante el TEDH los periodistas se quejaron, entre otros puntos, de una violación al artículo 10 del CEDH. Sostuvieron que sus artículos se inscribían en el marco de un debate público, que había tenido eco en otros periódicos, sobre el incesto en Flandes y sobre la manera en que los magistrados abordaban este problema. Alegaron que antes de redactarlos habrían llevado a cabo investigaciones suficientes y pedido la opinión de varios expertos, y que el hecho de que no hubiesen presentado estos elementos en el juicio tendía únicamente a su voluntad de no divulgar sus fuentes de información.[78]

La cuestión no fue expresamente examinada por el TEDH en el marco del artículo 10 del CEDH, como sostenían los peticionarios, sino al abordar la queja por

[78] Cf. § 34.

violación de la garantía de igualdad de armas (artículo 6.1 del CEDH). Allí el TEDH dijo:

> 55. A este respecto, el Tribunal no comparte la opinión de la Corte de Apelaciones de Bruselas según la cual la demanda de producción de piezas demostraría la falta de seriedad con la que los señores De Haes y Gijsels habrían redactado sus artículos. Estima, en efecto, legítima la preocupación de los periodistas de no arriesgar a comprometer sus fuentes de información, depositando ellos mismos los documentos de que se trata (véase, *mutatis mutandis,* la sentencia Goodwin antes citada, p. 502, párr. 45). Por lo demás, dichos artículos contenían tal cantidad de detalles relativos a la suerte de los niños X y a los resultados de los exámenes médicos practicados sobre ellos que no podía razonablemente suponerse, sin otra forma de examen, que sus autores no habían dispuesto, al menos de algunas informaciones pertinentes en la materia.[79]

El TEDH concluyó así que había habido violación al principio de igualdad de armas porque el rechazo de las pruebas ofrecidas había puesto a los periodistas en una situación de neta desventaja frente a los jueces demandantes.[80]

Este caso muestra las relaciones existentes entre dos problemas distintos: la garantía de la libertad de expresión, y la cita de las fuentes para descartar la autoría de la calumnia o difamación o, en su caso, para probar la buena fe del periodista y la verosimilitud de la información.[81]

C. El caso Fressoz y Roire c. Francia[82]

En el caso *Fressoz y Roire* tampoco se trató específicamente de las fuentes periodísticas; sin embargo, ofrece algunos aspectos de interés sobre la calidad u origen de la fuente en punto a la posibilidad de perseguir a un periodista por encubrimiento cuando recibe documentos obtenidos mediante la comisión de un delito de hurto o de violación de secreto profesional.

Los hechos del caso[83]

El señor Fressoz era director del semanario *Le Canard Enchaîné*, el señor Roire era un periodista que trabajaba para el semanario. Bajo la supervisión del primero, el señor Roire publicó un artículo relacionado con los reclamos de aumentos de salarios de los empleados de la fábrica Peugeot, en el que daba a conocer que, mientras que el

---

[79] Traducción del autor del original de la sentencia en francés.

[80] Cf. § 58.

[81] Un examen más exhaustivo de esta cuestión en mi trabajo “Sobre la protección de las fuentes periodísticas”, cit. *supra*, nota 3.

[82] TEDH, Gran Cámara (petición n° 29183/95), sentencia de 21 de enero de 1999, *Recueil* 1999-I; también en HRLJ 1999, vol. 20, n° 7/11, pp. 303-311; *Journal du Droit International*, 2000, tomo 127, n° 1; extracto en *RUDH* 1999, vol. 11, n° 1/3, pp. 10-13 ; disponible una traducción en español en revista *Responsabilidad Civil y Seguros,* t. 2000, La Ley, Buenos Aires, pp. 1164/1177.

[83] Según el relato de los § 8 a 24 de la sentencia. Un examen más detallado del desarrollo de este caso en el proceso doméstico en Guedj, o. cit., pp. 177-190.

presidente de la empresa había rechazado un aumento general de salarios a los empleados, él mismo, en los últimos dos años, se había mejorado su propio sueldo en un 45,9 %. En el artículo se informó sobre la evolución de los salarios del presidente y sus empleados; en un cuadro se reprodujo la copia de tres declaraciones juradas de ingresos a los fines impositivos indicando las sumas percibidas por el presidente.

El periodista y el director del semanario habían sido denunciados penalmente y demandados civilmente por la reproducción facsimilar de esas declaraciones juradas, lo que motivó la remisión a juicio ante el tribunal correccional por los cargos alternativos de receptación de informaciones cubiertas por el secreto fiscal, provenientes de una violación de secretos por parte de un funcionario de impuestos no identificado, y de receptación de fotocopias de declaraciones de impuestos provenientes de un hurto. Ambos fueron absueltos por un tribunal correccional de París porque no se habían podido probar las infracciones principales de hurto y violación de secreto profesional, lo que impedía establecer los cargos de receptación del producto de aquéllas. Pero esa decisión fue revocada por un tribunal de apelaciones de París, que los condenó a distintas multas por receptación de las fotocopias de las declaraciones de impuestos provenientes de una violación de secreto profesional por un funcionario fiscal no identificado, y a pagarle al presidente de la empresa daño moral, costas y expensas. La Corte de Casación rechazó los recursos impuestos por los interesados contra las condenas.

La cuestión decidida por el TEDH

Los condenados Fressoz y Roire sostuvieron que la condena pronunciada contra ellos por el Tribunal de Apelaciones lesionaba su derecho a la libertad de expresión según el artículo 10 del CEDH.

El TEDH partió de considerar que los peticionarios tenían como profesión difundir informaciones y que habían sido condenados como consecuencia de la publicación de documentos. El TEDH entendió que la condena constituía una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión; que esta injerencia estaba prevista por la ley, en el caso, en el artículo 406 del Código Penal francés y en el artículo 103 del Código de Procedimientos Fiscales; y que los fines eran legítimos, tales por caso, el de protección de los derechos de otro y el de impedir la divulgación de informaciones confidenciales.[84]

El TEDH reiteró su doctrina anterior sobre el papel eminente que la prensa desempeña en una sociedad democrática, pero advirtió que tenía límites en los siguientes términos:

> […] la prensa juega un rol eminente en una sociedad democrática: si bien no debe franquear ciertos límites, que se ciñen en particular a la protección de la reputación y a

[84] Cf. § 41-43.

> los derechos de otros, así como a la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales, le incumbe sin embargo comunicar, respetando sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general.[85]

Sin embargo, el TEDH concluyó que la restricción no era "necesaria en una sociedad democrática". En este aspecto destacó que se trataba de informaciones sobre un tema de interés público actual, en el cuadro de un conflicto social; que junto con el derecho de la prensa de difundir informaciones e ideas sobre cuestiones de interés público se agregaba el derecho del público a recibirlas; por ende, una injerencia en esos derechos previstos en el artículo 10 del CEDH sólo sería conciliable con él si se justificaba en un imperativo "preponderante" de interés público. Después de subrayar que los periodistas, en principio, no pueden verse desligados de respetar las leyes penales del derecho común invocando la protección que ofrece el artículo 10, señaló que, en todo caso, también las finalidades de las leyes penales debían ofrecer una justificación pertinente y suficiente a la injerencia. Concluyó que esa justificación no estaba presente en el caso, pues, si bien se perseguía la protección del secreto fiscal, según el sistema doméstico ese interés no subsistía en tanto el contenido de las informaciones sobre ingresos era accesible al público, pues cualquier persona podría consultar los salarios de los contribuyentes en la oficina local; mientras que la publicación de las declaraciones de impuestos estaba prohibida, la de las informaciones contenidas en ellas en punto a los ingresos, no. De tal suerte, la protección de esas informaciones confidenciales no constituía un imperativo preponderante.[86] Sobre esto dijo el TEDH que, si las informaciones sobre el monto de los ingresos del presidente de la empresa eran lícitas y su divulgación estaba autorizada, la condena por el solo hecho de publicar el soporte de la información —las declaraciones de impuestos— no podría estar justificada.

El caso Fressoz y Roire presenta aristas no suficientemente aclaradas por el TEDH. En particular, la cuestión central que transpiraba en el caso era: si los periodistas pueden ser hechos penalmente responsables de sacar provecho de informaciones que han sido obtenidas por sus informantes de modo delictivo[87] —según la hipótesis del caso, por haberse sustraído las declaraciones juradas depositadas en la administración fiscal para obtener copias o por haberse copiado clandestinamente y entregado presuntivamente por un funcionario público que tenía el deber de mantenerlas confidenciales—. Los cargos de receptación de los resultados de una violación de secretos reposaban en el hecho de que se habría aprovechado de una información que, en su origen, se presumía había sido obtenida mediante la comisión de un delito.

---

[85] Traducción del autor del original de la sentencia en francés. En adelante las traducciones de los pasajes citados corresponden a la misma fuente.

[86] Cf. § 50-53.

[87] Véase *mutatis mutandi* Guedj, o. cit., p. 194, nota 605, que se interroga no sobre la responsabilidad penal, sino sobre si la protección de las fuentes periodísticas debe cubrir las fuentes de información "ilícitas" cuando éstas son el resultado de una infracción penal como la violación de secretos.

El TEDH parece admitir que en principio no habría objeción a la responsabilidad penal de los periodistas por el delito de "receptación". En particular porque en dos parágrafos sostiene que la prensa "no debe franquear ciertos límites que se ciñen en particular a la protección de la reputación y a los derechos de otros, *así como a la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales*",[88] y que "los periodistas no podrían en principio, por la protección que les ofrece el artículo 10, desligarse de su deber de respetar las leyes penales de derecho común".[89] El TEDH no ahonda sobre la cuestión, y resuelve por una vía oblicua, porque considera demostrado en el caso que el contenido de las informaciones no se refería a datos susceptibles de ser calificados como "confidenciales", sino a informaciones sobre ingresos salariales que, según la ley y la jurisprudencia internas, debían ser de acceso público para cualquier ciudadano.[90] Si bien la publicación de las declaraciones de impuestos seguía estando prohibida, las informaciones sobre los salarios no eran secretas según la ley nacional. Entonces, la protección de las informaciones bajo régimen de confidencialidad no constituía un imperativo preponderante al momento de evaluar la proporcionalidad de la injerencia.[91]

No avanzó sin embargo el TEDH en la hipótesis contraria. ¿Sería todavía conforme al artículo 10 del CEDH una condena por receptación de informaciones producto de una violación de secretos cuando la confidencialidad sí estuviese justificada con motivos pertinentes y suficientes? La respuesta no puede prescindir de un problema central de la libertad de expresión: ¿la libertad de buscar informaciones está restringida a la búsqueda por vías lícitas o cubre también con inmunidad a la recepción a sabiendas del producto de delitos cometidos para procurárselas? En otras palabras, la respuesta hace a la definición del derecho de acceso a las fuentes de información, y sus límites.

Adicionalmente, una respuesta afirmativa a la posibilidad de persecución penal por receptación plantea otros interrogantes, tales como el de la definición legal misma de la receptación, que generalmente tiene por objeto cosas o documentos y no meras informaciones, en su caso, la necesidad de establecer fehacientemente que la cosa ha sido recibida de alguien que la obtuvo mediante la comisión de un delito o violando un secreto profesional cuya guarda le incumbe, seguidamente que se establezca el conocimiento del periodista sobre ese origen con base en elementos objeti-

---

[88] Cf. § 45, antes transcrito.

[89] Cf. § 52.

[90] Con agudeza se pregunta Marion Jacquemin (*La protection des sources journalistiques*, CFPJ, París-Montpellier, 2000, p. 95) cuál habría sido la decisión de tratarse de informaciones que deberían estar clausuradas al acceso público.

[91] Nótese que el TEDH ha tenido una mirada que sólo enfocó las relaciones entre el secreto fiscal y la vida privada de los contribuyentes; no examinó, sin embargo, que la violación de secreto fiscal podría constituir también un atentado contra otros bienes jurídicos relacionados con el buen servicio de los funcionarios públicos.

vos suficientes y no meras presunciones de receptación, que serían contrarias al principio de inocencia.

D. El caso Roemen y Schmit c. Luxembugo[92]

En esta decisión, que mantiene en general la doctrina del precedente *Goodwin*, el TEDH se ha pronunciado además sobre la incompatibilidad de medios indirectos de investigación de las fuentes periodísticas con el artículo 10 del CEDH.

Los hechos del caso[93]

En julio de 1998 el señor Roemen, periodista, había publicado en un periódico de Luxemburgo un artículo en el que censuraba la conducta de un ministro del Gobierno que acababa de ser condenado a una multa administrativa por fraude fiscal a la ley sobre el impuesto al valor agregado.

La información era básicamente cierta: pocos días antes de la publicación, el director de la administración fiscal había multado al ministro en un procedimiento administrativo que, según la ley doméstica, era secreto; sin embargo, la condena no estaba firme y había sido apelada unos días después de la publicación. Un año más tarde la condena fue revocada por un tribunal de distrito.

A consecuencia del artículo publicado se iniciaron dos procesos judiciales contra el señor Roemen. Inmediatamente de la publicación el ministro demandó civilmente al periodista y a su diario por daños y perjuicios. La acción civil fue rechazada con fundamento en el ejercicio de la libertad de prensa.

Paralelamente, a raíz de una denuncia presentada por el ministro, un fiscal formuló un requerimiento de instrucción ante el juez competente que proponía dos objetos de investigación: a) el delito de receptación que habría cometido el señor Roemen al haber aprovechado de una violación de secreto profesional; y b) la violación de secreto profesional que habrían cometido personas no identificadas de la administración al proveer al periodista la información de la sentencia no firme, o acceso al expediente.

A pedido del fiscal, el juez de instrucción emitió órdenes de allanamiento y registro a ser ejecutadas en el domicilio de Roemen, en sus dependencias y en cualquier otro domicilio donde éste pudiera encontrarse, así como en los vehículos que le perteneciesen o que utilizase. También ordenó el allanamiento y registro de los locales del periódico donde trabajaba. Las dos órdenes tenían por objeto buscar documentos relacionados con el procedimiento fiscal cuyo secreto habría sido violado. Las inspecciones fueron infructuosas y no se halló ningún documento digno de secuestro.

---

[92] TEDH, 4ª sección (petición n° 51772/99), sentencia de 25 de febrero de 2003. Una traducción íntegra de la sentencia de Silvia De Napoli, en *La Ley*, 2003-E, p.659.

[93] Véanse en detalle los § 9 a 39 de la sentencia.

Dos recursos de nulidad que Roemen dedujo contra las órdenes de allanamiento fueron desestimados. Los jueces consideraron que no había habido violación al artículo 10 del CEDH, pues los allanamientos ordenados para recoger pruebas y establecer la verdad no afectaban la libertad de expresión ni la libertad de prensa. Las apelaciones del periodista contra esa decisión fueron rechazadas.

El mismo día en que los allanamientos en el domicilio y el periódico fracasaron, el juez de instrucción había ordenado el allanamiento del estudio de la abogada del periodista, señora Schmit. Allí se encontró y secuestró una carta, de fecha posterior al artículo periodístico, dirigida por el director de la administración fiscal al primer ministro, que tenía adjunto un volante de confidencialidad, carta que según los requirentes había sido enviada anónimamente al periódico en el que trabajaba el señor Roemen y que éste había entregado inmediatamente a su abogada.

La orden de allanamiento y el acto de su ejecución también fueron impugnados de nulidad por la abogada, que tuvo éxito parcial, porque el tribunal de distrito consideró que en la ejecución del allanamiento la policía judicial no había respetado la ley doméstica y había omitido hacer constar en las actas las observaciones del representante de la corporación de abogados presente en el acto. A raíz de la decisión la carta secuestrada fue restituida.

La carta permaneció poco tiempo en poder de la abogada, pues el mismo día de su restitución el juez de instrucción ordenó un nuevo allanamiento y así obtuvo nuevamente su secuestro. El nuevo recurso de nulidad de la abogada Schmit, por violación del estudio jurídico y del secreto entre el abogado y su cliente, no tuvo éxito en ninguna de las dos instancias en que fue intentado.

Aparentemente, después de estos actos de investigación se ordenó el allanamiento del domicilio de un funcionario de la administración fiscal y la confección de un listado de recuento (*réperage*) de los llamados telefónicos entrantes y salientes de al menos dos miembros del Partido Socialista, al que pertenecía el primero.

Tres años después de los allanamientos, el señor Roemen fue llamado por el juez de instrucción a declarar por la imputación de "receptación del objeto de la violación de secreto profesional". Sin embargo, la imputación fue anulada y el proceso finalmente fue archivado a su respecto.

La cuestión decidida por el TEDH

El señor Roemen se quejó ante el TEDH de que los distintos allanamientos habían lesionado su derecho a guardar silencio sobre sus fuentes de información, derecho que, sostuvo, derivaba del artículo 10 del CEDH.

El TEDH consideró, remitiéndose al caso *Goodwin*, que el derecho a la protección de las fuentes periodísticas se infería del artículo 10 del CEDH.[94] En la concepción del TEDH, la protección que debía inferirse del artículo 10 a favor del secreto de

[94] Compárese § 46 y su remisión al fallo *Goodwin*, cit., § 39-40, párrafos transcritos más arriba.

las fuentes periodísticas no era absoluta, y las excepcionales limitaciones a la confidencialidad sólo podrían estar justificadas por un "imperativo preponderante de interés público" y requerían un examen estricto o "sumamente escrupuloso". El TEDH puso nuevamente en balance las restricciones bajo criterios de proporcionalidad.

Seguidamente entendió que los allanamientos en el domicilio y locales profesionales del señor Roemen constituían una injerencia en los derechos garantizados en el artículo 10.1 del CEDH, y que el hecho de que las inspecciones no hubiesen arrojado ningún resultado no le quitaba el carácter a la injerencia, caracterizada por la finalidad de identificar al autor de una violación de secretos y, por ende, a la fuente periodística.[95]

Como segundo paso, examinó si las injerencias (los allanamientos) estaban previstas por la ley, si perseguían un fin legítimo y si eran necesarias en una sociedad democrática. En otras palabras, se refirió a su legalidad, a la legitimidad de los fines y su proporcionalidad. A la luz del Código de Instrucción Criminal luxemburgués el TEDH no encontró indicios para poner en cuestión la legalidad de la injerencia. En segundo lugar, encontró que ésta perseguía uno de los fines legítimos enumerados en el artículo 10.2 del CEDH: el de "defensa del orden público y la prevención de los delitos".[96] Al momento de examinar si la injerencia resultaba "necesaria en una sociedad democrática", el TEDH partió de considerar que se trató de una investigación de un hecho que el señor Roemen habría conocido en su actividad de periodista, y que en consecuencia las medidas caían bajo el dominio de protección de las fuentes periodísticas.[97] Confrontó con ello que se trató de una información periodística sobre una sanción fiscal a un ministro impuesta por el director de la administración fiscal —por ende, de un tema de interés general— y sostuvo que una injerencia sólo se conciliaría con el artículo 10 del CEDH si se justificase por un imperativo de interés público preponderante.[98]

Así, abordó el examen de proporcionalidad teniendo en cuenta el subprincipio de subsidiariedad. Valoró que los allanamientos fueron ordenados respecto del periodista de modo prácticamente inmediato, mientras que los allanamientos respecto de otros funcionarios de la administración se habían ordenado mucho más tarde, que no se había intentado recoger la misma información por otras vías, y que el Gobierno no había demostrado que, sin recurrir a los allanamientos, las autoridades domésticas no habrían estado en condiciones de investigar los hechos.[99]

Por otro lado, en punto a la magnitud de la injerencia, sostuvo que la inspección en el domicilio y el local profesional del periodista era mucho más grave para la

[95] Cf. § 47.
[96] Cf. § 48-50.
[97] Cf. § 52.
[98] Cf. § 54.
[99] Cf. § 55-56.

libertad de prensa que una simple orden de revelación. Es interesante destacar sobre este punto el pasaje en el que desarrolla el argumento:

> 57. En opinión de la Corte, el presente caso se distingue en un punto fundamental del caso Goodwin. En este último, una orden de divulgación intimó al periodista a revelar la identidad de su informador, en tanto que en este caso se practicaron allanamientos en el domicilio y en el lugar de trabajo del primer peticionario. La Corte juzga que los allanamientos que tienen por objeto descubrir la fuente del periodista —aun cuando éstos no arrojen resultado alguno— constituyen un acto más grave que una intimación a divulgar la identidad de la fuente. En efecto, los investigadores que, munidos de una orden de allanamiento, sorprenden a un periodista en su lugar de trabajo tienen poderes de investigación muy amplios, de suerte que, por definición, tienen acceso a toda la documentación poseída por el periodista. La Corte, que no puede sino recordar que "las limitaciones relativas a la confidencialidad de las fuentes periodísticas requieren por parte de la Corte un examen sumamente escrupuloso" (ver fallo *Goodwin* antes citado, § 40), estima de este modo que los allanamientos practicados respecto del primer peticionario tenían un efecto con más consecuencias aún sobre la protección de las fuentes que en el caso Goodwin.[100]

El TEDH concluyó que los motivos invocados por las jurisdicciones nacionales para justificar los allanamientos —persecución de los delitos— podían ser considerados "pertinentes", pero no "suficientes", y que en consecuencia había habido violación al artículo 10 del Convenio.

Por otra parte, el TEDH también consideró la queja de la otra peticionaria, señora Schmit, en punto a la alegada violación del artículo 8 del CEDH, a raíz de la orden de allanamiento sobre su despacho de abogada. El TEDH concluyó que el mandato de allanamiento había sido redactado por el juez de instrucción en términos que daban poderes amplios a los investigadores y, sobre todo, que el fin del allanamiento conducía finalmente a revelar la fuente del periodista por intermedio de su abogada. Así, el allanamiento del estudio de la señora Schmit repercutió sobre los derechos garantizados al señor Roemen por el artículo 10 del CEDH. Finalmente, concluyó que la inspección y secuestro en el estudio fueron desproporcionados con relación al fin perseguido, en vista, especialmente, de la celeridad con que fueron efectuados.[101]

El razonamiento es un tanto confuso, porque remite a las consideraciones de la sentencia sobre los agravios del señor Roemen, invocando analogía, pero no explica cómo se construye esta analogía. Se trataba en el caso de la queja por una injerencia desproporcionada en la vida privada, y se concluye que era desproporcionada porque buscaba un resultado que constituía una injerencia en el derecho del periodista bajo el artículo 10 del CEDH.

Es de destacar, finalmente, que en este caso el TEDH no abordó la cuestión sobre la posibilidad de perseguir a los periodistas por aprovechar de la violación de

---

[100] Sigo la traducción citada en nota 92.

[101] Cf. § 70-72.

un secreto. El señor Roemen no se había quejado de ello expresamente ante el TEDH, probablemente porque finalmente la imputación penal había sido archivada.

E. El caso Ernst y otros c. Bélgica[102]

En este caso se ha mantenido en general la doctrina desarrollada en el precedente *Roemen*, en punto a allanamientos y secuestros de documentación como medidas indirectas de investigación de las fuentes periodísticas y a su compatibilidad con las garantías de la libertad de expresión del artículo 10 del CEDH.

Los hechos del caso[103]

A raíz de diversas fugas de información durante la instrucción del sumario en varias causas de notoriedad pública, recogidas por la prensa, el Ministerio Público de Lieja requirió la investigación de probables violaciones del secreto del sumario, que se sospechaba habrían podido cometer algunos magistrados del Ministerio Público. Al día siguiente de tomar intervención en el caso, el juez competente libró órdenes de allanamiento a ejecutarse en los domicilios de varios periodistas y en las respectivas redacciones, "al efecto de buscar y secuestrar todo documento y objeto útil a la instrucción". En ejecución de ellas, ese mismo día una brigada especial procedió simultáneamente al allanamiento y al secuestro de documentos en los locales de tres periódicos belgas —*De Morgen*, *Le Soir* y *Le Soir Illustré*— y en una estación de radio y televisión (RTBF). La visita de los locales profesionales se limitó a los escritorios de los peticionarios y respecto de dos de ellos se sumó la requisa de sus vehículos. El mismo día la brigada inspeccionó también los respectivos domicilios de los peticionarios.

En el curso de los ocho allanamientos la brigada secuestró numerosos documentos, así como disquetes de informática y copias de los discos duros de las computadoras de los periodistas. Algunos documentos fueron restituidos a sus propietarios porque no aparecían vinculados a la investigación; otros permanecían en poder de la autoridad judicial al momento de la sentencia del TEDH.

Los peticionarios no fueron informados del proceso, en el que no aparecían ni como prevenidos ni como partes civiles. La operación no derivó en ninguna inculpación contra ellos.

Una denuncia que los peticionarios formularon, con constitución de partes civiles, contra los funcionarios públicos, oficiales de justicia o de policía, alegando que los allanamientos masivos habían desconocido groseramente el secreto de las fuentes de información de los periodistas, en infracción al artículo 10 del CEDH, así como al artículo 8, no prosperó por decisión de Corte de Casación de Bruselas, que decidió que no había habido instancia hábil del Ministerio Público para promover la acción, lo que llevó al archivo del caso.

---

[102] TEDH, 2ª sección (petición n° 33400/96), sentencia de 15 de julio de 2003.

[103] Hechos según los § 11-18, 25 y de la sentencia.

Una acción de daños y perjuicios iniciada en 1995 por los mismos peticionarios, con causa en las perquisiciones tachadas de ilegales, tampoco había progresado hasta que el TEDH se pronunció.

La cuestión llevada ante el TEDH

Entre las diversas cuestiones llevadas por los peticionarios ante el TEDH, éstos se quejaron de una violación del artículo 10 del CEDH, pues sostenían que los allanamientos masivos y los secuestros constituían una injerencia incalificable de las autoridades belgas en el ejercicio de la libertad de expresión.

Según los peticionarios, las órdenes del instructor no tenían la precisión requerida por la Convención, en particular porque los lugares indicados en las órdenes estaban descritos de manera vaga. Agregaron que la injerencia no perseguiría ningún fin legítimo, y en cuanto a su proporcionalidad el Estado belga no habría explicado la conexión de los peticionarios con las personas que eventualmente podrían haber sido imputadas de violación de secreto profesional. Al respecto señalaron que no eran ni imputados ni partes civiles del proceso, que no estaban obligados por el secreto de la instrucción, a diferencia de los miembros del Ministerio Público y de los encargados de la instrucción, y que no habrían cometido infracción alguna al difundir al público informaciones provistas legítimamente sobre expedientes en trámite. Además, ninguno de los peticionarios había intervenido en los artículos vinculados con las fugas de informaciones.

Por otra parte, se quejaron de que el número de objetos y de documentos secuestrados era considerable, al punto de que las medidas parecían tener por fin impedirles efectuar su trabajo e intimidar a sus fuentes de información. Además, parecía que el magistrado instructor había usado sus facultades para "salir de pesca", es decir, para investigar crímenes y delitos cuya existencia no era aún conocida. Tampoco habría demostrado el Estado la incidencia que las medidas podrían haber tenido para identificar a las fuentes de la fuga de informaciones. En resumen, la injerencia no respondería a una necesidad social imperiosa y sería desproporcionada respecto de los fines perseguidos.

En su sentencia el TEDH recordó su concepción acerca de la posición de la libertad de expresión en una sociedad democrática y de la protección de las fuentes periodísticas para asegurar la libertad de prensa según las sentencias *Goodwin c. Reino Unido* y *Roemen y Schmit c. Luxemburgo*. Recordó que el interés de la sociedad democrática en asegurar y mantener la libertad de prensa conduce a acordar un gran peso a este interés al momento del examen de la proporcionalidad de las restricciones.[104]

El TEDH consideró que los allanamientos constituían injerencias en el derecho a la libertad de expresión del artículo 10 del CEDH, que estas injerencias estaban previstas por la ley, entendida ésta como "el texto en vigor tal como ha sido interpre-

[104] Cf. § 93, con cita de *Goodwin c. Reino Unido*, cit., § 40 y de *Worm c. Austria*, sentencia de 29 de agosto de 1997, *Recueil* 1997-V, p. 1551, § 47.

tado por las jurisdicciones competentes", en el caso, el Código de Instrucción Criminal,[105] y que perseguían un fin legítimo.[106] Declaró que una injerencia que se deriva del secreto de la instrucción tiende a garantizar la buena marcha de una investigación y, por consiguiente, a proteger la autoridad y la imparcialidad del poder judicial,[107] y que en el caso tal era la finalidad, junto con la de impedir la divulgación de informaciones confidenciales y la protección de la reputación de otros.

Al momento de efectuar el examen de proporcionalidad de las injerencias el TEDH concluyó que las injerencias no estaban justificadas. Sostuvo que "los periodistas que redactan artículos sobre procesos en curso deben velar por no traspasar los límites fijados a los fines de una buena administración de justicia y respetar el derecho de la persona enjuiciada a ser presumida inocente",[108] pero que en el caso no se había alegado en ningún momento que los peticionarios hubiesen redactado algún artículo de prensa sobre los procesos tenidos en cuenta por el procurador general al requerir la investigación de las fugas, que contuviese informaciones secretas. En la medida en que no se les imputaba ninguna infracción, debía deducirse que la finalidad era la de recoger objetos de prueba útiles a la investigación de la verdad, la identificación de los potenciales autores de las fugas en el ámbito del Ministerio Público y eventualmente un procedimiento por violación del secreto de la instrucción aprovechado por los periodistas, lo que caía bajo el dominio de la protección de las fuentes periodísticas. Reiteró además la advertencia del caso *Roemen* en punto a que la ausencia de resultado aparente de los allanamientos y secuestros no borra su objeto, a saber, la identificación de los responsables de las fugas, es decir, de las fuentes de información de los periodistas.

Por otra parte, el TEDH se manifestó "shockeado" por el carácter masivo de los allanamientos —ocho perquisiciones simultáneas—, la participación de 160 policías, su urgencia —apenas dos días después de la remisión de la causa a la instrucción y uno siguiente a la designación del instructor—. Paralelamente señaló que el Estado no había presentado motivos suficientes para justificar la elección de los peticionarios como objeto de las perquisiciones, y en particular no había indicado cómo éstos estarían involucrados, mediata o inmediatamente, en las infracciones del caso. Tampoco habría provisto informaciones sobre eventuales medidas de instrucción que podrían haberse ejecutado directamente entre los magistrados susceptibles de haber

---

[105] No se hizo cargo, sin embargo, de la queja de los requirentes en cuanto a la latitud con la que podía ordenarse un allanamiento según ese código.

[106] Tampoco se hizo cargo de la alegación de arbitrariedad del instructor, a quien se le imputaba una excursión de pesca, aunque más tarde, al examinar la queja desde la óptica del derecho a la vida privada —artículo 8 del CEDH—, consideró bajo el ángulo de la proporcionalidad la falta de limitaciones al objeto de la búsqueda, cf. § 116.

[107] Cf. § 98, con cita de *Weber c. Suiza*, sentencia de 22 de mayo de 1990, serie A, nº 177, § 45.

[108] Cf. § 100, con cita de *Worm c. Austria*, cit., § 50, y de *Du Roy et Malaurie c. Francia*, sentencia de 3 de octubre de 2000, CEDH, 2000-X, § 34.

violado el secreto profesional.[109] Destacó además el TEDH que el Gobierno había omitido demostrar que, en ausencia de los allanamientos y secuestros litigiosos, las autoridades nacionales no habrían estado en condiciones de investigar la existencia de una eventual violación del secreto profesional, y en su caso de la comisión por los peticionarios de receptación de informaciones provenientes de una violación de secretos.[110] Se infiere de este abordaje el papel que tiene el principio de subsidiariedad al examinar la proporcionalidad de las injerencias.

Finalmente, como lo había dicho ya en el caso *Roemen*, el TEDH reiteró que los allanamientos que tenían por objeto descubrir las fuentes de información de los periodistas constituyen —aunque no arrojen resultados— un acto aún más grave que una intimación a revelar la identidad de la fuente, porque los investigadores, munidos de las órdenes de allanamiento, abordaron a los periodistas en sus domicilios y en sus lugares de trabajo, con poderes de investigación muy amplios, de suerte tal que tenían acceso a toda su documentación.[111]

Concluyó en suma que el Gobierno no había demostrado la existencia de un balance equitativo entre los intereses en conflicto. Así, aunque los fines invocados para las injerencias eran pertinentes, no eran suficientes para justificarlas, y los allanamientos y secuestros habían sido desproporcionados a los fines legítimos perseguidos.[112]

En el caso *Ernst*, el TEDH ha aplicado los criterios desarrollados en su jurisprudencia anterior, y en particular los todavía recientes de *Roemen*. Es curioso, sin embargo, que al momento de examinar si existía una necesidad social imperiosa que justificara la injerencia, en este caso, a diferencia de otros, no se haya asignado ningún papel a la naturaleza o gravedad de la infracción investigada.

Por otro lado, se observa que, aunque el TEDH no rechaza expresamente la afirmación, presentada por los peticionarios, de que los periodistas no son sujetos del deber de guardar secreto sobre la instrucción o de colaborar a mantenerlo, cierto pasaje da lugar a inferir lo contrario: "los periodistas que redactan artículos sobre procesos en curso deben velar por no traspasar los límites fijados a los fines de una buena administración de justicia y a respetar el derecho de la persona enjuiciada a ser presumida inocente".[113] Al contrario, el TEDH ni siquiera descarta de manera expresa que eventualmente puedan ser considerados autores de la violación de secretos.[114] Por otra parte, algunos de los interrogantes planteados a raíz del caso *Fressoz* pare-

---

[109] Cf. § 101.

[110] Cf. § 102.

[111] Cf. § 103.

[112] Cf. § 104-105.

[113] Cf. § 100.

[114] El § 101 de la sentencia, leído *a contrario sensu*, da lugar a pensar que la decisión habría sido distinta si el Gobierno hubiese demostrado que los peticionarios estaban involucrados mediata o inmediatamente en las infracciones.

cen encontrar respuesta: el TEDH no objeta de principio que un periodista pueda ser perseguido penalmente como autor de receptación del producto de una violación de secreto profesional. Ello se extrae de dos pasajes: a) en cuanto reprocha al Estado que en momento alguno alegó que hubiesen redactado algún artículo de prensa que contuviese informaciones secretas sobre los procesos,[115] y b) en cuanto no cuestionó el derecho del Estado a investigar la existencia de una eventual violación del secreto profesional y, en su caso, de la comisión por los peticionarios de receptación de informaciones provenientes de una violación de secretos.[116]

II. Un balance provisional

1. Los estándares internacionales y los límites de la comparación

En los capítulos anteriores he tratado de presentar las disposiciones de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y la protección que ellas asignan a la libertad de prensa. En ninguna se alude expresamente a la protección o reserva de la identidad de las fuentes periodísticas; sin embargo, este derecho puede ser inferido de la garantía privilegiada de la libertad de prensa como una de las manifestaciones de la libertad de expresión, en particular por su valor instrumental para facilitar el acceso y la difusión de informaciones en una sociedad democrática.

Aunque en el sistema interamericano no ha habido hasta ahora ningún pronunciamiento en casos contenciosos donde se trate de la protección de la identidad de las fuentes periodísticas, muchos documentos emanados de los órganos del sistema señalan la predisposición a un reconocimiento de ese derecho.

También he tratado de presentar los estándares elaborados o en curso de elaboración por el TEDH. En ellos aparecen abordadas más cuestiones de detalle que las que aparecían hasta ahora insinuadas en el sistema interamericano.[117]

Sin embargo, es necesaria una advertencia. El recurso a la jurisprudencia de un órgano de aplicación de un instrumento internacional elaborada en la interpretación de un tratado de derechos humanos de su competencia, para interpretar otro tratado distinto, es pleno de sentido como instrumento auxiliar de interpretación, pero sólo resulta lícito en la medida en que exista “equivalencia en lo esencial” entre las nor-

---

[115] Cf. § 100.

[116] Cf. § 102.

[117] Adicionalmente, en el ámbito europeo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha adoptado la recomendación R (2000)7, “Recommandation sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d’information”,texto en *RUDH*, diciembre de 2000, vol. 12, n° 10-12, pp. 460-462. No puedo ocuparme aquí en detalle de este documento, que se hace eco de la jurisprudencia del TEDH. Para una consideración más detallada remito a mi trabajo “Sobre la protección de las fuentes periodísticas”, cit. en nota 3.

mas cuya interpretación se busca.[118] A ese fin, la Corte IDH no ha entendido la equivalencia como "literalidad", y ha sostenido que el recurso a la jurisprudencia extraña es todavía permitido cuando, a pesar de diferencias terminológicas sensibles entre normas particulares, éstas se enmarcan en un sistema normativo en el que las diferencias de términos pierden sentido.[119] A tal efecto debe comenzarse por un procedimiento de comparación,[120] no sólo literal sino contextual,[121] y a partir de allí establecer la existencia de una equivalencia normativa. Así, cuando se trata de "importar" precedentes europeos como criterios de interpretación de la Convención Americana, el límite de ese procedimiento estará dado por la equivalencia en términos de "protección equivalente", de suerte tal que una interpretación de otro instrumento internacional que ofrece una protección menor —es decir, un contenido sustancial más estrecho de los derechos o un número mayor de casos en que se autoriza su restricción— no sólo deja de ser *útil*, sino que además es abiertamente contraria al texto de la Convención Americana a la luz de lo que establece el artículo 29.

Como se ha visto, los puntos de equivalencia normativa en el campo de la protección de la libertad de expresión son sólo parciales cuando se comparan el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos con los artículos 13 de la CADH y el artículo 19 del PIDCyP. Esto no puede ser olvidado al momento de examinar la capacidad de rendimiento de los estándares elaborados en torno al primero.[122] Entre esas disposiciones hay muchas diferencias, pero de entre ellas, en cuanto al tema de esta contribución concierne, las diferencias son sustanciales: en punto a la prohibición de censura o controles preventivos que sólo se encuentra en el artículo 13.2 de la CADH y no en los demás instrumentos normativos; en punto a la exigencia de que toda restricción a la libertad debe estar prevista en la ley, que, aunque la previsión de ley es común a los tres instrumentos citados en el marco del sistema interamericano, no se satisface con cualquier disposición de carácter general sino que se exige ley formal según la interpretación que la Corte IDH ha sentado a partir de la opinión consultiva n° 6/86;[123] y en punto a los fines legítimos que autorizarían una restric-

---

[118] Corte IDH, caso *Genie Lacayo*, sentencia 29 de enero de 1997, serie C, n° 30, § 77. Sobre el funcionamiento práctico véanse mis trabajos: "La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El caso Zenzerovich: una oportunidad perdida", *LL* 1999-F, p. 223, y "El derecho internacional de los derechos humanos", cit., pp. 113 y ss.

[119] Cf. Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 44, 45.

[120] Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 43.

[121] Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 44.

[122] En el sentido del texto, con especial referencia a los artículos 10 del CEDH, 19 del PIDCyP y 13 de la CADH, véase Ariel Dulitzky, "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *LL* 1996-D, 1677, esp. p. 1680.

[123] Compárese TEDH, casos *Sunday Times vs. Reino Unido*, serie A, vol. 30, § 48, y *Kruslin vs. Francia*, serie A, vol. 176-A, § 29.

ción, pues en el sistema europeo se admiten más supuestos que los que se enuncian en los artículos 13 de la CADH y 19 del PIDCyP.[124]

Hecha esta advertencia, he prescindido en lo sustancial de una discusión de la cuestión según un determinado orden jurídico nacional, con la finalidad de presentar estándares comunes que puedan servir para la confrontación crítica de cualquier sistema nacional con las exigencias del sistema de protección internacional de derechos humanos en el que un Estado dado sea parte. La preferencia por una visión americana en el sentido más lato de la palabra no tiene un sustrato regionalista contrario a las aspiraciones de universalidad del derecho internacional de los derechos humanos, sino que se enmarca sencillamente en el espectro de difusión predominantemente americano que presumo tendrá su publicación.

2. Las órdenes de revelación o la indagación de la identidad de las fuentes como injerencias en el ejercicio de la libertad de prensa

He tratado de mostrar que las actividades estatales que imponen a los periodistas la revelación de sus fuentes, o que indagan sobre ellas con prescindencia de la colaboración de aquéllos, constituyen una limitación seria a las condiciones necesarias para el ejercicio de la libertad de prensa como manifestación de la libertad de expresión. En esa idea, he presentado un ensayo de fundamentación dogmática del reconocimiento de ese derecho con base normativa en la prohibición de restricciones indirectas a la libertad de expresión.

Si la libertad de expresión puede estar sujeta a ciertas restricciones cuyo alcance es diferente según el instrumento internacional de derechos humanos de que se trate, del mismo modo el secreto de la identidad de las fuentes periodísticas no puede ser considerado absoluto, pero sus restricciones deberán satisfacer en ese caso los mismos requisitos que cualquier otra restricción a la libertad de expresión,[125] en particular, previsión de ley, finalidad legítima y necesidad de la restricción para satisfacer esa finalidad, que deberá ser sopesada estrictamente a la luz de las necesidades de una sociedad democrática, lo que impone partir de la presunción de que el interés en la libertad de expresión es prevaleciente sobre otros que se le opongan, y es carga del Estado demostrar en cada caso concreto si hay razones pertinentes y suficientes para que otro interés prevalezca sobre aquélla. En el balance de proporcionalidad debe prestarse también atención a la disponibilidad de otras medidas alternativas menos intrusivas.

La protección “de los derechos o de la reputación” de otros, o la de “la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas” son los únicos fines legítimos que

---

[124] Compárese el artículo 10 del CEDH que admite restricciones para proteger “la integridad territorial” o para “impedir la divulgación de informaciones confidenciales” o para “garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

[125] En particular véase Comisión IDH, “Informe sobre terrorismo y derechos humanos”, cit., § 311 y 326.

podrían invocarse para una restricción ulterior a la libertad de expresión según el artículo 13.2 de la CADH, que en esto coincide con el artículo 19.3 del PIDCP; pero estas finalidades legítimas no son comodines o cheques en blanco, sino que en cada caso se exige demostrar, con arreglo a las circunstancias concretas de ese caso, por qué esos intereses deben prevalecer sobre el de la protección de la libertad de expresión, por caso, sobre el derecho a la reserva de la identidad de las fuentes periodísticas.

Se suele argumentar que la reserva de la identidad de las fuentes periodísticas debería ceder en causas penales. Esta proposición concebida de modo tan genérico prescinde de la demostración de la necesidad y de la proporcionalidad de la injerencia. Por cierto, la averiguación y persecución de los delitos podría encuadrar dentro de la finalidad de protección del orden público, pero con ello no basta. Si la libertad de expresión corresponde al orden público primario de una sociedad democrática, la mera constatación de fines o necesidades de orden público es insuficiente por sí sola para justificar una indagación de la identidad de las fuentes periodísticas. Ello a punto tal que ni siquiera las necesidades de hacer frente a acciones terroristas pueden constituir justificación para legislación de excepción que autorice genéricamente tales limitaciones a la libertad de expresión, salvo que se satisfagan criterios de necesidad y proporcionalidad con arreglo a las circunstancias concretas, pues, si bien los Estados tienen el derecho y aun el deber de defenderse contra el crimen internacional del terrorismo, sólo están autorizados a hacerlo en el marco de sus normas internas que deben adecuarse a los compromisos internacionales que emanan, entre otras fuentes, de los tratados de derechos humanos.

Las órdenes de divulgación o los mandatos a comparecer como testigo son las formas más comunes de afectar el derecho a la reserva de la identidad de las fuentes periodísticas, pero este derecho puede verse afectado también por otras vías, tales como las sanciones civiles o penales por no revelar las fuentes, las diligencias de investigación tales como registros de domicilios, locales y automóviles de los periodistas, y el secuestro de archivos, documentos y materiales de trabajo, o la investigación de las comunicaciones emitidas desde o recibidas a través de las líneas telefónicas que se presume son usadas por los periodistas, en la medida en que esas indagaciones busquen la determinación de la identidad de una fuente de informaciones del periodista. Es relevante destacar que estos medios de la indagación de la fuente pueden resultar, según su modo de ejecución, más intrusivos que la simple orden de revelar la fuente o la citación a testificar, por lo cual el examen de necesidad y proporcionalidad debe ser aún más estricto en estos casos, y en especial teniendo en cuenta el material sensible que constituye su objeto, que la injerencia no pierde el carácter de tal porque la indagación no dé resultado alguno (casos *Roemen y Schmit* y *Ernst*).

Por cierto, los instrumentos internacionales de derechos humanos examinados no permiten fundar un deber jurídico de confidencialidad entre el periodista y su fuente sino simplemente un derecho renunciable de este último.

3. Algunos puntos necesitados de ulterior desarrollo de los estándares

Existen múltiples puntos que necesitarían de un estudio y desarrollo más exhaustivos. A simple título de ejemplo podrían mencionarse el de la definición de los sujetos que pueden invocar el secreto de la identidad de las fuentes, y frente a quién, los datos que caen bajo la protección del secreto periodístico, la definición de criterios seguros de proporcionalidad, la responsabilidad por la recepción y el aprovechamiento de informaciones que se sabe han sido obtenidas mediante la comisión de un delito y las relaciones entre secreto de las fuentes y las garantías del proceso equitativo y contra la autoincriminación en procesos penales.

En cuanto a quién puede invocar este derecho, no hay todavía un desarrollo seguro, aunque, entendido éste como un derecho profesional, se insinúan tendencias a reconocerlo sólo a los periodistas profesionales. No es seguro, sin embargo, que esta limitación sea correcta desde una perspectiva democrática, y menos seguros son aún los criterios sobre cuya base debería calificarse a un periodista como "profesional". En general los instrumentos aluden simplemente al "periodista", por excepción se refieren al "comunicador social",[126] pero alguna jurisprudencia se ha ocupado de reconocer cierta protección incluso a los directores responsables (caso *Fressoz y Roire*) y los redactores (caso *De Haes y Gijsels*). [127]

Otro punto necesitado de esclarecimiento es si este derecho puede ser ejercido sólo contra las autoridades estatales o si, y en qué medida, puede también oponerlo el periodista frente a los dueños, directores responsables o redactores de la empresa periodística. La respuesta dependerá en parte sustancial de la construcción del sistema de imputación de responsabilidad ulterior por lo que se publica.

En otro orden, en general se acuerda que lo protegido es la identidad de la fuente y no lo informado por ésta, que por definición aparece como destinado a ser difundido y es el móvil de la actuación de la fuente. Es claro que otros datos, procedimientos, hechos históricos o soportes deberían ser protegidos en tanto llevasen o pudieran llevar a la identificación de la fuente; ello reposa en la concepción de que la develación de la identidad de la fuente podría conducir a la frustración de la recolección de informaciones en el futuro. Sin embargo, se insinúa que las informaciones mismas, mientras no hayan sido publicadas, gozarían de inmunidad de indagación por las autoridades públicas; algunos documentos reconocen la protección de la identidad de la fuente y asimismo de "apuntes y archivos personales y profesionales",[128] pero no

---

[126] Así Comisión IDH, artículo 8, de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.

[127] Cf. recomendación R (2000) 7, cit., principio 2, que comprende a los periodistas que realicen tareas eventuales y en general a los miembros y colaboradores de la empresa periodística, o la de la empresa editora.

[128] Así, artículo 8 de la Declaración de principios sobre la libertad de expresión aprobada por la Comisión IDH.

es claro si se los protege en sí mismos con independencia de su fuente o sólo en la medida en que su divulgación lleve a la identificación de la fuente.[129]

En cuanto concierne al examen de proporcionalidad y balance de intereses, está pendiente aún la definición de criterios más exhaustivos. En primer lugar, porque la jurisprudencia del TEDH no puede ser trasladada acríticamente como instrumento auxiliar de la interpretación de la CADH, en la medida en que se ha elaborado sobre el presupuesto de que medidas de censura previa no son necesariamente contrarias a la CEDH, y serían sin embargo prohibidas en el sistema de la CADH. Por otro lado, en el balance de intereses se han confrontado la libertad de expresión con derechos civiles o patrimoniales de otros (casos *Goodwin* y *Fressoz y Roire*), sin una consideración más particularizada de qué derechos civiles o patrimoniales se trataba. El Comité de Ministros del Consejo de Europa parece haber sido más restrictivo al sugerir que sólo debería permitirse una indagación de las fuentes en presencia un imperativo preponderante de interés público *y* si las circunstancias presentan un carácter suficientemente vital y grave.[130]

En otro orden de cosas, un periodista puede estar sujeto a responsabilidad penal por lo que publica, en la medida en que esa responsabilidad ulterior a la publicación satisfaga los recaudos de los instrumentos internacionales aplicables, esto es, los artículos 13.2 de la CADH, 19.3 del PIDCP y 10.2 del CEDH. El punto más oscuro y necesitado de esclarecimiento es empero el de si puede imputarse responsabilidad penal a un periodista por aprovechar informaciones que sabe cabalmente que han sido obtenidas mediante la comisión de un delito. La posibilidad de perseguir a un periodista por encubrimiento o receptación cuando recibe documentos obtenidos mediante la comisión de un delito de hurto o de violación de secreto profesional transpiraba en algunos de los casos antes reseñados (*Goodwin* y *Fressoz y Roire*, *Roemen y Schmit* y *Ernst*); además, son también imaginables otras vías ilegales de obtención de informaciones. Sin embargo, la cuestión no aparece hasta ahora examinada en todas sus facetas. Lo cierto es que, si el periodista pudiera legítimamente ser perseguido penalmente por ello, entonces el foco se desplaza a otro punto; no se trataría ya del derecho profesional a callar sobre la fuente, sino de un derecho general de todo sujeto actual o eventual de una acusación penal: el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo o a colaborar con la acusación.

---

[129] Cf. definiciones y principio n° 6 de la recomendación R (2000) 7, cit.

[130] Recomendación R (2000) 7, principio 3.*a*. Se dice en la exposición de motivos que se deberían considerar como fines legítimos que predominan sobre la libertad de prensa los que se dirijan "a la protección de la vida humana", "la prevención de un delito grave" o "la defensa, en el marco de un proceso judicial, de una persona acusada o condenada por haber cometido un delito grave", y siempre que se satisfagan los criterios del principio 3.*b*. Se entiende como "delitos graves" al asesinato, el homicidio, las lesiones graves, los crímenes contra la seguridad nacional, o la "gran criminalidad organizada" y que la prevención de tales infracciones podría eventualmente justificar la revelación de las fuentes. Cf. l. cit., § 38-40.

Llego así a la última de las cuestiones que he enunciado en este ítem: está pendiente todavía una definición más clara de las relaciones entre el secreto de las fuentes y las garantías del proceso equitativo y contra la autoincriminación en procesos penales. Si un periodista es imputado de un delito contra el honor, cometido en el ejercicio de su actividad de prensa, la acusación debe probar los presupuestos objetivos y subjetivos de su responsabilidad penal, y ésta no debe ser establecida sobre la base de su "omisión" o defecto de revelación de sus fuentes.[131] Y, en general, si el periodista es llamado a revelar la fuente en un procedimiento en el que está en riesgo su propia incriminación por la participación en un delito de cualquier naturaleza, el privilegio contra la autoincriminación puede ser invocado independientemente de que concurran las razones pertinentes y suficientes que justificarían una orden de divulgación de la fuente.[132]

4. La ley, único medio legítimo de definición de los presupuestos de restricción del derecho a la reserva de la indentidad de las fuentes periodísticas: una tarea pendiente

Toda restricción a la libertad de expresión debe estar "prevista por la ley" y, al menos en el marco del sistema interamericano, es necesaria una ley formal adoptada por el Poder Legislativo de acuerdo con lo establecido en la Constitución. Ahora bien, ya sea en el marco de la CADH, sea en el del PIDCP, para que la actividad de las autoridades de un Estado dirigida a indagar la identidad de las fuentes periodísticas sea aún compatible con sus respectivas disposiciones, se requiere en el orden doméstico una ley que satisfaga los criterios citados en II.2, que despeje las dudas enunciadas en II.3 y que determine en qué casos y bajo qué condiciones es posible obligar a un periodista a revelar sus fuentes o indagar éstas sin su concurso voluntario. La ley también debería regular las salvaguardas legales contra la arbitrariedad. Mientras esa tarea esté pendiente en cada uno de los Estados que conforman los respectivos sistemas de protección de los derechos humanos, ni la jurisprudencia más prudente pondrá a esos Estados a salvo de su responsabilidad internacional por violación de la libertad de expresión, en su vertiente de la libertad de prensa.

---

[131] Cf. caso *De Haes y Gijsels*, cit., y recomendación R (2000) 7, cit., principios 4 y 7. Sobre esta misma problemática en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República Argentina, bajo el estándar del "reporte fiel" y la cita de la fuente, me ocupo más exhaustivamente en mi trabajo "Sobre la protección de las fuentes periodísticas", cit. en nota 3.

[132] Cf. Recomendación R (2000) 7, cit., principio 7, y § 61 de su exposición de motivos. No se trata aquí ya de las irradiaciones de la libertad de expresión sino de las garantías mínimas de cualquier imputado de una infracción penal.

Rolando E. Gialdino (Argentina) *

La producción jurídica de los órganos de control internacional de los derechos humanos como fuente del derecho nacional. Fuentes *universales* y *americanas*

Si las relaciones establecidas entre los pueblos de toda la tierra alcanzaran el punto en que una violación de derechos cometida en un lugar sea sentida en todos, la idea de un derecho cosmopolita no podría pasar más por una exageración fantástica del derecho.

EMANUEL KANT

I. Introducción

El derecho internacional de los derechos humanos constituye, por lo menos a partir de diciembre de 1948, oportunidad en que fue adoptada la Declaración Universal de Derechos Humanos (Declaración Universal), un fenómeno, por fortuna, de magnitud tan creciente como conmovedora, llamado a sacudir las raíces de un sinfín de estructuras jurídicas que, hasta entonces, se creía afirmadas sobre bases poco menos que inalterables. "Dignidad intrínseca" de la persona humana, "derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", liberación del "temor y de

* Abogado. Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina. Representante de la citada Corte ante la Comisión para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) del Consejo de Europa. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Argentina, y de Instituciones Jurídicas en la Southwestern University School of Law (Los Ángeles). Miembro de la Sociedad Francesa de Legislación Comparada (París). Realizó especializaciones en derechos humanos, en el Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, y en justicia constitucional, en la Universidad Carlos III de Madrid.

la miseria", "justicia social", resultaron algunos de los estandartes que, paulatinamente, fueron tomando plaza jurídica en el horizonte de la comunidad de naciones.

De tal suerte, impulsados por la citada declaración, vieron la luz numerosos tratados con vocación universal, verbigracia, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Convención sobre Discriminación Racial), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Convención de la Mujer), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura), y la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención del Niño).

El ámbito americano tampoco permaneció inactivo. Incluso meses antes de la Declaración Universal, surgió la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), que no dejó de aportar su fruto a la primera. Prólogo continental que conduciría a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana) y, posteriormente, a su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), al Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Convención Interamericana para la Tortura), a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Ahora bien, es imprescindible advertir que el edificio jurídico que fue levantándose sobre los nobles pilares de las declaraciones Universal y Americana, esto es, el de los tratados arriba citados, obedeció, al menos, a dos claves arquitectónicas. En efecto, no fue sólo cuestión de enunciar una paleta de derechos, libertades y garantías de las personas, y de correlativas obligaciones de los Estados partes, sino que, también y al unísono, fueron establecidos *sistemas supranacionales con competencia para controlar el respeto, la protección y realización de los primeros, y el cumplimiento de las segundas*. Es por ello que cada uno de los pactos y convenciones en juego, bajo modalidades propias y comunes (y en algunos casos por intermedio de protocolos adicionales), estableció dichos sistemas, por vía de determinados procedimientos y órganos internacionales.

Sin embargo, a nuestro juicio, las consecuencias que el aspecto antedicho produce en el plano interno de los Estados no parece haber despertado toda la atención que amerita. El objeto de este trabajo, por ende, radicará en demostrar, por medio de la investigación de esta área jurídica, que *los mencionados sistemas de control resultan verdaderas* fuentes *(formales) del derecho interno de los Estados partes, dadas las atribuciones legales con que cuentan los órganos internacionales para interpretar y aplicar derechos, libertades y garantías reconocidos en los tratados que han pasado a integrar los ordenamientos nacionales, y para pronunciarse sobre los correlativos*

compromisos internacionales del Estado respecto de toda persona bajo su jurisdicción, cuya inobservancia, por acción u omisión, puede configurar actos ilícitos internacionales, además de una injusticia interna.

Llamaremos a los sistemas derivados de los instrumentos internacionales con vocación universal, *fuentes universales*, al paso que los de alcances americanos constituirán las *fuentes americanas*. Cuadra anticipar, asimismo, que en algunos supuestos estos regímenes se muestran reacios a calzar en los medios tradicionalmente considerados como fuentes (formales).

Resulta necesario apuntar las numerosas proyecciones que parten del citado objeto, mayormente cuando los Estados americanos han ratificado, con escasas excepciones, los citados tratados universales así como la Convención Americana, y sólo en escaso menor grado, los restantes instrumentos de nuestro hemisferio que ya hemos mencionado.[1] En efecto, el control internacional repercute, al menos, sobre 1) la inteligencia que corresponde dar a derechos, garantías y libertades invocables por los individuos ante los órganos del poder y, en su caso, ante otros particulares (*Drittwirkung*/efecto horizontal), al paso 2) que asienta valores y principios rectores en materia de derechos humanos (v. gr. dignidad inherente a todo ser humano, liberación del temor y de la miseria, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos…), así como 3) pautas y criterios de hermenéutica en general al respecto (interpretación progresiva o evolutiva, efecto útil, principio *pro homine*…). Agréguese a ello 4) todo lo concerniente a la extensión y naturaleza de las obligaciones asumidas por los Estados partes de cara a las personas sometidas a su jurisdicción y de cara a la comunidad internacional, lo cual ha impreso un claro perfil, y una nueva dinámica, a todas las instituciones estatales, dadas las características de las obligaciones que asume el Estado al ratificar los aludidos tratados. Ello configura un punto que tampoco pareciera haber levantado la reflexión de la que es merecedor, máxime cuando posibilita, junto con otros factores, que podamos sostener que, en clave jurídica, los Estados partes adhieren a un verdadero modelo de Estado social, más allá de que ello resulte enunciado expresamente en sus constituciones.[2] Pesan sobre el Estado las

[1] Según información de la OEA (15.5.2003), de los 35 Estados miembros de ésta: a) no han ratificado la Convención Americana: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos de América, Guyana, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, y San Kitts y Nevis, mientras que Trinidad y Tobago la denunció el 26.5.1998; y b) han ratificado: 1. el Protocolo de San Salvador: Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay; 2. la Convención Americana relativa a la Pena de Muerte: Brasil, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela; 3. la Convención Americana para la Tortura: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela, y 4. la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

[2] Véase Rolando E. Gialdino, "Democracia-Justicia-Derechos humanos: una tríada fundacional" (ponencia oficial del II Congreso de Magistrados y Funcionarios de la República Argentina), 2000; y "El trabajador y los derechos humanos", en *Investigaciones n° 2*, 2000, pp. 416 y ss.

siguientes obligaciones: a) "respetar" los derechos humanos, es decir, abstenerse de todo acto que entrañe una interferencia en el goce de éstos; b) "proteger" los derechos humanos, o sea, prevenir que las personas (físicas o jurídicas) produzcan dichas interferencias; y c) "realizar" los derechos humanos, dentro de lo cual se distinguen la obligación de "facilitar", en el sentido de iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y disfrute de aquéllos; la de "hacer efectivos" directamente esos derechos cuando un individuo o grupo sea incapaz, por razones ajenas a su voluntad, de lograrlo por los medios a su alcance, y la de "promover" un derecho.[3]

Los cuatro efectos antedichos, por su lado, se proyectan 5) sobre la resolución de las cuestiones atinentes a la validez de las normas nacionales que, eventualmente, entren en conflicto con las internacionales, y sobre 6) el problemático asunto de las "omisiones legislativas", cuando la realización de un derecho convencional requiriera del dictado de la reglamentación interna, aun cuando, a nuestro juicio, dicho requerimiento no debería ser obstáculo para que los jueces afirmen la efectividad de un derecho humano no obstante la inercia del legislador.

Por cierto que, *en principio*, dichas repercusiones admiten grados según la jerarquía jurídica que exhiban los tratados internacionales en el orden interno de cada país. La trascendencia, en tal sentido, alcanzará una altura elevada cuando los mentados instrumentos revistan jerarquía constitucional, toda vez que, entonces, estarían llamados a obrar a modo de toda norma que cuente con tamaño atributo, esto es: a) alumbrar a la Constitución en su integridad, si ésta debe seguir siendo entendida como una unidad, vale decir, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás,[4] y b) condicionar tanto b') la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional, que debe ser interpretado con "fecundo y auténtico sentido constitucional",[5] cuanto b") la validez misma de éste, salvo que se torne inaplicable el principio de supremacía de la Constitución.

El emplazamiento de los tratados en el nivel supralegal o sólo legal reduciría los antedichos efectos, al paso que el carácter supraconstitucional, tema tan debatido, por ejemplo, en el caso de Guatemala, les daría a aquéllos su máxima expresión. Sin embargo, fuera de este último supuesto y aun cuando, desde cierto punto de vista se

---

[3] Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ComDESC), *Observación General* n° 12, § 15; n° 13, § 46; n° 14, § 33; y n° 15, § 20.

[4] CSJN (Argentina), *Galassi*, 17.12.1987, *Fallos* 310:2733, y otras. El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia (1991) expresa: "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Véase M. G. Monroy Cabra, "La Constitución como fuente de derecho: sistema de fuentes", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2002*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2002, p. 13.

[5] CSJN (Argentina), *Municipalidad de Laprida c. Universidad de Buenos Aires*, 29.4.1986, *Fallos* 308:647, cons. 8°.

sostenga que la cuestión de la jerarquía debe resolverse según el derecho interno, especialmente de la Constitución, nunca será suficiente advertir que, a la luz del derecho internacional y de la jurisprudencia de los órganos supranacionales, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (*pacta sunt servanda*), al tiempo que no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 26 y 27). La inadmisibilidad de esta última invocación, por lo demás, comprende a la fundada en las propias normas constitucionales, de lo cual la Corte Interamericana ya ha dado más de una muestra,[6] y también lo ha hecho el Comité de Derechos Humanos (ComDH).[7] De ahí que dos párrafos antes hayamos usado la expresión *en principio*. Incluso, dar carácter sólo legal a los tratados es, en la práctica, someterlos a la regla *lex posteriori derogat priori*, que presenta "fragilidades flagrantes" y, sobre todo, implica, en definitiva, "la propia negación del derecho internacional".[8] Resulta "inaceptable", en consecuencia, que un Estado dé prioridad a la aplicación de su derecho interno "por encima" de las obligaciones contraídas en virtud del PIDCP, aun con base en razones de "seguridad nacional".[9] Más aún: la constitucionalidad de una norma "no es suficiente para garantizar el cumplimiento del pacto".[10]

En todo caso, bien podría acotarse que la prevalencia dada a la Constitución no impediría en manera alguna que el juez llamado a aplicar un tratado, interprete aquélla de conformidad con éste. Si bien es cierto que la lectura de la Constitución a la luz de un tratado no es un método favorecido por la superioridad de la primera, no lo es menos que el juez puede seguir ese criterio cuando el respeto del tratado está garantizado por un régimen jurisdiccional (o cuasijurisdiccional) que lleve a una instancia de control a pronunciarse, directa o indirec-

---

[6] V. gr. *La última tentación de Cristo* (caso *Olmedo Bustos y otros*), sent. del 5.2.2001, serie C, n° 73, relativo a la Constitución de Chile.

[7] Por ejemplo, *Obs. finales… Trinidad y Tobago*, 31.10.2000, A/56/40, vol. I, p. 23, § 8.

[8] Antônio Augusto Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, IIDH, 1998, pp. 585-586. Sobre el abandono en México, por vía jurisprudencial, de la regla enunciada en el texto: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, "Derecho internacional y derecho constitucional. Un fallo interesante", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2000*, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2000, p. 529.

[9] ComDH, *Tae Hoon Park c. República de Corea*, comunic. 628/1995, 20.10.1998, A/54/40, p. 88, § 10.4.

[10] ComDH, *Osbourne c. Jamaica*, comunic. 759/1997, 15.3.2000, A/55/40, p. 125, § 9.1. Véase Felipe Tredinnick Abasto, "Derecho internacional de los derechos humanos: su aplicación directa", en *Anuario… 2002*, cit. (n. 4), esp. pp. 353-354; Humberto Nogueira Alcalá, "Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos", en *Anuario… 2000*, cit. (n. 8), pp. 168 y ss.

tamente, sobre la adecuación de la Constitución a la convención de que se trate. El riesgo de ver que la decisión local que hace primar a la Constitución sobre el tratado resulte "censurada" por una jurisdicción internacional, sería de porte para frenar una defensa incondicional de la Constitución.[11]

Es hora, por ende, de que el propio derecho constitucional de los Estados partes, y la comunidad jurídica en general, se hagan cargo en plenitud de la inserción de aquéllos en los mentados sistemas y, sobre todo, de los productos que ello les depara. El punto, reiteramos, atañe directamente al régimen de fuentes del derecho, pues dichos sistemas son "medios de expresión" de éste.

De aquí que sea habitual para los comités de Naciones Unidas en materia de derechos humanos solicitar a los Estados partes, por un lado, que difundan ampliamente las observaciones finales "en todos los sectores de la sociedad, en particular entre los funcionarios del Estado y los miembros de la administración de justicia",[12] y, por el otro, que sus informes sean completados con información sobre la "jurisprudencia", que resulta "esencial para conocer la verdadera situación del ejercicio" de los derechos.[13] También les es requerido que den a publicidad las decisiones adoptadas bajo el régimen de comunicaciones.[14] La traducción, por los Estados, de los tratados al menos a las lenguas oficiales de éstos, tiene cabida en esta área.[15]

El método que seguiremos, por consiguiente, será el de identificar los medios de control internacional (II) y auscultar la relevancia jurídica de los actos que producen en tanto *fuentes universales* como *americanas* (III). Ello, a su vez, nos permitirá advertir algunos acercamientos entre fuentes nacionales comparadas, pero también distanciamientos de algunas de éstas (IV). Finalmente será llegado el turno de las conclusiones (V).

Tres advertencias liminares se imponen. En primer término, el objeto de estudio se centrará en los tratados universales y americanos antes enunciados, aunque no faltarán puntuales referencias al sistema de la Convención Europea. Con todo, por lo que veremos en su lugar (II, 2.4.2), estará incluida la Declaración Americana. Otro tanto ocurrirá, aunque de una manera implícita, con la Declaración Universal, toda vez que resulta invocable universalmente en todo procedimiento nacional o interna-

---

[11] Jean-François Flauss, "Note de Jurisprudence", en *Revue du Droit Public*, 1999, n° 3, pp. 927-928.

[12] V. gr. ComDESC, *Obs. finales… Colombia*, 29.11.2001, E/C.12/1/Add.74, § 52;… *Argentina*, 8.12.1999, E/C.12/1/Add.38, § 42; ComDH, *Obs. finales… Reino Unido… e Irlanda del Norte*, 6.12.2001, CCPR/CO/73/UK, CCPR/CO/73/UKOT, § 39.

[13] V. gr., ComDESC, *Obs. finales… Túnez*, 14.5.1999, E/C.12/1/Add.36, § 11. El ComDH "considera que la obligación de presentar informes abarca no sólo las leyes y otras normas pertinentes relacionadas con las obligaciones previstas en el pacto, sino también las prácticas y decisiones de los tribunales y de otros órganos del Estado parte interesado […]". *Observación general n° 2*, § 3.

[14] ComDH, *Mónaco c. Argentina*, comunic. 400/1990, 3.4.1995, A/50/40, vol. II, § 11.2.

[15] ComDiscriminación Racial, *Obs. finales… Haití*, 1999, A/54/18, p. 30, § 263.

cional como un "estándar común de realización", de lo cual se deriva su mayor efectividad. La introducción de un régimen específico de control a su respecto podría revelar una subestimación de lo antedicho: la Declaración Universal debería permanecer universal, no sólo en su aceptación y aplicabilidad, sino también en los procedimientos en los que puede ser invocada.[16] Varios órganos internacionales dentro de las Naciones Unidas —observa F. O. Salvioli— utilizan a la Declaración Universal como instrumento de aplicación, o como base de sus decisiones.[17] Cabe agregar, en segundo lugar, que en algunos aspectos descriptivos incurriremos en inevitables generalizaciones, ya que, de lo contrario, se requeriría un estudio particular de cada instituto dentro de cada uno de los instrumentos internacionales, a fin de advertir sus especificidades, matices y diferencias. Sin embargo, a nuestro juicio, esta impronta no impedirá formular una ajustada idea de conjunto. Finalmente, es de agregar que, sólo por el sentido americano del presente *Anuario* y elementales razones de espacio, nos hemos limitado, casi exclusivamente, a trabajar sobre antecedentes vinculados con países de esa área.

II. Medios de control internacional

En el terreno de los medios de control internacional es dable encontrar una gran variedad de técnicas. Así, como puntualiza B. Conforti, entre los diversos campos del derecho internacional, la protección de los derechos humanos es el que exhibe el mayor número de regímenes internacionales para garantizar y comprobar su implementación.[18]

Distinguiremos, a los fines expositivos, dos grandes técnicas de control: la jurisdiccional (1) y la no jurisdiccional (2).

1. Control jurisdiccional (fuente americana)

El control jurisdiccional supone la existencia de un órgano de juzgamiento llamado a decidir sobre un caso (de violación de derechos humanos) mediante una decisión revestida de la autoridad de cosa juzgada. Es, por lo pronto, el que ofrece la mayor garantía efectiva de los mentados derechos, y el que da todo su sentido al derecho de acción de las personas. Sin embargo (o, quizás, en razón de ello), es de

---

[16] Pieter van Dijk, "The Universal Declaration is Legally Non-Binding; So what?", en *Reflections on the Universal Declaration on Human Rights. A Fiftieth Anniversary Anthology,* La Haya-Boston-Londres, M. Nijhoff, 1998, p. 110.

[17] Fabián O. Salvioli, "La influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el marco nacional", en *Recueil des cours/Collection of Lectures*, Estrasburgo, Institut International des Droits de l'Homme/International Institute of Human Rights, 1998, p. 124.

[18] Benedetto Conforti, "National Courts and the International Law of Human Rights", en B. Conforti y F. Francioni (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, M. Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 1997, p. 3.

presencia escasa en la actualidad. Mas, dentro de uno de los dos en vigor,[19] se emplaza nuestro continente, a través de la Convención Americana, que instituyó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), cuya jurisdicción fue oportunamente reconocida por la casi totalidad de los Estados partes.[20]

Por resultar bien conocido, cuadra prescindir de mayores comentarios sobre este régimen.[21] Baste, al efecto, con algunos breves señalamientos. Para que la Corte Interamericana pueda conocer un litigio es necesario que sean agotados los procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana), según lo prevé el artículo 61.2 de la Convención Americana, órgano este que, estrictamente considerado, no es de índole jurisdiccional. Asimismo, la competencia de la Corte Interamericana no se limita al ámbito contencioso, sino que también comprende, petición mediante, el dictado de opiniones consultivas acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos (Convención Americana, artículo 64.1), y de la compatibilidad entre cualquier ley interna y los mencionados instrumentos internacionales (ídem, artículo 64.2).

2. Control no jurisdiccional (fuentes universales y americanas)

Las técnicas no jurisdiccionales utilizadas en el marco de los instrumentos de derechos humanos que nos interesan son susceptibles de distinción según tres categorías: el régimen de *informes periódicos* de los Estados partes y *observaciones finales* (2.2), el de *observaciones generales* (2.3), y el de *comunicaciones* o *peticiones* (2.4). Empero, dado que todos se desarrollan, en el seno de cada instrumento, ante un mismo órgano, es conveniente formular previamente alguna consideración acerca de éstos (2.1).

2.1. Órganos

Los pactos y convenciones nacidos del seno de las Naciones Unidas han previsto, cada uno de ellos, la creación de un comité,[22] apellidado, comúnmente, con referencia al instrumento respectivo.[23] En todos los casos se trata de órganos colegiados

---

[19] El restante sistema es el de la Convención Europea, que devino plenamente jurisdiccional a partir de 1998. Véase Rolando E. Gialdino, "La nueva Corte Europea de Derechos Humanos. Protocolo 11", en *Investigaciones n° 1*, 1999, p. 101; y "La nueva Corte Europea de Derechos Humanos. El Protocolo 11", en *El Derecho*, Buenos Aires, t. 185, p. 1305.

[20] No lo han hecho Dominica, Granada y Jamaica.

[21] Véase, entre otros, Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1993, t. II; Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, IIDH, San José, 1996.

[22] El ComDESC fue creado por la resolución 1985/17, 28.5.1985, del ECOSOC.

[23] A los ya citados ComDESC y ComNiño se suman: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (ComDiscriminación Racial), Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra

compuestos por "miembros" o "expertos" nacionales de los Estados partes y elegidos a propuesta de éstos; su mandato es de cuatro años y suelen ser reelegibles. Dichos integrantes deben ser personas de reconocida competencia en materia de derechos humanos o en la esfera del instrumento de que se trate, y de gran integridad o prestigio morales. No obstante la modalidad de elección, son elegidos y ejercen sus funciones a "título personal", vale decir, con total independencia de todo poder externo —lo cual, por cierto, incluye el proveniente del Estado que los propuso— e interno —verbigracia, de órganos de la ONU. Para la elección se toman en cuenta la distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos. En cuanto al número de expertos, los textos registran variaciones entre los 10 y los 23.[24]

La Comisión Interamericana, por su lado, representa a todos los Estados miembros de la OEA y está compuesta por 7 miembros, que también actúan a título personal (elegidos por cuatro años, con posibilidad de reelección), y deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos (Estatuto de la Comisión, artículo 2; Convención Americana, artículos 34-37).

2.2. Informes periódicos y observaciones finales

2.2.1. Fuentes universales [25]

Los pactos y convenciones de la ONU a los que venimos haciendo referencia exigen de los Estados partes la presentación de informes periódicos sobre las disposiciones o medidas (legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole) que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en los instrumentos respectivos, así como sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos, por un lado, y sobre los factores y dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del instrumento, por el otro. Contrariamente a lo que sucede con otras modalidades de control supranacional, la presente no sólo es común a los seis instrumentos universales, sino que también entraña una obligación asumida por el Estado por el solo hecho de ser parte en aquéllos. Más aún, las disposiciones que la prevén no podrían ser objeto de reservas ni derogaciones.[26] Si se quiere, ello muestra que, en

---

la Mujer (ComMujer) y Comité contra la Tortura (ComTortura). El también citado ComDH es el órgano del PIDCP.

[24] Véanse para todo este párrafo: PIDCP, artículos 28 y ss.; Convención sobre Discriminación Racial, artículo 8; Convención de la Mujer, artículo 17; Convención contra la Tortura, artículos 17-18, y Convención del Niño, artículo 44. En cuanto al ComDESC, véase la resolución cit. (n. 22), § *b* y *c*.

[25] Véanse PIDESC, artículos 16 y ss.; PIDCP, artículo 28 y ss.; Convención sobre Discriminación Racial, artículo 8; Convención de la Mujer, artículo 17; Convención contra la Tortura, artículos 17-18, y Convención del Niño, artículo 44.

[26] Véase ComDH, *Observación general n° 24*, § 11.

el ámbito de la ONU, el de informes es uno de los regímenes más ampliamente aceptados, especialmente en el campo de los derechos del hombre.[27] De ahí que sea considerado como la "técnica de derecho común" de control.[28] Se trata, en todo caso, de una obligación legal cuya inobservancia entraña una violación del tratado respectivo, tal como lo indican los Principios de Limburgo,[29] y que, por su naturaleza, requiere una acción positiva del Estado a fin de elaborar un informe "honesto y comprensivo", de lo que es un prerrequisito poner a disposición los recursos necesarios.[30]

La forma y el contenido de los informes han sido, con el correr del tiempo, objeto de una detallada reglamentación por parte de cada uno de los seis comités.[31] La regla es la de presentar un primer informe en el plazo de uno o dos años a contar desde la fecha de entrada en vigor del pacto o convención en el Estado y, posteriormente, cada vez que lo solicite o reglamente el comité respectivo.

En cuanto a los objetivos del presente régimen, el ComDESC, en su observación general n° 1 (§ 2-9), ha señalado siete: a) asegurar, especialmente en el caso del primer informe, que se emprenda un examen amplio de la legislación, las normas y los procedimientos administrativos y las diversas prácticas nacionales, en un esfuerzo por ajustarlas en todo lo posible a las disposiciones del PIDESC; b) garantizar que el Estado parte vigile de manera constante la "situación real" con respecto a cada uno de los derechos y, por consiguiente, se mantenga al corriente de la medida en que los habitantes bajo su jurisdicción disfrutan o no de los diversos derechos; c) permitir al gobierno que demuestre que se ha iniciado la adopción de políticas en función de los principios del Pacto; d) facilitar el examen público de las políticas gubernamentales y estimular la participación de los diversos sectores económicos, sociales y culturales de la sociedad en la formulación, aplicación y revisión de las políticas pertinentes; e) proporcionar una base sobre la cual el Estado y el Comité puedan evaluar de manera efectiva la medida en que se han hecho progresos hacia el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto; f) permitir que el propio Estado comprenda mejor los problemas y limitaciones que se presentan en sus esfuerzos para alcanzar dichos propósitos; y g) permitir que el Comité, y los Estados partes en su conjunto, faciliten el intercambio de información entre Estados y lleguen a comprender mejor los problemas comunes y a apreciar más cabalmente las medidas que pueden adoptarse para promover la realización efectiva de los derechos.

---

[27] Ahcene Boulesbaa, *The UN Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, La Haya-Boston-Londres, M. Nijhoff, 1999, p. 110.

[28] Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 4ª. ed., París, Dalloz, 1998, p. 223.

[29] *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Maastricht, 2 a 6 de junio de 1986, § 72.

[30] Cecil Bernard y Petter Wille, "The Preparation and Drafting of a National Report", en *Manual on Human Rights Reporting*, Ginebra, Naciones Unidas, 1997, p. 25.

[31] Véase *Compilación de directrices*…, HRI/GEN/2. Son aplicables al presente régimen determinadas normas de los reglamentos de los comités y algunas de las observaciones generales de éstos.

Es de lamentar que, en la práctica, los informes omitan datos esenciales, hipótesis no ajena a numerosísimos países tal como lo destacan los diversos comités. La tendencia de muchos gobiernos se inclina a la indolencia y, lo que es peor, al "camuflaje y la opacidad".[32] En muchos casos ello es consecuencia de no haber consultado a los sectores más afectados por las normas contenidas en los tratados. Indudablemente, la mayoría de los gobiernos no confiere participación a los individuos ni a las ONG en ningún estadio del proceso, y la mayoría de éstos ignora que el informe está en vías de ser producido.[33] El proceso de informes, por lo contrario, tendría que ser empleado como un "catalizador" para la revisión y el debate en el plano nacional, lo cual debería proyectarse, posteriormente, sobre las observaciones finales y las audiencias que preceden a éstas, cuya difusión suele ser omitida o retaceada por los gobiernos.[34]

Ahora bien, sobre lo que deseamos poner la tónica es en que, más allá del "diálogo constructivo" entre los representantes del Estado y los expertos internacionales independientes, que domina el trámite del examen de los informes periódicos (audiencias, pedidos de explicaciones, preguntas…), y de la consideración por los comités de otras fuentes de información (v. gr. presentaciones de ONG, datos provenientes del régimen de comunicaciones), aquéllos terminarán su actuación mediante un documento denominado "Observaciones finales relativas al informe". En éstas, y después de una introducción, los comités darán cuenta, en primer lugar, diplomáticamente, de los "aspectos positivos" de la situación examinada, para pasar, inmediatamente, a los "factores y dificultades que se oponen" a la aplicación del instrumento en juego y a "los principales motivos de preocupación", para cerrar su pronunciamiento con las "sugerencias y recomendaciones".

Y, en tal sentido, deseamos subrayar aún más que, en las dos últimas secciones antes mencionadas, suelen puntualizarse específicas violaciones de derechos humanos. Con el fin de la Guerra Fría, la mundialización y los nuevos enfoques en las relaciones internacionales, puede afirmarse que los comités abandonaron cierta reticencia inicial, y los Estados han aceptado más las críticas concretas sobre sus informes.[35] Suele afirmarse que un "paso histórico" en esta orientación lo dio el ComDESC,

---

[32] Véase *Derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler, relator especial*…, E/CN.4/2001/53, 7.2.2001, p. 23, § 57.

[33] Jastine Barret, "The Prohibition of Torture under International Law: Part 1: The Institutional Organisation", en *The International Journal of Human Rights*, 2001, vol. 5, n° 1, p. 9.

[34] Véase Lisa Woll, "The Reporting Process as a Catalyst for Domestic Review and Debate", en *Tenth Anniversary of the Convention on the Rights of the Child Commemorative Meeting: Achievements and Challenges*, Palacio de las Naciones Unidas, Ginebra, 30 sep.-1 oct. 1999, p. 1 y pássim.

[35] José L. Gómez del Prado, "La protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas y de los organismos especializados", en *Recueil des cours/Collection of Lectures*, Estrasburgo, Institut International des Droits de l'Homme/International Institute of Human Rights, 1999, p. 47.

en su quinta sesión, cuando consideró que la República Dominicana había "violado" el derecho a una vivienda adecuada. La comprobación de violaciones implica e incluye la descripción pura y simple de incumplimientos pero, también, evidentemente, la existencia de una norma de referencia que fue desconocida. Esto significa que el Comité está llevado a definir el contenido del tratado.[36]

Ocuparía numerosas páginas la exposición de los antecedentes que se registran al respecto. Baste, entonces, con señalar algunos ejemplos en el terreno americano que dan cuenta de concretas y precisas censuras sobre el estado de la legislación y su incompatibilidad con el tratado en juego. Así ocurrió en el caso de Perú respecto de las leyes de amnistía de 1995, la jurisdicción de los tribunales militares, determinados plazos de detención de personas y prácticas carcelarias, entre otros aspectos, a lo que se sumó la indicación de regímenes jurídicos que el Estado "debe establecer" sobre algunas materias.[37] Venezuela, fue dicho por el ComDH, "debe" instituir un "órgano independiente" para recibir e investigar denuncias de uso excesivo de la fuerza y otros abusos de poder por la policía, "dictar las normas necesarias" para dar cumplimiento a la prohibición de los artículos 7 del PIDCP y 46 de la Constitución, "enmendar" determinadas normas sobre el régimen matrimonial para adecuarlas a los artículos 3, 23 y 24 del PIDCP, proceder a la "inmediata abolición" de la norma que exime de pena al autor de una violación si contrae matrimonio con la víctima, y "promulgar" una ley que prohíba toda discriminación.[38] En orden a una ley argentina que permitía al Estado "reducir e incluso, llegado el caso, no pagar las pensiones invocando dificultades económicas", el ComDESC recomendó su "derogación", "para garantizar el pago completo de todas las pensiones".[39] Señalamientos de análogos contenidos fueron dirigidos por el ComDH, en sus observaciones finales, a Costa Rica (1999), Chile (2000), Guatemala (2001), México (1999), Paraguay (1995), República Dominicana (2001), Trinidad y Tobago (2000) y Estados Unidos de América (1995), entre otros países de nuestro continente.

Y el punto cobra su mayor relevancia cuando la censura se dirige lisa y llanamente a normas de las Constituciones, como sucedió, por ejemplo, con la "gran variedad de posibles estados de emergencia" que se recogen en la Constitución de Guatemala,[40] y con determinadas facultades otorgadas al Senado chileno.[41] El ComDH

---

[36] Jean Dhommeaux, "Le rôle du Comité des droits de l'enfant dans le contrôle, l'interprétation et l'évolution de la Convention relative aux droits de l'enfant", en *Karel Vasak Amicorum Liber*, Bruselas, Bruylant, 1999, p. 562.

[37] ComDH, *Obs. finales… Perú*, 1.11.2000, A/56/40, vol. I, pp. 36, 38 y 39; § 9 y 11.a, 12, 13 y 15.

[38] *Obs. finales… Venezuela*, 2.4.2001, A/56/40, vol. I, p. 41, § 8, 18, 20 y 23.

[39] *Obs. finales… Argentina*, 1.12.1999, E/C.12/1/Add.38, § 18 y 33. Véase R. E. Gialdino, "El trabajador…", cit. (n. 2), pp. 403-511, estudio en el que hemos abordado los derechos del trabajador desde la perspectiva del DIDH, y estudiado diversas observaciones finales en cuanto atañen al universo laboral.

[40] ComDH, *Obs. finales… Guatemala*, 26.7.2001, A/56/40, vol. I, p. 47, § 11.

[41] ComDH, *Obs. finales… Chile*, 1.11.2000, A/56/40, vol. I, p. 43, § 204.

expresó, en 2001, su "beneplácito porque se haya seguido su recomendación de revisar la Constitución de la República Dominicana […] eliminando cláusulas que eran incompatibles con el pacto".[42]

Como habrá podido ser inferido, el abanico de derechos, libertades y garantías en juego es de una extensión y variedad proporcionadas al contenido de los tratados aplicados. Para el ámbito americano deberían ser muy tomadas en cuenta las relativas a la situación de los inmigrantes y de los pueblos indígenas.[43] Y, como también ya se habrá advertido, la censura comprende incluso a las "omisiones" legislativas. No faltan, desde luego, según lo señalado párrafos antes, los aspectos puramente procesales: el ComDiscriminación Racial observó con "preocupación" que en los casos en los que se invoca discriminación ante los tribunales, la "carga de la prueba […] parece […] haber recaído enteramente en el demandante".[44] Pareja intensidad muestran las terminantes advertencias que formulan los comités, v. gr.: "no debe existir ningún delito para el que sea obligatoria la prisión preventiva",[45] "la prolongación excesiva en la condición de inculpado, aun en el caso de no encontrarse privado de libertad, constituye una forma de trato cruel"; también otras dirigidas directamente al Poder Judicial, por ejemplo, la tendencia de los jueces, en casos sobre torturas, a preferir el procesamiento de los victimarios "por tipos penales de menor gravedad, sancionados con penas inferiores",[46] o a determinadas áreas como la de la "justicia de menores".[47] Incluso suele ser puntualizada, y no excepcionalmente, la insuficiencia presupuestaria destinada a un determinado sector o área.[48] Los comités, por otro lado, tampoco dejan de integrar en sus exámenes, como elementos de referencia, normas internacionales de diferente procedencia, como es el caso de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, cuando no documentos elaborados en el marco de la ONU, por ejemplo, las Reglas de Beijing, las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, o la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993).[49]

---

[42] *Obs. finales… República Dominicana*, 3.4.2001, A/56/40, vol. I, p. 47, § 3; véase asimismo § 4.

[43] Por ejemplo: ComDiscriminación Racial: *Obs. finales… Argentina*, 19.3.2001, CERD/C/304/Add.112. También las *Obs. finales… Guatemala*, 1997, A/52/18, p. 594, *Perú*, 1999, A/54/18, p. 21, *Costa Rica* (ídem, p. 24), *Chile* (ídem, p. 38), *Colombia* (ídem, p. 45), *Uruguay* (ídem, p. 42), entre otros. ComDH, *Obs. finales… Estados Unidos de América*, A/50/40, vol. I, p. 52.

[44] *Obs. finales… Perú*, 18.3.1999, A/54/18, p. 22, § 151.

[45] ComDH, *Obs. finales… Argentina*, 8.12.1994, E/C.12/1994/20. Véase Rolando E. Gialdino, "La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos", en *Investigaciones* n° 3, 1999, p. 667.

[46] ComTortura, *Obs. finales… Argentina*, 12-13.11.1997, A/53/44. Sobre tortura: ComDH, *Obs. finales… Argentina*, 1.11.2000, CCPR/CO/70/ARG, § 12.

[47] ComNiño: *Obs. finales… Guatemala*, 7.6.1996, A/53/41, p. 33, § 219; *Cuba*, 6.6.1997, ídem, p. 101, § 698.

[48] V. gr., ComNiño: *Obs. finales… Panamá*, 24.1.1997, A/53/41, pp. 78 y 80, § 538 y 552; *Paraguay*, 6.6.1997, ídem, p. 117, § 830.

[49] V. gr.: ComNiño, *Obs. finales… Uruguay*, 11.10.1996, A/53/41, pp. 51-52, § 342, 351 y 352;… *Paraguay*¸ 6.6.1997, ídem, p. 119, § 843;… *Cuba*, 6.6.1997, ídem, p. 101, § 699. ComDH:

2.2.2. Fuentes americanas

En el terreno de la Convención Americana está ausente una técnica análoga a la que venimos de exponer. Sin embargo, cuadra recordar que los Estados partes están obligados a proporcionar a la Comisión Interamericana las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de la citada Convención (artículo 43; véanse también artículos 41.*d* y 42). Asimismo, es de destacar que dicho órgano tiene encomendada la función de preparar los estudios o informes que considere convenientes (artículo 41.*c*), lo que le ha permitido elaborar "informes especiales" sobre la situación general de los derechos humanos en un país (véase artículo 58 del reglamento de la Comisión Interamericana). Es ejemplo dramático al respecto el *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, relativo al período 1975-1979, dadas las ominosas violaciones de los derechos humanos allí registradas. Sobre otros países, por cierto, también han sido producidos informes: Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay (en algunos casos se registra un segundo y un tercer informe). Y no están ausentes, en estos documentos, concretos señalamientos de la incompatibilidad de normas nacionales con las internacionales: "las amplísimas dimensiones de la ley general de amnistía aprobada por la Asamblea Legislativa de El Salvador constituyen una violación de las obligaciones internacionales asumidas por ese país al ratificar la Convención Americana […]".[50] En el contexto del Protocolo de San Salvador, la Comisión Interamericana está autorizada a expedir "observaciones y recomendaciones" (artículo 19.7). Por otro lado, los Estados partes del citado protocolo deben presentar informes periódicos a la Asamblea General de la OEA, sobre los que la Comisión Interamericana puede llegar a pronunciarse (véase artículo 19.1-5). Las diferentes medidas que adopten los Estados partes de la Convención Interamericana sobre la Tortura deberán ser informadas a la Comisión Interamericana, y ésta podrá analizar, en su informe anual, la situación que prevalezca, en dicha materia, en los Estados miembros de la OEA (artículo 17).

2.3. Observaciones generales

2.3.1. Fuentes universales

En paralelo con la labor resumida en el punto anterior (2.2.1) o, mejor, con apoyo en ésta, los seis comités han venido desarrollando una actividad de particula-

---

Obs. finales… Uruguay, 1993, A/48/40, p. 103, § 473;… *Costa Rica*, 1994, A/49/40, vol. I, p. 32, § 160.

[50] *Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador*, OEA/Ser.L/V/II.85. Doc. 28 rev., 11.2.1994, pp. 82-83, entre otros informes.

res contornos, cual es la elaboración de observaciones generales (o recomendaciones generales).

Se trata de documentos mediante los cuales los comités transmiten a todos los Estados partes la experiencia adquirida en el examen de los informes periódicos presentados por éstos, a fin de facilitar y promover la aplicación del instrumento respectivo; llamar la atención de aquéllos sobre las deficiencias puestas de manifiesto por un gran número de informes periódicos; sugerir mejoras en el procedimiento de presentación de informes, y estimular las actividades de los Estados partes, las organizaciones internacionales y los organismos especializados en la promoción y protección de los derechos humanos.[51] Es habitual que, para dicha elaboración, los comités tomen en consideración variadas normas del derecho internacional de los derechos humanos, la labor de diferentes conferencias y organismos internacionales, así como reciben la colaboración de organizaciones no gubernamentales.

El conjunto de las observaciones generales constituye un *corpus* vasto, de inocultable riqueza y en permanente expansión. En diferentes grados y medidas, los seis comités han contribuido a ese logro. Un repaso somero del mentado *corpus* permite ver que, por su intermedio, dichos órganos han ingresado en el estudio pormenorizado, entre otros muchos aspectos, 1) de los valores y principios que rigen en materia de derechos humanos, 2) de las pautas de interpretación de estos últimos, 3) del contenido y exégesis de numerosos derechos, garantías y libertades enunciados en los tratados internacionales en la materia, y 4) del contenido y los alcances de las obligaciones asumidas por los Estados. Súmanse a ello temas vitales de derecho internacional, como el régimen de reservas y denuncias, y la sucesión de Estados. Dichos documentos, a su vez, suelen ser recogidos por otros de igual carácter, incluso de diferentes comités.

El ComDESC ha dictado 15 observaciones generales, a alguna de las cuales ya hemos dedicado estudios en particular;[52] 30 observaciones generales registra el ComDH; 29 el ComDiscriminación Racial; 24 el ComMujer; 3 el ComNiño y 1 el ComTortura.

---

[51] Véase, por ejemplo, *Observaciones generales adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Introducción: finalidad de las observaciones generales*, HRI/GEN/1/Rev. 5, p. 11, § 3.

[52] Rolando E. Gialdino, "Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional", en *Investigaciones* n° 2, 1999, Buenos Aires, p. 361; "El derecho a un nivel de vida adecuado en el plano internacional e interamericano, con especial referencia a los derechos a la vivienda y a la alimentación adecuadas. Su significación y contenido. Los sistemas de protección", en *Investigaciones* n° 3, 2000, p. 795, y "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", en *Investigaciones* n° 3, 2001, p. 493.

2.3.2. Fuentes americanas

Aun cuando deban salvarse las distancias, son susceptibles de ser integradas a este cuadro las "recomendaciones generales" que suele formular a los gobiernos la Comisión Interamericana, para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el respeto debido de esos derechos.[53] "Reformar las leyes existentes en materia de salud mental o discapacidad en general y, si éstas no existen, crear leyes que garanticen el respeto de las libertades fundamentales y los derechos humanos de las personas con discapacidad mental y sus familiares, incorporando en las mismas los estándares internacionales y las normas convencionales de derechos humanos" que protegen a dichas personas, es uno de los puntos de la "Recomendación sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental", aprobada por la Comisión Interamericana el 4 de abril de 2001.[54] La abstención de "otorgar asilo a presuntos autores materiales o intelectuales de crímenes internacionales" es otro ejemplo, entre muchos, de una "recomendación" formulada por la citada comisión.[55] También lo es la "Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados".[56] Se destaca, en el contexto reciente, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la comisión en su 108° período de sesiones.[57] Del mismo modo cabe señalar los análisis jurídicos, estudios o consideraciones que también lleva a cabo el citado órgano, de lo cual es un ejemplo el documento elaborado a solicitud de la Comisión Interamericana de Mujeres: "Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación".[58]

Debe puntualizarse, en este contexto, la labor de las relatorías creadas por la Comisión Interamericana (Convención Americana, artículo 41; Reglamento de la Comisión, artículo 15.1), al menos en la medida en que sus informes fuesen aprobados por aquélla, toda vez que no les es ajena la labor de formular "recomendaciones" a los Estados de la OEA, v. gr.: el "relator especial (para la libertad de expresión) recomienda a los Estados miembros derogar las leyes que consagran la figura del desacato".[59]

---

[53] Véase Convención Americana, artículo 41.*b*. El artículo 19.7 del Protocolo de San Salvador prevé expresamente, a su respecto, la facultad de la Comisión Interamericana para formular "observaciones y recomendaciones".

[54] *Informe anual de la Comisión Interamericana… 2000*, vol. II, p. 1655, punto 3.

[55] Ídem, vol. II, p. 1563.

[56] *Informe anual de la Comisión Interamericana… 1999*, vol. II, p. 1619.

[57] *Informe… 2000. Informe de la Relatoría para la libertad de expresión*, vol. III, p. 13.

[58] *Informe… 1999*, cit. (n. 56), vol. II, p. 1607.

[59] *Informe… 2000*¸ cit. (n. 54), vol III, p. 129, § 5.

2.4. Comunicaciones y peticiones individuales

2.4.1. Fuentes universales

Cuatro de los tratados de la ONU cuentan con un régimen por el cual los comités respectivos asumen competencia para recibir y examinar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado, y en las que aquéllos aleguen ser víctimas de una violación, por dicho Estado, de las disposiciones o derechos enunciados en el instrumento respectivo.[60] Aludimos al PIDCP, a través de su primer protocolo facultativo; la Convención contra la Tortura (artículos 22 y ss.); la Convención sobre Discriminación Racial (artículo 14), y la Convención de la Mujer, también por vía de un protocolo facultativo. En todo caso, se trata de una competencia de reconocimiento facultativo para los Estados. Diversos países americanos han ratificado el citado primer protocolo;[61] en menor medida, también han reconocido la aludida competencia del ComTortura[62] y del ComDiscriminación Racial,[63] y ratificado el mentado Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer.[64]

Ahora bien, a nuestros propósitos, sólo cabe subrayar que, de superar la comunicación los requisitos de admisibilidad, el proceso que se desarrolla ante dichos comités, con la intervención del Estado "demandado", conducirá a que aquéllos se pronuncien acerca de si se ha producido en el caso una violación del derecho o libertad tutelados por el instrumento internacional en juego. Ello supondrá, en algunos supuestos, un control de la compatibilidad de las normas nacionales con las del instrumento internacional. Abundantes ejemplos sobre resultados adversos a dicha compatibilidad los proporcionan, para el ámbito americano, las leyes de amnistía que impedían el esclarecimiento de graves violaciones de derechos humanos,[65] o los regímenes procesales de los llamados "jueces sin rostro";[66] y los ejemplos podrían conti-

---

[60] Es ajeno al presente estudio el régimen de comunicaciones entre Estados.

[61] De los Estados miembros de la OEA no lo han hecho, al 2.5.2003, según información de la ONU: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Brasil, Cuba, Dominica, Estados Unidos de América, Granada, Haití, Honduras, San Kitts y Nevis, y Santa Lucía. Jamaica y Trinidad y Tobago denunciaron el primer protocolo, con efectos a partir del 23.1.1998 y 17.6.2000, respectivamente. Argentina, que había ratificado este protocolo en 1986, le dio jerarquía constitucional en 1994 (Constitución Nacional, artículo 75.22).

[62] Argentina, Canadá, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos de América, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Información de la ONU al 2.5.2003.

[63] Brasil, Chile, Costa Rica, Perú y Uruguay. Información de la ONU al 2.5.2003.

[64] Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Información de la ONU al 2.5.2003.

[65] Véase ComDH: *Rodríguez c. Uruguay*, comunic. 322/1988, 19.7.1994, A/49/40, vol. II, p. 10, § 12.4, entre muchas otras; *Laureano c. Perú*, comunic. 540, 1993, 25.3.1996, A/51/40, vol. II, p. 115, § 10.

[66] ComDH, *Teillier Arredondo c. Perú*, comunic. 688/1996, 27.7.2000, A/55/40, vol. II, p. 51, § 11.

nuarse. El régimen de comunicaciones individuales permite a los comités "analizar en profundidad" los artículos de las convenciones respectivas.[67]

En *O. R., M. M. y M. S. c. Argentina*, el ComTortura declaró inadmisibles las comunicaciones de los actores por relacionarse con hechos anteriores a la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura en el país. Sin embargo, expresó que las llamadas Ley de Punto Final y Ley de Obediencia Debida eran "incompatibles con el espíritu y propósitos" del aludido tratado. Agregó, asimismo, que no podía dejar de indicar que incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención, y con arreglo a los principios del fallo del Tribunal Internacional de Nuremberg, el artículo 5 de la Declaración Universal y el artículo 7 del PIDCP, "existía una norma general de derecho internacional que obligaba a los Estados a tomar medidas eficaces para impedir la tortura y para castigar su práctica", recomendando al Estado la adopción de las medidas de reparación apropiadas.[68] En términos vinculables con estos últimos se pronunció el ComDH en *Mónaco c. Argentina*.[69]

Ahora bien, además de los arbitrios que el órgano internacional recomiende al Estado que hubiese violado la normativa aplicable a fin de remediar la situación individual de la víctima, cabe subrayar, a nuestros fines, que a ello pueden sumarse otros de mayores alcances, como los relativos a una reforma legislativa,[70] y al aseguramiento de que no serán repetidas violaciones similares a la comprobada: el "Estado parte se encuentra bajo la obligación de adoptar medidas para prevenir similares violaciones en el futuro".[71] "Si el Estado ha ratificado el Protocolo Facultativo —disponen las directrices para los informes del ComDH— y el comité ha emitido un dictamen o ha expresado cualquier preocupación en relación con una comunicación con arreglo a dicho protocolo, el informe deberá incluir (salvo que la cuestión haya sido tratada en un informe anterior) información acerca de las medidas adoptadas para proporcionar reparación o responder a esa preocupación, y garantizar que no vuelva a repetirse ninguna de las circunstancias que hayan sido objeto de crítica" (§ 25). De ahí que, por ejemplo, el citado Comité haya mostrado su satisfacción ante las reformas legislativas operadas sobre la legislación por aquél censurada, pues impedían la repetición antes aludida.[72]

---

[67] Gómez del Prado, cit. (n. 35), p. 50.

[68] Comunics. 1/1998 y 3/1998, 23.11.1989, en *Revista IIDH*, 1989, n° 10, pp. 337-339.

[69] Comunic. 400/1990, A/50/40, vol. II, 3.4.1995, pp. 15 y 17, párrafos 10.4 y 12.

[70] Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1999, pp. 142-143. J. Barret, cit. (n. 33), p. 12.

[71] V. gr. ComDH, comunic. 481/1991, *Villacrés Ortega c. Ecuador*, 8.4.1997, A/52/40, vol. II, p. 4, § 11; comunic. 688/1996, *Teillier Arredondo c. Perú*, cit. (n. 66), p. 51, § 12. Véase J. Barret, cit. (n. 33), p. 12.

[72] *Foin c. Francia*, comunic. n° 666/1995, 3.11.1999, A/55/40, vol. II, p. 28, § 12.

Añádese, todavía, la imposición de un plazo para que el Estado informe al órgano sobre las medidas arbitradas para hacer efectivas las recomendaciones.[73] También, por ejemplo, el ComDH tiene designado un "relator especial" para el seguimiento de las observaciones, a fin de conocer las medidas que adopte el Estado para "dar efecto" a éstas.[74] El reglamento del ComMujer reitera la figura de un relator o "grupo de trabajo" a iguales fines (artículo 73.4-6). Incluso la inobservancia de medidas cautelares dictadas durante el trámite supranacional estarían reñidas con el "espíritu" de la Convención contra la Tortura,[75] o entrañarían una grave violación del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP.[76]

Podríase agregar, aun cuando no se trate del régimen de comunicaciones, que el ComTortura incluso podrá llevar adelante investigaciones si, entre otras condiciones, recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado parte (véase artículo 20 de la convención respectiva).[77]

2.4.2. Fuentes americanas

En el presente título se inscribe el régimen de peticiones individuales previsto en la Convención Americana, del resorte de la Comisión Interamericana y de carácter no facultativo para los Estados partes. No nos detendremos en ello por ser suficientemente conocido,[78] y nos limitaremos a recordar sólo determinados aspectos. También aquí nos encontramos ante un proceso contradictorio y, en su caso, sancionatorio y condenatorio del Estado "demandado", en el que suele ser comprobada, *inter alia*, la existencia de leyes y prácticas violatorias de los textos americanos aplicables, reco-

---

[73] Generalmente de 90 días: ComDH, *Mónaco c. Argentina*, cit. (n. 14), § 11.3; ComTortura, *Blanco Abad c. España*, comunic. 59/1996, 14.5.1998, *International Human Rights Reports*, 1999, n° 2, p. 395, § 10.

[74] Reglamento, artículo 95. Sobre la práctica de las actividades de seguimiento, véase A/57/40, vol. I, pp. 111-133. Véanse, asimismo, las reformas introducidas en 2002 al reglamento del ComTortura y los mandatos dados al relator especial, en *Informe del Comité contra la Tortura*, A/57/44, 2002, pp. 4-5, 215 y ss. El reglamento del ComDiscriminación Racial indica: "Se invitará al Estado interesado a que informe oportunamente al Comité de las medidas que adopte de conformidad con las sugerencias y recomendaciones de éste" (artículo 95.5); mientras que el del ComMujer fija un plazo de seis meses, a partir de sus observaciones y recomendaciones, para que el Estado le transmita información sobre las medidas adoptadas (artículo 73.1; véanse incisos 2 y 3).

[75] ComTortura, *Nuñez Chipana c. Venezuela*, comunic. 110/1998, 10.11.1998, *International Human Rights Reports*, 1999, n° 3, p. 660, § 8.

[76] ComDH, *Piandiong c. Filipinas*, comunic. 869/1999, 19.10.2000, A/56/40, vol. II, p. 194, § 5.1-4.

[77] Véase Boulesbaa, cit. (n. 27), pp. 264-276.

[78] Véase, además de los autores y obras citadas en la nota n° 21, Mónica Pinto, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

mendándose al Estado litigante la derogación o modificación, lo que puede incidir sobre la reparación de la víctima, pero, paralelamente, tiende a evitar futuras repeticiones.[79]

Pareciera necesario no olvidar, asimismo, que respecto de la Declaración Americana, la mencionada Comisión, con cita de la opinión consultiva OC-10 pronunciada por la Corte Interamericana, sostuvo que la "ratificación de la Convención [Americana] por los Estados miembros, cuando menos, complementó, aumentó o perfeccionó la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano, pero no significó su creación *ex novo*, ni extinguió la vigencia anterior y posterior de la Declaración Americana".[80] En fecha más cercana, la citada comisión expresó que "una vez que la Convención entró en vigor en el Estado, ésta y no la Declaración se convirtió en fuente primaria de derecho aplicable por la Comisión, siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua".[81] Por su lado, los Estados miembros de la OEA, pero no ratificantes de la Convención Americana, están comprometidos a observar dicha declaración y sometidos al régimen de peticiones ante la Comisión, tal como también lo entiende la citada opinión consultiva OC-10/89 (§ 45).

Desde otro punto de vista, este régimen de peticiones de la Convención Americana se extiende, bajo algunas modalidades propias, a las fundadas en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículos XIII-XIV), la Convención de Belem do Pará (artículo 12) y el Protocolo de San Salvador (artículo 19.6).

Es de agregar, a su vez, que el nuevo reglamento de la Comisión Interamericana (2000) expresamente contempla el ejercicio de las facultades de ésta para el "seguimiento" de la observancia de sus recomendaciones (y de los acuerdos de solución amistosa). Además, la Comisión informará "de la manera que considere pertinente" sobre los avances producidos al respecto (artículo 46.1 y 2). Con todo ello, es recogida una práctica que ya venía desarrollándose en los últimos años, aunque de manera incipiente. Dado el carácter meramente enumerativo de los arbitrios citados, entendemos no impedida la designación de un "relator especial", al modo de lo previsto en el ya citado artículo 95 del reglamento del ComDH, mayormente dado el contenido del artículo 15.1 del reglamento de la Comisión Interamericana sobre creación de relatorías.[82]

---

[79] V. gr. *Informe n° 49/01. Casos 11.826 (L. Lamey)… c. Jamaica*, 4.4.2001, en *Informe… 2000*, cit. (n. 54), vol. II, p. 1160, VII, 2/5.

[80] *Informe n° 74/90. Caso 9850. Argentina*, 4.10.1990, *Informe Anual de la Comisión Interamericana… 1990-1991*, pp. 74-75, esp. § 3-6.

[81] *Informe n° 73/00, caso 11.784. Marcelino Hanríquez y otros. Argentina*, 3.10.2000, *Informe… 2000*, cit. (n. 54), vol. I, p. 640, § 27.

[82] Rolando E. Gialdino, "El nuevo Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *El Derecho*, Buenos Aires, suplemento del 30.12.2003, p. 4.

III. Efectos de los actos de control

El punto anterior constituye un somero repaso de los diversos procedimientos que anidan en los sistemas de protección internacional de los instrumentos universales y americanos considerados. Somero pues, según lo hemos anticipado, el propósito perseguido no era otro que el de señalar su presencia y los productos que elaboran. Un común denominador fue hallado: todas las técnicas entrañan la emisión de interpretaciones de normas jurídicas de aplicación en el ámbito interno de los Estados partes, incluso de jerarquía constitucional, en algunos de éstos. A ello debe sumarse otro denominador de igual naturaleza: los órganos en juego actúan con independencia de todo poder exterior o interior. Incluso, por diversos arbitrios, su composición tiende a ser representativa de los caracteres que exhiben, a modo de distintas familias, los Estados partes. Finalmente, no está de más apuntar que el Estado se ha insertado voluntariamente en dichos sistemas, al ratificar los documentos respectivos (y, en su caso, reconocer las competencias de los órganos), contrayendo, de tal suerte, un plexo de obligaciones internacionales. Obligaciones internacionales sí, pero cuya observancia no está dirigida a proteger y realizar sino derechos, garantías y libertades de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado parte. Los tratados de derechos humanos "no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes".[83]

Corresponde, por ende, examinar los efectos de los actos de control mayormente cuando, según lo apunta T. Buerghental, entre otros, las cortes nacionales están tomando en cuenta la jurisprudencia de los tribunales internacionales para evitar así interpretar sus leyes internas de una manera que podría violar las obligaciones internacionales de su país, o bien para adecuar su derecho interno a las normas legales internacionales emergentes.[84]

1. Control jurisdiccional (fuente americana)

1.1. La cosa juzgada

En el ámbito de la Convención Americana la solución es clara: los Estados partes de dicho instrumento se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes (artículo 68.1). Algún país, Costa Rica,

---

[83] Corte Interamericana, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)*, Opinión consultiva OC-2/82, 24.9.1982, serie A n° 2, § 29.

[84] Thomas Buerghental, "La jurisprudencia internacional en el derecho interno", en *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, Nieto Navia, San José, 1994, p. 67.

incluso ha previsto, en su acuerdo de sede con la mentada Corte, que "las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva que las dictadas por los tribunales costarricenses" (artículo 27), así como la Constitución de Venezuela establece la obligación del Estado de adoptar "conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales".[85]

Con todo, es posible y necesario ir algo más lejos, toda vez que, para nuestros propósitos, no interesa tanto el valor jurídico de las decisiones jurisdiccionales respecto de los Estados partes en el litigio, sino averiguar si, además de ello, dichos actos proyectan efectos más abarcadores.

1.2. La cosa interpretada

La CSJN (Argentina) ha juzgado que las condiciones de vigencia de la Convención Americana aluden a los términos en que ésta "efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación". Y es con arreglo a los términos "anteriormente expuestos", agregó, que corresponde aplicar los tratados internacionales, máxime cuando, de lo contrario, podría originarse "responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional".[86] En suma, a su juicio, las condiciones de vigencia del citado instrumento americano entrañan "la efectiva aplicación jurisprudencial" de ésta, vale decir, en el caso, la de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la cual "debe servir de guía para la interpretación" de la Convención Americana.[87]

Mas, dado que la cuestión no es ajena al debate, entendemos preciso abundar en los diversos motivos que, necesariamente, deben conducir al resultado antedicho. Para ello, resulta apropiado recoger la experiencia que nos brinda el sistema de la Convención

---

[85] Para el caso de Costa Rica: Rodolfo E. Piza Escalante, "El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la jurisprudencia internas. El ejemplo de Costa Rica", en *Liber Amicorum. Héctor Fix Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos/Unión Europea, 1998, vol. I, pp. 190-191; para el de Venezuela: Allan R. Brewer Carías, "América Latina: retos para la Constitución del siglo XXI", en *Anuario… 2000*, cit. (n. 8), p. 26. En atención a lo que expresamos en el texto correspondiente a la nota n° 167, acotamos que la Corte Interamericana, en su informe anual, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos (Convención Americana, artículo 65).

[86] *Giroldi, Horacio D. y otro*, sent. del 7.4.1995, *Fallos* 318:514, 530, consids. 11 y 12. Véase asimismo: *Acosta, Beatriz Claudia y otros*, sent. del 22.12.1998, *Fallos* 321:3555, 3568, consid. 10°, entre otras.

[87] Íd., y *Nápoli, Erika Elizabeth y otros*, sent. del 22.12.1998, *Fallos*: 321:3630, 3640, consid. 18.

Europea de Derechos Humanos (Convención Europea) pues, además de su valor, se muestra totalmente trasladable al interior del de la Convención Americana.

En efecto, tal como la propia Corte Europea lo ha expuesto, sus sentencias no sirven sólo para resolver los casos que le sean sometidos por cuanto, de una manera más extensa, tienden a clarificar, proteger y desarrollar las normas de la Convención Europea y a contribuir, de esta manera, al respeto por los Estados de los compromisos que asumieron en su calidad de partes contratantes.[88] Dichos pronunciamientos inevitablemente van más allá del *cas d'espèce*, en especial cuando las violaciones comprobadas tienen su origen inmediato en los textos legales y no en las medidas individuales de ejecución.[89] Sobre estos mismos presupuestos se asientan las numerosas decisiones del aludido tribunal de Estrasburgo que han resuelto eliminar o no una causa de la lista de asuntos pendientes, según la existencia o inexistencia de jurisprudencia interpretativa sobre los derechos y libertades litigiosos.

Por otro lado es evidente que, sea por una cuestión de principios o por el hecho de evitar planteos similares a los que dieron lugar a un pronunciamiento de la Corte Europea, los Estados partes ajenos al litigio suelen frecuentemente acomodar su legislación o prácticas a la doctrina que surja de dichas sentencias. En palabras de quien fuera presidente de la Corte Europea, Rolv Ryssdal, los Estados no partes en una causa también respetan una sentencia de la Corte al adaptar a ésta su legislación o sus prácticas. Al hacerlo, no realizan otra cosa que observar la obligación general que han suscripto en virtud del artículo 1 de la Convención Europea, esto es, asegurar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades garantizados tal como los enuncia la Convención Europea, pero también tal como los interpreta y explica la Corte Europea en sus sentencias.[90] P. Leuprecht también sostiene que todos los Estados partes están bajo la obligación general de asegurar que su derecho y sus prácticas se adecuan a los requerimientos de la Convención Europea según ésta es interpretada por Estrasburgo. Empero, además de encontrar sustento en el artículo 1 de la Convención, también agrega el artículo 57 (actual artículo 52).[91]

---

[88] *Irlanda c. Reino Unido*, sent. del 18.1.1978, serie A, n° 25, § 154.

[89] *Marckx*, sent. del 13.6.1979, serie A, n° 31, § 58, entre muchas otras.

[90] Cit. por Andrew Drzemczewski y Paul Tavernier "L'exécution des 'décisions' des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l'homme", en *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international. Colloque de Strasbourg*, París, Pedone, 1998, p. 251 (esta parte del trabajo fue preparada por el primero de los autores citados; véase p. 215, nota 63). El citado artículo 1 de la Convención Europea puede vincularse con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

[91] Peter Leuprecht, "The Execution of Judgments and Decisions", en R. St. J.Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European system for the protection of human rights*, M. Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, p. 793, y sus citas. El artículo 52 citado es vinculable con el artículo 43 de la Convención Americana.

Es un hecho notorio que numerosos asuntos contra un Estado tienen repercusiones en otros que cuentan con una legislación similar, tal como ocurrió, por ejemplo, en el caso *Marckx c. Bélgica* que también afectó a la legislación de Holanda, o en el caso *Dudgeon c. Reino Unido* que lo hizo respecto de la legislación de numerosos Estados, al paso que la causa *Kostovski c. Holanda* se proyectó al empleo de testigos anónimos en toda Europa.[92] Los tribunales de Irlanda desoyeron la doctrina expuesta por la Corte en el citado *Dudgeon*, por la que el Reino Unido fue condenado por lesionar la vida privada de los homosexuales, circunstancia que, a la postre, no condujo más que a la condena de Irlanda en la sentencia *Norris* con base en la doctrina *Dudgeon*. En *Modinos c. Chipre* la Corte observó que, "a pesar" de la sentencia *Dudgeon c. Reino Unido*, la Corte Suprema de Chipre estimó que los artículos del Código Penal en juego no violaban ni la Convención ni la Constitución.[93] Ello muestra claramente que la Corte Europea entiende condenable a un Estado que deja subsistir, en su derecho interno, disposiciones legislativas similares a las que le han valido a otro Estado parte una condena por violación de la Convención.[94] Podemos sumar, *inter alia*, *Valenzuela Contreras c. España*, en el que la Corte Europea advirtió que, al momento en que fue ordenada la interceptación telefónica litigiosa del actor, ella ya había precisado, en una sentencia en la que comprobó una violación del artículo 8 de la Convención Europea, que "la ley debe emplear términos suficientemente claros […]", con cita del precedente *Malone c. Reino Unido*.[95]

¿Se trata, entonces, de considerar que existe, junto con la autoridad de "cosa juzgada", una autoridad de "cosa interpretada" (*chose interprétée*) que se proyecta más allá de las partes litigantes? Las aguas al respecto son algo procelosas, no tanto en lo concerniente a la existencia de la llamada cosa interpretada, sino en cuanto a su fuerza y alcances. Las posturas se abren desde el extremo de conceder un neto carácter jurídico vinculante *erga omnes* a las interpretaciones de la Convención Europea hechas por Estrasburgo en el curso del contencioso, hasta considerar que aquéllas obran al modo de un bastón amenazador que pende sobre los Estados ante la perspectiva de verse ante una eventual condena.[96] Súmanse a ello reflexiones que conducen a un profundo replanteo de variados conceptos y nociones sobre las que, tradicionalmente, suele emplazarse este debate.[97]

---

[92] Sents. del 13.6.1979, serie A n° 31; 24.2.1983, serie A n° 59, y 20.11.1989, serie A n° 166.

[93] Sent. del 22.4.1993, serie A n° 259, § 20.

[94] Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3ª ed., Puf, París, 1997, p. 340.

[95] Sent. del 30.7.1998, *Recueil/Reports*, 1998-IV, § 60.

[96] Véase Drzemczewski y Tavernier, cit. (n. 90), pp. 251 y ss.

[97] Tal el caso de Elisabeth Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 1999, esp. pp. 292 y ss.

El discernimiento entre las normas jurídicas generales y la interpretación dada a éstas por los órganos de aplicación es cuestión trabajosa. Si bien es cierto que el punto constituye un problema que se extiende prácticamente a todo ordenamiento jurídico, no lo es menos que exhibe determinadas particularidades en el constituido por la Convención Europea, desde el momento en que la competencia de la Corte se extiende a "todas las cuestiones concernientes a la interpretación y aplicación de la Convención y sus protocolos" (artículo 32).[98] Vale decir, el ordenamiento convencional ha emplazado un órgano supremo para resolver sobre la inteligencia de sus normas. Y aun cuando, desde un punto de vista riguroso, podría afirmarse que dicha autoridad, por ejercerse en el marco del contencioso, no se proyecta más que a las partes del litigio, lo determinante es que, al decidir sobre el contenido y los alcances de la Convención, la Corte termina siendo una suerte de convención viviente. Esta conclusión se impone a poco que se recuerde que la propia jurisprudencia de la Corte Europea sostiene que la Convención Europea debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida y de las concepciones prevalecientes y actuales en los Estados democráticos, pues se trata de un instrumento vivo.[99] Mas, si bien el instrumento es lo "viviente", es inequívoco que dicha vitalidad no tiene otro órgano supremo que la reconozca o, si se quiere, la anime, que la propia Corte. Podría decirse, entonces, que la Convención Europea encierra una vivencia en potencia que pasa al acto por el obrar de su Corte. Más aún, el reconocimiento mismo de esa vivencia también deriva del órgano que la interpreta. No sería extraño que algo de lo antedicho se asocie con las palabras del *justice* Hughes: la Constitución dice lo que los jueces dicen que dice; y con las de Wilson: la Suprema Corte (norteamericana) se muestra como una asamblea constituyente en sesión permanente.[100]

Luego, sin con ello confundir norma e intérprete, cuyas diferencias no son pocas ni irrelevantes, lo cierto es que el sistema convencional presupone y requiere un alineamiento de las normas y actos de las autoridades nacionales tras la jurisprudencia de la Corte Europea. Así como esta última fue elocuente en *Vermeire c. Francia*, al expresar que no advertía las razones por las cuales los jueces nacionales se habían visto impedidos de aplicar la doctrina que aquélla asentó en un precedente relativo al mismo país, no lo fue menos en el antes citado *Modinos c. Chipre*, al recordar al juez chipriota lo resuelto en un litigio contra el Reino Unido. *Valenzuela Contreras c. España*, mencionado anteriormente, se inscribe en esta línea.

---

[98] En sentido análogo se expresa el artículo 62.3 de la Convención Americana.

[99] V. gr.: *Marckx*, cit. (n. 89), § 41, entre muchas otras. Consideramos que el reciente caso *Villagrán Morales y otros* (caso de los *Niños de la calle*), es una muestra, entre otras, de la vitalidad reconocida por la Corte Interamericana a la Convención Americana —sent. del 19.11.1999, serie C n° 63.

[100] Rolando E. Gialdino, "El Poder Judicial y los jueces en la república representativa", en *El Derecho*, Buenos Aires, 1992, t. 147, p. 964.

La plenitud de la jurisdicción, de la que suele hablar la Corte Europea con base en los artículos 19 y 32 de la Convención Europea, significa que, como instancia última, aquélla tiene el poder de pronunciar, con efecto obligatorio, la última palabra en cuanto a la aplicación o a la interpretación de la Convención.[101] La concentración de dichos poderes en una instancia única sirve a una finalidad evidente: la unidad de la jurisprudencia. Es por ello que las autoridades nacionales deben aplicar la Convención tal como la interpreta la Corte Europea.[102] En otros términos: las decisiones de la Corte que comprueban una violación provocan, frecuentemente, una *normalisation* de las legislaciones internas, tanto en los países en que la Convención forme parte del derecho interno cuanto en los de signo opuesto, al paso que producen un *ajustement* de las jurisprudencias nacionales, sobre todo en las jurisdicciones judiciales.[103]

Por cierto que la llamada cosa interpretada no es atributo predicable de toda sentencia definitiva, mientras que sí lo es la cosa juzgada. Más ello no deriva de aspectos formales, sino del contenido de la sentencia de que se trate. El primer atributo es propio de los pronunciamientos en que la Corte Europea se consagra a interpretar una norma de la Convención o de sus protocolos, auscultando su sentido y alcances. Esto es, en los que se expresa, por así decirlo, de una manera general y abstracta y, en cierta forma, prescindente de las especificidades del litigio. Mal podría atribuirse esta condición a los fallos que, en definitiva, sólo se asentaran, v. gr., en la apreciación de la prueba.

De tal suerte, ha sido sugerido que la autoridad específica que se yuxtapone a las sentencias de la Corte Europea puede concretarse de la siguiente forma: conviene examinar en cada sentencia si la Corte ha entendido pronunciarse por vía de abstracción, precisando los alcances de una disposición, o si sus observaciones se limitan al *cas d'espèce*. En la primera hipótesis se habrá hecho presente la premisa mayor del silogismo que se incorpora a la norma interpretada y goza, en esa calidad, de la autoridad de la cosa interpretada.[104]

La cita y el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Europea resulta, en suma, no sólo un imperativo del propio sistema, sino también un hecho incontestable, sobre todo a la luz de la abundante jurisprudencia de las cortes constitucionales o tribunales de competencia análoga en Europa. Así, a modo ilustrativo, se ha hecho

---

[101] En sentido análogo, véanse las sentencias de la Corte Interamericana, del 26.6.1987, *Velázquez Rodríguez* (excepciones preliminares), serie C, n° 1, § 29; *Fairén Garbi y Solís Corrales* (excepciones preliminares), serie C, n° 2, § 34, y *Godínez Cruz* (excepciones preliminares), serie C, n° 3, § 32.

[102] Johan Callewaert, "Quel avenir por la marge d'appréciation?", en *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne/Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges à la memoire de/Studies in memory of Rolv Ryssdal* (P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber, eds.), C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 2000, p. 154 y sus citas.

[103] Sudre, cit. (n. 94), pp. 344 y 345.

[104] Jacques Velu y Rusen Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1990, p. 1080.

mención del efecto "difusivo", "horizontal" o "transfronterizo" de las sentencias de la Corte Europea.[105]

No es extraño que una jurisdicción interna considere que determinada norma o acto resulta compatible con la Constitución de su país, y que, posteriormente, la Corte Europea resuelva que dicha norma o acto son violatorios de la Convención Europea. Así ha ocurrido en los casos *Barberà, Messegué y Jabardo*, relativo a España, y *Niemietz c. Alemania*.[106] Asimismo, en la sentencia *Ruiz-Mateos c. España*, la Corte consideró que determinados aspectos del procedimiento ante el Tribunal Constitucional español, que éste había considerado constitucionales, eran violatorios del debido proceso (Convención Europea, artículo 6.1).[107] Por lo demás, los Estados responden ante la Convención por su jurisdicción entendida como un todo, y que suele ejercerse en primer término a través de su Constitución. Poco importa, por ende, que lo puesto en cuestión ante Estrasburgo sean, precisamente, normas constitucionales.[108]

De lo expresado en este punto puede seguirse que el sistema de la Convención Europea, además de estar basado en el principio de subsidiariedad, también lo esté en el de "solidaridad", el cual implica, en palabras de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que la jurisprudencia de Estrasburgo forme parte de la Convención y extienda su fuerza vinculante *erga omnes*. Ello quiere decir que los Estados partes no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte en los casos en que sean parte, sino también tomar en consideración los posibles efectos que las pronunciadas en otros casos puedan tener en su propio sistema y prácticas legales.[109] Esta última obligación, quizás, más que de ejecución podríasela llamar de "implementación" de las sentencias.[110]

Estas aserciones, por cierto, plantean un particular requerimiento hacia el órgano jurisdiccional, pues el carácter transparente de la jurisprudencia es una condición de su ejemplaridad, de su autoridad y de su fuerza persuasiva, para el Estado litigante (y sus jurisdicciones), naturalmente, pero también para todos los otros Estados partes (e incluso "más allá […]").[111] En tal sentido, la citada

---

[105] Michel Melchior, "Rapport", en *8e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Consejo de Europa, 1996, p. 142.

[106] Sents. del 6.12.1988 y 16.12.1992, serie A nos. 251 y 146, respectivamente.

[107] Sent. del 23.6.1993, serie A n° 262.

[108] *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía* (Gran Sala), sent. del 30.1.1998, *Recueil/Reports* 1998-I, párrafos 29-30 y sus citas. Para el sistema americano recuérdese el texto de la nota n° 8.

[109] Resolución 1226 (2000), 28.9.2000, "Execution of judgements of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, 2000, n° 4-7, p. 273.

[110] Informe del Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, 28.9.2000, Erik Jurgens (*rapporteur*), "Report on the execution of judgments of the European Court of Human Rights", en *Human Rights Law Journal*, 2000, n° 4-7, p. 273, § 5.

[111] Gérard Cohen-Jonathan, "Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'homme", en *Protection des droits de l'homme*…, cit. (n. 102), p. 263.

asamblea parlamentaria considera necesario que los fallos de la Corte sean claros y su jurisprudencia coherente.[112]

Los anteriores desarrollos, reiteramos, son plenamente aplicables a la Convención Americana y a su Corte, dada la sustancial analogía que muestran, en este punto, respecto de sus iguales europeas, en apoyo de lo cual hemos insertado en las notas al pie de página algunas correspondencias, que bien podrían ser aumentadas. Mas, baste con agregar que la conclusión sobre la "cosa interpretada" encontraría en el sistema de la Convención que nos rige un anclaje mayor si se atiende a su artículo 2: deber de adoptar disposiciones (legislativas o de otro carácter) de derecho interno, inexistente en la letra de la Convención Europea. Incluso cabe extender estos lineamientos fuera del ámbito contencioso para alcanzar al de las opiniones consultivas que, si bien no han dado lugar a la labor de la Corte Europea a pesar de contar ésta con competencia al respecto, han ocupado una ancha franja en la de su hermana interamericana. En las consultas que los Estados miembros de la OEA pueden formular acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (Convención Americana, artículo 64.1), la Corte Interamericana "opera como una especie de tribunal constitucional", cuyas opiniones no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan, sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención Americana y que, en particular, "no se puede eludir por los Estados partes" en ésta.[113]

En tal sentido, bueno es apuntar que los diversos precedentes de la CSJN (Argentina), que hemos citado al comienzo de este punto, han hecho referencia, precisamente, a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana. T. Buerghental, en tren de ilustrar el pasaje antes recordado (III), aporta un ejemplo de la citada Corte argentina: *Ekmekdjian c. Sofovich* (7.7.1992), que reconoció la aplicabilidad en el ámbito interno del derecho de réplica previsto en el artículo 14 de la Convención Americana, abandonando su criterio anterior sobre el carácter no operativo (no *self-executing*), asentado en el caso *Ekmekdjian c. Neustadt* (1988). Para ello, el Alto Tribunal, entre otras razones, se hizo eco de la opinión consultiva OC-7/86, de la Corte Interamericana.[114] De su lado, la Sala Constitucional del Tribunal Constitucional de Costa Rica tiene dicho: "si la Corte Interamericana

---

[112] Resolución 1226 (2000), cit. (n. 109), p. 274, § 11.B.i. Véase: Luzius Wildhaber, "Precedent in the European Court of Human Rights", en *Protection des droits de l'homme*…, cit. (n. 102), p. 1529.

[113] Faúndez Ledesma, cit. (n. 21), p. 453. Véase la distinción que formula este autor respecto de las opiniones que la Corte Interamericana expide ante las solicitudes del artículo 64.2 de la Convención Americana, pp. 453-454. Coincide con este autor respecto de lo señalado en el texto: Víctor Bazán, "Las reservas a los tratados internacionales sobre derechos humanos, con particular énfasis en el efecto de aquéllas respecto de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Ius et Praxis*, n° 2, Universidad de Talca, 2000, pp. 177-178. El carácter de "verdaderos tribunales constitucionales internacionales" de la Corte Interamericana y de la Corte Europea (y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) es advertido por Mara Gómez Pérez, "La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional", en *Anuario… 2002*, cit. (n. 4), p. 372.

[…] es el órgano natural para interpretar la Convención Americana […] la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrán —en principio— el mismo valor de la norma interpretada […]".[115]

En breve, la interpretación jurisprudencial de los tribunales del sistema internacional de derechos humanos ha de considerarse incorporada al conjunto normativo del sistema.[116] La jurisprudencia de la Corte Interamericana, sostiene G. R. Moncayo, por la valoración que de ella hace la CSJN (Argentina), "se halla dotada de una suerte de 'ultraactividad' que despliega efectos de alcance interpretativo en la jurisdicción interna"; en todo caso, apunta J. A. Marabotto Lugaro, "importa y mucho" la interpretación que de la normativa internacional se hace por los "órganos competentes del sistema interamericano": si "el derecho extranjero, cuando tiene que ser aplicado por los jueces del país tiene que '[…] interpretarlo tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenezca la norma respectiva' (Código General del Proceso [de Uruguay], artículo 525.3), con más razón ello debe acontecer con [la] normativa internacional".[117]

2. Control no jurisdiccional

2.1. Comunicaciones y peticiones

2.1.1. Fuentes americanas

La fuerza vinculante sobre los Estados partes de la Convención Americana de las decisiones de la Comisión Interamericana es tema polémico; su desarrollo excedería el espacio de estas páginas. Empero, sí queremos expresar que, a la altura alcanzada por el sistema interamericano, ya no deberían persistir dudas en punto a que los citados pronunciamientos exhiben, claramente, el mentado carácter.[118] Pueden considerarse —señala J. C. Hitters— "intrínsecamente obligatorios, con valor jurígeno y moral"; el Estado que no cumpliera las aludidas "recomendaciones", acota H.

---

[114] Buerghental, "La jurisprudencia…", cit. (n. 84), esp. pp. 76-81. Para *Ekmekdjian*: *Fallos* 315:1492.

[115] Sentencia #2313-95, del 9.5.1995, citado por Piza Escalante, cit. (n. 85). Cabe advertir, con todo, una suerte de distingo que contiene esta sentencia en cuanto a las opiniones consultivas con base en el Estado que la hubiese peticionado.

[116] Germán J. Bidart Campos, "Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos", en *Liber Amicorum. Héctor Fix Zamudio*, cit. (n. 85), vol. I, p. 475.

[117] Guillermo R. Moncayo, "Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino", en M. Abregú y C. Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales nacionales*, CELS, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 94; Jorge A. Marabotto Lugaro, "Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en Uruguay", en *Anuario… 2000*, cit. (n. 8), p. 550.

[118] Así lo sostiene Faúndez Ledesma, cit. (n. 21), pp. 285-287.

Nogueira Alcalá, vulneraría los artículos 50.3 y 51.2 de la Convención Americana, así como el 26 de la ya recordada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, además de las normas convencionales per se.[119]

Por cierto que suele de ser cita obligada, para descartar lo antedicho, el párrafo 67 de la sentencia *Caballero Delgado y Santana* dictada por la Corte Interamericana.[120] Empero estimamos que tal precedente se ha visto fuertemente atenuado por la posterior opinión consultiva de la Corte Interamericana OC-15, de 1997, en la que se lee: "El propósito y alcance del artículo 51 (de la Convención Americana) están establecidos en el texto mismo de este artículo. Como se ha dicho, en el momento en que es transmitido al Estado, el informe puede incluir la opinión, conclusiones y recomendaciones de la Comisión respecto de los asuntos sometidos a su consideración". Y agrega seguidamente, en un párrafo sobre el que ponemos el acento: "Asimismo, puede incluir una fecha límite, un '*período fijado*', dentro del cual el Estado *debe* tomar las medidas necesarias para '*remediar la situación examinada*' (artículo 51.2)" (sólo las itálicas no forman parte del original). Tampoco es de pasar por alto el siguiente pasaje: "Todas estas etapas representan la conclusión del procedimiento ante la Comisión, por medio del cual ésta toma una determinación tras haber examinado la evidencia sobre si el Estado cumplió o no con sus obligaciones convencionales y con las medidas que han sido consideradas necesarias para remediar la situación examinada".[121] Es evidente, al margen de las mayores o menores proyecciones que puedan seguirse de los términos empleados por la Corte Interamericana en esta última opinión y su cita del artículo 51.2 de la Convención Americana, que su discurso difiere o al menos modula el seguido en el citado precedente *Caballero Delgado y Santana*. En todo caso, y sin resignar la postura que sostenemos, cuadra recordar las palabras de T. Buergenthal: aun cuando las decisiones de la Comisión Interamericana no sean formalmente vinculantes como una sentencia de la Corte Interamericana, constituyen una comprobación legal autorizada de un cuerpo al que la Convención Americana asigna competencia respecto del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados partes. Estos Estados y la OEA se encuentran, consecuentemente, legitimados a tratar las comprobaciones de la Comisión previstas en el artículo 51 de la Convención Americana como decisiones autorizadas de que el Estado parte ha violado una obligación de ésta, y a actuar en consecuencia.[122]

---

[119] Hitters, cit. (n. 21), p. 392; Nogueira Alcalá, cit. (n. 10), p. 215, con cita de G. Bidart Campos.

[120] Del 8.12.1995, serie C, n° 22. Para una crítica de este precedente: Héctor Gros Espiell, "La eficacia de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos y la ejecución interna de sentencias internacionales", en *Protección internacional de derechos humanos*, Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales, Buenos Aires, 1999, pp. 54-55.

[121] *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-15/97, 14.11.1997, serie A, n° 15, § 48-50.

[122] Thomas Buergenthal, *International Human Rights in a nutshell*, St. Paul, West Publ., 1995, p. 205.

La posición de la CSJN (Argentina) resulta clara. En el caso *Bramajo* sostuvo —con cita del ya recordado *Giroldi*, esto es, de un precedente relativo a la Corte Interamericana— que la "opinión" de la Comisión "debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales". Este parangón o semejanza es muy significativo, y no lo son menos otros pasajes de *Bramajo*: "sobre la base de tales pautas y a los efectos de determinar si la ley 24.390 armoniza con el artículo 7°, inc. 5° [de la Convención Americana] […] resulta pertinente reseñar la opinión de la Comisión […] que, si bien es anterior a la vigencia de la ley 24.390 resulta de significativa importancia para el caso debido a que el mencionado organismo internacional ha fijado las pautas que los Estados deben tener en cuenta al reglamentar lo que se ha denominado 'plazo razonable de detención sin juzgamiento'". Y concluyó de manera asaz terminante: " […] debe revocarse la resolución impugnada, puesto que la interpretación efectuada por el *a quo* del artículo 1° de la ley 24.390 ha sido incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión […]" (y con la establecida por esta Corte).[123]

C. Cerna, a su turno, nos advierte sobre la legislación de Colombia de 1996, que considera de vanguardia, por la que se reconoce el carácter obligatorio de las decisiones de la Comisión Interamericana; por otro lado, acotamos de nuestra parte, lo ya expresado sobre la Constitución de Venezuela y respecto del ordenamiento uruguayo parecería extensible al caso de la Comisión, en cuanto al cumplimiento de sus decisiones y al valor de sus interpretaciones, respectivamente.[124]

A modo ilustrativo, las decisiones de la Comisión Interamericana, así como las del ComDH, han servido de fundamento a decisiones del *Privy Council* británico reunido en su calidad de Corte Constitucional de Jamaica, como resultó en el caso *Pratt y Morgan* y en el más reciente *Lewis* (12.9.2000), ambos contra el procurador general de Jamaica.[125]

2.1.2. Fuentes universales

La fuerza de las resoluciones de los comités de Naciones Unidas en el marco de los ya mentados regímenes de comunicaciones individuales también ha despertado

---

[123] 12.9.1996, *Fallos* 319: 1840, cons. 8, 9 y 15. Con todo, *Acosta* y *Felicetti, "La Tablada"*, se muestran menos concluyentes (sentencias del 22.12.1998 y 21.12.2000, *Fallos* 321:3555 y 323:4130, respectivamente).

[124] Christina Cerna, "The Inter-American Commission on Human Rights: its Organization and Examination of Petitions and Communications", en D. Harris y S. Livingstone (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 106. La Constitución de Venezuela refiere a los "órganos internacionales" (véase el texto correspondiente a la n. 85). Para Uruguay, recuérdese la cita de J. A. Marabotto Lugaro (n. 117), en la que este autor mienta los "órganos competentes del sistema americano".

[125] Para *Pratt y Morgan*: *Human Rights Law Journal*, 1993, n° 9-10, pp. 338-346; para *Lewis*: ‹http://www.privy-council.org.uk›.

distintos pareceres. Empero, el criterio del ComDH nos parece inobjetable: el Estado parte, al ratificar el PIDCP y su primer protocolo facultativo, aceptó la obligación jurídica de dar efecto a sus disposiciones; por lo tanto, es "obligación" de aquél "adoptar las medidas adecuadas para que tengan efecto jurídico las observaciones del Comité en cuanto respecta a la interpretación y aplicación del Pacto" formuladas en el marco del citado protocolo.[126] En fecha más reciente, el ComDH recordó a los Estados partes en dicho protocolo que "están obligados, en virtud del artículo 2 del Pacto, a aplicar los dictámenes del Comité".[127] Las decisiones del ComDH merecen, por ende, "acatamiento", y así lo han entendido algunos Estados.[128] No ha faltado el supuesto en que el solo planteo de una comunicación ha llevado a un tribunal nacional a reparar la situación denunciada.[129] De ahí que este órgano haya expresado su satisfacción por las reformas de leyes que violentaban los derechos del Pacto, dirigidas a prevenir futuras repeticiones, según lo hemos adelantado, pero también su censura ante la persistencia, en el plano judicial local, de soluciones inconciliables con la doctrina del Comité asentada en anteriores comunicaciones sobre temas análogos.[130] De tal suerte, este Comité indudablemente ha emplazado el ejercicio de la presente función en un marco judicial.[131] Los procedimientos ante los comités, como lo expresa C. A. Villán Durán, son de carácter "contradictorio, sancionatorio y condenatorio del Estado, estando éste obligado a adoptar las medidas de reparación de la violación […]".[132]

Por otro lado, atento a que ya hemos indicado algunos arbitrios del ComDH y del ComTortura a fin de vigilar la ejecución de sus comprobaciones y el cumplimiento de las medidas necesarias para repararlas (II, 2.3), resulta ahora oportuno agregar que, en numerosos casos, lo antedicho ha conducido a los Estados no sólo a la adopción de medidas individuales, sino también de orden general, v. gr.: derogación o modificación de leyes.[133] Un ejemplo, además del señalado dos párrafos antes, puede verse en la respuesta dada por Canadá a la comprobación de violación del artículo 27 del PIDCP efectuada por el ComDH: Canadá —son sus palabras— tomó medidas importantes para modificar la sección 12.1.*b* de la *Loi sur les Indiens* y de otras

---

[126] *Denzil Roberts c. Barbados*, comunic. 504/1992, A/49/40, vol. II, p. 333, § 6.3.

[127] Véase A/57/40, vol. I, p. 132, § 255 y su cita.

[128] ComDH, *Simunek y otros c. República Checa*, comunic. 516/1992, 19.7.1995, A/50/40, § 12.2.

[129] Véase ComDH, *Dergachev c. Belarús*, comunic. n° 921/2000, 2.4.2002, A/57/40, p. 262, § 8.

[130] Véase, para lo primero: *Foin c. Francia*, cit. (n. 72); y, para lo segundo: *Schmitz-de-Jong c. Países Bajos*, comunic. 855/1999, 16.7.2001, A/56/40, p. 174, § 5.3.

[131] Sudre, cit. (n. 94), p. 379.

[132] Carlos Villán Durán, "El futuro del sistema de protección de los derechos humanos en Naciones Unidas", en F. M. Mariño Menéndez (ed.), *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Univ. Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1996, p. 38.

[133] Véase Sudre, cit. (n. 94), p. 379.

secciones de ésta que pueden constituir una discriminación fundada en el sexo o contravenir de otra manera los derechos humanos, y se compromete a continuar la modificación de dichas secciones próximamente.[134]

La cuestión central, en este sentido, es que los Estados partes asuman la necesidad de adecuar sus prácticas y legislación a la doctrina de las decisiones de los comités a fin de evitar, tal como lo hemos adelantado, la repetición de quebrantamientos análogos a las materias de condena, si ello depende de los arbitrios primeramente indicados. Más aún; los términos "sugerencias y recomendaciones" del artículo14.7.*b* de la Convención sobre Discriminación Racial posibilitan que el comité respectivo pueda formular aquéllas, tal como ya lo ha hecho, aun en el caso en que no tenga por comprobada violación alguna.[135]

Al ratificar los tratados de derechos humanos —advierte A. A. Cançado Trindade—, los Estados partes contraen, junto con las obligaciones específicas relativas a cada uno de los derechos protegidos, la obligación general de adecuar su ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de protección. Y dicha adecuación es, además, de la propia esencia del "deber de prevención", para evitar la repetición de violaciones derivadas de una determinada ley nacional. El deber de prevención es un componente básico de las obligaciones generales.[136]

Las presentes decisiones de los comités han mostrado su influjo sobre las sentencias de diversas cortes, verbigracia, de Alemania, Holanda, Japón[137] y España.[138] También condujeron a reformas legislativas o medidas administrativas, por ejemplo, en Australia, Canadá, España, Finlandia y Senegal.[139]

La comunicación *Äärelä y Näkkäläjärvi c. Finlandia* nos advierte sobre el empleo por los tribunales de este país de la jurisprudencia del ComDH dictada en casos contra Finlandia, pero también contra Canadá y Suecia.[140] Asimismo, el grado de

---

[134] Para la decisión del ComDH —*Sandra Lovelace c. Canadá*, comunicación n° R.6/24, 30.7.1981— y la respuesta de Canadá: *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1989, vol. 1, pp. 89-90 y 91-93, respectivamente; el párrafo citado es de la p. 92.

[135] Véase Ineke Boerefijn, "Follow-up of the views of the United Nations treaty bodies", en T. Barkhuysen, M. van Emmerik y P. H. van Kempen (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Decisions in the National Legal Order*, Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 1999, p. 102, con otro ejemplo análogo del ComDH.

[136] Antônio A. Cançado Trindade, "Memorial em pro de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional", en C. E. de Abreu Boucault y N. de Araujo (orgs.), *Os direitos humanos e o direito internacional*, Renovar, Río de Janeiro, 1999, pp. 42 y 45.

[137] Yuji Iwasawa, "International Human Rights adjudication in Japan", en *Enforcing*…, cit. (n. 18), p. 263.

[138] Villán Durán, cit. (n. 132), p. 40.

[139] Christof Heyns y Frans Viljoen, "The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level", en *Human Rights Quaterly*, 2001, vol. 23, n° 3, p. 516.

[140] ComDH, comunic. n° 779/1997, 24.10.2001, A/57/40 (Vol. II), § 2.2 y 4.

cumplimiento de las decisiones de los comités, en los hechos, pareciera directamente proporcional al grado en que rija la democracia en el Estado respectivo.[141]

La originalidad de esta jurisprudencia proviene de la composición universal de los miembros del órgano, lo cual, lejos de disminuir la importancia de aquélla, ayuda a mejor comprender la universalidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.[142] En orden al caso concreto objeto de decisión es de considerar, para el régimen de comunicaciones en general, que no sería excesivo, a falta de cosa juzgada, hablar de la "cosa comprobada" (*chose constatée*), mayormente cuando la comprobación hecha por el órgano supranacional es definitiva e impide que el mismo asunto pueda ser reexaminado por otro órgano internacional de control.[143]

Y, para lo que más nos interesa, esto es, para la trascendencia de las decisiones más allá de su carácter de normas individuales que solucionan cada diferendo, no parece errado inscribir a aquéllas en el marco de la "jurisprudencia" en tanto que fuente del derecho, en la medida que pueda inferirse que contienen una determinada interpretación del tratado aplicable.

No podemos menos que cerrar este punto con la cita de un pronunciamiento judicial que debería conducir a una cavilosa reflexión: desde el momento en que el Estado (Nueva Zelandia) accedió al Primer Protocolo Facultativo del PIDCP —sostuvo la Corte de Apelación de Wellington—, el ComDH es, en un sentido, parte de la estructura judicial del país, pues las personas sujetas a la jurisdicción de Nueva Zelandia tienen derecho a recurrir ante aquél.[144]

2.2. Observaciones finales

2.2.1. Fuentes universales

El régimen de informes de los tratados universales resulta, quizás, el más delicado de evaluar a nuestros fines. Por un lado suele considerarse que las observaciones finales a los informes de los Estados carecen de fuerza vinculante para éstos. Sin embargo, tampoco ha dejado de verse que presentan una incitación para que los Estados adapten su derecho interno a las disposiciones de los instrumentos respectivos.[145]

---

[141] Véase Jaume Ferrer Lloret, *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Tecnos-Universidad de Alicante, Madrid, 1998, p. 49, respecto del ComDH.

[142] Marc Bossuyt, "Chronique de jurisprudence du Comité des droits de l'homme (1993-1997)", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1998, n° 35, p. 509.

[143] Hacemos extensiva, de tal suerte, al régimen general de comunicaciones lo señalado respecto del ComDH, por Sudre, cit. (n. 94), p. 379.

[144] Sentencia del 17.12.1993, *Tavita v. Minister of Inmigration*, en *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives/Selection of decisions of Supreme Aministrative Jurisdictions 2000*, París, La Documentation Française, 2000, p. 282.

[145] Sudre, cit. (n. 94), p. 388, respecto del ComDH; asimismo, sobre el ComDESC, véase p. 389.

De tal suerte, la actividad de dichos órganos en la materia traduciría la asunción por parte de éstos de una función cuasijudicial.[146] Los Estados partes que hicieran caso omiso de dichas opiniones o que no las acataran en la práctica estarían demostrando mala fe en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Pacto.[147]

El ComDH, por ejemplo, tiene expresada su preocupación, en oportunidad de examinar un informe, por el hecho de que no se hubiesen aplicado la mayoría de las recomendaciones formuladas en sus observaciones finales anteriores.[148] "Se pide al Estado parte que transmita, en un plazo de 12 meses, información sobre la aplicación de las recomendaciones del Comité relativas a la política y la práctica del Estado parte que figuran en los párrafos […]".[149] Más aún; mediante una reforma de su reglamento producida en 2001, el ComDH introdujo un "procedimiento complementario" de las observaciones finales, por el cual "en vez de establecer un plazo para la presentación del próximo informe en el último párrafo de dichas observaciones, se pedirá al Estado parte que en un período determinado dé respuesta a las recomendaciones hechas por el Comité, indicando las medidas que haya adoptado para cumplirlas. Un grupo de miembros del Comité estudiará esas respuestas y el Comité fijará en plenaria un plazo definitivo para la presentación del siguiente informe".[150] Por otro lado, las directrices del ComDH sobre los informes periódicos sucesivos expresan que éstos deberán tener, como uno de sus dos "puntos de partida", las "observaciones finales (en particular 'motivos de preocupación' y 'recomendaciones') del informe anterior y las actas resumidas del examen del Comité, si las hubiere" (§ 21).

Proporcionar información sobre las medidas adoptadas por el Estado parte para "cumplir las conclusiones y recomendaciones" que el Comité le haya dirigido al final de su examen de los informes inicial y periódico, integra uno de los renglones que deben satisfacer los informes periódicos de los Estados ante el ComTortura (Directrices, tercera parte). En términos análogos y más descriptivos, se expresa el ComNiño (Directrices, § 6). En 2002, el ComTortura modificó su reglamento a fin de reforzar el seguimiento de sus conclusiones y recomendaciones; asimismo, cuando proceda, "podrá designar a un relator o varios relatores" a tal fin (artículo 68). El ComDESC pidió a la Argentina que, en su próximo informe, le haga saber "todas las medidas adoptadas" para poner en "ejecución" sus observaciones finales.[151]

---

[146] Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon, Oxford, 1998, p. 57; asimismo, p. 104.

[147] Naciones Unidas, *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, folleto informativo n° 16, rev. 1, Ginebra, 1996, p. 32.

[148] *Obs. finales… Región Administrativa Especial de Hong Kong*, 4.11.1999, A/55/40, vol. I, p. 36, § 236.

[149] ComDH, *Obs. finales… Reino Unido… e Irlanda del Norte*, cit. (n. 12), § 40.

[150] A/56/40, vol. I, p. 15, § 54; véase el artículo 70.5 y A del citado reglamento.

[151] *Obs. finales… Argentina*, 1999, E/C.12/1/Add.38, 8.12.1999, § 42.

No cabe subestimar el valor que en la práctica exhiben las observaciones finales, como lo demuestra la implementación que de éstas han realizado numerosos países, verbigracia Colombia, Egipto, Estonia, India, Japón, México, República Checa y Rusia.[152] La CSJN (Argentina) también ha dado muestras al respecto, en su seguimiento de la doctrina asentada por el ComDESC en una observación final relativa a Suiza.[153] El ComDH había señalado a Perú la incompatibilidad con el PIDCP del régimen de los llamados "jueces sin rostro", en las observaciones preliminares y en las observaciones finales sobre el tercer informe periódico de dicho Estado (1996). Y terminó aplicando ese criterio, en 1997, al decidir la comunicación *Espinoza de Polay c. Perú*, así como lo haría en posteriores oportunidades.[154]

Asimismo, tampoco huelga olvidar el señalamiento de P. Alston, en cuanto a que la preparación de los informes periódicos debe ser vista como la relativa a un documento destinado a la audiencia internacional, pero también a la local. Los tratados de derechos humanos, acota, tienden a promover y realzar la responsabilidad (*accountability*) internacional del Estado, pero también la responsabilidad hacia sus propios ciudadanos.[155]

2.2.2 Fuente americana

La Comisión Interamericana, tal como ella misma lo indica, ha asumido la práctica de efectuar informes de seguimiento de las recomendaciones que formula a los países con motivo de los informes que produzca sobre éstos. Ello se funda en sus funciones como órgano principal de la OEA para la protección y promoción de los derechos humanos, previstas en el artículo 41.*c* y *d* de la Convención Americana, concordante con los artículos 18.*c* y d del estatuto y 63.*h* del reglamento (tanto del vigente hasta 2001, como del posterior). Asimismo, la inclusión de informes de seguimiento en un capítulo separado del *Informe anual* tiene el propósito de evaluar las medidas adoptadas para el "cumplimiento de las recomendaciones" que la Comisión haya formulado en los informes sobre países. Con tales objetivos, la Comisión solicita información a los Estados en juego, y toma en cuenta, además, los documentos e informes provenientes de los órganos universales de protección de los derechos humanos, de las organizaciones de la sociedad civil y de los medios de comunicación. El volumen II del ya citado *Informe anual* de 1999 (n. 89), v. gr., muestra los resultados de esta labor respecto de Brasil, Colombia y México (§ 1521, 1542 y 1582, respectivamente).

---

[152] Heyns y Viljoen, cit. (n. 139), pp. 511-512; véase asimismo, p. 501, aun cuando, acotan, se registran ejemplos en sentido contrario.

[153] *Campodónico de Beviacqua c. Min. de Salud y Acción Social*, 24.10.2000, *Fallos* 323:3229, cons. 19.

[154] Comunic. 577/1994, 6.11.1997, A/53/40, vol. II, p. 42, § 8.8.

[155] Philipe Alston, "The Purposes of Reporting", en *Manual*…, cit. (n. 30), p. 23.

2.3. Observaciones generales (fuentes universales y americana)

Las observaciones generales aparecen como fuentes de la única "interpretación autorizada" de los textos internacionales,[156] como medios por los cuales les ha sido permitido a los comités establecer una suerte de "interpretación auténtica" de aquéllos.[157] Nos hallamos, en consecuencia, por un lado, ante un importante régimen por el cual los órganos mencionados desarrollan su "jurisprudencia", de una manera que no resulta posible hacerlo en sus comentarios sobre los informes periódicos de los Estados y, por el otro, ante un medio por el que se desarrolla un entendimiento común de las normas por vía de definiciones prescriptivas.[158]

Las observaciones generales han probado ser una importante herramienta para esclarecer las obligaciones de los Estados ante los tratados y representan el punto de vista consensuado de los expertos, que habilita a los comités para promover la "jurisprudencia" con respecto a los derechos. De ahí que suelan ser aplicados por los comités en los exámenes de los informes periódicos.[159] Tampoco faltan en estos documentos, expresos señalamientos de actos y omisiones que constituyen "violaciones" de los tratados.[160] Abundan, a su vez, los ejemplos en los que el ComDH hace referencia a sus observaciones generales a fin de resolver cuestiones litigiosas en el marco del régimen de comunicaciones.[161]

M. Nowak, haciendo referencia al ComDH, indica que sus observaciones generales son adoptadas por consenso entre todos los miembros del Comité y, por ende, con la participación de variadas escuelas del pensamiento y del derecho, lo cual "subraya el *carácter autorizado de estas interpretaciones*".[162] Esta afirmación es extensible a todos los restantes comités. S. Leckie, por ejemplo, comentando la observación general n° 7 del ComDESC, sobre desalojos forzosos, la evaluó como el pronunciamiento más autorizado en la materia en el campo del derecho internacional.[163] Haciendo mención de la observación general n° 12, del antedicho Comité, la alta comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos ha expresado, hace muy poco tiempo, que "ahora" la comunidad internacional tiene "una definición autorizada" de los derechos relativos a la alimentación establecidos en el artículo 11 del PIDESC.[164]

---

[156] Véase Sudre, cit. (n. 94), p. 389.

[157] Dupuy, cit. (n. 28), p. 224, con referencia al ComDH.

[158] Craven, cit. (n. 146), pp. 90 y 91.

[159] Por ejemplo, *Obs. finales… Suiza*, 7.11.1996, A/52/40, vol. I, p. 22, § 106; Barret, cit. (n. 33), p. 10.

[160] V. gr.: ComDESC, *Observación general n° 14*, § 46-52.

[161] V. gr.: *Laureano c. Perú*, cit. (n. 65), § 8.3.

[162] Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, N. P. Engel, Kehl-Strasbourg-Arlington, 1993, p. 576, la itálica es del original.

[163] Scott Leckie, "The Right to Housing", en A. Eide, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, M. Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 2001, p. 165.

[164] *El derecho a la alimentación. Informe de la alta comisionada*…, E/CN.4/2000/48, 13.1.2000, p. 14.

Las observaciones generales, por otro lado, suelen ser un vehículo para que los comités actualicen y modernicen la jurisprudencia asentada bajo el régimen de comunicaciones individuales.[165] También para fortalecer las posibilidades de aplicación directa de las normas internacionales por los tribunales locales, sobre todo en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales.[166]

Por lo demás, los comités cuentan con lo que, para R. de Gouttes, es su arma principal, aunque esencialmente de orden político y psicológico: el informe anual a la Asamblea General de la ONU, en la medida en que puede molestar a los Estados incumplidores, que temen verse estigmatizados ante la Organización. Este informe, a menudo, es suficiente para persuadirlos a alinear al menos su legislación a las exigencias del tratado.[167] La Comisión Interamericana, de su lado, rinde un informe anual a la Asamblea General de la OEA (Convención Americana, artículo 41.*g*; véase Reglamento de la Comisión, artículo 57).

Las observaciones generales han sido comúnmente aceptadas por los Estados como criterios "interpretativos autorizados".[168] En la práctica tribunalicia de algunos países, como Japón, no es inusual que sean invocadas por los litigantes y se proyecten sobre las decisiones de los jueces,[169] al paso que, en otros contextos, como el de Suiza, se alienta a dicha invocación y se advierte, no obstante las actitudes judiciales reticentes a la aplicabilidad directa del pacto, una voluntad de apertura, una cierta receptividad de las interpretaciones y recomendaciones internacionales. Esta última tendencia es aún más destacable en el caso de Canadá,[170] y registra claros antecedentes en los tribunales argentinos[171] y fineses.[172]

---

[165] Véase a propósito de la *Observación general 22* y *24* del ComDH: Manfred Nowak, "The Activities of the UN Human Rights Committee: Developments from 1 August 1992 to 31 July 1995", en *Human Rights Law Journal*, 1995, n° 10-12, pp. 379 y 380.

[166] Martin Scheinin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", en *Economic*…, cit. (n. 163), p. 45.

[167] Régis de Gouttes, "La Convention internationale et le Comité des Nations Unies sur l´élimination de la discrimination raciale", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1996, n° 28, p. 537, s/ ComRacial.

[168] Villán Durán, cit. (n. 132), p. 37.

[169] Iwasawa, cit. (n. 137), pp. 262-263. Lo señalado en el texto se extiende a las decisiones del ComDH dictadas con arreglo al primer protocolo facultativo del PIDCP, ídem.

[170] Jeaninne de Vries Reinlingh, *L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966 par les Cours constitutionnelles ou par les Cours suprêmes en Suisse, en Allemagne et au Canada. Présentation des systèmes et comparaison*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle-Ginebra-Múnich, 1998, pp. 156, 199, 352/354, 372 y ss.

[171] V. gr., Cám. Nac. Apel. Civ., Sala H, 16.12.2002, *Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A.*, en *La Ley*, Buenos Aires, 2.4.2003, p. 8; y Contencioso administrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 5.2.2002, *Yáñez Pablo y otros c. GCBA*, en *La Ley*, Supl. de D. Constitucional, Buenos Aires, octubre 2002, p. 44.

[172] ComDH, *Äärelä y Näkkäläjärvi c. Finlandia*, comunic. 779/1997, 24.10.2001, A/57/40, vol. II, § 2.2.

La aplicación de sus recomendaciones generales, por ejemplo, al examinar la situación de los derechos humanos en un país, integra la práctica de la Comisión Interamericana tal como lo pone en evidencia, *inter alia*, el ya citado *Informe anual 2000* (vol. II) para el caso de Cuba (§ 1442/1443).

Las observaciones generales de los comités y las recomendaciones de la Comisión Interamericana, en el cuadro de las fuentes del derecho, escapan a los moldes tradicionales. No constituyen la llamada doctrina de los autores pues, aun cuando su discurso se aproxima al de éstos, lo cierto es que emanan del propio órgano de control. Tampoco encajan en el tipo de la jurisprudencia. Y si bien se aproximan a la vertiente de esta última que configuran las opiniones consultivas, lo cierto es que, entre otras razones por las que difieren, son dictadas *motu proprio*. En todo caso, se trata de una innovación del derecho internacional de los derechos humanos respecto de las reglas generales del derecho internacional, que atribuyen el monopolio de la interpretación de un tratado internacional a los Estados partes (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 31-33).[173]

IV. Acercamientos y distanciamientos de fuentes nacionales comparadas

La ratificación de los instrumentos internacionales tantas veces aludidos (así como, en su caso, el reconocimiento de la competencia de los órganos), y la consiguiente inserción de los Estados en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, también origina efectos de importancia no desdeñable, además de los ya examinados. Esto es así, por la muy sencilla razón de que, por tales causas, los ordenamientos jurídicos internos han comenzado, o reforzado, su acercamiento a otros que, quizás, se consideraban "lejanos", y a distanciarse de algunos que se estimaba "cercanos". Son fenómenos, los dos, que derivan de un mismo dato: la ratificación o no ratificación de los mentados tratados por los Estados.[174] Si bien en diferente medida, los seis instrumentos de la ONU y la Convención Americana cuentan con una adhesión masiva en sus respectivas áreas. Luego, estos textos son, hoy, objeto de interpretación y aplicación en un ámbito internacional de proporciones inimaginables hasta hace pocos años. Acercamientos estos que, quizá inorgánicos por el momento, van tejiendo una urdimbre cada vez más consistente.

También se perciben las resonancias y aportes recíprocos de los diferentes sistemas. De tal suerte, lo expresado por un comité a modo de observación general será sostenido como fundamento para resolver una comunicación[175] o para pronunciar las observacio-

---

[173] Villán Durán, cit. (n. 132), p. 37.

[174] En el caso de las ratificaciones, además, deberán considerarse las eventuales reservas, las modalidades de incorporación de los tratados en el derecho interno y la jerarquía que éstos invistan en dicho plano.

[175] V. gr., ComDH, *Rojas García c. Colombia*, 3.4.2001, A/56/40, vol. II, p. 58, § 10.3.

nes finales,[176] así como la visión de conjunto de éstas alimentará la producción de las primeras, tal como ya lo hemos indicado. Una observación final, a su vez, dará sustento al resultado de una comunicación.[177] También la doctrina asentada en una comunicación, v. gr. contra Francia, será de aplicación en un proceso contra Canadá.[178] La práctica de la Comisión Interamericana ofrece análogos ejemplos en el empleo de sus propios precedentes y en su recepción de la producción de los comités de la ONU (observaciones generales, observaciones finales y jurisprudencia del régimen de comunicaciones), a lo que se suma, natural y fundamentalmente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esta última, a su turno, no sólo hará buen empleo de sus precedentes, sino también, por ejemplo, de los provenientes del ComDH.[179]

Lo dicho también expresa una exhortación al empeño y fervor de los tribunales nacionales pues, a nuestro juicio, hay una suerte de apartamiento por las autoridades nacionales de los precedentes supranacionales que, lejos de mortificar a los sistemas, pareciera beneficiarlos. Se trata de los casos en que dichas autoridades dieran a los derechos y libertades del tratado en juego alcances mayores que los reconocidos en dichos antecedentes. Así como es indudable el influjo de las disposiciones y la jurisprudencia internacionales sobre las locales, también puede advertirse una corriente que va desde éstas hacia las primeras. Siempre preocupó a los científicos del derecho explicar de qué manera y con qué resultado el derecho internacional penetra en el derecho interno; pero ahora advertimos —escribe Bidart Campos— que también se produce el fenómeno inverso, es decir, la asunción del derecho interno por el derecho internacional cuando el primero es más amplio, más generoso, y contiene plus respecto del segundo.[180] Las tendencias que se registren en los Estados miembros del Consejo de Europa no deben ser descuidadas por la Corte Europea, tiene dicho ésta, en la interpretación necesariamente dinámica que realiza de las disposiciones de la Convención.[181]

Si los procesos llamados de mundialización o globalización tienen algún sentido que trascienda los meros y subalternos intereses crematísticos, ello debería hallarse, entonces, en el fenómeno que venimos de indicar. Con un sentido anticipatorio, cuando no clarividente, Emanuel Kant advertía, en su *Proyecto de paz perpetua*, que si las relaciones establecidas entre los pueblos de toda la tierra alcanzaran el punto en que una violación de derechos cometida en un lugar resulte sentida en todos, la idea

---

[176] V. gr., ComDH, *Obs. finales… Gabón*, 2.11.2000, A/56/40, vol. I, pp. 33, 34, § 9.

[177] ComDH, *Espinosa de Polay c. Perú*, comunic. n ° 577/1994, 6.11.1997, A/53/40, p. 42, § 8.8.

[178] Ídem, comunic. n° 736/1997, *Ross c. Canadá*, 18.10.2001, A/56/40, p. 89, § 11.5.

[179] Por ejemplo, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99, 1.10.1999, serie A, n° 16, § 131 y 132.

[180] Germán J. Bidart Campos, "La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisprudencia interna", en *La Corte y el Sistema*…, cit. (n. 84), p. 47, donde el autor reconoce a Rodolfo E. Piza y Gerardo Treves la "interesante idea de la retroalimentación" (véase n. 13).

[181] *Mazurek c. Francia*, n° 34406/97, sent. del 1.2.2000, 3ª sección, § 52.

de un derecho cosmopolita no podía pasar más por una exageración fantástica del derecho. Dicha idea es el último grado de perfección necesario del código tácito de derecho civil y público; pues es preciso que estos sistemas conduzcan a un derecho público de los hombres en general, hacia el cual no se puede dejar de avanzar constantemente sino por medio de un espacio público que funcione a escala del globo.[182]

El derecho internacional de los derechos humanos ha introducido, en breve, nuevas geografías que, por lo pronto, piden por sus exploradores y cartógrafos. Pero que también requieren de sus cultores, sobre todo en el ámbito latinoamericano, a fin de que los países y los pueblos que lo componen adviertan que, para persistir en el camino hacia el abrazo que los ligue y confunda, definitivamente, encontrarán en el común entendimiento de los derechos humanos el mejor impulsor y guía.

En cuanto al aludido fenómeno inverso, esto es, de alejamiento, el ejemplo más notable, según lo entendemos, lo brindan los Estados Unidos de América, dada su constante reticencia a ratificar los tratados de derechos humanos, tanto universales como americanos, cuando no a hacerlo con reservas de más que dudosa validez.[183]

V. Conclusiones

El derecho internacional de los derechos humanos se encuentra inserto en los ordenamientos jurídicos de un alto número de países americanos. Ello implicó introducir en éstos una serie de nuevos derechos, libertades y garantías de la persona humana, y dar nuevos perfiles y contenidos a las ya existentes. También, imprimir a todos los órganos del Estado una nueva dinámica —dadas las obligaciones asumidas de respetar, proteger y realizar los derechos humanos—, que, junto con otros factores, confiere a aquél el carácter de Estado social de Derecho.

Pero, al unísono, entrañó la inscripción de dichos países en verdaderos sistemas de control internacional, que cuentan con órganos competentes para interpretar y aplicar los mentados derechos, y para examinar el cumplimiento de las paralelas obligaciones internacionales contraídas por los primeros. Todo ello, a su vez, se ve amplificado en la medida en que fueron reconocidas, en los casos en que resultan facultativas, las competencias de las instituciones supranacionales en juego.

El mentado control, por un lado, es del resorte de órganos especializados y calificados (Corte y Comisión interamericanas, comités de la ONU), compuestos por miembros independientes. Por el otro, conduce a la producción de actos de diferente naturaleza (sentencias, decisiones, informes, observaciones particulares y generales, recomendaciones), por los cuales estas instituciones cumplen los cometidos anteriormente señalados.

---

[182] Véase Jürgen Habermas, *La paix perpétuelle*, Cerf, París, 1996, capítulo 2.

[183] Véase Rolando E. Gialdino, "Fuentes comparadas de la Constitución nacional en materia de derechos humanos. Acercamientos. Distanciamientos: el caso de los Estados Unidos de América", en *El Derecho*, Buenos Aires, 2003, en prensa.

Dichos actos configuran las *fuentes* (formales) que hemos dado en llamar *universales* y *americanas* —bajo tipos incluso novedosos—, relativas a la inteligencia de los derechos humanos, cuando no de las constituciones en su integridad, y, por ende, de la interpretación, aplicación y, eventualmente, validez, de las normas infraconstitucionales.

No es cuestión, desde luego, de que los Estados presten atención exclusiva a los actos individuales que los tienen por partes, desde el momento en que, por ser actos derivados de sistemas universales y regionales, comprenden a todo Estado parte en situación análoga.

Los hoy tan proclamados procesos de globalización, si algún sentido humanista pretenden seguir, no debería ser otro que hacer realidad, a escala universal y hemisférica, los derechos del hombre. A su vez, la tantas veces citada inserción produce acercamientos a numerosos ordenamientos jurídicos nacionales, pero distanciamientos de algunos de éstos.

Si hablamos seriamente de los derechos humanos, ¿es admisible considerar el derecho a la vida, a la seguridad personal, a la libertad, a no ser sometido a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a la no discriminación, a la libertad de pensamiento y de expresión, al debido proceso, a los plazos razonables en materia judicial…, sin tomar en cuenta los pronunciamientos de los órganos internacionales de control? El contenido del derecho a la alimentación adecuada, a la vivienda adecuada, a la educación, al trabajo, a condiciones laborales y salarios equitativos, al seguro de desempleo, a la jubilación, a la salud, a la protección de la familia y del niño, a un nivel de vida adecuado, a los bienes culturales…, ¿puede ser determinado con prescindencia de tales elementos? ¿Las obligaciones del Estado de cara a las personas bajo su jurisdicción y a la comunidad internacional son susceptibles de ser evaluadas al margen de los aportes aludidos?

La respuesta por la negativa la entendemos inevitable. Luego, el estudio y profundización de estos medios de expresión del derecho, de estas *fuentes*, se han vuelto un imperativo para el derecho constitucional y para la comunidad jurídica toda. En especial, para los jueces, dado que, si bien todos los poderes y agentes del Estado tienen su parte y pueden generar la responsabilidad internacional de éste, lo cierto es que, regularmente, son aquéllos los encargados finales de tutelar los derechos humanos.

El propósito del presente estudio no ha sido otro que formular una incitación a dicha profundización y estudio. De ello puede esperarse, seguramente, una fuerza que impugne y tuerza, *por el simple y sencillo imperio del derecho*, la iniquidad creciente y desoladora que atraviesa muy especialmente a nuestra América, herida por los predicadores del egoísmo, de la ganancia sin escrúpulos, de la indiferencia hacia el prójimo, del perverso liberalismo individualista, y de otras pócimas no menos deletéreas, negadoras todas ellas, a fin de cuentas, del Estado de Derecho y, fundamentalmente, de la igualdad esencial de todo ser humano.

Roland Bank (Alemania) *

Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán

I. Introducción

Toda la Constitución alemana está basada en la experiencia del fracaso de la Constitución de Weimar, causa directa de la dictadura de Hitler y el nazismo. Esta experiencia inspiró, sobre todo, la elaboración y la posición de los derechos fundamentales en la Constitución de Alemania Occidental después de la Segunda Guerra Mundial. A diferencia de la Constitución de Weimar, que rigió entre 1919 y 1933, el sistema de la Constitución de 1949 —la llamada *Ley Básica*— no solamente contiene un catálogo de derechos fundamentales, sino que prevé también el control jurisdiccional de la Corte Constitucional Federal. Además, los creadores de la Ley Básica situaron estos derechos como la columna vertebral del sistema constitucional, según surge de su posición sistemática en los primeros 19 artículos de la Constitución y, sobre todo, de la declaración del respeto por la dignidad humana, el principio fundamental de la Constitución, en su artículo 1°.

Además de estas garantías nacionales de los derechos fundamentales, Alemania ratificó diversos tratados internacionales sobre los derechos humanos. El más importante de ellos es la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, que puede servir como ejemplo de todos los problemas que presenta la internalización de normas y su aplicación. Además, las experiencias con la Convención Europea pueden servir también como una referencia interesante para los problemas de internalización de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que en muchos aspectos constituye un sistema parecido al europeo.

---

* Doctor en Derecho. Principal consejero de la Fundación Federal para la Compensación del Trabajo Forzado en Berlín. Ex director de la Sección Convención Europea de Derechos Humanos del Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado e Internacional en Heidelberg, Alemania.

Naturalmente, la experiencia de la dictadura nazi también inspiró la relación entre el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico internacional. En particular, la Ley Básica está construida como una Constitución en sintonía con el derecho internacional público: su artículo 25 prevé que las reglas generales del derecho internacional público automáticamente sean parte integrante del derecho federal, con primacía sobre las leyes ordinarias. Más adelante veremos las consecuencias de esta orientación.

Al mismo tiempo, la práctica alemana es sorprendentemente "introvertida".[1] A menudo las cortes federales, incluyendo la Corte Constitucional, no han tomado —ni toman— en cuenta los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales.

Para examinar la situación de las obligaciones fundadas en los tratados internacionales en general, y en la Convención Europea en particular, podemos partir de los dos mayores problemas:

1. *La transferencia de las garantías internacionales:* ¿Cómo se incorporan en el derecho nacional las garantías de los tratados internacionales? ¿Cuál es la posición acordada en la jerarquía del sistema nacional? ¿Y cuál es la práctica de aplicación por los jueces?
2. *La implantación de las decisiones de instituciones internacionales:* ¿Cómo se implantan en el derecho nacional los juicios de las cortes u otras instituciones internacionales?

II. La transferencia de las garantías internacionales

1. El acto de incorporación y sus consecuencias

La incorporación de tratados del derecho internacional en el orden jurídico nacional llega a hacerse realidad con el artículo 59 § 2 de la Ley Básica. Según este artículo, algunos tratados de derecho internacional son transferidos mediante una ley federal:

> Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal.[2]

---

[1] J. A. Frowein, "Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht", en *Die öffentliche Verwaltung* 51 (1998), pp. 806 y ss.; J. A. Frowein, "Der europäische Grundrechtsschutz und die deutsche Rechtsprechung", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2002, pp. 29 y ss.

[2] Traducido por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal alemán, Ley Fundamental para la República Federal de Alemania.

Si bien los tratados de derechos humanos no son de gran importancia para las relaciones políticas del Estado federal, la incorporación necesita de una ley federal porque estos tratados normalmente están relacionados con los sujetos de la legislación federal. Con la ley de incorporación el Parlamento expresa su consentimiento con el tratado. A partir de este consentimiento el presidente de la República está autorizado a ratificar el tratado y el texto de éste se publica entonces como una ley nacional.

Aunque el texto de un tratado internacional llegue a convertirse en una ley federal, depende de otros factores la factibilidad de su aplicación inmediata (*a*). Además, hay otros conceptos de aplicación: la aplicación indirecta (*b*) y su repetición en una ley especial (*c*).

A. La aplicación inmediata

Si se aprueba una ley de incorporación y el tratado internacional entra en vigor, la aplicación inmediata de las reglas de dicho tratado depende de otro factor: solamente las reglas calificadas como *self-executing* son aplicables directamente.

Una regla puede ser calificada como *self-executing*, en el sentido objetivo, si sus condiciones y consecuencias jurídicas están claramente definidas y, en el sentido subjetivo, si las partes del tratado intentaron la aplicación inmediata cuando culminaron su redacción. En el ejemplo de la Convención Europea de Derechos Humanos, sólo son *self-executing* las garantías materiales —sea de la propia Convención o sea de los protocolos adicionales—, mientras que otras reglas, como aquéllas sobre la formación de la Corte Europea de los Derechos Humanos, no se pretende que sean aplicadas en los Estados miembros de la Convención; están dirigidas a los propios Estados miembros y no a personas naturales ni a los órganos ejecutivos o jurídicos de esos Estados.

Otro ejemplo de aplicación inmediata de normas *self-executing* son las garantías a los derechos individuales en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Más difícil es la determinación en el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Por lo general, estos derechos no son lo suficientemente concretos; pero, según un comentario general de la institución responsable para la interpretación de dicho pacto, algunos de estos derechos se aplican inmediatamente —por ejemplo, la igualdad entre hombres y mujeres.[3]

---

[3] "[...] *there are a number of other provisions in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, including articles 3, 7 (a), 8, 10 (3), 13 (2) (a), (3) and (4) and 15 (3) which would seem to be capable of immediate application by judicial and other organs in many national legal systems*". UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment nº 3 (on Art. 2 § 1 of the Covenant), E/1991/23. Véase también G. McGregor, "The International Covenant on Civil and Political Rights: Will it get its day in Court?", *Manitoba Law Journal* 28 (2002), pp. 321 y ss.

En la práctica, las garantías de aplicación directa más importantes de la Convención Europea parecen ser aquellas que no corresponden a una garantía en el catálogo de derechos fundamentales presentes en la Constitución. Por ejemplo, la protección contra la tortura no se incluye en la Constitución de manera explícita, lo que conduce, en el ámbito de la protección contra la expulsión en una situación de peligro, a que con frecuencia los juzgados recurran a la garantía de la Convención Europea. Asimismo, como la compensación por una detención ilegal no está prescrita explícitamente por la Constitución, la Convención Europea es citada a menudo en torno a este derecho.[4]

B. La aplicación indirecta

Sin embargo, en la práctica se observa que la aplicación inmediata constituye la excepción. En particular, si se excluye la Convención Europea de Derechos Humanos, rara vez se presentan casos de aplicación inmediata de otros tratados. Pero también en el ejemplo de la Convención Europea la aplicación indirecta parece constituir la regla. Para entender mejor la aplicación indirecta en el sistema alemán se pueden diferenciar las siguientes funciones del concepto:[5]

- *La función de confirmación o de control.* El caso concluye aplicando solamente el derecho nacional (sean las leyes ordinarias o sea la Constitución) y después el fallo se confirma o controla por medio de un análisis de la Convención Europea. La función de confirmación no es muy importante cuando los resultados coinciden, porque las garantías internacionales parecen servir solamente de ornamento. En cambio, si hay diferencias en los resultados, la función de control puede establecer un conflicto entre el derecho nacional y la aplicación de las garantías internacionales sin proponer una solución.
- *La función de concretar.* Si una garantía del derecho nacional es muy general y en el nivel internacional hay una garantía más concreta, el juez recurre a la segunda para interpretar la primera. El ejemplo más importante en el derecho alemán no se deriva de la aplicación de la Convención Europea sino de la aplicación de la Convención de Ginebra sobre la protección a los refugiados. En efecto, la garantía de conceder asilo en el artículo 16 *a* §1 de la Constitución es muy general: "Los perseguidos políticos gozan del derecho de asilo". El alcance exacto de esta garantía está definido a través de la Convención sobre los Refugiados, que contiene una definición más precisa.
- *La interpretación en conformidad con la Convención.* Entre diversas posibilidades de interpretación de una norma del derecho nacional, el juez aplica aquella que esté en conformidad con la Convención.

---

[4] Ejemplos de la práctica están citados por Robert Uerpmann, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung*, 1993, pp. 47 y ss.

[5] Un sistema parecido fue desarrollado por Uerpmann, o. cit., pp. 48 y ss.

– *La interpretación más ventajosa de la garantía de la Convención.* Si todas las posibles interpretaciones de una norma están en conformidad con la Convención, el juez elige aquella que implante la garantía de la Convención de la manera más efectiva.

C. La implantación mediante una norma que repite el texto de la Convención

De vez en cuando, una garantía de un tratado internacional, además de haber sido incorporada como una garantía general, está implementada en una ley especial. Hay algunos ejemplos en la Ley del Proceso Penal alemana que repiten el texto de la garantía de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por ejemplo, la garantía de obtener la decisión de un juez sobre la detención sin dilación de la aprehensión, del artículo 5 § 3 de la Convención Europea, se repite en el § 121 de la Ley del Proceso Penal. Aplicando el método de la interpretación histórica, el juez interpretará la norma respetando su origen en la Convención.[6]

2. La posición jerárquica de los tratados internacionales de derechos humanos

A. La situación general

He explicado que, después de la transformación de un tratado internacional de derechos humanos en una ley, los derechos individuales contenidos en dicho tratado —por lo menos en teoría— se aplican directamente en el sistema nacional si son lo suficientemente concretos. Según el artículo 59 de la Ley Básica, todos los tratados internacionales transformados en derecho nacional tienen la validez de una ley federal ordinaria. De este modo, dentro de la jerarquía jurídica alemana tienen primacía tanto sobre todas las normas inferiores como sobre todo derecho del ámbito de los estados federados y sobre los decretos del gobierno federal. Pero los tratados internacionales no están en el nivel del derecho constitucional. Esto significa que no solamente tiene primacía sobre ellos la Constitución alemana, sino también las leyes ordinarias federales aprobadas después de la ley de internalización del tratado: *lex posterior derogat legi priori*. Claro que este criterio no garantiza la mayor efectividad de los derechos protegidos por los tratados internacionales.[7]

---

[6] Para otros ejemplos, véase ibídem, pp. 57 y ss.

[7] Crítico también, W. Kleeberger, *Die Stellung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland – Versuch einer Neubestimmung*, 1992, pp. 12 y ss.

B. La discusión sobre la posición de la Convención Europea de Derechos Humanos

En el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos, hay ejemplos de aplicación de otras reglas para las situaciones de colisión, particularmente la preeminencia de las leyes especiales por sobre las leyes generales. Así, algunas leyes especiales citan explícitamente la Convención. Por ejemplo, el § 53 (4) de la Ley de Extranjería prohíbe la expulsión de extranjeros si existe el peligro de que en el país de destino sean tratados en contradicción con el artículo 3 de la Convención Europea (prohibición de la tortura y otros tratamientos inhumanos o degradantes). Además, algunas garantías de la Convención Europea son muy especiales, como es el caso del artículo 6 § 3 literal *e*, que contiene el derecho de todo acusado a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia. Como este derecho no existía hace algunos años en el sistema de derecho penal alemán, era posible aplicar la Convención como ley especial.[8]

Fuera de estas excepciones, la situación es la misma tanto respecto a la Convención Europea como respecto a otros tratados internacionales: si hay algún conflicto, las leyes federales adoptadas después de agosto de 1952 tienen, en teoría, preferencia. Una posición superior a las leyes ordinarias no está prevista explícitamente en la Constitución alemana, así como tampoco en el texto de la Convención Europea. Como esta Convención forma parte de un proceso de constitucionalización en Europa, ha habido algunos intentos de situarla por encima de las leyes ordinarias, otorgándole una posición constitucional.

a. Intentos académicos para lograr un nivel constitucional

En la literatura jurídica alemana, los ensayos tendientes a dar jerarquía constitucional a la Convención Europea de Derechos Humanos se fundaron en los siguientes argumentos:

– A través de la definición de la Convención como un sistema constitucional europeo de derechos fundamentales, hay una proposición de reflexionar sistemáticamente sobre las garantías de la Convención en el proceso de interpretación de las garantías fundamentales de la Ley Básica. El argumento en la Ley Básica es que el artículo 1 § 2 y 3 es expresión de la voluntad del pueblo alemán sobre los derechos fundamentales inviolables, tal como están contenidos no solamente en el catálogo de la Ley Básica sino también en otros catálogos:

> (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

[8] En realidad, se necesitó un juicio de la Corte Europea de Derechos Humanos y la introducción de una ley federal para aceptar efectivamente el derecho a un intérprete gratuito en el proceso penal.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como derecho directamente aplicable.

Estos parágrafos están formulados así porque los catálogos de derechos fundamentales de la Convención Europea y la Ley Básica tienen los mismos fundamentos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948.[9]

– Otro argumento es el de equiparar las garantías de la Convención Europea con la protección del artículo 2 § 1 de la Constitución.[10] Éste constituye la libertad de las acciones personales dentro del "orden constitucional". Según esta perspectiva, el "orden constitucional" mencionado en el artículo no se limita a las normas explícitamente contenidas en la Constitución —el derecho constitucional formal— sino que incluye también las normas del derecho constitucional material fuera de las reglas explícitas de la Constitución. Cuando una decisión de un juzgado o un acto de un órgano ejecutivo viola una de las garantías de la Convención, necesariamente viola también "el orden constitucional".
– Como tercer enfoque, hay otros autores que proponen la aplicación de todos los derechos de la Convención Europea como reglas generales del derecho internacional público a través del artículo 25 de la Constitución alemana.[11] Dicho artículo no se aplica directamente a la Convención porque no contiene una referencia a los tratados internacionales. La Convención Europea solamente puede tener un efecto en el sentido del artículo 25 si es posible interpretarla como una expresión de normas del derecho consuetudinario internacional. Por ejemplo, en el contexto de la protección contra la expulsión se discutió si el protocolo nº 6 sobre la abolición de la pena de muerte podía ser interpretado como una norma del derecho consuetudinario.[12] Pero la Convención solamente puede ser una indicación entre varias (como otras convenciones internacionales de derechos humanos y otras constituciones) para tal tipo de normas. Claramente, debido a que el protocolo nº 6 sobre la abolición de la pena de muerte todavía no está ratificado por todos los miembros de la Convención Europea, es difícil constatar por lo menos una regla

---

Véase el dictamen de la Corte Europea de Derechos Humanos del 21 de febrero de 1984 (*Öztürk contra Alemania*) y la ley federal del 15 de junio de 1989 (BGBl I 1980, p. 1082).

[9] Frank Hoffmeister, "Völkerrechtlicher Vertrag oder europäische Grundrechtsverfassung? Die Europäische Menschenrechtskonvention im Wandel", *Humboldt Forum Recht 1999*, Beitrag 5 (‹www.humboldt-forum-recht.de›).

[10] Jochen A. Frowein, "Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention", *Festschrift Zeidler 1987*, II. Band, pp. 1763 (1770).

[11] Véase por ejemplo A. Bleckmann, "Verfassungsrang der EMRK?", *EuGRZ* 1994, pp. 149 y ss.

[12] Véase la sentencia de la corte regional Oberlandesgericht Karlsruhe, publicada en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1990, pp. 2208 (2211).

del derecho consuetudinario *regional*. En cambio, según esta opinión, todas las garantías del propio texto de la Convención Europea pueden constituir un derecho regional porque están ratificadas por todos los miembros.[13]

b. La práctica de la Corte Constitucional

No obstante la fuerza de algunos de estos argumentos, la Corte Constitucional no aplica estas interpretaciones, o lo hace de una manera muy restrictiva.

En particular, la aplicación a través del artículo 2 § 1 está muy limitada porque la Corte Constitucional circunscribe el concepto de "orden constitucional" a aquellas reglas que forman parte del derecho internacional consuetudinario.[14] A través del artículo 25 de la Constitución estas reglas también forman parte del derecho constitucional formal.

Este camino también deja muy poco margen de maniobra, porque la Corte Constitucional sólo acepta una norma como regla general del derecho internacional en el sentido del artículo 25 si esa norma tiene aplicación *universal* y no se limita a una aplicación *regional*.[15] Así, pocas normas contenidas en la Convención Europea tienen una posición de ley constitucional a través del artículo 25. Por ejemplo, la prohibición de la tortura, tal como está garantizada en el artículo 3 de la Convención Europea, constituye también una norma del derecho consuetudinario internacional.[16] Sin embargo, en este sentido hay una discusión sobre si solamente integran el derecho consuetudinario las normas tal como están formuladas en la Convención o también una cierta interpretación que de ellas se haga.

La Convención Europea, como otros tratados internacionales de derechos humanos, no sirve de base para una queja constitucional: según la Constitución, existe la posibilidad de una queja constitucional si alguien reclama una violación a sus derechos fundamentales garantizados en la Constitución (artículo 93 § 1 nº 4 *a* de la Ley Básica). En consecuencia, la Corte Constitucional siempre ha desestimado las quejas basadas solamente en la reclamación de una violación de derechos según la Convención Europea.

Sin embargo, de vez en cuando ha incluido un examen de la Convención Europea en su jurisprudencia. Por eso, la Corte ha aplicado dos enfoques doctrinales.

---

[13] Por ejemplo, en favor del derecho consuetudinario regional, I. Pernice, "Kommentar Artikel 25", en H. Dreier, *Grundgesetz: Kommentar*, Band II, 1998, § 20 y ss.; F. de Quadros, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme: un cas de ius cogens régional ?", en *Festschrift Bernhardt*, 1995, pp. 555 y ss.

[14] Véanse los ejemplos en Uerpmann, o. cit., p. 100.

[15] Colección oficial de sentencias de la Corte Constitucional, BVerfGE 75, 1 (26).

[16] Para otros ejemplos, véase C. Walter, "Nationale Durchsetzung, II.3.c", en R. Grote y Th. Marauhn (editores), *Konkordanz-Kommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, en proceso de publicación, capítulo 31.

El primer enfoque es el artículo 3 § 1 de la Ley Básica, que contiene el derecho a un tratamiento igual y así la protección contra un trato arbitrario por parte de los órganos estatales. La Corte ha examinado bajo este título si la interpretación de la Convención Europea por los juzgados alemanes involucrados en el caso es justificable.[17]

Según un enfoque diferente, la Corte formalmente considera a la Convención Europea como una ley ordinaria en el sistema alemán. El único aspecto de diferenciación entre las leyes ordinarias y una ley que incorpora una convención internacional es el enfoque de interpretación favorable a las obligaciones del derecho internacional. En palabras de la Corte Constitucional:

> Dentro de su jurisdicción, [la Corte] […] tiene que observar particularmente que violaciones del derecho internacional, resultantes de una aplicación errada o de una falta de aplicación de las normas del derecho internacional por los juzgados alemanes […], sean impedidas o de ser posible eliminadas.[18]

También, si se trata de una interpretación de una ley posterior a la internalización de la Convención Europea, la interpretación de conformidad con la Convención se justifica mediante la suposición de que la legislación alemana no intentará violar las obligaciones del Estado alemán según el derecho internacional. Evidentemente, este enfoque está limitado por la voluntad de la rama legislativa expresada en la ley que se está interpretando. Si la formulación de dicha ley está claramente en divergencia con la Convención Europea, la ley posterior tiene preferencia.

Sin embargo, de este enfoque doctrinal que abre la posibilidad de incluir una discusión de las garantías de la Convención Europea hay relativamente pocos casos de aplicación. Mientras la razón principal es el catálogo amplio de garantías contenido en la Ley Básica, parece que existen también otras motivaciones.

Las vacilaciones de la Corte Constitucional alemana acerca de abrir su práctica para la discusión de la Convención Europea y su interpretación por la Corte Europea de los Derechos Humanos en Estrasburgo probablemente también está motivada por la finalidad de evitar un conflicto de intereses entre la Corte Constitucional y la Corte Europea. Si hubiera diferencias en la interpretación de la Convención Europea, la autoridad de ambas Cortes estaría en entredicho —y la Corte de Derechos Humanos sería casi la última instancia—. Por lo tanto, la Corte Constitucional mantiene una situación de competencia con pocas interferencias.

Pero, de todas formas, una persona que quiere presentar un recurso ante la Corte Europea, normalmente debe ensayar antes un recurso ante la Corte Constitucional. La situación de colocar a la Corte Europea casi en una función de última instancia no puede evitarse por completo. Además, no parece satisfactorio que la Corte Constitu-

---

[17] Véase, por ejemplo, *Colección oficial de sentencias de la Corte Constitucional*, BVerfGE 64, p. 135 (157) y 74, p. 102 (128).

[18] BVerfGE 74, 358 (370). Traducción del autor.

cional vea la Ley Básica como un sistema casi cerrado y aplique escasamente los métodos del derecho comparado —tanto en lo que respecta a las constituciones de otros países como a la Convención Europea de Derechos Humanos.

Como hemos visto, hay una gran variedad de posibilidades para un examen de la Convención Europea en la discusión de las quejas constitucionales y no existen argumentos convincentes contra tal examen. La Corte Constitucional continúa excluyendo una enorme fuente de conocimientos para la interpretación de las garantías fundamentales.

III. La implantación de decisiones de instituciones internacionales

1. La situación general

Muchos tratados internacionales sobre los derechos humanos crean una institución para examinar la implantación de las obligaciones de los Estados miembros. Hay mecanismos de supervisión de la situación general en dichos Estados, como por ejemplo, solicitar informes estatales y someterlos a discusión en el Comité de Derechos Humanos del Pacto de 1966, o también el mecanismo de examinar situaciones de tortura sistemática en un país miembro de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Estos mecanismos concluyen con recomendaciones a dichos Estados para solucionar los problemas. Está claro que estas recomendaciones no se aplican directamente en los Estados miembros.

Algunos tratados también contienen la posibilidad de presentar quejas individuales por infracciones de los derechos garantizados en ellos. Las vistas de los comités responsables de examinar estas quejas claramente tampoco se aplican de manera directa en el sistema nacional.

2. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

La posibilidad de una aplicación directa sólo puede discutirse en torno a las sentencias de la Corte Europea. Desde el punto de vista del derecho internacional, Alemania está obligada a implantar los dictámenes de la Corte Europea en aquellos casos en que haya sido parte del conflicto jurídico:

> Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.[19]

En consecuencia, las sentencias contra otros Estados no producen una obligación inmediata para Alemania.

---

[19] Artículo 46 de la Convención. Traducción del Consejo Europeo, disponible en Internet (‹www.echr.coe.int›).

Con respecto a los dictámenes contra Alemania, se discute si ellos tienen efecto inmediato en el sistema jurídico nacional. El argumento a favor de esta posición es que la infracción de la Convención también significa una infracción del derecho alemán; si tal infracción es determinada por la Corte Europea, todos los órganos estatales de Alemania están obligados a aplicar el juicio. En el caso *Pakelli*, la Corte Constitucional concluyó que los dictámenes de la Corte Europea de Derechos Humanos producen una validez ineludible —no en el sentido formal sino material— en el sistema jurídico alemán y así tienen que ser aplicados por los juzgados nacionales.[20]

Sin embargo, la Corte Constitucional no examinó los límites del efecto material. ¿Hay que aplicar el dictamen directamente en el caso decidido o también la interpretación de la Convención tal como fue presentada en dictámenes en otros casos?

Según el artículo 92 de la Constitución alemana, la jurisdicción es competencia exclusiva de la Corte Constitucional, de los juzgados federales enumerados en la Constitución y de los juzgados de los estados federados. Desde este punto de vista, la transferencia de jurisdicción a otras instituciones requiere una alteración de la Constitución que no está prevista con respecto a la Convención Europea. Tampoco sería posible construir una aplicación inmediata a través del artículo 24 de la Constitución.[21] Este artículo constituye una posibilidad de transferir derechos de soberanía del Estado federal a instituciones internacionales. Aunque sería posible interpretar que la Corte Europea de Derechos Humanos es una institución internacional en el sentido de dicho artículo, ni el sistema de la Convención ni la ley de internalización contienen argumentos forzosos para transferirle poderes soberanos. Al contrario, las sentencias emitidas por la Corte Europea de Derechos Humanos no tienen un efecto casatorio,[22] sino que sólo contienen una constatación definitoria de la situación jurídica.

También desde el punto de vista del texto de la Convención Europea, para el Estado alemán hay solamente una obligación en el nivel del derecho internacional de implementar los juicios de la Corte Europea, pero no se impone una aplicabilidad de estos juicios en el sistema jurídico interno. Si según la Corte Europea una ley contiene una contradicción con la Convención Europea, los juzgados alemanes podrían aplicar la Convención únicamente si dicha ley fuera más antigua que la ley de internalización de la Convención. En otros casos, para la aplicación de la Convención de conformidad con el juicio de la Corte Europea se necesitará la actividad de la rama legislativa. Además, si un juicio de un juzgado alemán está firme y al mismo tiempo

---

[20] Corte Constitucional (Bundesverfassungsgericht), *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1986, pp. 1425 y ss.

[21] Esa es la proposición del juez alemán de la Corte Europea de los Derechos Humanos, Georg Ress. Véase G. Ress, "Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge", *Festschrift Zeidler*, Band II, 1987, pp. 1775 (1791 y ss.).

[22] Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 13.6.1979 en el caso Marckx contra Bélgica, Series A 31, § 58.

en contradicción con la Convención Europea, según un juicio de la Corte Europea, el juzgado alemán solamente podría revisar su decisión si hubiera una ley que expresara la posibilidad de reabrir el caso por esa razón. Por ejemplo, en la Ley del Proceso Penal, la legislación alemana introdujo en el año 1998 la posibilidad de reabrir casos a causa de decisiones de la Corte Europea.

Según el texto de la Convención, para los Estados miembros que no están involucrados en un juicio no es explícitamente obligatorio implementar la interpretación de la Corte Europea. Pero la intención de los Estados miembros de establecer un nivel mínimo de protección de los derechos fundamentales en Europa entera solamente puede realizarse a través de la implantación congruente de estos derechos en todos los Estados miembros. Con este fin fue establecida la Corte Europea de los Derechos Humanos. Sólo una aplicación sistemática de las garantías de la Convención Europea en la interpretación de los derechos de la Ley Básica puede trasladar el desarrollo dinámico del nivel de protección en Europa al sistema alemán.

Otro concepto interesante fue introducido por la Corte Federal Administrativa, que ha adoptado una doctrina que acuerda una función de guía normativa (*normative Leitfunktion*) a la jurisprudencia de la Corte Europea. Según esta doctrina, un juzgado alemán solamente puede divergir de la interpretación de la Corte Europea de Derechos Humanos si hay argumentos "definitivamente mejores" contra la jurisprudencia de ésta.[23] Desde esa perspectiva, la doctrina deja a los jueces nacionales un gran margen de posibilidades de discrepar de la jurisprudencia de la Corte Europea. No está claramente definido cuándo hay que seguir la interpretación de ésta y cuándo el juez nacional puede aplicar su propia interpretación. Ello siempre depende de la convicción del juez nacional.

Aunque siempre existe la posibilidad de un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos para resolver una discrepancia con su jurisprudencia, esta posibilidad no constituye una solución satisfactoria, ni desde el punto de vista de la Convención Europea ni desde el punto de vista del sistema nacional. No está en conformidad con el enfoque del sistema jurídico nacional favorable al derecho internacional, por cuanto puede dar lugar a muchos dictámenes en contradicción con la jurisprudencia de la Corte Europea. Como se ha establecido, el sistema de la Ley Básica contiene una tendencia favorable a las obligaciones de Alemania según el derecho internacional. Si todas las cortes alemanas aplicaran ampliamente sus propias interpretaciones de la Convención Europea, en contradicción con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, eso podría provocar muchos casos en la Corte Europea con sentencias contra Alemania. Tampoco tal situación colabora con los Estados miembros de la Convención en su intención de crear un nivel mínimo de protección igual en toda Europa, ni con la obligación de

---

[23] Decisiones de la Corte Federal Administrativa, BVerwGE 110, 203; véase también Bundesverwaltungsgericht NVwZ 2002, 87.

la Convención, establecida en su artículo 1, de garantizar una protección efectiva de los derechos protegidos por ella.

La idea de que la jurisprudencia de la Corte Europea desempeñe una función de guía normativa para los jueces nacionales solamente podría aceptarse si quedara reducida a un examen de la interpretación limitado a prevenir posibles interpretaciones arbitrarias.

En este sentido, el juez nacional solamente podría discordar con la jurisprudencia de la Corte Europea si la interpretación de ésta no pudiera justificarse con ningún argumento jurídico. Este enfoque serviría para evitar discrepancias en la jurisdicción —y los consiguientes recursos ante la Corte Europea por esta causa—, así como para armonizar la protección acordada mediante la Ley Básica y la Convención Europea de Derechos Humanos, mientras se mantiene una protección contra interpretaciones arbitrarias de la Corte Europea.[24]

IV. Conclusión

La situación en Alemania puede resumirse del siguiente modo: Todos los tratados internacionales de derechos humanos se transfieren al derecho nacional por una ley de internalización. Así, las garantías de los derechos humanos pueden ser aplicadas directamente con el valor de una ley nacional si contienen derechos individuales. El problema de la regla de *lex posterior* está minimizado mediante la interpretación de las leyes ordinarias de conformidad con las obligaciones internacionales. Sólo si un derecho también es reconocido como derecho internacional consuetudinario forma parte del derecho constitucional y así tiene preferencia frente a las leyes ordinarias.

Con respecto a la Convención Europea de Derechos Humanos, este criterio no parece suficiente. Como esta Convención forma parte de un proceso de constitucionalización en Europa, hay muchos argumentos convincentes en favor de darle lugar en el derecho constitucional. Mientras la Corte Constitucional no ha aceptado ninguno de estos argumentos, en algunos de sus juicios incluye una referencia a la Convención. La deficiencia no es la falta de posibilidades dogmáticas para fundar el examen de casos involucrando derechos fundamentales también en un examen de los derechos correspondientes de la Convención; la deficiencia es que la Corte Constitucional no incluye *sistemáticamente* en su práctica un análisis de los derechos correspondientes de la Convención y su interpretación por la Corte Europea de Derechos Humanos.

Sólo un enfoque que contenga una reflexión sistemática de los derechos humanos de la Convención y de la jurisprudencia de la Corte Europea podría garantizar que el

---

[24] Como aquí C. Walter, “Nationale Durchsetzung” (II.4), en R. Grote y Th. Marauhn (editores), *Konkordanz-Kommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, en proceso de publicación.

sistema jurídico alemán, y sobre todo la Ley Básica, se integren al desarrollo dinámico de la protección de los derechos humanos en Europa. Consecuentemente, en cuanto a la interpretación de la Convención por las cortes alemanas, las divergencias respecto a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos deben limitarse a los raros casos en que ésta haya incurrido en una interpretación arbitraria.

Norbert Bernsdorff (Alemania) *

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

I. Introducción

El principio fundamental del sistema de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es la consideración del ser humano como titular de unos derechos y libertades que son oponibles a la Unión Europea y a los Estados miembros. Por ello, la Carta establece un catálogo de derechos y libertades que deben ser respetados por la Unión Europea y los Estados miembros. Esta realidad queda ya reflejada en el Tratado de la Unión Europea (TUE). Así, en el apartado 1 del artículo 6 del TUE consta que "la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros", mientras que el apartado 2 del mismo artículo recuerda que "la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950,[1] y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario". El Tratado de Ámsterdam introdujo en el artículo 7 una disposición por la que se establece que "el Consejo, reunido en su composición de jefes de Estado o de Gobierno, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios mencionados anteriormente". En caso de que se hiciera una constatación de esta clase, el Consejo podría decidir por mayoría cualificada suspender al Estado miem-

---

* Doctor en Ciencias Jurídicas, ex asistente científico en la Corte Constitucional Federal alemana. Juez de segunda instancia en lo Social en Celle, Alemania.

[1] BGBl. 1952 II, p. 686, 953.

bro en cuestión ciertos derechos derivados del Tratado. Al obrar de este modo, tendría en cuenta las posibles consecuencias de tal suspensión en los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas. Conviene recordar por otro lado que el Tribunal Europeo de Justicia ha confirmado y configurado con su jurisprudencia la obligación de la Unión de velar por los derechos fundamentales.

II. Decisión del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Esta decisión[2] dice:

> La salvaguardia de los derechos fundamentales es uno de los principios básicos de la Unión Europea y una condición indispensable para la legitimidad de la misma. El Tribunal Europeo de Justicia ha confirmado y configurado, con su jurisprudencia, la obligación de la Unión de velar por los derechos fundamentales. La evolución actual de la Unión exige la redacción de una Carta de Derechos Fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance.
>
> A juicio del Consejo Europeo, esta Carta deberá incluir los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales, tal como se recogen en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario. La Carta deberá contener asimismo los derechos básicos que corresponden únicamente a los ciudadanos de la Unión. Al redactar la Carta se tendrán en cuenta también derechos económicos y sociales, del mismo modo que en la Carta Social Europea[3] y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (Artículo 136 TUE),[4] en cuanto no se limitan a fundamentar los objetivos de la actuación de la Unión.
>
> El Consejo Europeo considera que un proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe ser redactado por un órgano en el que participen delegados de los Jefes de Estado y de Gobierno y del Presidente de la Comisión Europea y miembros del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales. Deberían participar como observadores representantes del Tribunal de Justicia Europeo y habría de escucharse la opinión de representantes del Comité Económico y Social, del Comité de las Regiones, de grupos sociales y de expertos. Las funciones de secretaría correrán a cargo de la Secretaría General del Consejo.
>
> Ese órgano presentará, con tiempo suficiente para el Consejo Europeo que tendrá lugar en diciembre del año 2000, un proyecto de Carta. A partir de ese proyecto, el Consejo Europeo propondrá junto con el Consejo, al Parlamento Europeo y a la Comisión, la proclamación solemne de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Posteriormente habrá que estudiar si debe incorporarse la Carta a los Tratados y, en caso afirmativo, de qué modo ha de hacerse. El Consejo Europeo encarga al Consejo de Asuntos Generales que inicie las actuaciones necesarias desde ahora y hasta el Consejo Europeo de Tampere.

---

[2] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Colonia, 3 y 4 de junio de 1999.

[3] De 18 de octubre de 1961 (BGBl. 1964 II, p. 1262).

[4] De 9 de diciembre de 1989 (Documento COM [89] 248 final).

III. Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas "Sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea"

La Comisión propone, de conformidad con la posición que aprobó con ocasión del inicio de los trabajos de la Convención, que el Consejo Europeo pida a la Conferencia Intergubernamental que examine el texto de la Carta adoptada por la Convención y los medios para integrarla en el Tratado, con objeto de que el Consejo Europeo de Niza pueda tomar una decisión al respecto.[5]

1. Características del proyecto de Carta

Se respondió al reto que suponía la elaboración del proyecto de Carta: en la reunión solemne de la Convención del 2 de octubre de 2000, el presidente de la Convención, encargada de su elaboración, pudo comprobar un consenso muy amplio y remitir el proyecto al presidente del Consejo Europeo.[6] Este proyecto presenta un auténtico valor añadido. Al reunir en un mismo texto derechos hasta la fecha dispersos en diversos instrumentos internacionales y nacionales, el proyecto de Carta constituye la esencia misma del acervo europeo común en materia de derechos fundamentales.

Se trata de un texto equilibrado, que contiene importantes innovaciones:

Reúne en un mismo texto todos los derechos de la persona: derechos civiles, políticos, económicos y sociales, y derechos de los ciudadanos de la Unión Europea, aplicando de ese modo, lo más claramente posible, el principio de indivisibilidad de los derechos. Rompiendo con la distinción practicada hasta la fecha en los textos europeos e internacionales entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos y sociales, por otro, el proyecto de Carta enumera el conjunto de derechos en torno a unos cuantos principios primordiales: dignidad humana, libertades fundamentales, igualdad entre personas, solidaridad, ciudadanía y justicia.

De acuerdo con el principio de universalismo, la mayoría de los derechos enumerados en el proyecto se conceden a cualquier persona, con independencia de su nacionalidad o de su lugar de residencia. No ocurre así con los derechos más directamente vinculados a la ciudadanía de la Unión, que únicamente se conceden a los ciudadanos (como la participación en las elecciones del Parlamento Europeo o en las elecciones municipales), o con determinados derechos que se vinculan a una cualidad particular (derechos de los niños, derechos de los trabajadores respecto de determinados derechos sociales, por ejemplo).

El proyecto es, por otro lado, plenamente contemporáneo, ya que formula derechos que, sin ser verdaderamente nuevos, como la protección de los datos personales o los derechos vinculados a la bioética, pretenden responder a los retos derivados del desarrollo, actual y futuro, de las tecnologías de la información o la ingeniería genética.

---

[5] Comunicación de 18 de octubre de 2000 (Documento COM [2000] 644 final).

[6] Documento Carta 4487/00 (CONVENT 50) de 28 de septiembre de 2000.

Asimismo, el proyecto satisface las poderosas y legítimas aspiraciones contemporáneas de transparencia e imparcialidad en el funcionamiento de la administración comunitaria, recogiendo el derecho al acceso a los documentos administrativos de las instituciones comunitarias o el derecho a una buena administración que sintetice la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia. Conviene, por otro lado, señalar la redacción neutra del texto, desde el punto de vista de los géneros masculino y femenino. Su tenor se dirige a cualquier persona, eliminando la preferencia de un sexo sobre el otro.

Desde el punto de vista formal, el texto está redactado de manera clara y concisa para que pueda ser fácilmente comprensible por todas aquellas personas a las que va dirigido. Ésta es la primera condición si se quiere respetar adecuadamente la voluntad del Consejo Europeo de Colonia de "poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance". Es asimismo una condición necesaria para extraer todas las ventajas, en cuanto a seguridad jurídica, que la Carta debe ofrecer en los diversos ámbitos de aplicación del derecho de la Unión.

A la luz de las características del proyecto —que recoge las peticiones formuladas por la Comisión en su Comunicación de 13 de septiembre último[7]— el representante de la Comisión pudo mostrarse en la Convención plenamente de acuerdo sobre el proyecto de Carta. La Comisión está convencida de que el valor añadido del proyecto no deja lugar a dudas y constituye la clave del éxito de la Carta en el futuro, por encima de la naturaleza que finalmente se le dé.

2. Naturaleza y efectos de la Carta

La cuestión de la naturaleza de la Carta constituye el meollo del debate desde la Decisión del Consejo Europeo de Colonia de preparar un proyecto de Carta. Los jefes de Estado y de Gobierno decidieron responderla en dos fases:

- en primer lugar, la Carta debe ser proclamada solemnemente por el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo;
- posteriormente habrá que estudiar "si debe incorporarse la Carta a los Tratados y, en caso afirmativo, de qué modo ha de hacerse".[8]

Sobre esta cuestión ya se han adoptado diversas posturas. El Parlamento Europeo, efectivamente, en sus dos resoluciones adoptadas el 16 de marzo[9] y el 2 de

---

[7] Documento COM (2000) 559 final.

[8] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Colonia, 3 y 4 de junio de 1999, Anexo IV.

[9] Resolución A5-0064/2000 del Parlamento Europeo sobre la elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el acta del Pleno del 16 de marzo de 2000.

octubre de 2000,[10] tomó partido decididamente por una Carta vinculante, incorporada a los tratados. Lo mismo puede decirse del Comité Económico y Social[11] y el Comité de las Regiones,[12] según sus respectivos dictámenes emitidos durante el mes de septiembre de 2000. Esta misma petición fue formulada casi unánimemente por los representantes de la sociedad civil en las diversas audiencias organizadas por la Convención. Es poco probable que las expectativas suscitadas en la opinión pública por la decisión de elaborar la Carta puedan satisfacerse con una mera proclamación por las instituciones comunitarias, que no vaya seguida de la incorporación de la Carta a los Tratados.

Numerosos miembros de la Convención, pertenecientes a diferentes formaciones y a distintas tendencias políticas, se han pronunciado en favor de la inserción de la Carta en los Tratados. Por último, la Comisión se comprometió, en la citada comunicación del 13 de septiembre, a presentar una comunicación sobre la naturaleza de la Carta.

La Comisión tuvo ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza de la Carta al responder a una cuestión oral ante el Parlamento Europeo, en diciembre de 1999.[13] En aquel momento, la Comisión declaró que la Convención debía, en sus trabajos previos y en el resultado final, dejar abiertas las dos opciones sobre el estatuto definitivo de la Carta que habían sido contempladas por los jefes de Estado y de Gobierno: un texto jurídicamente vinculante e inserto en los tratados o una declaración política solemne. La Comisión también precisaba que el proyecto de Carta debía responder a dos objetivos fundamentales: el de la visibilidad para el ciudadano y el de la seguridad jurídica que una Carta de este tipo debe ofrecer en los distintos ámbitos de aplicación del derecho de la Unión.

Con ese espíritu, y a instancias igualmente del presidente de la Convención desde el principio, los trabajos de la Convención se propusieron redactar un texto "como si" debiera incorporarse a los tratados, salvaguardando con ello la decisión que correspondería al Consejo.

Los trabajos de la Comisión han estado claramente presidios por esta doctrina del "como si". Si se hubiera preparado una Carta con la única ambición de no ir más allá de una declaración política, habrían sido superfluas las disposiciones generales del proyecto, las más importantes y las más difíciles (título VII). Hay que destacar la importancia de dichas cláusulas: son la garantía del éxito futuro de la Carta. Gracias a ellas se puede precisar lo que es la Carta, es decir, el instrumento del control del respeto de los derechos fundamentales por las instituciones y los Estados miembros

---

[10] Resolución B5-767/2000 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el acta del Pleno del 2 de octubre de 2000.

[11] Resolución CES 1005/2000, adoptada el 20 de septiembre de 2000.

[12] Resolución CdR 140/2000, adoptada el 20 de septiembre de 2000.

[13] Pregunta oral 0-0698/99 de David Martin.

cuando actúan en el marco del derecho de la Unión. Esto se expresa claramente en el apartado 1 del artículo 51, en el que se establece que la Carta está dirigida a las instituciones y órganos de la Unión, así como a los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión.

El objetivo de estas disposiciones, no obstante, también es aportar las respuestas necesarias a las muy importantes cuestiones que se han de presentar en caso de incorporación de la Carta a los Tratados. A este respecto, la Comisión considera que el proyecto de Carta aporta respuestas pertinentes:

– En relación con la autonomía del derecho de la Unión. Presenta también importancia que la Carta se integre armoniosamente en el sistema jurídico de la Unión y se respeten los principios jurídicos en los que éste se basa. Así ocurre, en particular, con la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario frente al derecho internacional y al derecho nacional de los Estados miembros, autonomía con la que la propia redacción de la Carta es respetuosa. En concreto, el reconocimiento que figura expresamente en la última frase del apartado 3 del artículo 52 es plenamente satisfactorio: no se impide que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa que el Convenio Europeo.
– En cuanto a la relación entre la Carta y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El peligro de que surgieran disparidades entre los derechos y libertades reconocidos por el Convenio Europeo y los consagrados en la Carta, así como el riesgo de una evolución divergente de las jurisprudencias de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, fueron cuidadosamente analizados a lo largo de la elaboración del proyecto. Las soluciones adoptadas en el apartado 3 del artículo 52 del proyecto de Carta son plenamente satisfactorias y, por otro lado, han sido objeto de un consenso muy amplio, del mismo modo que las restantes disposiciones del proyecto, así como han recibido el apoyo de los observadores del Consejo de Europa en la Convención. Los derechos consagrados en la Carta, en la medida en que se correspondan con derechos que ya figuran en el Convenio Europeo, tienen el mismo sentido e idéntico alcance, sin perjuicio del mencionado principio de autonomía del derecho de la Unión. El riesgo de una evolución divergente de las jurisprudencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas debe, de este modo, disiparse. Evidentemente, aun cuando el proyecto de Carta es neutro en la cuestión de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo, hay que reconocer que esta cuestión sigue estando abierta. La existencia de la Carta no mermará el interés de la adhesión que originaría el establecimiento de una tutela externa de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión; del mismo modo, la adhesión al Convenio en modo alguno privaría de interés a la elaboración de una Carta de la Unión Europea.

– Sobre las relaciones de la Carta con las competencias de la Unión y el respeto del principio de subsidiariedad: la Carta no puede ser el vehículo por el que se transfieran nuevas competencias a la Comunidad o nuevas tareas a la Unión. El principio de subsidiariedad debe, por lo demás, ser respetado. El artículo 51 del proyecto es perfectamente claro al respecto, así como, por otro lado, el apartado 5 del Preámbulo que atestigua, si fuera necesario, la tensión prestada por los redactores del proyecto a estos temas.
– Respecto a las relaciones de la Carta con las Constituciones nacionales: podría haberse temido que la Carta pusiera a los Estados ante la necesidad de revisar su Constitución, pero parece que éste no sería el caso, y no precisamente por el efecto de ninguna disposición general del proyecto, sino por la definición de los derechos que establece. En cualquier caso, se han tenido debidamente en cuenta las observaciones que con este objetivo hayan podido formularse a lo largo de los trabajos de la Convención, por ejemplo, por los representantes de los Gobiernos. De todos modos, es evidente que la Carta no sustituye a las Constituciones nacionales en su ámbito de aplicación, por lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales en el ámbito nacional. Por otro lado, es obvio que no se modificarán las relaciones entre el derecho primario de la Unión —al que pertenecería la Carta si se incorporara a los tratados— y el derecho nacional.
– Una importante mejora de la seguridad jurídica: al finalizar los trabajos, a la Comisión le parece claro que la Carta no pondrá en peligro la seguridad jurídica en materia de derechos fundamentales. Más bien al contrario, la aumentará considerablemente, ya que, en efecto, la Carta podrá servir de guía clara para la interpretación de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia que, en la actualidad, debe apoyarse en fuentes dispersas y, en parte, inciertas. Por otro lado, hay que insistir en que la Carta no modificará los recursos ni el sistema jurisdiccional configurados por los tratados, ya que en su parte dispositiva no se prevé abrir nuevas vías de acceso a la jurisdicción comunitaria.

En consecuencia, y en función de lo dicho, se puede apostar —sin mucho riesgo— a que la Carta producirá sus efectos, también en el plano jurídico, sea cual fuere la naturaleza que se le atribuya. Como la Comisión lo defendiera en el debate en el Parlamento Europeo del 3 de octubre de 2000,[14] es evidente que el Consejo y la Comisión, llamados a proclamarla solemnemente, difícilmente podrán ignorar en el futuro, cuando actúen como legisladores, un texto que ha sido preparado a petición del Consejo Europeo por todas las fuentes de legitimidad nacionales y europeas reunidas en un mismo foro. Del mismo modo, parece lógico que, a su vez, el Tribunal de Justicia se inspire en la Carta, como ya lo hizo con otros textos sobre derechos

[14] Pregunta oral 0-0115/00 de Giorgio Napolitano.

fundamentales. Se puede lógicamente esperar que la Carta, en cualquier hipótesis, resulte vinculante a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia como principios generales del derecho comunitario.

La Comisión considera que el destino de la Carta, por razón de su contenido, su rigurosa formulación jurídica y su considerable valor político y simbólico, es incorporarse tarde o temprano a los tratados. Para la Comisión, tal incorporación no es, por consiguiente, una cuestión que haya de abordarse de una manera teórica o doctrinal, sino que, por el contrario, debe tratarse en términos de eficacia y buen sentido jurídicos. Por ello, por razones de visibilidad y seguridad jurídica, es preferible que la Carta resulte vinculante por sí misma, y no a través de su interpretación jurisprudencial. En la práctica, la cuestión pertinente es la del momento y de las modalidades de su incorporación a los tratados.

3. ¿Qué hay que decidir?

La Comisión es consciente de la importancia que se atribuye a que la Carta pueda desplegar toda su eficacia en el futuro y no pretende añadir nada a la agenda política, de por sí ya muy cargada. Son los jefes de Estado y de Gobierno quienes deben asumir el desafío. No obstante, según la evaluación política de la Comisión, cualquier decisión en la materia debe basarse en criterios claros que ya se han anticipado:

- evaluación del contenido de la Carta,
- incremento de la seguridad jurídica,
- visibilidad de los derechos para los ciudadanos,
- anclaje del conjunto del proyecto europeo en los valores protegidos por los derechos fundamentales.

Con independencia de todo ello, la Comisión quiere hacer hincapié en que se ofrecen distintas posibilidades a los jefes de Estado y de Gobierno, por lo que respecta tanto a las modalidades técnicas de inserción de la Carta en los Tratados como al calendario que deba fijarse con este fin. En cuanto al calendario, el Consejo Europeo podría contemplar la inclusión inmediata de esta cuestión en el orden del día de la Conferencia Intergubernamental en curso. Una decisión de este tipo podría adoptarse por el Consejo Europeo en su reunión de Biarritz. Sin embargo, no se puede considerar esta posibilidad sin tener en cuenta el alcance de los trabajos que ya se ha definido por el Consejo Europeo para la presente Conferencia Intergubernamental ni ignorar la perspectiva de reestructuración de los tratados propuesta por la Comisión a la misma conferencia en la comunicación de 12 de julio de 2000 —un tratado fundamental para la Unión Europea.[15]

Para la Comisión, existe un vínculo muy estrecho entre reestructuración de los tratados e inserción de la Carta en ellos. Por esta razón será preciso que los jefes de

[15] Documento COM (2000) 434 final.

Estado y de Gobierno, por lo menos, decidan en Niza lanzar un proceso en esta dirección, fijando claramente los objetivos, las modalidades y el procedimiento. Sólo desde esta perspectiva se podrá ahondar en la pedagogía que será necesario aplicar al ciudadano y definir en la práctica las modalidades técnicas por las que haya que optar para alcanzar un buen resultado. Por lo que se refiere a las modalidades técnicas, el Consejo Europeo, llegado el caso, podría contemplar, por ejemplo, la simple inserción de los artículos de la Carta en el Tratado de la Unión Europea en un título denominado "Derechos fundamentales" o la incorporación de la Carta en un protocolo anejo a los tratados.

En cualquier hipótesis, se plantea la cuestión de saber si el apartado 2 del artículo 6 del TUE puede mantenerse en su estado actual. Como mínimo, debe resultar evidente a cualquier persona que, dejando, por supuesto, abiertas unas posibilidades de evolución futura, no se puede, a la luz del apartado 2 del artículo 6, hacer como si se ignorara la Carta como declaración política solemne. La Comisión considera que esta cuestión debería discutirse por la Conferencia Intergubernamental después de la reunión del Consejo Europeo de Biarritz. Habría que estudiar una eventual modificación de dicha disposición del Tratado de la Unión Europea, teniendo siempre presente la secuencia fijada en las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia: proclamación de la Carta en el Consejo Europeo de Niza y posterior inserción en los tratados.

IV. El texto consolidado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (modificada por la Convención Europea e incorporada como parte II del tratado por el que se instituye una "Constitución para Europa")

Las explicaciones fueron elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Han sido actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención (en particular, los artículos 51 y 52) y de la evolución ulterior del derecho de la Unión.[16] Si bien no tienen por sí mismas rango legislativo, constituyen un valioso instrumento para la interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta.

El preámbulo es un elemento crucial del consenso global sobre la Carta alcanzado en la Convención anterior. Contiene texto sobre el hecho de que la naturaleza esencial de la Unión abarca mucho más que el ámbito de los derechos fundamentales. Textualmente dice:

> Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes.

[16] Documento Convención Europea CONV 850/03 de 18 de julio de 2003 (texto consolidado).

Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de las culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento.

Para ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.

La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los tribunales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la responsabilidad del "Praesidium" de la Convención que redactó la Carta.

El disfrute de tales derechos origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones.

En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación.

En las páginas siguientes se encuentra en extracto el proyecto de Tratado por el que se instituye una "Constitución para Europa", como está presentado a la Presidencia del Consejo el 18 de julio de 2003 (Documento Convención Europea CONV 850/03). Contiene como parte II de la Constitución la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Hay que poner atención especialmente en los artículos de los títulos I (Dignidad), II (Libertades) y III (Igualdad). Asimismo, hay que subrayar la importancia de las explicaciones elaboradas como una herramienta importante de interpretación que garantiza la adecuada comprensión de la Carta.

1. Título I. Dignidad

Artículo 1 (Dignidad humana).
La dignidad humana es inviolable. será respetada y protegida.

La dignidad humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948[17] consagra la dignidad humana en su Preámbulo: "Con-

[17] Resolution 217 (III) Universal Declaration of Human Rights: United Nations, General Assembly, Official Records third Session (part I) Resolutions (Doc. A/810), p. 71.

siderando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana […]". En su sentencia del 9 de octubre de 2001 sobre el asunto *Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo*,[18] el Tribunal de Justicia confirmó que un derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del derecho de la Unión.

Se deduce de ello, en particular, que ninguno de los derechos consignados en la Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad humana forma parte de la esencia de los derechos consignados en ella. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho.

> *Artículo 2 (Derecho a la vida)*
> *(1) Toda persona tiene derecho a la vida.*
> *(2) Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.*

El apartado 1 de este artículo se basa en la primera frase del apartado 1 del artículo 2 del CEDH, que dice lo siguiente: "1. El derecho de toda persona a la vida esta protegido por la Ley […]". La segunda frase de esta disposición, que se refiere a la pena de muerte, quedó sin objeto a raíz de la entrada en vigor del protocolo n° 6 del CEDH, cuyo artículo 1 establece: "Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado". Esta disposición constituye la base del apartado 2 del artículo 2 de la Carta.

Las disposiciones del artículo 2 de la Carta corresponden a las de los artículos antes mencionados del CEDH y del Protocolo. Tienen el mismo sentido y el mismo alcance, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 52 de la Carta. Así, debe considerarse que las definiciones "negativas" que figuran en el CEDH también figuran en la Carta.

> *Artículo 3 (Derecho a la integridad de la persona)*
> *(1) Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.*
> *(2) En el marco de la medicina y la biología se representarán en particular:*
> *(a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley;*
> *(b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas;*
> *(c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;*
> *(d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.*

En su sentencia del 9 de octubre de 2001 (*Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo*),[19] el Tribunal de Justicia confirmó que un derecho fundamental a la integridad de la persona forma parte del derecho de la Unión y comprende, en el ámbito de la medicina y de la biología, el consentimiento prestado libremente y con conocimiento de causa por el donante y el receptor.

---

[18] C-377/98 Rec. 2001, p. 7079, puntos 70 a 77.
[19] Ibídem, puntos 70, 78, 79 y 80.

Los principios que contiene el artículo 3 de la Carta figuran ya en el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, adoptado en el marco del Consejo de Europa.[20] En consecuencia, la presente Carta prohíbe únicamente la clonación reproductiva; ni autoriza ni prohíbe las demás formas de clonación. No impide al legislador, por lo tanto, prohibir otras formas de clonación.

La referencia a las prácticas eugenésicas, en particular a las destinadas a la selección de las personas, se refiere a aquellos casos en que se hubieran organizado y aplicado programas de selección, que incluyesen, por ejemplo, campañas de esterilización, embarazos forzados, matrimonios obligatorios según criterios étnicos, etcétera, actos todos ellos que se consideran crímenes internacionales con arreglo al Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 (véase letra *g* del apartado 1 del artículo 7 de dicho Estatuto.

> *Artículo 4 (Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes).*
> *Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.*

El derecho enunciado en el artículo 4 corresponde al garantizado en el artículo 3 del CEDH, de idéntico tenor: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". En virtud del apartado 3 del artículo 52 de la Carta, tiene pues el mismo sentido y alcance que este último artículo.

> *Artículo 5 (Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado)*
> *(1) Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.*
> *(2) Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.*
> *(3) Se prohíbe la trata de seres humanos.*

El derecho consignado en los apartados 1 y 2 del artículo 5 corresponde a los apartados 1 y 2 del artículo 4 del CEDH, de análogo tenor. Tiene por lo tanto el mismo sentido y alcance que este último artículo, con arreglo al apartado 3 del artículo 52 de la Carta. Como consecuencia de ello,

- el derecho previsto en el apartado 1 no puede estar sometido de forma legítima a ningún tipo de restricción;
- las nociones de "trabajo forzado u obligatorio" del apartado 2 deben entenderse teniendo en cuenta las definiciones "negativas" que contiene el apartado 3 del artículo 4 del CEDH:

> No se considera como trabajo forzado u obligatorio en el sentido del presente artículo:
> a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional.

[20] STE 164 y Protocolo Adicional STE 168.

b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.
c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.
d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

El apartado 3 se deriva directamente de la dignidad humana y tiene en cuenta las recientes tendencias en el ámbito de la delincuencia organizada, tales como la organización de redes lucrativas de inmigración clandestina o de explotación sexual. En el anexo del Convenio Europol figura la definición siguiente referida a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual:[21]

> Trata de seres humanos: El acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular con vistas a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto de menores de edad o al comercio ligado al abandono de niños.

En el capítulo VI del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen,[22] integrado en el acervo de la Unión, en el que participan el Reino Unido e Irlanda, figura en el apartado 1 del artículo 27 la formulación siguiente referida a las redes de inmigración ilegal:

> Las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o a permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros.

El 19 de julio de 2002, el Consejo adoptó una decisión marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos,[23] en cuyo artículo 1 se establecen específicamente las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual, cuya punibilidad deben garantizar los Estados miembros con arreglo a la decisión marco.

2. Título II. Libertades

Artículo 6 (Derecho a la libertad y a la seguridad).
Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

Los derechos establecidos en el artículo 6 corresponden a los garantizados en el artículo 5 del CEDH y tienen, con arreglo al apartado 3 del artículo 52 de la Carta, el mismo sentido y alcance. Como consecuencia de ello, las limitaciones que puedan legítimamente establecerse no podrán sobrepasar las permitidas por el CEDH en la propia redacción del artículo 5:

[21] BGBl. 1997 II, p. 2153.
[22] BGBl. 1993 II, p. 1013.
[23] DO n° L 203 de 1.8.2002.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

a. Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.
b. Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley.
c. Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.
d. Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
e. Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
f. Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el apartado 1 c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la Ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un organismo judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

Los derechos enunciados en el artículo 6 deberán respetarse especialmente cuando el Parlamento Europeo y el Consejo adopten leyes y leyes marco en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, en virtud de los artículos 171, 172 y 174 de la parte III de la Constitución, en particular, para la definición de disposiciones comunes mínimas en lo relativo a la calificación de las infracciones y de las penas y determinados aspectos de derecho procesal.

Artículo 7 (Respeto de la vida privada y familiar).

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

Los derechos garantizados en el artículo 7 corresponden a los que garantiza el artículo 8 del CEDH. A fin de tener en cuenta la evolución técnica, se ha sustituido la palabra *correspondencia* por *comunicaciones*.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que en el artículo correspondiente del CEDH. Como consecuencia de ello, las limitaciones de que puede ser objeto legítimamente son las mismas que las toleradas en el marco del referido artículo 8:

> 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
>
> 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esté injerencia este prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

> *Artículo 8 (Protección de datos de carácter personal)*
>
> *(1) Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.*
>
> *(2) Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.*
>
> *(3) El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.*

Este artículo se ha basado en el artículo 286 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y en la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO n° L 281 de 23.11.1995), así como en el artículo 8 del CEDH y en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, ratificado por todos los Estados miembros. El artículo 286 del Tratado CE ha sido sustituido por el artículo 50 de la Constitución. También se hace referencia al reglamento n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos (DO n° L 8 de 12.1.2001). La directiva y el reglamento mencionados establecen condiciones y limites para el ejercicio del derecho a la protección de los datos de carácter personal.

> *Artículo 9 (Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia)*
>
> *Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.*

Este artículo esta basado en el artículo 12 del CEDH, a cuyo tenor: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. La redacción de este derecho se ha modernizado para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen

vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia. Este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca.

> *Artículo 10 (Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión)*
> *(1) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.*
> *(2) Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.*

El derecho garantizado en el apartado 1 corresponde al derecho garantizado en el artículo 9 del CEDH y, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52, tiene el mismo sentido y alcance. Por lo tanto, las limitaciones deben respetar el apartado 2 de dicho artículo 9, a cuyo tenor:

> La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

El derecho garantizado en el apartado 2 corresponde a las tradiciones constitucionales nacionales y a la evolución de las legislaciones nacionales en esta materia.

> *Artículo 11 (Libertad de expresión y de información)*
> *(1) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.*
> *(2) Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.*

El artículo 11 corresponde al artículo 10 del CEDH, que dice lo siguiente:

> 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
> 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

En virtud del apartado 3 del artículo 52 de la Carta, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado por el CEDH, y las limitaciones de que puede

ser objeto no pueden por lo tanto sobrepasar las establecidas en el apartado 2 de su artículo 10, sin perjuicio de las restricciones que puede imponer el derecho de la competencia de la Unión a la potestad de los Estados miembros de establecer los regímenes de autorización mencionados en la tercera frase del apartado 1 del artículo 10 del CEDH.

El apartado 2 del presente artículo precisa las consecuencias del apartado 1 con respecto a la libertad de los medios de comunicación. Se basa en particular en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la televisión[24] y en el Protocolo sobre el Sistema de Radiodifusión Pública de los Estados miembros, anejo al Tratado CE[25] y ahora a la Constitución, así como en la directiva 89/552/CE del Consejo (véase en particular su considerando n° 17).[26]

> *Artículo 12 (Libertad de reunión y de asociación)*
>
> *(1) Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.*
>
> *(2) Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.*

Las disposiciones del apartado 1 de este artículo 12 corresponden a lo dispuesto en el artículo 11 del CEDH, que dice lo siguiente:

> 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.
>
> 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

Las disposiciones del apartado 1 del presente artículo 12 tienen el mismo sentido y alcance que las del CEDH, pero su ámbito de aplicación es más amplio, dado que pueden aplicarse en todos los niveles, incluido el europeo. Conforme al apartado 3 del artículo 52 de la Carta, las limitaciones a este derecho no pueden sobrepasar las que el apartado 2 del artículo 11 del CEDH considera que pueden ser legítimas.

Este derecho se basa también en el artículo 11 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

---

[24] En particular en el asunto C-288/89 (sentencia de 25 de julio de 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros*, Rec. 1991, p. I-4007).

[25] BGBl. 1998 II, p. 436.

[26] DO n° L 298 de 3.10.1989.

El apartado 2 del presente artículo corresponde al apartado 4 del artículo 45 de la Constitución.

> *Artículo 13 (Libertad de las artes y de las ciencias)*
> *Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra.*

Este derecho se infiere en primer lugar de las libertades de pensamiento y expresión. Se ejercita en el respeto del artículo 1 y puede estar sometido a las limitaciones autorizadas por el artículo 10 del CEDH.

> *Artículo 14 (Derecho a la educación)*
> *(1) Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.*
> *(2) Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.*
> *(3) Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.*

Este artículo se inspira tanto en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH, que dice lo siguiente:

> A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

Se ha considerado conveniente ampliar este artículo al acceso a la formación profesional y permanente (véanse el punto 15 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y el artículo 10 de la Carta Social), así como añadir el principio de gratuidad de la enseñanza obligatoria. Tal y como está formulado, este último principio únicamente implica que, para la enseñanza obligatoria, todos los niños tengan la posibilidad de acceder a un centro que practique la gratuidad. No impone que todos los centros que dispensen dicha enseñanza, incluidos los centros de formación profesional y de formación permanente, y en particular los privados, sean gratuitos. Tampoco prohíbe que determinadas formas específicas de enseñanza puedan ser de pago, si el Estado adopta las medidas necesarias destinadas a conceder una compensación financiera. En la medida en que la Carta se aplica la Unión, esto significa que, en el marco de sus políticas de formación, la Unión debe respetar la gratuidad de la enseñanza obligatoria, pero sin que, naturalmente, ello cree nuevas competencias. Por lo que se refiere al derecho de los padres, deberá interpretarse en relación con las disposiciones del artículo 24.

La libertad de creación de centros docentes públicos o privados se garantiza como uno de los aspectos de la libertad de empresa, pero se halla limitada por el respeto de los principios democráticos y se ejerce con arreglo a las modalidades definidas por las legislaciones nacionales.

Artículo 15 (Libertad profesional y derecho a trabajar)

(1) Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada.

(2) Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro.

(3) Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutan los ciudadanos de la Unión.

La libertad profesional, consagrada en el apartado 1 del artículo 15, se halla reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.[27] El presente apartado se inspira asimismo en el apartado 2 de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 y ratificada por todos los Estados miembros, así como en el apartado 4 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 9 de diciembre de 1989. La expresión *condiciones laborales* se entenderá en el sentido del artículo 107 de la parte III de la Constitución.

El apartado 2 incorpora las tres libertades garantizadas por el artículo 4 y los artículos 18, 22 y 29 de la parte III de la Constitución, es decir: la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

El apartado 3 está basado en el cuarto guión del apartado 3 del artículo 137 del Tratado CE, sustituido ahora por la letra *g* del apartado 1 del artículo 104 de la parte III de la Constitución, así como en el punto 4 del artículo 19 de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 y ratificada por todos los Estados miembros. Es por lo tanto aplicable el apartado 2 del artículo 52 de la Carta. La cuestión de la contratación de marinos con nacionalidad de terceros Estados en las tripulaciones de buques con pabellón de un Estado miembro de la Unión quedará regulada por el derecho de la Unión y los ordenamientos y prácticas nacionales.

Artículo 16 (Libertad de empresa)

Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

Este artículo se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por la que se ha reconocido la libertad de ejercer una actividad económica o mercantil[28] y la libertad contractual,[29] así como en el apartado 2 del artículo 3 de la Constitución, que reconoce la libre competencia. Este derecho se ejercerá, naturalmente, dentro del

---

[27] Véanse, entre otras, las sentencias de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Nold*, Rec. 1974, p. 491, apartados 12 a 14; de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, *Hauer*, Rec. 1979, p. 3727; de 8 de octubre de 1986, asunto 234/85, *Keller*, Rec. 1986, p. 2897, apartado 8.

[28] Véanse las sentencias de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Nold*, Rec. 1974, p. 491, apartado 14; y de 27 de septiembre de 1979, asunto 230-78, *SPA Eridiana y otros*, Rec. 1979, p. 2749, apartados 20 y 31.

[29] Véanse, entre otras, las sentencias *Sukkerfabriken Nykoebing*, asunto 151/78, Rec. 1979, p. 1, apartado 19; y la de 5 de octubre de 1999, *España c. Comisión*, C-240/97, Rec. 1999, p. I-6571, apartado 99.

respeto del derecho de la Unión y de las legislaciones nacionales. Podrá someterse a las limitaciones previstas en el apartado 1 del artículo 52 de la Carta.

> *Artículo 17 (Derecho a la propiedad)*
>
> *(1) Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el* interés general.
>
> *(2) Se protege la propiedad intelectual.*

Este artículo corresponde al artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH, que dice lo siguiente:

> Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

Se trata de un derecho fundamental común a todas las constituciones nacionales. Ha quedado consagrado en numerosas ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por vez primera, en la sentencia *Hauer*, de 13 de diciembre de 1979.[30] La redacción se ha modernizado, si bien, conforme al apartado 3 del artículo 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado en el CEDH, por lo que no pueden sobrepasarse las limitaciones previstas en este último.

Se hace una referencia explícita en el segundo apartado a la protección de la propiedad intelectual, que es uno de los aspectos del derecho de propiedad, debido a su creciente importancia y al derecho comunitario derivado. La propiedad intelectual abarca, además de la propiedad literaria y artística, entre otros, el derecho de patentes y marcas y los derechos conexos. Las garantías establecidas en el apartado 1 se aplican por analogía a la propiedad intelectual.

> *Artículo 18 (Derecho de asilo)*
>
> *Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con la Constitución.*

El texto de este artículo se ha basado en el artículo 63 del Tratado CE, sustituido ahora por el artículo 167 de la parte III de la Constitución, que impone a la Unión el respeto de la Convención de Ginebra sobre los refugiados.[31] Conviene remitirse a las

---

[30] Rec. 1979, p. 3727.

[31] De 28 de julio de 1951 (BGBl. 1953 II, p. 560).

disposiciones de los protocolos anejos a la Constitución relativos al Reino Unido e Irlanda y a Dinamarca, para determinar en qué medida estos Estados miembros aplican el derecho de la Unión en la materia y en qué medida este artículo les es aplicable. Este artículo respeta el Protocolo sobre el Asilo anejo a la Constitución.[32]

> *Artículo 19 (Protección en caso de devolución, expulsión y extradición)*
> *(1) Se prohíben las expulsiones colectivas.*
> *(2) Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.*

El apartado 1 de este artículo tiene el mismo significado y alcance que el artículo 4 del Protocolo n° 4 al CEDH, en lo referente a las expulsiones colectivas. Su objeto es garantizar que cada decisión se base en un examen concreto y que no se pueda decidir mediante una sola medida la expulsión de todas las personas que tengan la nacionalidad de un Estado determinado (véase también el artículo 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). El apartado 2 incorpora la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 3 del CEDH.[33]

3. Título III. Igualdad

> *Artículo 20 (Igualdad ante la ley)*
> *Todas las personas son iguales ante la ley.*

Este artículo corresponde a un principio general de derecho que figura inscrito en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia consideró un principio fundamental del derecho comunitario.[34]

> *Artículo 21 (No discriminación)*
> *(1) Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*
> *(2) Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones específicas.*

El apartado 1 se inspira en el artículo 13 del Tratado CE, sustituido ahora por el artículo 8 de la parte III de la Constitución, en el artículo 14 del CEDH y en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, referente al patrimonio genético. En la medida en que coincide con el artículo 14 del CEDH, se aplica de acuerdo con éste.

---

[32] BGBl. 1998 II, p. 466.

[33] Véase la sentencia de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, Rec. 1996, VI-2206, y la sentencia *Soering* de 7 de julio de 1989

[34] Sentencia de 13 de noviembre de 1984, *Racke*, asunto 283/83, Rec. 1984, p. 3791; sentencia de 17 de abril de 1997, C-15/95, *EARL*, Rec. 1997, p. I-1961, y sentencia de 13 de abril de 2000, C-292/97, *Karlsson*, Rec. 2737.

No existe contradicción o incompatibilidad entre el apartado 1 y el artículo 8 de la parte III de la Constitución, que tiene objetivos y alcance diferentes: el artículo 8 de la parte III confiere competencias a la Unión para adoptar actos legislativos, incluida la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, con el fin de combatir determinadas formas de discriminación que se especifican de forma exhaustiva en el citado artículo. Dicha legislación podría cubrir la acción de las autoridades de los Estados miembros (así como las relaciones entre personas privadas) en cualquier ámbito dentro de los límites de las competencias de la Unión. Las disposiciones del apartado 1 no confieren, sin embargo, competencias para promulgar actos legislativos con el fin de combatir formas de discriminación en ámbitos de acción de los Estados miembros o en la esfera privada, ni constituyen una prohibición generalizada de la discriminación en ámbitos tan amplios. Se refieren solamente a las discriminaciones por parte de las instituciones y organismos de la Unión en el ejercicio de las competencias conferidas con arreglo a otros artículos de las partes I y III de la Constitución, y por parte de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión solamente. Por consiguiente, el apartado 1 no modifica el alcance de las competencias conferidas con arreglo al artículo 8 de la parte III ni la interpretación de dicho artículo.

El apartado 2 corresponde al apartado 2 del artículo 4 de la Constitución y debe aplicarse de acuerdo con este último.

Artículo 22 (Diversidad cultural, religiosa y lingüística)
La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

Este artículo se ha basado en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y en los apartados 1 y 4 del artículo 151 del Tratado CE, sustituidos ahora por los apartados 1 y 4 del artículo 181 de la parte III de la Constitución, relativos a la cultura. El respeto de la diversidad cultural y lingüística se establece ahora también en el apartado 3 del artículo 3 de la Constitución. El artículo se inspira asimismo en la declaración n° 11 del Acta final del Tratado de Ámsterdam sobre el estatuto de las iglesias y de las organizaciones no confesionales, que se recoge ahora en el artículo 51 de la Constitución.

Artículo 23 (Igualdad entre hombres y mujeres)
(1) La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.
(2) El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

El primer párrafo de este artículo se ha basado en el artículo 2 y en el apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, que han sido sustituidos por el artículo 3 y el artículo 2 de la parte III de la Constitución, que imponen como objetivo a la Unión promover la igualdad entre el hombre y la mujer, y en el apartado 1 del artículo 108 de la parte III de la Constitución. Se inspira en el artículo 20 de la Carta Social Europea revisada, de 3 de mayo de 1996, y en el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos

Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Se basa asimismo en el apartado 3 del artículo 141 del Tratado CE, sustituido por el apartado 3 del artículo 108 de la parte III de la Constitución, y en el apartado 4 del artículo 2 de la directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.[35]

El segundo párrafo recoge en una fórmula más breve el apartado 4 del artículo 108 de la parte III de la Constitución, conforme al cual el principio de igualdad de trato no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de una actividad profesional o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. De conformidad con el apartado 2 del artículo 52, el presente apartado no modifica el apartado 4 del artículo 108 de la parte III.

> *Artículo 24 (Derechos del menor)*
>
> *(1) Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que los afecten, en función de su edad y de su madurez.*
>
> *(2) En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.*
>
> *(3) Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.*

Este artículo está basado en la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño,[36] firmada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por todos los Estados miembros, y, en particular, en sus artículos 3, 9, 12 y 13.

En el apartado 3 se toma en consideración el hecho de que, como parte del establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, la legislación de la Unión en asuntos civiles con repercusiones transfronterizas, para la cual el artículo 170 de la parte III de la Constitución confiere competencias, puede incluir en particular el derecho de visita que garantiza a los niños poder mantener de forma periódica contacto personal y directo con su padre y con su madre.

> *Artículo 25 (Derechos de las personas mayores)*
>
> *La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.*

Este artículo se inspira en el artículo 23 de la Carta Social Europea revisada y en los artículos 24 y 25 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. La participación en la vida social y cultural incluye por supuesto la participación en la vida política.

---

[35] DO n° L 39 de 14.2.1976.

[36] BGBl. 1992 II, p. 121.

> *Artículo 26 (Integración de las personas discapacitadas)*
> *La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.*

El principio incluido en este artículo se basa en el artículo 15 de la Carta Social Europea y se inspira igualmente en el punto 26 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

4. Alcance e interpretación de los derechos y principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (título VII, artículo 52)

El artículo 52 tiene por objeto fijar el alcance de los derechos y principios de la Carta, y establecer normas de interpretación. El apartado 1 trata del régimen de limitaciones de derechos. La fórmula empleada se inspira en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia:

> […] según jurisprudencia consolidada, pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos.[37]

La mención de intereses generales reconocidos por la Unión abarca tanto los objetivos mencionados en el artículo 2 de la Constitución como otros intereses protegidos por disposiciones específicas de la Constitución, como el apartado 1 del artículo 5, el apartado 3 del artículo 18 de la parte III, y los artículos 43 y 342 de la parte III de la Constitución. El apartado 2 del artículo 52 se refiere a derechos que ya habían sido explícitamente consagrados por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que han sido reconocidos por la Carta y que se encuentran ahora en otras partes de la Constitución (en particular, los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión). El apartado 3 del artículo 52 pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH sentando la norma de que, en la medida en que los derechos de la presente Carta corresponden también a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance, incluidas las limitaciones que se admiten, son los mismos que prevé el CEDH. De ello resulta en particular que el legislador, al fijar limitaciones a estos derechos, deba respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH, que se aplican por consiguiente a los derechos contemplados por este apartado, sin que ello afecte a la autonomía del derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El artículo 52 de la Carta dispone:

---

[37] Sentencia de 13 de abril de 2000, asunto 292/97, punto 45.

(1) Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

(2) Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados en éstas.

(3) En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

(4) Aquellos derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros que se reconozcan en la presente Carta se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

(5) Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

(6) Se tendrán plenamente en cuenta la legislación y las prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.

para la expresión jurídica del hecho. Si se impusiera una pena pecuniaria, se incluirá en el fallo el número y cantidad de los días-multa. Si se reservara la decisión acerca del internamiento de seguridad, se suspendiera condicionalmente la pena o medida de corrección y de seguridad, se advirtiera al acusado con reserva de pena, o se prescindiera de la pena, se expresará ello en el fallo. Las consecuencias jurídicas del hecho que no pudieran ser ejecutadas al lado de otras consecuencias jurídicas en que se incurrió no se incluirán en el fallo; serán indicadas sólo en la fundamentación de la sentencia. En lo restante, la redacción del fallo estará sujeta al poder discrecional del tribunal.

(5) Tras el fallo se indicarán las disposiciones aplicadas, según parágrafo, apartado, número, letra, y con la expresión de la ley. Si en una condena, por la que venga impuesta pena privativa de libertad o pena global privativa de libertad no superior a dos años, se hubiera cometido el hecho o la parte preponderante, según su importancia, de los hechos en base a una drogodependencia, se hará mención además del § 18 *a*, ap. (2) de la Ley sobre el Registro Central y el Registro de Antecedentes.

José Luis Guzmán Dalbora (Chile)*

Orientaciones político-criminales y reforma constitucional **

Intentaré abordar el tema desde una triple perspectiva, que señala, a la vez, las tres cuestiones a las que he de contraerme.

En la primera parte me ocuparé del problema de las relaciones entre derecho penal y derecho constitucional. Éste es, a mi entender, el trasfondo que pulsa detrás de la entera cuestión que nos convoca, de la que bien podría ser repetida aquí la antigua admonición de Berthold Freudenthal en el sentido de que es uno de esos temas adecuados para recordarnos la viejísima relación que existe entre el derecho penal y el derecho político, como quiera que aquél deriva de éste, y que constituye un error fatal suponer que la autonomía del derecho penal dentro del concierto de la enciclopedia jurídica haría factible una visión y un tratamiento de los problemas iuspunitivos desligados de su carácter público y sus condicionamientos políticos, porque se ha de tropezar a cada rato con la porfiada constatación de que esos problemas, al mismo tiempo que penales, son también problemas del derecho del Estado.[1]

---

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, de Madrid; diplomado en la Scuola di Specializzazione in Diritto penale e Criminologia de la Universidad de Roma (La Sapienza); profesor asociado de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta (Chile).

** Reconstrucción, sucintamente anotada, de la intervención en la Conferencia Internacional sobre Reforma Constitucional y Derecho Penal, celebrada en Lima los días 28 y 29 de enero de 2003. Deseo expresar mi reconocimiento a los organizadores de esta conferencia internacional, la Academia Peruana de la Magistratura y la Fundación Konrad Adenauer, así como también a la contribución que presta a este evento la Pontifica Universidad Católica del Perú y a mi joven colega y apreciado amigo, el profesor doctor Dino Carlos Caro Coria, penalista de gran mérito y en quien cierta afortunada amalgama de tenacidad, inteligencia y talento mucho y bueno hace presagiar para la progresión de la ciencia penal peruana.

[1] "Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen", en el folleto *Rektoratswechsel an der Akademie für Sozial- und Handelswissenschaften zu Frankfurt a. M. am 3. November 1909*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1910, pp. (15-28)16.

En la segunda parte haré un somero repaso de algunas de las tendencias hoy en boga en el campo político-criminal, haciendo especial hincapié en aquellas que parecen prevalecientes en la doctrina y en sus correspondientes amenazas, tanto en la teoría como en la realidad de la actividad legislativa de los países hispanoamericanos.

La última parte de mi exposición se concentrará en aquellos fundamentales principios penales que a mi entender deben cobrar expresión en una Constitución a la altura de los tiempos y, sobre todo, que sea fiel retrato del más vasto espectro de concepciones políticas cuyas vigas maestras codifica, o sea, un entendimiento liberal y democrático de la vida de relación que coloque la índole racional y ética del hombre como eje y centro de la comunidad. Dado que mi intervención será seguida por la de calificados especialistas peruanos y extranjeros, y que de ellos escucharemos una relación más pormenorizada y profunda sobre aquellos principios, en lo que me toca he de ceñirme a señalarlos, juntamente con su significación política y jurídica.

1. No más de treinta años atrás el tema de las relaciones entre los derechos penal y constitucional apenas sobrepasaba el tratamiento de una de esas cuestiones de rigor, más o menos ineludibles en el trance de caracterizar la primera de estas disciplinas y de distinguirla de aquellas ramas del ordenamiento con las que más relaciones posee.[2] Entresacadas de múltiples manifestaciones de tal impostación metodológica, afirmaciones sólitas, como la que sentó en Chile Eduardo Novoa Monreal, esto es, que "frente al derecho constitucional, al igual que frente a todas las ramas constitutivas del derecho, el derecho penal tiene las vinculaciones que le derivan de su carácter sancionatorio", un aserto bien revelador de cómo la consideración del problema aún no penetraba en el sistema de conocimientos jurídico-penales, eran seguidas a lo sumo por la no menos obvia observación de que, agotada en la faz de los hechos la tremenda experiencia del totalitarismo en Europa, la desaparición de los regímenes correspondientes y el reforzamiento del espíritu democrático en la última posguerra, habían originado cambios profundos en la legislación criminal y la inclusión de fundamentales normas punitivas en la mayoría de las Constituciones políticas alumbradas a la sazón.

Y, en verdad, justamente en dichas mutaciones políticas y en estos nuevos textos constitucionales se encierra la clave de algo que estaba destinado a enriquecer el panorama dogmático y político-criminal de nuestro tiempo. Bien pronto el pensamiento penal, superando el esquematismo de la acostumbrada perspectiva lógico-formal, tratará de captar y comprender las relaciones contenutistas que median entre estos dos sectores del árbol jurídico y de averiguar en qué medida el derecho penal queda condicionado, en la materia de sus preceptos, y orientado en su norte político por el derecho constitucional.

---

[2] Para este apartado remitimos a nuestro artículo "Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)", publicado en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, nº 12, Edeval, Valparaíso, 1994, pp. 165-199, parte de cuyo contenido se resume aquí. En ese trabajo se encontrarán, además, las referencias bibliográficas, hoy elididas por mor de la brevedad.

Hoy por hoy es imposible negar que en el ámbito de lo penal es donde con mayor intensidad se pone a prueba —y es una prueba infalible— el signo liberal o autoritario del ordenamiento político que toda Constitución diseña en sus líneas esenciales. Por lo demás, lo confirma la significativa circunstancia de que el ahora más rico contenido penal de las Constituciones surgidas en los últimos cincuenta años generalmente ha encontrado plaza en el corazón de éstas, o séase, en su parte dogmática, allí donde se consagra los derechos y garantías elementales que esas cartas aseguran a los individuos. La vigente Constitución peruana no es una excepción, y por eso su artículo 2°, número 24, estampa ese verdadero *Palladium* de la libertad, es decir, el axioma de la legalidad de delitos y penas, precisamente en el marco de los "derechos fundamentales de la persona", disposición de la cual el recordado profesor Raúl Peña Cabrera pudo escribir que demostraba la existencia de unos conceptos constitucionales de delito y pena, que actúan como límite insalvable para el legislador ordinario.[3]

Y no puede ser de otra manera. Cualquier ordenamiento político que se preocupe seriamente por rodear con toda suerte de garantías las libertades individuales, de circundar en el seno de la Constitución las máximas facultades jurídicas de los justiciables, de modo que éstos queden a salvo de los arrestos excesivos del poder del Estado, tiene que concentrar su atención en aquel segmento de las relaciones jurídicas en que la tensión de los polos Estado-individuo se plantea en los términos más complejos y delicados, y de esta forma salir al paso —en una norma de jerarquía superior y no sujeta a las veleidades de un legislador quizá precipitado u oportunista o a las coyunturales mayorías imperantes en el Parlamento—, de la arbitrariedad y los abusos del poder, sempiternos enemigos de la libertad y la seguridad. Éstas dan tono y *humus* al entero ordenamiento, es cierto, pero sobremanera a su fracción penal, si es verdad que en ésta quedan en juego no pocas de las máximas cuestiones que plantea al hombre su obrar exterior e intersubjetivo, y que en ello van comprometidos los más importantes bienes de que él es portador.

De ahí que, a diferencia de los documentos constitucionales de antaño, varios de los de nuestro tiempo —el italiano de 1947, entre los más importantes— se han interesado por desarrollar casi analíticamente las cuestiones capitales del derecho punitivo, a partir de una más madurada conciencia de cuánto el derecho penal es capaz de incidir sobre las libertades individuales, y de cómo bajo signos de un mejor o peor disimulado autoritarismo y al compás de regímenes poco respetuosos de aquéllas, el *ius puniendi* arriesga degenerar en mecanismo de opresión, e incluso en sombrío instrumento de terror.

---

[3] Cfr. Raúl Peña Cabrera, con la colaboración de José Antonio Caro John y Reiner Chocano Rodríguez, *Tratado de Derecho Penal*, 4 vols., tomo I (Estudio programático de la parte general), 2ª ed., Grijley, Lima, 1995, p. 49.

A propósito de la carta republicana española de 1931, Jiménez de Asúa expuso que toda Constitución política refleja una pugna entre las exigencias técnicas y el ansia popular. Esto puede entenderse en dos sentidos. Primero, como la necesidad de afirmar, con las herramientas técnicas más confiables, la estructura y organización políticas del Estado, así como la parte dogmática del texto, allí donde se condensa la declaración de derechos. Pero es asimismo ineludible que esos requerimientos teóricos resulten compatibles con y que reflejen las valoraciones dominantes al interior de la comunidad de que se trate, en el concreto estadio histórico en que verse, de suerte que el radio de las aspiraciones de libertad y seguridad que laten en los sujetos de derecho pueda extenderse hasta abrazar lo más posible. Dicho de otra manera: es indispensable que la técnica jurídica se ponga al servicio de la construcción de una base sólida sobre la que pueda ser montado más tarde el total edificio del ordenamiento jurídico; pero es igualmente apremiante que los anhelos de libertad no queden aprisionados en holocausto de ese formalismo lógico que en lo jurídico se viste con los ropajes del *doctrinarismo académico abstracto*. El intento de encauzar el trabajo del constituyente en el esquema de una lógica exquisita, que estará muy bien para elaborar un perfecto sistema de conceptos, puede alejar ese quehacer —y su *pathos*— de las exigencias de la historia y la cultura. Muy por el contrario, un pensamiento doctrinal históricamente orientado y guiado según fines debe hacer circular aquí, como en ningún otro ámbito del derecho positivo, un soplo de vida y de libertad, para que las categorías técnicas se conviertan en formidable garantía de esas mismas vida y libertad. Así lo han entendido varias de las Constituciones nacidas tras los turbulentos años que siguieron el término de la segunda conflagración mundial, y otro tanto han hecho las recientes. Y algo análogo puede uno observar en la doctrina, pues si las últimas razones del fenómeno jurídico-penal son valorativas y, en definitiva, filosóficas y políticas, su ciencia debe organizar los diferentes conceptos e institutos de forma que queden inscriptos en e informados por el ambiente de ideas al que responden, que es filosófico, político y jurídico a la vez: en una sola palabra, *problemático*.

Hay un incuestionable fondo de verdad en la aseveración de que el problema de las relaciones entre derecho penal y derecho constitucional constituye una *vexata quaestio*, puesto que su desarrollo, ya en parte presente en la doctrina del siglo XIX, proviene nada menos que de la época de la Ilustración, y está enunciado en todas las Constituciones que reciben el influjo del famoso artículo octavo de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Sólo que el interés de la doctrina por semejantes relaciones ha podido agudizarse y lograr profundidad únicamente en los últimos decenios.

Esto obedece a dos razones. Primero: si el derecho constitucional no es otra cosa sino la codificación del contenido medular del derecho político, entonces ningún nudo estrecho entre Constitución y legislación penal podía ser atado antes que la doctrina cayese en la cuenta de los superiores lazos que ligan lo penal a lo político.

Aunque alguna mente genial, anticipándose a su época, los haya intuido en la segunda parte del siglo XVIII y en las primeras décadas del XIX (me refiero a Montesquieu, Marat y Rossi), no hay duda de que es sólo a partir de 1945 que este tema pasa a convertirse en uno de preferente atención para los estudiosos.

Ahora bien, cabe pensar, con todo, que situados en la óptica de las relaciones entre derecho penal y política transitamos todavía por un campo más bien teórico. Sirve, por supuesto, para explicarnos mejor cierto orden de fenómenos que están cargados de acento de valor, y para delinear, en general, las más adecuadas directrices político-criminales que se imponen a un pensamiento consciente de que no dan lo mismo un derecho penal liberal, que otro autoritario o derechamente totalitario, mas no nos permite aún hacer cristalizar los principios nacidos de esas relaciones en la legislación positiva.

El factor que ha sacudido la dogmática penal, estimulando su interés por el estudio de los problemas encapsulados en el binomio derecho penal-derecho constitucional, es otro: el descubrimiento del *principio de ofensividad*, que se yergue como la categoría conceptual de la que dimana la exigencia de que no hay delito si la actividad correspondiente no ofende o afecta bienes jurídicos. Del reto científico de determinar en qué consisten éstos, cuáles son su contenido, extensión y las modalidades de atentar contra ellos, su disposición jerarquizada y relaciones, y qué o quiénes son los llamados a reforzar su tutela merced a la pena, procede esa perspectiva *constitucionalmente orientada* de los objetos jurídicos, sobre cuyo poderoso influjo en la hodierna ciencia penal no es el caso de formular reparo alguno.

En efecto, con la consolidación del Estado de Derecho y el paralelo replanteamiento de las relaciones entre individuo y Estado, la doctrina criminalista ha ido en pos de nuevos fundamentos de legitimación con que nutrir el contenido material del juicio de antijuridicidad, dentro de un clima de ideas notoriamente insatisfecho de los criterios admitidos en épocas anteriores. La pregunta se puso entonces en los siguientes términos: ¿toca a un legislador omnipotente determinar qué bienes son dignos de recibir protección penal, o bien ha de buscarse la clave de esta aporía en alguna instancia metapositiva o en una fuente jurídica superior a la ley ordinaria, pero que se mantenga dentro de los confines del *ius positum*? En la última línea de pensamiento se inscriben las *teorías constitucionalistas del bien jurídico*, así como su empeño de elaborar un concepto que quede antepuesto a la ulterior selección y valoración del legislador, y de proyectar después pautas de legitimación que finalmente estén dotadas de carácter vinculante para el Poder Legislativo, todo lo cual se ha conseguido merced a un empleo más fino del método deductivo sobre ciertos preceptos constitucionales, esto es, descubriendo, aun allí donde éstos parecían decir poco o nada al criminalista, la voluntad penal objetivada de un superlegislador.

Hago gracia al lector de emitir mi personal juicio acerca de las bondades de estas teorías o las reservas que pudieran despertar. El hecho es que se ha llegado a hablar de una reformulación constitucional del derecho punitivo —lo que, por lo

demás, también se proclama respecto de otras ramas del derecho, en un verdadero signo de la dogmática de nuestro tiempo—. Diré tan solo que me siento inclinado a compartir esa "reformulación" con tal que en vez de llamarla *constitucional* se la diga *política*, lo que no es algo diverso pero tiene un alcance más vasto. Pues lo que se pretende, en definitiva, es que el ordenamiento político de un país y su traducción codificada indican unas líneas precisas, como principios y normas, absolutamente vinculantes para el Poder Legislativo a la hora de describir nuevas figuras penales, retocar o expeler las existentes, y acordar a unas y otras ciertas penalidades.

2. Vayamos ahora a grandes zancadas hacia las orientaciones prevalecientes en la política criminal, para examinar después si y en qué medida pueden y deben ganar concreción y quedar estatuidas en la Constitución.

Ninguna dominó tanto en el panorama comparativo ni tuvo tanta influencia en el último proceso de reforma del derecho penal, especialmente del sistema penitenciario, como el movimiento de la *defensa social*. Me parece digno de interés destacar que esta escuela quiso desde el comienzo vincularse íntimamente al argumento que desarrollamos, ya que su objetivo central, esto es, eliminar por completo la retribución del problema del fin de la pena y someter al delincuente a un tratamiento individualizado que consiguiese reeducarlo o resocializarlo, llegó a convertirse en principio de positivo reconocimiento constitucional, desde que lo recogió el famoso artículo 27 de la Constitución de la República italiana, en la parte en que indica que las penas deben propender a la reeducación del condenado.

No corresponde aquí que nos detengamos, una por una, en las causas del descrédito y posterior derrumbamiento de la defensa social y su ideología del tratamiento resocializador. A menudo se atribuye este fracaso a simples consideraciones empíricas, a saber, que aun en los países donde se intentó, con gran inversión de recursos de todo tipo, *hacer* tratamiento, no fue dado apreciar una disminución significativa de las tasas de reincidencia entre los individuos así "tratados". Ni que decir tiene que perspectivas todavía menos halagüeñas muestra el *trend* de la criminalidad en los Estados más empobrecidos, a los que aquella ideología llegó con cierto retraso y donde nunca fue puesta realmente en práctica más allá de un mero *hablar* de tratamiento y estampar el discurso en huecas fórmulas legales o reglamentarias, en lugar de emprender esfuerzos serios para cuando menos evitar que aquellos a los que un destino desgraciado hizo caer en la trampa del delito, hayan de salir de las cárceles degradados y estigmatizados, o en peores condiciones de como entraron. No se exagera demasiado cuando se afirma que en Hispanoamérica no hemos tenido siquiera un programa mínimo resocializador, por lo que tanto más me sorprende leer en el actual proyecto de reforma a la Constitución peruana que la potestad punitiva debe respetar el principio de resocialización, y todavía más extraño paréceme que ese principio figure allí juntamente a uno en verdad fundamental y decisivo, el de humanidad.

Con todo, esta referencia me brinda la ocasión de indicar en qué consideraciones de mayor calado hunde sus raíces la ruina de la defensa social. Los máximos principios jurídicos, sobre todo si están consagrados en una Constitución, tienen que ser no sólo compatibles sino congruentes y armónicos entre sí, como la expresión que son de una determinada inteligencia política del conglomerado social. El derecho político está allí para recordarnos que la carta fundamental no puede hacerle traición so color de legislarlo. Y hay, según creo, una radical contraposición, una verdadera antítesis entre la dignidad eminente que conviene al hombre como ser de razón y sujeto de fines, y la pretensión de que la pena asuma la tarea de "recuperarlo socialmente" si es que delinque. Bettiol, para quien la defensa social representaba un auténtico cadalso del liberalismo penal, puso de manifiesto que eso de reeducar o resocializar al condenado "hace referencia a un *quid* que está fuera del individuo y de su conciencia, a un criterio de medida y valoración puramente relativo y contingente, como relativas y contingentes son las necesidades sociales".[4] La llamada resocialización del condenado —a la que, dicho sea de paso, nadie se ha cuidado de llenar de un contenido concreto y bien definido— desmiente los derechos fundamentales que la Constitución le garantiza, precisamente en el momento en que asegura reconocérselos para que los "recupere". Es la subordinación de aquellas garantías al momento histórico y a las no siempre previsibles tendencias de la entidad estatal, y la transformación del hombre en una creación contingente, accidental y errátil del Estado, que es el yo absoluto y trascendental, el verdadero sujeto de fines. Si este radical historicismo jurídico, por decirlo con el propio Bettiol, no nos hace entrar en la atmósfera política del totalitarismo penal,[5] pues mucho se le parece, aunque se disfrace con la envoltura de un pseudohumanismo.

Dejemos tranquila a la defensa social en las fases postremas de su buen morir, y traigamos a escueta colación el principio que ha galvanizado numerosas corrientes de la política criminal de nuestro tiempo, a saber, el de *intervención mínima*.

También las bases de este postulado están ligadas a los condicionamientos políticos del *ius puniendi* y su manifestación positiva. De hecho, no es fruto del azar que su consagración aparezca junto al mandato de la legalidad de delitos y penas en el artículo 8° de la Declaración de 1789. Es más, atrae nuestro interés que allí figure antes del *nullum crimen nulla pœna sine lege*, se diría que fundamentándolo: "La ley —proclamó la Asamblea nacional— no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada". La legalidad de delitos y penas, esto es, que unos y otras sean regulados con la mayor precisión posible y en el marco de una norma abstracta, general y dotada de un designio de

---

[4] Bettiol, "Sulla rieducazione del condannato", en sus *Scritti giuridici*, 2 vols., t. II, Cedam, Padua, 1966, pp. (902-910) 905.

[5] Ibídem, p. 908.

permanencia, refractario al capricho y a las vicisitudes de cada momento, surge del ver en el hombre un ente racional, y por querer brindarle certeza en punto a cuándo y cómo serán juzgados sus actos de mayor relevancia social, el mencionado axioma es prenda de su libertad. A su vez, que las penas hayan de ser establecidas sólo allí donde resulte imprescindible, es una exigencia derivada de la idea de *humanidad*, en el sentido de que las restricciones más rigurosas de la libertad y hasta las exclusiones más incisivas del individuo respecto de la sociedad, mientras nunca pueden traducirse en una desfiguración de la persona que sufre la restricción o exclusión, están justificadas únicamente si la necesidad de hacer factible la convivencia las torna imperiosas, cuando ellas sean el único medio de garantizar o posibilitar el desarrollo y la expansión del hombre en el seno de la comunidad. El fundamento del principio de intervención mínima no yace, pues, en un mecánico juego de costos y beneficios sociales, que indique dónde y hasta qué punto el más devastador de todos los poderes jurídicos de disposición deba intervenir en la solución de los conflictos sociales, porque esto, aun sin desconocer la utilidad y el valor de los estudios correspondientes, implica volver por vías subrepticias al mismo principio antes combatido, o sea, a aquella concepción según la cual el individuo puede ser tratado o manipulado como el fragmento infinitesimal de un complejo aparato de beneficio social, para figurar en él cual pieza de inventario o número estadístico de referencia. De esas consideraciones empíricas hay que rescatar más bien otro dato: que el derecho penal jamás ha servido para resolver ningún problema social, los que, por el contrario, a menudo agudiza, exacerba o incrementa. El afán de reducir cuánto y dónde se pueda la intervención del derecho penal en la protección de los bienes jurídicos más importantes, se basa, pues, en el sincero reconocimiento de que el derecho, como el sistema de garantías sociales que es, se desfigura cuando pone manos precipitadas en la pena, porque desfigura y maltrata en el penado y, en definitiva, en todos los sometidos a él, su condición de seres racionales, o sea, de personas.

Hacia los requerimientos prácticos que laten en el principio de intervención mínima, esto es: la configuración del derecho penal como extrema ratio del ordenamiento jurídico, para que ocupe el último lugar en la política legislativa del Estado; su caracterización fragmentaria, para que cubra sólo una pequeña parte en la salvaguarda de la coexistencia y los objetos valorados en que ésta se funda, y los procesos de descriminalización, despenalización y desjurisdiccionalización, converge el grueso del pensamiento penal de nuestros días, de modo que cualquier orientación moderna en el terreno político-criminal tiene que hacer sus cuentas con el principio de necesidad de la pena.

Por desgracia conspiran contra él ciertas amenazas tanto teóricas como prácticas, y algunas han tomado ya la forma de una inquietante realidad.

En el plano teórico, o dicho de una manera más exacta, en lo que respecta a la construcción del sistema científico del derecho penal, hay para recelar, en mi opinión, de las ventajas y, sobre todo, consecuencias de la cada vez más crecien-

te *normativización* de la dogmática. En la medida en que ésta implique una reorientación teleológica de los singulares conceptos penales, en un giro mental que los arraigue firmemente a las normas de cultura de los que provienen, nada tengo que objetar, pues de lo que se trata es de que el derecho penal sea la expresión cada vez más acabada y fiel de las aspiraciones valorativas de la comunidad. Pero cuando el lugar de esos ideales de vida es usurpado por unas sedicentes funciones sociales atribuidas al derecho punitivo, o ciertos fines asociados a la pena, en el marco de un nuevo sociologismo jurídico, que, como todos, aherroja y amolda el deber ser al ser, y para colmo sin describir con precisión la realidad fáctica o dando por sentado que está bien así como se nos presenta; cuando se rinde ante el altar de la estabilización social los conceptos penales de mayor alcurnia, pues entonces existe el peligro de que el magisterio punitivo se expanda en una espiral sin fin y que luego no haya manera de cerrar el portillo así abierto en el principio de intervención mínima. Y en esta reviviscencia de la defenestrada defensa social está en juego, por cierto, el substrato político del derecho penal: no le falta razón a Zaffaroni cuando examina algunas de estas tendencias sistemáticas al interior de lo que denomina "Estados de Derecho amenazados".[6]

Por lo demás, una normativización orientada según la tiranía de exigencias sociales que basan su justificación en sí mismas, es propensa y hasta muy indicada para fomentar larvadas formas de autoritarismo penal. Emparentada de algún modo con ella está ese ejercicio retórico-liberticida de la *seguridad ciudadana*, que abruma el actual panorama legislativo de los países americanos y representa la que tengo por principal amenaza práctica del principio de intervención mínima. Digo práctica porque no merece el nombre de doctrina aquello tras lo cual no hay un conjunto sistemático y coherente de principios, a los que preste garantía una red de razonamientos y estudios bien concatenados sobre la materia de que se trate, y ni siquiera el molde más modesto de un programa, al menos uno que sus creadores se muestren proclives a reconocer como concreción de sus concepciones políticas y jurídicas, y no como la respuesta inmediata a una anomalía real o sólo presunta surgida en el conglomerado social, con la que se busca allegar episódico sosiego a sus miembros. La seguridad ciudadana se ha manifestado más bien como un postulado oscuro, que a menudo no pasa de eslogan, bandera de lucha o llamado de alarma, para justificar un número cada vez mayor de iniciativas legales o actuaciones gubernativas en el campo de la sanción y prevención del delito. No tengo posibilidad de hacer aquí una exposición detallada de las lamentables excrecencias normativas nacidas de esta tendencia,[7] pero

[6] Cf. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 346-352.

[7] Al efecto puede consultarse nuestro trabajo "Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la 'doctrina' de la seguridad ciudadana", en la revista *Gaceta Jurídica*, nº 265, Santiago de Chile, julio de 2002, pp. 7-17, y la bibliografía allí citada sobre el argumento.

conjeturo que el mero señalamiento de algunas sirve para percibir el divorcio existente entre una política criminal filosófica, jurídica y criminológicamente fundada, y la evidencia de lo que, por desconocerla, engendra la praxis legislativa de nuestros países, por ejemplo: 1°) aumentar sin misericordia las penalidades de los delitos que generan o parecen crear especial temor entre los ciudadanos, particularmente el robo, ciertas especies de hurto, el homicidio, las lesiones, la violación, las asociaciones ilícitas, el tráfico indebido de estupefacientes y sus epifenómenos, y la tenencia o porte no autorizados de armas, desproporcionándolas respecto de la gravedad objetiva del acto, lo cual provoca antinomias insolubles dentro del equilibrio axiológico del sistema penal, por lo que a menudo resultarán criminógenas; 2°) establecer para tales puniciones unos límites mínimo y máximo muy distanciados entre sí, es decir y en definitiva, marcos penales indeterminados en los que un arbitrio judicial desmedido destruye las exigencias de seguridad y certeza inherentes a la legalidad de las puniciones; 3°) buscar hasta conseguir una reducción del límite de la inimputabilidad por inmadurez, para someter a pena a quienes recién se asoman a la edad de la adolescencia e incluso a niños, con el correlativo menosprecio de la madurez espiritual que requiere en el hechor el principio de culpabilidad; 4°) reponer el presidio perpetuo en los Códigos que lo hubieran suprimido, o bien exigir, en aquellos donde preexistía, que el preso cumpla la pena durante varias décadas, como presupuesto para la concesión de la libertad condicional, es decir, tornando la última imposible o convirtiéndola en preparación para la muerte, antes que del retorno del condenado a la vida en libertad; 5°) fomentar la delación y la soplonería, ya por la oferta de reducir la responsabilidad de los delincuentes que revelen los nombres de sus compañeros, ora por otorgar recompensas a los particulares que denuncien ciertos delitos o entreguen a sus autores, sea, en fin, por regular y declarar lícita la actuación de agentes provocadores y otros turbios sujetos que susurran noticias al oído del aparato policial, con lo que se tiende sobre la administración de justicia un manto de ruindad que corroe el poder de autoridad y el significado ético de la jurisdicción; 6°) favorecer prácticas extremas de autotutela entre los particulares, al dar inaudita extensión a las defensas privilegiadas o al tolerar o lisa y llanamente autorizar la instalación de defensas mecánicas predispuestas para matar a agresores o inocentes; 7°) facultar a los órganos policiales para que den a sus armas el uso que consideren mejor, con tal de impedir los delitos o evitar la evasión de detenidos o presos, o no conceder importancia a su empleo desproporcionado, cuando no derechamente homicida, todo ello en aras de la superior tarea de combatir la delincuencia; 8°) hacer de la hipocresía el fin de las penas, ora por postular para ellas un objetivo de recuperación social del condenado, mas sin destinar recursos a tal finalidad, pero sí a la menos onerosa de construir nuevas cárceles, que se añadan a las ya abarrotadas, ora por proponerse el objetivo de apoyar el sentimiento de seguridad jurídica de los ciudadanos, como eufemismo para atender, en verdad, los temores de éstos o de ciertos grupos de la población, y, en fin, 9°) desentenderse olímpicamente de las raíces profundas de la criminalidad y de la

política social necesaria para reobrar sobre las primeras y prevenir la segunda, con lo que se realza en el derecho únicamente su faceta de compulsión, se desvirtúa la majestad de su imperio y se reemplaza el monopolio legítimo de la fuerza por parte del Estado, con el ejercicio ciego de la violencia, sea la que procede de la entidad estatal, sea la desplegada por el ciudadano privado.

3. Para poner coto a estas prácticas y, muy especialmente, para que las piezas centrales del derecho penal se ajusten a la dignidad humana y a una organización liberal de la vida de relación, el constituyente puede echar mano de y acuñar un plexo de disposiciones, siquiera no todas posean la misma naturaleza e idéntica jerarquía. El contenido penal de ciertos preceptos incorporados a la Constitución no los convierte sin más en principios, pues —parafraseando la conocida caracterización de Canaris— no es principio aquella disposición que muestra la valoración que la informa sólo de un modo mediato o implícito.[8] Es lo que ocurre, por ejemplo, con la declaración de que determinados crímenes son imprescriptibles o no pueden ser objeto del derecho de gracia. Los principios, en cambio, tienen una vocación conformadora y constitutiva del derecho en su conjunto o de una parte diferenciada de él, vinculan la actuación de los órganos del Estado, particularmente la legiferante, e indican un norte estimativo para la interpretación de las normas y la construcción de los conceptos e instituciones jurídicos.

El más antiguo y difundido en las Constituciones contemporáneas es el de legalidad. Pero sabido es que la legalidad de delitos y penas, si no es material, tampoco representa una legalidad genuina. Por consiguiente, constituye un mérito de la Constitución del Perú, así como de su propuesta de reforma, el exigir que la ley defina *"de manera expresa e inequívoca"* el acto que sanciona penalmente. En esto va implícita la prohibición de la analogía, sí, pero no la determinación relativa de las puniciones ni la legalidad de las reglas que regulan estados peligrosos y les asocian medidas de seguridad, cuestiones que convendría tomar en cuenta, por más que el Código penal del Perú ha restringido considerablemente el enorme abanico de medidas que contenía el derogado, de 1924, y que declare en el artículo II de sus Principios Generales que también las medidas de seguridad están sometidas a la ley —el problema es que otra ley podría desconocerlo.[9]

---

[8] Cf. Canaris, *El sistema en la jurisprudencia*, colección Clásicos Contemporáneos, traducción de Juan Antonio García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 58-59.

[9] Sobre la inconveniencia de estampar en un código principios que el propio código u otras leyes pueden quebrantar sin embozo ni escrúpulo, nos extendemos en nuestro artículo "El nuevo Código penal del Perú (1991)", aparecido en la revista *Doctrina Penal*, año 14, n°s 55-56, Depalma, Buenos Aires, julio-diciembre de 1991, pp. (631-731) 640-641.

En todo caso, contrasta con la precisión y el afán exhaustivo que ésta y otras Cartas fundamentales exhiben al consagrar el principio de legalidad, el riguroso silencio que guardan sobre otros no menos incuestionables, singularmente los de ofensividad, culpabilidad y proporcionalidad. Claro es que un desarrollo de las jurisprudencias constitucional y ordinaria, apuntaladas por las doctrinas pública y penal, podrá hallarles un asidero en otros principios de jerarquía aún mayor como la dignidad humana y el Estado de Derecho, según se ha discurrido en diversos países. Sin embargo, para dar unas orientaciones más precisas a la actividad creadora de normas y a la propia jurisprudencia, incluso la constitucional, es preferible contemplarlos *expressis verbis*. No, empero, en el arco de una simple enunciación. Cuando, por ejemplo, se deja establecido que no hay delito si la ley que lo describe se abstiene de prever, como resultado de la actividad correspondiente, la *concreta* ofensa a algún bien jurídico, esto parece menos programático que una genérica mención del carácter ofensivo de la infracción punible —lo cual, por otra parte, no leo en la Constitución del Perú ni en su proyecto de reforma—. Asimismo, las exigencias de la culpabilidad pudieran quedar más satisfechas con la consagración constitucional del carácter personal de la responsabilidad penal, porque de esta forma se impone varios límites a la potestad punitiva del Estado: que se subordine a la ejecución de actos culpables —ya que la pena impuesta a actuaciones horras de culpabilidad menosprecia en su "autor" la condición de persona—; que las sanciones sólo pueden recaer en el sujeto personalmente responsable del delito; que la responsabilidad penal se extingue con la muerte del hechor, entre los más importantes.

Juzgo tarea inútil y hasta cierto punto ingenua que un documento legislativo pretenda zanjar la polémica en torno al fin de la pena, declarando solemnemente que ésta ha de ir en pos de alguno o de varios de los propuestos en la filosofía jurídico-penal. Es difícil que una declaración de este jaez sirva de efectiva mordaza a una discusión que interesa a la sociedad en su conjunto, no sólo a la comunidad de especialistas, y cuya historia es bien ilustrativa de cómo, cuando parecía que cierto fin había alcanzado general aceptación, bien pronto otros acuden a moderar su imperio o francamente a destronarlo. Una Constitución puede limitarse al objetivo de que las penas y, en su caso, las medidas de seguridad, se proporcionen a la gravedad objetiva y subjetiva del delito, lo que si a primera vista aparece como un propósito menos ambicioso, entraña, sin embargo, consecuencias de gran envergadura: primero, porque refuerza la idea, ya anunciada por el principio de legalidad, de que la ley no puede castigar comportamientos o modos de ser, sino actos bien acotados; segundo, por cuanto en la determinación legal y judicial de la pena han de resultar determinantes la intensidad del injusto y el grado de reprochabilidad que reflejen esos actos, y no consideraciones relativas a la conducta pasada o el pronóstico de lo que más adelante pueda hacer el autor; tercero, pues lleva consigo la prohibición de que unos límites mínimo y máximo muy distanciados entre sí desdibujen los marcos penales y, en definitiva, burlen las exigencias de la legalidad de las puniciones. No se me oculta

que el principio de proporcionalidad amadriga otras consecuencias, como la forma en que deben resolverse ciertos concursos aparentes de leyes penales, la manera en que deben ser penadas la tentativa y la participación criminal, y la ponderación de las diferentes figuras delictivas entre sí. Pero muchas de estas indicaciones para legislador y juez pueden considerarse inclusas en la norma constitucional que demande aquella proporción entre delito y pena.

También el principio de humanidad, eje y corona de todos los principios cardinales del derecho punitivo, está contenido en otro más general: el de la dignidad del hombre. Pero su más menuda expresión constitucional exige, por lo menos, la consagración de la necesidad de la pena, la extractividad (por retroactividad y ultractividad) de las leyes penales más benignas y la no ultractividad de las leyes temporales y excepcionales más gravosas para el reo, así como la proscripción de todas las penas contrarias al sentido de humanidad, es decir, y con arreglo a las valoraciones dominantes hoy, la de muerte, las perpetuas, aquellas cuya duración trae aparejados efectos destructores en la personalidad psíquica y social del condenado, y las que supongan formas veladas de confiscación de bienes.

Termino con una escueta advertencia, que no es mía, sino de un ilustre jurisconsulto peruano, don José Hurtado Pozo, y una reflexión: "Las disposiciones constitucionales solas no comportan garantía suficiente de que se tiene o va a tener una racional y eficaz política criminal".[10] La tarea de la jurisprudencia y la doctrina adquiere en esto superlativa importancia. La endémica falta de lineamientos claros sobre el problema penal en el programa y la actuación los partidos políticos, y la perniciosa tendencia a legislar sin orden ni concierto, siguiendo la espasmódica e insensata indicación de encuestas de opinión, de miedo al delito y otras de análogo jaez, coloca a jurisconsultos y tribunales ante una dura prueba, máxime cuando una gris insidia, que llueve copiosa y cotidianamente desde los denominados medios de información social, busca exagerar los males que aquejan a la administración de justicia, denostar a sus órganos y caricaturizar sus procedimientos y atribuciones, acusándolos de ineptitud para contener esa ola de criminalidad que afectaría a las urbes. Es una amarga ironía que la recta y consecuente aplicación judicial de los principios constitucionales llegue a ser el último dique con el que atajar los desbordamientos de aquel poder estatal al que esos principios debieran hablar en primera persona. Pero *aún quedan jueces en Berlín*. La mentalidad, empapada en la doctrina de la libertad, con que los jueces, todos los jueces, interpreten e impongan esos principios, se erige entonces como nuestra verdadera garantía constitucional.

---

[10] José Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Eddilí, Lima, 1987, p. 74.

Christoph Grammer (Alemania) *

Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma. Algunas consideraciones acerca de la desaparición forzada **

I. Introducción

La ratificación del Estatuto de Roma por parte de un Estado puede conducir en diversos aspectos a adaptaciones o a movimientos de reforma del derecho nacional. Y es que sería un contrasentido que un Estado se sometiese a las prescripciones del Estatuto de Roma sin asegurarse de que el ordenamiento nacional esté en armonía con ellas.

Por este motivo, el *objeto* de este trabajo es analizar las deficiencias del derecho nacional con relación al Estatuto de Roma. Este análisis deberá conducirnos entre otras cosas al *objetivo* de impulsar y proponer iniciativas de reforma en cada uno de los Estados.

Dentro de este contexto se prestará especial atención a la *desaparición forzada*. Se trata aquí de un delito internacional que en nuestro ámbito presenta un interés especial por dos motivos:

1. La desaparición forzada no es un delito tradicional, contrariamente a lo que sucede, por ejemplo, con el homicidio doloso. La percepción del fenómeno de la desaparición forzada a nivel internacional se produjo por primera vez en los años

---

* Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo de Brisgovia.

** Traducción de Teresa Manso Porto (Instituto Max Planck). El artículo está basado en la ponencia del mismo título que se presentó en el seminario internacional "Persecución penal nacional de crímenes internacionales desde una perspectiva comparada" organizado por la Fundación Konrad Adenauer y el Instituto Max Planck, del 27 al 28 de febrero de 2003 en Montevideo.

setenta.[1] Como crimen contra la humanidad fue recogido por vez primera en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, del año 1994 (entrada en vigor en 1996),[2] y cuatro años más tarde (entrada en vigor en 2002) en el Estatuto de Roma.[3] Por ello, muchos ordenamientos jurídicos desconocen todavía este delito o lo han conocido en todo caso muy recientemente, a raíz de los impulsos de derecho internacional que se acaban de mencionar. Precisamente para los Estados que han ratificado el Estatuto de Roma se produce una especial *presión de adaptación* con relación al delito internacional aquí analizado, es decir, con relación a la creación de un tipo penal de desaparición forzada.

2. En Latinoamérica existe un interés especial por el estudio de la figura de la desaparición forzada de personas. Esta región se ha visto afectada como ninguna otra por este delito. Debido a este bagaje histórico, los Estados y organizaciones latinoamericanos desempeñaron un papel decisivo en las negociaciones del Estatuto de Roma, lo que finalmente condujo a que por vez primera se incluyese este delito dentro del catálogo de crímenes contra la humanidad. Por otra parte, Latinoamérica es la única región del mundo en la que existen dos impulsos de derecho internacional para la creación de un tipo de desaparición forzada: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto de Roma.

Con ello puede decirse que la desaparición forzada de personas constituye un ejemplo especialmente adecuado para analizar detenidamente qué impulsos de adaptación genera el Estatuto de Roma sobre el ordenamiento nacional.

Este análisis se desarrollará de la siguiente manera: la cuestión central es si existe la suficiente necesidad de incluir en el ordenamiento nacional, en un tipo penal independiente, el crimen de la desaparición forzada previsto en el Estatuto. Previamente deberá exponerse qué es lo que se entiende exactamente por desaparición forzada, para así aclarar a continuación si existe una obligación de derecho internacional de castigarla penalmente.

II. Elementos de la desaparición forzada

Si se analizan los textos acerca de la desaparición forzada, se puede comprobar que existe entre ellos una amplia coincidencia. Las definiciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[4] y las del Estatuto de Roma[5]

---

[1] Blanc Altemir (*La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona, 1990, pp. 344 y ss.) ofrece amplias referencias acerca de las medidas internacionales en torno a la desaparición forzada.

[2] En el Preámbulo de la Convención: ‹http://www.derechos.net/doc/tratados/deso.html› (consulta: 15.1.2003).

[3] Artículo 7.1.*i*. El Estatuto de Roma está disponible en Internet: ‹http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm› (consulta: 15.1.2003).

[4] ‹http://www.derechos.net/doc/tratados/deso.html› (consulta: 15.1.2003).

[5] ‹http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm› (consulta: 15.1.2003).

no se diferencian esencialmente. Lo mismo cabe sostener en el marco de las Naciones Unidas con respecto a la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, del año 1992,[6] y a los trabajos preparatorios de una Convención Internacional para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada, de 1998.[7] Los cuatro textos *coinciden* en sus elementos esenciales.

Dentro de la acción se pueden distinguir dos vertientes. La primera se dirige contra el desaparecido y consiste en privarlo de libertad. Junto con ésta interviene una segunda vertiente de la acción, dirigida contra terceros (personas cercanas al desaparecido, activistas de organizaciones humanitarias, jueces o miembros de cualesquiera organizaciones estatales o supraestatales que estén a cargo de la protección de los desaparecidos); consiste en que se mantengan secretas las informaciones relativas al desaparecido o se impida su búsqueda.

Ambos actos están caracterizados por la participación directa o indirecta del Estado, que actúa con la intención de privar a los desaparecidos de protección legal.

III. Obligación internacional de castigar penalmente

El Estatuto de Roma no establece ninguna obligación directa de castigar penalmente los crímenes que allí se exponen, por cuanto descansa sobre la concepción general de que la persecución de crímenes internacionales es tarea primaria de cada uno de los Estados. En tal medida, se tienen también en cuenta intereses de soberanía nacional.[8] Ello queda expresado especialmente en el artículo 17 del Estatuto de Roma, que establece el principio de complementariedad, según el cual la Corte Penal Internacional solamente puede actuar cuando por razones de tipo jurídico o fáctico fracasa la persecución a nivel nacional.[9] Del principio de complementariedad se deriva un interés vital de cada uno de los Estados por hallarse en las mismas condiciones de perseguir crímenes internacionales que la misma Corte Penal Internacional (CPI), pues sólo entonces estarán en situación de impedir una persecución penal de la propia CPI. En otras palabras, si bien el Estatuto de Roma no establece ninguna obligación directa de castigar penalmente, el principio de complementariedad despierta un interés vital propio de todo Estado en castigar los delitos internacionales que se relacionan en el Estatuto de Roma.[10]

Al contrario de lo que sucede con el Estatuto de Roma, en el ámbito regional la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas contiene reglas

---

[6] General Assembly Resolution 47/33 de 18.12.1992, en *Enforced or involuntary disappearances*, United Nations Centre for Human Rights, Fact Sheet nº 6 (Rev. 1), Ginebra, 1993, pp. 17 ss.

[7] ‹http://www.derechos.net/doc/tratados/des.html› (consulta: 15.1.2003).

[8] Williams, "Artikel 17", en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, marg. 1.

[9] Ibídem, marg. 2.

[10] Satzger, "Das neue Völkerstrafgesetzbuch - Eine kritische Würdigung", en *NStZ* 2002, pp.125 y ss.

de punición bastante precisas y estrictas. Queda excluida cualquier justificación o disculpa, y la persecución penal internacional se facilita mediante la introducción del principio *aut dedere aut iudicare*.[11]

De manera similar a lo que establecen los preceptos de la Convención, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas parte de una obligación sin excepciones de castigar penalmente.[12] Este punto de vista puede considerarse dominante dentro de la *comunidad de Estados*.[13] Ello se deriva, por un lado, de los informes dirigidos por los Estados al Grupo de Trabajo, de cuya visión general se deduce que todos ellos están de acuerdo en que "la desaparición forzada […] debe ser investigada, perseguida y castigada".[14] Por otro lado, muchos de los instrumentos denominados *soft law* contienen obligaciones de castigar penalmente sin excepciones; por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas[15] o los trabajos de las Naciones Unidas para la elaboración de una Convención Internacional para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada.[16] Tanto la Comisión de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[17] como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[18] y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[19] han exigido, en el marco de la interpretación de los correspondientes preceptos que regulan los derechos humanos, que se castigue penalmente la desaparición forzada.

En conclusión, tomando como base esta *opinio iuris* dominante, puede partirse de la existencia de una obligación universal de castigar penalmente las desapariciones forzadas[20] que se deriva de las fuentes del derecho internacional.[21] El aspecto relativo a si esta obligación se enraíza en la costumbre internacional o en principios generales del derecho[22] no puede ser profundizado aquí por razones de espacio. En el

---

[11] Ambos, "Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen", en *Archiv des Völkerrechts* (1999) 37, pp. 318-356, 352 y ss.

[12] *Report* diciembre 1993 (E/CN.4/1994/26), § 45 (h); de manera similar, *Report* 1994 (E/CN.4/1995/36), § 45; *Report* 1995 (E/CN.4/1996/38), § 471 y ss.; *Report* 1996 (E/CN.4/1997/34), § 394 s.; *Report* 1997 (E/CN. 4/1998/43), § 416, 418 y s.; *Report* 1998 (E/CN.4/1999/62), § 336.

[13] Ambos, o. cit., p. 352.

[14] *Report* enero 1993 (E/CN.4/1993/25), p. 128, E 14; de manera similar, *Report* 1994 (E/CN.4/1995/43), § 418.

[15] General Assembly Resolution 47/33 de 18-12-1992, en *Enforced or involuntary disappearances*, United Nations Centre for Human Rights, Fact Sheet nº 6 (Rev. 1), Ginebra, 1993, pp. 17 y ss.

[16] ‹http://www.derechos.net/doc/tratados/des.html› (consulta: 15.1.2003).

[17] General Comment nº 6 (artículo 6), § 4, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1 (19.5.1989).

[18] Por ejemplo en CIDH, serie C, nº 4, cifras 155 y 158 (*Velásquez-Rodríguez*); CIDH, serie C, nº 5, 163 y 166 (*Godínez-Cruz*); CIDH, serie C, nº 70, cifra 128 y s. (*Bamaca-Velásquez*).

[19] *Informe anual 1992-93*, p. 116.

[20] Ambos, o. cit., pp. 353 y s.

[21] Cf. al respecto el artículo 38 del Reglamento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

[22] Ambos da preferencia a esta postura, pues ante la falta de uniformidad en la práctica de los Estados considera que la fuente de la costumbre internacional resulta problemática (o. cit., n. 1, pp. 330 y ss.).

ámbito regional latinoamericano existe, asimismo, una obligación internacional de castigar penalmente derivada de un tratado internacional.

Esta conclusión concuerda además con lo establecido en el apartado 6 del Preámbulo del Estatuto de Roma, que al parecer presupone la existencia de una obligación internacional de perseguir crímenes internacionales.[23]

IV. Necesidad de un tipo penal independiente

A la obligación internacional que acabamos de constatar, de castigar penalmente las desapariciones forzadas, le sucede inmediatamente la cuestión de cómo habría de llevarse a la práctica dicha obligación dentro del derecho penal nacional. *¿Se necesita para ello un tipo penal independiente?*

1. Objeciones

La exigencia de un tipo penal independiente no puede afirmarse sin más, antes de haberse enfrentado a las numerosas objeciones que se han hecho contra ella.[24]

1. A través de los tipos penales tradicionales, en especial los delitos contra la libertad y sus agravaciones —se sostiene—, se podría castigar suficientemente la desaparición forzada.[25] La creación de un nuevo tipo penal sería innecesaria. No tendría sentido crear siempre tipos penales nuevos que convierten al derecho penal en un mar insondable de preceptos y que se concentran en formas de comportamiento muy específicas. La creación de un nuevo tipo penal no tendría ninguna influencia en la resolución de los problemas relacionados con el castigo de las desapariciones forzadas. Dichos problemas se situarían más bien en otro plano muy distinto, que tendría que ver con una aplicación defectuosa del derecho penal tradicional.[26]

2. Un tipo penal que recogiese la desaparición forzada sería tan complejo como el propio fenómeno, pluriactivo y colectivo, de las desapariciones forzadas, y demasiado complicado para el derecho penal.

3. Los tipos penales ya creados se habrían valorado de manera precipitada como una victoria para los derechos humanos: siempre como un paso importante en la lucha contra la figura, ya consolidada en el derecho internacional, de la desaparición forzada y

---

[23] Satzger, "Das neue Völkerstrafgesetzbuch - Eine kritische Würdigung", en *NStZ* 2002, p. 125.

[24] En ocasiones se diría lo contrario, cf. p. ej.: Dallari, en *Le refus de l'oubli*, París, 1982, p. 90; González Gartlant, en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, p. 77 (quien exige una ley independiente); Molinas, ibídem, p. 14; Wlasic, en *La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad*, Buenos Aires, 1989, p. 97.

[25] Bacigalupo, en *Le refus de l'oubli*, o. cit., p. 96; G. D. Fernández, en una toma de postura inédita dirigida por escrito al autor, 3.4.2002; J. B. Maier, en una toma de postura inédita dirigida por escrito al autor, 14.3.2002.

[26] Moreno Ocampo (en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, o. cit., pp. 125 y ss.) no se opone, pese a estas objeciones, a un tipo penal independiente.

como la consecuente puesta en práctica de la correspondiente obligación de derecho internacional de castigar penalmente. Sin embargo, tal perspectiva, que es propia de los juristas del campo del derecho internacional de los derechos humanos pero no de los penalistas, parece desconocer que estos tipos penales tan celebrados no son en absoluto necesarios para la puesta en práctica de la obligación internacional de castigar penalmente y que, por el contrario, lesionan de forma innecesaria e injustificada los derechos humanos del imputado, que en derecho penal, de manera distinta de lo que sucede en el derecho internacional, también han de ser protegidos. Sancinetti ha acuñado en este contexto el concepto de *simulación de protección de los derechos humanos*.[27]

Dicho brevemente, en opinión de los críticos existe el peligro de que con el tipo penal de la desaparición forzada se cree un tipo complejo e innecesario que únicamente "simule" una protección de derechos humanos, mientras que en realidad se estarían lesionando de manera injustificada los derechos de los acusados.

2. Fundamento de la necesidad

A. Las afectaciones de bienes jurídicos en particular

Según lo expuesto, parece que el interrogante sobre la legitimación de un tipo penal independiente está sobradamente justificado.

La respuesta debe comenzar a buscarse en el injusto específico de la desaparición forzada. Si las afectaciones de bienes jurídicos propias de la desaparición forzada no están recogidas en los tipos penales tradicionales, entonces es necesario un tipo independiente, y ello no sólo para responder de forma adecuada a la obligación internacional de castigar penalmente. *¿Cuáles son entonces los bienes jurídicos que se ven afectados por las desapariciones forzadas?*

En primer lugar, en relación con las afectaciones de bienes jurídicos del desaparecido, la desaparición forzada lesiona, evidentemente, el derecho a la libertad personal. Pero la afectación esencial del desparecido no es la lesión de su libertad; la afectación esencial es la *total puesta en peligro de su persona*.[28] Innumerables experiencias, especialmente en Latinoamérica, muestran que el desaparecido corre enorme peligro de ser víctima de una larga lista de lesiones de bienes jurídicos, en cuyo triste final se encuentra a menudo la eliminación de su persona. Basta mencionar aquí, a modo de ejemplo, algunas de las lesiones que suelen amenazarlo: condiciones de vida inhumanas, tortura, violación y degradación del desaparecido a un número o a un objeto.

La Corte Interamericana también contempla la extensa situación de puesta en peligro del desaparecido cuando manifiesta:

---

[27] Disidencia parcial sobre la desaparición de un tipo penal de *desaparición forzada de personas*, al diputado Bernardo P. Quinzio, IV.

[28] En relación con este peligro concretamente, véase Bustos Ramírez, en *Le refus de l'oubli*, o. cit., p. 122; Aragón, en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, o. cit., p. 118.

> La desaparición forzada o involuntaria constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos.[29]

Esta puesta en peligro se sustenta en dos factores: primero, el hecho de que el Estado esté involucrado en lo sucedido, lo cual está vinculado con la intención de suspender la protección legal del desaparecido; segundo, la combinación metódica de ambos actos, es decir, de la privación de libertad y el ocultamiento de dicha privación de libertad. Esta concatenación lleva a una absoluta incertidumbre respecto al desaparecido, la cual caracteriza su situación de indefensión y desamparo y, con ello, la puesta en peligro de su vida.

Estos dos pilares —la participación estatal y el proceder metódico— fundamentan la afectación esencial de bienes jurídicos del desaparecido: una puesta en peligro total. Pero ambos factores afectan al mismo tiempo a otros dos ámbitos.

En primer término, *a las personas cercanas al desaparecido*, fundamentalmente sus familiares más próximos. Éstos se ven lesionados en su *integridad personal, en particular en su estrecha relación personal*. Tienen que asumir impasiblemente la desaparición sin rastro alguno de su ser querido; no pueden ayudarlo ni establecer contacto con él, mientras que el Estado por su parte no les presta asistencia, e incluso en algunos casos les genera dificultades o los amenaza.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos constata al respecto:

> Esta cuestión que plantea la Comisión, sólo puede ser examinada en relación con los familiares del señor Nicholas Blake, ya que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares, es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigarlos.[30]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegan a admitir en numerosos casos que la incertidumbre acerca de la suerte que haya corrido la persona querida, unida a la hostilidad del Estado hacia los familiares, constituye un "tratamiento inhumano" en el sentido del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos[31] y del artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.[32]

---

[29] CIDH, serie C, nº 36, cifra 66 (*Blake-Fall*); CIDH, serie C, nº 70, cifra 128 (*Bamaca-Velásquez-Fall*).

[30] CIDH, serie C, nº 36, cifra 114 (*Blake-Fall*).

[31] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso *Timurtas/Turquía*, sentencia de 13.6.2000, § 91 y ss.; TEDH, caso *Tas/Turquía*, sentencia de 14.11.2000, § 77 y ss.; TEDH, caso *Cicek/Turquía*, sentencia de 27.2.2001, § 170 y ss.; TEDH, caso *Chipre/Turquía*, sentencia de 10.5.2001, § 170 y ss.

[32] CIDH, serie C, nº 70, cifra 165 s. (caso *Bamaca-Velásquez*).

Además, ambos factores —es decir, el hecho de que se involucre el Estado con la intención de suspender la protección legal del desaparecido y la combinación metódica de la privación de libertad y de su ocultamiento— producen la lesión de *bienes jurídicos colectivos*.

Mediante la desaparición forzada se logra una suspensión absoluta de los mecanismos existentes de protección del individuo. Jueces penitenciarios, por no decir el tercer poder estatal por completo, comisionados de derechos humanos e investigadores asignados, pero también mecanismos de protección al margen del derecho, como la prensa o la integración del desaparecido en su entorno social, su familia, su ambiente profesional o político…, todos estos mecanismos de protección ya no pueden asistir al desaparecido. Mediante la desaparición forzada se genera miedo y terror en toda la sociedad, que se ve a merced de tales métodos de opresión, sin ningún tipo de protección. Se lesiona así *la seguridad pública*.

La desaparición forzada se caracteriza, asimismo, por el hecho de que el Estado, que tiene a su cargo la protección del individuo, está involucrado en el crimen. El protector se convierte al mismo tiempo en un autor alevoso e hipócrita.[33] Esta circunstancia va más allá de la lesión de la seguridad pública: lesiona los fundamentos del Estado de Derecho en su totalidad. En tal medida, se podría hablar de lesión del bien jurídico *Estado de Derecho*, concebido éste como aquello que justifica de manera indispensable la existencia del Estado (moderno).

En resumen, se puede sostener que a través de la desaparición forzada se da lugar a una pluralidad de afectaciones de bienes jurídicos en *tres niveles*:

1. El desaparecido se ve lesionado en su libertad personal y sobre todo se pone en peligro la totalidad de sus bienes jurídicos.
2. La personas cercanas se ven lesionadas en su integridad personal, en particular en su estrecha relación personal, lo que en ocasiones puede llevar incluso a un *tratamiento inhumano*.
3. Y en cuanto a los bienes colectivos, mediante la suspensión de todos los mecanismos de protección del individuo se lesiona la seguridad pública, mientras que con la participación del Estado en el crimen se lesiona el Estado de Derecho.

B. Valoración de estas afectaciones de bienes jurídicos

Aparte de la lesión de la libertad que sufre el desaparecido, todas las lesiones de bienes jurídicos pueden reconducirse a los dos factores ya mencionados. Por un lado, la participación del sistema estatal, es decir, un aspecto *sistémico específico*. Por el otro, la vinculación de la privación de libertad con el ocultamiento del hecho, es decir, un aspecto *metódico-sistemático*. Por lo tanto, resultaría lógico cualificar el injusto específico de la desaparición forzada como un *injusto sistemático*.

---

[33] Giovannoni, "Proyectos de legislación interna sobre la desaparición forzada", en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, o. cit., p. 301. Nevares, "Palabras inaugurales", ibídem, p. 22.

Este carácter se manifiesta fundamentalmente en que el injusto sistemático de la desaparición forzada supera a la suma de los injustos de sus actos individuales —privación de libertad y ocultamiento—. Constituye un verdadero valor añadido o, si se quiere, un *disvalor añadido*.

C. La consecuente legitimación de un tipo penal independiente

Con el objeto de justificar la creación de un tipo penal independiente, es necesario aclarar si el injusto sistemático de la desaparición forzada que se acaba de analizar es recogido de manera suficiente por los tipos penales tradicionales comunes. Si tal fuera el caso, un tipo penal independiente resultaría superfluo.

La persecución de desapariciones forzadas que hasta ahora se ha producido, se ha limitado exclusivamente al injusto del *primer nivel*, es decir, el que ha sufrido el propio desaparecido.[34] Ello se muestra en los procesos contra Videla et al. y contra Camps et al., y lo mismo sucede en los procesos penales que se han llevado a cabo o están pendientes en Europa. En ellos sólo se aplican tipos que castigan *lesiones* de bienes jurídicos del propio desaparecido, en especial la privación de libertad.

En los casos en que puede probarse más que la desaparición, es decir, en aquellos en que se logra constatar también la tortura o la muerte, evidentemente también entran en consideración los tipos penales de lesión corporal u homicidio doloso.[35]

Una superposición del injusto recogido en los tipos comunes y del injusto específico de la desaparición forzada se produce —en los casos en los que sólo se puede probar la desaparición— únicamente respecto a la lesión de la libertad personal. La parte esencial del injusto específico de la desaparición forzada, el *injusto sistemático* (la puesta en peligro total del desparecido, la lesión de las personas cercanas y de la sociedad), no se tiene en absoluto en cuenta en el plano de la *tipicidad*. Consecuentemente, también los jueces valoran estas circunstancias de manera global en el marco de la determinación de la pena.

> Los delitos que han constituido objeto de este proceso no sólo incluyen las figuras más graves previstas en el ordenamiento jurídico, sino que han sido ejecutados en forma generalizada y por un medio particularmente deleznable cual es el aprovechamiento clandestino del aparato estatal.
>
> Ese modo de comisión favoreció la impunidad, supuso extender el daño directamente causado a las víctimas a sus familiares y allegados, totalmente ajenos a

---

[34] Con razón critica Sancinetti que en Argentina el tipo de la rebelión (artículo 226 del Código Penal argentino) no se halla sometido en absoluto a consideración (Sancinetti y Ferrante, *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht - Argentinien*, Friburgo de Brisgovia, 2002, p. 247; Sancinetti, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, 1988, pp. 18 y ss.).

[35] En el marco de estos tipos de lesión es posible tener en cuenta también aspectos sistemáticos: por ejemplo, la "realización conjunta" de una lesión corporal (cf. artículo 224.1.4° del Código Penal alemán) o tipos cualificados de homicidio ("premeditazione", artículo 577.1.4° del Código Penal italiano). Sin embargo, ello no sirve de nada en los numerosos casos de desapariciones forzadas en los que dichas lesiones no pueden probarse.

> las actividades que se atribuían a aquéllas, e importó un grave menoscabo al orden jurídico y a las instituciones creadas por él.[36]

En razón de lo expuesto, para poder tomar en consideración el injusto sistemático específico de la desaparición forzada del modo que corresponde, es urgentemente necesario crear un tipo independiente de desaparición forzada.

Por lo demás, tal legitimación de un tipo penal independiente de desaparición forzada fundamentado en la necesidad de castigar el injusto sistemático encuentra un importante apoyo en el Estatuto de Roma. Éste considera como crimen contra la humanidad no sólo "la desaparición forzada" (artículo 7.1.*i*), sino también, "la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional" (artículo 7.1.*e*). Si el núcleo de injusto de la desaparición forzada residiera en la lesión de la libertad, entonces las letras *e* e *i* se superpondrían, pues resultaría que el absoluto ocultamiento de la privación de libertad siempre se tendría que valorar al mismo tiempo como infracción de las reglas fundamentales del derecho internacional.[37] En cambio, una mención adicional de la desaparición forzada sí tendría sentido cuando la *ratio* del tipo se ve en el castigo del injusto sistemático; esto es, no sólo en la lesión de la libertad del desaparecido, sino también en su puesta en peligro total y en la lesión de los familiares y de la sociedad.

Tampoco resulta problemática de acuerdo con esta interpretación la relación entre los artículos 7.1.*i* ("desaparición forzada") y 7.1.*a* ("asesinato"), en la medida en que, en un caso de desaparición forzada, el asesinato consiste precisamente en la concreción (demostrable) de la puesta en peligro para la vida que provoca la desaparición forzada. Sin embargo, en un caso así ambos delitos siguen estando en una relación de concurrencia ideal, pues, si bien el homicidio doloso abarca la puesta en peligro del desaparecido, no incluye en cambio las lesiones de bienes jurídicos de las personas cercanas o las lesiones a la sociedad.

Con ello, la interpretación que se propone permite una ordenación razonable de los tipos dentro del catálogo de crímenes internacionales del Estatuto.

V. Conclusiones finales

1. Para los países miembros de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas existe por el derecho internacional una *obligación de castigar penalmente* la desaparición forzada. Para el resto de los Estados, la obligación de castigar se deriva de las fuentes generales del derecho internacional. En este contexto, el Estatuto de Roma no instituye ninguna obligación específica de castigar

---

[36] *La sentencia,* II, p. 843.

[37] Hall, ("Artikel 7", en Otto Triffterer [ed.], *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal. 1,* Baden-Baden, 1999, marg. 38) menciona expresamente como ejemplo de circunstancias que podrían fundamentar una "grave supresión de la libertad corporal": "[…] the detention was secret or the detainee otherwise cut off from the outside world".

penalmente. Pero al menos sí despierta un interés propio de carácter vital para cada uno de los Estados, en cuanto a poder anticiparse a la persecución penal de la Corte Penal Internacional a través de la aplicación de sus propias reglas nacionales.

2. La desaparición forzada no se recoge satisfactoriamente en los tipos penales comunes y tradicionales. Para castigar el injusto *sistemático* como elemento específico de la desaparición forzada —la puesta en peligro total del desaparecido, la lesión de bienes jurídicos de personas cercanas y de la propia sociedad— se necesita un tipo penal independiente.

3. La puesta en práctica de la obligación de derecho internacional de castigar penalmente, o bien de los intereses vitales para cada Estado que resultan del Estatuto de Roma en relación con la desaparición forzada, deberían, por ello, llevarse a cabo en el derecho nacional a través de la creación de un tipo penal independiente.

VI. Perspectivas

En el marco de este estudio no es posible, por razones de espacio, tratar otros problemas centrales del tipo de la desaparición forzada. En otro lugar,[38] se deberá analizar, por tanto, en qué medida la comisión colectiva característica de la desaparición forzada debe incidir en la estructura del tipo penal. De mismo modo, tampoco puede tratarse el tema de la exacta definición de la desaparición forzada, el carácter permanente y la parte subjetiva del hecho. Asimismo, no cabe aquí una toma de postura respecto a si las reglas existentes pueden o no hacer frente a estas cuestiones de manera adecuada.

---

[38] Cabe remitir aquí a una tesis doctoral que se encuentra en preparación: Grammer, *Der Straftatbestand des zwangsweisen Verschwindenlassens*.

Bibliografía[39]

Informes

Informes del grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre la desaparición forzada de personas:

- *Report diciembre 1993* (E/CN.4/1994/26).
- *Report 1994* (E/CN.4/1995/36).
- *Report 1995* (E/CN.4/1996/38).
- *Report 1996* (E/CN.4/1997/34).
- *Report 1997* (E/CN. 4/1998/43).
- *Report 1998* (E/CN.4/1999/62).
- *Report enero* 1993 (E/CN.4/1993/25).
- *Report 1994* (E/CN.4/1995/43).

Convención Interamericana de Derechos Humanos:

- *General Comment* nº 6 (artículo 6), NU Doc. CCPR/C/21/Rev.1 (19-5-1989).
- *Informe anual 1992-93*.

Monografías

BLANC ALTEMIR, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, 1990.

SANCINETTI y FERRANTE, *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht - Argentinien*, Friburgo de Brisgovia, 2002.

SANCINETTI, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, 1988.

Artículos en obras colectivas, comentarios y revistas

AMBOS, "Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen", en *Archiv des Völkerrechts* (1999) 37, pp. 318-356.

ARAGÓN, "La inclusión de la desaparición forzada de personas en la ley penal es una urgente necesidad de la sociedad argentina", en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 107-123.

BACIGALUPO, "L'application du droit interne", en *Le refus de l'oubli*, París, 1982, pp. 95-102.

BUSTOS RAMÍREZ, "Le délit de disparition forcée, crime contre l'humanité et mesures préventives internationales", en *Le refus de l'oubli*, París, 1982, pp. 103-113.

DALLARI, "Le crime de disparitions", en *Le refus de l'oubli*, París, 1982, pp. 89-93.

GIOVANNONI, "Proyectos de legislación interna sobre la desaparición forzada", en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 297-312.

[39] Todas las referencias de Internet fueron consultadas el 15.1.2003.

GONZÁLEZ GARTLANT, "La desaparición forzada de personas frente al Derecho Penal argentino: una propuesta", en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 77-94.

HALL, "Artikel 7", en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal. 1*, Baden-Baden, 1999.

MOLINAS, "Palabras preliminares", en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 13-15.

MORENO OCAMPO, "La importancia de la prueba en el juzgamiento de la desaparición forzada de personas", en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 125-135.

NEVARES, "Palabra inaugurales", en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 21 y ss.

SATZGER, "Das neue Völkerstrafgesetzbuch - Eine kritische Würdigung", en *NStZ* 2002, pp. 125-132.

WILLIAMS, "Artikel 17", en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal. 1*, Baden-Baden, 1999.

WLASIC, "Secuestro y desaparición: las tácticas de la guerra del capital financiero", en *La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad*, Buenos Aires, 1989, pp. 97-104.

Fuentes inéditas

FERNÁNDEZ, G. D., Toma de postura frente al autor, efectuada por escrito y relativa al tipo penal de la desaparición forzada, 3.4.2002.

MAIER, J. B, Toma de postura frente al autor, efectuada por escrito y relativa al tipo penal de la desaparición forzada, 14.3.2002.

SANCINETTI, Disidencia parcial sobre la desaparición de un tipo penal de "desaparición forzada de personas", al diputado Bernardo P. Quinzio.

Fuentes jurisprudenciales

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Acceso Internet: ‹http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp›.

- *Timurtas/Turquía*, sentencia de 13-06-2000.
- *Tas/Turquía*, sentencia de 14-11-2000.
- *Cicek/Turquía*, sentencia de 27-02-2001.
- *Chipre/Turquía*, sentencia de 10-05-2001.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C. Acceso Internet: ‹http://www.oas.org›.

- *Velásquez-Rodríguez*, nº 4.
- *Godínez-Cruz*, nº 5.
- *Blake*, nº 36.
- *Bámaca-Velásquez*, nº 70.

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal de 9.12.1985. *La sentencia* (2 t.), Buenos Aires, 1987.

Textos de instrumentos internacionales

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas: ‹http://www.derechos.net/doc/tratados/deso.html›.

Estatuto de la Corte Penal Internacional: ‹http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm›.

Naciones Unidas, General Assembly Resolution 47/33 de 18.12.1992, *Declaration on the protection of All Persons from Enforced Disappearance*, United Nations Centre for Human Rights, Fact Sheet nº 6 (Rev. 1), *Enforced or involuntary disappearances*, Ginebra, 1993, pp. 17 y ss.

Naciones Unidas, preparación de una Convención Internacional para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas: ‹http://www.derechos.net/doc/tratados/des.html›.

VI. Derecho internacional público

- *Pablo Dermizaky P. (Bolivia)*
  Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario

- *Carlos A. Morales-Paulín (México)*
  El derecho procesal constitucional supranacional. Una aproximación

- *Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina)*
  El derecho internacional ante una posible "preconstitucionalidad" mundial

- *Héctor Gros Espiell (Uruguay)*
  La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak

- *Karl-Heinz Kamp (Alemania)*
  Intervenciones militares cautelares *(preemptive strikes):* ¿una nueva realidad de la política de seguridad?

- *Miguel Ángel Iglesias Río (España), Teresa Medina Arnáiz (España)*
  Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea

Pablo Dermizaky P. (Bolivia) *

Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario

I. La integración

Así como el hombre es un animal gregario que no puede vivir aislado sino en sociedad, los pueblos han tendido, desde antiguo, a asociarse para facilitar la solución de sus problemas. Ejemplos de integración los encontramos en todos los tiempos: las anfictionías de las ciudades antiguas en Grecia, y las ciudades hanseáticas del norte de Europa que mantuvieron una asociación comercial durante cinco siglos.

Modernamente, la integración es un fenómeno que reaparece después de la Segunda Guerra Mundial en los cinco continentes; fenómeno universalizado con la globalización que domina las dos últimas décadas del siglo XX y que coexiste —extraña paradoja— con una tendencia a la fragmentación alimentada por nacionalismos, regionalismos y parroquialismos.

La integración es un proceso que no cesa de evolucionar, y que se construye a lo largo de grandes épocas. La integración europea, por ejemplo, lleva más de medio siglo y es probable que no culmine en la unión política antes de otro medio siglo; si es que puede hablarse de "culminación" en los procesos sociales complejos, que se forman y se transforman permanentemente.

La integración crea y modifica instituciones de derecho, como trataremos de explicar en este trabajo.

---

* Ex profesor de Derecho Constitucional, de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón, Cochabamba, Bolivia. Primer presidente y fundador del Tribunal Constitucional de Bolivia (1998-2001). Miembro honorario de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. Miembro titular no residente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

II. Derecho interno y derecho internacional

El Estado de Derecho contemporáneo, nacido con las revoluciones de finales del siglo XVIII, tiene dos fuentes: una interna y otra externa, el derecho nacional y el internacional. Ambas fuentes se relacionan y coordinan de suerte que no pueden existir una sin la otra. Esta realidad determina que haya perdido significación la controversia entre las teorías *dualista* y *monista* del derecho. Como es sabido, la primera sostiene que los dos sistemas jurídicos, interno y externo, tienen existencia independiente y separada, mientras que la monista sostiene la unidad de ambos porque se relacionan tan estrechamente que no es posible aislarlos ni en teoría ni en la práctica.

El argumento clásico de la teoría monista fue expuesto por Hans Kelsen en la tercera década del siglo XX, una época en que, como él lo reconoce, eran mayoría quienes se adscribían a la tesis dualista. El pensamiento de Kelsen en esta materia puede resumirse en los siguiente puntos:

1. El derecho internacional determina los ámbitos *temporal*, *material* y *personal* de validez del orden jurídico nacional. En el primer caso, al regular el nacimiento y la desaparición de los Estados, fija en el tiempo la vigencia de su derecho interno. En el segundo y tercer casos, determina sobre qué territorio (material) y población (personal) rige ese derecho nacional.
2. El orden jurídico internacional sólo tiene significación como parte de un orden jurídico universal que comprende a todos los órdenes nacionales. Así, las normas de ambos órdenes, interno y externo, tienen validez simultánea y no pueden, por ello, formar sistemas distintos e independientes.
3. Cualquier asunto "doméstico" en la vida de un Estado puede ser materia de un tratado internacional. A su vez, muchos tratados internacionales tienen ejecutoriedad propia, es decir, son autoejecutables (*self-executing*) porque se aplican directamente en el orden jurídico interno, sin necesidad de leyes ni de reglamentos nacionales. En estos casos, el derecho internacional y el derecho nacional se confunden, son uno solo (ejemplo: el Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 25 dispone la tutela judicial efectiva contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en la ley y en la Convención).

A propósito, el artículo VI, numeral 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América y el artículo 31 de la Constitución de la República Argentina disponen: "esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación". Basándose en este precepto, la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina ha dictaminado: "puede afirmarse en principio, que la sola aprobación de los tratados internacionales de acuerdo con el procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a éstos al derecho interno de la Nación". Y la corte Suprema de ese país ha avanzado más en este terreno al

disponer que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias en el derecho interno.[1]

4. El derecho internacional es un orden jurídico superior a todos los órdenes jurídicos nacionales —afirma Kelsen—, y éstos, como órdenes inferiores, son "delegados" por aquél y forman con él un orden jurídico universal.[2] En palabras de Lord Denning (citado por Gordillo), las normas supranacionales son una "marea creciente [que] penetra en los estuarios y sube por los ríos".

La evolución experimentada por el derecho internacional después de la Segunda Guerra Mundial le concede preferencia sobre el derecho nacional, tal como lo reconoce el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone que un Estado "no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Esta preferencia limita relativamente el concepto clásico de *soberanía*; pero no el de supremacía constitucional, ya que de la Constitución depende el rango que el derecho interno de cada país reconoce a los tratados internacionales. Sobre el particular, los criterios de valoración de dichos tratados que hacen las Constituciones pueden reunirse en cuatro grupos:

a. Jerarquía *supraconstitucional*, por la que los instrumentos internacionales se sobreponen al derecho interno, incluida la Constitución. Por ejemplo, el artículo 91.3 de la Constitución de los Países Bajos dispone:

> […] si un Tratado contuviere estipulaciones que se aparten de lo dispuesto en la Ley Fundamental o que impongan forzosamente el apartamiento, las cámaras sólo podrán otorgar la ratificación con el asentimiento de dos tercios, por lo menos, del total de votos emitidos.

b. Jerarquía *constitucional*, que reconoce a los tratados el mismo rango que a la Constitución, como es el caso del artículo 75-22 de la Constitución argentina de 1994, que da ese carácter a los tratados sobre derechos humanos que enumera. Lo propio ocurre con las Constituciones de Ecuador, de 1998 (artículo 163); de Venezuela, de 1999 (artículo 153), y de Nicaragua, de 1987 (artículo 46).
c. Jerarquía *supralegal*, según la cual los tratados se sobreponen a las leyes ordinarias, pero no pueden modificar la Constitución. En este caso están Honduras (artículo 18), Argentina (artículo 75-22) respecto a tratados no sobre derechos humanos, Honduras (artículo 18 de la Constitución de 1983) y el Salvador (artículo 144 de la Constitución del mismo año).
d. Jerarquía *legal*, por la que los tratados se equiparan a las leyes ordinarias. Es el caso de Bolivia, entre otros.

---

[1] Agustín Gordillo y otros, *Derechos humanos*, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, pp. II-5.

[2] Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y el Estado*, 3ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969, pp. 417-418.

III. Derecho internacional de los derechos humanos

Este derecho nació en 1945 con la Carta de las Naciones Unidas, cuyo artículo 1.3 declara que uno de los propósitos de la Organización es "realizar la cooperación internacional […] en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". En 1946 se creó la Comisión de Derechos Humanos y en 1994 el Alto Comisionado de Naciones Unidas por los Derechos Humanos.

El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la ONU. aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el 16 de diciembre de 1966 fueron aprobados el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Protocolo Facultativo de este último. Este protocolo, al que Bolivia se adhirió mediante decreto supremo nº 18.950, de 17 de mayo de 1982, reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos creado en el Pacto, para "recibir y considerar comunicaciones de individuos […] que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto". Estas comunicaciones sólo procederán cuando los denunciantes hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna. Recibida la comunicación, el Comité la pondrá en conocimiento del Estado aludido, el que deberá informar al Comité en el plazo de seis meses. Las violaciones de derechos denunciadas por individuos contra un Estado podrán ser incluidas en el informe que el Comité de Derechos Humanos debe presentar cada año a la Asamblea General de las Naciones.

Los tratadistas asignan los siguientes caracteres al derecho internacional de los derechos humanos:

a. Se dice que es un derecho *ideológico* porque exalta los valores inherentes a la dignidad del ser humano; valores de trascendencia universal, aunque sus raíces filosóficas varíen con las culturas.
b. Es, en principio, complementario del derecho interno, porque los derechos y libertades individuales fueron reconocidos oficialmente por el Estado de Derecho liberal burgués en el siglo XVIII, ampliados por el Estado social de Derecho de comienzos del siglo XX, y complementados en el Estado constitucional de Derecho de la segunda mitad del siglo XX. Vale decir que los llamados *derechos de las tres generaciones* son producto del derecho constitucional que encuadra los tres modelos mencionados de Estado de Derecho.

El derecho internacional de los derechos humanos se deriva, pues, del derecho interno, toda vez que los sistemas de protección de los mismos resultan insuficientes en el marco del Estado, cuando éste es regido por gobiernos autoritarios que obligan a recurrir a mecanismos internacionales colocados por encima del derecho interno. Por esta razón, además de *complementario*, el derecho internacional de los derechos humanos es *subsidiario* del derecho interno, porque la jurisdicción internacional solamente se abre cuando se han agotado los recursos en la vía interna, y no antes. A

propósito, el artículo 46.*a* del Pacto de San José dispone que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitirá peticiones o comunicaciones de personas o entidades cuando "se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional general reconocidos". Similar previsión consta en el artículo 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

c. El derecho internacional de los derechos humanos es *autoejecutable* porque se incorpora directamente en el derecho interno de los Estados contratantes, como vimos en el punto II, en virtud de las estipulaciones de dichos tratados (véanse los artículos 1 y 2 del Pacto de San José) y conforme a sus constituciones políticas (artículos VI y 31 de las constituciones de Estados Unidos de América y de Argentina, respectivamente).
d. La persona humana se convierte en *sujeto de derecho internacional*, con personalidad reconocida para plantear peticiones, denuncias y quejas ante los órganos jurisdiccionales competentes, por violaciones a sus derechos (artículos 44 del Pacto de San José y 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

IV. Derecho comunitario

Se llama derecho comunitario al derecho de la integración, en el entendido de que este proceso forma o tiende a formar *comunidades* de naciones con idénticos propósitos. Se hablaba así de las Comunidades Europeas (ahora Unión Europea) y actualmente de la Comunidad Andina de Naciones.

1. Derecho comunitario europeo

La integración europea es el proceso más antiguo y el más avanzado. Comenzó en 1951 con la firma en París del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) por Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. Prosiguió con los Tratados de Roma de 1957, que instituyeron la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (Euratom). Avanzó en el Tratado de Maastricht (Países Bajos), de 1992, de la integración económica a la integración social, política y monetaria de la Unión Europea (UE), y la Convención Europea discute el Tratado Constitucional de la Unión, que aprobará una Constitución Europea.

El Tribunal Europeo de Justicia ha jugado un papel decisivo en la formación y el desarrollo del orden jurídico comunitario. El Tratado de 1951 que instituyó la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) incluía un tribunal con jurisdicción obligatoria, lo que entonces era una novedad. El Tribunal es, junto con el Parlamento, el Consejo y la Comisión europeos, uno de los cuatro órganos rectores de la Unión Europea.

Una de las primeras sentencias del Tribunal (*Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963) trazó las líneas maestras del derecho comunitario europeo. Dice, en sus partes principales:

> Considerando que el objetivo del Tratado CEE, que es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que dicho Tratado constituye algo más que un Acuerdo, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes;
>
> Que esta concepción está confirmada por el Preámbulo del Tratado, que, además de a los gobiernos, se refiere a los pueblos, y lo hace de forma más concreta, mediante la creación de órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos;
>
> Que, por esas razones, ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyo sujeto son no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales.

La sentencia marca un hito porque identifica la integración no sólo como una comunidad de Estados, sino también de pueblos y de ciudadanos. Ésta y otras sentencias posteriores del mismo tribunal sentaron los siguientes principios básicos del derecho comunitario:

a. El *efecto* directo del derecho originario y derivado comunitario, lo que equivale a la autoejecutabilidad de tratados y convenios, a que nos hemos referido anteriormente.
b. *Primacía* del derecho comunitario sobre el derecho interno (sentencia *Francovich*, de 19 de noviembre de 1991).
c. *Responsabilidad* del Estado por daños causados a los particulares debido a violaciones de derechos.[3]

El derecho originario lo forman los tratados fundacionales y básicos de la Unión. El derecho derivado consiste en directivas, resoluciones y reglamentos de los órganos comunitarios. El primero se inserta en los ordenamientos nacionales a través de los procedimientos previstos en las constituciones respectivas; el segundo se incorpora automáticamente con la sola publicación de los actos pertinentes.

Es interesante anotar que el Tribunal Europeo de Justicia compulsa el derecho de los Estados miembros en los casos de responsabilidad extracontractual de la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 215 del Tratado de Roma, y en otros casos como el de los derechos fundamentales. De esta manera, el derecho comparado es uno de los ingredientes del derecho comunitario.[4]

---

[3] Gil Carlos Rodríguez Iglesias, "Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 1999, p. 29.

[4] Ibídem, p. 42.

El derecho constitucional europeo se abre a la integración a través de las llamadas *cláusulas de apertura* que, de manera general, autorizan al Estado a conceder, en condiciones de reciprocidad, limitaciones a su soberanía para asegurar la paz y la justicia (preámbulo de la Constitución Francesa de 1946 y artículo 11 de la Constitución de Italia); para transferir derechos de soberanía (Alemania, artículo 24); para transferir competencias legislativas, ejecutivas o judiciales (Holanda, artículo 92, y Luxemburgo, artículo 49 *bis*); para transferir poderes determinados (Bélgica, artículo 25 *bis*); para atribuir a organizaciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (España, artículo 93, y Grecia, artículo 28.2, que además incluye "aceptar restricciones o limitaciones de la soberanía", artículo 28.3).

Cabe remarcar que el derecho internacional de los derechos humanos constituye base fundamental del derecho comunitario europeo, debido a que, como se sabe, después de la Segunda Guerra Mundial los estados de Europa occidental evolucionaron hacia el Estado constitucional de Derecho, de suerte que todas las constituciones europeas ponen énfasis en la defensa y protección de los derechos humanos. Los miembros de la Unión Europea deben regirse, como un requisito indispensable, por un gobierno democrático y constitucional que respete y garantice los derechos de la persona. La Convención Europea de Derechos Humanos, llamada Convención de Roma, fue suscrita el 4 de noviembre de 1950 y está vigente desde el 3 de septiembre de 1953. Son parte de ella todos los Estados de la Unión Europea. Este tratado abrió, por primera vez, la jurisdicción internacional a las personas como sujetos de derechos internacionalmente reconocidos. La jurisdicción está confiada a dos órganos: la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos. Como la Convención trata de los derechos civiles y políticos, en 1961 se suscribió la Carta Social Europea, que entró en vigencia en 1965.

El orden jurídico europeo de derechos humanos gira en torno a tres principios: a) el respeto a estos derechos es la base del sistema democrático de gobierno; b) es asimismo base de la estabilidad política y social; y c) trasciende el derecho interno y se proyecta al derecho internacional.

2. Derecho comunitario latinoamericano

Tiene un desarrollo incipiente en comparación con el europeo, por varias razones: se trata de procesos iniciados varias décadas después de la integración europea, en países menos desarrollados que ocupan grandes espacios desvinculados entre sí. Por otra parte, es probable que la integración latinoamericana no contase con líderes que estuvieran a la altura de los dirigentes europeos de su época: Robert Schuman, Jean Monet, Konrad Adenauer.

A. Comunidad Andina de Naciones

El 26 de mayo de 1969 se firmó el llamado Acuerdo de Cartagena (Colombia), que dio nacimiento al proceso de integración del Grupo Andino, llamado posterior-

mente Comunidad Andina de Naciones (CAN). Se trata, en lo esencial, de un proceso de integración económica, complementado, en lo jurídico, con el Tribunal Andino de Justicia, creado por tratado de 18 de mayo de 1979, que entró en funciones en 1984.

El Tribunal Andino es competente para conocer acciones de *nulidad* en defensa del marco jurídico andino; acciones de *incumplimiento* por infracciones a ese marco en que incurra cualquiera de las partes; *interpretación* prejudicial, por la que el Tribunal y los jueces nacionales coordinan sus criterios en la aplicación del derecho andino.

La Constitución del Perú (1993) dice que los tratados forman parte del derecho interno (artículo 55). Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales, debe ser aprobado por el mismo procedimiento a seguir para la reforma de la Constitución (artículo 57). Similares disposiciones contienen los artículos 162 y 163 de la Constitución del Ecuador (1999). El artículo 227 de la Constitución de Colombia (1991) dice que el Estado promoverá la integración económica, social y política en América Latina y el Caribe, mediante tratados que creen organismos supranacionales. El artículo 93 dispone que los tratados y convenios sobre derechos humanos prevalecen sobre el derecho interno, y que los derechos y deberes proclamados en la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.

La Constitución de Venezuela (1999) es una de las más avanzadas en cuanto a integración. Su artículo 153 dice que se "promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña" y que para estos fines "podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias". Ésta es una cláusula de apertura similar a las que existen en las constituciones europeas, según se ha visto. El mismo artículo 153 da a los tratados de integración una categoría supralegal en el derecho interno.

En la Constitución de Bolivia no existen normas sobre relaciones internacionales ni sobre tratados y convenciones; pero del artículo 59-12 se deduce que estos últimos tienen el mismo rango que las leyes ordinarias.

B. El Mercosur

El Mercado Común del Sur fue creado por el Tratado de Asunción (Paraguay) de 26 de marzo de 1991, suscrito por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Ese tratado fue complementado por el Protocolo de Ouro Preto (Brasil) de 17 de diciembre de 1994.

Mercosur es un proceso de integración económica y comercial. No aspira a formar una unión política federal que suponga renuncia a la soberanía de los Estados, salvo las cláusulas de apertura por las que cada Estado cede competencias a los órganos supranacionales. Con referencia al derecho comunitario europeo, presenta las siguientes diferencias:

No existe en Mercosur el efecto directo del derecho comunitario sobre el derecho interno. Las normas del primero no se incorporan directamente en el segundo. El artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto obliga a los Estados a incorporar las normas

comunitarias en el derecho interno "cuando sea necesario", expresión ambigua que se presta a interpretaciones diversas.

1. El derecho del Mercosur no estipula derechos y obligaciones para los ciudadanos de cada Estado, ni legitima a éstos para abogar por sus derechos ante los órganos comunitarios. En el Tribunal Arbitral establecido por el Protocolo de Brasilia pueden ser parte los particulares (personas naturales o jurídicas), con muchas restricciones.
2. En Europa, todo juez nacional es al mismo tiempo juez comunitario, por la unidad existente entre el derecho comunitario y el derecho interno. En el Mercosur no se dice nada sobre esto, lo que constituye una grave omisión en un proceso de esta naturaleza.
3. En ningún instrumento se establece la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, lo que es asimismo una seria omisión.[5]

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia dijo en 1992, en el caso *Ekmekdjian contra Sofovic*, que "la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía del tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria, o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo 27". Con esta resolución, la Corte Suprema argentina reconoció la primacía del derecho internacional sobre el interno, en ausencia de previsiones constitucionales que sólo aparecieron con la reforma de 1994. El artículo 75-22 de la Constitución vigente (1994) dice que "los tratados y los acuerdos poseen jerarquía superior a las leyes"; pero los tratados sobre derechos humanos que menciona tienen jerarquía constitucional. El artículo 75-24 faculta al Congreso a aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos (cláusula de apertura claramente inspirada en las constituciones europeas).

Las constituciones de Brasil y Uruguay, si bien promueven la integración (artículos 4 y 6, respectivamente), guardan silencio sobre la relación de los tratados internacionales con el derecho interno.

La Constitución de Paraguay (1992) contiene una prescripción similar a la de los artículos VI y 31 de las constituciones de Estados Unidos de América y de Argentina, respectivamente, en sentido de que la Constitución, los tratados y convenios internacionales, las leyes y otras disposiciones "integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado" (artículo 137). Vale decir que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes e inferior a la Constitución. El artículo 145 dice que, en

---

[5] Miguel Ángel Ekmekdjian, "¿Una Constitución para el Mercosur?", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 1999, pp. 79 y ss.

condiciones de igualdad con otros Estados, Paraguay "admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo".

C. Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)

Los intentos integradores en Centroamérica datan de 1940, cuando se formó el Instituto de Nutrición de Centroamérica y Panamá (INCAP) y el Consejo Superior Universitario Centroamericano (CSUCA). En 1951 se creó la Organización de Estados Centroamericanos y en 1960 nació el Mercado Común Centroamericano.

El 13 de diciembre de 1991, el Protocolo de Tegucigalpa (Honduras) instituyó el Sistema de la Integración Centroamericana, según el cual los seis países (incluido Panamá) "son una comunidad económico-política que aspira a la integración de Centroamérica".

Son órganos principales del sistema: la Reunión de Presidentes, el Parlamento Centroamericano, la Corte Centroamericana de Justicia, la Reunión de Vicepresidentes y el Consejo de Ministros.

La jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia es obligatoria, y ante ella pueden ocurrir todos los sujetos del Sistema, incluyendo a las personas físicas y jurídicas privadas, las que pueden demandar a los Estados y a los órganos del Sistema. Juzga a petición de parte y sus resoluciones son vinculantes para los Estados, órganos del Sistema y sujetos de derecho privado.

Entre las competencias de la Corte están: conocer las controversias entre los Estados, exceptuando las disputas fronterizas, territoriales y marítimas; las acciones de nulidad y de incumplimiento de los acuerdos del Sistema; los asuntos que le somete directa e individualmente cualquier persona afectada por los acuerdos de los órganos del Sistema; actuar como Tribunal de Consulta Permanente de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados y de los órganos del sistema.

El artículo 7 de la Constitución de Costa Rica (1982) confiere jerarquía supralegal a los tratados, convenios y concordatos, y el 121 autoriza a la Asamblea Legislativa a aprobar tratados y convenios que transfieren determinadas competencias al orden jurídico comunitario (cláusula de apertura). El artículo 18 de la Constitución de Honduras (1982) da a los tratados primacía sobre el derecho interno, y el 16 dice que éstos forman parte del derecho interno (efecto directo). El artículo 89 de la Constitución de El Salvador (1983) dice que se promoverá la integración, y que ésta podrá efectuarse mediante organismos con funciones supranacionales.

D. El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos

La Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, propugna en su preámbulo y en el artículo 3.*j* el respeto a los derechos fundamentales de la persona. También en 1948 y en Bogotá se suscribió la Declaración Americana de los Derechos

y Deberes del Hombre, que fue anterior a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, suscrita en diciembre de ese año en París, durante la Tercera Asamblea General de las Naciones Unidas.

En la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores realizada en Santiago (Chile) en 1959, se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuyo primer estatuto fue aprobado en 1960 y modificado en la Segunda Conferencia Internacional de Río de Janeiro en 1965.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, fue aprobada en la Conferencia de Estados Americanos celebrada en San José (Costa Rica) del 7 al 22 de noviembre de 1969, y ratificada por Bolivia por ley nº 1.430, de 11 de febrero de 1993.

Los artículos 1 y 2 de la Convención establecen su efecto directo en el derecho interno de los Estados parte al disponer que éstos "se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción", y "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". Concuerdan estos preceptos con el artículo 25, que asimila la Convención al derecho interno al disponer la tutela judicial efectiva de la persona "contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley (derecho interno) o la presente Convención" (derecho externo).

El artículo 33 dice que los órganos del Sistema son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión se compone de siete miembros que representan a todos los Estados de la Organización de Estados Americanos (artículos 34 y 35). Tiene por cometido principal promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, para lo que debe estimular la conciencia en esta materia, formular recomendaciones a los Estados miembros, preparar estudios e informes, atender consultas e informar cada año a la Asamblea General de la OEA (artículo 41).

Están legitimadas para presentar ante la Comisión peticiones con denuncias o quejas sobre violación de la Convención por un Estado parte, las personas individuales y colectivas y las organizaciones no gubernamentales legalmente reconocidas, siempre que previamente se haya agotado los recursos de la jurisdicción interna, que la petición se presente en el plazo de seis meses de haber ocurrido la violación, y que el asunto no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional. No serán exigibles los dos primeros requisitos cuando no exista en la legislación interna el debido proceso legal, cuando no se haya permitido el acceso a los recursos franqueados por ley o se haya impedido agotarlos, o cuando haya retardo injustificado en la resolución de dichos recursos (artículos 44 y 46).

Admitida una petición, la Comisión requerirá del Estado respectivo un informe en "un plazo razonable", y realizará por su parte las investigaciones necesarias. De no llegarse a una solución, la Comisión redactará un informe con sus propias conclu-

siones y recomendaciones, que será transmitido a los Estados interesados. Si en el plazo de tres meses de haberse remitido este informe el Estado no resuelve el asunto ni acude ante la Corte, la Comisión podrá emitir su opinión y conclusiones, fijando otro plazo para que el Estado tome las medidas consiguientes (artículos 48 a 50).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos está formada por siete jueces. Tiene funciones consultivas y contenciosas y sólo están legitimados para ocurrir ante ella los Estados parte y la Comisión. Cuando decida que hubo violación de un derecho, dispondrá que se garantice el goce de éste, que se reparen los daños de la violación y se pague "una justa indemnización", si hubiere lugar a ello, compensaciones que el interesado debe tramitar en cada Estado por la vía de ejecución de sentencias. En caso de extrema gravedad y urgencia la Corte podrá tomar las medidas provisionales necesarias, incluso a solicitud de la Comisión, antes de conocer el asunto. Los fallos de la Corte son definitivos, inapelables y obligatorios para las partes.

V. Conclusiones

Las relaciones entre el derecho constitucional, el derecho internacional y el derecho comunitario producen los siguientes efectos jurídicos a nivel interno y externo:

1. El derecho internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comunitario imponen restricciones al concepto clásico de *soberanía*, que se manifiestan en: a) *primacía* del derecho internacional sobre el derecho interno; b) *efecto directo* de tratados y convenciones que se incorporan al derecho interno sin necesidad de leyes ni de reglamentos nacionales, y que tienen jerarquía superior a las leyes en la mayoría de las legislaciones nacionales; c) *jurisdicción internacional* que se sobrepone a la jurisdicción interna; d) *cláusulas de apertura* en las constituciones, mediante las cuales los Estados transfieren atribuciones y competencias de su imperio a organizaciones supranacionales.

2. Las personas naturales y jurídicas son legitimadas, con personalidad reconocida, para acudir a la jurisdicción internacional en defensa de sus derechos, cuando sus demandas no son atendidas debidamente en la jurisdicción interna, y una vez que hayan agotado los recursos previstos en esta última.

3. Para que la jurisdicción internacional sea un recurso efectivo de última instancia en materia de derechos humanos, es de carácter obligatorio para los Estados parte de las convenciones respectivas.

4. El derecho internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comunitario no afectan el principio de *supremacía constitucional* que es propio del *imperio* como expresión interna de la *soberanía*, ni siquiera en los casos, como el de los Países Bajos, en que se da a los tratados jerarquía superior a la Constitución, porque las restricciones a la soberanía son autorizadas y definidas en las constituciones nacionales.

VI. Consideraciones finales

Hemos dicho que el derecho internacional de los derechos humanos es *complementario y subsidiario* del derecho interno porque los derechos de la persona saltaron del ámbito constitucional al plano externo. Corresponde ahora asegurar el cumplimiento de las normas internacionales en el derecho interno, donde, pese al "efecto directo" y a la autoejecutabilidad de los tratados sobre la materia, hay obstáculos de orden personal e institucional, provenientes de la ignorancia, el autoritarismo y el abuso de poder, así como de la debilidad e ineficiencia de las instituciones públicas. Se presenta la paradoja jurídica de que el sistema debe volver al punto de partida para realizarse plenamente, pues, como alguien dijo, hay que "nacionalizar los derechos humanos universales" para hacerlos efectivos.

Los tratados sobre derechos humanos se diferencian de los tratados en general en cuanto éstos son contratos bilaterales o multilaterales por los que las partes se hacen concesiones o se otorgan mutuas prestaciones, de manera que, en caso de incumplimiento, pueden quedar sin efecto. Así lo prevé el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Los tratados de derechos humanos no tienen por finalidad el intercambio de bienes, servicios u otras prestaciones, ni de asuntos contingentes, sino a la humanidad, en cuanto la persona humana es el factor principal de su propio desarrollo y bienestar. Así lo reconoce el numeral 5 del artículo 60 de la Convención de Viena, que previene que la suspensión de los tratados "no se aplicará a las diligencias relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario".

La ola globalizadora y neoliberal que se impone en el mundo no favorece el respeto al derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno porque despoja al Estado de sus competencias de control y regulación, traspasándolas a entidades privadas, que tienen otras preocupaciones. Por eso decía Bidart Campos que el desafío actual del derecho constitucional consiste en impedir que la economía transnacionalizada despoje al Estado de su capacidad de reacción para supervisar y controlar. Nosotros entendemos que ese desafío interpela a los juristas en general, y a los profesores de derecho constitucional en particular, que desde la cátedra, la tribuna y el libro debemos continuar esa batalla iniciada en los albores de la historia, y que parece no tener fin: la lucha del constitucionalismo por el respeto de los derechos y libertades públicas.

Carlos A. Morales-Paulín (México) *

El derecho procesal constitucional supranacional. Una aproximación

I. Concepto

El término *derecho procesal constitucional supranacional* despierta una interrogante. Si el derecho constitucional representa el pacto social del Estado-nación, ¿cómo puede hablarse entonces de un derecho procesal constitucional supranacional, dirigido a resolver conflictos precisamente de orden constitucional?

La dificultad interpretativa se acrecienta cuando de la revisión de los mecanismos de control constitucional deriva que en ellos se da la sustanciación de procesos seguidos ante instancias netamente nacionales,[1] donde es la propia Constitución la que fija la competencia de los órganos.

Sin embargo, para despejar la interrogante planteada se debe determinar primeramente la naturaleza del derecho procesal constitucional supranacional, lo que obliga a definir al derecho procesal constitucional *lato sensu*. Para ello rescatamos una de las definiciones más claras que hemos encontrado sobre la disciplina, que fue aportada en 1964 por el distinguido jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, en su clásica obra *El juicio de amparo*. En este sentido el autor apunta:

---

* Doctor y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

[1] Juicio de amparo, artículos 103 y 107; controversia constitucional, artículo 105, fracción I; acción de inconstitucionalidad, artículo 105, fracción II; procedimiento investigatorio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, artículo 97; juicio político, artículos 109, 110, 111 y 114; sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos —en este sistema no hay un proceso jurídicamente considerado—, artículo 102, apartado B; juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, y juicio de revisión constitucional en materia electoral, artículo 99, fracciones III y V.

> El derecho procesal constitucional es la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales.[2]

De la definición anterior se colige que forman parte del derecho procesal constitucional todos aquellos mecanismos o sistemas a través de los cuales se "garantiza" el "orden constitucional"; *ergo*, podrán asimilarse a esta disciplina los procedimientos, aun siendo ajenos a la jurisdicción o competencia de los órganos nacionales, cuyo *telos* esté dirigido a hacer de los principios consagrados en la Constitución una realidad viva.

En la especie, es decir, sobre el derecho procesal constitucional supranacional, correspondió al jurista Mauro Cappelletti llamar la atención en torno a lo que él identificó como la *jurisdicción constitucional supranacional*, y en especial por cuanto hace a la *jurisdicción internacional de las libertades*, definida como:

> Aquellas formas especiales de recurso y de procedimiento jurisdiccional que tienen por objeto específico la protección judicial de los derechos fundamentales del hombre o *Grundrechte* contra actividades del poder público lesivas de tales derechos.[3]

En efecto, tal y como se expone en el numeral 3.3, en el contexto americano es la *jurisdicción internacional de la libertad* la que mayor dinamismo presenta en comparación con la llamada *jurisdicción constitucional orgánica*, encargada de los mecanismos dirigidos a resolver conflictos entre los órganos de poder (litigios constitucionales, para Carl Schmitt), y la denominada *jurisdicción constitucional comunitaria*, desarrollada en el viejo continente y que está a cargo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (véase el numeral II.2), jurisdicción encargada de resolver los litigios derivados de la aplicación de normas constitucionales en relación con las normas comunitarias emanadas de los acuerdos internacionales.[4]

De lo expuesto hasta aquí, es dable aceptar que el derecho procesal constitucional supranacional está integrado por aquellos procedimientos seguidos ante instancias internacionales o regionales, tendientes a garantizar el orden constitucional, dentro de los cuales destaca la jurisdicción internacional de las libertades.

II. El derecho procesal constitucional supranacional en Europa

En el continente europeo existen dos instancias cuyas decisiones involucran *per se* al orden constitucional:

---

[2] Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1964, p. 77.

[3] Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, UNAM, México, 1987, pp. 235 y 236.

[4] Cf. Héctor Fix-Zamudio, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, 1ª ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993, pp. 291-294.

1. la Corte Europea de Derechos Humanos y
2. la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.

1. La Corte Europea de Derechos Humanos[5]

Con sede en Estrasburgo, esta Corte o Tribunal tiene su origen en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

El procedimiento ante la Corte Europea de Derechos Humanos fue modificado a partir de que entró en vigor el Protocolo 11, el 1 de noviembre de 1998, a través del cual desapareció la Comisión Europea de Derechos Humanos y se reestructuró la composición de la propia Corte.

En ese tenor resulta conveniente revisar el funcionamiento del sistema europeo antes y después de la entrada en vigor del Protocolo 11.

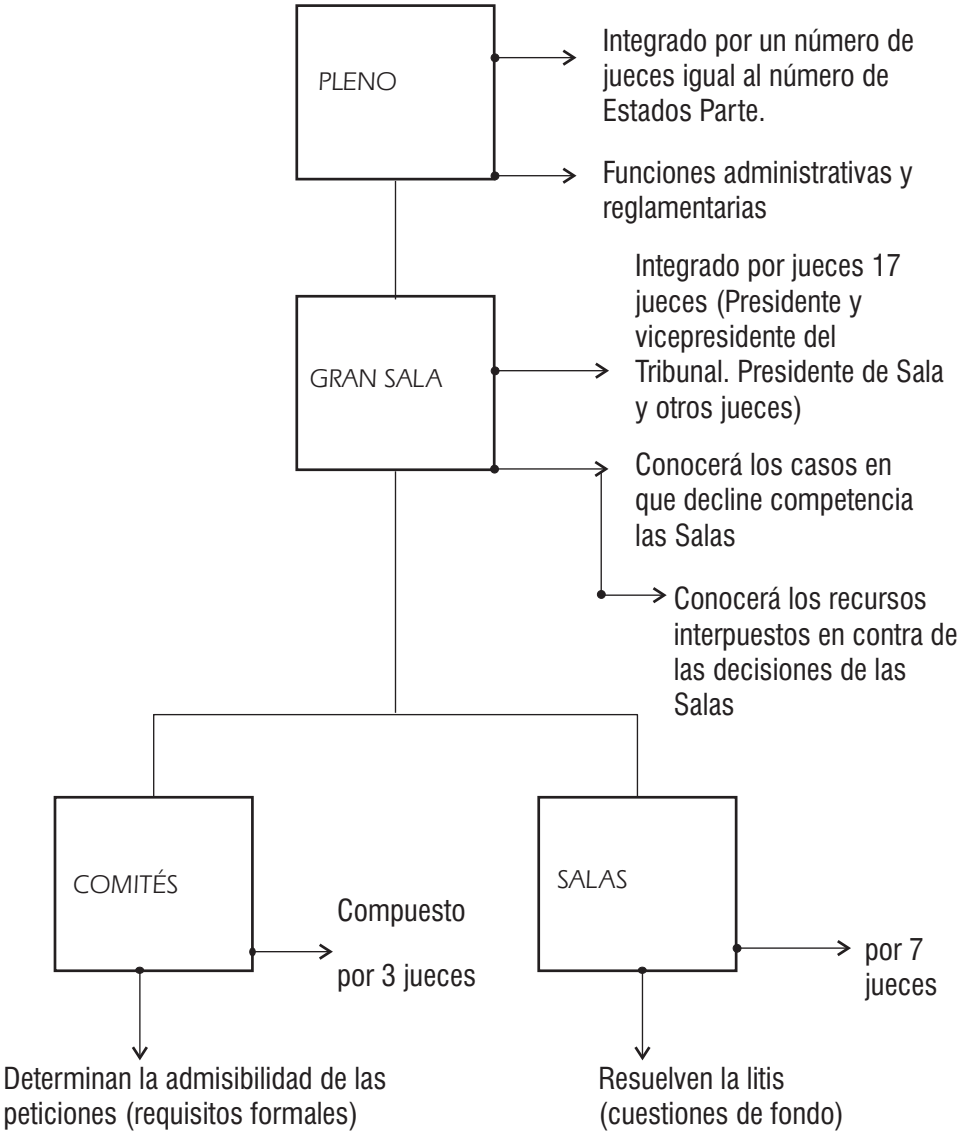
La extinta Comisión Europea de Derechos Humanos estaba compuesta por un número de miembros igual al número de Estados partes. Era la instancia competente para recibir las quejas derivadas de la violación al Convenio Europeo de la materia. Una vez aceptada la queja, se emplazaba al gobierno del Estado probable responsable de la violación. Analizadas las posiciones se proponía, de ser procedente, una amigable composición, pero en el supuesto de que no fuera dable la conciliación, la Comisión procedía a elaborar un informe, que podía dirigirse al Comité de Ministros (órgano político integrado por los cancilleres de los Estados parte en el Consejo de Europa) o a la Corte (órgano jurisdiccional), y el órgano destinatario debía resolver en forma definitiva el asunto planteado. Sin embargo, en el caso de que el informe se transmitiera al Comité de Ministros, podía ser recusado ante la Corte.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos originalmente sólo tenía facultades jurisdiccionales, pero a partir del Protocolo 2 (1970) se amplió su competencia, para constituirla en órgano consultivo. Hasta la entrada en vigor del Protocolo 11 (1998), esta instancia únicamente podía ser intentada a través de la Comisión (a excepción del Estado parte).

Pero, a partir del Protocolo 11, la Comisión desapareció y se estableció un nuevo Tribunal con funcionamiento permanente. Dicho Tribunal o Corte puede representarse esquemáticamente de la siguiente forma:

---

[5] La información que se expone sobre el particular está tomada de conferencias y cátedras que el autor ha dictado sobre el tema.


PLENO
Integrado por un número de jueces igual al número de Estados Parte.
Funciones administrativas y reglamentarias
GRAN SALA
Integrado por jueces 17 jueces (Presidente y vicepresidente del Tribunal. Presidente de Sala y otros jueces)
Conocerá los casos en que decline competencia las Salas
Conocerá los recursos interpuestos en contra de las decisiones de las Salas
COMITÉS
Compuesto por 3 jueces
Determinan la admisibilidad de las peticiones (requisitos formales)
SALAS
por 7 jueces
Resuelven la litis (cuestiones de fondo)

2. Corte de Justicia de las Comunidades Europeas

La Corte, con sede en Luxemburgo, tiene su origen competencial en diversos acuerdos de carácter regional (Tratado sobre la Comunidad Europea, Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y Comunidad Atómica Europea, entre otros).

Este tribunal decide si un Estado miembro ha contravenido sus obligaciones contractuales; sin embargo, gran parte de su actividad se centra en la tarea de interpretación de los tratados correspondientes, a solicitud de los tribunales nacionales, interpretaciones que son de naturaleza vinculatoria para éstos.

La Corte de Luxemburgo ha aceptado como elemento esencial del sistema jurídico comunitario los principios derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al considerar a éste como un elemento importante para resolver los conflictos de que conoce.[6]

III. El derecho procesal constitucional supranacional en América[7]

1. Antecedentes

El caso del derecho procesal constitucional supranacional en América es similar al estadio que guardaba en Europa la jurisdicción internacional de la libertad (véase *supra*, II.1) hasta la entrada en vigor del Protocolo 11 (1998) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, en América existe la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, pero para excitar la instancia es requisito *sine qua non* que ésta sea intentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Con el fin de mejor proveer, se impone explicar el procedimiento seguido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ser indispensable agotarlo para iniciar el correspondiente ante la Corte; sin embargo, resultan también ilustrativos algunos antecedentes.

En 1945 se celebró en el Castillo de Chapultepec (México) la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz —conocida como Conferencia de Chapultepec—, cuya resolución XL estuvo dedicada a la "Protección internacional de los derechos y deberes esenciales del hombre", para la que se solicitó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de una declaración en la materia. Por ese motivo, durante la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en 1948 en Bogotá, se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

---

[6] Cf. Helmut Simon, "La jurisdicción constitucional", en *Manual de derecho constitucional*, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 841.

[7] La información que se expone sobre el particular está tomada de conferencias y cátedras que el autor ha dictado sobre el tema.

Sobre tal documento es importante señalar lo siguiente:

1. Su naturaleza jurídica de declaración, no de convención, le impide ser un instrumento vinculante; sin embargo, en la opinión consultiva OC-10/89 sometida a la Corte por el Gobierno de Colombia, ésta determinó:

> A manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta de la Organización de Estados Americanos se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración.

Con ello se ha convertido a la Declaración Americana —pese a su naturaleza formalmente no vinculante— en un parámetro importante en materia de derechos humanos en el continente.

2. La Declaración no sólo contiene derechos, sino también un catálogo de deberes (votar, cubrir obligaciones tributarias, entre otras), lo cual nos parece un acierto, pues equilibra el contenido del instrumento, ya que es de explorado derecho que toda facultad conlleva correlativamente una obligación y viceversa.

3. La Declaración Americana se adelantó —por meses— a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948).

4. Vio la luz en el mismo lugar y año (Bogotá, 1948) en que fue asesinado el líder colombiano Jorge Eliécer Gaytán, lo que desencadenó disturbios que fueron bautizados coloquialmente como *el Bogotazo*. Estos hechos urgieron a los cancilleres reunidos en la IX Conferencia Internacional Americana a aprobar la resolución XXXI, en la que se señaló: “no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un Tribunal competente”.

5. La delegación mexicana presentó una iniciativa, que fue aceptada unánimemente en la Conferencia de mérito, mediante la cual se consagró el artículo XVIII de la Declaración:

> Toda persona puede acudir a los Tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en su perjuicio, alguno de los derechos consagrados constitucionalmente.[8]

Con esto se iniciaba el reconocimiento supranacional a los derechos constitucionales, quedando pendiente la definición de los procedimientos.

Posteriormente, la resolución XXVII de la X Conferencia Internacional Americana (Caracas, 1954) estuvo dedicada a urgir sobre el “fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos”, y durante la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago, 1959) se adoptó una resolución sobre Derechos Humanos en la cual se establecían los siguientes puntos:

---

[8] Este artículo influyó en el contenido del artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

1. elaborar una Convención Americana sobre Derechos Humanos (el Convenio Europeo en la materia ya había entrado en vigor en 1953 [véase *supra*, II.1]);
2. contemplar la creación de una corte regional en materia de derechos humanos, y
3. disponer —que no contemplar— la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se incorporó como organismo de la OEA hasta el año 1967, con motivo de la reforma a la Carta de dicha Organización, conocida como Protocolo de Buenos Aires; sin embargo, ello no implicó que la Comisión dejara de actuar antes de la reforma. La primera Comisión se instaló en 1960 y su tarea principal consistió en investigar las violaciones a los derechos humanos cometidas con motivo de la Revolución Cubana.

En 1969, por convocatoria de la Organización de Estados Americanos, se llevó a cabo en San José de Costa Rica una Conferencia Interamericana Especializada, encargada de elaborar un tratado sobre derechos humanos para el continente. Nacía así la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José, cuya estructura es la siguiente:

Parte I. Deberes de los Estados y derechos protegidos.
- Capítulo I. Enumeración de los deberes (artículos 1 y 2)
- Capítulo II. Derechos civiles y políticos (artículos del 3 al 25)
- Capítulo III. Derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26)[9]
- Capítulo IV. Suspensión de garantías, interpretación y aplicación (artículos 27 al 31).
- Capítulo V. Deberes de las personas (artículo 32)

Parte II. Medios de la protección.
- Capítulo VI. De los órganos competentes (artículo 33)
- Capítulo VII. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos del 34 al 51)
- Capítulo VIII. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículos del 52 al 69)
- Capítulo IX. Disposiciones comunes (artículos del 70 al 73)

Parte III. Disposiciones generales y transitorias
- Capítulo X. Firma, ratificación, reserva, enmienda, protocolo y denuncia (artículos del 74 al 78)
- Capítulo XI. Disposiciones transitorias (artículos del 79 al 82)

[9] El contenido de los derechos civiles y políticos, así como el correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales y su correlativo con la Constitución mexicana, se pueden consultar en Carlos A. Morales-Paulín y Manuel Suárez Muñoz, *Los derechos humanos de los mexicanos. Un estudio comparativo*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991, pp. 233-235.

La Convención Americana entró en vigor en 1978, año en el cual se alcanzó la ratificación número 11 requerida para tal fin.

En el caso concreto de México, una vez satisfecho el procedimiento establecido por el artículo 133 constitucional en materia de ratificación de tratados internacionales, el país se adhirió a la Convención citada el 2 de marzo de 1981, y el 24 del mismo mes depositó su instrumento de adhesión. No obstante, en ese mismo acto llevó a cabo las siguientes declaraciones interpretativas y reservas:

> Declaraciones Interpretativas
>
> Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión "en general" usada en el citado párrafo no constituye una obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción" ya que esta materia pertenece al dominio reservado a los Estados. [Es decir, se deja a los Estados la facultad de legislar sobre el aborto y las modalidades de éste.[10]]
>
> Por otra parte, es el concepto del Gobierno de México que la limitación que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el sentido de que todo acto público del culto religioso deberá celebrarse dentro de los templos, es de los comprendidos en el párrafo 3 del Artículo 12. [Mediante la reforma al artículo 24 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992, se estableció la posibilidad de que los actos religiosos pudieran celebrarse fuera de los templos.[11]]
>
> Reserva
>
> El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos. [El derecho a votar de los ministros religiosos les fue otorgado mediante la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1992.[12]]

De igual forma, hasta hace poco existía la reserva de México por cuanto hace a la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la exposición de motivos correspondiente del Poder Ejecutivo, de fecha 4 de diciembre de 1980, se señaló:

> No procedería que el Gobierno Mexicano hiciese, al menos por ahora, la declaración prevista en el artículo 62 de la Convención, reconociendo como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se prevé en el capítulo VIII, sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. La aceptación de la jurisdicción obligatoria y automática de la Corte Interamericana estaría fuera de lugar por ahora, toda vez que la legislación nacional prevé los recursos necesarios para corregir cualquier falla en la estructura de preservación de las garantías individuales y sociales del país.

---

[10] La observación que se indica entre corchetes corresponde al autor.

[11] Ídem. El 17 de enero de l 2002 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se aprueba el retiro parcial de la declaración interpretativa.

[12] Ídem. El 17 de enero del 2002 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se aprueba el retiro de la reserva.

Sin embargo, casi veinte años después, el 30 de abril de 1998, en el marco del 50º aniversario de la Organización de Estados Americanos, en Bogotá (de nuevo a los orígenes), la canciller mexicana anunció la decisión del Gobierno de México de aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, el 8 de diciembre de 1998 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se aprobaba la declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El decreto en cuestión contiene lo siguiente:

1. Se acepta la competencia contenciosa de la Corte, salvo en los casos derivados de la aplicación del artículo 33 constitucional en materia de expulsión de extranjeros, excepción que confirma una facultad discrecional del Poder Ejecutivo inscrita en la conciencia nacional desde las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1842 (artículo 86, fracción XXIV) y reiterada en los numerales 33 de las Constituciones de 1857 y 1917.
2. La Corte tendrá competencia sobre actos o hechos posteriores a la fecha del depósito de la declaración correspondiente, la cual se llevó a cabo el 16 de diciembre de 1998.
3. La aceptación de la jurisdicción de la Corte se hace con carácter general (salvo la excepción comentada en el numeral 1) y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que se denuncie.

Con lo anterior se abre la posibilidad de que México retire la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte, hecho que ya fue realizado por el Perú en 1999. Este país había aceptado el reconocimiento en 1981 y lo retiró con motivo de los fallos emitidos por el tribunal regional en los casos *Castillo Petruzzi* y otros (miembros del Movimiento Revolucionario Tupac Amaru) y el de *María Elena Loayza Tamayo*. Las sentencias ordenaban reponer los procedimientos, con lo que, a juicio del Gobierno peruano, se podrían revivir acciones guerrilleras, poniendo en riesgo la estabilidad de la Nación. Conforme a los principios de política exterior recogidos en nuestra Constitución, no nos corresponde hacer ningún juicio de valor sobre el particular.

2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se integra por siete miembros elegidos por los Estados representados en la Organización de Estados Americanos, con duración de cuatro años en el cargo y la posibilidad de una reelección (han formado parte de la Comisión los mexicanos Gabino Fraga y Cesar Sepúlveda).

En el caso de los países que no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (sólo 10 Estados de los 35 que forman parte de la OEA), la actuación de la Comisión se sustenta en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el Estatuto de la propia Comisión.

Dentro de las funciones de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos se destacan:

- promoción de los derechos humanos en el continente;
- formulación de recomendaciones a los Gobiernos miembros del sistema;
- realización de estudios e informes por tema o países;
- realización de un informe anual sobre la situación de los derechos humanos en el continente, que se presenta a la Asamblea General de la OEA, y
- presentación de los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En atención a los fines del presente estudio, centraremos nuestra exposición en torno a esta última función.

El procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se inicia mediante denuncia (no se requiere acreditar interés jurídico) en la cual se debe señalar:

- agraviado(s);
- hecho(s);
- autoridad(es) probable(s) responsable(s), y
- firma del promovente (no necesariamente el agraviado)

Recibida la denuncia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos procede al análisis de ésta a efectos de determinar su procedencia, para lo cual se constatará principalmente:

1. que exista concordancia entre los hechos expuestos y los preceptos de los instrumentos internacionales de la materia;
2. que se haya presentado en tiempo (seis meses a partir de que se conoce o sufre la conculcación), y
3. que se hayan agotado los recursos legales de carácter interno, salvo que:
   - los recursos internos no sean efectivos (incluida la incapacidad económica del agraviado) y/o
   - exista un retraso injustificado en el recurso o procedimiento interno.

Admitida la demanda, se notifica al Estado probable responsable, a efectos de que dé contestación dentro del término de 180 días (dentro de la respuesta, la autoridad puede alegar las excepciones que estime convenientes, tales como que el agraviado no ha agotado los recursos o instancias de carácter interno).

Recibida la respuesta del Estado, se corre traslado al promovente para que formule sus observaciones dentro del término de 90 días; recibidas las observaciones de mérito, se da vista al Estado para que formule su respuesta final.

Con motivo de lo anterior, pueden surgir dos posibilidades:

1. no se acreditaron las violaciones, por lo que debe tenerse por concluido el expediente, o

2. se acreditaron las violaciones, por lo que es dable llegar a una amigable composición (que puede incluir aspectos indemnizatorios y/o cambios de orden legislativo).

En el caso de que se llegue a un arreglo conciliatorio, se da un plazo de 90 días a fin de que el Estado cumpla con los términos de éste. Ahora bien, de no llegarse a tal arreglo, o bien si el Estado no le da debido cumplimiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene dos posibilidades:

1. hacer pública tal situación en su informe anual ante la Asamblea General de la OEA, o
2. enviarlo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para iniciar el procedimiento contencioso.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye la instancia judicial del sistema regional de protección de tales derechos. De conformidad con su Estatuto, goza de *autonomía*, en tanto que la Convención habla de *independencia* (artículo 59).

Está integrada por siete jueces que actúan a título personal, elegidos por la Asamblea General de la OEA a propuesta de los Estados parte, por un período de seis años, con posibilidad de una reelección (fue juez y presidente de la Corte el jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, y actualmente es juez el doctor Sergio García Ramírez).

La Corte desarrolla dos funciones básicas:

a. competencia contenciosa, y
b. competencia consultiva.

A. Competencia contenciosa

Si bien la competencia de la Corte tiene su fundamento principal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el procedimiento ante ésta se aborda de manera más puntual en el Reglamento de la Corte, al tenor siguiente:

Una vez que la Comisión somete el caso ante la Corte, ésta examina la demanda, y en su caso le otorga un plazo de 20 días al promovente a efectos de que subsane los errores apreciados.

Hecho lo anterior, se emplaza a las partes (no sólo al Estado demandado), pues es deber de la Comisión y del Estado designar sus delegados. Ahora bien, corresponde al Estado demandado dar respuesta a la demanda dentro de un plazo de tres meses a partir de la notificación respectiva. Para el caso de que existan expedientes análogos, se puede acordar su acumulación.

Es importante tener presente que, dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la demanda, podrán presentarse las excepciones de previo y especial pro-

nunciamiento que se estimen necesarias, por lo que se podrá acordar el desahogo de una audiencia incidental para examinar las excepciones en cita.

De continuar con el procedimiento, se abre una etapa de debates y se procede al desahogo de las pruebas. Sin embargo, podrá acordarse el sobreseimiento, ya sea por desistimiento o por haber llegado a una solución amistosa, aunque la Corte podrá decidir la continuación del procedimiento, aun cuando exista dicho arreglo conciliatorio, hasta llegar al dictado de la sentencia. Ésta podrá someterse a interpretación ante la propia Corte.

B. Competencia consultiva

La Corte Interamericana de Derechos Humanos puede resolver las consultas que se le formulen con motivo de la interpretación de normas internacionales sobre derechos humanos; sin embargo, puede abstenerse de responder una consulta si aprecia que la petición excede los límites de su función (así lo determinó a raíz de la opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982).

El 9 de diciembre de 1997 México solicitó una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre diversas disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Carta de la OEA y la propia Declaración Americana en la materia, relacionadas con las garantías mínimas, así como el debido proceso, con motivo de la pena de muerte impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor (para el caso, los Estados Unidos) no ha informado del derecho que le asiste a todo detenido o procesado de comunicarse y solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado del que es nacional.

La opinión consultiva (OC-16/99) fue desahogada el 1 de octubre de 1999, al tenor literal siguiente:

> 1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.
>
> 2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares *concierne* a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos. [Por unanimidad.]
>
> 3. Que la expresión "sin dilación" utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad. [Por unanimidad.]
>
> 4. Que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinada a las protestas del Estado que envía. [Por unanimidad.]
>
> 5. Que los artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *conciernen* a la protección de los derechos humanos *en los Estados americanos*. [Por unanimidad.]

> 6. Que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables. [Por unanimidad.]
>
> 7. Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente", en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (*v. g.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación. [Por seis votos contra uno. Disiente el juez Jackman.]
>
> 8. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria. [Por unanimidad.]
>
> El Juez Jackman hizo conocer a la Corte su Voto Parcialmente Disidente y los Jueces Cançado Trindade y García Ramírez sus Votos Concurrentes, los cuales acompañarán a esta Opinión Consultiva.

Por último, es importante señalar que en 1968, el maestro Héctor Fix-Zamudio terminó su obra *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965* con una cita de las palabras que Mauro Cappelletti expresó en 1955, con motivo de las conferencias que sostuvo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, las que por su significación nos permitimos reproducir:

> El genio del hombre ha descubierto el instrumento más perfeccionado de esta relativización, de esta positivización de lo absoluto, a través de la justicia constitucional; pero al fin como instrumento humano, está sometido como todos los instrumentos creados por el hombre, a cambios, errores e imperfecciones. Por medio de esta Institución se confía a jueces imparciales la humanización de lo absoluto y la concretización de los supremos valores, que serían fría y estáticamente irrealizables, si se conservaran encerrados y cristalizados en las fórmulas normativas de la Constitución. Por ello podemos concluir en el sentido de que la justicia constitucional es la vida, la realidad y el porvenir de las Cartas constitucionales de nuestra época.

Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina) *

El derecho internacional ante una posible "preconstitucionalidad" mundial

I. Una nueva era histórica

1. Muchas circunstancias parecen indicar que vivimos un cambio de *era* de la historia.[1] Entre los múltiples rasgos de la nueva etapa, que incluyen en lugares destacados las posibilidades de la información y la comunicación y, sobre todo, la apertura del camino del cambio del patrimonio genético humano, se encuentran la *globalización/marginación* y la posibilidad de la formación de un *Estado mundial*.[2]

---

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

[1] Es posible ver nuestros *Estudios de historia del derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

[2] Pueden verse, por ejemplo, nuestros artículos: "Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica", en *Investigación y Docencia*, nº 27, pp. 9 y ss.; "Europa ante los retos de la multiculturalidad y la globalización", en *Investigación y Docencia*, nº 32, pp. 9-14; "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nº 24, pp. 41-56. También cabe citar, por ejemplo, Joseph E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, trad. Carlos Rodríguez Braun, 6ª reimp., Taurus, Buenos Aires, 2002; Josep Verde i Aldea, *La globalisation et la loi, conséquences et contraintes découlant de la globalisation pour les systèmes juridiques nationaux*, ‹http://www.globalprogress.org/frances/aportaciones/aldea.html› (27.7.2003); Pierre-Henri Imbert, "L'Occident e(s)t le monde", en *Actualité et Droit International. Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale*, ‹http://www.ridi.org/adi/200110phi.html› (27.7.2003); Saïda Bédar, "L'hégémonie américaine après le 11 Septembre", en *Le Débat Stratégique*, nº 58, septiembre 2001, ‹http://www.ehess.fr/centres/cirpes/ds/ds58/hegemo.html› (27.7.2003); cabe citar, por ejemplo la tarea del Centre de Recherche sur la Mondialisation, ‹http://www.globalresearch.ca/articles/LAD205A.html› (24.8.2003); Zygmunt Bauman, *El desafío ético de la globalización*, ‹http://www.ugt.es/globalizacion/bauman.htm› (23.8.2003) ; Jean-Marc Trigeaud, "Multiculturalisme et 'droits premiers'", en *Filosofia Oggi*, año XXVI, nº 102, f. II, pp. 135 y ss. Es posible citar Carlos Ruiz Miguel, "El constitucionalismo cultural", en *Cuestiones Constitucionales*, nº 9, julio-diciembre 2003, ‹http://www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst09/CUC0908.pdf› (13.8.2003); con especial referencia final a la Argentina, Christian Ferrer, "El nido roto", en *Encruci-*

Diversos factores, entre los que se encuentran los alcances que permiten las fuerzas y las relaciones de producción, conducen a la expansión de una economía capitalista de proyección cada vez más planetaria. Si bien el actual proceso de planetarización encuentra entre sus importantes antecedentes al viaje de Magallanes-Elcano culminado en 1522, es notorio que el empleo de la energía del petróleo, la electricidad y el átomo, el proceso de robotización y las vinculaciones contractuales y de propiedad privada permiten la superación de los espacios tradicionales.

Ya no se habla de *made in*, sino de *made by*, por una empresa que actúa en diversos lugares del planeta, según sus mayores conveniencias. Incluso se ha llegado a hacer referencia a *no lugares*. La búsqueda de grandes espacios con los que se pretendía superar la internacionalidad tradicional parece haber sido desbordada.[3]

El régimen patrimonial en el que gana gran espacio la *propiedad inmaterial* y tiene amplio papel la *deuda externa* de los países constituye una trama de alcance planetario. La vocación por el consumo de lo que no producen ata a muchos individuos a la dependencia de los países productores. El predominio mundial de una *moneda* permite importantes transferencias de riqueza a favor de su país emisor. El *capitalismo financiero*, apoyado al fin en un enorme *poder militar*, se expande por el mundo. Una *lengua* impone no sólo su uso sino sus características profundas al resto del planeta. La comunicación y la información electrónicas han adquirido rasgos sorprendentes.

Sin embargo, en tanto algunos sectores se incorporan a ese mundo *global* que, como este nombre indica, va haciéndose hueco de contenidos, otros sectores resultan marginados. En las capas más favorecidas del proceso de globalización/marginación las diferencias van desapareciendo, adoptándose al fin los rasgos que en gran medida origina el *capitalismo anglosajón*. De cierto modo, las particularidades espaciales van siendo sustituidas por una creciente estratificación y las diversidades tradicionales del *derecho comparado* van haciéndose *historia del derecho*.[4]

En este marco, pese a grandes conflictos que incluso llevan a hablar de "choques de civilizaciones", parece ir produciéndose con alcance planetario un *proceso de "estatalización"* quizás análogo al de la formación del Estado moderno, luego nacional.

---

jadas, nº 17, UBA. Acerca del tema es posible citar también Sergio Raúl Castaño, "Fenomenología de la globalización", en *Leviatán*, nº 84, pp. 45 y ss.

[3] Pueden verse: *Cambio de estructura del derecho internacional. Conferencia del profesor de la Universidad de Berlín Dr. Carl Schmitt en el Instituto de Estudios Políticos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1943; Julio Pinto, "La necesidad histórica del pluralismo de los grandes espacios", en *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 5/6, pp. 31 y ss., con importantes referencias al pensamiento de Carl Schmitt. Cabe citar Héctor Orestes Aguilar (comp.), *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

[4] Es posible citar nuestro artículo "Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho comparado en Historia del Derecho", en *Investigación y Docencia*, nº 20, pp. 107-108.

2. En el desarrollo de la cultura occidental, desde fines de la Edad Media y en gran medida por la alianza de la *burguesía* necesitada de espacios más amplios que los de las *ciudades burgos*,[5] con los *reyes* que disponían de ellos, se fueron constituyendo los Estados modernos. Las nuevas institucionalidadades se formaron, en mucho, a impulsos del capitalismo naciente.

En el terreno ideológico, Maquiavelo abrió cauces a la formación estatal, teorizando un poder desprovisto de límites morales y brindando el término *Estado*.[6] Hobbes teorizó el monopolio del poder en manos del gobierno, de modo que era posible evitar las interferencias internas en el juego de los espacios económicos estatales. Bodin acuñó la noción de *soberanía*, que calificaba el poder estatal sobre las pretensiones posiblemente obstructivas del Imperio y el Pontificado. El Estado nacía en una doble lucha, contra los señores feudales en lo interno, frente al Sacro Imperio Romano Germánico y al Papado en lo externo.[7]

Más tarde, cuando la burguesía creyó que el poder real llegaba a perturbar sus aspiraciones de desenvolvimiento económico, Locke y Montesquieu reclamarían el liberalismo político, Smith defendería el liberalismo económico y Voltaire expondría cauces de liberalismo filosófico. De cierto modo, con la diferenciación entre poder constituyente y poder constituido, Sieyès abrió caminos al Estado de Derecho. Kant resultó el mayor filósofo de la libertad. A su vez, Madison, Jefferson y Hamilton encauzaron la primera gran república federal.

Por otra parte, Rousseau defendía una democracia que incluso podía llegar a la dictadura de la mayoría. Por último, Fichte fue uno de los iniciadores del camino de la conversión del Estado moderno en Estado nación.

Uno de los grandes aportes del derecho de ese tiempo fue la formación del *constitucionalismo*, que tuvo su primera gran manifestación en la obra norteamericana.[8] A su vez, entre las manifestaciones de la consolidación de los Estados modernos-nacionales se halla la *codificación*. De cierto modo, hasta fines del siglo XX el papel del Estado se amplió, asumiendo roles de aseguramiento de derechos humanos antes no declarados o al menos reservados a la gestión de los particulares.

En los hechos, se comenzó la colonización de grandes espacios del planeta y se hizo creciente el fenómeno capitalista. En el terreno de la filosofía, la expansión de

---

[5] Ciudades signadas por el fuerte papel de los mercados en sentido amplio.

[6] Cabe citar nuestras *Lecciones de historia de la filosofía del derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1991-94, y *Lecciones de filosofía del derecho privado*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario (en prensa).

[7] Es posible ver *Artehistoria, Orígenes medievales del Estado moderno*, ‹http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/contextos/1188.htm› (24.8.2003).

[8] Pueden verse, por ejemplo, "Diritto costituzionale", en *Enciclopedia Giuridica*, Giufrè, t. XII, 1964, esp. Mario Galizia, "Profili storici", pp. 962 y ss.; Mariano de Vedia y Mitre, *Derecho político general*, Kraft, Buenos Aires, t. I, 1952; Tom G. Palmer, "La lucha del milenio por la libertad", en *CATO*, ‹http://www.elcato.org/luchalib_palmer.htm› (13.8.2003).

Occidente se valió en gran medida del empirismo y del racionalismo apriorista y en el campo de las ciencias se alimentó con el desenvolvimiento de las ciencias naturales y las ciencias exactas, que favorecían la conquista del mundo material e incluso llegaron a afirmar la superioridad biológica del hombre blanco.[9] Algunas ciencias sociales sirvieron en especial para afirmar los fenómenos estatales, pero otras contribuyeron más a la internacionalización.

3. En el marco de la evolución y los contactos de las respuestas culturales es posible reconocer una *minusmodelación* de los despliegues estatales e internacionales clásicos ante la *plusmodelación* relativamente imperial. Al fin se advierte la *dominación* de la relativa mundialización sobre la estatalidad y la internacionalidad. La mundialización "califica" los problemas, puede presentarlos de manera fraudulenta, cambiando su rotulación según sus intereses, y elimina la capacidad de rechazo por parte de las respuestas estatales e internacionales tradicionales.[10]

II. El derecho internacional y su evolución

4. Pese a las diversidades institucionales, idiomáticas, etcétera, las fuerzas y las relaciones de base profundas y el legado común reclamaban la superación de los moldes estatales. El *derecho internacional* en sentido estricto se formó en un proceso que comienza claramente en parte de Europa en el siglo XVI, cuando aparecen Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás, que tienen entre sí relaciones suficientemente complejas como para requerir una rica regulación jurídica.[11] Los nombres de Vittoria, Suárez y Grocio constituyen grandes jalones del pensamiento internacional.

---

[9] Acerca de la jusfilosofía constitucional es posible citar, por ejemplo, Germán J. Bidart Campos, *Filosofía del derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969.

[10] Cabe citar nuestros *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1976; también "Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad", en *Bioética y Bioderecho*, nº 3, pp. 83 y ss.

[11] Pueden verse Alfred Verdross, *Derecho internacional público*, con la colaboración de Karl Zemanek, trad. Antonio Truyol y Serra, Aguilar, Madrid, 4ª ed., 1963, pp. 8 y ss.; L. A. Podestá Costa y José María Ruda, *Derecho internacional público*, TEA, Buenos Aires, 2ª reimp. de la ed. actualizada, 1985, pp. 5 y ss.; Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 6ª ed., 5ª reimp., 1987, pp. 505 y ss. Acerca de la internacionalidad véase, por ejemplo, además: Rudesindo Martínez, "Derecho internacional público", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VII, pp. 516 y ss.; Manuel Diez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 12ª ed., 1999; Emilio Baquero Lazcano y otros, *Tratado de derecho internacional público profundizado*, Lerner, Córdoba, t. I, 1994, pp. 185 y ss.; *Publications, 6 Le Recueil des Cours*, ‹http://www.hagueacademy.nl/contents/fra-6.html› (23.8.2003); Kluwer, *The language of science*, ‹http://kapis.www.wkap.nl/home/topics/8/5/4/?sort=A› (23.8.2003); 30 de septiembre 1997, Sergio Moratiel Villa, "Filosofía del derecho internacional: Suárez, Grocio y epígonos", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ‹http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/0/2334d2987f0788fb4125661300398e90?

La internacionalidad *publicista* fue complementada, sobre todo a partir del siglo XIX, con el nacimiento del derecho internacional *privado* en sentido estricto, que, sobre todo por los aportes de *Savigny*, retomó los cauces del viejo derecho interregional medieval abierto por la Glosa de Acursio.

La internacionalidad que nació en los sectores centrales de Occidente se difundió, en parte con sentidos distintos, en el mundo. Sin embargo, las diferencias de religiones judeocristianas, lenguas y regímenes políticos y económicos originaron diversos conflictos que llegaron a las tres grandes guerras (dos calientes y una fría) que soportó el mundo en el siglo XX.

En relativa correspondencia con el largo proceso de formación de la estatalidad, podría interpretarse que hoy nos encontramos ante un curso de formación de un Estado mundial en *etapa hobbesiana* de monopolio del poder, encabezado por los Estados Unidos de América. El equilibrio mundial fue teniendo cada vez menos protagonistas hasta que, con el derrumbe del poder soviético, se ha llegado a un fuerte predominio de la potencia norteamericana.

Los Estados modernos nacionales están en crisis, en gran medida por sus dimensiones reducidas para los alcances de la economía; a menudo son mediatizados y afrontan una lucha doble como la del tiempo de su formación: hacia afuera contra el nuevo "imperio", hacia adentro respecto de procesos de regionalización y sectorización, a veces agresivos.

No es sin motivo que en el plano normativo ha podido hablarse de la *descodificación*.[12] También hay, no obstante, cierta tendencia a la *recodificación* que expresa a veces la adecuación al nuevo mundo y en otros casos la defensa de los Estados modernos nacionales. El avance de las fuentes convencionales estatales y privadas y la *lex mercatoria* son asimismo muestras de la construcción de un nuevo tejido de proyección planetaria.

Incluso los *organismos* clásicos del derecho internacional que se formó en el siglo XX, constituyendo en alguna medida otro estilo de internacionalidad, como la Organización de las Naciones Unidas, están en crisis ante el avance del nuevo orden estatal mundial. La reciente guerra en Irak es una de las más claras muestras del avance del poder "gubernamental" planetario, impulsado en gran medida por las aspiraciones económicas de asegurar los recursos necesarios para que siga avanzando el sistema capitalista.[13] Estructuras económicas como la Organización Mundial del Comercio vienen adquiriendo especial significación.

OpenDocument› (12.8.2003); Jorge Raúl de Miguel, *Rawls y la filosofía kantiana del derecho internacional*, ‹http://www.favanet.com.ar/ratio/derecho/DE%20MIGUEL,%20JORGE.doc› (12.8.2003).

[12] Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1979.

[13] En cuanto a la importancia de los conflictos por los recursos naturales en la internacionalidad, puede verse por ejemplo Diez de Velasco, o. cit., p. 61.

El mundo actual, hasta ahora más referido a realidades *negociales*, muestra que, en buena medida al servicio de éstas, se desenvuelven *fenómenos bélicos* a veces muy distantes de las causas que se invocan. En este marco, la relativa estatalidad regional de algunos procesos de *integración*, cuyo paradigma más relevante es la Unión Europea, pueden expresar cierto tipo de alternativa a la mundialización unitaria antes referida.[14]

Entre los grandes interrogantes de nuestros días está el saber si el mundo nuevo será meramente de globalización/marginación o se preservarán las particularidades en una real *universalización*, y si las diversidades encontrarán alguna vez, a semejanza de lo que sucedió en los Estados modernos nacionales, cauces de liberalismo, federalismo, democracia y "nacionalidad" integradora. Es relevante reconocer el porvenir del Estado de Derecho, amenazado por causas internas y externas.[15]

También hoy, de cierto modo al servicio del nuevo imperio que tiene relevante alcance de estatalidad mundial, la filosofía suele recorrer senderos de pragmatismo y de abstracción, incluso caminos de identificación con la lógica y la matemática.[16] Por otra parte, parece abrirse cauce un nuevo período de predominio de las ciencias naturales, como siempre en relación con las ciencias exactas, que generalmente se convierten en técnicas. Estas posibilidades de dominación llegan a manifestaciones sor-

---

[14] Uno de los grandes temas de debate para la Unión Europea en la actualidad es la medida en que se ha de pasar de una *sociedad civil* ("potencia civil") relativamente poco preocupada por problemas estatales, como el de la seguridad interna y externa, a una "estatalidad" que los abarque. Tal vez, pese al sentido pragmático de Jean Monnet, quepa reconocer al menos en el pensamiento de Robert Schuman una vocación federal o confederal relativamente clásica que realizara de modo adecuado, en la circunstancia, la vieja idea de Europa avanzando, al fin, hacia una seguridad común (en relación con estos temas vale mencionar, por ejemplo, "Europa, 9 de mayo: Día de Europa", en *La Declaración de 9 de Mayo de 1950*, ‹http://europa.eu.int/abc/symbols/9-may/decl_es.htm› (22.8.2003); Joschka Fischer (discurso): *De confederación a federación. Reflexiones sobre la finalidad de la integración europea*, ‹http://servimi.upc.es/bcnmon/uploads/docs/JoshkaFischer.doc› (22.8.2003); *European security*, ‹http://www.frankcass.com/jnls/es.htm› (23.8.2003); *Pax Americana or International Rule of Law? Europe's Options in World Politics*, ‹http://fesportal.fes.de/pls/portal30/docs/FOLDER/POLITIKANALYSE/paxamericana/eingangsseite1.htm› (23.8.2003); Carlos Francisco Molina del Pozo, *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, Dijusa, Madrid, 4ª ed., 2002, pp. 43 y ss.; también los estudios de la profesora Lorenza Sebesta referidos en su conferencia pronunciada en el marco del módulo Jean Monnet del Convenio de la Comisión Europea con la Universidad Nacional de Rosario el 22 de agosto de 2003. Es posible ver Carl Cavanagh Hodge (ed.), *Redefining European Security*, Garland, Nueva York, 1999. En vinculación con particularidades del proceso europeo puede verse nuestro estudio "Meditaciones jusfilosóficas y jusprivatistas internacionales sobre el euro (Una moneda postmoderna)", en *Boletín de ECSA-Argentina*, nº 1, pp. 7 y ss.

Es significativo que los estudiosos más frecuentes del proceso integrador europeo hayan sido primero administrativistas y ahora constitucionalistas. También lo es que en el proceso del Mercosur lo sean internacionalistas.

[15] En cuanto al Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer, puede verse por ejemplo ‹http://www.kas.de/proj/home/home/13/4/› (20.8.2003).

[16] El Imperio Romano se valió del estoicismo que proclamaba ciudadanos del mundo y del epicureísmo que llamaba a sentirse extranjero en todas partes.

prendentes, v. gr., en la astronomía, la física, química y la biología. Al tiempo de sujetos fuertes que fue la *modernidad* le sucede el tiempo de *sujetos débiles*, incluso considerados como productos de un sistema global.

La formación de los Estados modernos nacionales y de la internacionalidad clásica corresponde precisamente al gran ciclo histórico de la *modernidad* en sentido amplio, comprensivo de las edades Moderna y Contemporánea. Hoy, la llamada *posmodernidad*, parece corresponder a esta nueva circunstancia de la "preconstitucionalidad" de alcance planetario.

En cierta "dialéctica" histórica, al Estado moderno nacional le sucedió la internacionalidad y a ésta cierto Estado mundial. Entre las particularidades de la posible estatalidad planetaria estaría que su territorio no sería, al menos por el momento, limitado como el del Estado moderno nacional. Abarcaría el globo todo, único espacio habitado hoy por la humanidad.

5. Para la mejor comprensión del proceso de cambio que se produce en la internacionalidad y en general en el mundo de nuestros días, cabe utilizar aportes de la jusfilosofía, cuyas diversas corrientes pueden mostrar así su aptitud para presentar ideas de interés. En nuestro caso, emplearemos las construcciones que permiten el *análisis cultural* y la *teoría trialista del mundo jurídico*.[17] Desde las dos perspectivas se puede concluir en el reconocimiento de soluciones para el descollante problema de la legitimidad del nuevo mundo.

III. Análisis cultural de las nuevas circunstancias internacionales

6. *Occidente*, cuna de los Estados modernos nacionales y de la internacionalidad tradicional, es una cultura sumamente *compleja*, desenvuelta en un marco básicamente *marítimo* a través de distintas formas temporales y espaciales de integración y desintegración de aportes griegos, romanos, judeocristianos, germánicos, árabes, católicos y protestantes, etcétera. En la múltiple cultura occidental diversas subculturas se integran de diferentes maneras, según la presencia distinta de esos elementos. La extraordinaria complejidad de la cultura de Occidente genera diversas posibilidades de legitimación según esos distintos elementos que la integran.[18]

---

[17] Es posible citar nuestro estudio "Visión sintética del derecho comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al derecho de familia", en *Investigación y Docencia*, nº 30, pp. 95 y ss. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden citarse, por ejemplo, Goldschmidt, o. cit.; *La ciencia de la justicia (dikelogía)*, Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 1986; Miguel Ángel Ciuro Caldani, *Derecho y política*, Depalma, Buenos Aires, 1976; *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982-1984; *Estudios jusfilosóficos*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

[18] Otros enfoques de consideración cultural de la legitimación pueden verse, por ejemplo, en Jürgen Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, trad. José Luis Etcheverry, Cátedra, Madrid, 1999.

Los principales aportes *griegos* son la sed de saber expresada básicamente en la filosofía, el arte antropocéntrico, la experiencia de autogobierno democrático y el significado de pecado triunfante del mito prometeico. Las más importantes contribuciones *romanas* son el sentido práctico y eficiente de la vida y la comprensión de lo privado, manifestada en el despliegue de la propiedad privada y la libertad de contratación.

Los aportes *judeocristianos* más representativos se muestran en la creencia en un solo Dios, creador, persona (diverso de lo creado), omnisciente, omnipotente, omnipresente, no representable y de cierto modo innombrable, que se encarnó en un hombre y enseñó el amor no sólo al prójimo sino al enemigo, pero cuyo reino no es de este mundo. Si se reconoce que los hombres encontramos o ponemos en la divinidad nuestras más profundas aspiraciones, cabe apreciar que en las características del Dios judeocristiano se expresa una parte relevante de la cultura occidental. Los *germanos* brindaron el sentido de la individualidad integrada en la comunidad.

En el terreno arquitectónico, por ejemplo, cabe diferenciar el preoccidental testimonio egipcio, centrado en las pirámides que rinden culto a lo oculto y a la muerte y en el misterio de la Esfinge, del sentido antropocéntrico y aéreo de los templos griegos, cuyo paradigma es el Partenón, los significados antropocéntricos prácticos de los circos representables en el Coliseo y los caminos, los puentes y los acueductos romanos, el sentido teocéntrico de la catedral medieval, que al fin "vuela" con el estilo gótico, y el espíritu bélico del castillo del asentamiento germánico.

En estos términos se advierte que se está pasando de un tiempo de legitimidades complejas, diversificadas según los Estados, al notorio predominio de una legitimación de tipo *romano*. De cierto modo, los Estados Unidos de América parecen comportarse como la Roma de la actualidad. Es más: así como Roma exigió a sus dominados muy pocos requerimientos, pero impuso el culto al emperador y el pago de tributos, al menos aparentemente los Estados Unidos requieren también en pocos aspectos: principalmente que se rinda culto al capital y se paguen las deudas. Haciendo referencia a la *pax romana*, se habla a veces de la *pax americana*.

Tal vez la expresión del tiempo actual esté, por ejemplo, en el aeropuerto y en el *shopping*, con asombrosas semejanzas entre sí en el planeta y a menudo desarticulados de gran parte del espacio circundante.

Las grandes líneas de legitimidad que ha venido elaborando Occidente confluyen hoy de manera principal respectivamente en la legitimidad *económica*, en gran medida centrada en el mercado, y la legitimidad *democrática*. Hasta ahora la economía tiende a la planetarización, en tanto la democracia se centra en el Estado moderno nacional. En la circunstancia actual parece que la *legitimidad económica* tiende al fin a prevalecer sobre la democrática. Los criterios de legitimación de la planetarización actual difieren muy significativamente de los que pretendió la paz perpetua kantiana.

En el marco de la evolución y los contactos de las respuestas culturales es posible reconocer una *minusmodelación* de los despliegues griegos, judeocristianos e incluso germánicos en aras de la *plusmodelación* de los aportes romanos; una *minus-*

modelación de la democracia por la *plusmodelación* de la economía. Al fin se advierte la dominación "romana" y económica.[19]

7. Dentro de la tradición occidental, es posible diferenciar la vertiente *anglosajona*, heredera de Occam, Locke, Bentham, James, etcétera, signada sobre todo por la referencia occamista a Dios e incluso a la Patria norteamericana por la fe y al mundo por la experiencia, y la corriente *continental*, más representable por santo Tomás de Aquino, Descartes, Leibniz, Hegel, etcétera, con más remisión compleja a la razón. De modo específico, cabe apreciar una *minusmodelación* del modelo *continental* en aras de la *plusmodelación* anglosajona, que al fin se presenta como específicamente dominante.

La vertiente anglosajona predomina en la calificación de los problemas, en la construcción fraudulenta de las cuestiones y en la frecuente imposibilidad *continental* de rechazar sus respuestas. La relativa *preconstitucionalidad* se refiere especialmente a la dominación anglosajona.

Como suele ocurrir en los procesos de dominación, en parte por la propia pertinencia al origen de la dominación y en parte de manera mítica se impone cierta noción de *superioridad moral* de la potencia dominante.

Obviamente, la concentración del poder de estilo hobbesiano no excluye grandes conflictos, que incluso permiten hablar de *guerras de civilizaciones*, como la que parece plantearse entre los sectores predominantes de Occidente y el Islam.

IV. Análisis trialista de las nuevas circunstancias internacionales

8. La teoría trialista del mundo jurídico, fundada por Werner Goldschmidt en los marcos de la concepción tridimensional del derecho, construye el objeto integrando *realidad social*, *normas* y *valores*. Lo hace incorporando repartos de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica al ser y en especial la vida), captados por normas que los describen e integran y valorados —los repartos y las normas— por la justicia. El trialismo pone especial atención en la inserción del derecho en la *vida*, que consideramos nuestro máximo interés. Procura construir una *"complejidad pura"*, que supere la disolución del derecho en la economía, la sociología, la biología, etcétera en una "complejidad impura" y la "simplicidad pura" que propone principalmente el logicismo de la teoría "pura" del derecho.[20]

Aunque Goldschmidt era objetivista en materia de valores, adoptamos un criterio de "construcción" según el cual las referencias científicas a ellos sólo son posi-

---

[19] Cabe citar nuestros *Aportes para una teoría…*, o. cit.; también "Veintidós años después…", art. cit.

[20] Es posible ver Gianluca Bocchi y Mauro Ceruti (recs.), *La sfida della complessità*, traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, Feltrinelli, Milán, 10ª ed., 1997; Goldschmidt, o. cit., p. XVII. Cabe citar nuestro estudio "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en *El Derecho*, t. 126, pp. 884 y ss.

bles entre quienes comparten un punto inicial acerca de lo valioso. Como ocurre al fin con todos los saberes "científicos", la axiología en general y la *dikelogía* en especial sólo son viables entre quienes tienen las mismas bases acerca de ellos. Cada uno de los valores significa al fin un título de legitimidad. El trialismo entiende que el máximo título de legitimidad jurídica proviene de la *justicia*.

1. El mundo jurídico

A. En general

a. Dimensión sociológica

- *Las adjudicaciones aisladas*

9. El pasaje de la internacionalidad tradicional a la relativa preconstitucionalidad mundial tiende a generar el avance de la *conducción* repartidora sobre el juego de las influencias humanas difusas que, junto con la naturaleza y el azar, forman el campo de las distribuciones. Sin embargo, el desenvolvimiento económico se orienta a producir, por vía de influencias humanas difusas, un hombre dócil a la "preconstitución" planetaria.

En el ámbito de los "repartos" es relevante considerar la relativa preconstitucionalidad mundial desde los diversos elementos de esas adjudicaciones: quiénes son *repartidores* y *recipiendarios*, beneficiados y gravados; qué *potencias* e *impotencias* (objetos) se adjudican; cuál es la *forma* (es decir, el camino de mayor o menor audiencia elegido para arribar al reparto) y cuáles son las *razones*, en sus despliegues de móviles, razones alegadas y razones sociales.

Importa saber, sobre todo, quiénes conducen y quiénes se benefician y perjudican con la nueva situación. Las variaciones de los repartidores y los recipiendarios pueden denominarse *transmudación* activa o pasiva de los repartos.[21] En el actual cambio de la internacionalidad clásica a la relativa preconstitucionalización mundial es posible que resulten importantes despliegues de transmudación activa y pasiva en los que, ahora con especial intensidad o más notoria intensidad, no sólo son repartidores los gobernantes de los poderes "centrales", sino que resultan en los países respectivos los principales recipiendarios beneficiados, en tanto en los países periféricos suelen estar los recipiendarios gravados.

Los cambios en los objetos de los repartos pueden denominarse *transustanciación* de esas adjudicaciones. Es posible asimismo advertir en el cambio actual que hay una transustanciación en la cual, respecto de los países centrales, se producen avances en la riqueza, en tanto muchas veces los países periféricos quedan privados de despliegues vitales más profundos por el avance del poder gubernamental mundial.

---

[21] Puede verse nuestro libro *Derecho y política*, o. cit., p. 52.

Las modificaciones en la forma de los repartos constituyen su *transformación*. En las actuales circunstancias de crisis de la internacionalidad tradicional y relativa preconstitucionalización planetaria, los electores de los países centrales y principalmente de los Estados Unidos de América eligen sus gobernantes y los del mundo. Las posibilidades y las realizaciones de la audiencia en el nuevo orden son limitadas, no hay espacios suficientes para el proceso ni para la negociación.

Los cambios en las razones de los repartos pueden denominarse *transfiguración* de esas adjudicaciones. En la presente situación hay una relevante transfiguración de lo que al menos se creyó alcanzado en la internacionalidad clásica. Pese a la alegación de razones humanitarias, suelen existir en realidad móviles de búsqueda de la riqueza y el poder al menos análogos a los de muchos procesos de conquista y, si bien parte de la humanidad considera que el nuevo orden es razonable, otra lo rechaza enérgicamente. El debate electoral en los países "centrales" se refiere a sus intereses, pero resuelve sobre los intereses del mundo. En los marcos estatales e internacionales tradicionales dominados, el discurso político resulta un *sin sentido* y esto colabora al desarrollo de la apatía y a la corrupción.

Los repartos de la relativa preconstitucionalidad mundial tienden a ser *autoritarios*, realizando el valor *poder*, que les es inherente, en detrimento de los repartos autónomos de los acuerdos interestatales a los que, como tales, es propio el valor *cooperación*. En cambio, la *autonomía universal*, en que las partes hacen su propio derecho y al fin suelen someterse a árbitros, tiene significativos avances.

- *El orden de las adjudicaciones*

10. En la internacionalidad clásica del siglo XX se fue formando, con la Sociedad de las Naciones y la Organización de las Naciones Unidas, un plan de gobierno en marcha, que pretendía indicar con su desarrollo quiénes eran los supremos repartidores y cuáles eran los criterios supremos de reparto y realizaba, como tal, el valor previsibilidad. La "preconstitucionalidad" planetaria significa el desarrollo de un nuevo plan de gobierno en marcha, que indica otros supremos repartidores y otros criterios supremos de reparto. El implante y la defensa de este plan motiva frecuentes intervenciones, incluso armadas, para evidenciar quiénes mandan y con qué criterios se manda en el mundo.

Entre los sectores globalizados parece haber cierta ejemplaridad de modelo y seguimiento, apoyado en la razonabilidad, respecto de la nueva situación, y por esa ejemplaridad se realiza el valor solidaridad, pero en cambio es notorio el grado de resistencia que el nuevo plan provoca en el resto del planeta. Sería relevante conocer si hay una verdadera *opinión pública* mundial o sólo informaciones, en parte difusas, mas sobre todo manejadas por centros de poder.

De cierto modo se está produciendo una *revolución planetaria* en la que cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto de la internaciona-

lidad clásica y esto produce cierta *anarquía*, con el consiguiente "disvalor" de la arbitrariedad. Sin embargo, si el nuevo régimen se consolida, se realizará más el valor inherente al régimen que es el orden. Puede decirse que el juego de los factores de poder va formando una *constitución material mundial*.[22]

11. Los repartos y el régimen de la internacionalidad tradicional encuentran *límites* necesarios, surgidos de la "naturaleza de las cosas", principalmente socioeconómicos y sociopolíticos pero también psíquicos, sobre todo por el cambio de la mentalidad de muchos sectores de la población. Los requerimientos de recursos naturales para la producción capitalista explican, mejor que los discursos, las verdaderas causas de muchos conflictos que se producen por la actividad del poder central en nuestros días. Esto no excluye que también la mundialización halle importantes obstáculos psíquicos por la resistencia de muchos otros sectores, sobre todo inmersos en la exclusión. Uno de los límites relevantes parece ser las adhesiones a distintas tradiciones culturales. También el régimen mundial genera ciertas *contradicciones* con la "estatalidad" planetaria, por ejemplo, a través de la relativa horizontalidad y libertad de Internet.

En cuanto al origen de los repartos, la conducción de todos los Estados, incluso de los Estados "centrales", es condicionada por distribuciones y repartos que la encauzan a la mundialidad. La independencia de los Estados, característica al menos teórica de la internacionalidad tradicional, está en crisis.

b. Dimensión normológica

- *Las normas aisladas*

12. El cambio social profundo que se está presentando pone en crisis las normas de la internacionalidad clásica, produciendo problemas de *infidelidad*, porque se debilitan las referencias intencionales concretas y es necesario recurrir a los fines de los autores; cuestiones de *inexactitud*, por falta de cumplimiento, por ejemplo en las referencias a la soberanía y la igualdad de los Estados, e incluso problemas de *inadecuación*, porque los conceptos históricos ya no responden a los fines de los autores y a las necesidades sociales.

La lógica de la generalidad de las normas referidas al futuro internacional, realizadora de la predecibilidad, se debilita ante la lógica de la *individualidad* de las normas casuísticas de la planetarización, que como tal satisface el valor *inmediatez*. Al fin se atiende a la concreción que conduce a la mundialización, en tanto los requerimientos de la internacionalidad clásica son resueltos en términos de al menos aparente generalización. No se tiene en cuenta lo que no se quiere considerar.

---

[22] Es posible ver Fernando Lassalle, *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1957. Sobre diversos aspectos de la Constitución puede verse, por ejemplo, Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*, trad. Francisco Ayala, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.

13. En el campo de las fuentes formales, la nueva circunstancia modifica el papel de los *tratados*, que tienden a penetrar más y ganar jerarquía en los ordenamientos estatales, logrando a veces nivel "constitucional", pero a su vez resultan desautorizados por los hechos, incluso en los acuerdos que formaron la organización internacional básica que logró el siglo XX. Si los tratados avanzan sobre las constituciones estatales, pierden lugar ante la constitución material del nuevo mundo.

Los tratados significan una disminución respecto de la *participación* que suelen tener en su formación las fuentes formales internas, pero el imperio de la constitución material planetarizadora importa una participación mucho menor. Diversas fuentes de la internacionalidad clásica se convierten en *espectáculos* ante el avance de la relativa "preconstitucionalidad" mundial.

Los ámbitos activos y pasivos de las normas son confusos. Si bien el desarrollo de órganos de justicia internacional tiende a hacer más viable la coincidencia de los dos espacios, casos históricos como los de los Tribunales de Nuremberg y los hoy célebres requerimientos de extradición del juez Baltasar Garzón tienden a evidenciar que algunos Estados parecen orientarse a realizar tareas jurisdiccionales que tradicionalmente les eran inherentes a otros.

14. Como en alguna medida ya se ha dicho, todo el proceso de *funcionamiento* de las normas es afectado por la tendencia a la relativa "constitucionalización" mundial. Las tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis que hacen al funcionamiento de los tratados son afectadas por las nuevas situaciones. La novedad de la situación genera una enorme *laguna histórica*, que se *integra*, en principio, con las imposiciones de los poderosos.

Es más, se debilita el funcionamiento *conjetural* de las normas internas e internacionales clásicas. Se reconoce la posibilidad de que los tratados internacionales sean al fin sujetados a la constitución material del nuevo mundo e incluso se obra en consecuencia.

15. En la dinámica de los *conceptos*, los que se utilizaron para la internacionalidad clásica, como el de soberanía, van sufriendo una *minusmodelación* fáctica e incluso conceptual (ideal) importante. En cuanto a las relaciones entre las respuestas, puede decirse que la nueva preconstitucionalidad *domina* a la internacionalidad clásica: al menos en los hechos califica sus conceptos, permite que sea agredida con fraude y la priva de capacidad de rechazo.[23] Aunque hay frecuentes "trasvasamientos", se produce sobre todo un gran fenómeno de *recepción* del nuevo derecho y de los modelos anglosajones que a veces produce aceptación y en otros casos rechazo en los derechos estatales.[24]

---

[23] Pueden verse nuestros *Aportes para una teoría…*, o. cit.; también "Veintidós años después…", art. cit.

[24] Es posible citar nuestros estudios "Hacia una teoría general de la recepción del derecho extranjero", en *Revista de Direito Civil*, 8, pp. 73 y ss.; "Originalidad y recepción en el derecho", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nº 9, pp. 33 y ss.; *El*

- *El ordenamiento normativo*

16. En cuanto al *ordenamiento normativo*, a las consideraciones de inexactitud e inadecuación que surgen de lo ya expuesto respecto de las normas cabe agregar las de *infidelidad* en grandes sectores de la comunidad planetaria, que no aceptan la nueva lógica de la mundialización. Las relaciones verticales y horizontales entre las normas estatales y del juego de la internacionalidad clásica se deterioran.

Las características de sistematicidad de la internacionalidad clásica se debilitan y se despliegan rasgos de *mero orden* normativo porque al fin interviene la voluntad de los nuevos gobernantes mundiales. Los hechos van mostrando el cambio de la *norma hipotética fundamental*, que deja de remitir a la obediencia al constituyente histórico estatal y envía al "constituyente" mundial. La vertiente de la lógica del cumplimiento de los pactos, incluso en la vida de los particulares, a menudo gana espacio sobre la vertiente de la obediencia al constituyente histórico estatal. La relativa realización del valor *coherencia* de la internacionalidad clásica tiende a romperse por el avance de la mundialización.

c. Dimensión dikelógica

- *Los valores en general*

17. Pese a los discursos, en el campo de los valores la nueva preconstitucionalidad planetaria parece apoyarse más en consideraciones de *utilidad* que de justicia. Si se defiende este valor, puede entenderse que hay una "arrogación" del espacio que le corresponde por el avance de la utilidad. Incluso cabe reconocer el gran avance del valor *poder*, respecto del cual cabe señalar que se "subvierte" contra la justicia.

A veces se entiende que el mundo actual tiene cierta *"penuria" de legitimidad*.[25]

- *La forma de la justicia*

18. El paso de la internacionalidad clásica a la relativa preconstitucionalidad mundial actual significa el cambio de perspectivas acerca de las *clases de justicia*, es decir, de los caminos con que se la piensa. Avanzan la justicia *extraconsensual*,[26] *monologal*,[27] *"partial"*,[28] *sectorial*,[29] de *aislamiento*, *absoluta* y *particular* en detrimento de la justicia consensual, dialogal, gubernamental, integral, de participación, relativa y general. Como al fin las exigencias de la justicia particular caracterizan al

---

derecho universal, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000. Asimismo Alan Watson, *Legal Transplants*, University of Georgia Press, Athens, 2ª ed.

[25] En relación con la penuria de legitimidad puede verse por ejemplo Habermas, o. cit., p. 129.

[26] En disonancia con el discurso consensualista, que piensa la justicia en relación con el acuerdo, en los hechos impera la extraconsensualidad inspirada en fundamentalismos de distinto carácter.

[27] Referida a una sola razón de justicia.

[28] Proveniente de una parte.

[29] Referida a un sector.

derecho privado y los requerimientos de la justicia general identifican al derecho público, puede decirse que hay al fin una gigantesca plusmodelación por avance del derecho público, en definitiva una "privatización", y una gran minusmodelación del derecho privado.[30] Ante un gran cambio histórico se hace tensa la relación entre la "justicia de partida" y la "justicia de llegada" y ésta tiende a prevalecer.[31]

El pasaje de la internacionalidad clásica a la preconstitucionalidad planetaria significa un gran cambio en la consideración de las influencias de justicia a las que se refiere este valor como categoría *pantónoma* (*pan* 'todo'; *nomos* 'ley que gobierna'), referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Como no podemos abarcar totalmente la *pantonomía* porque no somos ni omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de recortarla mediante fraccionamientos productores de seguridad y el cambio histórico que vivimos, al variar los despliegues considerados, produce *inseguridad*, sobre todo desde el punto de vista de los Estados modernos nacionales, aunque lo hace en el curso del *aseguramiento* de los nuevos poderosos y en general de quienes se inscriben en ella.

Los criterios y las valoraciones del mundo internacional clásico están en *crisis* y son reemplazados por los de la preconstitucionalidad mundial.

- *El contenido de la justicia*

Los repartos aislados

19. En caso de compartirse el punto de partida trialista que se refiere a un *principio supremo* de justicia de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en "persona", es posible reconocer diversas consecuencias en cuanto a la legitimidad de los repartos aislados y el régimen.

Cabe apreciar perspectivas de legitimidad de la nueva situación desde los puntos de vista de los repartidores, los recipiendarios, los objetos, las formas y las razones de los repartos.

En cuanto a los *repartidores*, el paso de la internacionalidad clásica a la relativa preconstitucionalización planetaria significa una pérdida en el título de legitimidad de la autonomía de los interesados, concretamente de la estructura democrática que se apoya en el consentimiento de la mayoría. Sin desconocer las limitaciones de la legitimación democrática, cabe expresar que, desprovistos de legitimidad, los gobernantes del Estado mundial son para gran parte de la humanidad repartidores "antiautónomos" o "*de facto*". El Estado moderno nacional alcanzó cauces de relativa democracia que el Estado mundial está lejos de tener, quizás siquiera de pretender.

---

[30] Es posible ver nuestro artículo "Privatización y derecho privado", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nº 20, pp. 119 y ss.

[31] Cabe citar nuestro estudio "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", en *El Derecho*, t. 123, pp. 715 y ss.

El pasaje a la relativa preconstitucionalidad mundial suscita grandes responsabilidades, difíciles de alcanzar, pero en realidad parece ser muy limitada también la voluntad de asumirlas. Los gobernantes mundiales se sienten, en el mejor de los casos, responsables ante y por sus propios electores, no ante y por la humanidad en general.

Los Estados modernos nacionales pueden atender a títulos de los *recipiendarios* en cuanto a los méritos de su conducta y a los merecimientos de su necesidad, pero la relativa preconstitucionalización planetaria tiende a parcializar las referencias hacia los interesados de los sectores dominantes, ignorando los méritos y sobre todo los merecimientos de los sectores marginales. Una perspectiva unilateral de los méritos los remite exclusivamente al modelo económico dominante.

En la perspectiva de los *objetos* de los repartos, la relativa preconstitucionalización brinda relevantes potencias en cuanto a recursos materiales, comunicaciones, información, etcétera, pero resulta, por ejemplo, incapaz de avanzar en la adjudicación de potencias elementales para la preservación de la vida; las asimetrías en la producción pero también en el consumo poseen magnitudes impresionantes. Las posibilidades vitales de los sectores globalizados y los marginales son muy diversas.

La audiencia exigida como *forma* valiosa de los repartos está limitada a los sectores que participan de la tabla de valores dominante, en relación con la cual se encauza exclusivamente el diálogo, y una restricción análoga se produce en cuanto a las posibilidades de *fundamentación* de las medidas. Cabe imaginar incluso la extensión de sendas de participación electrónica, pero en cierto sentido puede decirse que la preconstitucionalidad mundial constituye en este momento un espacio para muchos impenetrable, de alguna manera una *aporía* en el sentido etimológico del término.

El orden de los repartos

20. Para ser justo un régimen ha de ser humanista, es decir, ha de contar con la legitimidad de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio. En caso contrario, en que el individuo sea mediatizado, se entiende que está presente la injusticia del totalitarismo. El proceso de paso de la internacionalidad clásica a la relativa preconstitucionalidad suele asumir *caracteres totalitarios*. Incluso se llega a conflictos armados en los que la búsqueda de recursos naturales necesarios para el poder capitalista es el motivo de guerras que provocan numerosas muertes.

Un régimen se legitima por la justicia cuando respeta a cada individuo en su unicidad, su igualdad y su pertenencia a la comunidad. Los medios principales para lograr esa legitimidad son respectivamente el liberalismo político, la democracia y la *res publica*. El abrumador poder del gobierno relativamente preconstitucional mundial parece llevar, respecto de muchos individuos, a la negación de esas características. Por el momento la relativa preconstitucionalidad tiende a afirmar la estratificación social de la globalización/marginación.

Para realizar la legitimidad humanista, el régimen ha de amparar al individuo cuya personalización se pretende contra todas las amenazas: frente a los demás (como

individuos y como régimen), respecto de sí mismo y contra todo "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etcétera). La concentración del poder y de los beneficios evidencia que la relativa preconstitucionalidad actual puede proteger a algunos individuos pero deja fuertemente desprotegidos a otros.

B. Las ramas

21. Este cambio que pasa del derecho internacional clásico a otro que tiende a hacerse derecho mundial lleva a la necesidad de tomar conciencia del *derecho universal* como expresión jurídica planetaria siempre presente, pero ahora especialmente tensa y necesitada de desarrollo. El derecho internacional avanza sobre las ramas del derecho interno de los Estados modernos nacionales, pero a su vez es cuestionado por el derecho mundial.

2. Horizonte político

22. En el horizonte del mundo político, que construimos tridimensionalmente integrando hechos, normas y valores en relación con la coexistencia, que ha de convertirse en convivencia, el paso de la internacionalidad clásica a la relativa preconstitucionalidad planetaria significa un gran avance de la *política económica* y de la *política de seguridad* de los espacios dominantes. Esta plusmodelación se va atribuyendo con exclusividad marcos que se consideraban reservados a otras ramas, incluso a la política jurídica, espacios que, en cambio, sufren su minusmodelación. La política económica y la política de seguridad, con caracteres dominantes, califican los problemas, permiten el fraude contra las otras ramas e incluso las privan de la posibilidad de rechazar sus imposiciones.

III. Conclusión

23. La realidad de nuestro tiempo evidencia tendencias a la planetarización, predominantemente impulsadas por fuerzas y relaciones económicas, que modifican la internacionalidad clásica y aproximan, no sin ciertas dificultades, a una estatalidad de cierto modo en etapa "hobbesiana", de concentración del poder.

Al menos hasta el presente, no es claro si esa concentración del poder evolucionará, como sucedió con los Estados modernos nacionales, hacia otras realizaciones de liberalismo, democracia, constitucionalismo, etcétera, incluyendo cierta "nacionalidad" de proyecto vital común.

Creemos que tal vez sea imposible rechazar la intensificación de la vida planetaria y no desconocemos que de ella surgen grandes beneficios, pero consideramos que es imprescindible preservar los *rasgos humanistas* que se habían alcanzado con la internacionalidad tradicional, con miras a superar la globalización/marginación en una auténtica *universalización*.

Héctor Gros Espiell (Uruguay) *

La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak

I.

En mi artículo sobre la prevención de los conflictos bélicos en el derecho internacional actual,[1] expresé mi opinión sobre la llamada *legítima defensa preventiva*. Pienso que es importante reiterar ahora lo dicho en esa ocasión, para luego profundizar el análisis aplicándolo a la crisis —y hoy a la guerra— de Irak. Dije en la ocasión citada:

> El concepto de lo que es la prevención de los conflictos bélicos —prevención que no sólo es un deber, sino que, como hemos ya dicho, es necesaria y constituye una esencial contribución al mantenimiento de la paz— es algo totalmente distinto de lo que se ha llamado legítima defensa preventiva.
>
> La legítima defensa sólo se configura —pese a ser un derecho inmanente de los Estados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas— en caso "de ataque armado". No puede invocarse el derecho de legítima defensa, individual o colectivo, para prevenir un posible ataque armado que aún no se ha hecho efectivo. En una situación de peligro de un ataque armado previsible o posible, sólo cabe poner el hecho y la situación en conocimiento del Consejo de Seguridad para que éste tome de inmediato todas las medidas requeridas para mantener la paz y la seguridad internacionales.

---

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

[1] Héctor Gros Espiell, "La prevención de conflictos bélicos en el derecho internacional actual. Las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, III, 2003, UNAM, México, pp. 178, 179.

> Aunque la solución que sostengo puede ser discutible y ha dividido a la doctrina,[2] pienso hoy, y me reafirmo, en el criterio de que en aras de la paz y la seguridad no puede aceptarse la llamada legítima defensa preventiva. Incluso los que se resisten a aceptar de manera total la afirmación de la ilicitud de la legítima defensa preventiva, reconocen la enorme peligrosidad de su admisión.
>
> Creo que lo que hay que afirmar, jurídica y políticamente, es que no hay un derecho de legítima defensa preventiva y que conceptualmente la prevención de los conflictos bélicos no puede realizarse mediante el uso de la fuerza, invocando la legítima defensa.

Hoy, ante la crisis de Irak —frente a la guerra ya iniciada el 20 de marzo de 2003— y la reciente invocación de la legítima defensa preventiva,[3] dirigida ahora por algunos de sus exponentes no sólo a luchar contra el terrorismo, a imponer el desarme de armas nucleares, radiológicas, químicas y bacteriológicas, sino incluso a deponer gobiernos y a establecer coactivamente otros en su sustitución, como consecuencia de una ocupación militar, es útil —y hasta diría necesario— volver a analizar la cuestión, confrontando el derecho con las realidades internacionales del trágico momento actual.

Pero antes, debo expresar que casi dos años después de haber escrito los párrafos antes transcriptos, me afirmo plenamente en lo dicho. Es más, creo que la actual situación internacional y los peligros de la invocación —y obviamente mucho más graves aún del eventual ejercicio efectivo— de la pretendida legítima defensa preventiva, refuerzan de una manera decisiva la verdad de lo que dije.

Dos ilustres juristas latinoamericanos, que quiero honrarme en citar expresamente, dieron, en 1958 y en 1982, unas opiniones coincidentes con la mía. Lo hago no solamente como justo homenaje a su memoria, sino para nombrar, con sólo dos ejemplos, la riqueza de la doctrina latinoamericana al respecto y la injusticia de citar,

---

[2] Sobre este asunto puede consultarse, además de la que se cita expresamente en el presente trabajo: Alejandro J. Rodríguez Carrión, *Uso de la fuerza por los Estados*, Málaga, Organización Sindical, 1974, p. 209-217; Cesáreo Gutiérrez Espada, *El uso de la fuerza y el derecho internacional después de la colonización*, Valladolid, 1988, pp. 14-16; Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, capítulo XIV, Madrid, 1958; Joe Verhoeven, *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 684; Ronald St. John Macdonald, "L'emploi de la Force par les États en droit international", en M. Bedjaoui (red. gral.), *Droit international. Bilan et perspectives*, t. 2, Unesco, París, 1991, pp. 774-778; Christine Gray, *International Law and the use of force*, Oxford University Press, 2000 ("Anticipatory self-defense"), pp. 111-115; Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997 ("El *casus operandi* de la legítima defensa. La legítima defensa preventiva"), pp. 924-926; Brun-Otto Bryde, "Self-defense", en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, 2000, pp. 361-364; Yan Brownlie, *International Law and the use of force by States*, Oxford and Clarendon Press, 1963 ("Anticipatory Defense and the UN Charter"), pp. 275-278; K. Skubiszewski, "Use of force by States, collective security, law of war and neutrality", en *Manual of Public International Law*, M. Sorensen, Nueva York, 1968, p. 767; Hans Kelsen, "Collective security and collection self defense under the charter of the United Nations", *AJIL*, 42, 1948, p. 784; Antonio Cassese, "Article 51, a) La légitime defense préventive", en *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article sous la direction de Jean Pierre Cot et Alain Pellet*, Económica, París, 2ª ed., 1991, pp. 776-780.

[3] Condoleezza Rice, entrevista en *Corriere della Sera*, 8 de noviembre de 2002.

en lo que se refiere al uso de la fuerza y la legítima defensa, sólo a autores europeos y estadounidenses.

Dijo mi compatriota Eduardo Jiménez de Aréchaga, en su libro *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*:

> Sin embargo, esta doctrina no parece convincente, como tampoco los argumentos en que ella se funda. Es cierto que el propósito determinante de la inclusión del artículo 51 pudo no haber sido definir o limitar el derecho preexistente de legítima defensa, pero ese sin duda fue el resultado de su incorporación en el texto de la Carta. Ella expresa inequívocamente que el derecho de legítima defensa existirá "en caso de ataque armado". La versión francesa dice "en caso de agresión militar", lo cual aclara y ciñe aún más el concepto, puesto que todos los textos son auténticos, según dice el artículo 111 de la Carta, y es posible entonces interpretar este instrumento valiéndose de las palabras empleadas en los distintos idiomas.
>
> Del texto de la Carta resulta que se ha circunscrito de un modo muy preciso la hipótesis de legítima defensa del derecho de gentes clásico: sólo se concede contra un ataque armado, un acto de violencia consumado. Como señala Beckett, ex asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores británico, la Carta debe entenderse como si expresara: "después de que ocurra un ataque armado". No existe lo que en el derecho interno se conoce con el nombre de "legítima defensa putativa", contra un peligro inminente: es menester que se haya operado ya el ataque. Se excluye, por lo tanto, la guerra preventiva, lo que es sumamente acertado, porque en la esfera de las relaciones internacionales se ha recurrido muy a menudo a la fuerza, invocándose, como excusa de legítima defensa, que el adversario estaba en la inminencia de atacar.[4]

Y Jorge Castañeda, el gran internacionalista mexicano, en su estudio sobre "La prohibición del uso de la fuerza", expresó:

> La legítima defensa, si bien constituye un "derecho inmanente", como dice el artículo 51 de la Carta, representa no obstante una excepción al principio eje de las relaciones internacionales que prohíbe el uso de la fuerza; en tanto excepción, la determinación de su alcance debe ser de interpretación estricta. La única causa que pude dar origen al derecho de legítima defensa es un "ataque armado". Estos términos son de interpretación y aplicación restringida. Significan que otros actos, así sean amenazas graves o la violación de deberes internacionales, no constituyen la condición para que surja el derecho inmanente de legítima defensa.[5]

II.

Dicho esto, pasemos a analizar nuevamente el asunto, situándolo en la realidad de estos momentos. El artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas dice:

> Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas

---

[4] Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, 1958, pp. 402-403.

[5] Jorge Castañeda, "La prohibición del uso de la fuerza", en *Obras completas*, III, "Política exterior y cuestiones internacionales", Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, Secretaría de Relaciones Exteriores, El Colegio de México, México, 1995, p. 324.

> necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Desde el inicio mismo de la entrada en vigencia de la Carta se discutió si el artículo 51 autorizaba o no la legítima defensa preventiva. La gran mayoría de la doctrina, basándose en que la legítima defensa opera sólo "en caso de ataque armado" ("*est l'objet d'une agresión armée*" en francés y "*if an armed attack occurs*" en inglés), estimó que el previo ataque armado era condición ineludible para que pudiera configurarse la legítima defensa.

Sin embargo, la tesis contraria, que sostenía la posibilidad lícita de la defensa preventiva, intentó —aunque minoritariamente— fundar su posición. Por ejemplo, ya en 1952, C. H. M. Waldock afirmó la legitimidad de la acción preventiva con estas palabras:

> Si la acción de las Naciones Unidas es obstruida, demorada o inadecuada y el ataque armado se hace manifiestamente inminente, entonces sería una burla de los propósitos de la Carta obligar al Estado que se defiende a permitir que su atacante dé el primer golpe, que puede ser fatal… Ceñir el derecho consuetudinario de defensa propia aún más allá de la doctrina del "Caroline" no tiene sentido en una época en que la rapidez y el poderío de los medios de ataque han aumentado enormemente.[6]

La demoledora refutación de esta tesis, hecha por E. Jiménez de Aréchaga en su obra antes citada, la dejó, desde 1958, huérfana de verdadera fundamentación jurídica.

Muchos años después, con un enfoque distinto, pero que conduce, en parte, a análoga conclusión, el profesor Modesto Seara Vázquez expresó:

> La legítima defensa sólo se puede justificar en el caso del ataque armado, no siendo necesario que el ataque se haya producido ya, pues dada la eficacia de las armas modernas eso podría significar la destrucción del sujeto; es suficiente con que haya un comienzo de ejecución, y que se pueda razonablemente suponer (bajo reserva de probarlo más tarde) que la acción iniciada sería continuada por el agresor.[7]

Sin embargo, hay que señalar que este autor requiere "un comienzo de ejecución", es decir que, aunque el "ataque armado" no se haya producido plenamente, es necesario que se haya iniciado y que se pueda razonablemente suponer que la acción será continuada por el agresor. Matización importante, que limita, y mucho, el concepto amplio, total e irrestricto de la pretendida legítima defensa preventiva.

---

[6] C. H. M. Waldock, *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, Recueil des Cours, Académie de Droit International, La Haya, t. 81, 1952, pp. 489 y ss.

[7] Modesto Seara Vázquez, *Derecho internacional público*, Porrúa, México, 6ª ed., 1971, p. 352.

III.

No es del caso reiterar ahora todos los argumentos que se han formulado para fundar o para negar el pretendido derecho de legítima defensa preventiva. Pero sí cabe recordar algunos de los más importantes, en función de la experiencia y de lo que son y significan los medios bélicos actuales.

Se ha dicho que las armas de hoy, especialmente por sus posibles efectos inmediatos, masivos y devastadores, obligan a no esperar que el ataque se produzca y que hay que responder antes, ante su inminencia, para impedirlo, ya que de lo contrario sería imposible toda respuesta.

Esta invocación de la incidencia de las nuevas armas —atómicas, químicas, radiológicas y bacteriológicas— en el planteamiento del tema de la pretendida legítima defensa preventiva es el aporte más importante que se ha hecho en orden a revisar la posición contraria a esta defensa contra un ataque armado no realizado aún, sino tan sólo presumido o presumible.

Algo de verdad —si se hiciera de buena fe un razonamiento coherente y lógico— hay en este nuevo planteamiento, basado en la consideración de lo que son y significan las nuevas armas. Sin embargo, el enorme peligro —tan grande o mayor que el que podría resultar de un presumido ataque— de que una agresión se disfrace de defensa ante un presunto o presumible ataque armado, se antepone y domina todo planteamiento de la cuestión.

La posibilidad de que en un probable, presunto o presumible ataque armado se usen armas que anulen la posibilidad de defensa y se produzcan daños irreparables, civiles y militares, se sitúa en el mismo nivel de peligro que el que puede resultar de la eventualidad de que, en la respuesta a un posible ataque armado no iniciado, solamente previsto, presumido o invocado unilateralmente, sin que necesariamente esto se haga de buena fe, se usen armas de destrucción masiva o de efectos generales tan graves que superen toda posible cuantificación previa.

Por otra parte, ¿cómo juzgar la racionalidad y proporcionalidad del medio de pretendida defensa si aún no se puede saber cuáles serán, si se produjera el ataque armado, los medios empleados para realizar un ataque? Y esto no puede presumirse.

En resumen, no hay a nuestro juicio ningún nuevo elemento que, con verdad, justicia, razón y buena fe, permita variar hoy la correcta posición tradicional de condena a la pretendida defensa preventiva.

IV.

Ahora bien, ¿qué nuevas invocaciones se han hecho de esta doctrina frente a la situación iraquí?

Para no caer en una pesada enumeración de textos, todos vinculados a la posición política del gobierno de los Estados Unidos en los meses previos a la explosión bélica de la crisis iraquí, me limitaré a uno de especial relevancia.

Condoleezza Rice, consejera de seguridad del presidente Bush —sin duda la más importante exponente, desde el punto de vista político, de la tesis de la pertinencia de la legítima defensa preventiva—, en una entrevista publicada en noviembre de 2002 en periódicos de todo el mundo, traducida a múltiples idiomas, dijo al respecto:

> El concepto de no esperar a ser atacados no es por cierto una novedad. Se remonta muy atrás en la historia. Pero la prevención o "defensa anticipada" debe ser usada con parsimonia. No es una cédula de protección. Existe sin embargo cierto tipo de regímenes que adquieren armas de destrucción masiva, los que deben ser recordados como peligrosos porque nosotros conocemos la historia. La historia es extremadamente importante. No se debería usar la defensa anticipada para encubrir una agresión, sino sólo en ocasiones verdaderamente excepcionales. Existen amenazas que pueden ser reducidas con tenues consejos o con la diplomacia, aun con la diplomacia coercitiva, como en el caso de India o Pakistán con la coparticipación de Estados Unidos y Gran Bretaña. Pero existen algunos casos en los cuales se debe reservar el derecho al uso de la fuerza. Existe también una diferencia entre la prevención de la amenaza potencial y el cambio de régimen. Se debe a menudo, como lo han hecho en el pasado los Estados Unidos, prevenir la amenaza potencial. La prevención como camino para el cambio de régimen sería un caso muy curioso.[8]

Nada en esta toma de posición, por lo demás muy cuidadosa, constituye un aporte jurídico de importancia capaz de cambiar, mejorar o actualizar los fundamentos de la tesis favorable a la legítima defensa preventiva en función de nuevas realidades. Es sólo un conjunto de afirmaciones políticas y de viejos argumentos, interesantes sólo porque provienen de la consejera de seguridad de la única superpotencia militar del planeta.

La resolución conjunta del Senado y de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos del 10 de octubre de 2002 (Resolución Conjunta para la Autorización del Empleo de la Fuerza Militar contra Irak), si bien no se refiere expresamente a la legítima defensa preventiva, desarrolla una argumentación que conduce a admitirla en la lucha contra el terrorismo y cuando está amenazada la seguridad de los Estados Unidos.

La resolución 1441 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del 8 de noviembre de 2002, sobre Irak, no trata de la legítima defensa preventiva ni autoriza expresamente el uso de la fuerza. Pero es importante citar textualmente algunos de sus párrafos:

> Reconociendo la amenaza que representan para la paz y la seguridad mundial el incumplimiento por parte de Irak de las resoluciones del Consejo, y la proliferación de armas de destrucción masiva y de misiles de largo alcance,
>
> Advirtiendo que la carta de fecha de 16 de septiembre de 2002 del ministro de Asuntos Exteriores de Irak dirigida al secretario general es un primer paso necesario para que Irak corrija su continuo incumplimiento de las resoluciones pertinentes del Consejo,

---

[8] Condoleezza Rice, entrevista citada en la nota 3 (traducción libre hecha por el autor).

> Reafirmando el compromiso de todos los Estados miembros con la soberanía y la integridad territorial de Irak, Kuwait y los Estados vecinos,
>
> Decididos a garantizar el total cumplimiento de sus decisiones, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,
>
> 1. Decide que Irak ha incumplido e incumple sus obligaciones establecidas por las resoluciones pertinentes, incluida la resolución 687 (1991), en particular por la negativa de Irak a cooperar con los inspectores de las Naciones Unidas y de la IAEA, y a tomar las medidas exigidas en los párrafos del 8 al 13 de la resolución 687 (1991);
>
> 2. Decide, al tiempo que reconoce el párrafo 1 de arriba, conceder a Irak, por esta resolución, una última oportunidad de cumplir sus obligaciones de desarme como lo establecen las resoluciones pertinentes del Consejo; y, por consiguiente, decide establecer un régimen de inspección más amplio a fin de completar del todo y comprobar la ejecución del proceso de desarme establecido en la resolución 687 (1991) y en posteriores resoluciones del Consejo;
>
> 4. Decide que cualquier falsedad u omisión en las declaraciones presentadas por Irak en aplicación de esta resolución, y la negativa por parte de Irak a cumplir esta resolución en cualquier momento y a cooperar cabalmente en su ejecución, constituirá otra contravención por parte de Irak de sus obligaciones y será presentada al Consejo para que la evalúe según lo establecido en los párrafos 11 y 12 más abajo;
>
> 9. Pide al secretario general que notifique inmediatamente a Irak de esta resolución, que Irak deberá acatar; exige que Irak confirme en un plazo de siete días a partir de dicha notificación su intención de cumplir cabalmente esta resolución; y exige también que Irak coopere inmediatamente, sin condiciones y de forma activa con la UNMOVIC y la IAEA;
>
> 12. Decide que se reunirá inmediatamente al recibir el informe establecido en los párrafos 4 a 11, para considerar la situación y la necesidad del cumplimiento cabal de todas las resoluciones pertinentes del Consejo a fin de garantizar la paz y la seguridad mundial;
>
> 13. Recuerda, en este contexto, que el Consejo ha advertido reiteradamente a Irak de que tendrá que afrontar graves consecuencias a causa de las continuas violaciones de sus obligaciones.

Es de destacar, además, que ni en los últimos documentos emanados de los Estados Unidos, Gran Bretaña y España —por ejemplo, en la Declaración Conjunta de las Azores (Bush, Blair y Aznar), suscrita en tierra portuguesa con la presencia del primer ministro lusitano el 16 de marzo de 2003—, ni en los debates en el Consejo de Seguridad, se ha hecho referencia expresa a la defensa preventiva.

Sin embargo, el tema está implícito en toda la consideración del asunto, ya que, se invoque o no, es de acuerdo con los fundamentos de la legítima defensa preventiva que se actuará —y ya se ha actuado— para hacer uso de la fuerza contra un Estado miembro de las Naciones Unidas, sin que exista un previo ataque armado y sin autorización expresa del Consejo de Seguridad.

Quiere decir que, se la nombre o no, se la invoque especialmente o no, es sobre los fundamentos de la llamada o pretendida legítima defensa preventiva que se ha utilizado la fuerza armada contra Irak.

La crítica actual de esta renovada invocación y puesta en ejecución de una pretendida legítima defensa preventiva puede encontrarse en múltiples documentos de estos días. Pero sólo queremos citar aquí, entre otras muchas que podrían recordarse,

las palabras del cardenal Renato Martino, ex observador de la Santa Sede ante las Naciones Unidos, quien basándose en que "la guerra es una derrota de la humanidad", en palabras del papa Juan Pablo II, dijo: "la guerra preventiva es una guerra de agresión, que no entra en una definición de la guerra justa".[9]

V.

Sin duda, un tema preliminar en la consideración de este asunto es el de la eventual utilización de armas nucleares, radiológicas, químicas o bacteriológicas, de destrucción masiva, en el ejercicio de la legítima defensa en general y de la preventiva en particular.

El ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa (artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas), al constituir el reconocimiento de un derecho natural, inmanente o inherente de los Estados, preexistente a la Carta, obliga a aplicar a este derecho los principios generales que lo determinaban en el derecho internacional anterior a 1945. Entre estos principios se encontraba —y se encuentra— la racionalidad y proporcionalidad del medio empleado para repeler el ataque armado. Es decir que una agresión, un ataque armado, con armas tradicionales, no puede ser contestado o repelido con armas atómicas, radiológicas, químicas o bacteriológicas, de destrucción masiva. Y esto es así, sin perjuicio del *status* jurídico de estas armas en el derecho internacional actual.

¿Pero qué pasa si el ataque armado, la agresión, se produce con el empleo de estas armas de destrucción masiva? El uso de armas nucleares, en un ataque armado, como igualmente si éste se realiza con armas radiológicas, químicas, biológicas o bacteriológicas, o de destrucción masiva, es contrario al derecho internacional, tanto al derecho internacional convencional, con base en una larga serie de tratados en vigencia,[10] como también de acuerdo con principios elementales de humanidad que pueden considerarse, en el caso, como fuentes del derecho de gentes.[11]

---

[9] *La Nación*, Buenos Aires, 14 de enero de 2003.

[10] Entre estos tratados cabe citar especialmente: Protocolo Relativo a la Prohibición del Empleo en la Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos o Similares y de Medios Bacteriológicos (17 de junio de 1925); Tratado Antártico (1 de diciembre de 1959); Tratado por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua (5 de agosto de 1963); Tratado sobre los Principios que deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, Incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes (27 de enero de 1967); Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina (Tratado de Tlatelolco) con los Protocolos Adicionales I y II (14 de febrero de 1967); Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (1 de julio de 1968); Tratado sobre Prohibición de Emplazar Armas Nucleares y otras Armas de Destrucción en Masa en los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo (11 de febrero de 1971); Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (10 de abril de 1972); Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles (18 de mayo de 1977); Acuerdo que debe Regir las Actividades de los Estados en la Luna y otros Cuerpos Celestes (18 de diciembre de 1979); Convención sobre Prohibiciones o Res-

Una cuestión en algo diferente es la de saber si la respuesta con estas armas a un ataque armado hecho con ellas es legítima, es decir, si es posible emplear en la defensa las mismas armas de destrucción masiva utilizadas en el ataque.

La cuestión respecto a las armas nucleares ha sido objeto de minucioso análisis en la discutida y discutible opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 8 de julio de 1996[12] y de un debate doctrinario anterior y posterior a esa opinión de la Corte.[13] En cuanto a las armas químicas, bacteriológicas, biológicas y radiológicas, como consecuencia de sus efectos nuevos, generales e indiscriminados, la respuesta puede plantearse de manera igual a la que se refiere a las armas nucleares.[14]

No interesa a los efectos de este artículo ingresar a esta discusión que para nosotros, aunque con lacerantes dudas, debe contestarse por la negativa. Lo único que interesa ahora es la afirmación, para nosotros radical y absoluta, de que en la legítima defensa preventiva, incluso admitiéndola como posible —que no es nuestro caso—, no pueden ni jurídica ni moralmente utilizarse armas nucleares, radiológicas, bacteriológicas, biológicas o químicas, aun en el caso de que el Estado objeto del ataque preventivo poseyera —sin haberlas utilizado— esas armas.

Esta afirmación nos parece esencial. Lo contrario no sólo sería una monstruosidad jurídica, sino, lo que es aún peor, una violación de todas las leyes humanas y morales.

---

tricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o Efectos Indiscriminados (10 de abril de 1981); Tratado sobre la Zona Libre de Armas Nucleares del Pacífico Sur (Tratado de Rarotonga) (6 de agosto de 1985); Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (13 de enero de 1993); Tratado de Pelibenda (11 de abril de 1996).

[11] En su sentencia del 9 de abril de 1949, en el *Affaire du Detroit de Corfou (Fond)*, la Corte Internacional de Justicia dijo: "Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1997, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d´humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États" (Cour Internationale de Justice, Recueil, 1949, p. 22).

[12] Cour Internationale de Justice, Licité de la Menace ou de l'Emploi d'Armes Nucléaires, Avís Consultatif, 8 de julio de 1996.

[13] Para no citar sino un trabajo publicado en América Latina, me remito al estudio de Hubert Thierry, "La legalidad de las armas nucleares", en *Armas nucleares, desarme y carrera armamentista. Homenaje a Alfonso García Robles*, Jurídica, Universidad Iberoamericana, México, 1985.

[14] Naciones Unidas, *Armas químicas y bacteriológicas (biológicas) y efectos de su posible uso*, Informe del Secretario General, Nueva York, 1969, A/7575/Rev.1,S9292/Rev1, nº de venta S.69.I.24.

VI.

¿Cuál debe ser el objetivo, el fin del ejercicio de la legítima defensa?

Este objetivo tiene necesariamente que ser replicar, combatir y repeler la agresión, de manera individual o colectiva, "hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales" (artículo 51 de la Carta).

No se puede, por la vía de la invocación de un legítimo derecho de defensa, afectar la integridad del Estado agresor, ni derrocar a su gobierno para imponerle, aun provisoriamente, otro.

Sólo el Consejo de Seguridad, al que "inmediatamente" deben comunicarse "las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa", puede tomar "las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad".

Si esto es así en todos los casos de legítima defensa, individual o colectiva, la cuestión es aún más clara en el caso de la pretendida legítima defensa preventiva, en el que está en tela de juicio su propia y específica legitimidad.

VII.

El papel que ha de jugar en todo esto el Consejo de Seguridad es esencial y determinante. En efecto, el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas fija el papel central que el Consejo desempeña en casos de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión al decir:

> El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Con respecto al uso de la fuerza, el artículo 42 dispone:

> 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 reestablecer 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.

La posibilidad del uso de la fuerza por disposición del Consejo de Seguridad es el complemento necesario de lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 4, de la Carta, que establece:

> Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Y, asimismo, del artículo 51, que se refiere al "derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva", que solamente puede ejercerse "hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales".

Este papel central y determinante del Consejo de Seguridad con respecto al tema que analizamos es también, por lo menos dentro de ciertos límites, exclusivo y excluyente. En efecto, el artículo 12.1 de la Carta dice:

> Mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad.

Sin embargo, hay que tener en cuenta la posibilidad de acción de la Asamblea General en el caso de que el Consejo de Seguridad deje "de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión".

Esta situación se dio cuando en la V Sesión de la Asamblea General, durante la crisis de Corea, se adoptó la resolución Acción Unida para la Paz, que autoriza en el caso de parálisis del Consejo de Seguridad a examinar "inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, indicaciones en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuera necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales".

Discutida apasionadamente, en 1950, la constitucionalidad de esta resolución, debido a la oposición radical de la Unión Soviética, fue sin embargo aplicada en el ya recordado caso de Corea y en los de Suez y Hungría.[15]

Y en cuanto al secretario general, además de su deber de informar a la Asamblea General, "con el consentimiento del Consejo de Seguridad", "sobre todo asunto relativo al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que estuviera tratando el Consejo de Seguridad" (artículo 12.1), éste puede "llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales" (artículo 99).

Estas normas de la Carta y las interpretaciones de que han sido objeto presentan hoy, ante la crisis y la guerra en Irak, un interés muy grande frente a su eventual invocación y al no imposible planteamiento eventual de que la Asamblea General se pueda reunir en sesión extraordinaria.

---

[15] A mi juicio, el más completo análisis en América Latina de esta resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de sus primeras aplicaciones lo hizo Eduardo Jiménez de Aréchaga en su libro ya citado (nota 4), pp. 197-209.

VIII.

¿Cómo aplicar todo esto a la situación existente al día de hoy, 20 de marzo de 2003, cuando ya iniciada la guerra escribo estas páginas, en lo que respecta a la eventual invocación de un pretendido derecho de legítima defensa preventiva, individual y colectiva, ante el peligro que presentaría para la paz y la seguridad internacionales el actual régimen iraquí?

En primer lugar no ha habido, a diferencia de lo ocurrido en 1991, un ataque armado de Irak contra ningún Estado miembro de las Naciones Unidas.

Si no ha existido ataque armado —ni siquiera preliminar—, no hay posibilidad de ejercicio de legítima defensa, ya que rechazamos, cada vez con mayor convicción, la pretendida legítima defensa preventiva. Y este rechazo tiene en cuenta la encarada revisión, por algunos, de la tesis contraria a la licitud de la llamada legítima defensa preventiva, ya que ningún argumento cierto y concreto se ha utilizado, fundado en la significación de las nuevas armas de destrucción masiva, para cambiar el repudio jurídico y moral a esta peligrosísima forma anticipativa de la legítima defensa.

La acción preventiva, unilateral o colectiva, al margen de la autorización del Consejo de Seguridad, constituye un hecho internacionalmente ilícito. El eventual carácter colectivo de una acción no le quita su intrínseco elemento de ilegitimidad y de violación de la "legalidad internacional".

Este ejercicio ilegítimo de la fuerza, sin la existencia de un previo ataque armado y sin autorización expresa del Consejo de Seguridad, carece de toda aptitud para fundar no sólo el empleo de medios bélicos, sino también la pretensión de alcanzar objetivos tales como, por ejemplo, el derrocamiento del actual gobierno de Irak, el establecimiento de otro o el desmembramiento del país.

IX.

Naturalmente, todas estas hipótesis, vinculadas con la cuestión de la pretendida legítima defensa preventiva en el caso de Irak, no afectan para nada la necesaria lucha contra el terrorismo, la eventual aplicación del derecho de legítima defensa individual y colectiva ante ataques armados terroristas, ni la crítica al gobierno iraquí que con su política armamentista desafió durante años al Consejo de Seguridad violando sus resoluciones, ni la necesidad de lograr, por medios jurídicos, un justo y equitativo desarme de todos los Estados de la comunidad internacional que la amenazan con sus políticas al respecto.

No menoscaba tampoco, sino que por el contrario refuerza, la convicción de la necesidad de una acción legítima del Consejo de Seguridad para lograr, por medios pacíficos y diplomáticos, el desarme de Irak y, si estos medios fallaran, autorizar formalmente el empleo de la fuerza para conseguirlo.

Pero nada tiene esto que ver con la pretendida legítima defensa preventiva.

Karl-Heinz Kamp (Alemania) *

Intervenciones militares cautelares (*preemptive strikes*): ¿una nueva realidad de la política de seguridad? **

Resumen

Los Estados Unidos de América, en su nueva estrategia de seguridad nacional, exigen el derecho de efectuar intervenciones militares "cautelares" (*preemptive strikes*).[1] Según el punto de vista de ese país, tal opción es necesaria para poder reaccionar frente a las nuevas realidades que, en materia de política de seguridad, han surgido después del 11 de septiembre. La creciente expansión de armas de destrucción masiva acoplada con una

---

* Coordinador en políticas de seguridad de la Fundación Konrad Adenauer.

** Título original: *Vorbeugende Militäreinsätze (Preemptive Strikes). Eine neue sicherheitspolitische Realität?* Traducido del alemán por el doctor Daniel R. Pastor, profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires.

[1] N. del T.: El discurso de política de seguridad de los Estados Unidos distingue entre *preventive* y *preemptive strikes* con los significados que el autor describe en el texto. La voz inglesa *preemptive* es traducida al castellano como *preventivo* y al alemán como *präventiv* en los diccionarios usuales, lo cual impide distinguir entre ambos rótulos del discurso estadounidense (pues, en definitiva, semánticamente son equivalentes). Así, en un documento oficial de las Naciones Unidas (carta del Representante Permanente de Corea del Sur al Secretario General, de 18.11.2002 [distribuida a la Asamblea General como documento A/57/617]) se utiliza *preemptive* en la versión inglesa y *preventivo* en la castellana. El autor, para diferenciarlos en su lengua, ha mantenido *präventiv* para *preventive* y para *preemptive* ha recurrido, por calco semántico, a un neologismo, "*präemptiv*" (sustantivo: "*Präemption*"), que no existe en los diccionarios del idioma alemán (véase, por ejemplo, el *Akademisches Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache* [Diccionario académico de la lengua alemana actual] del periódico *Die Zeit*, ‹http://www.zeit.de/schwerpunkte/hochschule/akademie/index›). En ocasiones el autor emplea *vorbeugend*, sinónimo alemán de *präventiv*, como sustituto de *präemptiv* (así en el título del trabajo, por ejemplo). Para poder mantener la utilización de dos rótulos distintos también en esta traducción castellana, en lugar de seguir el mismo camino e inventar anglicismos extravagantes ("preempción" y "preemptivo"), he preferido utilizar "cautelar" para *preemptive*, voz que es comúnmente empleada en el lenguaje jurídico como sinónimo de preventivo.

enorme cantidad de sistemas para portarlas (misiles, cuerpos de aviones veloces) ha colocado a cada vez más Estados y organizaciones no estatales en posición de ejercer un poder destructivo a gran distancia (*power projection*). Paralelo a ello, los tiempos de reacción de quien se defiende son constantemente abreviados. Si en la época de la guerra fría regía todavía en la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) el principio según el cual era preciso esperar la prueba de la intención agresiva del enemigo antes de empezar la defensa militar, hoy ese principio se ha vuelto altamente dudoso. En las circunstancias actuales, la prueba de la intención de atacar sería posiblemente la detonación de un misil con explosivos químicos en una gran ciudad. Esperar a que ello suceda no sería razonable en virtud del elevado número de víctimas que ocasionaría. En lugar de ello, tales amenazas deberían, en casos extremos, poder ser combatidas ya antes de que se vuelvan agudas.

En Alemania todavía no se ha llevado a cabo un debate de esta naturaleza. Un motivo para ello ha sido, entre otros, la circunstancia de que el debate *general* sobre prevención impulsado por el presidente de los Estados Unidos haya coincidido con el caso muy *especial* de la guerra de Irak. Si prescindimos de ese caso particular, en general se trata de brindar una nueva comprensión de *defensa* en vista de una situación de amenaza que se ha modificado. Esta idea ha encontrado una resonancia internacional cada vez mayor. También países como Francia, Rusia, Australia e incluso Japón se han pronunciado entretanto a favor del derecho a la defensa preventiva. Igualmente, la OTAN no niega en principio esa opción y también la Unión Europea ha discutido expresamente la cuestión de la prevención.

Sin considerar si la acción militar preventiva es plausible desde el punto de vista de la política de seguridad, queda el problema de su admisibilidad según las reglas del derecho internacional. La Carta de las Naciones Unidas, interpretada con criterio estricto, prohíbe las intervenciones militares y concede la más alta prioridad al respeto de la soberanía estatal y a la prohibición del uso de la fuerza. Sin embargo, esa interpretación del derecho internacional se ha ido debilitando desde hace años y un prominente ejemplo de ello ha sido la guerra de Kosovo, llevada a cabo sin mandato del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Un número creciente de expertos defiende la posición según la cual el derecho internacional —en su configuración actual— no es adecuado; sería necesario contemplar la posibilidad de acciones preventivas. Para ello se tiene en cuenta no sólo el peligro de las armas de destrucción masiva o necesidades humanitarias, sino que, en casos extremos, una intervención militar cautelar se podría justificar también, por ejemplo, en la protección de los fundamentos naturales de la vida. No existe aún consenso —y ello debe ser desarrollado— acerca de los presupuestos y condiciones necesarios para esto, como por ejemplo, si el peligro es inminente, si la amenaza es verosímil o si el medio es proporcionado.

Junto con el enjuiciamiento jurídico está el problema de la decisión política práctica sobre los ataques militares preventivos. ¿Cuándo una amenaza es suficiente-

mente urgente para justificar un ataque cautelar? ¿Sobre qué bases informativas debe resolverse esta cuestión? Para la urgencia se han presentado criterios por lo menos vagos: la intención hostil de causar daños debe ser evidente. También deberían comprobarse preparativos de llevar esa intención a los hechos. Finalmente, debería ser plausible que el no actuar eleve considerablemente el peligro o que intentos posteriores de dominar la amenaza sean prácticamente imposibles.

Ninguno de estos criterios es exactamente estimable o preciso. Tampoco la lista de los presupuestos jurídicos y políticos está completa. Al respecto, el debate, tanto en el interior de cada país como en las Naciones Unidas, debe ser dirigido, para conseguir un consenso posiblemente más amplio, a determinar cómo se puede reaccionar adecuadamente frente a una cambiante situación de la seguridad de los años venideros. Como parte de ello, ese debate está exigido urgentemente para evitar un abuso del poder militar cautelar. Aun cuando se establezcan criterios de definición para una intervención armada preventiva, en la práctica el juicio acerca de la adecuación jurídica y de la razonabilidad de tales acciones estará siempre sometido a interpretación. Por ello, la posibilidad de abuso no puede en principio excluirse. Pero, si es cierto que quienes tienen la decisión política deben —al menos en los Estados democráticos— justificar su proceder ante un público crítico e informado y prever las consecuencias políticas de decisiones evidentemente equivocadas, entonces ello brinda alguna protección frente a una utilización demasiado descuidada del poder militar. Si la opinión pública rehúsa dar tal debate, se perderá así la ocasión de que ella sea un instrumento esencial de control de su gobierno.

I. Introducción

Con el discurso de George W. Bush a los cadetes de la Academia Militar de West Point en junio de 2002 salió a la luz pública la opción en favor de intervenciones militares cautelares (*preemptive strikes*). El presidente de los Estados Unidos, en vista de los peligros generados por las armas de destrucción masiva, los "Estados canallas" y las organizaciones terroristas con redes internacionales, se refirió a la necesidad de emprender intervenciones militares, en casos extremos, aun antes de que se haya producido un ataque enemigo. Los críticos vieron en ello una lesión a la prohibición del uso de la fuerza y de la guerra de agresión establecida por la Carta de las Naciones Unidas. El poder del derecho —han dicho— habría sido sustituido por el derecho de los poderosos.

El comienzo de la guerra de Irak sirvió para confirmar los peores temores acerca de una intervención inescrupulosa y contraria al derecho internacional por parte del poder militar de la administración Bush. Correspondientemente claro fue el rechazo público a un cambio de régimen en Bagdad obtenido militarmente. Por cierto, las discusiones se concentraron ante todo en el problema de Irak y pasaron por alto la cuestión fundamental acerca de los pro y los contra de una intervención armada preventiva. También la mayo-

ría de quienes tienen el poder político de decisión en Alemania ha evitado tomar posición acerca de la posible legitimidad de los ataques preventivos. Sólo unas pocas voces exigieron, en vista de las nuevas amenazas, una reestructuración de la comprensión de un derecho internacional que se muestra en parte superado[2] y se expusieron así al reproche de favoritismo por la guerra y los Estados Unidos

Más allá de esos reproches, no puede rehusarse un debate básico acerca de los pro y los contra del uso preventivo de la fuerza militar. Las enormes dificultades de los Estados Unidos para, después de la victoria militar en Irak, conseguir paz también para la región deberían reducir su disposición a llevar a cabo acciones militares futuras. Sin embargo, la tendencia general de la política de los Estados Unidos después del 11 de septiembre, a saber, otorgar la más alta prioridad a sus propias preocupaciones de seguridad y con ello calcular por sí mismos estrategias discutibles como la de golpear militarmente primero, no se ha modificado. Finalmente, el concepto de intervención cautelar no es un invento de la administración Bush. Ya en el pasado los Estados Unidos se inclinaron en varias ocasiones por la intervención preventiva de fuerzas de ataque para neutralizar peligros amenazantes. Así, en los años sesenta se discutió seriamente la posibilidad de destruir militarmente el creciente potencial de armas atómicas de China.[3] En 1989 los Estados Unidos amenazaron con un ataque militar contra una fábrica química en Rabta (Libia), en la cual, según las informaciones de los servicios secretos estadounidenses, se producía gas nervioso. En vista de ello, el jefe de Estado libio, Gaddafi, cerró la fábrica con la excusa oficial de que se había incendiado. También con la mirada puesta en la posible capacidad nuclear de Corea del Norte, la administración Clinton consideró, ya en 1994, la posibilidad de destruir las instalaciones atómicas de Yongbyon con armas de precisión convencionales, para evitar la continuación de la producción de plutonio apto para armas.[4]

Pero, ¿cómo puede justificarse un uso preventivo de la fuerza? ¿Cuáles son las cuestiones jurídicas y políticas que se deben formular? ¿Cómo puede evitarse el abuso del poder militar?

II. El concepto de los Estados Unidos acerca de la intervención militar preventiva

Las reflexiones formuladas por el presidente Bush en West Point encontraron su decantación en la nueva Estrategia de Seguridad Nacional (*National Security Stratetgy*)

---

[2] Véase Wolfgang Schäuble, "Lektionen aus der Krise", en *KAS-Auslandsinformationen*, n° 4/2003, p. 14.

[3] Véase William Burr, Jeffrey T. Richardson, "Whether to 'Strangle the Baby in the Cradle': The United States and the Chinese Nuclear Weapons Program 1960-64", en *International Security*, Winter 2000-01, p. 54.

[4] Véase M. Elaine Bunn, "Preemptive Action: When, How and to What Effect", en *Strategic Forum* n° 200/2003, National Defense University, Washington, 2003.

estadounidense, que fue presentada al público en septiembre de 2002. Los críticos han visto en el documento estratégico una carta blanca para una política unilateral de los Estados Unidos, según la cual, en lugar de diplomacia e intimidación, se debe recurrir exclusivamente a golpear militarmente primero, con o sin la aprobación de las Naciones Unidas. Pero esa crítica ha pasado por alto el hecho de que la administración Bush, en ese mismo documento, se declara partidaria de la multilateralidad y del entendimiento entre países aliados y vinculados. Además, las acciones militares conforman sólo una pequeña parte del extenso espectro de medidas a tomar para garantizar la seguridad y proteger la estabilidad. Con ello, el uso preventivo de medios militares es únicamente una *opción*, de modo alguno un *principio* de la política de seguridad futura de los Estados Unidos.[5]

Tal opción de "defensa propia anticipada" es indispensable, según el punto de vista de los Estados Unidos, para poder reaccionar frente a las nuevas realidades de la política de seguridad después del 11 de septiembre. La creciente expansión de armas de destrucción masiva acoplada con una enorme cantidad de sistemas para portarlas (misiles, cuerpos de aviones veloces) ha colocado a cada vez más Estados y organizaciones no estatales en posición de ejercer un poder destructivo a gran distancia (*power projection*). En forma paralela, los tiempos de reacción de quien se defiende son constantemente abreviados. Si en la época de la guerra fría regía todavía en la OTAN el principio según el cual era preciso esperar la prueba de la intención agresiva del enemigo antes de empezar la defensa militar (por ejemplo, el ponerse en marcha de las tropas del Pacto de Varsovia), hoy ese principio se ha vuelto altamente dudoso. En las circunstancias actuales, la prueba de la intención de atacar sería posiblemente la detonación de un misil con explosivos químicos en una gran ciudad. Esperar a que ello suceda no sería razonable en virtud del elevado número de víctimas que ocasionaría. En su lugar, tales amenazas deberían, en casos extremos, poder combatirse ya antes de que se vuelvan agudas. Una estrategia de intimidación no está, en esta lógica, de ningún modo descartada, pero su utilidad frente a gobiernos fanatizados o enemigos sin rostro (grupos terroristas) es muy limitada. Lo mismo rige para los sistemas de autodefensa, como por ejemplo, los misiles defensivos, que pueden ofrecer una cierta protección sólo contra determinadas amenazas.

Por lo demás, en el uso del idioma en los Estados Unidos se ha efectuado precisamente una sutil distinción entre *preemptive* y *preventive strikes*. Se habla de un ataque "cautelar" (*preemptive*) si éste se produce frente a una acción de ataque del enemigo que es inminentemente esperada. En cambio, una acción de guerra es considerada "preventiva" si se refiere únicamente a la suposición de que el enemigo estaría contando con iniciar una ofensiva militar en el futuro.[6] Mientras que el ataque

---

[5] Véase Karl-Heinz Kamp, *The National Security Strategy, Kurzanalyse der neuen amerikanischen Sicherheitsstrategie*, Konrad-Adenauer-Stiftung, septiembre de 2002.

[6] Véase Walter B. Slocombe, "Force, Pre-emption and Legitimacy", en *Survival*, Spring 2003, p. 124.

cautelar puede ser legítimo examinado bajo el aspecto de la defensa frente a un peligro inminente, la guerra preventiva, que pretende preservar los propios intereses por medios militares, será en general muy difícilmente justificable. Sin embargo, esa delimitación es, en la práctica, sólo limitadamente apropiada. Por un lado, estos conceptos son discutibles y algunos juristas europeos, expertos en derecho internacional, utilizan esas definiciones con los contenidos exactamente opuestos. Por otro lado, los peligros y escenarios concretos, que en los hechos sólo son interpretables hasta cierto grado, únicamente en ocasiones se pueden encuadrar claramente en alguna de ambas categorías. Mientras que los Estados que actúan militarmente considerarán cada vez más que su uso de la fuerza es *cautelar*, los críticos censurarán la acción por ser *preventiva* o por ser una mera agresión.[7]

Una de las razones esenciales por las cuales no existe actualmente en Alemania una disposición a discutir con objetividad la cuestión de las intervenciones cautelares es la vinculación del problema con la guerra de Irak. Frecuentemente, la intervención de los Estados Unidos en Irak es catalogada como *prevención militar* (en el sentido arriba mencionado) y contraria al derecho internacional. Aun cuando se reconoce la peligrosidad del régimen de Saddam, el peligro de un ataque militar inminente por parte de Irak no sería ratificado por las Naciones Unidas ni por los restantes miembros de la coalición. No ha existido un motivo que impostergablemente justifique una rápida acción militar preventiva. El ataque a Bagdad es visto como ilegítimo, igual que el bombardeo de un reactor nuclear iraquí llevado a cabo por aviones de guerra israelíes en 1981.[8]

Esta argumentación popular prescinde, por cierto, de que los Estados Unidos no han justificado el ataque a Irak, al menos desde el punto de vista del derecho internacional, como autodefensa preventiva o cautelar. Mientras que la fundamentación política de la guerra cambia constantemente —a veces es el peligro de las armas iraquíes de destrucción masiva, a veces la posible vinculación del régimen de Saddam con la organización terrorista Al Qaeda—, la legitimación desde el punto de vista del derecho internacional se ha basado en la resolución 687, de 1991, de las Naciones Unidas. Esta decisión del Consejo de Seguridad fue la razón del cese de las hostilidades con Irak después de su derrota en la Segunda Guerra del Golfo y obligaba al régimen de Bagdad a desmantelar todas las instalaciones de producción de armas de destrucción masiva y permitir una completa verificación. Los Estados Unidos invo-

---

[7] Véase Richard K. Betts, *Striking First: A History of Thankfully Lost Opportunities*, Carnegie Council of Ethics and International Affairs, Nueva York, 2003.

[8] El 7 de junio de 1981 bombarderos israelíes F-15 y F-16 destruyeron un reactor nuclear de 500 megavatios que estaba siendo construido en Irak. Israel temía que con ese reactor se quisiera producir plutonio para el programa de armas nucleares iraquí.

caron la legitimación adicional de la previa resolución 678, en tanto sentaba las bases para poner fin a la ocupación iraquí en Kuwait y permitía el uso de la fuerza para la ejecución "*of all subsequent relevant resolutions*".[9]

Dado que esta interpretación del derecho internacional o del actuar de los Estados Unidos en Irak siempre dependerá de valoración, la crisis de Irak no ofrece base alguna para una discusión objetiva del problema de las intervenciones cautelares.

III. Intervenciones cautelares: ¿una realidad internacional?

Más allá de la intensa discusión acerca del sentido o sinsentido de la guerra de Irak, debe hacerse notar que un número creciente de países y organizaciones se han decidido a favor de la argumentación según la cual, en principio, es legítima una intervención militar cautelar en casos extremos. Entre ellos hay opositores decididos al actuar estadounidense-británico en Irak o países que apenas pueden ser acusados de disponer de poder militar. Así, por ejemplo, Francia (que ha rechazado no sólo el ataque militar contra Saddam Hussein, sino también toda discusión, en el marco de la OTAN, acerca de la opción de los ataques cautelares) en su nueva *Programmation militaire* se ha pronunciado explícitamente en favor de una "*capacité d'anticipation*" y de la necesidad de tener que actuar posiblemente de modo cautelar.[10] El primer ministro australiano, John Howard, se ha manifestado expresamente a favor de una modificación de la Carta de las Naciones Unidas para permitir las intervenciones militares cautelares contra peligros terroristas.[11] Rusia se ha reservado igualmente el derecho de actuar cautelarmente en caso de una amenaza vital.[12] También Japón, que en el pasado se había mantenido en una interpretación muy estricta de la autodefensa, discute ahora al más alto nivel gubernamental la posibilidad del uso cautelar de la fuerza.[13]

Entretanto, no sólo gobiernos individuales, sino también federaciones y organizaciones han aceptado la cuestión de las intervenciones cautelares. La OTAN, en su última cumbre en Praga en noviembre de 2002, promulgó un documento, todavía desatendido por los medios, en el que, aunque implícitamente, se habla de intervención cautelar. Si bien en los nuevos conceptos militares de la Alianza para el Combate del Terrorismo (MC 472) no aparecen los conceptos de intervención cautelar o *anticipatory self defence*

---

[9] Véase Ruth Wedgwood, "Legal Authority exists for a strike on Iraq", en *Financial Times*, 15 de marzo de 2003.

[10] Véase Bunn (nota 4), p. 6.

[11] Véase John Shaw, "Startling His Neighbors, Australian Leader Favors First Strikes", en *New York Times*, 2 de diciembre de 2002.

[12] Véase Martin Anderson, "Zum Präventivschlag bereit", en *Rheinischer Merkur*, n° 46/2003.

[13] El director de la Defense Agency japonesa, general Shigeru, declaró en enero de 2003 que se estaba preparado para contestar con un "contraataque" en caso de que Corea del Norte quisiera claramente poner en marcha sus misiles. Véase Ishiba: "Japan to 'Counterattack' If North Korea Prepares to Attack", en *The Yomiuri Shimbun/Daily Yomiuri*, 25 de enero de 2003.

(sobre todo por presión de Francia y en parte también de Alemania), del contexto conjunto del documento surge claramente que la posibilidad del uso de la fuerza con sentido cautelar por parte de la OTAN contra amenazas terroristas no puede ser excluida totalmente. También la Unión Europea se ha ocupado de la cuestión de las intervenciones cautelares en el marco de su nueva estrategia de seguridad. En junio de 2003, en la sesión del Consejo de la Unión Europea en Tesalónica, se propuso el concepto de una estrategia de seguridad europea y se recomendó su discusión hasta su aprobación definitiva en diciembre de ese año. Los primeros borradores de ese documento estratégico contienen igualmente una referencia expresa acerca de que la Unión Europea tampoco rechaza completamente la intervención cautelar de la fuerza armada. Aunque las formulaciones correspondientes, en el marco de la búsqueda de consenso entre los miembros de la Unión Europea, se hayan debilitado claramente en el documento definitivo, de todos modos ha tenido lugar una intensa discusión sobre las nuevas realidades de la política de seguridad y las consecuencias correspondientes.

Con ello se debe reconocer que la idea de actuar militarmente de modo cautelar ya no es, como tanta veces se dijo, una reacción exagerada de un presidente determinado de los Estados Unidos frente a la catástrofe del 11 de septiembre. En lugar de ello, aparece ahora la necesidad, en vista de las nuevas formas de amenaza, de redefinir el concepto de *defensa* con una resonancia internacional cada vez más amplia.

IV. La cuestión del derecho internacional

Aunque, dado que la situación de seguridad se presenta permanentemente cambiante, se pueda argumentar en favor de las intervenciones militares cautelares como algo plausible, queda por resolver todavía la cuestión de la legitimación de tales acciones desde el punto de vista del derecho internacional. La Carta de las Naciones Unidas se refiere ya en su capítulo primero a la prohibición del uso de la fuerza; además prohíbe la guerra de agresión y, más allá de ello, en el capítulo séptimo se reserva en el Consejo de Seguridad el monopolio de decisión acerca de la utilización de la fuerza armada.

La cuestión de la aceptación de estas reglas en la práctica de los Estados y, con ello, de la vigencia efectiva de una interpretación estricta del derecho internacional no apareció, por cierto, sólo con el comienzo de los bombardeos estadounidenses sobre Bagdad. Ya en 1999 la OTAN llevó a cabo una guerra de agresión contra el régimen de Slobodan Milosevic sin mandato del Consejo de Seguridad y sin que una amenaza militar inminente por parte de Serbia hubiera justificado una acción de autodefensa preventiva. En la perspectiva de los expertos del derecho internacional que se inclinan por una interpretación estricta de la Carta de las Naciones Unidas, la OTAN cometió en la ocasión una violación clara del derecho internacional. Sin embargo, los críticos de la acción de la OTAN omiten indicar de qué otra manera se habría podido terminar con las lesiones de los derechos humanos que indiscutiblemente se estaban cometiendo en Kosovo.

Tanto en el caso de Serbia como en el de Irak se pueden ver los problemas fundamentales de derecho internacional que presenta una Carta de las Naciones Unidas que, a causa de los motivos históricos que la originaron, sigue viendo únicamente al conflicto entre Estados como fuente básica de peligro para la seguridad internacional. En la Carta no hay referencias concretas a cómo deben ser tratados los problemas actuales de violencia interna de los Estados (expulsión, genocidio), de desintegración de la autoridad estatal (*failing states*) o la amenaza proveniente de actores no estatales (grupos de terror, carteles de drogas). La salida del dilema no puede ser la inobservancia de las reglas de derecho internacional de las Naciones Unidas. Tampoco los Estados Unidos ni los demás miembros de la coalición contra Irak se han desligado en modo alguno del derecho internacional, como han sostenido los críticos. En lugar de ello, la nueva estrategia de seguridad estadounidense argumenta en favor del orden del derecho internacional. Más allá de ello, ninguno de los Estados que han participado en la guerra contra Irak ha puesto en cuestión el vínculo de la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, el derecho internacional ha sido interpretado por cada uno de manera diferente. El desafío consiste ahora en la construcción de consenso para la reinterpretación y adaptación del derecho codificado a las cambiantes circunstancias políticas.

En este sentido, tal adaptación progresiva puede observarse ya desde hace algunos años.[14] El moderno orden del derecho internacional se basa en una serie de valores fundamentales, a saber:

- la igualdad soberana de todos los Estados y el derecho a la integridad territorial (prohibición del uso de la fuerza y de la intromisión en los asuntos internos);
- el derecho a la preservación y a la autodefensa de los Estados;
- el respeto de los derechos humanos elementales;
- el derecho a la autodeterminación de los pueblos; y
- la protección de las condiciones naturales básicas de la vida.

En determinadas situaciones esos valores básicos pueden entrar en conflicto, como por ejemplo, en el caso de la protección de los derechos humanos y la prohibición de intromisión. La Carta de las Naciones Unidas evita el problema en cuanto otorga la prioridad a un valor sobre todos los demás, a saber, la soberanía estatal protegida frente a intromisiones externas. Según la interpretación estricta de la Carta, cada Estado está protegido frente a intromisiones externas aun cuando se trate de un régimen agresivo y violador masivo de los derechos humanos o de un país cuya sociedad se ha desintegrado (*failed state*). Este estilo de interpretación estricta (a la

[14] Las afirmaciones siguientes se basan en las reflexiones del profesor doctor Mathias Herdegen, director del Instituto de Derecho Público y Derecho Internacional de la Universidad de Bonn, pronunciadas en su conferencia “El futuro de las Naciones Unidas y del derecho internacional” en la Fundación Konrad-Adenauer, Bonn, 21 de noviembre de 2003.

cual en el pasado recurrieron precisamente los Estados comunistas con invocación de la "no intervención en los asuntos internos") ha perdido peso considerablemente en los últimos años. Ya la fórmula, utilizada desde hace tiempo, de los "Estados canallas" (*rogue states*) rompió con el primado de la soberanía estatal. Detrás de ello está la idea de que los derechos de los Estados pueden dejarse de lado en caso de inobservancia de los derechos fundamentales básicos. También la intervención humanitaria de la OTAN en Kosovo contradice la interpretación clásica de la Carta. A la lucha contra las evidentes violaciones de los derechos humanos en los Balcanes le fue otorgada la prioridad por encima de la prohibición del uso de la fuerza y de la intromisión.[15] El derecho a intervenir militarmente de modo cautelar, que un número creciente de Estados reclaman para sí, constituye un paso más en el abandono de la soberanía estatal entendida como derecho absoluto.

Aquí se puede ver la clave para el desarrollo venidero del derecho internacional. En lugar de tratarse de lo fijado por reglas formales, en el futuro se tratará con mucha mayor fuerza de discrecionalidad y ponderación. Partiendo de la situación concreta, deberán sopesarse los distintos valores fundamentales del derecho internacional en conflicto. Para ello, en la perspectiva aparecen no sólo los peligros derivados de las armas de destrucción masiva o la necesidad de ayuda humanitaria como posibles justificativos de una intervención cautelar. Es pensable también que la protección de los fundamentos naturales de la vida pueda justificar en casos extremos una intervención; por ejemplo, si hay una amenaza vital por un proyecto ecológicamente irresponsable de construir un dique o represa o una usina nuclear insegura cerca de la frontera.

De un desplazamiento de la interpretación formal del derecho internacional hacia un mecanismo de ponderación proviene directa e inevitablemente también una gran inseguridad jurídica. Del mismo modo, los Estados hegemónicos dispondrían, por ello, del correspondiente instrumental político, jurídico y militar para hacer oír su interpretación. Por cierto, la guerra de Irak fue un ejemplo del modo en que un Estado hegemónico como los Estados Unidos, justamente en esa cuestión (hacer plausible su propia interpretación y su propia conducta), puede fracasar por completo.

Con la mirada puesta en la intervención cautelar del poder militar, la medida de la inseguridad jurídica puede ser reducida si la decisión de hacer uso de la fuerza queda sometida a determinadas condiciones. Ellas son:

– *La inminencia del peligro*. El peligro tiene que ser inmediato y no permitir demora alguna en la necesidad de combatirlo,[16] En esto, el empleo de la

---

[15] A través de la relación de votos que existe en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de las posteriores resoluciones y de su aceptación por la mayoría de los Estados de la comunidad, la acción es vista hoy mayormente como legítima. El derecho internacional ha sido con ello reelaborado, al igual que sucedió con los supuestos de "intervención humanitaria" que tampoco han sido incorporados a la Carta de las Naciones Unidas.

[16] Véase Armin A. Steinkamm, "Der Irak-Krieg - auch völkerrechtlich eine neue Dimension", en *Neue Züricher Zeitung*, 16 de mayo de 2003.

fuerza militar es la *ultima ratio*, después de que las posibilidades de la política y de la diplomacia no hayan dado resultado. Sin embargo, el uso de la fuerza no tiene que ser temporalmente de modo obligado la última medida, pues son pensables opciones en las cuales una intervención militar previa podría evitar grandes daños.

– *La verosimilitud de la amenaza*. Una amenaza inminente debe ser reconocida como plausible también por terceros. El Estado que reacciona militarmente debe poder comunicar el peligro de modo concluyente y convincente. Israel, después del bombardeo del reactor Osirak, presentó expresamente los peligros del programa iraquí de producción de armas atómicas con la ayuda de análisis científicos e indicios. Sin embargo, tal procedimiento probatorio tiene siempre un limitado poder de convicción. Cuando en 1967 Israel actuó militarmente contra Egipto, el presidente De Gaulle consideró que se trataba directamente de una agresión, mientras que la enorme mayoría de los expertos en derecho internacional vio en la movilización de tropas egipcias hacia la frontera israelí una amenaza plausible para la seguridad de Israel.[17]
– *La proporcionalidad del medio*. Igualmente, la medida de la acción militar cautelar debe estar orientada al grado de la amenaza y sólo pueden admitirse las acciones que sean necesarias para neutralizar el peligro.

Ninguno de estos criterios es exactamente estimable o preciso. Tampoco la lista de los presupuestos jurídicos y políticos está completa. Al respecto, para conseguir un consenso posiblemente más amplio, el debate debe dirigirse, tanto en el interior de cada país como en las Naciones Unidas, a determinar cómo se puede reaccionar adecuadamente frente a una cambiante situación de la seguridad de los años venideros. Asimismo, un consenso de este tipo tampoco puede evitar completamente un abuso del poder militar. El peligro de que las amenazas sean intencionalmente sobredimensionadas para justificar una acción militar contra un Estado o contra un actor no estatal tampoco puede descartarse por completo. Sin embargo, ese problema tampoco se resuelve con una interpretación rígida de la Carta de las Naciones Unidas. Las últimas décadas han brindado suficientes ejemplos de Estados que han recurrido al uso de la fuerza con muy dudosos fundamentos de legitimación.

V. Cuestiones políticas de las intervenciones militares cautelares

Estrechamente conectada con la cuestión de la legitimidad de las intervenciones cautelares está la cuestión de la practicabilidad de tales acciones. ¿En qué condiciones se puede decidir políticamente el uso cautelar de la fuerza y cómo puede comunicarse tal decisión?

---

[17] Véase Jochen Frowein, “Ist das Völkerrecht tot?”, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23 de julio de 2003.

1. Opciones de acción cautelar

Aun cuando el debate acerca del uso cautelar de la fuerza se ha concentrado mayoritariamente en la intervención militar contra un Estado, el espectro de opciones posibles es mucho más amplio. Son pensables también acciones no militares o "semi-militares" contra gobiernos y actores no estatales. Éstas pueden tener lugar en el territorio del Estado o, por ejemplo, en aguas internacionales. Pueden estar dirigidas a impedir la interrupción de las comunicaciones, la captura de buques o la realización de acciones de bloqueo o sabotaje; y pueden ser efectuadas por fuerzas regulares, por *special forces* o por los servicios secretos. Objetivos de las acciones cautelares pueden ser tanto instalaciones de producción o almacenamiento de armas de destrucción masiva como también los comandos centrales de grupos terroristas o estructuras estatales. Cada una de estas opciones se distingue por su grado de aceptación y de comunicación. Para la destrucción de un campo de entrenamiento de terroristas se debe obtener más aprobación nacional e internacional que para la caída de un gobierno.

Hasta un ataque nuclear cautelar es, al menos teóricamente, una opción imaginable. Así, los Estados Unidos, en sus documentos de planificación correspondientes (por ejemplo, en la *Nuclear posture review* de 2002), no excluyen en principio una intervención cautelar con armas atómicas. Hay que añadir que las reflexiones de la administración Bush (que ya se habían efectuado bajo la presidencia de Clinton) acerca del posible desarrollo de nuevos tipos de armas nucleares para combatir en la profundidad de la tierra objetivos ocultos y protegidos (*bunker buster*) dieron nuevo impulso a las conjeturas sobre la posibilidad de ataques atómicos cautelares. Por lo demás, la opción de una intervención cautelar con armas atómicas tiene una naturaleza más hipotética que práctica. La autorización para el empleo de armas atómicas pertenece desde siempre al campo de las decisiones más graves y difíciles de un presidente. De utilizárselas se rompería con el tabú de cincuenta años sin empleo de armas nucleares. Las consecuencias serían imprevisibles. Tal acción sólo es imaginable en condiciones extremas. La sola necesidad de destruir efectivamente un arsenal subterráneo no es suficiente motivo, sin más, para un ataque con armas nucleares, sea cautelar o no lo sea.

2. El problema de la urgencia

Si uno de los criterios centrales para la aceptación de acciones militares preventivas es la inminencia de la amenaza, entonces surge la pregunta acerca de si esa urgencia puede ser definida y fijada. Comúnmente, una acción es calificada de urgente si un ataque enemigo es inminente y si con la acción cautelar se pueden evitar daños inaceptables. Por cierto, esta comprensión conduce, justamente en el caso de la amenaza con armas de destrucción masiva, a un difícil dilema. Si la decisión de atacar se toma después de haberse comprobado abierta e indudablemente la inminencia de la amenaza, el resultado de la acción será considerablemente reducido. El

atacado protegerá su arsenal, presumiblemente ya desarrollado por completo, mediante su defensa y un ocultamiento todavía mayor. En casos extremos el ataque puede ser directamente imposible para cuando se haya demostrado lo grave del problema. Al contrario, si una amenaza es neutralizada a tiempo, entonces el resultado, visto posteriormente, siempre será considerado presumiblemente mucho mayor. Por lo demás, resulta claramente difícil hacer plausible la urgencia del problema y obtener la aprobación pública.

En vista de ese dilema resulta imposible brindar una definición de urgencia que sea aceptada en todos sus aspectos. Por ello, ya en los años setenta, en el debate en los Estados Unidos acerca de la guerra "justa" e "injusta", se propuso que el criterio para postular la adecuación jurídica de la propia acción militar no fuera la existencia de un ataque inminente (*imminent attack*), sino una amenaza suficiente (*sufficient threat*).[18] Aun cuando también tal delimitación es vaga, se han presentado algunos criterios de evaluación:

- La intención enemiga de causar daños debe ser evidente (por ejemplo, si tal intención ha sido manifestada por la conducción del Estado involucrado o en la cúpula de un grupo terrorista).
- Medidas y preparativos deben permitir reconocer que esa intención quiere ser concretada en los hechos. Para esto tienen extraordinaria relevancia los desarrollos tecnológicos de la actualidad. Si el enorme aumento de misiles conduce a tiempos de reacción cada vez más cortos para el potencial blanco del ataque, entonces se reduce también el umbral de tolerancia de los preparativos de ataque.
- Debe ser claro que un no actuar elevaría dramáticamente el propio riesgo y que una desaparición posterior de la amenaza es casi imposible. Así, Israel había puesto al mes de junio como plazo final para el ataque al reactor iraquí, porque los silos debían ser cargados con material nuclear en el mes siguiente. El bombardeo de un reactor ya cargado con material radiactivo habría sido prácticamente imposible.

3. Bases para la toma de decisión brindadas por los servicios de informaciones

El núcleo de la toma de decisión sobre los pro y los contra de las intervenciones preventivas es una base confiable de información que normalmente brindan los servicios secretos. En esto se trata, por un lado, de la llamada *strategic intelligence*, es decir, de informaciones acerca de la medida e intensidad de la amenaza y, por el otro, de la llamada *tactical intelligence*, que se ocupa de establecer la viabilidad y las perspectivas de éxito de una ataque militar preventivo. Una correcta apreciación de la situación no debe mostrar únicamente el "*hardware*" enemigo (armas, sistemas

[18] Véase Michael Waltzer, *Just and Unjust Wars*, Nueva York, 1977, p. 81.

portadores, fuerzas de ataque), sino que debe indicar también sus intenciones y su "cultura estratégica"; por ejemplo, determinar si existe una verdadera intención de atacar, si las armas de destrucción masiva pueden ser entregadas a terceros (grupos terroristas) o cómo reaccionaría el rival ante una intervención cautelar.

Un problema de la toma de decisión puede ser la sobreoferta de informaciones individuales en las cuales existen referencias decisivas. Tal situación se dio antes del atentado del 11 de septiembre. Igual de precaria es la información que adolece de lagunas, como es el caso de los países completamente aislados, como Corea del Norte. En ambas situaciones existe el desafío de seleccionar e interpretar las informaciones disponibles, aunque de ello se desprenda un grado considerable de inseguridad. Esa inseguridad, en el caso de decisiones críticas, como por ejemplo, la intervención de fuerzas armadas, debería ser reducida lo máximo posible.

Cuán difícil es llevar estas exigencias a la práctica lo demuestra la reciente crisis de Irak. A pesar de que los Estados Unidos disponen de la más alta capacidad de esclarecimiento, no han brindado hasta ahora ninguna muestra concluyente acerca de las capacidades iraquíes en el campo de la producción y disponibilidad de armas de destrucción masiva. En lugar de ello, se han podido apreciar fallas claras de interpretación, tanto cuando se admite que es muy elevada la posibilidad de encubrimiento y ocultamiento de aparatos militares (recién a mediados de los noventa se brindaron detalles acerca del ocultamiento de material para la fabricación de armas biológicas en una granja de pollos, según la información proporcionada por un hijo político de Saddam que huyó de Irak), como cuando su existencia es dudosa. Según las perspectivas previas de los servicios de información, Irak era un objetivo accesible.[19] El país fue apoyado por los Estados Unidos en la guerra contra Irán (a la que lo condujeron los propios contactos entre los servicios de inteligencia) y ha estado desde la Segunda Guerra del Golfo y durante años bajo observación internacional y estadounidense. Por cierto, los servicios secretos de los Estados Unidos no están solos en sus apreciaciones. Todavía en septiembre de 2003 uno de los directores del Servicio Federal de Informaciones alemán se declaró "firmemente convencido" de que en Irak se ocultaban sustancias biológicas y químicas.[20]

VI. Conclusiones

Una situación de la seguridad que es siempre cambiante debido a los peligros del terrorismo internacional, a la amplia disposición de armas de destrucción masiva y al desarrollo sostenido de la tecnología de ataque a distancia, exige una nueva

---

[19] Véase Gregory F. Treverton, "Intelligence: The Achilles Heel fo the Bush Doctrine", en *Arms Control Today*, julio-agosto 2003, ‹www.armscontrol.org/act/2003_07-08/treverton_julaug03.asp?print›.

[20] Véase "BND warnt vor neuem Terror", en *Tagesspiegel*, 27 de septiembre de 2003.

comprensión del poder militar de intervenir cautelarmente. Tales *preemptive strikes* pueden ser también necesarios, en casos extremos, si se mantienen como una medida de excepción a la que sólo se podrá recurrir si han fracasado todas las posibilidades de la diplomacia para prevenir la crisis. La determinación acerca de en qué casos existe tal situación extrema y qué criterios debe cumplir tiene que ser objeto de un amplio debate nacional e internacional. Para ello no resulta de utilidad mantenerse en una interpretación formalista de la Carta de las Naciones Unidas, que ya no es más defendida tampoco en el plano internacional. El secretario general de las Naciones Unidas es muy consciente del problema y ha estimulado una discusión en el Consejo de Seguridad sobre los criterios para el uso de medios coercitivos.[21] Dado que los más influyentes miembros del Consejo de Seguridad, como los Estados Unidos, Francia y Rusia, ya se han manifestado claramente en favor del derecho al uso cautelar de la fuerza, también la posición de las Naciones Unidas, que defiende una interpretación rígida de la prohibición del uso de la fuerza, debe ser paulatinamente abandonada.

Alemania se ha rehusado hasta ahora a dar un debate sobre el uso cautelar de la fuerza. Un motivo para ello ha sido sin duda la circunstancia de que el debate *general* acerca de las intervenciones cautelares, iniciado por la nueva estrategia de seguridad de los Estados Unidos, ha resultado extremadamente recortado por el muy *especial* caso de la guerra de Irak. Sin embargo, cuantos más Estados y federaciones se ocupen de la cuestión de las intervenciones cautelares, menos podrá Alemania mantenerse al margen. No corresponde a la dimensión real del problema limitarse a sostener que las intervenciones cautelares responden a la "ceguera frente al imperio del derecho" o a una "administración espiritualmente mediocre".[22]

En este sentido, ese debate está exigido urgentemente para evitar un abuso del poder militar cautelar. Aun cuando se establezcan criterios de definición para una intervención armada preventiva, en la práctica el juicio acerca de la adecuación jurídica y de la razonabilidad de tales acciones estará siempre sometido a interpretación. Por ello, la posibilidad de abuso no puede en principio ser excluida. Pero, si es cierto que quienes tienen la decisión política deben —al menos en los Estados democráticos— justificar su proceder ante un público crítico e informado y tienen que prever las consecuencias políticas de decisiones evidentemente equivocadas, entonces ello brinda alguna protección frente a una utilización demasiado descuidada del poder militar. Si la opinión pública rehúsa dar tal debate, se perderá así la ocasión de que ella sea un instrumento esencial de control de su gobierno.

---

[21] Véase Tomas Valasek, *Pre-empting trouble at the United Nations*, CDI Update, Centre for Defence Information, Bruselas, 8 de octubre de 2003.

[22] Esas han sido las apreciaciones de Reinhard Merkel, "Was Amerika aufs Spiel setzt", en *Die Zeit*, 13 de marzo de 2003.

Miguel Ángel Iglesias Río (España) *
Teresa Medina Arnáiz (España) **

Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea ***

I. Planteamiento

El fenómeno de la corrupción ha existido en todos los tiempos y es sobradamente conocido en todas las civilizaciones desde la antigüedad clásica. Aunque su significación ha variado sensiblemente dependiendo de culturas y de épocas,[1] las fuentes históricas han puesto de relieve, desde siempre, su perniciosa influencia, tanto en el

* Profesor titular de Derecho Penal.

** Profesora ayudante de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho, Universidad de Burgos, España.

*** El título de este trabajo coincide con la conferencia pronunciada el día 24 de junio de 2002 en Bogotá por M. A Iglesias Río, dentro del Programa Estado de Derecho, Konrad Adenauer Stiftung. Deseo agradecer la invitación y el excelente trato dispensado por su director, Jan Woischnik, y su coordinador, Manfred Steffen. Esta versión final escrita ha sido ampliada con la aportación de la profesora Teresa Medina Arnáiz.

El trabajo se enmarca en la ayuda concedida por la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León, dentro del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación (orden de 30 de enero de 2001), bajo el título general "La protección penal de bienes jurídicos de titularidad colectiva", que dirige la profesora doctora Susana Huerta Tocildo, catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Burgos.

[1] H. J. Kerner lo califica como "el segundo oficio más viejo del mundo" y "tan antiguo como la existencia de la vida en comunidad"; cf. "Ist Korruption ein Strafrechtsproblem? Zur Tauglichkeit strafgesetzlicher Vorschriften gegen die Korruption", en *Goldammers Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 355 y ss., esp. p. 395. M. Rajoy Brey, "El combate a la corrupción: Una perspectiva europea", dentro del Foro Iberoamericano sobre el Combate a la Corrupción, celebrado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, en junio de 1998, cita una frase de Séneca: "la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos". Otros ejemplos los encontramos en F. J. Laporta, "La corrupción política: introducción general", en F. J. Laporta y J. Álvarez (eds.), *La corrupción política*, Madrid, 1997, p. 19, cuando, siguiendo a Noonan o Perelli, citan casos de corrupción del año 3000 a. C.

correcto funcionamiento de las instituciones públicas, como en la alteración de los mercados del sector privado.[2]

La enorme preocupación que actualmente despierta la corrupción —hasta el punto de convertirse en un tema de moda— se debe a su carácter sistemático y generalizado, que va más allá de aquellos casos aislados o coyunturales que serían susceptibles de encajar fácilmente en algunas de las categorías tradicionales tipificadas de la parte especial de cualquier Código Penal: delito de cohecho, prevaricación, malversación, tráfico de influencias, revelación de secretos, manejo de información privilegiada, blanqueo de capitales, fraude de subvenciones o delitos urbanísticos; pues, aunque a lo largo de este amplio elenco de figuras se vislumbran criterios indicativos de las notas características que rodean a la corrupción, su repercusión e importancia son, sin embargo, más amplias que las de los mencionados delitos, y la convierten en objeto de estudio no sólo desde una perspectiva del derecho penal sino también desde un punto de vista socioeconómico.[3]

Precisamente, lo que quiere resaltar esta ponencia son los peligros que representan las prácticas corruptas como modelo de actuación, estructuradas e implantadas a lo largo de todo el mundo, en conexión con redes de criminalidad organizada. Tal consolidación de la corrupción evidencia, por desgracia, una manifestación sintomática de una enfermedad más profunda que puede llegar incluso a desestabilizar gravemente la salud ético-jurídica del sistema democrático, socavando los principios de solidaridad, igualdad, legalidad o confianza pública en la justicia.[4] Recuérdense si no, a título de ejemplo, las convulsiones vividas en la última década en Italia con el procesamiento de Bettino Craxi

---

[2] La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el pasado 31 de octubre la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. En su preámbulo se alude a los efectos destructores que la corrupción entraña, y así se manifiestan "preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley". Véase ‹www.unocd.org/unocd/en/crime_convention_corruption.html›.

"Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido" (considerando 9º de la decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. DOUE L, nº 192, de 31 de julio de 2003).

[3] M. Überhofen ofrece una panorámica de algunas de estas infracciones en Konrad Adenauer Stiftung (ed.), *La corrupción en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1997, pássim; un interesante tratamiento, también, en C. Mayerhofer y J. M. Jehle (eds.), *Organisierte Kriminalität. Lagebilder und Erscheinungsformen. Bekämpfung und rechtliche Bewältigung*, Heidelberg, 1996, especialmente el trabajo allí incluido de W. Vahlenkamp, "Korruption im Rahmen wirtschaftlicher Betätigung und korruptive Einflussnahmen der Organisiertenkriminalität", pp. 133-145. Finalmente, el monográfico A. Eser, M. Überhofen, B. Huber (eds.), *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht. Ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz*, Friburgo de Brisgovia, 1993.

[4] A. Cortina Orts, "La regeneración moral de la sociedad y de la vida política", en la obra colectiva *Corrupción y ética*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p. 33: "otra consecuencia negativa [de la corrup-

y Julio Andreotti en el denominado proceso Tangentopoli, impulsado por los magistrados milaneses —*Mani Pulite*—; el proceso en Francia fruto del escándalo Elf-Aquitaine que implicaba a los Mitterrand, padre e hijo, así como a otros ministros de su gobierno; la financiación ilegal de la CDU, con Helmuth Kohl a la cabeza, en Alemania; los casos Roldán, Ollero, Urralburu, Gescartera, los fondos de pensiones del BBVA o el oscuro entramado en el reparto de fondos europeos para desarrollar programas Leader, en España; el desastre económico producido por la quiebra de Enron en Estados Unidos; el binomio plenamente probado Fujimori-Montesinos; o la situación actual que padece Rusia, con un poder mafioso político y económico generalizado y entremezclado con las estructuras estatales oficiales.[5]

II. Delimitación conceptual

Cuando nos enfrentamos, pues, al tratamiento jurídico de la incidencia global de la corrupción y, en consecuencia, a la búsqueda de terapias neutralizadoras a este antisocial fenómeno, se hace preciso en un principio, y desde un punto de vista metodológico, delimitar conceptualmente el alcance de lo que, originariamente y sin demasiada precisión, se denominó *corrumpere* o, al menos, perfilar una imagen aproximativa provisional, para después proceder a explicar la etiología de su aparición, efectos o costes y finalmente proyectar nuestras reflexiones y propuestas.

Por de pronto, conviene racionalizar el concepto de *corrupción* y, dado que no tiene un carácter técnico-jurídico, desvincularlo de su potente carga emocional negativa; pronunciar esta palabra equivale a decadencia, desintegración, envilecimiento o crimen, y ello no siempre es así.[6] Tampoco es correcto asociar la idea de corrupción a la de sonados escándalos públicos o políticos, aunque éste sea un rasgo vivamente alimentado desde los medios de comunicación; de ahí que, en lo que aquí nos interesa, debamos reducir la preocupación de la corrupción a prácticas generalizadas cualitativa o cuantitativamente graves referidas a la vida pública institucional o privada empresarial.[7]

---

ción] es que acabamos pensando que todo el mundo tiene un precio, en la vida política o en cualquier otra […] y al final nos dejamos llevar por una hermenéutica de la desconfianza […]". También J. M. Malem Seña, "El fenómeno de la corrupción", en *La corrupción política*, o. cit., p. 71; E. A. Fabián Caparrós califica la corrupción como una "auténtica contracultura que se filtra en el tejido social", cf. "La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio", en E. A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, 2000, p. 18.

[5] Sobre este último país véase la dramática información que proporciona el trabajo de A. Stümper "Kriminelle Gefahren aus dem Osten. Das Phänomenon der sogenannten Russen-Mafia", en *Kriminalistik*, 1998-3, pp. 191 y ss. Con carácter general véase M. A. Iglesias Río, "Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad", en *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*, Burgos, 1999, p. 110.

[6] J. M. Laporta, o. cit., p. 21; también Malem Seña, o. cit., p. 93.

[7] Un barómetro para medir los índices de percepción de la corrupción en el conjunto de un centenar de países realiza periódicamente la organización Transparencia Internacional, tomando bási-

La amplia y compleja diversidad tipológica que puede revestir el fenómeno de la corrupción, no predeterminada de antemano, presenta una inmanente equivocidad susceptible de un enfoque desde perspectivas diversas: vulgar, sociológica o moral pero también técnica, política, económica y finalmente jurídico-penal; lo cual, sumado al claro componente ideológico subyacente, contribuye a añadir notables dosis de relativismo y parcialidad que hacen difícil perfilar su alcance conceptual.[8]

Incluso, por paradójico que pueda resultar para las distintas ópticas de análisis, se ha llegado a sostener que, desde un punto de vista económico, la corrupción contribuye beneficiosamente a incrementar los niveles de eficiencia (soborno a un funcionario para superar obstáculos de carácter simplemente burocrático, facilitar o aligerar el trámite administrativo para el establecimiento de una empresa, sortear algún requisito formal, ofrecer dinero para que un funcionario ejecute —conforme a la ley— una orden judicial de embargo), o también a dinamizar el desarrollo de la vida económica y social, dado que los individuos corruptos disponen de más renta y necesitan hacer inversiones de blanqueo productivas en el mundo empresarial legal.[9] De hecho, se distingue tipológicamente entre una corrupción *negra* (que incluye las violaciones más graves, condenadas por todos sin paliativos), la corrupción *gris* (cuya reprochabilidad no resulta tan evidente) y la corrupción *blanca* (tolerada en general por la opinión pública).[10]

---

camente como referencia la percepción del testimonio de empresarios, analistas de riesgo y público en general para analizar el grado de necesidad y aceptación de sobornos a funcionarios públicos para poder llevar a cabo operaciones comerciales o negocios internacionales en un determinado Estado. En el informe del año 2000, España se sitúa en el número 20.

[8] La dificultad por acercarnos a un concepto unívoco de corrupción es manifestada por la mayor parte de los autores que tratan este tema. P. García Mexía reconoce: "prácticamente cabe afirmar que existen tantas nociones de 'corrupción' como autores deciden aventurarse a estudiarla. Como también ha de reiterarse que ninguna de las definiciones expuestas pueda darse por válida con exclusión de las demás. Si existe algún concepto esquivo a la sistematización científica, ése es el de corrupción"; cf. *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 62; igualmente, E. Garzón Valdés, "Acerca del concepto corrupción", en *La corrupción política*, o. cit., pp. 39-69; J. Rodríguez-Arana Muñoz, *La dimensión ética*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 357; A. Nieto García, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 76 y ss.; A. Sabán Godoy, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991, p. 13; J. Malem Seña, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 35. En el panorama extranjero, véase por todos, M. Überhofen, *Korruption und Bestechungdelikte im staatlichen Bereich. Ein Rechtsvergleich und Reformüberlegungen zum deutschen Recht*, Friburgo de Brisgovia, 1999; especialmente sobre estas cuestiones conceptuales, pp. 29-51.

[9] Mª V. Muriel Patino, "Economía, corrupción y desarrollo", en *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2002, p. 29; S. Álvarez, "Reflexiones sobre la calificación moral del soborno", en *La corrupción política*, o. cit., p. 91, con referencia a Thomas Carson: el soborno no transforma al sistema en menos eficaz que si no hubiera mediado (p. 97).

[10] A. J. Heidenheimer, *Political Corruption: Readings in comparative Analysis*, New Brunswick, 1978, p. 17.

En todo caso, la dificultad de perfilar un concepto unitario de corrupción que, junto con su utilidad práctica e interpretativa, pueda ser asumido por un amplio consenso doctrinal, se intenta suplir a través de la ya consolidada costumbre de enumerar un catálogo de indicadores de corrupción, que se sitúa muy próximo al que rodea la noción de *criminalidad organizada*.[11]

Pese a lo afirmado, existe un denominador común en las distintas aproximaciones al concepto de corrupción. Sintetizado de forma abierta y sin pretensión de agotarlo, la corrupción supone la utilización de potestades para obtener beneficios injustificados.[12] También, por razón de la connivencia que existe entre corrupción y delincuencia organizada,[13] asociamos la corrupción a la existencia de un escenario altamente clandestino que trata de no dejar huellas visibles, en el que media una cuidadosa planificación estratégica y una refinada ejecución. Asimismo, normalmente estaremos ante un nutrido grupo de personas que forman una estructura permanente y suficientemente consolidada, hasta el punto de que los distintos miembros de la empresa criminal son intercambiables, fungibles, de modo que, detenido el jefe del clan, no desaparece por ello el entramado criminal; los codelincuentes solicitan, ofrecen o reciben cualquier tipo de favores que les reportan sugestivas ganancias en beneficio propio o ajeno (dinero —genuino objeto de corrupción—, obtención de subvenciones, ascensos políticos o funcionariales, cargos públicos, contratos públicos, etcétera), que se traducen en la adopción de una decisión antijurídica o en el desprecio de comportamientos ético-jurídicos y que provocan, de esta manera, una distorsión en el correcto desempeño de las funciones públicas —sean éstas gubernativas, legislativas

---

[11] J. Malem Seña (*La corrupción...*, o. cit., pp. 23 y ss.) define el concepto de corrupción en primer lugar de forma negativa, es decir, señalando aquello que no forma parte del concepto de corrupción, para después perfilar las características propias de los actos de corrupción. De ese modo, termina definiendo los actos de corrupción como "aquéllos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera que sea su naturaleza". El acierto de esta definición es que puede aplicarse tanto al sector público como al privado, pues la mayor parte de los conceptos que de corrupción se manejan aluden únicamente al sector público.

[12] La comunicación sobre la política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción (COM 97, 192 final, de 21 de mayo de 1997) relaciona la corrupción con "los actos de abuso de poder o incorrección en el proceso de toma de decisiones cometidos por motivos indebidos". Asimismo, el artículo 2 de la Convención Civil sobre la corrupción, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999, ofrece una definición de corrupción, ahora bien, limitada únicamente a efectos de dicha convención, y así "se entiende por corrupción el hecho de solicitar, de ofrecer, de dar o de aceptar, directa o indirectamente, una comisión ilícita, cualquier otra ventaja o la promesa de tal ventaja que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento requerido del beneficiario de la comisión ilícita, de otra ventaja indebida o de la promesa de dicha ventaja indebida" (el texto que manejamos está en francés y la traducción al castellano es nuestra).

[13] Manifestada en distintos foros y destacada en el Plan de Acción para Luchar contra la Delincuencia Organizada, adoptado por el Consejo de Europa el 28 de abril de 1997 (DOCE C, nº 251, de 15 de agosto de 1997).

o judiciales— o, en su caso, causando una alteración indeseable en las normas que presiden la libre y transparente competencia en los mercados del sector privado.

De todas estas notas, la principal consecuencia que ya hemos puesto de relieve es que todo el amplio espectro de posibilidades criminales comisivas tiene, como nota inmanente, el interés prioritariamente económico que confluye en las decisiones contaminadas por la corrupción; es decir, un actuar ilegal presidido por criterios empresariales de profesionalización en cuanto persiguen máxima rentabilidad y minimización de riesgos, a costa de una utilización abusiva de las estructuras institucionales o económicas regulares y de una infiltración en los circuitos económicos con apariencia de legalidad.[14]

Política, economía y ciudadanos desleales se alzan, pues, como los elementos protagonistas de las prácticas corruptas. En suma, el ámbito fenomenológico en el que se mueve la corrupción no es otro que el marcado por las coordenadas de la delincuencia socioeconómica, en un sentido amplio, y también de la criminalidad organizada.[15] Estos dos campos delictivos presentan, como es sabido, singularidades criminológicas bien diferenciadas respecto de la delincuencia tradicional: se trata de infracciones cometidas en el seno de una actividad profesional o empresarial de dimensiones incluso transnacionales, con una intachable apariencia legal en la forma de hacer negocios, cuyos directivos irradian incluso una aureolada imagen de honorabilidad, que tratan de ocultar su responsabilidad bajo el entramado artificial de las técnicas de ingeniería financiera, a través de personas jurídicas o sociedades interpuestas cuya dilucidación genera enormes problemas probatorios, acrecentados por la inexistencia de víctimas directas y perjudicados inmediatos dispuestos a denunciar estos hechos. Todo se mueve en la oscuridad; sobornador y sobornado permanecerán en silencio, puesto que existe un mutuo interés por ocultar sus actividades. Ello facilita que el delincuente asuma el ínfimo riesgo de descubrimiento y que apenas lo intimiden las amenazas penales tipificadas en la ley. Por lo que respecta a la criminalidad organizada, es evidente la íntima conexión que presenta con la corrupción. Posiblemente, la corrupción es el lubricante, el humus, el corazón y lo que le otorga una nueva

---

[14] Con más detalle véase M. A. Iglesias Río, "Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global", en *El nuevo derecho penal español. Estudios en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 1445-1473, donde precisamente se resaltan tres momentos —planificación y ejecución del hecho así como el manejo del botín— a los que debe estar atento el ordenamiento jurídico para articular medidas multilaterales de control, preventivas y represivas.

[15] "Mientras haya delincuencia, seguirá existiendo el interés por utilizar sobornos como garantía contra el enjuiciamiento y el castigo, y especialmente los grupos de delincuencia organizada preferirán reinvertir parte de las ganancias obtenidas ilícitamente en el pago de sobornos a correr el riesgo de que se les aplique la ley y enfrentarse, en consecuencia, a la privación de libertad y la pérdida de sus ingresos" En la comunicación de la Comisión acerca de una política global de la UE contra la corrupción (COM 2003, 317 final, de 28 de mayo de 2003, p. 6).

cualidad, de manera que la articulación de estrategias de erradicación, que deberán situarse en una misma línea de actuación resulta enormemente complicada.[16]

III. Causas de la corrupción

La moderna sociedad del riesgo y de las nuevas tecnologías se caracteriza por una elevada complejidad, aderezada por la nota de la ciberglobalización económica que, salpicada por factores "corruptógenos", propicia una corrupción asimismo globalizada.[17] Pues bien, dependiendo del ámbito corrupto en el que nos encontremos, las causas preponderantes serán unas u otras, pero, en todo caso, la oleada generalizada de corrupción que vivimos en el presente normalmente obedece a coyunturas muy diversificadas, difícilmente reconducibles a un único factor.

La propia configuración del ordenamiento jurídico y del sistema político los convierte, en no pocas ocasiones, en verdaderos aliados de la corrupción, si bien no puede afirmarse abiertamente que esta peste contemporánea sea el fruto de las lagunas del derecho vigente ni necesariamente de la estructura arquitectónica de un régimen político de corte dictatorial o democrático, aunque es indudable que la corrupción tiene su campo abonado en el marco de estructuras débiles, que permiten la operatividad real de un subsistema sumergido paralelo al legal.[18] No obstante, y por ir anticipando alguna idea, si bien no puede probarse totalmente, desde un punto de vista empírico, la ecuación "democracia = menor corrupción" y, viceversa, "dictadura = mayor corrupción",[19] no es menos cierto que la aplicación valorativa de los principios democráticos a la toma de decisiones en el ámbito de la función pública contribuye a reducir las posibilidades de tomar acuerdos arbitrarios, y tanto es así que conceptos tales como integridad, transparencia y responsabilidad son considerados prioritarios en la lucha contra la corrupción. En todo caso,

---

[16] Suele describirse a la corrupción como un delito sin víctimas directas en el cual raramente existe una parte afectada que —además de saber que es afectada— denuncie un caso concreto de corrupción, pues normalmente este tipo de actuación "se sella a través de un pacto de silencio entre sobornador y sobornado" (COM 2003, 317 final, de 28 de mayo de 2003, p. 12).

[17] En este sentido, véase la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuando en su preámbulo señala: "Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías […]". El texto de dicha convención puede encontrarse en ‹www.unocd.org/unodc/fr/corruption.html›.

También resultan de interés las aportaciones realizadas por F. J. Laporta y S. Álvarez en su presentación a la monografía colectiva *La corrupción política*, o. cit., p. 16. Igualmente, en otro de nuestros trabajos sobre la materia hemos empleado un símil terminológico para caracterizar esta situación de globalización a través del sentido que encierran las expresiones "chicagoización", "macdonalización" o "mafiaización" en nuestra sociedad; cf. Iglesias Río, "Panorámica comparativa…", o. cit., p. 98; también en la aportación "Criminalidad organizada…", o. cit., p. 1446.

[18] Véase S. Álvarez, "Reflexiones sobre la calificación moral del soborno", en *La corrupción política*, o. cit., pp. 102-103, donde contrapone sistemas con una "estructura instrumental fuerte" y "débil".

[19] E. Garzón Valdés, o. cit., p. 41.

en el seno de la sensibilidad democrática —en el marco de la división de poderes—, los casos de corrupción llegan con mayor facilidad al conocimiento de la opinión pública y a los tribunales.[20]

Pero, insistimos, no hay que olvidar que estamos ante un fenómeno universal que ha extendido sus tentáculos con independencia de la modalidad del gobierno, alcanzando a países ricos y subdesarrollados, "más allá —resume Malem Seña— de todo vínculo ideológico, político o impuesto por el desarrollo económico".[21]

Entre las *causas generales* que fecundan prácticas de corrupción podemos señalar las siguientes:

a. Los periodos de rápido crecimiento económico general internacional, así como el progresivo intervencionismo estatal en la vida económica, al asumir un gran protagonismo en la prestación de servicios y en la ejecución de grandes inversiones públicas.
b. La distonía entre las expectativas sociales de aspiración al bienestar, comodidad o consumismo y las posibilidades reales para tener acceso a ellas; un factor clave es el predominio de valores crematísticos, hedonistas, el culto al dinero y la falta de ética política, que conducen a medir el prestigio más por el éxito social, por la fama y el poder adquisitivo que por la formación académica e intelectual.
c. El ansia por entrar en la vida política como vehículo para tener abiertas muchas puertas.
d. El control político de la economía no ha ido acompañado de una adecuada modernización de su marco normativo.[22] Han sido las propias empresas las que han distorsionado las reglas de la economía de mercado, pues el saldo de la valoración que realizan de las ventajas de la corrupción es positivo.[23]

---

[20] N. López Calera, "Corrupción, ética y democracia", en *La corrupción política*, o. cit., p. 119.

[21] J. Malem Seña, "El fenómeno…", o. cit., pp. 71-90, en texto p. 87. Un ejemplo de ello ha sido el proceso privatizador y de tránsito en los países del antiguo bloque del Este de una economía socialista a una capitalista que ha estado presidido por la nota común de las prácticas corruptas.

[22] E. Lamo de Espinosa, "Corrupción política y ética económica", en *La corrupción política*, o. cit., p. 279. A pesar de ello, A. Cortina Orts (o. cit., p. 35) sostiene que "el vacío legal no es nunca la causa de los desaguisados. Lo peor es el déficit moral, porque si los ciudadanos no nos convencemos de que hay determinados modos de conducta que valen la pena por sí mismos, […] no hay leyes, controles y sanciones en el mundo capaces de resolver el problema".

[23] G. Peces Barba, "La corrupción en las instituciones y en la sociedad civil", en *Corrupción y ética*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p. 27: "[…] pueden existir aplicaciones de técnicas económicas, como la técnica del cálculo de costes, que es una técnica que puede ser y que de hecho está siendo muy utilizada en la valoración de las ventajas de la corrupción a través del cálculo de costes. Esto se produce cuando hay una relación de maximización que se produce con la utilidad personal que se obtiene de los beneficios económicos de la corrupción y sus costes morales y jurídicos. En muchos casos estos costes son nulos […]".

Entre las *causas específicas de la corrupción política y administrativa* se incluyen, entre otras, los bajos salarios públicos, la interinidad constante de los empleados de las administraciones públicas, la escasa efectividad a la hora de imponer sanciones y dilucidar responsabilidades, el silencio corporativo o temeroso del resto de funcionarios o compañeros a denunciar este tipo de ilegalidades, bien por miedo a las represalias o bien por la ausencia de un reproche social ante la práctica de recomendaciones, regalos o favores; a ello hay que añadir la complejidad y lentitud de una administración cada vez más burocratizada que intenta ser superada a través de sobornos y, finalmente, la falta de suficiente control interno, jerárquico o funcional.[24]

Desde otra perspectiva, pero en íntima conexión, Lamo de Espinosa añade el cesarismo o presidencialización de los partidos políticos o la falta de alternancia debido a las mayorías absolutas, con lo cual se desactiva la oposición en nombre del consenso y reparto de poder entre los distintos partidos, con la excusa de no crispar demasiado la vida política, sucediéndose las mayorías y dejando oculto todo ello; asimismo, se actúa más por fidelidad política que por criterios de mérito y capacidad, intentando controlar aquellas instituciones que tienen poder de decisión.[25] En esta línea, el proyecto revisado de Convención de las Naciones Unidas sobre Corrupción, al que ya hemos hecho referencia, dedica su artículo 10 a la financiación de los partidos políticos como uno más de los ejes en los que basar la lucha contra la corrupción.[26]

Pues bien, no sólo las causas más relevantes favorecedoras de la corrupción deben conocerse antes de elaborar las estrategias de lucha, sino también los efectos de la corrupción para tratar de articular un eficaz combate.

IV. Efectos de la corrupción

Por mucho que se trate de dulcificar, la corrupción siempre causa resultados perjudiciales para la sociedad, aunque éstos sean de diferente alcance y naturaleza. Socava la legitimidad de las instituciones públicas e irradia su nocividad hacia el futuro más allá de la concreta ilegalidad funcionarial o empresarial; amenaza la pre-

---

[24] Expresamente, sobre ello M. Sánchez Morón, "La corrupción y los problemas de control de las administraciones públicas", en *La corrupción política*, o. cit., p. 209.

[25] E. Lamo de Espinosa, "Corrupción política y ética económica", en *La corrupción política*, o. cit., pp. 284-286.

[26] Artículo 10.1. Cada Estado Parte adoptará, mantendrá y fortalecerá medidas y reglamentos relativos a la financiación de los partidos políticos. Esas medidas y reglamentos servirán para:

a) Prevenir los conflictos de intereses;
b) Preservar la integridad de las estructuras y procesos políticos democráticos;
c) Prohibir la utilización de fondos adquiridos mediante prácticas ilícitas y corruptas para financiar los partidos políticos; y
d) Consagrar el concepto de transparencia en la financiación de los partidos políticos exigiendo que se divulguen las donaciones que superen un límite determinado.

eminencia del derecho y atenta contra la igualdad y la justicia social.[27] Su alcance y dimensiones posiblemente son todavía tan desconocidos que, por el momento, ante la elevada cifra negra, sólo nos movemos con datos puramente especulativos sobre los que no existe acuerdo, aunque probablemente sea cierto que desafían a la imaginación. Por poner un ejemplo, Mark Pieth, catedrático de derecho penal en la Universidad de Basilea, afirmó que "los sobornos mueven al año en el mundo unos 23 billones de dólares" y que "las comisiones en los grandes contratos públicos varían del 30% para armas al 5% para las infraestructuras";[28] a pesar de lo dicho, el montante procedente de la corrupción ofrecido por la ONU, el FMI y otras instancias internacionales maneja sumas muy divergentes, pero normalmente no inferiores al billón de dólares anuales.[29]

A pesar de todos estos datos y debido, fundamentalmente, a la forma en que se cometen los episodios de corrupción, la verdadera dimensión de sus consecuencias negativas sólo es reconocible para los expertos; la invisibilidad de las organizaciones criminales conduce a un desinterés por parte de todos los que no se sienten directamente afectados, de ahí que exista un distanciamiento importante entre el peligro real —que es muy elevado— y el sentimiento de peligro potencial reconocible en la población que no lo asume como tal. En cualquier caso, sí podemos distinguir una serie de perjuicios materiales directos, indirectos o espiritualizados, cuya repercusión social será mucho más intensa cuando la corrupción procede del sector público institucional en un sentido amplio (gobierno, partidos políticos, universidad) que cuando está implicado el mundo privado.[30]

En cuanto a los *perjuicios materiales directos*, traducidos en términos económicos y cuantitativos, el potencial de influencia de la corrupción puede llegar a ser tan fuerte como para desviar seriamente la toma de grandes decisiones macroeconómicas; rompe la confianza económica; distorsiona la asignación eficiente de bienes; desvía recursos hacia actividades improductivas; empeora la calidad e incrementa el precio y los costes de

---

[27] Véase el preámbulo del Convenio Penal sobre Corrupción aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999 y que entró en vigor el 1° de julio de 2002.

[28] *El País*, Madrid, 21 de febrero de 1999.

[29] Se calcula que el coste global de la corrupción asciende, aproximadamente, a un 5% de la economía mundial. Los grupos de la delincuencia organizada utilizan hasta el 30% de su producto en sobornos a policía, fiscales, jueces y administración pública en general "para comprar la exención" de la aplicación de la ley (COM 2003, 317 final, de 28 de mayo de 2003, p. 13).

[30] Pese a lo afirmado, la corrupción en el sector privado también ha despertado el interés del legislador europeo; así, en 1998 el Consejo de Europa adoptó la acción común (98/742/JAI), de 22 de diciembre de 1998, sobre la corrupción en este sector (DOCE L, nº 358, de 31 de diciembre), que ha sido derogada recientemente por la decisión marco del Consejo de 22 de julio de 2003 (DOUE L, nº 192, de 31 de julio). Asimismo, Dinamarca ha presentado una iniciativa de decisión relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado que, entre otras medidas, pretende la tipificación como infracción penal de la corrupción, tanto activa como pasiva, en el marco de una actividad empresarial (DOCE C, nº 184, de 2 de agosto de 2002).

producción; afecta negativamente a la política exterior con numerosos Estados receptores de ayuda, provoca fallidas expectativas de inversiones nacionales y extranjeras por medio de la extorsión y la intimidación.[31] Por otro lado, tiende a eliminar la competencia, dado que los grupos corruptos bien consolidados aspiran a lograr una posición dominante, monopolista, tratando de desalojar del mercado al resto de competidores y a controlar todos los ámbitos de poder en un territorio; mina la moral general económica y la ética profesional de los empresarios, lo que los lleva a veces, para poder sobrevivir y competir, a recurrir también a métodos ilegales, con infracción de las normas de competencia, publicidad, sanidad, seguridad e higiene, medio ambiente, propiedad intelectual o industrial, etcétera, hasta producir un "efecto resaca" o "contagioso" (*Ansteckungswirkung*) en el sentido de que, a su vez, cada persona o empresario que delinque se convierte en eje de una nueva resaca, forzando a terceras personas a cometer estos delitos, hablándose entonces finalmente de "efecto en espiral" (*Spiralwirkung*) o "reacción en cadena" (*Kettenreaktion*). Finalmente, por tanto, el hecho delictivo no afectará únicamente al perjudicado de forma directa sino que éste actuará como transmisor de una sucesión continua de quiebras, crisis, desempleos, etcétera.[32] También respecto del resto de los ciudadanos honrados puede irradiar un efecto contagioso multiplicador que, desconfiando de unas instituciones estatales desacreditadas, se sentirán tentados a incumplir sus obligaciones legales; ello puede ser bien visible en el ámbito del derecho tributario, con actitudes de resistencia al pago de impuestos y una devaluada mentalidad fiscal.[33]

Los perjuicios indirectos o espiritualizados causados por la corrupción se traducen, asimismo, en una desestabilización del desarrollo social que puede llegar a remover los cimientos democráticos sobre los que descansa el Estado de Derecho (especialmente ante grandes escándalos políticos), así como el respeto a los derechos fundamentales, la igualdad y la justicia. De este modo, no sólo verifica un perjuicio para la seguridad y el orden público —en el sentido clásico del Estado de policía decimonónico—, sino que contribuye a consolidar una especie de metasistema que se mueve al margen de las normas, un subsistema social disfuncional, que desacredita y merma la potestad y presencia misma del Estado, que debilita la vigencia imperativa o coactiva del sistema normativo y que diluye, a su vez, la frontera delimitadora entre lo justo y lo injusto, tratando de escudar las posibles responsabilidades al amparo de asociaciones o estructuras que disfrazan sus ilegalidades con una falsa apariencia de legitimidad.

---

[31] Sobre la incidencia negativa y el incremento de costos de soborno, véase J. Carrera Hernández, "La persecución penal de la corrupción en la UE", en *Cooperación Jurídica Internacional*, colección Escuela Diplomática, nº 5, Madrid, 2001, p. 207.

[32] Sobre ello y para lo que sigue, véase M. A. Iglesias Río, "Criminalidad organizada…", o. cit., pássim, esp. pp. 1450-1452.

[33] M. A. Iglesias Río, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la "autodenuncia", artículo 305-4 del CP)*, Valencia, 2003, esp. cap. 1°.

V. La corrupción y las estrategias de lucha emprendidas en el ámbito de la Unión Europea

Por lo que estamos viendo, sería una necedad negar la existencia de importantes focos de corrupción en los Estados miembros de la Unión Europea; de ahí que, ante la evidencia, no haya habido más remedio que reaccionar enérgicamente para intentar desterrar esta carcoma que se ramifica por todos los países del mundo. Igualmente, resultaría una equivocación adoptar una actitud fatalista y de resignación ante este fenómeno y considerarlo, de esta manera, un mal inevitable imposible de extirpar. Consciente de ello, el artículo 29 del Tratado de la Unión Europea enumera como objetivo de la Unión: "ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia" que "habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no", incluyendo también la corrupción.[34]

Con anterioridad a este Tratado ya se habían emprendido desde la Unión Europea tímidas actuaciones antifraude y anticorrupción en los años setenta, las que posteriormente fueron intensificándose con un amplio repertorio de medidas, en coordinación muchas veces con distintos organismos internacionales (OCDE, ONU, OMC). Estos esfuerzos han dado sus frutos en la aprobación de programas especiales anticorrupción destinados a países de la Europa Central y Oriental, Programa OLTOP y SIGMA o MEDA para los países mediterráneos; asimismo, a finales de los años noventa, a título meramente ejemplificativo, podemos destacar el Plan de Acción para Luchar contra la Delincuencia Organizada,[35] que ya abogaba por una política global de lucha contra la corrupción y los programas destinados a juristas —Grotius I y II o Falcone— para la lucha contra la criminalidad organizada (1998-2002).

Después de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, en octubre de 1999 (básicamente la conclusión número 48), no hay duda de que la corrupción es un enemigo al que debemos vencer, y para lograr este objetivo los frentes de lucha deben ser diversos y es necesario acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes. En este sentido, el recurso al derecho penal resulta, por desgracia, indispensable y, de hecho, en los últimos años toda Europa ha experimentado procesos legislativos de reforma criminal en esta materia. Sin embargo, la llamada necesariamente subsidiaria al *ius penale* es por sí sola insuficiente para resolver la compleja problemática que encierra la corrupción; a ello, además, hay que añadir un dato de capital importancia: las Comunidades Europeas no ostentan *ius puniendi* y ello, con independencia del reconocimiento cierto del derecho comunitario —sobre la base de los principios de primacía y efecto directo— en el derecho penal nacional, impide a nuestro legislador interno regular la materia criminal en contra de la normativa co-

---

[34] Manejamos la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea después del Tratado de Niza, que se encuentra publicada en el DOCE C, nº 325, de 24 de diciembre de 2002.

[35] Adoptado por el Consejo de Europa el 28 de abril de 1997 (DOCE C, nº 251, de 15 de agosto de 1997).

munitaria; asimismo, el derecho emanado desde Bruselas penetra por vía de reenvío para completar los espacios de las normas penales en blanco y a través de la doctrina interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Otro recurso es el de la cooperación judicial y policial, puesto que, además, el derecho comunitario exige que el legislador interno asuma un papel cada vez más activo, especialmente en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal; un ejemplo evidente de lo dicho lo constituye el actual artículo 280 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), que dispone, en su apartado segundo: "Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros".[36] Las sanciones, por lo tanto, deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Esta simple imagen es reveladora de que derecho penal y derecho comunitario están condenados a entenderse y a coexistir.

En cumplimiento de esta idea de cooperación, un vivo ritmo hacia adelante se impone a partir de la firma del Acta Única Europea de 1986, consolidándose progresivamente la idea de una Europa sin fronteras y de un "espacio judicial y de seguridad y justicia europeo común", materializada en el gran salto cualitativo que supuso el Tratado de Maastricht en 1992, con el respaldo definitivo de su actual inclusión en el título VI del Tratado de Ámsterdam de 1997 —cooperación policial y judicial en materia civil y penal (artículos 29 a 42)—. Alcanza así protagonismo y un desarrollo sin precedentes el denominado Tercer Pilar, articulándose una decidida política anticorrupción armonizada en los países europeos, sostenida y diversificada a través de programas de actuación que se han multiplicado de un modo casi desbordante en distintos frentes; destacadamente en la protección de intereses financieros, prevención y lucha contra el terrorismo, crimen organizado, tráfico de drogas, trata de seres humanos, desaparición de personas, explotación sexual infantil, represión de prácticas corruptas protagonizadas por funcionarios europeos, protección de datos, ayuda a víctimas, etcétera.[37]

---

[36] Esta idea se recoge expresamente en la Convención de la UE de Lucha contra la Corrupción y el Fraude Comunitario, de 26 de mayo de 1997, sobre la base del artículo K 3.2.*c*, indicando además que los Estados deberán adoptar las "medidas necesarias para asegurar que las conductas constituyan ilícitos penales" (DOCE C, nº 195, de 25 de junio de 1997).

[37] En concreto, por citar algunas de las manifestaciones legislativas más relevantes, destacamos: el Convenio Relativo a la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades, de 26 de julio de 1995 (DOCE C, nº 316, de 27 de noviembre de 1995) y su primer protocolo (DOCE C, nº 313, de 23 de octubre de 1996), que entraron en vigor en octubre de 2002 y que inciden sobre cualquier acción u omisión dolosa en la que medie documentación falsa, inexacta o incompleta que menoscabe el presupuesto comunitario así como el desvío de fondos o fraude de subvenciones; el Convenio sobre la Lucha contra Actos de Corrupción en los que están Implicados Funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, aprobado el 26 de mayo de 1997 (DOCE C, nº 195, de 25 de junio de 1997); la resolución (97) 24, adoptada por el Comité de Ministros el 16 de noviembre de 1997, acerca de los veinte principios rectores de la lucha contra la corrupción; el Plan de Acción de la Comisión Europea contra el Fraude 2001-2003, para coordinar las políticas y la normativa de los Estados miembros en esta materia (COM 2001, 254 final).

1. Estrategias anticorrupción de índole administrativa

Llegados a la conclusión de que la corrupción debe ser atacada desde distintos frentes (normativo, económico y social), vemos que desde el derecho se nos ofrecen distintas opciones de combate; a tal efecto, junto con medidas de carácter represivo —propias del derecho penal— se articula una serie de instrumentos de carácter preventivo que procuran evitar la lesión del principio de objetividad que debe regir la actuación de la administración pública (artículo 103 de la Constitución). De esta

---

Destaca, asimismo, el *Corpus iuris 1997* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea y su segunda versión, el *Corpus iuris 2000*, que tipifica ocho delitos, entre otros: fraudes a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, blanqueo, corrupción (artículo 5), malversación, abuso de funciones, revelación de secretos, etc. Pretende una armonización total del derecho penal especial en materia de fraudes comunitarios y corrupción; contempla sanciones a personas jurídicas, a sus directivos, castiga la imprudencia *in vigilando* u omisión de controles por las personas encargadas de hacerlos, y recoge el principio de territorialidad europea en orden a los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio.

Igualmente, y por lo que se refiere a la protección de los intereses financieros de las Comunidades, se creó la Oficina Europea de Lucha Antifraude (OLAF, sustituyendo a la UCLAF creada en 1998) por la decisión de la Comisión 1999/352, de 28 de abril de 1999 (DOCE L, nº 136, de 31 de mayo de 1999) que se alza, de esta manera, como el interlocutor directo de las instituciones comunitarias con las autoridades policiales y judiciales nacionales en casos de corrupción y lucha contra el fraude que afectan a otros intereses financieros.

En relación con la corrupción en el sector privado, el Consejo de Europa adoptó el 22 de julio de 2003 la decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DOUE L, nº 192, de 31 de julio) que sustituye a la acción común de 22 de diciembre de 1998 (DOCE L, nº 358, de 31 de diciembre de 1998).

En el marco de las Naciones Unidas se destaca la resolución 53/176, de enero de 1999, para hacer frente a sobornos y comisiones ilegales en transacciones internacionales, en la que se contempla la asistencia mutua y el intercambio de información tributaria, contable y bancaria sobre actividades de funcionarios y personas físicas o jurídicas; asimismo, merece recordarse el Convenio contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de octubre de 2000; cabe destacar, igualmente, la entrada en vigor del Convenio de Palermo sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada, el 29 de septiembre de 2003, y la conclusión de la Convención contra la Corrupción que se adoptó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 en Nueva York y que se ha abierto a la firma de los Estados miembros en Mérida (México) en diciembre de 2003 ‹http://www.unodc.org/unodc/en/crime_convention_corruption.html›.

Resultan asimismo de interés la Convención Civil sobre la Corrupción, que aprobó el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1998, y la Convención Penal sobre la Corrupción, aprobada por este mismo órgano el 27 de enero de 1999 y que entró en vigor el 1 de julio de 2002 ‹http://www.greco.coe.int›. La Convención Penal sobre la Corrupción incluye, en sus artículos 2 al 13, un total de trece delitos relacionados con la corrupción; acentúa la relevancia del sector privado como impulsor y beneficiario directo de estas prácticas, así como del tráfico de influencias, la creación de registros falsos, inexactos e ilegales.

También hemos de reseñar la Convención Interamericana Anticorrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996, y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana de 12 de julio de 2003.

forma, dichas medidas se aplican con el fin de reducir las posibilidades de utilización de prácticas corruptas y previenen así potenciales conflictos de intereses desde estructuras administrativas guiadas por los principios de transparencia e integridad.[38]

De entre las múltiples alternativas administrativas destacaremos las siguientes:

1º. *Que el órgano decisor sea colegiado*; esto se debe traducir en una desconcentración plural administrativa. En definitiva, que la decisión no se concentre en una sola persona y en un momento procesal único y que sea susceptible de revisión jerárquica, especialmente en asuntos de gran calado económico.[39] Esta exigencia es un simple derivado del principio de división de poderes y compensación recíproca entre ellos.[40]

2º. *Reducir el margen de discrecionalidad de los responsables públicos* que han de tomar decisiones importantes de materia económica; pues, aunque es bien sabido que la discrecionalidad no significa arbitrariedad, ésta debe estar limitada por razón de su exclusión, total o parcial, del control judicial.[41] Para ello, conforme a un escru-

---

[38] Véase P. García Mexía, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001; L. Martín-Retortillo Baquer, "Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción", en *Don Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa,* col. Maestros complutenses de Derecho, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Fundación BSCH, Madrid, 2000, pp. 79-91; J. Miguel Zaragoza, "Respuestas jurídicas a la corrupción", en *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, nº 1699, 1994, pp. 104-117; L. Morell Ocaña, "El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública", en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 147-160; R. Rivero Ortega, "Instituciones jurídico-administrativas y prevención de la corrupción", en *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, o. cit., pp. 39-43.

[39] Algunos añaden, en materias económicas y mercantiles, que el Estado no permita que un solo funcionario actúe con poder de mercado y se beneficie ilícitamente de posiciones de monopolio, de manera que esa potestad debe ser distribuida entre varios funcionarios o instituciones para generar "competencia" y se elimine o reduzca entre ellos su poder de dominio o control sobre el mercado, cf. F. Rodríguez López, "Introducción al análisis económico de la corrupción", en *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, o. cit., p. 21.

[40] Medidas de esta naturaleza son denominadas por W. Hassemer como de "prevención operativa o técnica", tratando de incorporar instrumentos efectivos, no normativos, ni siquiera propiamente penales o de exasperación de las sanciones que, con más frecuencia que la deseable, sólo se reducen en una agravación de la responsabilidad o en la introducción de métodos de investigación aún más restrictivos para los derechos fundamentales. Por eso, acentúa el protagonismo que deben revestir los instrumentos técnicos u organizativos como traslados, separación entre planificación, supervisión y ejecución, auditorías internas, etcétera. Cf. "Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción", en *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, nº 1, 1995, pp. 150-152.

[41] El Tribunal Supremo ha definido la discrecionalidad como "la capacidad de opción, sin posibilidad de control jurisdiccional, entre varias soluciones, todas ellas igualmente válidas por permitidas por la ley" o también como "concesión de posibilidades de actuación, cuyo desarrollo efectivo es potestativo y queda en manos de la Administración", en R. Parada Vázquez, *Derecho administrativo. Parte general*, tomo I, Marcial Pons, 13ª ed., Madrid, 2002, p. 101.

puloso respeto al principio de legalidad, deberán precisarse de antemano los criterios de toma de decisiones, que serán públicos, objetivos y transparentes; igualmente, se requiere motivación de aquellas decisiones que se tomen en virtud de potestades discrecionales,[42] articulándose, con todo ello, un amplio abanico de posibilidades que permitan detectar, investigar y superar la gran dificultad del descubrimiento de prácticas corruptas: auditorías, intervenciones públicas, control y rendición estricta de cuentas, tratando, en conjunto, de reforzar el sistema de certificación.

En el derecho administrativo los requisitos del control de la adecuación de las decisiones administrativas a los fines públicos que le son encomendados se han desarrollado a través de la institución de la *desviación de poder*.[43]

Según el artículo 83.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, n° 29/1998, de 13 de julio, la desviación de poder supone "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico". El aspecto central, por lo tanto, de la desviación de poder es que las autoridades públicas se alejan de los objetivos fijados por el ordenamiento, lo cual nos lleva a pensar que la desviación de poder es una forma de corrupción,[44] aunque bien es cierto que no todos los actos de corrupción constituyen un ejercicio desviado de potestades administrativas.[45]

3º. *Reforzar la imparcialidad e independencia en el seno de las instituciones públicas.* La regulación sobre incompatibilidades y las técnicas de la abstención y recusación están orientadas a evitar la injerencia de intereses privados en la gestión pública para, con ello, reducir las posibilidades de actuaciones corruptas. Con esta normativa se intenta prevenir la producción de posibles conflictos de intereses que lleguen a desviar a los funcionarios, altos cargos o cargos electivos del interés público que los vincula;[46] así las cosas, no resulta extraño que la normativa sobre incompatibilidades se erigiera como uno de los pilares —junto con la contratación pública— de los cambios legislativos que tuvieron lugar a principios de los años noventa para combatir la corrupción en España.[47]

---

[42] Artículo 54.1.*f* de la ley 30/1992 (de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), modificada por la ley 4/1999, de 13 de enero.

[43] C. Chinchilla Marín, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1999.

[44] J. Malem Seña, *La corrupción*…, o. cit., p. 25.

[45] A. Nieto García, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 79

[46] Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas; ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. El régimen de incompatibilidades de los miembros de las comunidades autónomas se regula en sus respectivas leyes de gobierno y administración y, también, en específicas leyes de incompatibilidades. Por su parte, los miembros de las entidades locales, dado su carácter de cargos electivos, encuentran su régimen específico sobre incompatibilidades en la legislación electoral, Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Las técnicas de la abstención y de la recusación se encuentran recogidas en los artículos 28 y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ley 30/1992, de 26 de noviembre.

[47] Véase el debate del Estado de la Nación del 19 y 20 de abril de 1994 (BOCG, Congreso, Serie E, nº 55, de 21 de abril de 1994).

Se debe seguir insistiendo, asimismo, en la necesidad de regular los conflictos de intereses;[48] y obligar, finalmente, a una declaración anual o periódica del patrimonio, susceptible de comparación antes de tomar posesión del cargo y después de abandonarlo, puesto que la idea de *responsabilidad* en el puesto —especialmente de políticos, funcionarios o empresarios significativos—, haciéndose efectiva mediante la exigencia de rendir cuentas en el ejercicio de sus cargos a los ojos de la opinión pública, resulta fundamental en la lucha contra la corrupción.[49]

4º. *Remuneración satisfactoria a empleados públicos*, previa selección de acuerdo con criterios constitucionales de mérito y capacidad.[50]

5º. En conexión con lo hasta aquí dicho, ha de potenciarse el establecimiento de *códigos de conducta para la vida pública* que devuelvan la confianza ciudadana en las instituciones mediante el establecimiento de principios básicos de actuación como son los citados en el Informe Nolan: capacidad de asumir el interés público, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y capacidad de decisión.[51]

---

[48] En la búsqueda de un concepto de *conflicto de intereses*, véase P. García Mexía, *Los conflictos de intereses*…, o. cit., pp. 97 y 98. La recomendación (2000) 10, acerca de los códigos de conducta para los agentes públicos, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de mayo de 2000, incorpora un artículo dedicado en su integridad a los conflictos de intereses (artículo 13). Su apartado primero establece que "un conflicto de intereses nace de una situación en la que un agente público tiene un interés personal que influya o aparente influir sobre el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones públicas". Su apartado segundo consagra una noción amplia de conflicto de intereses, que rebasa lo estrictamente lucrativo, pecuniario o en especie, para abrirse a aspectos en general personales del agente público y que dice así: "El interés personal del agente público engloba toda ventaja para sí mismo/a o a favor de su familia, parientes, amigos y personas allegadas, o de personas u organizaciones con las que tenga o haya tenido relaciones de negocios o políticas. Engloba igualmente toda obligación financiera o civil a la que el agente público esté sujeto" (artículo 13.2). (El texto que manejamos está en francés pero su traducción se puede encontrar en P. García Mexía, *Los conflictos de intereses*…, o. cit.) Merece igualmente destacarse que la OCDE adoptó en junio de 2003 una recomendación que contiene las directrices para gestionar los conflictos de intereses en la Administración Pública (OECD, *Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Sector*), que se puede encontrar en ‹http://www.oecd.org›.

[49] R. Bustos Gisbert, "La corrupción de los gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal", en *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, o. cit., pp. 33-38.

[50] F. Laporta, o. cit., pp. 27-32; N. López Calera, o. cit. pp. 132 y ss.

[51] El Informe Nolan sobre las normas de conducta en la vida pública se encuentra publicado por el INAP: Documentos INAP, nº 9, octubre de 1996. Sobre el Informe Nolan resulta de interés: L. Martín-Retortillo Baquer, "Reflexiones de urgencia sobre el 'Informe Nolan'", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 11, diciembre de 1997, pp. 149-163 y M. Martínez Bargueño, "Ética, corrupción y función pública", en *Actualidad Administrativa*, julio-agosto de 2000, ref. XLV. Con carácter general véase J. González Pérez, *La ética en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 2000, que considera que la corrupción es uno de los más graves atentados a la ética en que puede incurrir un servidor público, aunque no sea el único (p. 35); J. Rodríguez-Arana Muñoz, "La ética en la modernización de las Administraciones Públicas", en *Actualidad Administrativa*, 1999, ref. IX; también de este mismo autor "Los principios éticos en el proyecto de estatuto básico de la función pública", en *Actualidad Administrativa*, nº 38, 1997, ref. LII.

Asimismo, cabe destacar que la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el 12 de diciembre de 1996 la resolución 51/59, titulada "Medidas contra la corrupción", que incluye un Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, y que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) publicó un estudio sobre la ética en el servicio público, que ahonda en la necesidad de acudir a principios éticos de actuación pública que limiten comportamientos corruptos.[52]

6º. *Eliminar la desgravación fiscal que pueda favorecer los sobornos a funcionarios extranjeros*. Este mecanismo proporciona a las empresas exportadoras de esos Estados una ventaja desleal, tanto respecto de los competidores orientados al mercado nacional como respecto de las empresas de otros Estados miembros en los que no se autorice dicha desgravación.[53] La ley estadounidense sobre prácticas corruptas internacionales de 1977 (Foreign Corrupt Practices Act), en conexión con la sección 162, Internal Revenue Code, excluye expresamente a las empresas norteamericanas, así como a cualquiera de sus filiales, la posibilidad de deducir fiscalmente los pagos realizados en calidad de clientes, socios o consumidores a funcionarios de gobiernos extranjeros cuando aquellos sean ilegales.[54] En el mismo sentido se manifestó la recomendación del Consejo de la OCDE relativa a la deducibilidad tributaria de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales de carácter internacional.

A pesar de lo dicho, hay que concluir este apartado afirmando que, tras la recomendación de la OCDE de 1996 y la comunicación de la Comisión de 1997, todos los Estados miembros de la Unión Europea que todavía permitían o toleraban la desgravación fiscal de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros han modificado su legislación con objeto de prohibir esta posibilidad.[55]

7º. *Excluir la participación en procedimientos de contratación pública a aquellos agentes económicos condenados por delitos relacionados con la corrupción.*

La contratación pública es uno de los sectores, llamémosle sensibles, a las prácticas corruptas;[56] es por ello que las medidas preventivas contra la corrupción debe-

---

[52] "El denominado 'déficit de confianza' ha venido alimentado por escándalos muy aireados por los medios de comunicación, que abarcan desde actos indebidos de los funcionarios hasta casos de auténtica corrupción" (OCDE, *La ética en el servicio público. Cuestiones y prácticas actuales*, Ministerio de Administraciones Públicas - Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1997, p. 27).

[53] Comunicación a la Comisión, al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción, COM 97, 192 final, de 21 de mayo de 1997.

[54] Cf. Mª J. Velarde Aramayo, "Corrupción y transparencia en el ámbito financiero internacional", en *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, o. cit., p. 61.

[55] Véase: *Una política común de la UE contra la corrupción*, comunicación de la Comisión, COM 2003, 317 final, de 28 de mayo de 2003, p. 17.

[56] En esta misma idea se manifiestan autores como L. Martín-Retortillo Baquer, "Lo público…", o. cit., p. 82; también R. Rivero Ortega, o. cit., p. 42: "Dada la envergadura del volumen de recursos que se maneja en este sector, y su incidencia sobre el funcionamiento del sistema económico,

rían centrarse, igualmente, en este campo, y no sólo por la importancia económica que este sector tiene para la economía europea (los contratos públicos representan aproximadamente el 14% del PIB de toda la Unión Europea),[57] sino también porque una de las quiebras de la confianza en lo público tiene mucho que ver con la contratación pública.

La vigente normativa europea sobre contratación pública[58] obedece a la idea de establecer unas normas comunes que disciplinen la fase de formación de los contratos públicos —preparación y adjudicación— con el fin de garantizar, así, el respeto a los principios de transparencia, concurrencia y no discriminación que deben regir la institución contractual.

Pues bien, de acuerdo con estos principios —y con la base en el interés público que está presente en todo el proceso de la contratación—, la administración tiene que seleccionar al contratista a través de determinadas actuaciones procedimentales (procedimiento de adjudicación abierto, restringido y negociado), y en virtud de una serie de requisitos de capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar, que determinan la idoneidad de todo licitador que pretende convertirse en contratista de la administración.[59]

Es en el momento de la selección del contratista cuando se produce el mayor número de irregularidades,[60] y debería ser también este el momento en que se regulasen las medidas que permitan la exclusión, en los procedimientos de contratación

---

es indiscutible que estamos ante una pieza básica de la regulación preventiva del 'fantasma de la corrupción'".

[57] Dato extraído del informe presentado por la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo a la propuesta de directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras.

[58] Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (DOCE L, nº 209, de 24 de julio de 1992); directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DOCE L, nº 199, de 9 de agosto de 1993); directiva 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DOCE L, nº 199, de 9 de agosto de 1993).

[59] No nos referimos únicamente a la administración de carácter territorial, sino a todos los poderes adjudicadores obligados al cumplimiento de la normativa contractual.

[60] Ejemplos de lo dicho, en España, los encontramos en el caso *Ollero* y el caso *Urralburu*; sin embargo, por su trascendencia a la opinión pública, el ejemplo más claro es el caso *Roldán* pues, como manifiestan los hechos probados de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1999, durante su mandato como director general de la Guardia Civil adulteró el mecanismo legalmente establecido para la contratación pública de las obras a realizar en dicho organismo, abusando del sistema de adjudicación directa. De esta forma decidía personalmente, con carácter previo a la formalización de los expedientes de contratación, las adjudicaciones de obras de la Guardia Civil, que se convertían en una simple cobertura de una decisión ya adoptada de antemano, exigiendo como contraprestación a las empresas constructoras el pago de una comisión de un tanto por ciento del importe de la adjudicación.

pública, de aquellos agentes económicos que hubieran perpetrado delitos relacionados con prácticas corruptas.[61]

A este respecto debe tenerse en cuenta que las directivas comunitarias sobre contratación pública recogen, bajo el epígrafe "criterios de selección cualitativa": "que podrá ser excluido de la participación en el contrato todo contratista: […] c) que haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que afecte a la moralidad profesional del contratista",[62] lo cual incluye a la corrupción. No obstante, se prevén cambios legislativos en breve, puesto que, entre las directivas en proceso de elaboración se encuentra la propuesta sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras[63] que, además de refundir la legislación comunitaria relativa a la contratación pública en un solo texto,[64] refuerza los instrumentos para combatir la delincuencia organizada, la corrupción y el fraude, al introducir entre los citados criterios de selección cualitativa un nuevo apartado que prevé la exclusión obligatoria, por un periodo de cinco años, de la participación en el contrato de operadores económicos que hayan sido condenados por sentencia firme por determinados tipos delictivos, entre los que se encuentran la participación en una organización delictiva, el fraude, el blanqueo de capitales y también la corrupción.[65, 66]

---

[61] La comunicación COM 97, 192 final, de 21 de mayo de 1997, sobre una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción (p. 10) y el plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo Europeo de 28 de abril de 1997 (DOCE C, nº 251, de 15 de agosto de 1997, apartado 13°) sugerían estas medidas como una de las posibles herramientas preventivas contra la corrupción.

[62] Artículo 29 de la directiva 92/50/CEE; artículo 20 de la directiva 93/36/CEE y artículo 24 de la directiva 93/37/CEE (antes citadas).

[63] Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras, COM (2002) 236 final (DOCE C, nº 203 E, de 27 de agosto de 2002).

[64] A salvo, claro está, de los contratos realizados en los llamados sectores especiales —agua, energía, transportes y servicios postales—, que tienen una regulación independiente en la propuesta de directiva COM (2000) 276 final/2 (DOCE C nº 29 E, de 30 de enero de 2001) y su propuesta modificada COM (2002) 235 final (DOCE C nº 203 E, de 27 de agosto de 2002).

[65] El artículo 46 de la propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras COM (2002) 236 final (DOCE C, nº 203 E, de 27 de agosto de 2002): "Quedará excluido de la participación en un contrato público todo aquel candidato o licitador que haya sido condenado en sentencia firme, de la que tenga conocimiento el poder adjudicador, por uno o varios de los motivos que a continuación se enumeran:

1. Participación en una organización delictiva, tal y como se define en el apartado 1 del artículo 2 de la acción común de 21 de diciembre de 1998.
2. Corrupción, tal y como se define, respectivamente, en el artículo 3 del acto del Consejo de 26 de mayo de 1997 y en el apartado 1 del artículo 3 de la acción común de 22 de diciembre de 1998.
3. Fraude, según el artículo 1 del Convenio Relativo a la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas, establecido por acto del Consejo de 26 de julio de 1995.

También debe destacarse que, con un contenido prácticamente idéntico al que acabamos de señalar, el artículo 93 del reglamento 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas,[67] excluye de la participación en un contrato a aquellos candidatos o licitadores: "e) que hayan sido condenados mediante sentencia firme, con fuerza de cosa juzgada, por fraude, corrupción, participación en una organización delictiva o cualquier otra actividad ilegal que suponga un perjuicio para los intereses financieros de las Comunidades".

Por su parte también, y haciendo una breve referencia a la legislación española sobre contratación pública, el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por real decreto 2/2000, de 16 de junio, recoge una previsión similar en su artículo 20.*a*,[68] cuando prohíbe contratar con las administraciones públicas a quienes hayan "sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de falsedad, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, cohecho, malversación, tráfico de influencias, revelación de se-

---

4. Blanqueo de capitales, tal como se define en el artículo 1 de la directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, modificada por la directiva 2001/97/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de diciembre de 2001.

[66] Por lo que concierne a este tipo de medidas, el Comité de las Regiones considera muy positiva la propuesta de la Comisión para endurecer la lucha contra las actividades delictivas de los operadores económicos, pues en propias palabras del Comité, "no se debe permitir la participación en los procedimientos de adjudicación pública de operadores informales". Dictamen del Comité de las Regiones a la propuesta de directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras (DOCE C, nº 144, de 16 de mayo de 2001).

[67] DOCE L, nº 248, de 16 de septiembre de 2002.

[68] Este real decreto trae origen en la ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. En la elaboración parlamentaria de esta ley —concretamente en el proyecto de ley del año 1992 y después en 1994— se puso de manifiesto, en numerosas ocasiones, la necesidad de garantizar una mayor transparencia en el ámbito de la contratación pública, y así se reconocía que "este proyecto de ley —creo que es algo evidente para todos— debería tener en su frontispicio algo esencial, algo que está hoy en día en la sociedad y que la sociedad reclama de esta Cámara: la lucha contra la corrupción", Baltasar Albesa (BOCG, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, nº 237, de 10 de diciembre de 1992). Hasta tal punto esta afirmación fue cierta, que la doctrina llegó a enumerar la lucha contra la corrupción como uno de los motivos de la ley; véase J. A. Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 2000, p. 192; R. Parada Vázquez, *Derecho administrativo. Parte general*, 13ª ed., Madrid, 2002, p. 270; J. A. Moreno Molina, *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras el RDLeg 2/2000, de 16 de junio*, La Ley, Madrid, 2ª ed., 2000, p. 35; J. A. Rodríguez-Arana Muñoz ("Sobre la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en *La Ley*, 2000-3, Madrid) manifiesta que "el proceso de elaboración y aprobación de esta ley estuvo presidido por la urgencia de adoptar medidas que permitiesen un control más estricto en la contratación pública, bajo la presión de los múltiples casos de corrupción".

cretos, uso de información privilegiada, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores o por delitos relativos al mercado y a los consumidores".

8º. *Establecimiento de listas blancas y negras para identificar empresas, funcionarios, banqueros, abogados u otros profesionales sospechosos o condenados por corrupción*.[69] En relación con la herramienta anterior, la elaboración de estas listas facilitaría la aplicación de medidas tales como las prohibiciones de participación en una licitación pública, de obtención de subvenciones, etcétera. Junto con ello y con carácter general, las empresas involucradas en corrupción deberán soportar medidas confiscatorias de los instrumentos del delito y otras de ganancias ilícitas, publicación de la sentencia condenatoria o difusión de estas noticias en los medios de comunicación.[70]

También se contempla la *negativa de visados*, como ha hecho Estados Unidos respecto de más de treinta funcionarios corruptos de Paraguay, Guatemala y Nicaragua; pero no deja de resultar, si no cínico, cuando menos irónico que en múltiples ocasiones Estados Unidos no haya dejado entrar a personas corruptas pero sí dinero corrupto por medio de banqueros que actúan como cómplices.

9º. *Perfeccionar la exigencia de responsabilidad civil, tanto a servidores públicos como a empresas implicadas en corrupción*.[71] Precisamente, la ya citada Convención Civil sobre la Corrupción, aprobada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999, contempla acciones civiles a los Estados dirigidas a reclamar la indemnización de los daños materiales emergentes, el lucro cesante y los perjuicios morales causados por los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones.

10º. *Reformar el ordenamiento jurídico mercantil a efectos de paliar los fraudes y abusos generalizados aprovechando la "desmaterialización" de las modernas transacciones contemporáneas*, caracterizadas por sustituir el dinero como medio de pago por títulos valores, órdenes electrónicas internacionales (*brokers on line*) que, sin demasiadas exigencias informativas, mueven permanentemente las inversiones y desinversiones de montantes fabulosos, dificultando el origen y seguimiento del di-

---

[69] Como se propuso en la cumbre de Monterrey; dichas listas contenidas en ficheros automatizados públicos, a través de un intercambio de información, con límite del respeto a determinados derechos fundamentales y bajo parámetros de proporcionalidad y subsidiariedad.

[70] En el ámbito penal, el artículo 127 del CP español ha ampliado las medidas de comiso con relación a las ganancias obtenidas de la perpetración de cualquier delito o falta dolosos. La importancia de las medidas de comiso para la lucha contra la delincuencia fue puesta de relieve en el Consejo de Tampere celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999; e incluso en el *Corpus iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la UE se contempla como una pena.

[71] Sobre ello, P. T. Nevado Batalla Moreno, "Responsabilidad de los servidores públicos: rendimiento como garantía a la legalidad de la actuación pública", en *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, o. cit., pp. 45-50. En esta materia, el artículo 146 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ha modificado por la ley 4/1999, de 13 de enero.

nero. Contrarrestar esta situación pasa por la prohibición de los pagarés al portador y del anonimato en el cobro de cheques y órdenes bancarias, así como la obligación de formular cuentas anuales y depositarlas en el Registro Mercantil, previo levantamiento del velo de las personas jurídicas.[72]

11º. *Previsión de medidas legales gubernativas, asistenciales, institucionales de orientación victimológica*, tendentes tanto a paliar los perjuicios causados por episodios de corrupción o extorsión efectiva a los particulares cuanto contribuir a resistir o denunciar tales hechos. Así, la legislación italiana en materia de extorsión y chantajes ejercidos contra comerciantes puso en marcha en 1992 el Fondo de Sostenimiento para las Víctimas de Chantajes, a favor de quienes en el ejercicio de sus negocios se hayan negado a las demandas de dinero o sobornos. También en Estados Unidos se crea en 1990 la New York State Organized Crime Task Force, para evitar la corrupción y coacciones que sufren las empresas de la construcción (amenazas con causar retrasos en las obras, retribución de trabajos que en realidad no se han llevado a cabo, pago de cantidades a sindicatos para que garanticen un desarrollo rápido y sin incidentes de las obras, acuerdos ilegales entre empresas en procesos de adjudicación, etcétera).[73]

12º. *Castigo efectivo a políticos y funcionarios nacionales, extranjeros o internacionales que participan en actos de corrupción*,[74] bajo la idea de que las sanciones impuestas no sólo se cumplan sino que además sean lo suficientemente gravosas para desincentivar al contraste de motivaciones derivado de un cálculo econométrico coste-beneficio.[75] Junto con ello debe estudiarse detenidamente la conveniencia político-criminal de ampliar el círculo de sujetos activos; por ejemplo, en el delito de cohecho, no sólo a funcionarios en sentido estricto sino también a particulares que, aun no siendo formalmente funcionarios, ejercen de hecho funciones públicas en empresas estatales monopólicas; esto está presente muy especialmente en los procesos de privatización material o en la gestión, puesto que en numerosos casos el Estado ostenta de algún modo la gestión, el control, la supervisión de un servicio público prestado por una empresa privada por me-

---

[72] F. Carbajo Cascón, "Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción", en *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, o. cit., pp. 55-60.

[73] Sobre ello, M. Papa, "La nouvelle législation italienne en matière de criminalité organisée", en *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 1993, p. 737; y H. J. Schneider, "Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1993, p. 736.

[74] Con una referencia expresa, véase el artículo 19 del Convenio ONU Anticorrupción. Alguna corriente doctrinal apuesta por la conveniencia político-criminal de exasperar la responsabilidad criminal en esta materia, anticipando la incriminación al denominado ámbito previo, equiparación punitiva de la tentativa y la consumación, e incluso mantener un concepto unitario de autor a efectos punibles.

[75] Sobre este particular, G. Peces Barba, o. cit. p. 27: "[…] el cálculo de costes en estos supuestos ha sido favorable a los que se han arriesgado a hacer la corrupción. En otros casos, hay bajas posibilidades de sanción, y en otros sanciones muy pequeñas". (Véase *supra*, nota 23.)

dio de conciertos, concesiones o arrendamientos;[76] por eso estos procesos quizás merezcan la necesidad de una adaptación del derecho penal. Incluso se ha contemplado la figura del cohecho en el sector privado.[77]

En esta dirección se ha pronunciado la OCDE en el Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de 21 de noviembre de 1997,[78] cuyo acierto más sobresaliente reside en la importancia de colmar una laguna generalizada en las legislaciones penales nacionales (así como en la Convención General de la UE relativa a la Lucha contra la Corrupción en la que están implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la UE (DOCE C, nº 195, de 25 de junio de 1997), en orden a proteger intereses financieros de las Comunidades Europeas así como en el sector privado, al sancionar ahora la corrupción de agentes o funcionarios públicos de otros Estados o de organizaciones internacionales, puesto que numerosos fondos comunitarios destinados a la cooperación internacional o a la ayuda al desarrollo son administrados por funcionarios de terceros Estados o incluso de ONG.[79] La adhesión de España a esta normativa el 30 de noviembre de 1999 obligó a introducir en el Código Penal, por medio de LO 3/2000, de 11 de enero, el artículo 445 *bis* que tipifica el delito de corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Desde luego, puede contribuir a una aproximación de las distintas legislaciones y resolver problemas de doble incriminación en asuntos de extradición.[80]

---

[76] I. Valeije Álvarez, "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 62, 1997, pp. 471 y ss.

[77] La ley portuguesa 108/2001, de 28 de noviembre, modificó el Código Penal en materia de tráfico de influencias y corrupción, creando dos nuevos tipos penales —corrupción penal y corrupción administrativa— "en el sector privado" (artículos 41, B y C). Sin embargo, como señala A. Nieto Martín, aún resulta extraño para nuestro derecho penal tradicional tipificar la figura de la corrupción privada; cf. "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado)", *Revista Penal*, nº 10, 2002, pp. 55 y ss. Apunta este autor que el derecho comparado aborda esta problemática desde la óptica del derecho del trabajo y con relación a la tutela de la competencia desleal, con una finalidad preventivo-general de sancionar los comportamientos perjudiciales y las ineficiencias económicas generadas en el mercado para los administrados o consumidores. Pero, a su juicio, la simple eficiencia del mercado o las reglas de la buena fe que deben presidir las relaciones comerciales no alcanzan el suficiente grado de importancia para ser bienes jurídico-penales (p. 56-59). Sobre esta materia, recientemente, J. L. de la Cuesta Arzamendi e I. Blanco Cordero, "Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales", en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 9-31.

[78] En vigor desde el 15 de febrero de 2002.

[79] Carrera Hernández, "La persecución penal de la corrupción de la UE", en *Cooperación Jurídica Internacional*, o. cit., p. 216. Este avance es contemplado también, con acierto, por la Convención Penal contra la Corrupción, en el seno del Consejo de Europa de 1999.

[80] En 1999, el FMI recogió el llamado Código de Buenas Prácticas de Transparencia en Política Monetaria y de Funcionarios.

2. *Medidas educativas, culturales y pedagógicas*

Con una simple ojeada a la realidad actual, cualquier profano en la materia calificaría a las medidas legales de orden administrativo y penal tan necesarias como insuficientes para acabar con la lacra de la corrupción. Consecuentemente, además de las actuaciones legislativas, se hace necesario *potenciar la implicación de la sociedad civil y estimular a los ciudadanos a la práctica de comportamientos propios de una ética valorativa, solidaria o comunitaria*, insistiendo en terapias públicas pedagógicas, campañas educativas y de concienciación social e interiorización en valores de honradez, sin descuidar el difícil aspecto de la redistribución de oportunidades sociales.[81] Todo ello, además, servirá para legitimar el sistema democrático y los principios que lo sustentan.

Estas estrategias resultan muy interesantes si tenemos en cuenta la íntima vinculación que mantienen las prácticas corruptas con las concepciones culturales y las valoraciones geoantropológicas en una comunidad y un tiempo histórico determinados; dicha conexión ha sido uno de los signos más característicos que han rodeado a las diversas mafias italianas, a las tríadas chinas o a los cárteles colombianos de narcotraficantes.

La presión de la opinión pública puede servir también de adecuado control social informal para la exigencia de responsabilidades políticas, en orden a que las actuaciones de nuestros representantes estén presididas por la legalidad y, en definitiva, para alcanzar una "moralización común de la vida política", una democratización material, realmente vivida, sin necesidad de mayores amenazas normativas.[82] Una clase dirigente ejemplar es un buen espejo de referencia sobre el que se pueden reflejar códigos morales de actuación, consistentes a veces en imágenes muy simples pero, al mismo tiempo, muy plásticas: no asignarse dietas desproporcionadas, ni costear con fondos públicos estancias de lujo asiático para celebrar una reunión de trabajo, no abusar del uso de coches o residencias oficiales para pasar las vacaciones familiares, etcétera.

Este mismo esquema de remoralización de la sociedad civil como antídoto frente a la corrupción puede trasladarse a distintos sectores profesionales, de la economía privada y empresarial, asumiendo voluntariamente la adopción de medidas corporativas de autorregulación,[83] códigos éticos de autocontrol con la participación de agentes

---

[81] El artículo 3 de la Convención Interamericana Anticorrupción de 1996 alude a fortalecer el "correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas".

[82] N. López Calera, o. cit., p. 126; esta sección de su trabajo se titula "Menos corrupción: la democratización no jurídica".

[83] A. Cortina Orts, "Ética de la sociedad civil ¿un antídoto contra la corrupción?, en *La corrupción política*, o. cit., pp. 253 y ss., especialmente p. 264; también de esta misma autora, "La regeneración moral de la sociedad y de la vida política", en *Corrupción y ética*, o. cit., p. 35: "Si los ciudadanos no nos convencemos de que hay determinados modos de conducta que valen la pena por sí mismos […] no hay leyes, controles y sanciones en el mundo capaces de resolver el problema".

privados y representantes estatales, basados en el principio de lealtad, confianza y respeto a las normas del mercado, y una actuación transparente que evite además empañar el prestigio y la imagen de un determinado sector.

3. Medidas de orden procesal-penal: aproximación de las legislaciones de los distintos Estados e intensificación de la cooperación judicial y policial

1º. *Revisión de las estructuras del derecho penal y procesal clásico.* La lucha contra la delincuencia contemporánea sitúa al derecho penal ante importantes desafíos, frente a los cuales los instrumentos clásicos de neutralización del delito aparentan un cierto carácter obsoleto. Sin embargo, con el pretexto de conseguir una mayor eficacia (en numerosas ocasiones más ficticia que real), los últimos tiempos son testigos de una excesiva expansión penal que redunda en una peligrosa injerencia en las libertades fundamentales de los ciudadanos. Frente a ello hemos de abandonar posiciones unilaterales a favor de planteamientos que concilien las tendencias preventivistas y garantistas; en cualquier caso, no podemos aceptar los intentos de colmar un déficit de seguridad con un déficit democrático, a diferencia, precisamente, del talante exageradamente autoritario y represivo de algunas reformas procesal-penales promulgadas en el derecho comparado a partir de las décadas de los años ochenta y noventa; por ejemplo, se han producido profundas revisiones sectoriales del modelo de persecución penal tradicional dando entrada, en el fondo, a un procedimiento excepcional cuando el objetivo se dirige a desmantelar tupidas redes de corrupción.[84] Se intenta de este modo facilitar la investigación, el esclarecimiento y castigo de esta fenomenología criminal novedosa, enormemente compleja y con entramados internacionales que hacen casi inaccesible la averiguación del crimen y de sus autores, lo que obliga a recurrir a cualesquiera de las modernas técnicas de obtención de pruebas: interceptaciones de comunicaciones, cámaras de videovigilancia, entrega vigilada de droga, la figura del agente encubierto y provocador, etcétera.[85]

2º. *Revisión del principio de territorialidad y coordinación en el ámbito internacional de una eficaz persecución de delitos cometidos en el extranjero o de delincuentes refugiados en terceros países.* De acuerdo con este planteamiento se han ratificado diversos convenios sobre procedimiento de extradición: el simplificado de 1995 y el europeo, firmado en Dublín en 1996, que tratan de atenuar la contradicción existente entre la idea permanente de potenciar un espacio europeo sin fronteras físi-

---

[84] Manifestaciones de esta índole, que permiten intervenciones ante meras sospechas o débiles presunciones, se han observado en la legislación antimafia italiana desde 1982, en Alemania desde 1992 (en normas para la lucha contra el delito) y, de forma muy radical, algunos decretos presidenciales en Rusia desde 1994, que conceden enormes prerrogativas a los órganos policiales, sin control judicial, ante simples sospechas de pertenencia a una banda criminal.

[85] Sobre ello véase P. M. Rohe, *Verdeckte Informationsgewinnung mit technischen Hilfsmitteln zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität. Zugleich eine rechtsvergleichende Analyse der polizeilichen Abhörbefugnisse in den USA*, Fráncfort del Main, 1998.

cas ni técnicas y seguir manteniendo los inconvenientes y las limitaciones que presenta el principio de territorialidad, al menos en lo que supone de freno para la creación del tan ansiado "espacio judicial europeo", contemplado además en el título VI del Tratado de Ámsterdam, sobre la base de su artículo 29.

Un paso interesante en esta dirección lo constituye el mandato europeo de detención y entrega —conocido coloquialmente como Euroorden—, aprobado por el Consejo de Europa el 13 de junio de 2002,[86] que será plenamente efectivo a partir del 1 de enero de 2004, si bien una serie de países, entre los que se encuentran España, Alemania, Reino Unido, Portugal, Bélgica o Luxemburgo, adelantaron un año su entrada en vigor.[87] La Euroorden descansa sobre un procedimiento simplificado de entrega, basado en la confianza recíproca entre autoridades judiciales respecto de condenados o procesados pertenecientes a alguno de los Estados miembros; tendrá un ámbito de aplicación de más de 32 infracciones penales consideradas graves o muy graves, castigadas con penas superiores a tres años de prisión; delitos de corrupción, fraude, blanqueo, extorsión de fondos, sobornos, estafa e inmigración clandestina, entre otras.[88]

Precisamente, también con el apoyo que permite el artículo 29 del Tratado de Ámsterdam, con vistas a reforzar la cooperación judicial y policial en relación con tales delitos, perseguidos ahora por la Europol, y dado que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas carece de competencias penales, en el Consejo de Tampere, en el marco del Programa Eurojust,[89] se ha propuesto crear la figura de un procurador general europeo independiente, que tenga facultades para instar la apertura de procedimientos penales y que actúe coordinadamente con jueces, fiscales y policías de cada Estado miembro.[90] Las conclusiones de dicho Consejo de Tampere aprobaron, asimismo, modernizar los métodos de persecución, consagrar el reconocimiento mutuo de sentencias, flexibilizar las normas de extradición, suprimir el principio de doble incriminación (artículo 77) y el de una magnitud determinada mínima de la pena a partir de la cual se permita la entrega del extraditable.

---

[86] Se trata de la decisión marco del Consejo de la Unión Europea 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE L, nº 190, de 18 de julio de 2002).

[87] Por lo que se refiere a España, se han dictado dos leyes para dar cumplimiento a las obligaciones que establece la citada decisión marco; así, la ley orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega, y la ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega (BOE nº 65, de 17 de marzo de 2003), que entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE.

[88] Sobre ello, véase recientemente el volumen monográfico J. C. Ferré Olivé (ed.), *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, vol. IV, Salamanca, 2003.

[89] Creado definitivamente en el Consejo JAI el 28 de febrero de 2002 "para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia".

[90] La potenciación del papel que ha de jugar un ministerio fiscal a nivel nacional y europeo totalmente independiente del poder político es una medida muy recomendable en la lucha contra la corrupción; en este sentido, J. C. Ferré Olivé, "Corrupción y fraude de subvenciones", en ídem, *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, Salamanca, 2002, p. 18.

3º. *Articular medidas de protección de personas que denuncian casos de corrupción y determinar la obligación de denunciar el conocimiento de estos hechos.* De forma acertada, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, a la vista de los resultados positivos que tales programas han tenido en el derecho comparado, contempla la figura del testigo protegido en su artículo 32.[91] La finalidad general que anima esta normativa consiste en asegurar el anonimato de las declaraciones, establecer medidas de protección personal y familiar, cambio de identidades, retribuciones económicas, exención del cumplimiento de obligaciones penales y civiles, etcétera.

4º *Potenciar los beneficios penológicos que permiten las figuras del arrepentimiento activo, causas personales de levantamiento de la pena o las excusas absolutorias a favor de quien denuncia hechos de corrupción.*[92] Estas figuras dogmáticas están animadas por consideraciones fundamentalmente utilitarias y de oportunidad,[93] pues no hay duda del importante papel que puede desempeñar el arrepentido que colabora eficazmente con la administración de justicia para esclarecer delitos cometidos o prevenir otros planeados en el futuro y desarticular así el entramado de redes ilegales.[94]

---

[91] En España, además de castigar en el artículo 464 del CP el empleo de violencia o intimidación para influir directa o indirectamente en testigos, abogados, procuradores, peritos o intérpretes, se ha promulgado en 1984 la ley de protección de testigos y peritos en causas criminales. El Consejo de Europa desde 1994 ha adoptado alguna decisión en este sentido, al igual que la resolución no vinculante de la UE en 1995 "relativa a la protección de testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia internacional organizada". En Estados Unidos se estima que unos diez mil criminales han sido condenados por los testimonios manifestados por estos testigos especialmente protegidos, comparativamente el doble de sentencias condenatorias que las dictadas en procesos análogos sin el régimen del sistema de protección de testigos. Con más amplitud, véase Iglesias Río, "Panorámica comparativa que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad", en *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*, o. cit., esp. pp. 119 y ss.

[92] Contemplado en la Convención Interamericana Anticorrupción de 1996; en la comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento de 21 de mayo de 1997 y en la Convención Civil contra la Corrupción de 1999, aprobada por el Consejo de Europa.

[93] Y, precisamente, esta es la razón por la cual critica el Prof. F. Muñoz Conde que la búsqueda unilateral de eficacia "puede llevar a convertir la política de cualquier Estado en un puro pragmatismo y, finalmente, en una cuestión de oportunismo político", que se compadece mal con el principio de legalidad, cf. F. Gutiérrez-Alviz Conradi (dir.), "Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada", en *La criminalidad organizada ante la justicia*, Sevilla, 1996, pp. 144-147.

[94] Los códigos penales europeos no ofrecen un tratamiento sistemático de estas figuras; únicamente mantienen disposiciones tradicionales, salpicadas a lo largo de la parte general (arrepentimiento espontáneo, desistimiento voluntario en la tentativa, reparación del daño, etcétera) y en algunos delitos de la parte especial (delitos contra la salud pública, contra la administración pública, contra el medio ambiente, etcétera). En Italia, el comportamiento de los *pentiti* ha merecido importantes beneficios legales penológicos (sintetizados en el *iter*: prisión provisional para "hacer hablar"-arresto domiciliario-puesta en libertad), aunque sus declaraciones no hayan sido eficaces, o lo hayan sido sólo apenas, para la obtención de pruebas en la lucha antimafia, siempre que demuestren haber roto con la asociación criminal. Estas medidas contribuyeron a partir de 1992 a detener a más de quinientas personas implicadas en organizaciones mafiosas, en torno al denominado proceso Tangentopoli, encabezado por los magistrados milaneses *Mani Pulite* (cf. P. L. Zanchetta, *Tangentopoli*); asimismo, cabe

5º. *Inversión de la carga de la prueba y medidas antiblanqueo de capitales.* La mayoría de los países miembros de la Unión Europea han tipificado el delito de blanqueo de capitales a lo largo de la década de los años noventa;[95] incluso han anticipado el ámbito de incriminación a las denominadas formas de resolución manifestada, actos preparatorios de provocación, conspiración y proposición para delinquir, como dispone el artículo 304 del Código Penal español.

El blanqueo de capitales constituye uno de los métodos más característicos destinados a transparentar los ingentes beneficios económicos obtenidos de las prácticas corruptas.[96] Las libertades de movimientos de capitales en el marco de la UE y la posibilidad de rápidas transacciones bancarias electrónicas en el ámbito internacional acrecientan el problema y dificultan al mismo tiempo su persecución. Las estrategias de blanqueo permiten al grupo criminal infiltrarse en los circuitos económicos con apariencia de total legalidad. Pero, precisamente, esta necesidad de regularizar los importantes rendimientos delictivos abre el camino para rastrear el itinerario de su salida y llegada; se convierte en su punto débil, en su talón de Aquiles.[97]

La Unión Europea inició en 1991 una decidida campaña de persecución antiblanqueo después de la aprobación de la directiva del Consejo de las Comunidades Europeas "sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales", modificada parcialmente por la directiva 2001/97/CE con fecha de 4 de diciembre de 2001.[98] Además del levantamiento del secreto bancario, autoriza el ac-

---

citar en Italia la ley 13 de febrero de 2001 de "*reforma della disziplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di colaro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza"*; sobre ello, véase la monografía *Sequestro. Animafia e Amministrazione Giudiziaria*. *Consoglio Nazionale di Dottori Commerzialisti*, Milán, 2002; "Entre perspectivas políticas y soluciones judiciales", *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, P. Andrés Ibáñez, Madrid, 1996, pp. 85-86.

A nivel comunitario, después de algunos intentos fracasados anteriores, la presidencia italiana consiguió aprobar en 1996 la resolución del Consejo relativa a los colaboradores con la justicia en el marco de la lucha contra el crimen organizado (DOCE C, nº 10, 11 de enero de 1997), tratando de crear un estatus particular a favor de los "colaboradores", consistente fundamentalmente en la "posibilidad de no ser perseguidos o condenados, beneficiarse de reducciones de penas o tener un acceso prioritario a la libertad condicional". Estas estrategias no representan, desde luego, una solución milagrosa porque la confesión sólo es un elemento más de prueba, pero por sí sola no se convierte en un medio probatorio definitivo.

[95] Estados Unidos inició ya en 1970 las primeras versiones en este sentido a través de la legislación RICO (Racketeer Influencied and Corrupt Organizations Act).

[96] Las cifras que manejan las distintas fuentes consultadas no son verdaderamente coincidentes. La valoración del Fondo de Garantía Internacional en 1997 indica que la criminalidad organizada en sentido amplio mueve una economía anual entre 450 y 750 miles de millones de dólares que necesitan ser blanqueados. La mafia italiana lavó anualmente entre 21 y 24 billones de dólares desde 1990.

[97] K. Kottke, *Schwarzgeld– was tun?*, Friburgo-Berlín-Múnich, 1997, pássim.

[98] Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DOCE L, nº 344, de 28 de diciembre).

ceso a cuentas corrientes y determina la obligación bancaria de comunicar aquellas operaciones sospechosas de blanqueo o de identificación de estos clientes.[99] Después de la modificación de 2001, tales deberes se amplían a otras determinadas actividades y profesiones no estrictamente financieras que se consideran "vulnerables" a las pretensiones de los blanqueadores de capitales; entre ellas se incluyen interventores de cuentas, agencias inmobiliarias, notarios, profesionales del derecho que efectúan operaciones financieras, asesores fiscales, tratantes de piedras y metales preciosos, marchantes de arte, transportistas de fondos o gerentes de casinos. Estas directivas catalogan asimismo indicadores que fundan la sospecha en el blanqueo de dinero, la clase de documentos y el tiempo que han de conservarse, así como el modo de acceso central a las informaciones.[100]

Uno de los mayores problemas que entraña la persecución del delito de blanqueo de capitales y del opaco entramado que rodea a la corrupción en general reside en su elevada dificultad probatoria. Para paliar esta situación y con una perspectiva unilateral de búsqueda de eficacia, son numerosos los ejemplos legislativos recientes que contemplan la inversión de la carga de la prueba o la introducción de presunciones de culpabilidad ante vagas sospechas o indicios no muy sólidos que naturalmente menoscaban el principio de culpabilidad y de presunción de inocencia;[101] se ha producido así el abandono de algunos de los postulados garantistas que tradicionalmente se venían considerando incuestionables, descalificados ahora por ser excesivamente formalistas y hacer impotente al proceso penal en materia de lucha anticorrupción,[102]

---

[99] Sobre la conveniencia de establecer imperativamente deberes de información, precontractuales o posconctractuales, en el ámbito de las relaciones de derecho privado, véase J. R. García Vicente, "Corrupción y derecho privado: notas generales", en *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, o. cit., pp. 51-54.

[100] En esta materia, resulta sobradamente conocida la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, de 1988, que contempla medidas de comiso, asistencia judicial recíproca y prohíbe la invocación del secreto bancario; en una línea análoga discurre la Convención del Consejo de Europa sobre el Blanqueo, Identificación y Comiso de los Efectos Económicos Derivados del Delito, de 1990, incriminando incluso modalidades imprudentes respecto de quien debería haber presumido que los bienes sospechosos tenían origen delictivo. Se recoge igualmente en el artículo 16 de la Convención Interamericana Anticorrupción de 1996.

[101] Por esta razón reconoce H. C. Schaefer que las propuestas de inversión de la carga de la prueba, aunque puedan ser eficaces, "los dogmáticos lo verán como un pecado mortal procesal-penal", cf. "Organisierte Kriminalität aus Sicht der Justiz. Die unterschiedlichen Rollen von Polizei und Justiz in unserem rechtsstaatlichen Verfahrenssystem", en *Kriminalistik*, 1997, nº 11, p. 30; H. Risch, "Europa und die innere Sicherheit. Ergebnisse eines Forschungsprojektes", en *Kriminalistik*, 1997-2, p. 84, en relación con la interceptación de las "ganancias ilegales"; por su parte, K. H. Lenhard considera "imprescindible" legislar en este sentido para hacer frente a la nueva criminalidad, cf. "Est ist fünf vor zwölf. Zur Organisierten Kriminalität und ihrer wirksamen Bekämpfung", en *Kriminalistik*, 1989, nº 4, p. 196.

[102] Algunas críticas sobre ello en H. J. Albrecht "Organisierte Kriminalität und neuere Strafprozessreformen in Deutschland", A. Eser (ed.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden Baden, 1998, pp. 311 y ss.

a costa, claro está, de hacer "saltar determinados dogmatismos en nombre de un rudo empirismo".[103]

Con un carácter abierto y meramente ejemplificativo pero suficientemente ilustrativo de esta tendencia, baste mencionar el contenido del artículo 28 del Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción, que dispone que "el conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas" (prueba de indicios); entre los delitos a los que se refiere el Convenio se encuentra recogido, en su artículo 23, el blanqueo del producto del delito.

Otra de las novedades del Convenio se dirige a la creación del "delito de enriquecimiento injusto", obligando al funcionario público, agente de la autoridad o al particular a que demuestre que los regalos u otros efectos recibidos no guardaban ninguna relación con el desempeño de su función, así como a aportar una explicación convincente del origen lícito del espectacular incremento de su patrimonio, cuando fuera el caso.[104] En el ámbito interno europeo, una presunción de esta naturaleza ha sido incorporada recientemente al derecho portugués por ley 5/2000, de 5 de enero;[105] destaca también una ley francesa antiblanqueo de 1996, cuyo contenido se ha reflejado en el nuevo artículo 222-39-1 del CP, tipificando la imposibilidad de demostrar su elevado tren de vida respecto de sujetos relacionados con el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales (disposición análoga a la que ya existía en el ámbito del proxenetismo).

VI. Recapitulación

Apuntadas todas estas posibilidades alternativas de lucha contra la corrupción, comienzan verdaderamente los problemas para su inmediata y eficaz aplicación prác-

---

[103] E. Fassone, "La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada", *64 CPC*, 1997, pp. 117-118. También, M. Papa, "La nouvelle législation italienne en matière de criminalité organisée", en *RSCDPC*, 1993, pp. 726-734.

[104] En concreto, su artículo 20 castiga como enriquecimiento ilícito "el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él". Una variante complementaria a esta fórmula era la propuesta por la Delegación de Filipinas: "En estos casos se presumirá que esos bienes se han adquirido ilícitamente". Una figura entendida en términos similares se ha incorporado al ordenamiento argentino por la ley 16.648, así como también en la legislación de Costa Rica, Colombia o Chile, respecto del castigo a funcionarios y empleados públicos en caso de imposibilidad de demostrar la procedencia del enriquecimiento después de acceder a su cargo; cf. Ferré Olivé, "Corrupción y fraude…", o. cit., pp. 19-20; y, con gran amplitud informativa, la panorámica que ofrece la *Revista Penal*, nº 3, 1999, pp. 127 y ss.

[105] Sobre ello, véase E. Damaso Simóes, "Principais instrumentos legislativos para a prevenção e represão da fraude e da corrupção en Portugal", en *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, o. cit., p. 178. También la legislación italiana ha experimentado recientes procesos de reforma a través de la ley nº 409, de 23 de noviembre de 2001, y el decreto ley antiblanqueo, de 22 de febrero de 2002.

tica. De un lado, porque se trata de fenomenologías criminales relativamente novedosas que plantean importantes desafíos a los instrumentos tradicionales de persecución del delito. De otro lado, porque nuestra moderna sociedad globalizada y del riesgo padece una criminalidad igualmente globalizada a la que hay que hacer frente con medidas de cooperación internacional y de naturaleza multidisciplinar en diversos frentes, sin descartar las tendentes a una sensibilización cultural y de educación ciudadana en valores ético-sociales de honradez y de respeto a la ley.

Este panorama se ha traducido en una preocupante expansión del derecho penal y en una transformación profunda de los criterios clásicos de imputación procesal-penal, acentuando unilateralmente finalidades preventivas y de eficacia que tienen las connotaciones propias de una legislación de excepción, con el correlativo menoscabo del respeto a derechos fundamentales indeclinables en el contexto material de un Estado de Derecho. Las actuaciones deberán estar presididas, por tanto, por criterios de subsidiariedad y proporcionalidad frente a cualquier generalización indiscriminada de tipificación de conductas. En definitiva, el objetivo reside en el punto de equilibrio razonable entre la prevención y la garantía, dado que el derecho penal no puede concebirse sólo como un instrumento represor, sino también como protector de libertades individuales.

Sin embargo, la compleja sociedad contemporánea no sólo está amenazada frente a posibles tentaciones abusivas o arbitrarias procedentes de las instancias públicas, en el sentido liberal decimonónico, sino que también existen fuentes de peligro enormemente desestabilizadoras y potencialmente amenazantes para derechos y libertades públicas e individuales que proceden de las grandes multinacionales, mayorías ideológicas de gran influencia, mafias macrocriminales que controlan la vida sociopolítica y económica en determinados espacios territoriales, etcétera. Esta situación se identifica recientemente con la expresión “soberano privado supraestatal”, que opera, de hecho, como una más de las fuentes formalizadas de poder y que obliga quizás a un replanteamiento de los postulados ilustrados y de los parámetros que enjuician las formas de legitimación en la intervención estatal; el coste pasaría por hacer compatible la renuncia a una pequeña parcela de autonomía o libertad individual en favor de una protección del Estado, como mal menor ante el mayor precio que quizás habría que saldar frente a los grupos criminales organizados.

VII. Derecho de la integración

- *Ricardo Vigil Toledo (Ecuador)*
  La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia
  de la Comunidad Andina

- *César Montaño Galarza (Ecuador)*
  Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación
  del poder tributario del Estado

- *Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua)*
  El proceso de integración centroamericana y la globalización

- *Kurt Riechenberg (Luxemburgo)*
  El proceso prejudicial en la Unión Europea

Ricardo Vigil Toledo (Ecuador) *

La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

I. Antecedentes

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina fue creado por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela el 28 de mayo de 1979 en la ciudad de Cartagena de Indias (Colombia). Se rige por su Tratado de Creación, por su Estatuto, sus protocolos modificatorios y por el propio Acuerdo de Cartagena. Entró en vigencia el 19 de mayo de 1983, y el 2 de enero de 1984 inició sus actividades.

Como lo indica el artículo 4 de su Estatuto:

> El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros.
>
> El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino.

Su misión es controlar la legalidad de las normas comunitarias, dirimir las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los países miembros e interpretar los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo. Ejerce jurisdicción en los cinco países miembros dentro del marco de competencias establecidas en el propio ordenamiento jurídico comunitario.

Su estructura fue inspirada en el Tratado de Creación del Tribunal de las Comunidades Europeas, que constituye un modelo de referencia constante. Como aquél, sus atribuciones fueron originalmente la *acción de nulidad*, la *acción de incumplimiento* y la *interpretación prejudicial*, a las que posteriormente se añadió, mediante un protocolo modificatorio, el *recurso por omisión o inactividad*, la *función arbitral*

---

* Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Esta ponencia fue presentada en el seminario "La consulta prejudicial" en la Corte Centroamericana de Justicia, Nicaragua, 6 y 7 de febrero del 2003, y Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 10 y 11 de febrero del 2003.

y la *jurisdicción laboral*.[1] Estas tres últimas atribuciones, empero, no se han plasmado aún en acciones que hayan llegado a conocimiento del Tribunal.[2]

Con ocasión de la firma del Tratado, los presidentes manifestaron que, con la creación de la función jurisdiccional, el Acuerdo de Cartagena alcanzaba su plenitud institucional, su propia autonomía y la permanencia de sus objetivos, órganos y mecanismos. Añadieron que la creación del Tribunal representaba la más clara manifestación de la voluntad indeclinable de respetar y cumplir las obligaciones y responsabilidades soberanamente asumidas, así como de la irreversibilidad de la integración subregional.

II. La interpretación prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

La *interpretación prejudicial* es aquella atribución del Tribunal:

> […] por medio de la cual le corresponde interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en cada uno de los Países Miembros. Se cumple mediante consulta que deben formular al Tribunal los jueces nacionales cuando tengan que aplicar normas del ordenamiento comunitario en un proceso interno.[3]

Las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena son: el propio Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las decisiones de la Comisión, las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Es así, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tiene facultades para interpretar tanto el derecho comunitario primario —constituido en este caso por el Tratado del Acuerdo de Integración Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena y el Tratado que crea al Tribunal, que son los tratados marcos u originarios, con todos sus protocolos modificatorios e instrumentos adicionales— como el derecho comunitario derivado, es decir, los actos normativos emitidos por los distintos órganos comunitarios competentes en el marco del Acuerdo. Nos referimos entonces a las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y a las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Éste es un mecanismo de cooperación judicial por el cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, en el orden de sus propias competencias, son llamados

---

[1] Estas atribuciones y sus procedimientos se encuentran desarrollados tanto en el Tratado de Creación como en su Estatuto.

[2] Salvo la jurisdicción laboral en un caso en el que el Tribunal por auto de 20 de febrero del 2001 se inhibió de pronunciarse en el proceso 56-DL-2001 del 3 de agosto del 2001.

[3] Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina artículo 32. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 121.

a contribuir directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión. Se trata de asegurar una aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del derecho comunitario por parte de los jueces nacionales, en colaboración con los jueces comunitarios.

Mediante la consulta prejudicial se establece un mecanismo de cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los órganos jurisdiccionales de los países miembros, convirtiendo a estos últimos, de manera automática, en jueces comunitarios.[4]

Como anota el magistrado W. E. Haak, de la Corte Suprema de Holanda:

> [El derecho comunitario es] un derecho *interno* que los Estados miembros tienen en común más que un derecho que se aplica *entre* los Estados miembros. En este sentido los ordenamientos jurídicos comunitario y nacional no se pueden distinguir, ya que, como lo ha señalado en más de una ocasión el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tanto dicho Tribunal como el Juez nacional actúan en un único y mismo sistema jurídico y ambos como jueces comunitarios.[5]

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha descrito el procedimiento de la consulta prejudicial como:

> [un modo de] cooperación jurisdiccional [...] mediante el cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, dentro de los límites de sus propias competencias, han de colaborar directa y recíprocamente en la elaboración de una resolución, para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembros.[6]

Definida en estos parámetros, la interpretación prejudicial es una atribución privativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez nacional no puede realizarla porque, aun cuando es una norma de derecho interno, es una norma de derecho comunitario. El Tribunal interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y al juez nacional le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno. En palabras del propio Tribunal:

> La función del Tribunal comunitario en estos casos, es la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir, buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia.[7]

Con la interpretación prejudicial no se pretende unificar las legislaciones internas de los países miembros, sino coadyuvar a que éstos tengan una visión compartida de lo que quiso decir el legislador andino al crear la norma comunitaria, y que ésta, en consecuencia, tenga una aplicación uniforme en todos los países miembros.

---

[4] Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tomo III, proceso 6-IP-1994, caso *Louis Vuiton*.

[5] W. E. Haak, "El reparto de funciones entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales. La remisión prejudicial", en *Coloquio sobre la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales*, Luxemburgo, 3 de diciembre de 2002.

[6] TJCE, sentencia de 1 de diciembre de 1965, caso *Schwarse* 16/65, Rec. P. 1082.

[7] TJCA, sentencia de 3 de setiembre de 1999, en proceso 30-IP-99, caso *Denim*.

La importancia del mecanismo radica en el hecho mismo de la naturaleza compleja de la normativa comunitaria, que conlleva implicaciones no sólo económicas, laborales y sociales, sino que trae implícita la necesidad de que sea interpretada y aplicada de manera uniforme para asegurar así su unidad y supranacionalidad, que son las características esenciales del derecho comunitario.

Escribe Fernando Uribe Restrepo, al referirse a la importancia de la interpretación prejudicial:

> El nuevo derecho comunitario o de la integración, el cual implica un orden normativo común para varios países distintos entre sí en idiosincrasia, cultura y tradición jurídica, y aun en el mismo manejo del idioma, y en cuanto a la propia organización jurisdiccional y a los diferentes procedimientos establecidos, no tendría ninguna posibilidad de funcionar adecuadamente si no fuera por el mecanismo de la interpretación prejudicial. [8]

Asimilando la interpretación prejudicial del Tribunal de la Comunidad Andina con la cuestión prejudicial en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al referirse a la importancia y finalidad de ésta última el profesor Carlos Molina dice:

> La finalidad del procedimiento de reenvío prejudicial consiste, por un lado, en el control indirecto de la legalidad comunitaria, permitiendo la uniformidad de interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario por parte de todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y por otro en la colaboración entre los Tribunales nacionales y el órgano jurisdiccional comunitario europeo, con el objeto de asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados Miembros. [9]

El propio Tribunal, dentro del proceso 1-IP-87, ha señalado:

> Es función básica de este Tribunal, indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, la de interpretar sus normas a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros. [10]

III. Efectos de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El artículo 34 del Tratado del Tribunal señala:

> En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho

---

[8] Fernando Uribe Restrepo, *La interpretación prejudicial en el derecho andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1993, p. 19.

[9] Carlos Molina del Pozo, *Procedimiento y recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987, p. 110.

[10] Proceso 1-IP-87, GOAC nº 28 de 15 de febrero de 1988, marca *Volvo*.

> nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ella sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

Es decir que la interpretación del Tribunal rige sólo para el caso *sub judice*, lo cual significa que los jueces deben solicitar la interpretación para cada caso, aun cuando tengan convencimiento de que la norma es clara y pese a los precedentes jurisprudenciales sobre la misma materia. En este sentido el Tribunal Andino comparte la percepción del Tribunal de las Comunidades Europeas. [11]

En la interpretación prejudicial el Tribunal no entra a analizar el contenido del derecho interno; únicamente se pronuncia sobre la inteligencia de la norma comunitaria y cómo debe ser entendida en el caso concreto. Ello impone límites a la labor del juez comunitario en el ejercicio de la interpretación prejudicial, que pueden resumirse de la manera siguiente:

a. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no puede interpretar el derecho nacional, ya que esta interpretación queda bajo la exclusiva competencia de los jueces nacionales.
b. El Tribunal no puede aplicar el derecho comunitario, sino que solamente se limita a interpretarlo; la puesta en práctica de su interpretación es de exclusiva responsabilidad de los jueces nacionales.
c. El Tribunal no puede pronunciarse sobre los hechos, comprobar su exactitud o decidir sobre su calificación, lo que corresponde al juez nacional en el caso concreto.

Estas limitaciones responden al hecho de que la interpretación prejudicial es el mecanismo fundamental en la cooperación entre jueces nacionales y los jueces comunitarios para trabajar en armonía en la resolución de un caso concreto, sin interferencias en sus respectivas áreas de competencia. Es, en definitiva, un reparto de competencias que articula el trabajo de los jueces involucrados (nacional y comunitario) para asegurar la uniformidad de los efectos jurídicos en todos los países miembros.

Dicho esto, es importante destacar que el Tribunal tiene la más amplia libertad para determinar cuáles normas del ordenamiento jurídico comunitario interpretará, sin estar constreñido a la interpretación de las normas solicitadas por el juez nacional. En este sentido puede interpretar tanto las normas solicitadas como otras que considere pertinentes para el caso en cuestión. Esta facultad es indicadora de que el juez comunitario lo que hace es aplicar las normas del ordenamiento común que, de acuerdo con su interpretación, estima relevantes para la solución del caso concreto; y no limitarse a dar una consulta abstracta sobre el derecho comunitario que el juez nacional consideró aplicable al caso en cuestión. La jurisprudencia de este órgano comunitario así lo confirma:

---

[11] Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 34. Caso *Silfit*, sentencia del TJCE del 6 de octubre de 1982.

> Requerida por un juez nacional al juez comunitario, la interpretación prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia de este Alto Tribunal el determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar, sugeridas o no por el requirente y todo con el fin de lograr una comprensión global del caso consultado; le corresponde también absolver la consulta en el orden de prelación que él mismo estime conducente. [12]

Sobre las sentencias del Tribunal sostiene el doctor Fernando Uribe:

> […] es una verdadera sentencia, aunque *sui generis*, que tiene la fuerza propia de la cosa juzgada, aunque con un efecto relativo, *inter partes*, circunscrito al proceso de que se trate y que habrá de ser tenida en cuenta por el *a quo* para la sentencia definitiva, junto con los elementos fácticos y de derecho nacional que vengan al caso. [13]

La sentencia que dicte el Tribunal es vinculante, preceptiva en la medida en que, como lo indican tanto el Tratado como el Estatuto, "el juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal", [14] lo que significa que la sentencia de interpretación prejudicial dictada por el Tribunal Comunitario resuelve la cuestión referente al derecho comunitario, dejando al juez nacional dictar el fallo final en la materia controvertida. En otras palabras, el Tribunal da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada y no una mera directiva o sugerencia. El juez nacional, a su vez, tendrá necesariamente que hacer una interpretación de la interpretación prejudicial que le presente el juez comunitario, y es posible que en esa nueva interpretación el juez nacional se pueda apartar o no acoger totalmente la interpretación prejudicial. De ahí que sea obligación del juez nacional consultante enviar al Tribunal copia de la sentencia emitida, a fin de que pueda comprobarse el fiel cumplimiento de la interpretación emitida por el Tribunal

La sentencia vincula al juez nacional que solicitó la interpretación y a los demás jueces que conozcan del proceso por cualquiera de los recursos que lleguen a su conocimiento y decisión, ya que éstos deberán dar a la normativa comunitaria el significado expresado por el Tribunal.

IV. Relación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los órganos jurisdiccionales nacionales

Lo novedoso e interesante de la interpretación prejudicial es que automáticamente convierte al juez nacional en juez comunitario, y así el procedimiento de interpretación prejudicial contribuye a afianzar los vínculos de colaboración entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros encargados de la aplicación y del Tribunal Andino, encargado de la interpretación.

---

[12] Proceso 1-IP-94, GOAC nº 164, de 2 de noviembre de 1994. Marca *Mac Pollo Su Pollo Rico*.

[13] Uribe Restrepo, o. cit., p. 127.

[14] Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 35. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 127.

Según las palabras del doctor Patricio Bueno, ex magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

> La importancia de la colaboración del juez nacional en esta acción no sólo se refiere a la iniciativa de la consulta, sino que a él le corresponde analizar y decidir o apreciar por su propio criterio si para la emisión de su fallo se requiere que el Tribunal se pronuncie sobre determinado punto de Derecho Comunitario, decisión en la que no pueden inmiscuirse ni las partes del litigio principal ni el propio Tribunal Andino. [15]

Al respecto expresa Luis Carlos Sáchica:

> No basta, para la vigencia plena de un orden jurídico, que los jueces comunitarios retiren del mismo y las hagan inaplicables declarando su invalidez las normas secundarias contrarias a su basamento normativo, ni que sancionen el incumplimiento de cualquiera de sus leyes. Es necesario, además, en un ordenamiento comunitario, como el andino, que los jueces nacionales den aplicación directa y prevalente sobre los de su País a las normas del proceso de integración, y que esa aplicación sea uniforme en los cinco Países Miembros. Esto es, que el derecho andino sea realmente común, unívoco, general. De esta manera se produce, paralelamente a la integración económica, la necesaria integración jurídica […] La interpretación prejudicial es una articulación entre el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y los jueces nacionales para fijar el sentido en que debe ser aplicado el derecho andino. [16]

Es un hecho incontrastable que en varios países de la Comunidad Andina ha existido cierto recelo para solicitar la interpretación prejudicial por parte de los jueces nacionales. Ha habido tal vez una suerte de resistencia a acudir a este mecanismo por considerarlo una muestra de subordinación a una jerarquía superior, inspirados en el principio de autonomía e independencia de los jueces.

Al respecto el doctor Iván Galbaldón Marqués, ex magistrado del Tribunal Andino, citado por Uribe Restrepo, dice al referirse a los jueces nacionales:

> La eventual resistencia del juez nacional en aceptar este sistema de cooperación judicial, fundamentando esta resistencia en razones de soberanía nacional o de pérdida de su autonomía, absolutamente discutibles en el plano conceptual, produce un definitivo efecto adverso a los intereses que se pretenden defender. La soberanía es el escudo que protege los intereses de la Nación. El no velar por la aplicación uniforme del derecho comunitario afectará precisamente los intereses que se pretenden defender. [17]

Tanto el Tratado de Creación del Tribunal, en su artículo 33, como el Estatuto prevén dos casos para pedir la interpretación prejudicial: la consulta facultativa y la consulta obligatoria.

La consulta facultativa está recogida en el artículo 121 del Estatuto:

> Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán

[15] Exposición del doctor Patricio Bueno, en *Seminario internacional "Integración, derecho y tribunales comunitarios"*, Editorial Judicial, Sucre, agosto de 1996, p. 106.

[16] Luis Carlos Sáchica, *Introducción al derecho comunitario andino*, Colección de Estudios del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985, p. 150.

[17] Uribe Restrepo, o. cit., p. 42.

> solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recurso en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso. [18]

Una norma similar, elocuente y clara, se encuentra en el Tratado: [19] si existe ulterior recurso en el ordenamiento interno el juez puede o no consultar al Tribunal y está facultado para dictar la sentencia correspondiente con una interpretación del tribunal o sin ella.

La consulta obligatoria, sin embargo, según el artículo 122 del Estatuto, consiste en que:

> De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio la interpretación del Tribunal. [20]

En el Tratado, esta norma se encuentra en el artículo 33. [21] En este caso, a diferencia del anterior, el juez nacional debe necesariamente consultar al Tribunal y detener el proceso interno hasta que aquél se manifieste respecto a la interpretación prejudicial solicitada. [22] Esto implica que, incluso un juez de primera instancia, cuyas decisiones no tengan recurso de acuerdo con la legislación nacional, estará obligado a hacer la solicitud si se precisa la aplicación de una norma comunitaria. No se trata entonces de la jerarquía del juez nacional, sino de los efectos de su sentencia en el ordenamiento jurídico interno.

Como reza el artículo 128 del Estatuto del Tribunal:

> Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.
>
> Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.
>
> En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de la interpretación prejudicial. [23]

---

[18] Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina, artículo 121.

[19] Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina, artículo 33.

[20] Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina, artículo 122.

[21] Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina, artículo 33

[22] Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 33. Estatuto del Tribunal, artículo 124.

[23] Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 128.

Este artículo abre dos posibilidades: la primera se refiere al hecho de que el juez nacional no realice una consulta prejudicial obligatoria; la segunda, a que el juez nacional no aplique la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En ambos casos los países miembros o los particulares pueden acudir al Tribunal solicitando una acción de incumplimiento.

Si bien este artículo es importante al abrir esta posibilidad y revestir de fuerza la obligatoriedad de la interpretación prejudicial, todavía existe el vacío, dentro de la legislación interna, respecto a cuál sería la suerte de la sentencia dictada en el proceso doméstico sin haberse recabado la interpretación prejudicial por parte del Tribunal, ya que el hecho de no hacerlo no vicia de nulidad el proceso interno.

Finalmente, es importante la última parte del artículo analizado, pues insta a los jueces nacionales que han solicitado y posteriormente aplicado una interpretación prejudicial emitida por el Tribunal a comunicar a este órgano comunitario cuál ha sido el resultado de la sentencia dentro del proceso interno, para de esta forma garantizar la correcta y uniforme aplicación del derecho comunitario andino.

César Montaño Galarza (Ecuador) *

Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado

I. Introducción

Desde 1969 Ecuador es socio fundador de lo que se llamó el Pacto Andino, hoy Comunidad Andina (CAN),[1] actor y partícipe en todas aquellas tareas y realizaciones en atención a lo que determina el Acuerdo de Cartagena (AC) como uno de sus principales objetivos: la formación de un mercado común andino en el año 2005.[2] Su participación en el AC ha implicado adoptar una serie de decisiones en diversos campos relacionados con la integración.[3]

* Abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja (UNL). Especialista en Tributación, magíster en Derecho Económico, doctor en Derecho Constitucional (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Docente del Área de Derecho y coordinador académico del Programa Internacional de Maestría en Derecho, UASB-E.

[1] El Grupo Andino nació de la suscripción del Acuerdo de Integración Subregional (Acuerdo de Cartagena), firmado en Cartagena de Indias el 26 de mayo de 1969 por los representantes con plenos poderes de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. El Acuerdo entró en vigor el 16 de octubre de 1969. El 13 de febrero de 1973 se incorporó al Acuerdo Venezuela, mientras que en 1976 se separó Chile. Ecuador aprobó el Acuerdo de Integración Subregional, mediante decreto ejecutivo nº 1932 de 24 de octubre de 1969. El Tratado se publicó en el Registro Oficial nº 345 del 9 de enero de 1970. Disponible en ‹http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/acuerdo.htm›.

[2] Así lo determina el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena codificado por la decisión 406 en el año 1997, cuando dice: "El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano". En una *zona de libre comercio* el compromiso mayor y único es la apertura recíproca de los mercados nacionales que se obtiene eliminando aranceles y restricciones al comercio; en cambio, en una *unión aduanera*, a la apertura interna inicial se suma la adopción de un arancel externo común, uniforme, aplicable a las importaciones provenientes de los no socios, y en un *mercado común* se agrega a la liberación del comercio de bienes y servicios, la de los factores productivos (capital y trabajo).

[3] Inicialmente el AC estableció como objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica, facilitar su parti-

Generalmente, el proceder de los Estados como partes de un proyecto de integración está condicionado a los arbitrios de la Comunidad, que constan en un primer momento en decisiones políticas de sus órganos para más tarde explicitarse en disposiciones jurídicas obligatorias para los países miembros (PM), cuestión esta última que no siempre es diáfana y exenta de complicaciones, pues depende del entendimiento y de la recepción que se dé al derecho comunitario[4] en el fuero interno de los Estados, específicamente en sus sistemas jurídicos y en la administración pública, incluida la administración de justicia, lo que se explica las más de las veces por la tensión que existe entre la Constitución y el ordenamiento comunitario.

El tema que abordamos es de *teoría de la constitución*, que lamentablemente en nuestro medio no ha sido estudiado en forma amplia. Se desarrolla a la luz de las constituciones ecuatorianas de 1946,[5] que permitió la participación del Ecuador en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC);[6] 1967,[7] que sirvió de basamento para el concurso del Ecuador en el entonces Grupo Andino (GRAN); 1978;[8] y 1998,[9] esta última en la que se percibe un giro importante en la posición del Ecuador frente al derecho internacional (DI). Pretendemos mostrar si la actual Constitución Política de la República del Ecuador (CPE) allana o dificulta el camino en virtud de su estructura y como norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico

---

cipación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo (1960) y establecer condiciones favorables para la conversión de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en un mercado común mediante la armonización de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes; la programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la ejecución de programas sectoriales de desarrollo industrial; la puesta en marcha de un programa de liberación del intercambio comercial más acelerado que el se adoptase en el marco de la ALALC; la adopción de un arancel externo común cuya etapa previa sería la adopción de un arancel externo mínimo común; la preparación de programas destinados a acelerar el desarrollo del sector agropecuario; la canalización de recursos dentro y fuera de la subregión para financiar las inversiones necesarias en el proceso de integración; la integración física y la adopción de tratamientos preferenciales para Bolivia y Ecuador. Véase, Héctor Maldonado Lira, *30 años de integración andina*, Secretaría General, Lima, 1999, pp. 38-39.

[4] En este trabajo se emplearán indistintamente *derecho de la integración* o *derecho comunitario* como nociones con similar significado.

[5] Constitución Política del Ecuador, decreto legislativo sin número, publicado en el *RO* nº 773 del 31 de diciembre de 1945.

[6] La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio se creó mediante el Tratado de Montevideo de 18 de febrero de 1960, en el cual participaron Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay. Más tarde, en 1961 se incorporaron Colombia y Ecuador, en 1966 Venezuela y en 1967 Bolivia.

[7] Esta Constitución se promulgó vía decreto legislativo sin número, publicado en el *RO* nº 133 del 25 de mayo de 1967.

[8] Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el *RO* nº 969 del 18 de junio de 1996.

[9] Esta Constitución se promulgó vía decreto legislativo sin número, publicado en el *RO* nº 1 del 11 de agosto de 1998.

para la vigencia del derecho internacional y del derecho comunitario. Particularmente, interesa conocer cómo la actual Carta Política define la participación del Ecuador en el concierto de las naciones como sujeto de derecho internacional, cuando negocia, suscribe, ratifica o denuncia acuerdos internacionales, o cuando atribuye o transfiere competencias soberanas a los órganos e instituciones comunitarias, para deducir si ella encarna un elemento dinamizador, o más bien un atascadero a la evolución de la integración andina. Con este motivo, abordamos también aspectos relacionados con el derecho comunitario, conforme se lo ha entendido en la subregión andina y en el Ecuador; la existencia de la CAN como una comunidad jurídica con un propio ordenamiento jurídico; la soberanía contemporánea frente a la supranacionalidad; la aparente contradicción entre Constitución y derecho comunitario; el control constitucional de los tratados fundacionales y de los actos normativos de las instituciones comunitarias. Finalmente, como muestra de un caso palpable de intromisión del sistema comunitario en la vida jurídica estatal, referimos la situación del poder tributario del Estado considerando actuaciones de la Comunidad en ese ámbito.

II. La Constitución, el derecho internacional y el derecho comunitario andino

El Ecuador es uno de los 66 países suscriptores de la Convención Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) de 23 de mayo de 1969; procedió a su ratificación luego de 34 años, mediante decreto ejecutivo 619 de fecha 18 de julio de 2003, publicado en el *Registro Oficial* 134 del día 28 de los mismos mes y año. Nuestro país, mientras no estuvo vigente la CVDT, en la práctica demostró una tradicional inclinación al respeto de los principios del derecho y la comunidad internacionales. En esa línea de *respeto a lo internacional*, la CPE de 1998, obra de la Asamblea Nacional Constituyente, contiene reformas y textos no reformados de la Constitución de 1978, algunos de suma importancia referidos a su posición frente al ordenamiento jurídico internacional.

1. Respeto al derecho internacional y apertura para la integración comunitaria

Con una evidente vocación integradora, la Constitución de 1967, vigente cuando el Ecuador se adhirió al GRAN, declaraba en el artículo 9:

> […] el Derecho Internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas. Propugna también la comunidad internacional, así como la estabilidad y fortalecimiento de sus organismos, y dentro de ella, la integración iberoamericana. […] El Ecuador podrá formar, con uno o más Estados, asociaciones para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios.

Por otro lado, la CPE de 1978 con sus reformas y codificaciones, en el artículo 3 propugnaba la comunidad internacional, así como la estabilidad y el fortalecimien-

to de sus organismos y, dentro de ello, la integración iberoamericana como sistema eficaz para alcanzar el desarrollo de la comunidad de pueblos unidos por vínculos de solidaridad nacidos de la identidad de origen y cultura. El artículo 5 de la actual CPE dice: "El Ecuador podrá formar asociaciones con uno o más estados, para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios". El último inciso del anterior artículo 3 (CPE de 1978) rezaba de manera idéntica al actual artículo 5.

Los numerales 3, 4 y 5 del artículo 4 de la CPE vigente contemplan expresamente que el Ecuador:

> 3. Declara que el derecho internacional es norma de conducta de los estados en sus relaciones recíprocas y promueve la solución de las controversias por métodos jurídicos y pacíficos. 4. Propicia el desarrollo de la comunidad internacional, la estabilidad y el fortalecimiento de sus organismos. 5. Propugna la integración, de manera especial la andina y latinoamericana.

De lo visto se colige que Ecuador reconoce y acepta las normas generales (costumbres y principios internacionales) y convencionales del derecho de gentes, como sustentos para el ejercicio de sus relaciones con el resto de los Estados y otros sujetos de derecho internacional, lo que deja entrever, entre otras cuestiones, su disposición a condenar la autarquía y eventuales afanes nacionalistas dañosos, y que ha formado su estructura jurídica de primera línea para asumir compromisos internacionales y reconocer a la integración como un conjunto de políticas, compromisos, mecanismos, tareas, etc., encaminados a cristalizar la idea de *bien común* en el contexto internacional.

Pensamos que, en todo caso, las disposiciones transcritas deben interpretarse considerando el *principio de efectividad*, es decir, en favor de la práctica positiva de las relaciones internacionales, sea bajo arquetipos de cooperación, de coordinación o de integración;[10] de lo contrario, patrones habilitadores de ese talante no tendrían razón de ser en las cartas políticas.

2. Los derechos humanos en la Constitución del Ecuador

En el artículo 17 de la actual Constitución consta el mandato para que el Estado ecuatoriano garantice a todos sus habitantes, sin discrimen alguno, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos establecidos en la Carta Política y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes; el inciso primero del artículo 18 dice:

---

[10] Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, *Mesa redonda sobre "La integración de América Latina y la cuestión constitucional". Informe de la Secretaría General*, Washington, D. C., 1967, p. 10. En este *Informe* consta "la necesidad de recurrir nuevamente, y ahora con más poderosas razones, al criterio de la 'efectividad' en la interpretación y aplicación de aquellas disposiciones constitucionales que puedan en algún modo obstaculizar el proceso de integración económica de la región y la marcha acelerada de su desarrollo".

> Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

Apreciamos que la Constitución Política ecuatoriana reconoce "aplicabilidad directa e inmediata" a las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, mas no extiende explícitamente este reconocimiento a otras que, siendo de derecho internacional, no tratan en concreto la materia aludida. Hemos de pensar que esta circunstancia obedece al actual entendimiento de los derechos humanos como principios generales del derecho, y al interés de los gobiernos del mundo por concretar la protección a la vida e integridad humanas por medio de la vigencia efectiva de sus connaturales derechos; prueba de tal afirmación es por ejemplo, el cada día mayor número de países que ha ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional;[11] la comunitarización del tratamiento de los derechos fundamentales —entendidos como un conjunto indisponible e inderogable de derechos esenciales e inalienables de la persona—[12] en la Unión Europea por medio de la actuación del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas a la luz de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y a la adopción en la Comunidad Andina —gracias al trabajo que realizaron la Cancillería ecuatoriana y la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador—, de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, instrumento político qu,e pese a su naturaleza no vinculante, se proyecta como pivote para la realización de importantes avances en la materia a nivel andino, abriendo la puerta para una posible *comunitarización* de la protección de los derechos fundamentales en la subregión.[13]

Es patente la considerable promoción que ha tenido el tema de los derechos humanos en los últimos años, ya sea vía incorporación de normas protectivas en acuerdos, pactos, tratados o declaraciones internacionales, o bien en las legislaciones de los diferentes países. ¿Por qué no pensar que igual o parecida ventura podrían tener otro tipo de normas de derecho internacional, lo que consolidaría su esencia? —verbigracia, las contenidas en algunos tratados para atenuar o eliminar la doble tributación internacional, para proteger la propiedad intelectual, la diversidad biológica y los recursos naturales (artículo 248 de la CPE de 1998).

---

[11] El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue adoptado el 17 de julio de 1998. Hasta el mes de enero de 2004, de 139 Estados firmantes lo han ratificado 92. Ecuador procedió a la suscripción el 7 de octubre de 1998 y lo ratificó el 5 de febrero de 2002. Disponible en ‹http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/0/d07a4ccfe7a0ea894125669c004db654?OpenDocument›.

[12] Paz Andrés Sáenz de Santa María et al., *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 2ª ed., 1999, p. 489.

[13] La Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos fue suscrita por los presidentes de los cinco estados miembros de la Comunidad Andina —Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela— el 26 de julio de 2002 en la ciudad de Guayaquil (Ecuador). Disponible en ‹http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/cart_derechos humanos.htm›.

La Constitución de 1967 trató con modestia el tema; así lo demuestra el artículo 23 que se limitaba a decir: "Derechos humanos. El Estado reconoce, garantiza y promueve los derechos del hombre, como individuo y como miembro de la familia y demás sociedades que favorezcan el desarrollo de su personalidad. La ley protegerá la libertad y más derechos de la persona contra los abusos del Poder Público y de los particulares". Esta disposición en ninguna parte se refería al derecho internacional de los derechos humanos. La Carta Política de 1978, codificada el 13 de febrero de 1997, sobre la materia mandaba:

> Artículo 19. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución. Todos los habitantes de la República tienen el deber de promover el bien común, fortalecer la unidad nacional, colaborar para el progreso integral del Ecuador, conservar el patrimonio natural y cultural de la Nación y respetar los derechos de los demás;
>
> Artículo 20. El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes;
>
> Artículo 21. Los derechos y garantías consagrados en esta Constitución son plenamente aplicables e invocables ante cualquier Juez, Tribunal o Autoridad Pública.

Se puede afirmar entonces que la CPE vigente evidencia una transición cualitativa y cuantitativa hacia el mejoramiento de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos; también que los instrumentos internacionales referidos a estos derechos en el momento gozan al menos de rango constitucional, sin descartar, como hemos dicho, la posibilidad de contar a mediano o largo plazo con la *comunitarización* de la materia en la Comunidad Andina.

3. Aprobación de tratados internacionales y el control constitucional en el Ecuador

Entre los deberes y las atribuciones del H. Congreso Nacional detallados en el artículo 130 de la CPE en vigor, se ubica el numeral 7, que dice: "Aprobar o improbar los tratados internacionales, en los casos que corresponda". Esos casos están señalados en el artículo 161, disposición que a su vez establece que el Poder Legislativo aprobará o improbará los tratados y convenios internacionales que se refieran a materia territorial o de límites (numeral 1); los que establezcan alianzas políticas o militares (numeral 2); *los que comprometan al país en acuerdos de integración* (numeral 3); *los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley* (numeral 4); los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos (numeral 5); y los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley (numeral 6).

Según ello, inferimos que al presidente de la República le corresponde suscribir y ratificar, entre otros, previa aprobación del Parlamento, los tratados o convenios

internacionales referidos a los aludidos numerales 3 y 4 del artículo 161 de la Carta Política. Como un detalle particular hay que anotar que no apreciamos aquí una manifiesta posibilidad del Poder Ejecutivo ni del Poder Legislativo de presentar reservas o enmiendas a los tratados, posibilidad que no debería soslayarse habida cuenta de la importancia que pueden representar estas manifestaciones jurídicas para la vida de un país. En todo caso, si observamos los artículos 19 a 23 de la CVDT mentada *supra* (II), este asunto quedaría subsanado.

La integración entre Estados es compleja y presenta una serie de retos para los participantes y todo su aparato público. Así, bien puede suceder que en determinado momento por una cuestión de "interés y soberanía nacionales" el Parlamento considere importante mantener bajo su control la producción de disposiciones relacionadas con la actuación externa del Estado, lo que obedecerá seguramente a varias razones; de pronto la más importante, por el mal entendimiento de la naturaleza e importancia de la atribución de competencias a los órganos supranacionales,[14] cuestión que podría intuirse como atentatoria a sus prerrogativas y, por qué no decirlo, a la soberanía nacional.[15] Puede suceder también, que esa función del Estado exhiba alta reticencia frente a la actuación de los organismos de la Comunidad, particularmente a la del Parlamento Andino como órgano deliberante del Sistema Andino de Integración (SAI) constante en el artículo 6 del Acuerdo de Cartagena, diseñado para representar a los pueblos de la Comunidad Andina.[16]

De hecho —y así lo ha demostrado la experiencia europea de integración—, el Poder Legislativo nacional pierde competencias frente a los ámbitos de actuación de órganos comunitarios dotados de poder de creación normativa, como la Comisión del AC, que dicta decisiones (derecho comunitario derivado andino) y, sobre todo, ante el poder reformador del derecho comunitario, lo que —como también se ha percibido

---

[14] En virtud del artículo que analizamos, cabe decir que existe en efecto una cesión del ejercicio de competencias, pero no de la titularidad a organizaciones o instituciones internacionales; es decir, no se podrá disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones. Véase, al respecto, Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1999, p. 190.

[15] Según Enrique Álvarez Conde (o. cit., p. 192), la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, a propósito de la ratificación del Tratado de Maastricht, cuando estableció una doctrina que significa un cambio sustancial, pues parte del principio de que el "poder comunitario" procede del pueblo de cada uno de los Estados miembros, por lo que los Parlamentos nacionales deben controlar el ejercicio de ese poder; en consecuencia, la cesión de competencias, de soberanía en total, tiene un carácter revocable, y éstas deben ser "precisas y concretas", incompatibles con la idea de una ampliación por decisión de la propia comunidad.

[16] El Parlamento Andino fue creado por el Tratado Constitutivo suscrito el 25 de octubre de 1979, sustituido por el Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, adoptado en Sucre (Bolivia) el 23 de abril de 1996, el mismo que incorpora las modificaciones aprobadas en el VIII Consejo Presidencial Andino, realizado en la ciudad de Trujillo (Perú) el 10 de marzo de 1996 mediante Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino; tiene su sede en Bogotá. Véase mayor información en ‹http://www.comunidadandina.org/quienes/parlamento.htm›.

en Europa— evidenciaría un *déficit democrático* en la toma de decisiones en el ámbito de la Comunidad.

Esa incómoda situación de los Parlamentos nacionales hallaría alivio de varias maneras, entre ellas: 1) mediante participación más activa de los legisladores nacionales en la adopción de las políticas de la integración; 2) formando comisiones de control y seguimiento de los asuntos comunitarios; 3) participando, por ejemplo, en una conferencia permanente de Parlamentos del área andina; 4) tratando de redimensionar el Poder Legislativo frente al Poder Ejecutivo,[17] pues hay que tener presentes las amplias posibilidades del presidente o jefe de Gobierno de participar a través de su concurso directo o mediante delegados en órganos comunitarios (Consejo Presidencial Andino, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Comisión), en la producción de disposiciones jurídicas comunitarias en ámbitos tradicionalmente reservados al Parlamento nacional (verbigracia, arancelario y tributario) como expresiones de la soberanía fiscal.

El gozne que sin ser un arquetipo articula la participación de Ecuador en la CAN es el artículo 161 constitucional con sus específicos numerales. Este precepto encarna lo que se ha llamado el *poder de integración* o *treaty making power*, pero carece de rigidez y de lindes para la atribución de competencias a las instituciones de la Comunidad, lo que podría llevar en algún momento a que se cuestionen ciertas decisiones —y la consiguiente normativa de derecho comunitario— adoptadas en el ámbito comunitario, tachándolas de ilegítimas o sin sustento democrático. Este eventual dilema resentiría la consolidación supranacional, e incluso haría merecedor de sanciones al Estado ecuatoriano por parte de las instancias comunitarias correspondientes. En torno a este asunto, Pablo Pérez Tremps hace notar que el *poder de integración* es un poder constituido, por lo tanto, infraconstitucional; es debido a ello que la Constitución puede fijar límites a la integración en la idea de soberanía como caracterización última de la existencia del Estado y cuidando los principios básicos de la estructura constitucional, a saber, libertad, democracia, derechos fundamentales de las personas, respeto a las decisiones del pueblo, estructura territorial del Estado. Así tenemos también que la integración no es incondicionada ni implica —sino excepcionalmente— el abandono de las competencias atribuidas a la Comunidad, por lo que —insistimos— será necesario contar con unidades nacionales de seguimiento permanente a los temas comunitarios.[18]

El artículo 162 de la CPE de 1998 determina cómo han de aprobarse los tratados y convenios internacionales: se hará en un solo debate con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Parlamento, pero previamente se solicitará un dictamen del Tribunal Constitucional (TC) respecto a la conformidad del tratado o convenio

---

[17] Pablo Pérez Tremps, "La Constitución Española antes y después de Niza", en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 13, mayo-agosto 2001.

[18] Ibídem.

con la Constitución. Se añade que la aprobación de un tratado o convenio que exija reforma constitucional no podrá hacerse sin que antes se la haya expedido.

Por nuestra parte, creemos que la mentada disposición guarda una supremacía formal de la Constitución, pues en definitivas cuentas, el bagaje normativo fundamental se adecua al derecho de gentes; es decir, se cuida una supremacía que no es tal sino dentro de la lógica constitucional, explicada en el artículo 272 ("De la supremacía constitucional") que se desarrolla *infra* (III). Y es que la Constitución tal y como la tenemos es el punto de inicio y de llegada del sistema jurídico que produce y sustenta; en consecuencia, para tener plena vigencia, el derecho comunitario debe incardinarse al ordenamiento nacional, pero con su autonomía y principios extraordinarios, sólo si la Carta Política lo permite.

El artículo 162 posibilita que el TC ejerza una especie de examen del tratado *a priori*[19] —o preventivo— de la aprobación del Parlamento, lo que se confirma al leer el numeral 5 del artículo 276 de la misma CPE, que determina que entre las competencias del Tribunal está: "Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el H. Congreso Nacional". O sea, la revisión por parte del órgano constitucional se hace sólo en esa ocasión y no en otra, lo que tiene lógica y es un acierto, como se verá más adelante en esta misma sección.

Por otro lado, el artículo 1 de la Ley de Control Constitucional (LCC), publicada en el *Registro Oficial* 99 del 2 de julio de 1997, determina: "El control constitucional, tiene por objeto asegurar la eficacia de las normas constitucionales […]". Este mandato tiene enjundia, pues en virtud de él se cuenta con los límites del ejercicio del control constitucional ejercido por el TC, sin invadir los campos reservados al derecho internacional, así como al comunitario andino y su autocontrol supranacional por medio del Tribunal de Justicia del AC (TJAC). Consecuentemente, el control constitucional no se aplica tampoco al derecho comunitario derivado andino; la reserva a la inexequibilidad de estas disposiciones se deduce luego de examinar los diferentes numerales del artículo 12 de la misma ley.[20]

---

[19] A decir de Antonio Remiro Brotóns et al. (*Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 243), el control *preventivo* responde a una doble finalidad: por un lado, la de preservar la supremacía de la Constitución frente a los tratados; por el otro, evitar la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de éstos una vez que han sido definitivamente estipulados, evitando las perturbaciones que una declaración de inconstitucionalidad puede producir en el orden internacional.

[20] El artículo 12 de la Ley de Control Constitucional determina: "Son atribuciones y deberes del Tribunal Constitucional: 1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, de leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas; y de ser el caso, suspender total o parcialmente sus efectos; 2. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de actos administrativos de cualquiera autoridad pública; y si lo fueren, dejarlos sin efecto. El órgano administrativo deberá adoptar las medidas necesarias para evitar que se repita la violación de la norma constitucional; 3. Conocer y resolver las resoluciones que denieguen los recursos de hábeas corpus, hábeas data y amparo; así como conocer las providencias que suban en consulta en el caso del recurso de amparo; 4. Resolver respecto de las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes; 5. Dirimir los conflictos de competencia o de

La declaración del TC es vinculante y definitiva (artículo 14 de la LCC); en consecuencia, de apreciarse incompatibilidad entre el tratado internacional —por aprobarse y ratificarse— y la Constitución, no hay más remedio que renunciar a la conclusión del tratado, renegociarlo o dotarlo de las necesarias reservas, o bien proceder a la correspondiente "revisión constitucional" antes de proveer a su estipulación definitiva.[21] A esto hay que añadir que la revisión que hace el TC no se retrotrae a los tratados aprobados y ratificados por el Estado ecuatoriano, sino a aquellos que aún no lo han sido, lo que ayuda a lograr su estabilidad y permanencia, así como seguridad jurídica internacional, dispensando al Estado de contingente responsabilidad externa.

4. Situación de los ordenamientos jurídicos internacional y comunitario en el derecho ecuatoriano

El actual artículo 163 de la CPE es meridiano al determinar que las normas contenidas en tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el *Registro Oficial*, formarán parte del ordenamiento jurídico de la república y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía. Al respecto, si bien el derecho internacional tiene primacía sobre el derecho interno, en nuestro sistema jurídico el tratado tiene un valor infraconstitucional y con carácter general —que admite excepciones, como la de los instrumentos internacionales referidos a los derechos humanos, *supra* (II.2)— un rango supralegal;[22] entonces, las normas internacionales se ubican en un espacio intermedio entre la legislación ordinaria y la Constitución. Apréciese, por lo tanto, que en nuestro sistema jurídico los tratados no tienen rango constitucional; por ello se explica que para su aprobación se exija sólo la mayoría de votos de los congresistas y no las dos terceras partes, como se requiere para reformar la Carta Política (artículo 282 de la CPE de 1998).[23] La situación descrita difiere si revisamos el artículo 94 de la anterior Carta Magna (1978), que ubicaba a los tratados con una jerarquía inferior a la ley, lo que desde todo punto de vista era riesgoso para el país y sus intereses frente a la comunidad internacional, pues lo hacía susceptible

---

atribuciones asignadas por la Constitución; 6. Conocer los informes que se le presenten sobre declaratorias de inconstitucionalidad pronunciadas por las salas de la Corte Suprema de Justicia o por los demás tribunales de última instancia; y resolver con carácter de obligatoriedad general la inaplicabilidad de un precepto legal si fuere contrario a la Constitución. Tal resolución no tendrá efectos sobre el fallo. Para el cumplimiento de lo prescrito en el inciso anterior, la sala de la Corte Suprema o el respectivo tribunal de última instancia, remitirá al Tribunal Constitucional el correspondiente informe, dentro de los siguientes treinta días de haberse ejecutoriado la sentencia o auto; y, 7. Ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes".

[21] Brotóns et al., o. cit., p. 243.

[22] Álvarez Conde, o. cit., pp. 190 y 191.

[23] Un brillante estudio sobre esta temática se encuentra en Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, 4ª ed., 1ª reimp., 2000, pp. 159 ss; *Teoría del derecho internacional consuetudinario*, trad. Nicolás de Piérola, Cultural Cuzco, Lima, 1996, pp. 33-47.

de imputación por responsabilidad externa, ya que en cualquier momento por disposición legal se pudo haber lacerado acuerdos internacionales.

En nuestro caso se ha asumido una suerte de monismo moderado, pues el derecho internacional vive en el sistema jurídico nacional por debajo de la Constitución, pero sobre el resto del ordenamiento jurídico; en cambio, como veremos, las normas del ordenamiento jurídico andino, por su especificidad, gozan de otros posicionamiento y *modus operandi*, lo que hace que estos sistemas jurídicos —nacional, internacional y supranacional— convivan en aparente armonía.

Actualmente, la Constitución permite que Ecuador participe en comunidades de defensa de sus intereses, habilitándolo para suscribir tratados por medio de los cuales atribuye a los organismos comunitarios ciertas facultades o atribuciones y poderes que en un primer momento fueron privativas del Estado, sin que ello signifique pérdida o merma de la soberanía, sino más bien un diferente estilo del ejercicio soberano de su poder político.[24] La Comunidad se nutre de las competencias cedidas por los Estados en la misma cantidad en que ellos las pierden, ni más ni menos; por lo tanto, es una extensión del poder público con cualificadas posibilidades de actuar; consecuentemente, el Estado cuenta con "compartimentos vacíos" que ahora se materializan en el espacio comunitario. Lo dicho permite deducir que la integración tiene un costo para los Estados y particularmente para la Constitución.

5. Atribuciones del Poder Ejecutivo con relación al sistema jurídico nacional

Entre las atribuciones y deberes reconocidos constitucionalmente al presidente de la República se cuenta el de cumplir y hacer cumplir la Ley Suprema, los convenios internacionales y demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia (artículo 171, numeral 1); así mismo, definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del H. Congreso Nacional cuando la Constitución lo exija (artículo 171, numeral 12), lo que nos remite a los casos ya enunciados y comentados del artículo 161.[25]

---

[24] Patricio Bueno Martínez, "El derecho comunitario en el Pacto Andino: caso ecuatoriano", en *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Tribunal Andino de Justicia-Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1997, p. 114.

[25] Según Juan Larrea Holguín ("Supremacía de la Constitución y Tratados Internacionales", en *FORO*, nº 1, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 2003), tanto los actos de gobierno como las normas legislativas deben, pues, ajustarse a la CPE; ésta es la Ley Suprema del Estado y se impone a todos los ciudadanos y a las diversas autoridades de cualquiera de las ramas o funciones: tanto los funcionarios ejecutivos como los representantes legislativos o los magistrados del Poder Judicial deben acatar la CPE. Para que el control de la constitucionalidad de los actos sea eficaz, se necesita un organismo independiente que cuide de ello, o que las diversas funciones ejerzan un contralor recíproco; ambos mecanismos se han intentado en la historia ecuatoriana y al final parece imponerse uno que combina los dos a la vez: el TC, ejerce unas funciones de vigilancia específica y, además, a cada función le toca cumplir y hacer cumplir, a las otras y a los ciudadanos, la CPE.

Más allá de lo dicho, aquí encaja un aspecto trascendente: se trata del grado de capacidad contractual internacional del Poder Ejecutivo para realizar actos que, sin intervención ni aprobación del órgano legislativo nacional, obligan internacionalmente al Estado; ello plantea, por un lado, la facultad del Poder Ejecutivo para concluir acuerdos de derecho internacional, y por otro, su capacidad o aptitud para participar con su voto en la adopción de decisiones de órganos comunitarios, que afectan relaciones exteriores o asuntos internos del Estado y que, eventualmente, poseen fuerza jurídica obligatoria. Ya hemos señalado como caso digno de destacar el relacionado con el ejercicio de la soberanía fiscal estatal, del cual nos ocupamos más adelante, *infra* (VII.).

Por la dinámica de los procesos de integración, que no siempre permite cumplir el trámite usualmente dilatado de la aprobación parlamentaria y la subsiguiente ratificación, el reconocimiento de una razonable pero amplia capacidad del Poder Ejecutivo para actuar en el nivel internacional tiene excepcional valor.[26] Sobre el tema, insistimos en que algún alivio se puede encontrar con un rediseño del papel del Parlamento Nacional en la arquitectura comunitaria andina, lo que no implica distraerlo de sus naturales obligaciones ni ir más allá de una sana y positiva vigilancia al proceso de integración y al Poder Ejecutivo, pues en ocasiones, y según práctica de los Estados, es mejor licenciar para el logro de acuerdos de manera "simplificada o ejecutiva", atendiendo al criterio de la "efectividad" de la normativa constitucional.

Conforme expresa Pérez Tremps, cabe sugerir que sobre la marcha de la construcción comunitaria se trate de democratizar el conocimiento de la integración, exhibiendo sus ventajas y riesgos y avanzando "de cara a los ciudadanos". Se puede recurrir además a simplificar los tratados a fin de clarificarlos para su comprensión, pero sin cambiar su significado; así mismo, la clase política de turno que tiene en sus manos la posibilidad de adelantar la integración puede adaptar razonablemente el poder del Estado a las exigencias de la Comunidad, sin olvidar que, en todo caso, las partes no pueden condicionar al todo, sino al contrario.[27]

6. Comercio, inversión, recursos naturales, puertos y zonas francas en la Constitución de 1998. Proyección internacional y comunitaria

El numeral 5 del artículo 243 versa sobre los objetivos permanentes de la economía, determina que Ecuador propenderá a la participación competitiva y diversificada de la producción en el mercado internacional. Obviamente, dicha participación se hará a la luz de acuerdos bilaterales y multilaterales de comercio, que *per se* forman parte del derecho internacional económico aplicado a la compraventa entre países y, que no se excluyen de una persistente identificación con el amplio bagaje de materias y disposiciones de derecho comunitario.

---

[26] Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, o. cit., pp. 17 ss.

[27] Pérez Tremps, o. cit.

Recordemos pues que siempre el motor de la integración ha sido *lo económico*, comprendiéndose allí los intercambios masivos y en expansión de bienes y servicios, para más tarde dar paso también a la libre circulación de los capitales y de las personas. Los instrumentos internacionales de comercio suscritos por un país miembro de un acuerdo de integración se consideran a la vez fuentes complementarias del derecho de la Comunidad, esto por virtud de bien sentada doctrina europea y andina; a la sazón, Ecuador se adhirió en 1996 al Acuerdo por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio (OMC)[28] y en la actualidad lleva adelante negociaciones con miras a participar en el Acuerdo de Libre Comercio de América (ALCA).[29]

También la Carta Política ecuatoriana alude a materias del derecho internacional en el numeral 1 del artículo 244, que versa sobre las tareas que le corresponden al Estado dentro del sistema de economía social de mercado; así la alusión que se hace a la garantía de igual trato a la inversión nacional y a la extranjera (principios de no discriminación y trato nacional). Para ello se recurre a acuerdos internacionales, a disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario, o bien a legislación interna que provee mecanismos para concretar dichos principios; esta disposición se entenderá también a la luz del artículo 271 constitucional, referido a la inversión.

Actualmente, la posición del Ecuador y de la Comunidad Andina es de apertura casi indiscriminada a la inversión extranjera; para constatarlo será suficiente revisar algunas decisiones de la Comisión y resoluciones de la Secretaría General (antes Junta del Acuerdo) de la Comunidad,[30] sentencias del TJAC[31] y normas legales ecuatorianas. Sobre esto

---

[28] Organización Mundial de Comercio, Protocolo de Adhesión, *RO* Sup. 977 del 28 de junio de 1996. La CAN dictó la decisión 338 sobre *Adhesión de Ecuador al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)* y la decisión 362 sobre *Apoyo a Ecuador para su Adhesión al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).*

[29] Mayor información se encuentra en ‹http://www.ftaa-alca.org/alca_s.asp›.

[30] Para regular la inversión y sus temas relacionados, la CAN ha dictado, entre otras normativas, las decisiones n^{os}: 24, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías; 37, Ajustes al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías; 40, Aprobación del Convenio para evitar Doble Tributación entre Países Miembros y del Convenio Tipo para la Celebración de Acuerdos sobre Doble Tributación entre los Países Miembros y otros Estados ajenos a la Subregión; 46, Régimen Uniforme de la Empresa Multinacional y Reglamento del Tratamiento Aplicable al Capital Subregional; 85, Propiedad Industrial; 103, 109 y 291, Reformas al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías; 169, Empresas Multinacionales Andinas; 220, Sustitución de las Decisiones 24 y conexas sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías; 244, Plan Andino de Acción Conjunta para coadyuvar a la Solución de los Problemas de Transporte y Comunicaciones Derivados de la Mediterraneidad de Bolivia y Modificación de la Decisión 85; 292, Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas; 313 y 344, Régimen Común sobre Propiedad Industrial; 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, etcétera. Véase ‹http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/dectema13.htm›.

[31] Para acceder a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena recomendamos revisar en ‹http://www.comunidadandina.org/normativa.asp›.

último, atendiendo al sistema jurídico andino, el Ecuador dictó la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones (ley 46), publicada en el *Registro Oficial* nº 219 de 19 de diciembre de 1997.[32] De ello se infiere la influencia recíproca y permanente entre el comercio internacional, la circulación e inversión de capitales, las prescripciones del derecho internacional, del derecho comunitario y del derecho interno.

El derecho soberano del Estado sobre la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales se explicita en el artículo 248 de la CPE; consta además que su conservación y utilización sostenible se harán con participación de las poblaciones involucradas, cuando sea el caso, y de la iniciativa privada, según los programas, planes y políticas que los consideren como factores de desarrollo y calidad de vida y de conformidad con los convenios y tratados internacionales. Para afrontar estas sensibles temáticas también se recurre al derecho internacional, sin desconocer por supuesto el tratamiento que podría darse en el nivel comunitario; prueba de ello fue la aprobación en julio de 2001, por parte de las autoridades ambientales de los cinco estados miembros, de los Lineamientos para la Gestión Ambiental y el Desarrollo Sostenible en la Comunidad Andina. Éste es el primer esfuerzo colectivo de la subregión en este ámbito; comprende acciones para los próximos cinco años y abarca cuatro temas: conservación y uso sostenible de la biodiversidad, calidad ambiental, comercio y medio ambiente, y foros ambientales internacionales. En la misma línea, la elaboración de una Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países Andinos contribuirá a la generación de alternativas viables de desarrollo regional sostenible a partir de los recursos naturales de la subregión y a la concertación de posiciones conjuntas ante los diversos foros internacionales de negociación.[33]

Con base en el artículo 253 de la Carta Política, es evidente el concurso de los ordenamientos jurídicos nacional, internacional y comunitario; tal disposición permite al Ecuador constituir puertos libres y zonas francas, de acuerdo con la ley. En la CAN se está trabajando en áreas relacionadas; así el proceso de liberalización del transporte iniciado en los años noventa está siendo complementado con medidas orientadas a impulsar el desarrollo y la modernización del sector; de igual forma, en infraestructura las tareas prioritarias son actualizar el sistema vial y articular el espacio subregional con el resto de América del Sur, esto relacionado con la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana, que involucra a los sectores transporte, energía y telecomunicaciones.[34]

---

[32] El artículo 21 de esta ley determina: "El Estado, a través de todos los organismos y más entidades del sector público, velará para que la inversión nacional y extranjera se desarrolle con toda libertad y garantías establecidas en la Constitución Política de la República y en el marco legal y normativo del País […]".

[33] Véase ‹http://www.comunidadandina.org/desarrollo.asp›.

[34] Véase ‹http://www.comunidadandina.org/servicios.asp›.

3. Acerca de la supremacía constitucional

De la supremacía constitucional se ocupa el artículo 272 de la actual Carta Política, que determina:

> La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.

De esa forma, la CPE sienta su posición y categoría de base del ordenamiento jurídico de la república; asimismo, exige que toda otra disposición que no sea de la Constitución se ajuste a sus preceptos, por lo demás, sin contradecirlos. El precepto en análisis no incluye referencia alguna al derecho internacional, lo que en nuestra opinión significa que la Carta Política cuida eventuales agravios al ordenamiento internacional. El precepto además determina cómo han de proceder los funcionarios públicos, o quienes actúen investidos de autoridad, cuando en el ejercicio de sus atribuciones deban aplicar el derecho a un caso en el cual se controviertan disposiciones de distinto grado; para el caso, la solución comporta honrar el principio de la jerarquía normativa. A ello habrá que adicionar que, cuando se controviertan normas comunitarias, se considerará para la interpretación jurídica y la aplicación de disposiciones del derecho interno, incluso de la Constitución, el *principio in dubio pro integración*, así como el *criterio de efectividad*.[35]

Esa disposición se complementa con el primer inciso del artículo 274 de la Carta Política, que manda que cualquier juez o tribunal en las causas que conozca podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las disposiciones de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Sobre la temática, conforme comenta Juan Larrea Holguín —recurriendo a Cerda Medina—, dentro de la función genérica de jurisdicción política cabe enunciar el control de la constitucionalidad de las leyes como la más alta salvaguardia del Estado de Derecho; el contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes obliga a los órganos gubernamentales a realizar sus funciones en el área preestablecida por las normas constitucionales, actuando al mismo tiempo como eficiente garantía de los derechos individuales.[36]

El artículo 171 de la Constitución de 1978 manifestaba que la Carta Política es la ley suprema estatal; que las normas secundarias y las demás de menor jerarquía debían mantener conformidad con los preceptos constitucionales; que no tendrían valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos in-

---

[35] Bohdan Halajczuk y María Moya Domínguez, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, SAECIF, 3ª ed., 1999, p. 891.

[36] Larrea Holguín, o. cit., p. 240.

ternacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones. El primer inciso del artículo 257 de la Constitución de 1967 determinaba: "La Constitución es la suprema norma jurídica del Estado. Todas las demás deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. Por tanto, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, disposiciones y tratados públicos que, de cualquier modo estuvieren en contradicción con ella". En cambio, el primer inciso del artículo 189 de la Constitución de 1946 establecía: "La Constitución es la norma jurídica de la República. Por tanto, no tendrán valor alguno las Leyes, Decretos, Reglamentos, Ordenanzas, Disposiciones, Pactos o Tratados Públicos que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con ella o se apartaren de su texto". Estas referencias a las cartas políticas de 1946, 1967 y 1978 nos conminan a concluir que el derecho internacional estaba francamente subordinado a la Constitución; sin embargo, es curioso constatar que el artículo 257 de la CPE de 1967 no fue óbice para que Ecuador firmara, aprobara y ratificara el Acuerdo de Cartagena en 1969, así como tampoco lo fue el artículo 189 de la Constitución de 1946 para firmar, aprobar y ratificar el tratado de la ALADI en 1960.

Para completar el panorama expuesto, añadimos que en especial las disposiciones transitorias 18ª (de la elección de los representantes ante el Parlamento Andino)[37] y 44ª (desarrollo de zonas de frontera) de la CPE vigente aluden a temas vinculados a la proyección externa del Ecuador por medio de diferentes manifestaciones, lo que bien puede relacionarse también con las metas y objetivos de la integración andina y, sobre todo, con los instrumentos —algunos autores consideran al derecho comunitario con carácter instrumental— que ella utiliza para concretarlos.

IV. Soberanía contemporánea y supranacionalidad

El fenómeno integrador implica la creación de organismos e instituciones[38] y de disposiciones jurídicas supranacionales;[39] por ello, es necesario analizar si dicha crea-

[37] Véase el artículo 42 del Acuerdo de Cartagena. Según el Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, de abril de 1997, a partir de esa fecha y contando hasta 5 años, los países miembros del Acuerdo de Cartagena elegirán a sus representantes al Parlamento por votación directa y universal, cuestión que exonera a Venezuela, que aplica este mecanismo desde el 8 de noviembre de 1998.

[38] Según el artículo 6 del AC, los organismos que forman parte del Sistema Andino de Integración son: el Consejo Presidencial Andino; el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; la Comisión de la Comunidad Andina; la Secretaría General de la Comunidad Andina; el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; el Parlamento Andino; el Consejo Consultivo Empresarial; el Consejo Consultivo Laboral; la Corporación Andina de Fomento; el Fondo Latinoamericano de Reservas; el Convenio Simón Rodríguez; los convenios sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en este marco; la Universidad Andina Simón Bolívar; los consejos consultivos que establezca la Comisión; y los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

[39] Hablamos respecto al derecho de la integración o comunitario, que se divide en derecho fundacional, originario o primario, y derecho secundario o derivado.

ción de naturaleza pública que se manifiesta en los ámbitos legislativo, ejecutivo y judicial lesiona o no con sus auténticos conceptos la noción de soberanía del Estado.[40] Para este somero examen partimos sosteniendo que *soberanía*, *nación* y *Estado* son nociones desde siempre muy vinculadas a procesos económicos y sociales que se implican o complementan,[41] más aún bajo la lógica de la globalización[42] y de la integración,[43] como quiera que a éstas se las entienda, habida cuenta de la multiplicidad de conceptos que los autores y estudiosos les han atribuido.

"La soberanía radica en el pueblo", dispone en el artículo 1 la CPE vigente. Además, expresa que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en la Carta Política. Conocemos que los tratados implican el mismo ejercicio de la soberanía que las leyes internas; la soberanía consiste en el poder de decidir en última instancia, y nos encontramos ante dos vertientes de aquel poder soberano: 1) la ley ordena las relaciones internas y 2) el tratado se refiere a las relaciones externas.[44]

---

[40] En opinión de Antonio Remiro Brotóns et al. (o. cit., p. 239), la Unión Europea no puede hacerse realidad sin que determinadas fracciones de soberanía nacional sean compartidas en un ámbito superior por los países miembros. "No se trata tanto de ceder o perder fracciones de poder soberano a favor de una nueva entidad supranacional, como de compartir alguna capacidad de decisión con otros Estados soberanos en el seno de la Comunidad. [….] las Comunidades Europeas solo han podido avanzar mediante ese orden paralelo y aparentemente contradictorio: soberanía compartida en ciertos ámbitos con mantenimiento de las estructuras de soberanía propias del Estado-nación". Es válido comentar que las mismas observaciones son aplicables para la CAN, habida cuenta que este sistema de integración se ha planteado similares objetivos, ha construido un conjunto de órganos e instituciones supranacionales y un derecho que sustenta la comunidad y que es preeminente y aplicable directa e inmediatamente en el territorio de los cinco países miembros.

[41] José Eduardo Faría, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, p. 16.

[42] Miguel Ángel Ekmekdjian (*Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 1996, p. 7) sostiene que la globalización implica el acortamiento de las distancias entre las diversas comunidades, de modo tal que, a causa del mayor conocimiento entre los hombres, provocado por los actuales medios de comunicación y la tecnología, todo fenómeno, sea económico, político, cultural, social, etc., que se produce en algún lugar del mundo, repercute con mayor o menor intensidad, según determinadas causas, en el resto de las comunidades. El nuevo orden mundial ha disuelto fronteras de los países y avanza hacia el Estado mundial.

[43] Existe múltiples conceptos atribuidos a la *integración económica*; sin embargo, nos adherimos al pensamiento de Iliana Di Giovanni Battista (*Derecho internacional económico y relaciones económicas internacionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 144-145) cuando considera a la integración como: "un status jurídico, en el cual los Estados entregan algunas prerrogativas soberanas, con el fin de constituir un área dentro de la cual circulen libremente y reciban el mismo tratamiento las personas, los bienes, los servicios y capitales mediante la armonización de políticas correspondientes y bajo de una égida supranacional". Para conocer otros conceptos, entre ellos los de J. D. Bela Balassa, Gunnard Myrdal, Robert Triffin, F. Hartog, Robert Marjolin, Jan Trinbergen, Phillip Schinitter, Constantine Vaitoso, Abdelkader Sid Ahmed y Félix Peña, sugerimos revisar Filiberto Pacheco Martínez, *Derecho de la integración económica*, Porrúa, 1998, México, pp. 32-36.

[44] Larrea Holguín, o. cit.

La soberanía es un poder fundamental y autodinámico que no reconoce subordinación a autoridad alguna. Con acierto Le Fur expresó que la conciliación de la soberanía del Estado con los derechos de la comunidad internacional es el problema medular del derecho público externo. Manifestó también:

> La profunda transformación que ha experimentado durante estas últimas décadas la soberanía también constituye un valiosísimo aporte del Derecho Internacional contemporáneo al ordenamiento jurídico de los procesos de integración.[45]

Según Oswaldo Molestina Zavala, es factible sostener que hemos avanzado de una concepción de la soberanía como conjunto de atributos inherentes a la personalidad misma del Estado, a la idea de una soberanía que se traduce en una mera competencia estatal ordenada por el derecho internacional, lo que anota dos aspectos: 1) en lugar de enfatizar en los derechos fundamentales del Estado, el énfasis actual se pone más bien en el de sus deberes y responsabilidades; 2) existe una noción moderna de la institución del dominio reservado de los Estados, frente a la tradicional de la jurisdicción interna, concepto distinto del que le sirvió de origen. Este criterio —sostiene— es el de que la aplicabilidad de la excepción de la jurisdicción interna ya no depende del juicio y la decisión del Estado interesado, sino del órgano que esté conociendo del asunto en cuestión; así mismo, es indudable que esta nueva concepción de soberanía y de sus limitaciones en cabeza de los Estados abre paso en el concepto tradicional para asegurar la validez y jerarquía de los actos que realicen los órganos comunitarios, al aplicar y desarrollar sus principios y normas propios.[46]

Diremos, por lo tanto, que mudar conceptos e ideas aparece como congruente con los cambios sustanciales que hoy en día se perciben en el contexto mundial, imbuidos generalmente por lineamientos de política económica y comercial, renovación que en forma ineludible ocasiona mutaciones de los sistemas jurídicos (creación de nuevas disposiciones jurídicas o la modificación de aquellas que caen en desuso o se tornan inaplicables).

Desde la óptica del derecho internacional hay que considerar que el abandono multilateral de concepciones nacionales —¿o nacionalistas?— para lograr beneficios comunes no ocasiona sometimiento ni menoscabo de la soberanía estatal, sino el precioso hallazgo de una forma de justicia más elevada que puede ser viable sólo con una adopción y aplicación homogéneas.[47] Pese a que la soberanía es por definición y tradicionalmente no susceptible de escindir, somos de aquellos que piensan que para efectos prácticos, metodológicos y de proyección espacial se la puede discernir como

---

[45] Oswaldo Molestina Zavala, "La institucionalización jurídica de los procesos de integración y la supremacía de la normatividad comunitaria", XXI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Tegucigalpa, 26 de noviembre al 2 de diciembre de 2000, p. 10.

[46] Ibídem, p. 11.

[47] Alejandro Radzyminski, "Sociedades multinacionales y procesos de integración económica", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 21, n°s 121-126, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 100-101.

interna y externa; la primera, con aplicación al ámbito territorial del Estado y para dictar sus propios arbitrios y remedios por la violación de éstos, y la segunda, cuando el Estado tiene presencia igual a la de cualquier otro sujeto de derecho internacional, cuando por su voluntad puede obligarse o dirigir sus intereses allende sus confines. En opinión de José Faría, hacia lo externo del Estado también la soberanía podría entenderse como independencia.[48]

En esta parte cabe recurrir a la *teoría de la autolimitación del Estado*, que se explica primero reconociendo la existencia de un Estado de Derecho que por su propio poder soberano está limitado en su accionar por normas jurídicas, sin que esto sea de ninguna manera una barrera a la soberanía que posee. Dicha autolimitación se expresa hacia dentro y hacia fuera del Estado; hacia dentro, como la sujeción de todos sus actos a disposiciones jurídicas preestablecidas, de tal manera que los gobernantes no pueden hacer nada más allá de lo que están facultados a hacer, ni tampoco los gobernados pueden hacer lo que se les haya prohibido en virtud de una disposición; hacia fuera, como la aptitud del Estado para autoobligarse con otros a hacer o dejar de hacer algo, sobre la base de las disposiciones del derecho de gentes. Cuando el Estado restringe su propia capacidad de acción al campo que el marco jurídico le ha determinado, se otorga seguridad jurídica a los administrados, con sus dos manifestaciones más claras: certeza al ordenamiento jurídico e interdicción de la arbitrariedad, como medios para proteger la libertad y los derechos de los individuos.

Respecto de la supranacionalidad, diremos que ésta se expresa de dos maneras: 1) como la transferencia de competencias soberanas desde los estados que se integran hacia el aparato comunitario; 2) mediante la conformación de órganos e instituciones comunitarios autónomos cuya característica distintiva consiste en la toma de decisiones (creación de disposiciones jurídicas) o en la expedición de fallos que son aceptados en los territorios de los países miembros, debido a su preeminencia, aplicabilidad directa o inmediata, y efecto directo.

Pensamos que formar una Comunidad de Estados bajo un sistema jurídico supranacional no lastima sino que afirma el concepto de soberanía, ya que cada Estado participante ha limitado voluntariamente los alcances de su poder público, a cambio de las ventajas las más de las veces económicas que la supeditación a un orden comunitario le puede procurar, pues el Estado tiene una potestad intrínseca para organizarse jurídicamente y proyectarse externamente como miembro de la comunidad internacional, sin otra limitación que el respeto a los derechos de otros Estados; esa proyección alcanza por demás justificación cuando busca el desarrollo económico y social conjunto de los pueblos.

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 interac-

[48] Faría, o. cit., p. 18.

ción 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,[49] cuestión que conlleva una necesaria conciliación con la supranacionalidad, entendida esta última en sentido de la aptitud o competencia de un órgano internacional o comunitario para tomar decisiones *erga omnes* que afectan relaciones exteriores o asuntos internos del Estado que lo creó.

V. El carácter jurídico de la integración andina

Los procesos de integración crean entre sus actores sistemas de relaciones y dependencia que van más allá de las reglas y fines tradicionales del derecho internacional. Se requiere por ello un nuevo ordenamiento jurídico que decante lejos de los idilios políticos intergubernamentales y legitime el establecimiento del orden para los procesos de unificación supraestatal,[50] con base en intereses comunes. Ese instrumento es el *derecho comunitario*, que para lograr el avance del proceso interactúa con las Constituciones de los países miembros y con el resto de su ordenamiento interno.

Como se ha dicho, la integración tiene un contenido económico dominante que es de desear se constituya en instrumento para el desarrollo social de los pueblos;[51] éste es asistido indefectiblemente por el derecho comunitario en todos los campos. Su acción conjunta se traduce en la apertura de fronteras, la desregulación del comercio exterior, la flexibilización de las relaciones laborales, la modernización informática y financiera, el acercamiento y la armonización de legislaciones nacionales, el acercamiento institucional, la adopción de políticas comunes, la planificación sectorial, la ampliación de los mercados, la búsqueda del desarrollo sustentable, la práctica del principio de no discriminación, la protección y generación del arte, la cultura, la salud, la propiedad intelectual, el desarrollo del comercio electrónico, etcétera;[52]

[49] Eugenia Ponce de León (*Temas de derecho comunitario ambiental andino*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 48) cita parte de la sentencia C-228 del 25 de mayo de 1995, dictada por la Corte Constitucional colombiana, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

[50] Luis Carlos Sáchica, *Derecho comunitario andino*, Temis, Bogotá, 2ª ed., 1990, p. 7.

[51] En el caso andino, la liberalización y el establecimiento de un mercado común implicará que las personas podrán tanto circular libremente dentro de los países miembros como transeúntes, turistas o viajeros de negocios, como establecer su residencia en cualquiera de ellos con propósito de trabajo, estudio, inversión o como jubilados. Ello implicará un alto grado de coordinación y cooperación en los ámbitos de educación, seguridad social, pensiones, condiciones de trabajo, entre otros. El artículo 2 del AC determina: "El desarrollo equilibrado y armónico debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración entre los Países Miembros de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos. Los resultados de dicho proceso deberán evaluarse periódicamente tomando en cuenta, entre otros factores, sus efectos sobre la expansión de las exportaciones globales de cada país, el comportamiento de su balanza comercial con la Subregión, la evolución de su producto territorial bruto, la generación de nuevos empleos y la formación de capital".

[52] Faría (o. cit., p. 13) hace mención a un tema relacionado con la integración económica y con los fenómenos del presente siglo: sostiene que el advenimiento de la transnacionalización de los mercados de materias primas, producción, capitales, finanzas y consumo ha transformado radicalmente en poco más de

en suma, busca favorecer la movilidad de los cuatro libertadores (bienes, servicios, capitales y personas) en los Estados que participan.[53] Entre sus beneficios, la integración hace posible una presencia cosmopolita, así como realizar negociaciones en grupo, colocando a los partícipes en mejor disposición que cuando se vive en un mundo aislado.[54] Los beneficios para los ciudadanos podrían ser menos perceptibles y de difícil concreción, salvo que medie una clara y decidida acción conjunta de la Comunidad, de los países involucrados y de los agentes de la economía más importantes que actúan en el proceso, para alcanzar, por ejemplo, por vía de la flexibilidad laboral, el empleo de toda o la mayor parte de la fuerza de trabajo disponible.

1. La Comunidad Andina, una comunidad de derecho

El elenco de disposiciones de los tratados fundacionales —los que crean la Comunidad de Estados— engendran reglas jurídicas elementales de carácter programático que se incardinan en los ordenamientos nacionales por medio de los métodos que constan en las respectivas Cartas Políticas; crean instituciones supranacionales, contienen la asignación a la Comunidad y sus instituciones —por virtud de la soberana voluntad estatal—, de atribuciones, mecanismos, procedimientos para que se logren los objetivos trazados y los que se planteen en el desarrollo del proyecto, habida cuenta de la posibilidad de experimentar ampliaciones y/o profundizaciones, así como acercamientos hacia otros esquemas de integración.

Aunque el Acuerdo de Cartagena haya sido celebrado en forma de convenio internacional, no deja de ser lo que podríamos llamar la *carta constitucional de una comunidad de derecho*. Dan fuerza a esta posición manifestaciones especialmente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,[55] que trasladamos al caso andino, entre ellas, el Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos

---

una década las estructuras de dominación política y de apropiación de recursos; igualmente ha subvertido las nociones de tiempo y espacio, ha derrumbado barreras geográficas, ha reducido las fronteras burocráticas y jurídicas entre naciones, ha revolucionado los sistemas de producción, ha modificado estructuralmente las relaciones laborales, ha transformado las inversiones en ciencia, tecnología e información en factores privilegiados de productividad y competitividad, ha creado formas de poder e influencias nuevas y autónomas y, finalmente, ha multiplicado de modo exponencial y a escala planetaria los flujos de ideas, conocimiento, bienes, servicios, valores culturales y problemas sociales.

[53] Antonio Remiro Brotóns, *Breve diccionario del Tratado de la Unión Europea*, Centro Español de Relaciones Internacionales, Madrid, 1993, pp. 158-165.

[54] Sáchica (o. cit., p. 23) plantea que en virtud de la integración se plantea la sustitución de la idea quimérica de soberanía absoluta por el criterio objetivo de la interdependencia de los pueblos; el reemplazo de la noción de *país*, como sentimiento nacionalista de patria, por el más amplio y realista de *región*, que reconoce la unidad geográfica, cultural, histórica, por encima de las fronteras; el desplazamiento del Estado, como marco insuperable de la convivencia, por la solidaridad comunitaria, y el cambio del manejo bilateral de las cuestiones internacionales por un multilateralismo que facilita las negociaciones con la visión de conjunto, global, y fortalece a los débiles frente a las potencias mediales.

[55] Sáenz de Santa María et. al., o. cit., pp. 96-97.

de la aplicación del Tratado de la Unión Europea, presentado en la Conferencia Intergubernamental de 1996, que en una parte dice:

> […] es primordial que la Unión, fundada en el principio del Estado de Derecho, disponga de un sistema jurisdiccional capaz de garantizar la observancia del Derecho. […] Las Comunidades Europeas son Comunidades de Derecho y la Unión, fundada en ellas, comparte esta naturaleza. La condición misma de su existencia es el reconocimiento del carácter vinculante de sus normas por parte de los Estados miembros, las instituciones y los particulares.

Idea básica del concepto de *comunidad de derecho* es la de sujeción plena a un ordenamiento jurídico propio, integrado en el de los países miembros desde su entrada en vigor, y que por ser vinculante se impone a ellos mismos, a sus nacionales e instituciones.[56] Dicho ordenamiento jurídico contiene normas *self executing* y *non self executing*; de las primeras nacen directa e inmediatamente derechos y obligaciones para los particulares sin que se requiera la participación de los Estados; de las segundas, sólo por medio de otra disposición expedida con la intervención del Estado miembro o de los organismos comunitarios.

Una comunidad institucionalizada no implica la existencia de una nueva organización estatal, ni de un Estado con grandes y singulares poderes; por tanto, es utópico pensar que dicha organización tenga los mismos atributos que los Estados. El mecanismo de operación no es otro que la obligatoriedad y superioridad de su auténtico derecho sobre los ordenamientos nacionales, debidamente asegurado por controles de legalidad y cumplimiento,[57] a cargo de un exclusivo órgano judicial. La Comunidad nacida y formada de un acuerdo de derecho internacional posee personalidad jurídica propia al amparo de las normas del derecho de gentes clásico,[58] pero para desarrollarse requiere, y de hecho ha construido, un privativo y autónomo sistema jurídico. Así, goza de derechos y tiene obligaciones, puede contratar y comparecer, claro, bajo los preceptos del derecho internacional. Sin embargo, en este último caso, el derecho comunitario en su área de influencia es preeminente respecto al derecho internacional de la Comunidad y al de los Estados que la conforman. A mayor abundamiento, la Comunidad es una persona distinta de sus progenitores, imputable y responsable de sus actos; liga intereses comunes dejando fuera las cuestiones que separan o son de interés particular de los Estados.

Todo proceso de integración económica es sustancialmente un sistema institucionalizado de elaboración de disposiciones y una comunidad de derecho, con la consecuencia natural de que la organización que lo promueve adquiere carácter de sujeto de derecho internacional.[59] La CAN cumple los presupuestos para ser conside-

---

[56] Ibídem, p. 97.

[57] Sáchica, o. cit., p. 9.

[58] El artículo 48 del AC determina: "La Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional".

[59] Sáchica, o. cit., p. 9.

rada una comunidad de derecho, precisamente en virtud del papel que en el proceso han cumplido las Constituciones de los Estados miembros. Ecuador con la suya ha asistido decididamente a esta empresa, revistiendo de legalidad su comparecencia externa, lo que de suyo fortifica los emprendimientos comunitarios de la subregión andina.

2. Un privativo y **sui géneris** *ordenamiento jurídico de la integración andina*

Es determinante que en el intento integrador la Comunidad cuente con un marco jurídico propio, auténtico, creado y cuidado por ella, sin condición en su territorio, que sea instrumento para los cambios que persigue. También debe contar con un exclusivo órgano judicial con autoridad y competencia suficientes para cuidar su uniforme e irrestricto cumplimiento. En atención a ello, los teóricos europeos y latinoamericanos que han enfocado la integración desde la óptica jurídica van construyendo firmemente la doctrina del *derecho comunitario* en Europa o del *derecho de la integración o comunitario* en Latinoamérica, sin olvidar, por cierto, el valiosísimo aporte de los tribunales comunitarios por medio de su amplia jurisprudencia. Así, se han fijado sus características (operativo, instrumental, pragmático, transitorio, flexible, de cumplimiento voluntario, de excepción)[60] y sus principios aceptados de manera general (preeminencia, efecto directo y aplicabilidad inmediata). Contamos entonces con los sustentos de un ordenamiento jurídico producto de sus propias fuentes, inédito, sin parangón, que tiene especificidades moldeadas cotidianamente por la voluntad soberana de los Estados miembros y de las instituciones de la integración.

Al revisar el Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia (TCTAJ) encontramos que el artículo 1 determina que el ordenamiento jurídico comunitario comprende: el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN y sus protocolos modificatorios (hasta aquí el derecho comunitario originario);[61] las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina (hasta aquí el derecho comunitario derivado); y los convenios de complementación industrial y otros que adopten los Estados miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina. En nuestra opinión, esta disposición aclara de alguna manera, por un lado, los componentes del sistema jurídico andino y, por el otro, la jerarquía de los diferentes tipos de normas.

---

[60] César Montaño Galarza, "Constitución y derecho de la integración en la Comunidad Andina", inédito, Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, 2001.

[61] Hay que señalar que, en estricto sentido, en este artículo 1 del TCTAJ se debería incluir como parte del derecho originario también al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y sus Protocolos Modificatorios.

Los países de la Comunidad Andina crearon el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena mediante tratado suscrito el 28 de mayo de 1979 en Cartagena de Indias, que entró en vigencia recién el 19 de mayo de 1983.[62] Actualmente, con la Codificación del AC contenida en la decisión 406 de 4 de julio de 1997, el Tribunal forma parte del Sistema Andino de Integración (artículo 6 del AC); es el órgano jurisdiccional de la Comunidad (artículo 5 del TCTAJ), con la organización y competencias que se establecen en el Tratado de Creación y sus protocolos modificatorios. Según los artículos 17 y siguientes del TCTAJ, dentro de sus competencias se cuentan: la acción de nulidad, la acción de incumplimiento, la interpretación prejudicial, el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral, la jurisdicción laboral. De esta manera, el Tribunal pretende, en cada caso, declarar el derecho comunitario, fomentar una interpretación uniforme de éste, cuidar la *constitucionalidad* del tratado fundacional y lograr justicia comunitaria.

No se podría consumar la labor del TJAC sin el concurso de las cortes y tribunales nacionales, por una suerte de colaboración —o, mejor dicho, ¿obligación?— entre estas dos instancias. El juez nacional es el que decide y aplica el derecho de la Comunidad, mientras que el juez comunitario con amplias liberalidades inteligencia la interpretación y aplicación del derecho. Así el juez nacional es al mismo tiempo juez comunitario.

VI. La Constitución ecuatoriana y el derecho comunitario andino

Para desarrollar este punto debemos tomar en cuenta, por ejemplo, lo dicho acerca de la supremacía constitucional, las funciones de la Constitución en el sistema jurídico ecuatoriano, el examen constitucional *a priori* de los tratados y la posibilidad de ejercer control constitucional al derecho derivado.

Cuando la CPE vigente determina en el artículo 272 su supremacía, en realidad está clarificando y defendiendo sus funciones esenciales de ordenación, fundamento y concordancia respecto al ordenamiento jurídico interno. Veamos:

– *Función de ordenación*. La Constitución determina que sus preceptos tienen jerarquía superior a los restantes del orden jurídico nacional; está en la cima jurídica: ordena, acomoda y jerarquiza todo el sistema jurídico del país.

[62] En palabras de José Luis Suárez Mejías ("La Comunidad Andina: un proceso de integración en constante evolución", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, nº 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999), el Tribunal Andino de Justicia es el órgano jurisdiccional de la CAN, que tiene competencia territorial en los cinco países miembros y se rige por el tratado que lo creó, sus protocolos modificatorios y por el Acuerdo de Cartagena. Funciona permanentemente en la ciudad de Quito. Entre sus competencias generales están las de declarar el derecho comunitario, controlar la legalidad de las normas comunitarias y lograr la uniformidad en la interpretación del derecho de la comunidad. Las sentencias que emite no requieren homologación alguna por parte de los países miembros.

– *Función de fundamento*. La Constitución se presenta como la base y el sustento único de todas las restantes normas jurídicas positivas del sistema, es decir, constituye el marco normativo del conjunto jurídico positivo.
– *Función de concordancia*. La Constitución exige que todas las normas deben adecuarse a ella en su fondo y en su forma, es decir, todas las normas jurídicas positivas serán emanadas por el órgano competente y conforme al procedimiento establecido, y que las normas inferiores no pueden suprimir ni alterar las de la Constitución.[63]

A nuestro juicio estas funciones valen para analizar la posición de la Constitución frente al poder reformador del derecho comunitario, de acuerdo con sus especificidades anotadas. Esta aparente disputa no sólo se ha de explicar en términos absolutos, sino que siempre debe pensarse en encontrar elucidación coordinando los órdenes jurídicos. En la práctica, el derecho comunitario por su posición inamovible es capaz de desplazar las funciones de la Constitución; por ello, parecería que la solución sólo puede llegar por vía del examen constitucional *a priori* del derecho comunitario originario, situación que se verifica en Ecuador al tenor del artículo 162 de la CPE en vigor, *supra* (II.3). De esa forma, la Carta Política ve garantizada la supremacía y el tratado adquiere estabilidad jurídica plena, formando parte del ordenamiento jurídico estatal (artículo 163 de la CPE de 1998).

Trasladar parcelas de soberanía a la Comunidad no implica que la Constitución ceda la facultad de ser el sostén del sistema jurídico nacional, pues ella sigue decidiendo sobre el resto del universo jurídico, al tiempo que legitima a la nueva jurisdicción comunitaria, pero sin inmiscuirse en sus dominios; por lo tanto, la Carta Política de cada país determina la forma como el derecho internacional y el derecho comunitario se articulan con el sistema jurídico nacional, así como la manera de interactuar con todos los poderes públicos en los niveles nacional o subnacional, y con los agentes económicos públicos y privados.

No se ha visto hasta el momento una manera precisa y unívoca para receptar el ordenamiento que rige las comunidades de Estados, pero parece que a la luz de la práctica internacional, la jurisprudencia y el derecho comparado, se ha adoptado la *doctrina internacionalista*, en confrontación a la *doctrina constitucionalista*. Aquélla no acepta que las disposiciones constitucionales influyan sobre la validez de los tratados, pues se apoya en que hay que garantizar la seguridad y estabilidad de las relaciones externas (monismo); ésta defiende que la observancia de las normas constitucionales es condición esencial para la validez de los tratados, se fundamenta en la soberanía de los Estados y argumenta que el derecho internacional remite al sistema jurídico interno la determinación de los órganos y procedimientos de los cuales de-

---

[63] Calogero Pizzolo, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 237-239.

penden la formación y expresión de la voluntad estatal de obligarse por un tratado.[64] El *quid* del asunto radica en asumir que, cuando un Estado miembro mediante una disposición constitucional recibe al derecho comunitario originario, automáticamente da la bienvenida al derecho comunitario derivado —cuestión que se verifica a la luz de la Constitución del Ecuador—, por dos razones fundamentales. La primera es la vigencia y el reconocimiento de fundamentos del derecho internacional como el *pacta sunt servanda* (artículo 26 de la CVDT) que encarna un principio de moral internacional ampliamente reconocido.[65] La segunda razón remite a que el derecho comunitario tiene cualidades únicas (naturaleza, principios y características), amén de particulares disposiciones como los artículos 3 y 4 del TCTAJ, que tratan, en su orden, de la aplicabilidad directa del derecho comunitario andino, así como de obligaciones de los países miembros de hacer y no hacer —la una, que se traduce en toda clase de facilidades que debe brindar el Estado para la plena vigencia del Derecho de la Comunidad, inclusive y de manera excepcional mediante la emanación de actos normativos cuando la disposición comunitaria lo requiere; la otra, cuando al país miembro le queda vedada la posibilidad de interponer normas de su ordenamiento interno para no cumplir o entorpecer la correcta aplicación del ordenamiento jurídico comunitario—.[66] Además, mediante la acción de nulidad que sustancia el Tribunal comunitario, éste realiza una especie de *control de constitucionalidad* —otros prefieren hablar de un *control de legalidad*— del derecho derivado andino frente al originario o fundacional. Con esto se aseguraría que las disposiciones de derecho comunitario derivado no se contrapongan a las de las cartas políticas de los Estados participantes en el proceso.

Las disposiciones del derecho comunitario secundario o derivado, por regla general, se insertan directamente en el ordenamiento interno de los países miembros, sin que medie ley estatal aprobatoria ni trámite similar adicional. Por fortuna esta experiencia se vive en el caso ecuatoriano, pues la CPE no prevé que las decisiones o resoluciones andinas se sometan a control constitucional. De este modo, en nuestro país el derecho comunitario derivado carece de dicho control, porque se entiende que es un desarrollo del derecho comunitario originario o primario, el cual ya ha sorteado la confrontación necesaria para probar que no enfrenta a la Constitución.[67] Hay que aclarar, sin embargo, que el "buen comportamiento" del Ecuador frente al derecho comunitario no alcanza, desde luego, a todos los segmentos, ni tampoco lleva a la perfección conductual del Estado; así

---

[64] Marco Monroy Cabra, *Derecho de los tratados*, Leyer, Bogotá, 2ª ed., 1995, pp. 95-96.

[65] Un excelente análisis sobre esta regla de derecho internacional se encuentra en Hans Kelsen, *Teoría del derecho internacional consuetudinario*, o. cit., pp. 82-84.

[66] Esto se relaciona con el artículo 27 de la CVDT que dice: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado […]". Disponible en ‹http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html›.

[67] Ponce de León, o. cit., p. 56.

lo demuestran algunos expedientes por acción de incumplimiento iniciados contra Ecuador,[68] pero que en todo caso no son la regla.

Aprobar y ratificar un tratado de integración supone dar sólo el primer paso para incardinar todo su cuerpo y efectos ulteriores al ordenamiento jurídico nacional; por ello, es lógico suponer que el Estado que se somete por efecto de un tratado internacional también se subordina al orden jurídico que emane de él o que se cree en consecuencia. De esta manera lógica y finalista debe entenderse todo el entramado jurídico de la integración, así como el variopinto conjunto de disposiciones jurídicas que existe en los niveles nacional, internacional y comunitario.

Sin conjeturar, el principio de primacía del derecho comunitario desempeña un papel importante en esta relación. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consagró el principio de la supremacía absoluta e incondicional del ordenamiento comunitario sobre el nacional:

> Esta integración en el derecho de cada Estado miembro de disposiciones que provienen de fuente comunitaria […] tiene como corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no puede, por lo tanto, serles opuesta. En efecto, la eficacia del derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro, en función de las legislaciones internas ulteriores, sin poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado […]. Las obligaciones contraídas en el Tratado constitutivo de la Comunidad no serían absolutas, sino solamente condicionales, si las partes signatarias pudieran eludirlas mediante actos legislativos posteriores. […] La primacía del derecho comunitario está confirmada por el artículo 189. […] Esta disposición […] carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente anular sus efectos mediante un acto legislativo que prevaleciese sobre los textos comunitarios.[69]

Por otro lado, el TJAC también ha sentado los principios de la preeminencia del derecho comunitario andino sobre el derecho nacional, y el de la aplicabilidad directa en el territorio de los Estados miembros, en los siguientes términos:

---

[68] Prueba de lo aseverado es el dictamen de incumplimiento de la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil, RSA 171, *RO* 201 de 31 de mayo de 1999. La Secretaría General dictaminó que la República del Ecuador, a través de su Rama Judicial, y en particular como consecuencia de la conducta asumida por la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil al no tramitar la solicitud de interpretación prejudicial presentada por el apoderado de la sociedad Procter & Gamble en el juicio verbal sumario seguido por New Yorker S.A. contra aquélla, petición que es obligatoria en el caso analizado, y al manifestar que el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena "es discrecional u optativo", ha incurrido en incumplimiento de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en particular de los artículos 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena, y de los artículos 5, 28, 29 y 31 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Más adelante, por resolución nº 356, publicada en el *Registro Oficial* nº 102 del 20 de junio de 2000, la Secretaría General de la Comunidad Andina dictaminó subsanado el incumplimiento al que se refiere esta resolución. Otros casos se pueden revisar en los tomos de jurisprudencia que ha publicado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que contienen una recopilación de los fallos expedidos desde el año de 1984.

[69] Pronunciamiento que consta en la sentencia del caso *Costa c. Enel* de 15 de julio de 1964 (*M. Flaminio Costa c. ENEL*), asunto 6/64.

> El Acuerdo de Cartagena es un Tratado Marco que contiene las normas programáticas de orden general, el que requiere para su desarrollo y desenvolvimiento, así como para la concreción de sus principios u objetivos, de disposiciones concretas del derecho "derivado" o del derecho "secundario" contenido en las Decisiones de la Comisión y en las Resoluciones de la Secretaría General, normas éstas que no pueden contravenir o contradecir a las de orden constitucional o primario, pero en uno u otro caso ambas con efecto preeminente sobre el derecho nacional y de aplicación directa en el territorio de los países miembros.[70]

Entonces, cuando una disposición jurídica de derecho interno se opone a las del ordenamiento comunitario, bajo el principio de la *preemption* este último tendrá aplicación preferente, desplazando a la norma nacional contraria, pero no derogándola, cuestión que corresponderá en su momento al legislador nacional (monismo moderado).

Los estados que participan en un proceso de integración deben contar con la piedra angular que facilite tal emprendimiento; esa precisamente es la Constitución, orientada hacia la factibilidad de realización de los compromisos internacionales, junto con la voluntad política permanente de los gobiernos.

Por cierto, la cuestión entre Constitución y derecho comunitario no es fácil de discernir, por el desconocimiento casi generalizado de la materia aplicada a los intrincados fenómenos de la integración, la creencia en una soberanía trasnochada que bien puede constituirse en cerrojo que confina al atraso de los pueblos, la existencia de sectores interesados en el desenvolvimiento autárquico de los países, etcétera. La polémica tiene aristas que enconan la formación de un clima y un espacio apropiados para el desarrollo del proceso integrador; por ello, la óptica para abordarla es esencialmente jurídica, claro que sin descuidar la presencia de autorizadas visiones desde lo sociológico, lo político y lo económico que podrían construirse a partir de otros estudios.

La relación entre la Carta Política y el ordenamiento jurídico de la integración no es tranquila, ni siquiera es de jerarquías, sino de ensamblajes suficientemente firmes y ágiles para dar forma y facilitar las tareas del grupo en vías de integrarse. La clave no está en referir cuál de los dos sistemas jurídicos prevalece, sino en conocer cómo se articulan para no constituirse en impedimentos; ver sólo la disputa de la cima piramidal del sistema ordenador de un Estado es señal de miopía.

Está claro que el derecho comunitario se aplica con preferencia al interno y, como se ha dicho, se incardina en él para formar un solo ordenamiento jurídico que asiste al proceso. Entre las maneras de incardinar las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional tenemos: 1) transformar el tratado en ley interna —dualismo—; 2) dictar en el fuero interno una norma de ejecución —léase *ley*— del tratado internacional —dualismo—; 3) publicarlo en el órgano oficial de divulgación de las normas del país, sin que aquello encarne la promulgación de una nueva ley de la república, sino la revelación del amparo del tratado y la incorporación total al orde-

---

[70] Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Acción de Incumplimiento, Proceso 3-AI-98, sentencia del 11 de febrero de 1999.

namiento nacional con su materialidad y efectos. Esta última forma, adoptada por nuestro país, es congruente con el prohijamiento de la concepción monista moderada del derecho, que corroboramos.

No hay duda que el derecho internacional prima sobre el derecho interno; se discute si incluso sobre la Constitución (monismo jurídico/corriente internacionalista). Cuando no hay conformidad del derecho interno con el derecho internacional, lo ideal es que el Estado reforme o derogue en el menor tiempo posible la norma contraria al ordenamiento internacional; ésta es una salida meditada y sosegada (monismo moderado), a falta de la recepción del poder automático de derogatoria del derecho de gentes (monismo absoluto). El monismo es afín a la existencia del derecho comunitario, es decir, en la mente de los juristas de la integración deberá prevalecer la concepción del derecho como una ciencia social única, que se expresa en diferentes niveles y espacios normativos que tendrán que ajustarse para convivir.

Aquí cabe una breve revisión de reciente doctrina ecuatoriana sobre el tema. Julio César Trujillo sostiene que no hay duda ni discusión acerca de las relaciones de subordinación de todo el ordenamiento jurídico nacional o interno a la Constitución, pero no ocurre lo mismo respecto de las relaciones del derecho internacional y del derecho de la integración con la Constitución. Afirma que el derecho internacional prima sobre el derecho interno, incluido el constitucional, pero no por ello éste queda automáticamente derogado por aquél, sino que hace falta que el Estado lo derogue o reforme al tenor del compromiso internacional. Mientras esto no ocurra, las autoridades nacionales que no sean las competentes para derogar o reformar la Constitución o la ley deberán aplicar el derecho interno o nacional, y entonces cualquier interesado, en especial los otros Estados partes del tratado, podrán demandar que el tribunal internacional previsto para el efecto lo condene a derogar o reformar su derecho interno y le imponga las reparaciones que en los mismos tratados se hayan previsto. Cuando Trujillo trata el problema entre la Constitución y el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, sostiene que la solución está del lado de la primacía de este último.[71]

Por su parte, Juan Larrea Holguín manifiesta que el Estado que colija que un tratado celebrado y ratificado válidamente es inconstitucional debe, o bien revisar y reformar su derecho interno, o bien acudir a los procedimientos aceptados por el derecho internacional para desahuciar, reformar o llegar a la anulación del tratado, pero no puede unilateralmente hacerse justicia por sí mismo.[72]

Galo Pico Mantilla plantea que, por el principio de la primacía de la norma comunitaria, sus preceptos prevalecen sobre la norma nacional; en este caso, el derecho comunitario andino prevalece sobre el derecho nacional. Afirma además que la primacía no significa jerarquía interna entre las dos normas; más bien tiene relación

---

[71] Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, 1994, p. 115-117.

[72] Larrea Holguín, o. cit.

con la competencia legislativa asignada a los organismos de la integración por medio del tratado constitutivo de la Comunidad.[73]

Patricio Bueno Martínez ya advirtió que en la Carta Política de 1978 existía la base constitucional para crear y formar entes comunitarios con facultades que permitan legislar para los países que integren los pactos regionales, sin necesidad, por lo tanto, de que cada Estado ratifique la legislación derivada que nace o se origina por decisión de los órganos comunitarios.[74]

Está claro que Ecuador mantiene la base constitucional necesaria —pero no ideal— para que la integración andina experimente notorios avances; además, la exención de control constitucional al derecho comunitario derivado es vivida a plenitud y, si se quiere, se ha afirmado considerablemente. Sin embargo, no hay que olvidar múltiples temáticas que en cualquier momento pueden poner en dificultades al Estado ecuatoriano y a su propia organización interna; verbigracia, la obligatoriedad del derecho comunitario frente a los entes subnacionales públicos (municipios, consejos provinciales, juntas parroquiales) considerando los criterios de cooperación y coordinación con el Estado, la incapacidad del ordenamiento jurídico de la Comunidad para alterar el reparto de competencias a nivel nacional, la insuficiente cobertura de la Constitución a la integración y sus efectos, la lenta capacidad de reacción de la institucionalidad pública ecuatoriana frente a cuestiones que plantee la Comunidad, el déficit democrático en la toma de decisiones en asuntos comunitarios que afectan al país.

Finalmente, pese a lo anotado en el párrafo precedente, que sólo intenta alertar sobre enigmas que en algún momento puede plantearnos la integración andina, sobre todo mediante el desarrollo de su ordenamiento jurídico, la experiencia muestra que el Ecuador, con sus diversos ámbitos de poder público, ha asumido sin mayores problemas desde la lógica del derecho —y sin tener mayor control del proceso, lo que torna paradójico al asunto— los principios básicos que articulan las relaciones entre la Constitución y el ordenamiento comunitario.

VII. Implicaciones comunitarias sobre el poder tributario del Estado ecuatoriano

Ahora abordaremos al menos una de las parcelas de implicación del derecho comunitario respecto al ordenamiento jurídico interno: el ámbito de la fiscalidad de los Estados miembros de la CAN. Para el efecto, conviene en primer término constatar las atribuciones originales —por vía constitucional— de que gozan el presidente de la República y el H. Congreso Nacional, en lo tocante al poder tributario del Estado.[75]

---

[73] Galo Pico Mantilla, *Derecho andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 2ª ed., 1992, p. 49. Véase también Bueno Martínez, o. cit., pp. 114-116.

[74] Bueno Martínez, o. cit., p. 114.

[75] Según Joachim Lang ("Los presupuestos constitucionales de la armonización del derecho tributario en Europa", en *Tratado de derecho tributario*, t. I, Temis, Bogotá, 2001, p. 765): "A la

Así, el numeral 6 del artículo 130 de la CPE vigente dispone: "El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones: […] 6. Establecer, modificar o suprimir, mediante ley, impuestos, tasas u otros ingresos públicos […]". El artículo 147, en la parte que nos interesa, determina: "Solamente el Presidente de la República podrá presentar proyectos de ley mediante los cuales se creen, modifiquen o supriman impuestos […]". El tercer inciso del artículo 257, que trata del régimen tributario, establece: "El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana". Estos preceptos reconocen exclusiva atribución de poder tributario al Parlamento Nacional y al Ejecutivo. Frente a ello, como veremos, la Comunidad Andina, por medio de los órganos pertinentes y con base en el Acuerdo de Cartagena, ha elaborado una serie de disposiciones de derecho comunitario derivado que buscan en último término la liberalización comercial intracomunitaria y la adopción de un arancel externo común (AEC) para el comercio con países ajenos al grupo, con miras a la formación de un Mercado Común Andino hacia el año 2005.[76]

De la revisión del texto del Acuerdo fundacional no surge precepto alguno que ordene la atribución del poder de imposición del Estado ecuatoriano en favor de la Comunidad; por lo tanto, se entendería que ésta no ha sido autorizada para decidir y normar cuestiones nacionales atinentes al tema arancelario; peor aún, a las implicadas en la tributación indirecta (impuesto al valor agregado o a los consumos específicos) o en la tributación directa (impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio). Pese a ello, está claro que el objetivo central del Acuerdo, es decir, la formación de un mercado común andino, necesita del derecho comunitario derivado para incidir primero sobre aspectos nacionales de la imposición indirecta y luego sobre aquéllos de la imposición directa. Es bien sabido que en las fases primarias de la integración se aconseja modular ciertos aspectos de la imposición indirecta, que es mucho más beneficiosa para el proceso gradual de liberalización de los bienes y servicios en el territorio comunitario, y que, en cambio, resulta vital para la libre circulación del capital y de las personas ajustar los sistemas tributarios nacionales referidos a la imposición directa.[77]

Hablamos de la posibilidad de que la Comunidad pueda incidir en el ámbito fiscal de los países miembros, sea por vía de la armonización de la política macroeco-

---

imposición se la considera como un fenómeno que influye de un modo esencial no solo sobre la situación económica de una sociedad, sino también sobre la eficiencia de la oferta de servicios públicos a los ciudadanos: la imposición está, además, estrechamente conectada con el ordenamiento jurídico esencial de una sociedad, ya definido en la Constitución de los Estados miembros".

[76] Las decisiones adoptadas sobre el tema en cuestión están disponibles en ‹http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/dectema4.htm›.

[77] Sobre el tema en cuestión recomendamos revisar Mauricio Plazas Vega, "La clasificación de los impuestos en directos e indirectos y el derecho tributario comunitario", en Víctor Uckmar (coord.), *Curso de derecho tributario internacional*, t. II, Temis, Bogotá, 2003, pp. 433-440; Franco Roccatagliata, "El derecho tributario comunitario", en Víctor Uckmar (coord.), o. cit., pp. 225-283.

nómica, de la política fiscal, o bien impulsando la convergencia de las legislaciones nacionales de ciertos impuestos, cuestiones que no significan en modo alguno reconocer que en la actualidad la Comunidad pueda crear tributos propios para financiar su funcionamiento, pues —como veremos— este nivel de desarrollo no se verifica aún siquiera en el ámbito de la Unión Europea. A la sazón, el literal *a* del artículo 3 del AC, dice:

> Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes: a) La armonización de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes […].

Con base en lo dicho líneas atrás, a partir del derecho comunitario originario se infiere la posibilidad de la Comunidad para actuar en orden al manejo más expedito de la imposición indirecta. Aquél se refiere, entre otras cosas, al régimen de trato igual para productos nacionales e importados (principio de no discriminación), el arancel externo común o la unión aduanera, la prohibición de las exacciones de efecto equivalente que puedan afectar a productos provenientes de otros países en forma similar al arancel, la generalizada regla de la imposición en el destino y la prohibición de subsidios o devoluciones injustificados por exportaciones.

Sustentos de la imposición directa no se encuentra en el derecho comunitario originario andino (Acuerdo de Cartagena) sino en el derivado, lo que explicaría la creación de un contexto para el desarrollo de las disposiciones que tienen que ver con la imposición indirecta en sede nacional diferente del que existe a los mismos efectos en relación con la imposición directa. La última ha de procurar la libre circulación de personas y de capitales, sentar bases para definir el país que según su criterio de atribución de potestad tributaria tiene la facultad de recaudar el tributo de manera que se descarte la doble imposición internacional, eliminar las diferencias en materia de incentivos tributarios que puedan generar distorsiones para la economía regional y, por supuesto, impedir las prácticas intracomunitarias de evasión fiscal y establecer políticas y estrategias comunes para lograr lo propio en relación con terceros estados.[78]

En torno a los impuestos directos, la dificultad para contar con un esquema de imposición armonizado en la CAN va de la mano de una serie de importantes cuestiones, entre ellas, la consideración de la soberanía fiscal como un reducto y baluarte estatal, las diferentes necesidades financieras de los Estados, los disímiles planes de gasto en el ámbito estatal, las diversas capacidades contributivas de los ciudadanos de los países miembros, los múltiples niveles de ingresos de los trabajadores, los variados sistemas tributarios.

La adopción de normativa comunitaria encaminada a la armonización de legislaciones nacionales tiene como su máxima garantía y expresión el accionar de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que por virtud del AC está facultada para emitir *decisiones* (artículo 21), esto es, normas de derecho comunitario derivado que gozan

[78] Plazas Vega, o. cit., p. 437.

de primacía frente al derecho nacional, aplicabilidad directa e inmediata y efecto directo. Por ello, lo más aconsejable es que por la vía de decisiones de la Comisión se adopten fórmulas idóneas encaminadas a lograr la armonización tributaria de los impuestos indirectos en la CAN, tal cual ha ocurrido, por ejemplo, con la decisión 351 sobre el Régimen Común de Derecho de Autor y Derechos Conexos,[79] o la decisión 486 sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial.[80]

El artículo 13 de la decisión 330 de la Comisión del AC del año 1992, que se ocupa de la prohibición de incentivos tributarios para las exportaciones andinas, entre otras cosas dice:

> A los efectos de la presente decisión, se entenderán como impuestos directos los impuestos sobre la renta o sobre el patrimonio, tales como los salarios, beneficios, intereses, cánones o regalías y todas las formas de ingresos, y los impuestos sobre la propiedad de bienes inmuebles […] se entenderán como impuestos indirectos, los impuestos sobre las ventas o sobre el consumo, tales como a las ventas, al valor agregado y los demás impuestos distintos de los impuestos directos […].

A la hora de intentar una clasificación de las medidas armonizadoras en el marco de un proceso de integración del tipo comunitario, resulta positivo hacerlo tomando en cuenta el fin que se pretende en cada caso, por ejemplo: libre circulación de bienes y servicios; libertad de establecimiento; libre circulación de los capitales… Es decir, la producción de las medidas está sujeta a los objetivos que privilegie la Comunidad en orden a consolidar lo que en la literatura de la integración económica se ha denominado *los cuatro libertadores* (bienes, servicios, capitales y personas), sin que puedan negarse entonces las imbricaciones entre las medidas armonizadoras y los fines que éstas persiguen.

Con sus bemoles y ventajas, los intentos relacionados con la armonización de políticas y acercamiento de las legislaciones han sido incubados en el seno de varios procesos de integración económica y liberalización de mercados, por ejemplo, en la Unión Europea (en diversas etapas), en la Comunidad Andina, en el Mercado Común de Centroamérica, en la Comunidad del Caribe (Caricom) y en el Mercado Común del Sur (Mercosur).[81] Precisamente sobre el Mercosur, Juan Benítez sostiene:

> Por su contenido [el AEC] es un elemento fundamental de la política económica de la región ya que implica una toma de posición en lo que concierne a un régimen de

[79] ‹http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D351.htm›.

[80] ‹http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D486.htm›.

[81] Para una explicación pormenorizada sobre los primeros avances y dificultades en la armonización de políticas y en la convergencia de legislaciones en el marco de estos procesos de integración y de liberalización económica, sugerimos revisar Hugo González Cano, *Armonización tributaria del Mercosur. Ensayos sobre los aspectos tributarios en el proceso de integración*, Asociación Mutual Federal de Empleados de la Dirección General Impositiva, Ediciones Académicas, Buenos Aires, 1996, pp. 185-218. Para el caso europeo, véase Roccatagliata, o. cit., pp. 247-278; Ramón Falcón y Tella, "El derecho fiscal europeo", Teodoro Cordón Ezquerro (dir.), en *Manual de fiscalidad internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2001, pp. 633-640.

> libre cambio o de proteccionismo en relación con el comercio con terceros países. Por lo tanto es una de las cuestiones en que es imprescindible la aprobación de los respectivos Poderes Legislativos.[82]

De ello inferimos que, sin perjuicio de que los Estados han consentido integrarse y adoptar normas que para el efecto son necesarias, en el tratado fundacional del Mercosur y normas derivadas existe el cuidado de no lesionar las potestades de creación tributaria, respetando prerrogativas tradicionales de los Parlamentos nacionales de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. En el caso andino está claro que la decisión de la CAN que aprueba la fijación del AEC (decisión 370, del 26 de noviembre de 1994)[83] —que es de derecho comunitario derivado obligatorio para los países miembros— afecta, por ejemplo, disposiciones y principios establecidos en la Constitución ecuatoriana, verbigracia, al artículo 147.

Lo explicado supone, entre varias consecuencias, una alteración del régimen de los tributos aduaneros, especialmente respecto a la tarifa exterior común, pues en el Ecuador ya no será posible ejercer el poder tributario desde el Ejecutivo, sin cuidar la eventualidad de ser objeto de responsabilidad frente a la Comunidad y al resto de los Estados miembros cuando dicho ejercicio vaya en contra o más allá de las previsiones comunitarias. Como señala el mismo Benítez, es el efecto más revolucionario en el corto y mediano plazo, desde el punto de vista presupuestario, al perderse la potestad normativa sobre las aduanas.[84] Acerca de la materia el Parlamento Europeo en el año 1969 expresó:

> No puede existir ni verdadera unión económica, ni supresión de controles en las fronteras intracomunitarias, ni auténtico Mercado Común financiero, ni moneda común, ni política común de la energía y de los transportes, sin que se adopten medidas de armonización fiscal en los sectores fundamentales de los mercados económicos y financieros.[85]

En la literatura especializada encontramos variadas posiciones que tratan de definir el proceso comunitario de creación de disposiciones orientadas a facilitar la consolidación del mercado único y que se relacionan con la tributación. En muchas ocasiones se habla indistintamente de *armonizar*, *acercar*, *unificar* las legislaciones, como si fuesen sinónimos, cuando en sentido estricto no lo son. La *unificación* supondría sustituir directamente, por medio de normas de derecho comunitario derivado, las leyes nacionales sobre determinado tributo —lo que implica un nivel considerable de profundización del proceso de integración—, mientras que el *acercamiento* de las legislaciones se daría mediando un acto normativo comunitario dirigido hacia

---

[82] Juan Alberto Benítez Gómez, *Problemas tributarios que plantea el Mercosur*, Universidad de la República, Montevideo, 1993, p. 68.

[83] Para una ampliación del tema véase ‹http://www.comunidadandina.org/union/arancel.htm›.

[84] Benítez Gómez, o. cit., p. 73.

[85] *Boletín Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C97, 28.7.1969.

los Estados, para que éstos, no necesariamente de la misma forma y en los mismos tiempos, consigan el fin que persigue la disposición dictada por la Comunidad.

Parafraseando a Ramón Falcón y Tella, la armonización se puede entender, en sentido amplio, como el conjunto de normas o medidas que inciden en el sistema tributario de dos o más Estados con la finalidad de evitar distorsiones de origen fiscal en la formación de los precios o en la libre circulación de bienes, servicios, capitales o personas. La armonización de primer grado se da por medio de normas jurídicas emanadas de una instancia supranacional con competencia para ello. La armonización de segundo grado se dará con la actuación de un tribunal comunitario (por ejemplo, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena), por medio de sus decisiones jurisprudenciales o interpretativas supranacionales. Existe un tercer camino para armonizar: se trata de la armonización o convergencia espontánea, que se da por la actuación unilateral de los Estados. Los dos primeros tipos de armonización se conocen como *armonización política*, mientras el último se conoce como *armonización por el mercado*. Usualmente, el término *armonización* en sentido estricto se reserva para la armonización jurídica operada por medio de instrumentos supranacionales.

Para tener un mejor diagnóstico del asunto en la Comunidad Andina seguiremos a Germán Pardo Carrero, quien ha presentado un inventario de las principales disposiciones de derecho comunitario derivado con contenido fiscal:

–*Decisión 330 de la Comisión, del 22 de octubre de 1992, sobre Eliminación de Subsidios y Armonizacion de Incentivos a las Exportaciones Intrasubregionales*. Entre otras cosas, refiere tanto a los impuestos directos como a los indirectos. Proscribe los incentivos de tipo tributario que puedan afectar la neutralidad en las relaciones comerciales andinas, como lo amerita la conformación de la zona de libre comercio. Entre los incentivos tributarios, tenemos los del artículo 12, que califica como subsidios a la exportación de naturaleza tributaria, entre otros, los siguientes:

> La exención, devolución o aplazamiento total o parcial de los impuestos directos o de las cotizaciones de seguridad social, que paguen o deban pagar las personas naturales o jurídicas, en tanto dichas ventajas se concedan específicamente en función de las exportaciones;
>
> La concesión, para el cálculo de la base sobre la cual se aplican los impuestos directos, de deducciones especiales directamente relacionadas con las exportaciones o los resultados obtenidos en la exportación, superiores a las concedidas respecto de la producción destinada al mercado doméstico;
>
> La exención, devolución o aplazamiento total o parcial de los impuestos directos sobre la producción y distribución de productos exportados, incluidos los impuestos indirectos sobre los insumos, por una cuantía que exceda a los impuestos percibidos sobre la producción y distribución de productos similares cuando se venden en el mercado doméstico.

Por su parte, el artículo 14 establece que los países miembros no aplicarán mecanismos que constituyan subsidios de naturaleza tributaria para las exportaciones intrasubregionales. El artículo 15 compromete a la Comisión con la expedición de un régimen comunitario armonizado de los mecanismos de exención, devolución o apla-

zamiento de los impuestos indirectos que afecten los productos destinados a las exportaciones intrasubregionales.

–Decisión 388 de la Comisión, del 2 de julio de 1996, sobre Armonización de los Impuestos Indirectos como Incentivos a las Exportaciones de Bienes. Trata del régimen de devoluciones de saldos a favor, sin conformar una normativa completa sobre el tema, y reitera el principio de país de destino que ha de informar a los regímenes nacionales para lo relativo a las operaciones internacionales. Dicho principio se acoge en los siguientes términos:

> Los impuestos indirectos que afectan la venta o el consumo de bienes se regirán por el principio de país de destino. En tal sentido, el tributo se causará en el país en que se consume el bien, independientemente de su procedencia nacional o importada.

El artículo 2 preceptúa que las operaciones de exportación de bienes de los países miembros no estarán afectadas con el pago de impuestos indirectos. El artículo 3 impone a los Estados miembros la obligación de devolver a sus exportadores los impuestos indirectos soportados con motivo de las compras de bienes y utilizaciones de servicios, en particular en lo que atañe a los impuestos de cada país andino mencionado en el anexo 1 de la decisión. Los artículos 5 y 6 tratan sobre la recuperación de impuestos repercutidos a los exportadores por la vía de la devolución o la compensación y el sistema de control posterior, y no previo, para facilitar la efectiva exoneración de los productos exportados. El artículo 7 dispone la obligación de los países miembros de informar a la Secretaría General cada vez que creen o modifiquen impuestos indirectos y de dar cuenta de las acciones emprendidas para cumplir lo previsto en la decisión.[86]

Como una muestra del empeño de los estados de la CAN en profundizar el proceso, aludiremos el informe final de consultoría presentado por Luis A. Arias Minaya y Mauricio A. Plazas Vega a la Secretaría General de la Comunidad, sobre *La armonización tributaria de los impuestos indirectos en los países de la Comunidad Andina*, el 17 de mayo de 2002. El documento constituye un estudio pormenorizado, didáctico y realista del tema, comprende el impuesto al valor agregado (IVA) y el impuesto selectivo al consumo (ISC). Aborda desde la teoría y la práctica, con sentido objetivo, lo relacionado con la imposición indirecta en nuestros países: así los aspectos generales del IVA, los aspectos específicos, los administrativos, las modalidades del impuesto selectivo al consumo. Emite importantes recomendaciones para la armonización de los impuestos indirectos en los países de la CAN. Finalmente, propone los proyectos de decisiones andinas de armonización tributaria en materia de impuestos indirectos. Constan también datos interesantes, entre ellos: los niveles de eficiencia de las administra-

[86] Germán Pardo Carrero, "La armonización tributaria en los procesos de integración", documento de trabajo del Seminario de Derecho Fiscal Internacional, llevado a cabo en Quito entre el 19 de mayo y el 20 de junio de 2003, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2003, pp. 14-15.

ciones tributarias, los niveles de evasión, los niveles de recaudación en orden a la imposición indirecta frente a los ingresos petroleros, el impacto fiscal positivo de las principales recomendaciones del IVA en todos los países.

Creemos provechoso el hecho de que las recomendaciones hayan tomando en cuenta las ventajas o desventajas que acarrearían al momento de implementarse; además, es positivo que se hayan considerado cuatro criterios diferentes para orientarlas, a saber: 1) características comunes de los países miembros de la CAN; 2) criterio de eficiencia; 3) criterio de equidad; 4) criterio de simplicidad, atendiendo a razones de la administración del impuesto.

Respecto al IVA, en el ámbito europeo, el conocido Informe Neumark aconsejó la adopción del sistema de IVA como el más conveniente para el mercado común; se basó en los resultados de estudios para seleccionar un sistema que aunara las condiciones siguientes: 1) máxima neutralidad en cuanto a la competencia; 2) tendencia a facilitar la subsiguiente eliminación de barreras tributarias fronterizas; 3) garantías de alto rendimiento en recaudaciones tributarias; 4) prestarse a aplicaciones eficaces y prácticas en todos los Estados miembros, en cuanto a métodos de recaudación. En resumen, la razones para aplicar el IVA serían: importantes ingresos fiscales, neutralidad y eficiencia.

Seguidamente de forma sumaria revisaremos las recomendaciones que han hecho los consultores Arias y Plazas:

–*De la variante del IVA, recomendación 1.1.* Se deben gravar los bienes de capital asumiendo el método del crédito fiscal con devolución oportuna, sea mediante crédito fiscal con devolución, crédito fiscal sin devolución, o crédito fiscal utilizable en proporción a las reglas de depreciación del activo fijo.

–*Del principio del IVA, recomendación 1.2.* El IVA debe aplicarse según el principio de destino.

–*Recomendación 1.2a.* Es necesario evaluar la aplicación futura del régimen de IVA en suspenso, que será objetivo para la concreción del mercado único.

–*Del método de cálculo del IVA, recomendación 1.3.* Se debe utilizar como método de cálculo del impuesto el método del crédito fiscal.

–*Del número de tarifas del IVA, recomendación 1.4.* Es saludable que el sistema tributario adopte una tarifa única de IVA, sin descartar la posibilidad de adoptar alguna alternativa de tarifa menor para productos de consumo masivo y popular.

–*De la modalidad y alcance de las exoneraciones del IVA, recomendación 1.5.* Los países miembros se comprometerán a llevar a cabo ajustes a sus sistemas de exoneraciones vigentes. Esta recomendación se relaciona con la 2.5, que trata de la tarifa cero del IVA. Atención especial merecerá el caso de las zonas de *duty free* debido a sus implicaciones en el comercio, concretamente respecto al régimen de competencia transparente en los mercados. También hay que considerar los posibles efectos respecto al empleo.

–*De la tarifa del IVA, recomendación 1.6.* Los países miembros deberán adecuar sus tarifas, las cuales no deberán ser inferiores a 14% ni superiores al 18%.

–De las zonas de inmunidad fiscal, recomendación 2.1. Las zonas de inmunidad fiscal deben existir sólo de manera limitada. Los incentivos tributarios en esas zonas no deben comprender exoneraciones del IVA ni de los impuestos selectivos para los bienes que salen o ingresan a dichas zonas.

–Recomendaciones 2.2 y 2.2a. La delimitación del papel de las zonas francas es correcta: promoción de exportaciones. Este tema involucra también a otros tributos y además, a obligaciones del Estado ecuatoriano en el marco de la OMC, cuestión que tendrá que ser analizada por separado.

–Del crédito fiscal, recomendación 2.3. Sería saludable para los agentes económicos que el sistema del IVA adoptara el descuento inmediato del crédito fiscal.

–De los saldos a favor de los exportadores, recomendación 2.4. Acerca de mejorar la gestión de las devoluciones de saldos a favor de los exportadores es necesario que ellas se realicen sin restricciones ni límites. El plazo sugerido es viable (antes del 31 de diciembre de 2005); solamente implicará ajustes operativos de las áreas pertinentes de la administración tributaria.

–De la tarifa cero, recomendación 2.5. El régimen de tarifa cero, y por consiguiente las devoluciones de los saldos a favor, se aplicará sólo a las exportaciones.

–Del régimen del IVA en el transporte, recomendación 3.1. El transporte internacional de carga debe estar gravado con tarifa 0%, mientras que el transporte internacional de pasajeros debe estar gravado con la tarifa general del IVA. El transporte internacional de pasajeros debe gravarse por el país en donde se inicie el itinerario.

–Del régimen del IVA para los bienes de capital, recomendación 3.2. El trato de los bienes de capital debe aproximarse a un IVA tipo consumo, en el que esos bienes están excluidos del campo de aplicación del impuesto. En tanto los bienes de capital estén gravados, debe procurarse un régimen ágil de recuperación del impuesto pagado para adquirirlos.

–Del régimen del IVA para las exportaciones de servicios, recomendación 3.3. Debe mejorarse la legislación sobre exportación de servicios, definiéndola desde los siguientes criterios: a) que el servicio sea utilizado exclusivamente en el exterior; b) que las personas o empresas que utilizan el servicio no tengan negocios o actividades en el país en donde se ubica quien presta el servicio. Sugieren evaluar la aprobación de una lista común de operaciones consideradas como exportaciones de servicios.

–De los regímenes simplificados, recomendación 3.4. Deben limitarse a contribuyentes de la última etapa de la cadena de comercialización (minoristas) y con ventas anuales que no excedan de quince veces el ingreso per cápita en cada país. Ese múltiplo debe ser objeto de armonización en todos los países.

–De la declaración del IVA, recomendación 4.1. La declaración del IVA debe ser mensual.

–De los requisitos de las facturas, recomendación 4.2. Debe existir un sistema de control de facturas con requisitos básicos para éstas y autorización previa de impresión.

–*De los plazos para las devoluciones, recomendación 4.3.* Los plazos legales y efectivos de devolución de impuestos a los exportadores deben reducirse a periodos que no excedan de sesenta días, sin perjuicio de la devolución inmediata en casos de solicitudes de devolución con carta fianza.

–*De los sistemas de retenciones del IVA, recomendación 4.4.* Las administraciones tributarias deben implementar sistemas masivos de retenciones de impuestos con la finalidad de mejorar la recaudación del IVA.

–*De los bienes afectos a los impuestos selectivos, recomendación 1.1.* El ISC debe aplicarse a un reducido número de bienes, clasificados en los grupos siguientes: a) cervezas; b) vinos; c) licores y bebidas alcohólicas; d) productos derivados del tabaco; e) gasolina para consumo de automóviles; f) otros derivados del petróleo; g) automóviles; h) juegos de azar.

–*Del nacimiento de la obligación, recomendación 1.2.* La obligación del impuesto debe nacer cuando el producto abandona la fábrica, en el caso de productos nacionales, o la aduana, en el caso de los importados.

–*De la modalidad del impuesto, recomendación 1.3.* La modalidad que se debe usar predominantemente es la tasa (tarifa) específica por unidad reajustada periódicamente por el índice de inflación. Pero si el bien es predominantemente de origen importado puede resultar conveniente aplicar tasas *ad valorem* tanto a los bienes importados como a los bienes nacionales.

–*Sobre la recomendación 1.4.* Las modalidades recomendadas por producto son:

a. Cerveza: monto fijo/litro (teniendo en cuenta grado alcohólico en comparación con los otros licores).
b. Vinos: monto fijo/litro (teniendo en cuenta grado alcohólico en comparación con los otros licores).
c. Licores y bebidas alcohólicas: monto fijo/litro (según rangos de grado alcohólico).
d. Productos derivados del tabaco: monto fijo/unidad (con diferenciación según calidad: negros y rubios).
e. Gasolina para consumo de automóviles y otros derivados del petróleo: monto fijo/galón (en relación directa a la contaminación y, en el caso de las gasolinas, en relación inversa al octanaje).
f. Automóviles: tasa *ad valorem*.
g. Juegos de azar: monto fijo por unidad física (por ejemplo: máquinas, mesas).

–*De las tasas (tarifas), recomendación 1.5.* Se deben aplicar de manera uniforme a los productos nacionales y a los productos importados. En el caso de estos últimos, la base gravable debe estar conformada exclusivamente sobre el valor CIF más el arancel.

–*Recomendación 1.6.* El grado de dispersión de las tasas (tarifas) debe reducirse. Se recomiendan las siguientes cargas tributarias mínimas y máximas:

a. Cerveza: 25%-30%
b. Vinos: 30%-35%
c. Licores y bebidas alcohólicas: 35%-40%
d. Productos derivados del tabaco: 60%-70%
e. Gasolinas para consumo de automóviles: 40%-60%
f. Otros derivados del petróleo: 10%-30%
g. Automóviles: 10%-30%

Estas cargas se refieren a tasas (tarifas) *ad valorem* sobre el valor de venta al consumidor final (precio de venta excluyendo impuestos). En los casos que se apliquen tasas específicas, estos límites se aplican a las tasas (tarifas) *ad valorem* implícitas.

De aceptarse en el contexto de la Comunidad Andina y en cada uno de los Estados miembros las recomendaciones del estudio sobre la armonización del IVA y del ISC que hemos revisado, se evidenciaría, en el buen sentido de los términos, "una clara intromisión" —consentida, por lo demás— de la Comunidad en aspectos de la imposición indirecta que se mantienen aún bajo control del Estado por medio de su poder tributario. He allí otra muestra de las posibles afectaciones del derecho comunitario a las potestades del Poder Legislativo nacional.

Respecto a la imposición directa en el ámbito supranacional andino, cabe referir la decisión 40 de la Comisión (1971), sobre "Aprobación del Convenio para evitar la doble tributación entre los países miembros y del Convenio Tipo para la celebración de acuerdos sobre doble tributación entre los países miembros y otros Estados ajenos a la subregión". Se podría decir que el mayor avance en orden a lograr un acercamiento de las legislaciones nacionales —lejano por supuesto a la armonización tributaria— ha girado en torno a la doble imposición internacional. El Convenio entre los Estados miembros y el Convenio Tipo defienden a ultranza el criterio de la fuente o territorial para someter a gravamen las rentas producidas en cada uno de los territorios de los países miembros. En los últimos años la decisión 40 ha sido muy cuestionada por el poco sentido práctico que ha demostrado en más de treinta años de existencia; además, los Estados no han sabido hacerla respetar a la hora de negociar y suscribir tratados bilaterales de no doble imposición con países desarrollados, lo que les ha hecho someterse la mayoría de las veces a los lineamientos del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que exhibe el criterio de la residencia compatible con el cuidado de sus intereses. En la actualidad, la decisión 40 está siendo sometida a un proceso integral de revisión, para ponerla con un sentido realista, a tono con nuestros tiempos.

Son también importantes para la armonización de la normativa de la imposición directa —y también indirecta— las legislaciones tributarias nacionales, las referidas a los principios de la tributación, a aspectos formales y materiales de los tributos (códigos tributarios), y aquellas que desarrollan las regulaciones específicas de los tributos sobre la renta, al patrimonio, a los consumos, al comercio exterior, y los seccionales. Para ello colaboró en alto grado el trabajo de los valiosos profesores

latinoamericanos Carlos Giuliani Fonrouge, Rubens Gomes de Sousa y Ramón Valdés Costa, quienes elaboraron un Modelo de Código Tributario para América Latina. Todos los países de la CAN, salvo Colombia, han adoptado un código tributario a manera de ley general que define el marco para la creación de otra normativa que se encarga de los distintos tributos de incidencia nacional o de aquellos creados por las entidades menores al Estado —verbigracia, municipios, consejos provinciales—. Merecen mención aparte las Constituciones de los países miembros de la CAN, las cuales en su mayoría contienen apreciables disposiciones que refieren algunos de los principios de la tributación orientados a iluminar la forma y el alcance del sistema tributario de cada país.

De todo lo visto, diremos que en la Comunidad Andina se ha recurrido a la armonización en sentido estricto o de primer grado, por medio de decisiones emanadas de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que tratan mayormente de la imposición indirecta. Mucho menos se ha trabajado en orden a acercar o armonizar los sistemas tributarios directos.

Creemos que en el ámbito andino ahora está vedado referirse a un concepto de *fiscalidad o tributación comunitaria andina*; en cambio, sí se puede hablar de un mero conjunto de disposiciones de derecho comunitario originario y derivado de contenido fiscal, que afecta la composición y el desarrollo de las fiscalidades de los países miembros para alcanzar los objetivos del acuerdo fundacional. Aquel concepto evoca la existencia de un ordenamiento jurídico tributario propio de la Comunidad, de allí que Mauricio Plazas Vega[87] plantea que existe un derecho tributario comunitario en el cual:

> […] en lo atinente a las materias propias de la integración, el ejercicio del poder tributario ya no residiría en el Estado, como ente legitimado por el pueblo soberano, ni la supremacía fiscal tendría como titular al Parlamento nacional, sino que correspondería a un ente comunitario supranacional entre cuyos órganos se definiría la radicación de la facultad de establecer tributos. Por así decirlo, se indaga si es posible afirmar que conjuntamente con el poder y la supremacía tributaria, en el orden interno, cabe reconocer la existencia de otro poder y otra supremacía, de alcance supranacional. A lo cual es del caso agregar la prevalencia de las normas comunitarias sobre el derecho interno, en relación con ordenamientos pretéritos, actuales y futuros.[88]

Parafraseando al mismo autor, el pueblo soberano decide que el poder tributario resida en el Estado y que lo ejerza el Ejecutivo y el Parlamento como titulares de poder tributario originario, pero este poder también puede residir en entes subnacio-

---

[87] Mauricio Plazas Vega, *Derecho tributario comunitario. La armonización tributaria en el Sistema Andino de Integración*, Legis, Bogotá, 2001, p. 75.

[88] Mauricio Plazas Vega (ibídem, p. 75) concibe al derecho tributario comunitario como comprensivo de las disposiciones que corresponden al derecho comunitario originario o derivado, además de las del derecho interno que hayan de expedirse para la transposición de las disposiciones comunitarias o para dar cumplimiento a los compromisos de tipo supranacional que asuman los Estados miembros en el sentido de arribar a un resultado exigido en el orden interno.

nales (artículo 228 de la CPE)[89] o en comunidades supranacionales y ser ejercido por un Parlamento supraestatal elegido por los ciudadanos de la región o subregión de que se trate. Los entes comunitarios no son titulares de soberanía, pero pueden serlo de poder tributario, siempre y cuando esta última atribución esté sujeta de manera insalvable al principio *nullum tributum sine lege*, de forma tal que se coarte la posibilidad de que burócratas comunitarios establezcan tributos sin mediar el voto de los representantes del pueblo de la región o subregión.[90]

Ante tal escenario, diremos que es hora de pensar en redefinir los alcances del poder financiero y tributario del Estado, porque se verán altamente influidos por el acatamiento de los principios básicos del derecho de la Comunidad. Sin duda, el poder de imposición de los Estados miembros queda orientado, modulado o limitado, al servicio de una política común que se inspira en principios, fines e ideales que, aunque tolerados desde la Constitución nacional, no tienen sustento en cuestiones concretas.

Somos de la opinión de que Ecuador debe aceptar sin dificultades la aplicación *erga omnes* del derecho comunitario derivado de la CAN, en materias previstas por el Acuerdo de Cartagena, las cuales, aunque aparentan ser de carácter exclusivamente estatal, suponen una cuestión supranacional y de interés común para los participantes en el proyecto de integración.

Lo que aquí se ha planteado es más complejo de lo que parece, ya que la voluntad política para avanzar en el proceso de integración andina puede enfrentar muchos escollos por el deseo de los Estados de tutelar los intereses y peculiaridades de sus sistemas tributarios; por ello, no ha de sorprendernos si el proceso de armonización de la fiscalidad en la CAN viene entorpecido por recaídas y desilusiones, lo que puede llevar a los Estados miembros a sentir la compleja realidad y la necesidad de redimensionar los objetivos trazados[91] y, por qué no, de considerar a tal efecto aspectos puntuales como: 1) un replanteamiento de las normas constitucionales referidas a la integración económica en general y a la materia impositiva en particular; 2) la reconducción del enfoque de los derechos fundamentales de la persona humana relacionándolos con la ciencia de la tributación, el ámbito y alcance de las potestades tributarias estatales y de los entes subnacionales; 3) la limitación del principio de reserva de ley en materia tributaria.

No hay que olvidar que el acercamiento o la convergencia de las legislaciones tributarias, especialmente en lo que se refiere a la imposición directa, puede acarrear algunas dificultades, entre ellas, la creación de competencia fiscal insana entre los

---

[89] Esta disposición en el segundo inciso dice: "Los gobiernos provincial y cantonal gozarán de plena autonomía y, en uso de su facultad legislativa podrán dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras".

[90] Plazas Vega, *Derecho tributario…*, o. cit., p. 76.

[91] Véase en este sentido, sobre el caso europeo la autorizada opinión de Joachim Lang (o. cit., p. 767). Véase también, Gabriel Casado Ollero, "Ordenamiento comunitario y ordenamiento tributario interno", en *Tratado de derecho tributario*, t. I, Temis, Bogotá, 2001, pp. 822 ss.

países, lo que eventualmente ocasionaría a su vez, por ejemplo, la desgravación del capital y por lo tanto la necesidad de incrementar la imposición sobre las rentas del trabajo, impediría el uso de los sistemas tributarios para el logro de objetivos públicos y sociales y de cuidado del ambiente, incentivaría la deslocalización de las rentas, de las inversiones y la movilidad de los agentes de la economía.

Finalmente, insistimos en que una atenuación de estos intrincados problemas podría encontrarse con una clarificación constitucional acerca de los límites materiales y sustantivos para el accionar de la Comunidad en general y particularmente en el ámbito tributario, para lo cual a corto plazo se deberá propender a una reforma de la Carta Política que compatibilice la existencia de un mercado expedito de nivel subregional, con los principios fundamentales de las personas, la participación de los pueblos en la toma de las decisiones, la organización político-administrativa estatal y las competencias de los poderes públicos.

Bibliografía

ALÁEZ CORRAL, Benito, "Soberanía constitucional e integración europea", en *Fundamentos*, nº 1, 1998.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1999.

BENÍTEZ, Juan, *Problemas tributarios que plantea el Mercosur*, Universidad de la República, Montevideo, 1993.

Boletín Oficial de las Comunidades Europeas, nº C97, 28/7/69.

BORJA Y BORJA, Ramiro, *Derecho constitucional ecuatoriano*, t. II, Universidad Central del Ecuador, Quito, 1979.

BROTÓNS, Antonio Remiro, et al., *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

BUENO MARTÍNEZ, Patricio, "El derecho comunitario en el Pacto Andino: caso ecuatoriano", en *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Tribunal de Justicia/Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1997.

CASADO OLLERO, Gabriel, "Ordenamiento comunitario y ordenamiento tributario interno", en *Tratado de derecho tributario*, t. I, Temis, Bogotá, 2001.

CENTRO ESPAÑOL DE RELACIONES INTERNACIONALES, *Breve diccionario del Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1993.

DI GIOVANNI BATISTA, Iliana, *Derecho internacional económico y relaciones económicas internacionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 1996.

FARÍA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES, *Mesa redonda sobre "La integración de América Latina y la cuestión constitucional"*,

Informe de la Secretaría General, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1967.

KELSEN, Hans, *Teoría del derecho internacional consuetudinario*, trad. Nicolás de Piérola, Cultural Cuzco, Lima, 1996.

— *Teoría pura del derecho*, trad. Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 4ª ed., 1ª reimp., 2000.

LANG, Joachim, "Los presupuestos constitucionales de la armonización del derecho tributario en Europa", trad. César García Novoa, en *Tratado de derecho tributario*, t. I, Bogotá, Temis, 2001.

LARREA HOLGUÍN, Juan, "Supremacía de la Constitución y tratados internacionales", en *FORO*, nº 1, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador-Corporación Editora Nacional, Quito, 2003.

MALDONADO LIRA, Héctor, *30 años de integración andina*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 1999.

MANGAS MARTÍN, Araceli, y Diego LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 2ª ed., 1999.

— *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 2002.

MOLESTINA ZAVALA, Oswaldo, "La institucionalización jurídica de los procesos de integración y la supremacía de la normatividad comunitaria", XXI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Tegucigalpa, 26 de noviembre al 2 de diciembre de 2000.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho de los tratados*, Leyer, Bogotá, 2ª ed., 1995.

MONTAÑO GALARZA, César, "Constitución y derecho de la integración en la Comunidad Andina", inédito, Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, 2001.

PACHECO MARTÍNEZ, Filiberto, *Derecho de la integración económica*, Porrúa, México, 1998.

PARDO CARRERO, Germán, "La armonización tributaria en los procesos de integración", documento de trabajo, Seminario de Derecho Fiscal Internacional, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, 19 de mayo al 20 de junio de 2003.

PLAZAS VEGA, Mauricio, *Derecho tributario comunitario. La armonización tributaria en el Sistema Andino de Integración*, Legis, Bogotá, 2001.

PÉREZ TREMPS, Pablo, "La Constitución española antes y después de Niza", en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 13, mayo-agosto 2001.

PICO MANTILLA, Galo, *Derecho andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1992.

PIZZOLO, Calogero, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

PONCE DE LEÓN, Eugenia, *Temas de derecho comunitario ambiental andino*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

RADZYMINSKI, Alejandro, "Sociedades multinacionales y procesos de integración económica", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 21, nos 121-126, Depalma, Buenos Aires, 1988.

SÁCHICA, Luis Carlos, *Derecho comunitario andino*, Temis, Bogotá, 2ª ed., 1990.

SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés, et al., *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 2ª ed., 1999.

SECRETARÍA GENERAL DEL PARLAMENTO ANDINO, *Parlamento Andino. Instrumentos básicos*, Bogotá, 2001.

SUÁREZ MEJÍAS, José Luis, "La Comunidad Andina: un proceso de integración en constante evolución", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, nº 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999.

TRUJILLO, Julio César, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 1994.

VARIOS AUTORES, *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Tribunal Andino de Justicia-Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1997.

Normativa jurídica

Constitución Política de la República del Ecuador, Gaceta Constitucional, Asamblea Nacional Constituyente, Quito 1998.

Ley de Promoción y Garantía de Inversiones, ley 46, *RO* 219 de 19 de diciembre de 1997.

Constitución Política del Ecuador de 1978 Codificada en 1997, ley s/n, *RO* 2 del 13 de febrero de 1997.

Constitución Política del Ecuador de 1967, decreto legislativo nº 000, *RO* 133 del 25 de mayo de 1967.

Constitución Política del Ecuador de 1946, decreto legislativo nº 000, *RO* 773 del 31 de diciembre de 1945.

Decisiones de la Comunidad Andina.

Pronunciamientos judiciales

Dictamen de Incumplimiento de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, RSA 171, *RO* 201 de 31 de mayo de 1999.

Boletín Oficial de las Comunidades Europeas, nº C97, 28/7/69.

Proceso 3-AI-98 Acción de Incumplimiento, sentencia de 11 de febrero de 1999.

Sentencia, caso *Costa c. ENEL*, 15 de julio de 1964, asunto 6/64.

Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua) *

El proceso de integración centroamericana y la globalización

I. Generalidades históricas: el proceso de la integración centroamericana y el fenómeno de la globalización

Históricamente, la región centroamericana ha realizado diversos intentos por integrarse en una gran patria. En el siglo XIX se pretendió una unión en el campo político; posteriormente, en los años cincuenta del siglo pasado, la integración fue sectorial, únicamente en el aspecto económico e institucional. En la actualidad el proceso es integral: además de lo económico incluye los ámbitos políticos, sociales, culturales y ambientales.

La integración centroamericana ha sido la primera experiencia de su género en América Latina. Sus períodos históricos guardan ciertas similitudes con las reformas que se han dado en Europa para el fortalecimiento de la unión económica y política. Sin embargo, las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales, así como las pugnas localistas y los problemas de comunicación, eran muy diferentes. Las estructuras políticas y económicas heredadas del tiempo de la colonia, así como los intereses individualistas y el caudillismo, constituyeron serios obstáculos para el avance de la integración centroamericana.

Declarada la independencia de España, en 1821, Centroamérica se constituyó en 1823 en República Federal Centroamericana. Sin embargo, la situación de pobreza, así como las luchas localistas y las guerras civiles (1826-1829), truncaron esta aspiración. El fracaso de este intento federalista llevaría a un largo período de desestabilidad política en la región. Todos los intentos unionistas fracasaron.[1]

---

* Secretario general de la Corte Centroamericana de Justicia. Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Centroamericana (UCA) y catedrático de Diplomacia y Relaciones Internacionales en la Universidad Americana (UAM).

[1] Gautama Fonseca Zúñiga: *Lecciones de integración centroamericana*, Tegucigalpa, 1986, pp. 25-31.

José Cecilio del Valle, en su famoso "Ideario" publicado en el *Amigo de la Patria* el 1º de marzo de 1822, escribía: "La América será desde hoy mi ocupación exclusiva. América de día cuando escriba. América de noche cuando piense. El estudio más digno de un americano es la América".[2]

Este histórico sueño cobra especial relevancia actualmente, con la globalización, fenómeno por el cual los países comienzan a encarar la integración de manera orgánica, no solamente a través del proceso de globalización de la producción sino en toda su complejidad, mediante la creación de órganos comunes, con atribuciones de competencia y capacidad normativa supranacional, dando origen a un derecho comunitario centroamericano.

En el contexto de la guerra fría, la sociedad internacional estaba conformada por una estructura bipolar: dos bloques de poder antagónicos no sólo en el plano ideológico sino también en el plano económico y militar. El bloque occidental —Estados Unidos con los países occidentales—, con su brazo económico, la Comunidad Económica Europea, y su brazo militar, la OTAN, enfrentado al bloque oriental —la Unión Soviética y los países socialistas del este de Europa— con su brazo económico, el Comecon, y su brazo militar, el Pacto de Varsovia.

Con el fin de la guerra fría y la desaparición del bloque oriental, a finales de 1989, esta estructura de la sociedad internacional se transformó en unipolar en lo militar, hegemonizada por los Estados Unidos y sus aliados occidentales, y multipolar en lo económico, con la Unión Europea, Japón y el Sudeste Asiático, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México (NAFTA), el Mercosur, el Pacto Andino, el Sistema de Integración Centroamericana, el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), etcétera.

El doctor Rafael Chamorro Mora, presidente de la Corte Centroamericana de Justicia, señala que con la globalización:

> Los problemas también se globalizan y no hay ningún estado solo con capacidad suficiente de respuestas a problemas generales que requieren soluciones también generales. La humanidad exige una comunidad interdependiente y solidaria. Los nacionalismos excluyentes son resabios del pasado y no es sino a través de la unión con nuestros vecinos, con los más próximos y afines, que construiremos la integración regional. Es aquí en este estadio en que nos encontramos, donde los Estados caen en la cuenta de que no pueden hacer frente a la problemática nacional e internacional aisladamente y los objetivos comunes se generalizan y logran a través de la cooperación

---

[2] Citado por el expresidente de la Corte Centroamericana de Justicia, abogado Adolfo León Gómez, en su exposición con ocasión la cortesía de sala concedida por el Parlamento Centroamericano el día 28 de mayo del 2002, donde destacó los infundados ataques en contra de la Corte Centroamericana de Justicia y las distintas propuestas de reforma a su estatutos sin un fundamento lógico y social suficiente, y llamó, por el contrario, a fortalecer los órganos fundamentales del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA).

> institucionalizada. Los desafíos se vuelven comunes, como lo es el combate del terrorismo, la erradicación del tráfico de droga o narcoactividad, la corrupción, la supresión de la pobreza crítica, la contaminación, etcétera.[3]

Los centroamericanos hemos aprendido a dar respuesta en forma unida a problemas comunes desde cuando derrotamos al filibustero William Walker, quien a través de la guerra centroamericana pretendía anexar Centroamérica al sur de los Estados Unidos. Sin importar fronteras ni colores políticos, todos nos unimos para enfrentarlo y derrotarlo. Así mismo, en la década de los ochenta surgieron iniciativas de paz genuinas, como la del grupo de Contadora y más tarde de los propios presidentes centroamericanos en Esquipulas I y II, que continuaron a través del diálogo y la negociación política en las cumbres de presidentes y permitieron dar respuesta concreta a los problemas de la guerra, logrando no sólo evitar una guerra generalizada en Centroamérica sino también alcanzar la paz en Nicaragua, El Salvador y Guatemala.

El doctor Fabio Hércules Pineda, magistrado de la Corte Centroamericana de Justicia, expresa:

> La integración se hace necesaria para hacer frente a los retos que implica el proceso de globalización, ya que no podría lograrse en forma aislada; por ello los Centroamericanos estamos buscando concretar el proyecto de la Unión Centroamericana [...] La globalización se puede definir como un proceso de reorganización del capitalismo a nivel mundial, lo que significa una modificación en los aspectos relativos a la organización y funcionamiento del mismo, que comienza con la caída del bloque socialista en Europa y que transformó la estructura económica bipolar en multipolar. El objetivo que presupone esta reorganización es asegurar mercados regionales a partir de su integración para marcar nuevas pautas de producción y consumo donde la libre circulación de bienes, capitales, servicios y personas sean la base. Se trata de una suma encadenada de cambios globales que ha dado fin al sentido que tenía la anterior forma de funcionamiento de las estructuras económicas, donde la globalización aparece como una manifestación de la interdependencia creciente que existe entre las naciones.[4]

A lo largo de las últimas décadas, las innovaciones sin precedentes en las tecnologías de la telecomunicación, el acceso a modos de transporte más rápidos y baratos, y la importancia creciente de los flujos internacionales de comercio, capitales, información y tecnología han hecho que los gobiernos y las sociedades se tengan que enfrentar a nuevos problemas que les exigen respuestas urgentes y adecuadas en todo el mundo.

Una crisis en el balance de pagos de un país asiático genera turbulencias que afectan a países en el continente americano. Las bolsas de valores reaccionan, minuto a minu-

---

[3] Exposición del doctor Rafael Chamorro Mora, como presidente en funciones de la Corte Centroamericana de Justicia, en la X Conferencia Centroamericana de Partidos Políticos realizada en Managua del 28 al 30 de junio del 2001: "Seguridad política y jurídica en la integración centroamericana ante el reto de la globalización".

[4] Conferencia dictada por el doctor Fabio Hércules Pineda, presidente de la Corte Centroamericana de Justicia, sobre "Jurisprudencia, derecho comunitario, identidad nacional y globalización", en el foro "Identidad nacional, integración regional y globalización", Managua, 15 y 16 de enero de 1998.

to, ante informaciones que se propagan con una rapidez extraordinaria. Conflictos que suceden en cualquier parte del mundo están en nuestras pantallas de televisión, en vivo y en colores, y se vuelven con ello una parte de nuestras propias vidas.

En el plano económico, se verifican desarrollos nuevos, especialmente en lo que se refiere a la internacionalización de las cadenas productivas. La denominada *era de la información* permite un grado de interacción entre las economías y las sociedades que sería impensable en épocas anteriores. Además de eso, muchos de los temas políticos que tradicionalmente eran vistos como de "jurisdicción exclusiva" hoy se discuten en organismos multilaterales.

Los mercados son estructuras imprescindibles para impulsar la producción de riquezas y el mejor uso de recursos escasos. Pero son también estructuras inestables, sujetas a comportamientos irracionales, a ciclos sucesivos de euforia y de depresión. Se necesitan mecanismos capaces de incorporar la noción del interés común, la perspectiva de largo plazo y la acción de gobierno.

En el plano político y de las relaciones sociales, el fin de la guerra fría hizo evidente la existencia de una amplia y profunda convergencia de la comunidad internacional en relación con algunos valores básicos, como en el tema de los derechos humanos, y ese avance lo registrará la historia como una de las conquistas de la humanidad en el siglo XX.

No hay respuestas simples ante el fenómeno de la globalización, pero debemos seguir el camino correcto en la dirección de lograr un sistema internacional más justo y mejor organizado a través de los mecanismos de diálogo y cooperación, tanto en el sector económico y financiero como en el campo político.

No podemos confiar ciegamente en la "mano invisible" del mercado o, lo que es todavía peor, hacer valer el unilateralismo y la ley del más fuerte. Solamente con la construcción gradual de consensos, teniendo en cuenta las preocupaciones de todos los países grandes o pequeños, fuertes o débiles, podremos encontrar las respuestas que buscamos y construir el orden más equitativo y más justo al que aspiran nuestros pueblos.[5]

II. La integración como respuesta a la globalización centroamericana

La integración de Centroamérica sirve para maximizar nuestras capacidades y vincularnos más provechosamente a la economía internacional, buscando elevar el nivel de vida de los pueblos con políticas económicas, sociales, culturales y ambientales comunitarias, creando instituciones supranacionales en el marco de un ordenamiento jurídico autónomo. La norma comunitaria tiene las características de primacía, efecto directo y aplicación inmediata en el derecho interno de los Estados miem-

[5] Fernando Henrique Cardoso, "Los desafíos de la globalización", en *Iberoamérica: el desafío de gobernar la globalización*, serie Documentos, Comunica, 1999, pp 33-35.

bros del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). Cada Estado es responsable por los daños causados a otro Estado miembro o a particulares, sean personas naturales o jurídicas, y dicha responsabilidad puede ser exigida jurisdiccionalmente y reparado el daño económico causado, en virtud de sentencia obligatoria y vinculante para esos Estados, órganos e instituciones infractores del derecho comunitario centroamericano.[6]

Es importante destacar que Centroamérica es una comunidad económico-política que aspira a su unión a fin de lograr, mediante el SICA, la realización de la integración para constituir una región de paz, libertad, democracia y desarrollo. Todas las fuerzas políticas tienen que coincidir con el objetivo de una Centroamérica Comunitaria, y los Estados integrarse al Parlamento Centroamericano y a la Corte Centroamericana de Justicia.[7]

Los partidos políticos nacionales de los Estados que no se han incorporado a dichos órganos fundamentales del SICA deberían incluir en sus agendas la ratificación o adhesión de dichos tratados a través de los respectivos Congresos o Asambleas Nacionales, otorgándole capacidad legislativa al Parlamento Centroamericano y sancionadora a la Corte Centroamericana de Justicia, a fin de aprobar tratados con efecto directo y aplicabilidad inmediata en el derecho interno en cada uno de los Estados centroamericanos y fortalecer la ejecución de los fallos que emita el órgano judicial, principal y permanente del SICA.[8]

La lucha contra la pobreza extrema, la inflación, el desempleo, la corrupción, el terrorismo, el narcotráfico y el trafico de armas, la promoción del desarrollo sostenido, la protección del medio ambiente, deben ser impulsadas a través de políticas comunitarias, conformándose una política agrícola común, una política de relaciones exteriores, de defensa y seguridad democrática, y una política de cooperación judicial y de policía, integrando a los gobiernos, partidos políticos nacionales y regionales, jueces, sociedad civil, policía y ejércitos de Centroamérica.

La voluntad política no debe ser obstruida en la toma de decisiones presidenciales por la mayoría absoluta. Proponemos la cooperación reforzada y la modificación en la toma de decisiones presidenciales transformando el consenso por el voto de la mayoría simple.

También exhortamos a los Estados a que manifiesten voluntad política para conformar el Comité Ejecutivo, a fin de que los intereses de cada Estado miembro

---

[6] Véase en la obra jurídica del doctor Jorge Antonio Giammattei Avilés, vicepresidente de la Corte Centroamericana de Justicia, *Guía concentrada de la integración de Centroamérica*, el origen, funcionamiento y fines de la Comunidad Centroamericana, con especial énfasis en los valores, principios y objetivos.

[7] Hasta la fecha, Guatemala, Panamá, Costa Rica y Belice no han ratificado o adherido al Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, y los dos últimos países tampoco al Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas.

[8] Chamorro Mora, exposición citada (véase la nota 3).

del SICA se subordinen a los intereses de la Comunidad Económico-Política de Centroamérica. De esta manera, el Comité Ejecutivo velará por que se cumplan las decisiones adoptadas por el órgano supremo de la integración centroamericana, se respeten las disposiciones del Protocolo de Tegucigalpa y de sus instrumentos complementarios o actos derivados, y se aprueben los reglamentos e instrumentos que elabore la secretaría u otros órganos del SICA.

El cardenal Óscar Andrés Rodríguez, arzobispo de Tegucigalpa, expresa:

> La integración, y menos aún la globalización, no puede pretender eliminar absolutamente las diferencias, pero tampoco puede renunciar a la unidad por aquello de que unidad sin diversidad es tiranía y diversidad sin unidad es anarquía. Si no hay razones para la integración es preciso crearlas por exigencias de la supervivencia.[9]

III. La seguridad jurídica: *locus standi*

1. Breves antecedentes del locus standi

Existe en la sociedad internacional un proceso de institucionalización, modesto y sectorial, que comenzó en el derecho internacional clásico y que se ha desarrollado en el derecho internacional contemporáneo. Dicho proceso ha permitido articular convencionalmente unas fórmulas y unos cauces que posibilitan en casos concretos el acceso directo de individuos ante instancias internacionales que controlan la aplicación de determinadas normas de derecho de gentes. Tales fórmulas y cauces permiten hablar con fundamento de una subjetividad limitada del individuo dentro de un marco convencional.[10]

En la práctica convencional internacional se ha admitido de modo excepcional el *locus standi* o derecho de acceso del particular ante órganos jurisdiccionales. En la Conferencia de Paz de la Haya, de 1907, se adoptó una convención que creaba un tribunal internacional de presas, y en ella se establecía que las reclamaciones podían ser entabladas por un Estado neutral o por un particular neutral o beligerante; pero por no tener el número suficiente de ratificaciones, la Convención no entró en vigor. La Convención de 20 de diciembre de 1907 creó el Tribunal de Justicia Centroamericano, el cual admitía el acceso de los individuos perjudicados.

Por su parte, los tratados de paz subsiguientes a la primera guerra mundial instituyeron los tribunales arbitrales mixtos, que podían conocer de las reclamaciones de los particulares a Estados ex enemigos.

---

[9] "La paz, la democracia y la integración en Centroamérica: una perspectiva desde la globalización", exposición del cardenal Óscar Andrés Rodríguez, arzobispo de Tegucigalpa, en el foro "PARLACEN diez años después: paz, democracia e integración centroamericana", Guatemala, 22 de septiembre del 2001.

[10] José Antonio Pastor Ridruejo: *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 16.

En el ámbito del derecho interno de las organizaciones internacionales, existen normas que regulan las relaciones entre éstas y sus funcionarios, normas que son invocables por las personas en cuestión ante órganos jurisdiccionales específicos de la organización. Es, entre otros, el caso del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, verdadero órgano judicial, competente para conocer de los litigios entre la organización y sus funcionarios. Competencia parecida tiene la Corte Centroamericana de Justicia, creada por el Protocolo de Tegucigalpa, el 13 de diciembre de 1991, que garantizará el respeto del derecho en la interpretación y ejecución de dicho protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados. Y que en el artículo 22, literal *j*, del Convenio de Estatuto de la Corte, conoce en última instancia, en apelación, de las resoluciones administrativas dictadas por los órganos u organismos del Sistema de la Integración Centroamericana que afecten directamente a un miembro de su personal y cuya reposición haya sido denegada.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas puede conocer de los litigios entre las comunidades y sus agentes (artículo 179 del tratado instituyente de la Comunidad Económica Europea y artículo 152 del tratado instituyente de las Comunidades Europeas de Energía Atómica).

En el seno de las Comunidades Europeas existe también el control de la legalidad de determinados actos de sus órganos y el recurso en cuestión puede ser entablado por un Estado miembro, el Consejo, la Comisión y también por personas físicas o jurídicas directamente afectadas. Son sujetos procesales: los Estados, el Consejo, la Comisión, las personas físicas y jurídicas (artículos 170, 173 y 175 del Tratado de la Comunidad Europea).

Al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, según su artículo 17, le corresponde declarar la nulidad de las decisiones de la Comisión y de las resoluciones de la Junta dictadas en violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, incluso por desviación del poder, cuando sean impugnadas por algún país miembro, la Comisión, la Junta o las personas naturales o jurídicas. Son sujetos procesales: los Estados miembros, la Comisión, la Junta y las personas naturales o jurídicas (artículos 17 y 19 del Tratado de Creación del Tribunal Andino).

En la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar se admite la posibilidad de que los particulares, personas físicas o jurídicas, tengan acceso a jurisdicciones internacionales en materia de solución de controversias nacidas de la interpretación o aplicación de la Convención (parte XI, sección V, artículo 187, literal *c*).

También, se reconoce una cierta subjetividad del individuo en la Convención Europea de los Derechos del Hombre, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950. Efectivamente, en virtud de una declaración facultativa los Estados partes pueden aceptar la competencia de la Comisión de los Derechos del Hombre para que conozca las reclamaciones de individuos o asociaciones privadas que se consideren víctimas de una violación por aquel Estado.

Sin embargo, la Comisión no es un órgano jurisdiccional. Únicamente tiene poderes de encuesta y conciliación y, si no consigue un arreglo amistoso entre las partes, debe diferir la solución de la controversia al Comité de Ministros del Consejo de Europa o al Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre. Con la entrada en vigor del Protocolo XI a la Convención Europea de los Derechos del Hombre, los particulares tienen acceso directo al Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre (Tribunal de Estrasburgo).

El acceso del individuo se reconoce también por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero no posee el particular *locus standi* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, faculta a los individuos que se consideran perjudicados por una violación de los derechos enunciados en el Pacto a presentar una comunicación escrita al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Éste transmite dicha comunicación al Estado presuntamente infractor, el cual, en un plazo de seis meses, deberá presentar explicaciones o declaraciones por escrito en las que se aclare el asunto e indicar las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto. El Comité, tras tomar nota de estas explicaciones y de todas las informaciones escritas del individuo, presentará sus observaciones a él y al Estado en cuestión e incluirá un resumen de sus actividades en el informe anual que ha de presentar a la Asamblea General de la ONU.[11]

2. El locus standi *ante la Corte Centroamericana de Justicia*

El paso de mayor significación en orden al reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo es el realizado por el Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, con sede permanente en Managua, el cual establece en el artículo 3:

> La Corte tendrá competencia y jurisdicción propias, con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, Órganos y Organizaciones que formen parte o participen en el "Sistema de la Integración Centroamericana" y para sujetos de derecho privado.

La Corte Centroamericana de Justicia prevé el acceso de los particulares en materia de su competencia de integración, "resolviendo las disputas surgidas entre las personas naturales o jurídicas y un Estado o con alguno de los órganos u organismos que conforman el Sistema de la Integración Centroamericana".[12] Dicha compe-

---

[11] Ibídem, pp. 215-218.

[12] Rafael Chamorro Mora: *La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana*, Imprimatur, Managua, 2000, p. 144.

tencia del Tribunal Centroamericano se encuentra comprendida en el artículo 22 de su Convenio de Estatuto, literales *b*, *c*, *g* y *j*.

También en materia de competencia constitucional, la Corte Centroamericana de Justicia puede conocer y resolver, a solicitud del agraviado, en conflictos que eventualmente surjan entre los poderes u órganos fundamentales de los Estados, y cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales (artículo 22 literal *f*).

Esta competencia es retomada de lo que fue la Corte de Justicia Centroamericana (Corte de Cartago), ya que un artículo anexo a la convención que la creó establece:

> La Corte de Justicia Centroamericana conocerá también de los conflictos que pueda haber entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y cuando no se respeten los fallos judiciales o las resoluciones del Congreso Nacional.[13]

En lo que respecta al *locus standi* (acceso de los particulares a la Corte Centroamericana de Justicia), éste se pone en movimiento cuando de hecho no se respetan los fallos judiciales, ya que en la primera hipótesis del artículo 22, literal *f*, el agraviado es el representante legal de uno de los poderes del Estado o de un órgano fundamental, y actúa no como particular sino con el *jus imperium* propio de sus funciones en instituciones que podrían entrar en conflicto y poner en peligro el orden constitucional y la democracia, afectando los propósitos y principios del Sistema de la Integración Centroamericana, de acuerdo con las reglas siguientes:

> 1) Que el conflicto le sea sometido voluntariamente por el Órgano o Poder Fundamental agraviado; 2) Que el Órgano o Poder Fundamental que hubiese recibido el daño haya agotado todas las instancias jurídicas y políticas internas a fin de resolver el conflicto sin lograr los resultados deseados con la doble consecuencia de que el perjuicio recibido ha de poner en peligro su propia estabilidad institucional e impedir se alcance el objetivo fundamental de convertir a toda Centroamérica en una región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo; y 3) Que la crisis producida por la afectación del Órgano o Poder Fundamental se convierta en un serio riesgo para la consecución de los propósitos y el cumplimiento de los principios fundamentales trazados por el Sistema de la Integración Centroamericana, en los artículos 3 y 4 del Protocolo de Tegucigalpa.[14]

La Corte Centroamericana de Justicia tiene como sujetos procesales: los Estados, los poderes, los órganos fundamentales y las organizaciones del SICA, así como los sujetos de derecho privado, sean personas naturales o jurídicas (artículo 3 del Convenio de Estatuto en conexión con el artículo 3 de la Ordenanza de Procedimientos de la Corte).

Sobre esta competencia —conflicto entre poderes y órganos fundamentales de los Estados (artículo 22, literal *f*), primera hipótesis del Convenio de Estatutos de la Corte—, no se han conocido casos en la historia del funcionamiento de la Corte de

---

[13] Ibídem.

[14] Jorge Antonio Giammattei Avilés: *La competencia de la Corte Centroamericana de Justicia. Conflictos entre poderes y órganos de los Estados e irrespeto a los fallos judiciales*, Somarriba, Managua, 1996, pp. 84-85.

Cartago, el Consejo Judicial Centroamericano como Corte Centroamericana de Justicia a. i. y la Corte de Managua. En cambio, en cuanto a la segunda hipótesis —cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales— se han conocido los casos siguientes:

1. Demanda presentada por Jeannette del Carmen Vega Baltodano contra el Estado de Nicaragua (declarada procedente).
2. Demanda presentada por Nicolás Urbina Guerrero contra el Poder Judicial de Nicaragua (declarada inadmisible).
3. Demanda presentada por Álvaro José Róbelo González contra el Consejo Supremo Electoral y sus integrantes (declarada con lugar).
4. Demanda presentada por Félix Castillo Fernández contra el Municipio de Managua (declarada con lugar).[15]
5. Demanda presentada por la familia Mondragón Cortes y Ayala contra el Poder Judicial de Honduras (declarada improcedente).
6. Demanda presentada por la Sociedad La Asunción, sociedad anónima de capital variable del domicilio de San Salvador, República de El Salvador, contra el Órgano Judicial de la República de El Salvador (declarada improcedente).
7. Dos demandas presentadas por Ferdinand Brandstetter contra el Poder Ejecutivo de Nicaragua, Empresa Nicaragüense de Electricidad (ENEL) (en trámite).
8. Dos demandas presentadas por Bayardo Saturnino Alemán Jarquín contra el Poder Ejecutivo de Nicaragua, Empresa Nicaragüense de Electricidad (ENEL) (en trámite).
9. Demanda presentada por Francisco Salomón Álvarez Arias y Reynaldo Sobalvarro Stubbertt contra el Instituto de Desarrollo Rural, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial de Nicaragua (declarada por ahora sin lugar por no estar agotados los procedimientos internos previstos por la legislación vigente en el Estado de Nicaragua).
10. Demanda presentada por Gustavo Porras Cortez contra el Poder Ejecutivo de Nicaragua, Ministerio de Salud (MINSA) (declarada con lugar).
11. Demanda presentada por Helio Artola Navarrete, Roberto López Vargas y José Dionisio Morales Castillo contra el Poder Ejecutivo de Nicaragua, Ministerio de Salud (MINSA) (declarada con lugar).
12. Demanda presentada por Steger Hermann contra el Poder Judicial de Nicaragua (declarada por ahora inadmisible por existir recursos presentados ante la autoridad competente y aún pendientes de resolución, respecto a la mora en el cumplimiento de la sentencia).
13. Demanda presentada por Carlos Iván Torres Lacourt contra el Poder Ejecutivo de Nicaragua (declarada con lugar).

---

[15] Chamorro Mora, *La Corte…*, o. cit., pp. 144-185.

3. Un récord jurisprudencial en la protección de los particulares

En estos ocho años y cinco meses de funcionamiento de la Corte Centroamericana de Justicia cumplidos el 12 de marzo del 2003, no es nada despreciable contar ya con un acervo comunitario compuesto por cuarenta y un casos contenciosos, de los cuales doce se encuentran en trámite, y veinte solicitudes de opiniones consultivas, de las cuales una se encuentra en trámite.

Cabe destacar el *locus standi* de los particulares en materia de integración en los siguientes casos:

1. Demanda presentada por Ricardo Duarte Moncada contra el Gobierno de Nicaragua, la Alcaldía de Managua y el Banco Centroamericano de Integración Económica por daños a la propiedad (no se le dio curso al escrito en virtud de haber transcurrido el término señalado, sin que el peticionario hubiera subsanado las omisiones incurridas en la demanda).
2. Demanda presentada por Fanny Duarte de Herdocia por falta de cumplimiento del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial (se declaró inadmisible).
3. Demanda incoada por José Vicente Coto Ugarte contra la Universidad de El Salvador por desconocimiento del Convenio sobre el Ejercicio de Profesiones Universitarias y Reconocimiento de Estudios Universitarios (se declaró por ahora sin lugar por no haber agotado los procedimientos internos previstos por la legislación vigente en el Estado de El Salvador).[16]
4. Demandas interpuestas por la Asociación de Agentes Aduanales autorizados (ASODAA) de la República de El Salvador y de Alfonso Estrada Cuadra en contra del Consejo de Ministros de Integración Económica, con acción de nulidad de la resolución nº 60-2000 (COMIECO-XV) (se resolvió acumular ambas demandas en una sola sentencia y el 25 de octubre de 2001 se declararon con lugar; la Corte declaró sin lugar una solicitud de aclaración y ampliación de las sentencias del 25 de octubre y el 4 de diciembre de 2001).
5. Demanda presentada por Lilliam Elizabeth Muñoz contra la Dirección General de Servicios Aduaneros de Nicaragua, en virtud del artículo 22 inciso *c* del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia (se declaró sin lugar por carecer la parte actora de base legal su causa de pedir, lo que la convierte en improcedente).
6. Demanda presentada por los diputados Camilo Agustín Brenes Pérez y Alba Palacios Benavides contra el Parlamento Centroamericano, con acción de nulidad de la resolución A/P131-2001 de la Asamblea Plenaria del Parlamento Centroamericano (se declaró sobreseer en el procedimiento por carecer de objeto y haber desaparecido así el interés jurídico para las partes en

[16] Ibídem, pp. 36-59.

esta causa, debiendo concluir su tramitación; también se declaró extinguida la acción incoada).

7. Demanda presentada por Ricardo Alfredo Flores Asturias contra el Parlamento Centroamericano, con acción de nulidad de la resolución A/P131-2001 de la Asamblea Plenaria del Parlamento Centroamericano (se declaró sobreseer en el procedimiento por carecer de objeto y haber desaparecido así el interés jurídico para las partes en esta causa, debiendo concluir su tramitación; además se declaró extinguida la acción incoada).
8. Demanda presentada por Mercoagro Internacional S. A. contra el Consejo de Ministros de Integración Económica, con acción de nulidad de la resolución 1-97 (Comieco-I) (en trámite).
9. Demanda presentada por la Asociación de Agentes Aduaneros Autorizados (Asodaa) de la República de El Salvador en contra del Consejo Arancelario Aduanero Centroamericano (en trámite).
10. Demanda presentada por la Confederación de Agentes Aduaneros del Caribe (Conaac) contra el Consejo Arancelario Aduanero Centroamericano (en trámite).
11. Demanda presentada por la Cámara de Agentes Aduaneros, Almacenadores y Embarcadores de Nicaragua (Cadaen) contra el Consejo Arancelario Aduanero Centroamericano (en trámite).
12. Demanda presentada por la Federación Nacional de Agentes Aduaneros de Honduras (Fenaduanah) contra el Consejo Arancelario Aduanero Centroamericano (en trámite).
13. Demanda presentada por la diputada Martha Mc Coy Sánchez contra la Asamblea Nacional de Nicaragua (se declaró no dar curso a la demanda por carecer ésta de fundamento razonable a juicio de la Corte).
14. Demanda presentada por José Arnoldo Alemán Lacayo contra el Estado de Nicaragua (en trámite).[17]
15. Demanda presentada por el diputado suplente al Parlamento Centroamericano Víctor Elías Francisco Bendeck Ramírez contra el Estado de Honduras (en trámite).

Este récord jurisprudencial no tiene parangón con otros tribunales internacionales y de integración y refleja que el *locus standi* ante la Corte Centroamericana de Justicia continuará fortaleciendo la institucionalidad del Sistema de la Integración Centroamericana y su seguridad jurídica, a fin de cristalizar los anhelos unionistas por convertir a Centroamérica en una región de paz, libertad, democracia y desarrollo.

Este quehacer jurisprudencial de la Corte Centroamericana de Justicia es suficiente argumento para demostrar la imperiosa necesidad de que exista un órgano

[17] Ibídem.

judicial principal y permanente a fin de darle seguridad jurídica al Sistema de la Integración Centroamericana y que los Estados miembros, los poderes u órganos fundamentales, los órganos u organismos y los particulares, sean personas naturales o jurídicas, encuentren en la Corte Centroamericana de Justicia el mecanismo viable para la solución pacífica de sus controversias.

Con estas argumentaciones jurídicas he pretendido dar respuesta a la pregunta: ¿será la integración un experimento fracasado? Obviamente, la respuesta es no.

Es de esta manera, fortaleciendo la institucionalidad y la seguridad jurídica del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), que podremos decir, citando al cardenal Rodríguez:

> […] es la hora de la integración y es el instante de inaugurar para el tercer milenio una sociedad donde reinen la justicia, la solidaridad y la paz; en donde seamos libres de hacer el bien y convirtamos la definición de la política como "arte de lo posible" en "el arte de hacer posible lo deseable".[18]

IV. La Corte Centroamericana de Justicia y la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales

El artículo 25 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia establece: "La competencia de la Corte no se extiende a la materia de derechos humanos, la cual corresponde exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Sin embargo, existe una interpretación extensiva al referido artículo.

Según criterio del doctor Rafael Chamorro Mora, presidente de la Corte Centroamericana de Justicia, en aquellos casos de violaciones de derechos humanos no cometidas por los Estados sino por órganos de la integración, pudiera la Corte conocer de ellas, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos carece de competencia por no ser los Estados los infractores.[19] También para el magistrado vicepresidente de la Corte Centroamericana de Justicia, Jorge Antonio Giammattei Avilés:

> [El artículo 25 del Estatuto de la Corte] debe interpretarse en tal forma restringido para los casos de los Estados sujetos a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos según el artículo 44 de la referida Convención, en tal forma que no puedan quedar sin sanción infracciones a Derechos Fundamentales de un Órgano, Organismo o Institución del Sistema SICA, como consecuencia del incumplimiento de la normativa comunitaria relativa a esa materia o de los principios y normas de las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), o de la Organización de Estados Americanos (OEA), o de lo establecido en las Declaraciones de la Reunión de Presidentes como Órgano Supremo

---

[18] Óscar Andrés Rodríguez, exposición citada (véase la nota 9).

[19] Rafael Chamorro Mora, conferencia dictada en el seminario "Justicia e integración", celebrado con motivo de la VII Asamblea General del IELEPI, en la ciudad de Managua, los días 16 y 17 de noviembre de 1998.

> del Sistema SICA, a partir de mayo de 1986, que según el artículo 4 letra *i* del Protocolo de Tegucigalpa son también normas y principios del Sistema SICA.[20]

En ese sentido, la Corte Centroamericana de Justicia ha sentado jurisprudencia al respecto, mediante resolución del 24 de octubre de 2000, referente al escrito presentado por José Viguer Rodrigo, en el que alegaba que en el juicio penal que se le instruía por el delito de violación ante las autoridades judiciales de Chinandega, Nicaragua, la justicia nicaragüense había cometido irregularidades debidas al prejuicio racial que suscitaba su nacionalidad española. La Corte resolvió lo siguiente:

> CONSIDERANDO I): Que si las supuestas infracciones fueran atribuidas a un Órgano, Organismo o Institución del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), como consecuencia del incumplimiento de la Normativa que rige este Sistema, podrían tal vez llegar a ser del conocimiento de esta Corte, en atención a que uno de los pilares en que se fundamenta el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), es el irrestricto respeto, tutela y promoción de los Derechos Humanos, de conformidad con los artículos 3 a) y 4 a) del Protocolo de Tegucigalpa, que este Tribunal está en la obligación de salvaguardar y hacer efectivos a lo interno del Sistema, ya que dichos Órganos, Organismos e Instituciones no están sujetos a la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los afectados por ellos quedarían sin protección alguna.
>
> CONSIDERANDO II): Que en el presente caso se trata de una presunta violación de Derechos Fundamentales atribuida a las autoridades judiciales de un Estado sujeto a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, según los artículos 44 y 61 numeral 2 de la referida Convención, por lo que de conformidad con el artículo 25 del Convenio del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia no podría ser del conocimiento de este Tribunal.
>
> CONSIDERANDO III): Que el artículo 30 del aludido Convenio de Estatuto le otorga a La Corte la facultad para determinar su competencia en cada caso concreto, interpretando los Tratados o Convenciones pertinentes al asunto en disputa, aplicando los principios del Derecho de Integración y del Derecho Internacional, por UNANIMIDAD, RESUELVE: Declarar sin lugar lo solicitado en el referido escrito, por no ser de la competencia de este Tribunal, ya que lo expresado es atinente a supuestas violaciones de Derechos Fundamentales atribuidas a los Órganos encargados de Administrar Justicia en Nicaragua, Estado para el cual está vigente la Convención Americana de Derechos Humanos y como consecuencia su conocimiento puede caer bajo la competencia exclusiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con lo establecido en los Artículos 44 y 61 numeral 2 de esa Convención.[21]

En el artículo 26 ("Desarrollo progresivo") de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), se establece que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación

---

[20] VIII Encuentro de los Presidentes y Magistrados de las Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, en las ciudades de Bruselas, Luxemburgo, Karlsruhe, Estrasburgo y Berlín, del 24 de junio al 1 de julio del 2001, publicación de la Fundación Konrad Adenauer, México; ponencia del Dr. Jorge Antonio Giammattei Avilés, presidente de la Corte Centroamericana de Justicia, Nicaragua, p. 42.

[21] Adolfo León Gómez: *Doctrina de la Corte Centroamericana de Justicia. Resoluciones, precedentes, votos disidentes*, Managua, 2002, pp. 220-221. *Gaceta Oficial. Corte Centroamericana de Justicia*, año 6, nº 11, Managua, lunes 16 de abril del 2001, pp. 4-5.

internacional, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA vigente, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

En la Convención no se explicita cuáles son los derechos económicos, sociales y culturales y no se instaura un mecanismo de reclamaciones individuales para su protección. Sin embargo, en el Pacto Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado Protocolo de San Salvador, no sólo se indica cuáles son estos derechos sino que en el artículo 19 se establecen los medios de protección, ya sea por la vía de informes periódicos de las medidas que los Estados hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en dicho Protocolo, o bien por la vía de reclamaciones individuales en el caso en que los derechos establecidos en el párrafo *a* del artículo 8 y en el artículo 13 ("Libre sindicalización y educación") fueran violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del Protocolo de San Salvador.

En consecuencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede actuar tutelando estos derechos y, en su caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si el Estado parte de ese protocolo ha hecho la declaración de aceptación de la competencia y jurisdicción de esta Corte para conocer de violaciones a los derechos de libre sindicalización y educación.

Los demás derechos económicos, sociales y culturales quedan protegidos únicamente por la vía de informes de los Estados partes del Protocolo de San Salvador y por la formulación de observaciones y recomendaciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considere pertinente sobre la situación de los derechos siguientes:

- artículo 6: "Derecho al trabajo";
- artículo 7: "Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo";
- artículo 8: "Derecho a la huelga";
- artículo 9: "Derecho a la seguridad social";
- artículo 10: "Derechos a la salud";
- artículo 11: "Derecho a un medio ambiente sano";
- artículo 12: "Derecho a la alimentación";
- artículo 14: "Derechos a los beneficios de la cultura";
- artículo 15: "Derecho a la constitución y protección de la familia";
- artículo 16: "Derechos de la niñez";
- artículo 17: "Protección de los ancianos";
- artículo 18: "Protección de los minusválidos".

En consecuencia, tanto estos derechos económicos, sociales y culturales como los derechos a la libre sindicalización y a la educación, si el Estado que los viola no es parte del Protocolo de San Salvador y no ha hecho la declaración de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —conforme el ar-

tículo 62, numeral 1, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos—, quedarían fuera del mecanismo de protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano en la doble vertiente, por la vía cuasi-contenciosa de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la vía contenciosa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y podrían también llegar a ser del conocimiento de la Corte Centroamericana de Justicia, en atención a que uno de los pilares del SICA es el irrestricto respeto, tutela y promoción de los derechos humanos, de conformidad con los artículos 3.*a* y 4.*a* del Protocolo de Tegucigalpa y, además, porque no cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 25 del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

La Corte Centroamericana de Justicia tiene facultad para determinar su competencia en cada caso concreto, interpretando otros tratados —como el Tratado de Integración Social, que contiene no sólo derechos civiles y políticos, sino también derechos económicos, sociales y culturales— u otras convenciones pertinentes al asunto en disputa, aplicando los principios del derecho de integración y del derecho internacional.

Es de esta manera que la Corte Centroamericana de Justicia podría poner en vigencia los derechos económicos, sociales y culturales, mediante sus propias competencias, particularmente aplicando el artículo 22 literales *c*, *e* y *g* de su Convenio de Estatuto.

Sólo con un tribunal de justicia supranacional de carácter permanente, independiente e imparcial que permita el acceso directo a los particulares (*locus standi*) y garantice el respeto al derecho, en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa y sus instrumentos complementarios o actos derivados, es que podríamos avanzar sólidamente en el proceso de integración centroamericana y enfrentar exitosamente los desafíos de la globalización.

Kurt Riechenberg (Luxemburgo) *

El proceso prejudicial en la Unión Europea **

I. Introducción

El Tribunal de Justicia es la institución garante del respeto y de la uniformidad del derecho comunitario. Su imparcial labor jurisdiccional ha impulsado de manera decisiva el proceso iniciado por los actores políticos. Su jurisprudencia ha sido esencial para el desarrollo y el éxito de la integración europea.

El sistema jurisdiccional de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), de 1952, se apartó totalmente de los modelos clásicos de organizaciones internacionales, puesto que se basó en la cesión de soberanía sobre un sector determinado de las economías nacionales. Esta cesión de poderes de Estado fue exhaustiva, dado que comprendía el campo legislativo y las correspondientes facultades administrativas, así como el poder judicial. Por lo tanto, la creación de la CECA vino acompañada por el establecimiento de tres instituciones encargadas de desempeñar las referidas funciones: un Consejo de Ministros como órgano legislativo, una Alta Autoridad (hoy la Comisión Europea) como órgano administrativo y el Tribunal de Justicia.

Conviene destacar el acuerdo entre los países fundadores de la CECA para otorgar al Tribunal el monopolio de juzgar cualquier conflicto jurídico en el ámbito comunitario e interpretar cualquier disposición del derecho comunitario. Se excluyó expresamente el uso de otras vías para solucionar controversias entre Estados miembros, entre las instituciones de la Comunidad, entre Estados e instituciones o en otros supuestos de litigio.

La creación de la Comunidad Económica Europea en 1957 se inspiró en los mismos principios institucionales y jurídicos. Además, ninguna de las numerosas modificaciones de los tratados constitutivos tocó al mencionado concepto institucional. Tampoco se pusieron en cuestión las competencias del Tribunal.

---

* Jefe de Gabinete, Gabinete del Presidente, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

** Exposición en el Seminario sobre la Consulta Prejudicial, Centro de Altos Estudios de Derecho de Integración, Granada (Nicaragua), 6 y 7 de febrero de 2003.

Cabe afirmar además que, desde sus orígenes, la Comunidad Europea ha estado organizada en el ámbito judicial sobre la base del llamado *principio de subsidiaridad* —principio explícitamente establecido por el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, en vigor desde el 1 de noviembre de 1993—, en el sentido de que sólo se ha reservado al órgano jurisdiccional propio de la Comunidad el mínimo de competencias que no podían ser atribuidas a los órganos jurisdiccionales nacionales.

De este modo, el poder judicial en la Comunidad Europea queda distribuido entre los órganos jurisdiccionales propios de la Comunidad —esto es, el Tribunal de Justicia y, más recientemente, el Tribunal de Primera Instancia— y los órganos jurisdiccionales nacionales, que actúan de forma congruente con la ejecución descentralizada del derecho comunitario en su ámbito de competencia territorial y funcional.

El recurso prejudicial está regulado en los términos siguientes por el artículo 234 del Tratado CE:

> El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial
> a. sobre la interpretación del presente Tratado;
> b. sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad; […]
>
> Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.
>
> Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

Como se deduce del texto citado, la remisión prejudicial es un procedimiento trifase: en una primera fase aparece el problema de derecho comunitario ante el juez nacional, quien va a plantear la cuestión prejudicial —de interpretación o de validez— y la remitirá al Tribunal comunitario. La segunda fase es el proceso ante el Tribunal de Justicia, que culmina en la respuesta a la cuestión planteada. La tercera fase es la decisión del proceso por el juez nacional a la luz de la respuesta proporcionada por el Tribunal comunitario.

El artículo 234 establece, en palabras del Tribunal, una "colaboración judicial por la que el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia —en el marco de sus competencias propias— están llamados a contribuir directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión con objeto de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros" (sentencia *Schwarze* del 1 de diciembre de 1965). Sirve, por tanto, a una tarea común de órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios, a saber, la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembros, pero reconociendo y respetando las facultades y responsabilidades de cada uno.

Sin perder de vista esa tarea comunitaria, el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales trabajan juntos, de manera coordinada. Es importante llamar la atención sobre esa coordinación. El Tribunal de Justicia no es un tribunal superior en la Comunidad, al que estén sometidos los órganos jurisdiccionales nacionales, sino el Tribunal al que está reservado, en última instancia, interpretar el derecho comunitario y pronunciarse sobre la validez de los actos comunitarios, en los supuestos en que los jueces nacionales deban aplicar ese derecho o esos actos. En efecto, el órgano jurisdiccional nacional es el *juge de droit commun* del derecho comunitario. Está llamado, en primer lugar, a aplicar el derecho comunitario en las relaciones entre los ciudadanos de la Comunidad entre sí y en sus relaciones con las autoridades nacionales. Y, a medida que el derecho comunitario gane influencia en más aspectos de la vida social en los Estados miembros, ello sucederá con mayor frecuencia.

II. El concepto de órgano jurisdiccional

Procede recordar que esta cuestión pertenece únicamente al ámbito del derecho comunitario. El Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas por parte del órgano, así como su independencia (sentencia *Dorsch Consult* de 17 de septiembre de 1967). Los asuntos *Gabalfrisa* (sentencia de 21 de marzo de 2000) y *Abrahamson* (sentencia de 6 de julio de 2000) permitieron al Tribunal de Justicia precisar el requisito relativo a la independencia del organismo remitente.

En el caso *Gabalfrisa*, el Tribunal de Justicia recibió una cuestión prejudicial de un tribunal económico-administrativo, competente en el seno de la administración tributaria española para conocer de las reclamaciones fiscales en el marco de un tipo de recurso administrativo interno. El Tribunal de Justicia, tras constatar que estaba garantizada por ley la separación funcional entre los servicios de la administración tributaria responsables de adoptar las decisiones, por una parte, y, por otra, los tribunales económico-administrativos, que resuelven las reclamaciones presentadas contra las decisiones de dichos servicios sin recibir instrucción alguna de la administración tributaria, dedujo de estas circunstancias que dichos tribunales tienen la calidad de tercero en relación con los servicios que adoptaron la decisión objeto de la reclamación y la independencia necesaria para poder ser considerados órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 234 del Tratado. En el asunto *Abrahamson*, el Tribunal de Justicia se refirió a los mismos criterios, la separación funcional y la calidad de tercero, para concluir que el órgano de que se trataba —una comisión de recursos competente, en Suecia, para examinar de forma autónoma los recursos interpuestos contra las resoluciones de contratación de la universidad y de las escuelas superiores— poseía la independencia necesaria para ser considerado un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado.

III. Sentencias fundamentales como resultado del proceso prejudicial

Se pueden identificar varias sentencias que demuestran la función desempeñada por el derecho comunitario como instrumento de integración económica.

La originalidad del derecho comunitario en relación con los modelos tradicionales que proporciona el derecho internacional se basa en la estructura institucional de la Comunidad y su sistema jurídico, así como las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno de los Estados miembros. Es en este último ámbito en el que el Tribunal ha consagrado tres principios básicos que son generalmente considerados como los más característicos del ordenamiento jurídico comunitario. Se trata de los principios del *efecto directo* y de la *primacía del derecho comunitario*, así como el principio de la *responsabilidad del Estado* por daños causados a los particulares como consecuencia de una violación del derecho comunitario. En cada caso la jurisprudencia de que se trata fue impulsada por remisiones prejudiciales de tribunales nacionales.

El principio del *efecto directo*, identificado en la sentencia *Van Gend & Loos* de 1963, radica en la posibilidad de que los particulares invoquen ante los tribunales nacionales los derechos que les confieren las normas comunitarias sin ningún elemento complementario de derecho interno, a condición de que dichas normas sean suficientemente precisas e incondicionales. En esta sentencia el Tribunal caracterizó al derecho comunitario como "un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional".

El efecto directo de las normas comunitarias no es, por consiguiente, una mera técnica de inserción en el ordenamiento interno, sino el resultado de una concepción del derecho comunitario como un ordenamiento cuyos sujetos no son solamente los Estados, sino también los particulares. Conviene destacar el papel clave de los órganos jurisdiccionales nacionales en este proceso.

La coexistencia en un mismo ámbito territorial del ordenamiento jurídico comunitario y del ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados miembros puede dar lugar a la aparición de conflictos entre las normas de uno y otro sistema. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, iniciada por la sentencia *Costa* de 1964, estos conflictos han de resolverse por aplicación del principio de la *primacía* del derecho comunitario sobre el derecho interno.

La afirmación jurisprudencial de la primacía del derecho comunitario se basa fundamentalmente en los objetivos de la Comunidad, a los cuales los Estados han transferido determinadas competencias que llevan consigo la consiguiente limitación de la competencia estatal. Además, se basa en el carácter obligatorio y directamente aplicable de los reglamentos comunitarios.

El Tribunal dedujo de este principio de primacía la obligación de todo juez nacional de aplicar, en el marco de su competencia, íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de una ley nacional, sea ésta anterior o posterior a la norma comunitaria. Este principio se aplica también a disposiciones de carácter constitucional.

Naturalmente, la efectividad del principio de primacía consagrado por la jurisprudencia del Tribunal depende de su puesta en práctica por los órganos jurisdiccionales nacionales, ante los cuales se suscitan los conflictos concretos entre normas de derecho interno y normas comunitarias.

Junto con los referidos principios, la jurisprudencia ha consagrado el principio de la *responsabilidad del Estado* por daños causados a los particulares como consecuencia de una violación del derecho comunitario. Este principio fue reconocido en la sentencia *Francovich* de 1991, en que el Tribunal afirmó que la plena eficacia de las normas comunitarias y de los derechos que éstas reconocen exigen que los particulares tengan la posibilidad de obtener reparación cuando tales derechos son lesionados por una violación del derecho comunitario imputable a un Estado.

Este principio ha sido desarrollado en sentencias posteriores. Hay que subrayar que esta evolución jurídica se debe a remisiones prejudiciales de distintos tribunales nacionales. Resulta de esta jurisprudencia que el Estado responde también por las violaciones del derecho comunitario atribuibles al legislador nacional. El principio de responsabilidad del Estado constituye, por una parte, un elemento que refuerza la protección de los derechos conferidos a los particulares por las normas comunitarias y, por otra, es un factor que puede contribuir a un cumplimiento más diligente de las normas comunitarias por parte de los Estados miembros, toda vez que los incumplimientos son ahora susceptibles de dar lugar a obligaciones de reparación que en algunos casos serán sumamente gravosas para el tesoro público.

El asunto *Haim* (sentencia de 4 de julio de 2000) ofrece importantes aclaraciones sobre el margen de apreciación que debe tenerse en cuenta para determinar si un Estado miembro ha cometido o no una violación caracterizada del derecho comunitario. Mediante la cuestión prejudicial se preguntaba al Tribunal de Justicia si, en el supuesto de que un funcionario nacional haya aplicado normas jurídicas nacionales contrarias al derecho comunitario o haya aplicado el derecho nacional de manera no conforme con el derecho comunitario, existe una violación caracterizada, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por el mero hecho de que el funcionario no dispusiera de ningún margen de apreciación al adoptar la decisión.

A la cuestión planteada el Tribunal de Justicia contestó que la existencia y amplitud del margen que hay que tomar en consideración para determinar si un Estado miembro ha cometido una violación caracterizada del derecho comunitario deben determinarse en relación con el derecho comunitario y no con el derecho nacional. El margen de apreciación que el derecho nacional, en su caso, confiera al funcionario o a la institución que haya violado el derecho comunitario carece de importancia a este respecto. El Tribunal añadió que incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del derecho comunitario, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuere aquella a la que, con arreglo al derecho del Estado miembro afectado, corresponda en principio hacerse cargo de dicha reparación.

Cabe subrayar que la reparación de los daños causados a los particulares por normas de naturaleza interna contrarias al derecho comunitario no debe ser necesariamente asumida por el propio Estado miembro para que se cumplan sus obligaciones comunitarias. Así, en aquellos Estados miembros en los que determinadas competencias legislativas o administrativas son ejercidas de modo descentralizado por entidades territoriales dotadas de cierta autonomía o por cualquier otro organismo de derecho público jurídicamente distinto del Estado, la reparación de dichos daños, causados por medidas adoptadas por un organismo de derecho público, puede ser asumida por éste. El derecho comunitario no se opone, por tanto, a que pueda generarse, además de la responsabilidad del propio Estado miembro, la responsabilidad que incumbe a un organismo de derecho público de reparar los daños causados a los particulares por las medidas que haya adoptado contraviniendo el derecho comunitario.

En cuanto a los efectos del derecho comunitario entre particulares, la sentencia *Courage* del 20 de septiembre de 2001 aborda la cuestión de si una parte de un contrato contrario al artículo 81 del Tratado CE puede invocar la infracción de esta disposición ante un órgano jurisdiccional nacional con objeto de lograr frente a la otra parte contratante la reparación de un perjuicio que resulta de la cláusula contractual contraria a las normas de competencia.

El Tribunal de Justicia basó su sentencia en su jurisprudencia relativa a la naturaleza y alcance del derecho comunitario, recordando las sentencias *Van Gend & Loos* (de 5 de febrero de 1963), *Costa* (de 15 de julio de 1964) y *Francovich* (19 de noviembre de 1991), y afirmando que el artículo 81 constituye "una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad y, en particular, para el funcionamiento del mercado interior".

De la naturaleza del orden jurídico comunitario, de la posición particularmente importante de las normas de competencia en dicho orden y de otras consideraciones más específicas, el Tribunal de Justicia deduce que "cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción del artículo 81, incluso cuando sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia con arreglo a dicha disposición". Este derecho conlleva, en particular, el de reclamar la reparación del daño sufrido. En consecuencia, no puede excluirse a priori la presentación de una demanda solicitando una indemnización por daños y perjuicios por una parte en un contrato contrario al artículo 81. Asimismo, ésta refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, capaces de restringir o falsear el juego de la competencia.

Con respecto a los derechos de los particulares, cabe subrayar que la jurisprudencia del Tribunal ha transformado las libertades económicas reconocidas en los tratados (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales), concebidas inicialmente como factores económicos de liberalización del mercado común, en auténticos derechos fundamentales de los ciudadanos de la Comunidad. Al mismo tiempo, el Tribunal ha dado una interpretación amplia al contenido de estas liberta-

des. Esta jurisprudencia ha contribuido de forma decisiva al establecimiento progresivo del mercado común.

El Tribunal ha definido esta noción como un sistema que comprende la eliminación de todas las trabas a los intercambios intracomunitarios con vistas a la fusión de los mercados nacionales en un mercado único que funcione en condiciones lo más similares posible a las de un verdadero mercado interior. Entre estas disposiciones destacaban las referentes a las libertades de circulación de los factores productivos. Sus interlocutores principales para el desarrollo de esta jurisprudencia fueron las jurisdicciones nacionales.

Esta evolución ha culminado con la creación de una ciudadanía europea, consagrada por el Tratado de Maastricht. Aparte del derecho a no sufrir discriminaciones en razón de la nacionalidad, esta ciudadanía comporta el derecho a circular y residir libremente en otro Estado miembro y el derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones locales y europeas.

IV. La competencia prejudicial

El artículo 220 del Tratado prevé que "el Tribunal de Justicia garantizará el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado". Característico de la Comunidad es el establecimiento de un control jurisdiccional sobre el respeto de los tratados y la normativa de aplicación, es decir, reglamentos, directivas y decisiones.

Además de las competencias del Tribunal como el control sobre la conformidad a derecho del comportamiento de los Estados y el control de la legalidad comunitaria —es decir, las actuaciones de las instituciones—, es la competencia prejudicial la que constituye la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Unión Europea.

La competencia prejudicial atribuida al Tribunal para interpretar el derecho comunitario y apreciar la validez de los actos de las instituciones comunitarias constituye el elemento más importante del conjunto del sistema judicial comunitario. Son los órganos jurisdiccionales nacionales los que están encargados de aplicar el derecho comunitario en su ámbito de competencia territorial y funcional. Es evidente que la descentralización de la aplicación del derecho comunitario europeo lleva consigo un riesgo potencial para la uniformidad de la interpretación de las normas comunes, que debe insertarse en un tejido normativo que engloba quince tradiciones jurídicas diferentes.

El desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario es fruto, en gran medida, de la colaboración establecida entre el Tribunal y los jueces nacionales, a través del procedimiento prejudicial. En el proceso prejudicial pueden presentar observaciones escritas y orales no solamente las partes en el litigio principal, sino también todos los Estados miembros, así como las instituciones comunitarias.

La relación entre el Tribunal y los órganos jurisdiccionales nacionales es una relación de cooperación y no de jerarquía. Ciertamente, las sentencias prejudiciales son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales y éstos, en la medida en

que sus decisiones no son susceptibles de ulterior recurso de derecho interno —o en la medida en que se enfrentan con un problema de validez de un acto comunitario— están obligados a plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal.

En jurisprudencia reiterada, el Tribunal ha considerado:

> Esencial para la salvaguarda del carácter comunitario del Derecho establecido por el Tratado es el artículo 234 que tiene por fin asegurar a ese Derecho, en todas las circunstancias, el mismo efecto en todos los Estados de la Comunidad. Dicho precepto trata de prevenir divergencias de interpretación del Derecho comunitario que han de aplicar los órganos jurisdiccionales nacionales, otorgando al juez nacional un medio de eliminar las dificultades que podrían surgir de la exigencia de dar al Derecho comunitario su pleno efecto, en el marco de los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros.

En efecto, son los órganos jurisdiccionales nacionales los que están encargados de la aplicación judicial del derecho comunitario en su respectivo ámbito de competencia territorial y funcional. Ahora bien, es evidente que semejante descentralización lleva consigo un riesgo potencial para la uniformidad de la interpretación de las normas comunes.

El sistema de cuestiones prejudiciales organizado por los tratados comunitarios tiene precisamente por objeto hacer posible una interpretación uniforme del derecho comunitario no obstante su aplicación por los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros. Su función es pues la de un instrumento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, encargados de la aplicación de las normas, y el órgano jurisdiccional propio de la Comunidad, el Tribunal de Justicia, encargado de su interpretación, interpretación que debe ser uniforme para el conjunto de la Comunidad.

El proceso prejudicial tiene carácter incidental en relación con el proceso principal que se desarrolla ante el órgano jurisdiccional nacional. El sistema se basa en una estricta separación de funciones entre el juez nacional, encargado de juzgar el litigio entre las partes y de aplicar el derecho comunitario al caso concreto, y el Tribunal de Justicia, cuya función se limita a interpretar el derecho comunitario o, en su caso, a examinar la validez de un acto.

A pesar de ello, en la práctica el proceso prejudicial se ha convertido en un instrumento de identificación de incumplimientos no perseguidos por la Comisión: aunque el Tribunal de Justicia no declara incumplimientos por vía prejudicial, de hecho, al interpretar las cuestiones que le plantean los tribunales nacionales, permite a éstos establecer la incompatibilidad de normas de derecho interno con normas de derecho comunitario.

La distinción entre la remisión “facultativa” y “obligatoria”, que resulta de la comparación entre los párrafos 2 y 3 del artículo 234, fue introducida por razones esencialmente prácticas: evitar que el Tribunal sea inundado de remisiones prejudiciales. La *ratio legis* de la obligación de remisión impuesta a los tribunales supremos es evitar que se cristalicen en los Estados miembros al más alto nivel jurisdiccional interpretaciones incompatibles con el sentido del derecho comunitario o divergentes entre los diversos Estados miembros.

Desde el principio surgió una discusión doctrinal sobre el alcance de tal obligación, en caso de que un tribunal supremo considerase que una cuestión planteada ante él no le suscitaba dudas razonables sobre el sentido del derecho comunitario, de manera que la remisión prejudicial sería superflua en un asunto que a priori le parecía "claro". Durante mucho tiempo el problema fue puramente teórico, hasta que al Tribunal Supremo italiano se le ocurrió plantear este problema en el asunto *Cilfit*, lo que ocasionó la sentencia *Cilfit* de 6 de octubre de 1982.

Con el paso del tiempo se puede considerar que la respuesta conveniente a esta cuestión se basa en tres ideas. La primera es que la "claridad" de uno no implica necesariamente que otros compartan la misma convicción, particularmente en un sistema multinacional como el de la Comunidad. La segunda, que el objetivo del artículo 234 es no sólo aclarar el contenido de las normas del derecho comunitario, sino también extender esta percepción a toda la Comunidad, lo que corresponde al Tribunal de Justicia, no al juez nacional, de manera que, aun en casos considerados "claros", subsiste un interés en la remisión. La tercera idea es que, por lo demás, la distribución de funciones en el marco del artículo 234 debe concebirse como una cooperación en un espíritu de buena fe mutua, en el interés de la unidad del derecho comunitario.

El problema del recurso obligatorio ganó una nueva dimensión mediante la sentencia *Foto Frost*, de 22 de octubre de 1987. En tal asunto la cuestión planteada fue si un juez que no fuera de última instancia podía declarar la invalidez de un acto comunitario sin referirse previamente al Tribunal de Justicia; en otras palabras, si, a pesar de lo que dice el párrafo 2 del artículo 234, el principio de seguridad jurídica no exigía extender la obligación de remisión a todos los tribunales nacionales en caso de impugnación de validez. La respuesta del Tribunal a tal pregunta fue afirmativa en el sentido de que, en caso de impugnación de validez, el juez se encuentra enfrentado a una alternativa: o decide rechazar la impugnación y aplicar el acto comunitario de que se trata, lo que puede hacer por su propia autoridad, o decide pronunciar la invalidez, lo que no puede hacer sin acudir previamente al Tribunal de Justicia.

La práctica jurisprudencial demuestra que en muchas ocasiones la remisión ha permitido a los tribunales nacionales, especialmente a tribunales administrativos y penales, someter al Tribunal de Justicia asuntos que reflejaban conflictos entre el derecho comunitario y el derecho nacional, o incumplimientos del derecho comunitario por el Estado, lo que en muchos casos viene a ser lo mismo.

A veces el Tribunal se encuentra con preguntas abusivas. El asunto más conocido es el de las remisiones del *pretore* de Bra en el caso *Foglio/Novello*, resuelto por las sentencias de 11 de noviembre de 1980 y de 16 de diciembre de 1981, asuntos en que un juez italiano trató de obtener, en un proceso ficticio, que el Tribunal se pronunciase sobre la compatibilidad de una práctica fiscal de Francia. Otra vez, fue un juez alemán quien trató, también en un proceso más artificial que real, de obtener un pronunciamiento sobre un problema político —el de la admisión de España y Portu-

gal a la Comunidad— fuera de la competencia del Tribunal (sentencia *Matheus/ Doego*, de 22 de noviembre de 1978).

V. Organización del Tribunal de Justicia

El Tribunal se rige por las disposiciones correspondientes del Tratado CE, del Tratado Euratom y del Tratado UE, por su Estatuto y por su Reglamento de Procedimiento.

Los miembros del Tribunal son reputados juristas o jurisconsultos, aptos para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales. Si bien son escogidos y propuestos por los diferentes Gobiernos de los Estados miembros y designados de común acuerdo por todos ellos, deben ofrecer absolutas garantías de independencia de los intereses nacionales o comunitarios en juego, por la función que están destinados a desempeñar. Aunque no se exige tener la nacionalidad del Estado miembro, ésta es, evidentemente, la práctica habitual. De tal manera todos los ordenamientos jurídicos nacionales hallan representación en el Tribunal.

Los miembros del Tribunal son elegidos para un período de seis años renovables. Con el objeto de garantizar la continuidad de la actividad jurisdiccional, se lleva a cabo una renovación de la mitad de los jueces y de los abogados generales cada tres años.

El Tribunal está compuesto actualmente por un juez de cada Estado miembro, por lo que su número se eleva a quince. El presidente del Tribunal es elegido por los propios jueces entre ellos, en votación secreta, para un período de tres años renovables.

Como institución, el Tribunal dispone de una infraestructura administrativa de apoyo y organización, así como de un presupuesto financiero propio, que aseguran su independencia. El personal a disposición de esta administración, más de mil personas, está compuesto principalmente por funcionarios seleccionados según las reglas del Estatuto de la Función Pública Comunitaria.

En la actualidad, la Unión tiene once lenguas oficiales. Todas ellas pueden ser lengua de procedimiento en el Tribunal. Según el régimen lingüístico, sus decisiones deben ser publicadas en todas las lenguas oficiales.

En una Unión multilingüe, la existencia de servicios propios de traducción e interpretación es imprescindible. El Tribunal dispone de varios servicios compuestos por juristas lingüistas y por intérpretes, principalmente, para la traducción de las sentencias a las diferentes lenguas oficiales y para la interpretación de las audiencias.

El Tribunal puede actuar en Pleno o en Sala. Actúa en Pleno cuando la complejidad del asunto así lo requiere o cuando así lo solicita un Estado miembro o una institución parte en el procedimiento. Conviene subrayar que ninguna de las salas está especializada en un campo particular.

El Tratado de Niza, que entró en vigor el 1 de febrero de 2003, introduce importantes modificaciones de los Tratados. Por lo que se refiere al sistema jurisdiccional comunitario, se prevé una base jurídica para una redistribución de las competencias entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia. Se establece en parti-

cular una base jurídica para la transferencia de determinados recursos prejudiciales al Tribunal de Primera Instancia.

VI. El procedimiento judicial

Una vez cerrado el procedimiento escrito, el juez ponente presenta al Tribunal un informe previo. No se trata de un documento público. Este informe contiene propuestas sobre la procedencia de practicar medidas de instrucción u otras diligencias preparatorias. En el informe previo, el juez ponente expone los problemas del litigio evocando las cuestiones jurídicas planteadas en los escritos de las partes. El juez ponente también se pronuncia sobre la oportunidad de remitir el asunto a una sala.

En el proceso prejudicial pueden presentar observaciones escritas y orales no solamente las partes en el proceso principal, sino también todos los Estados miembros de la Comunidad, así como la Comisión de las Comunidades Europeas y, en su caso, el Consejo (cuando se discute la validez de uno de sus actos). Aun cuando el Tratado no prevé la intervención del Parlamento Europeo en los procesos prejudiciales, el Tribunal suele invitar a éste a presentar observaciones cuando un proceso prejudicial plantea problemas relacionados con actos adoptados por el Parlamento Europeo o con el ejercicio de las competencias de esta institución.

Para la fase oral, el juez ponente elabora un informe para la vista. Se trata de un documento público de importancia capital. Su finalidad es profundizar y poner de relieve los diferentes elementos del asunto. Además, permite a las partes comprobar si todos los aspectos del litigio están recogidos. El informe para la vista constituye la base para la discusión del asunto durante la vista.

Después de la vista, se presentan las conclusiones del abogado general. Luego, el Tribunal delibera y decide el asunto de que se trata sobre la base de un proyecto de sentencia presentado por el juez ponente. Las posibles diferencias y sugerencias de otros jueces que pueden surgir no deben hacerse públicas. Las deliberaciones son secretas y no se admite la publicación de opiniones disidentes.

No existe un colegio de abogados ante el Tribunal. Cualquier abogado inscrito en un colegio de abogados de un Estado miembro tiene el derecho a actuar ante el Tribunal. Corresponde a las partes elegir libremente a sus abogados de cualquier Estado miembro. De hecho, en la vía prejudicial son a menudo los mismos abogados los que llevan el asunto ante la jurisdicción nacional y ante el Tribunal, el cual aplica las mismas normas de representación de las partes que las de la jurisdicción nacional de la que emana el recurso. Los Estados miembros y las instituciones de la Comunidad son representados por agentes nombrados especialmente para cada asunto.

Cada asunto prejudicial tiene su lengua de procedimiento y se desarrolla en la lengua utilizada por la jurisdicción nacional que ha recurrido al Tribunal.

El tratamiento de los actos procesales se realiza en diversas secciones lingüísticas de la Secretaría. El régimen lingüístico del Tribunal implica que la Secretaría

trate los documentos procesales en todas las lenguas oficiales de la Comunidad y las utilice para comunicarse por escrito con los representantes de las partes en el litigio. La Secretaría se ocupa del tratamiento integral de los documentos procesales, del seguimiento de los asuntos, de la distribución interna de los documentos procesales, así como de las notificaciones, citaciones y comunicaciones a las partes.

En las sentencias habrá de recogerse el pronunciamiento sobre los gastos. El procedimiento ante el Tribunal es gratuito. En los casos del recurso prejudicial, al constituir un trámite incidental en el asunto planteado ante el juez nacional, no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre los gastos; será el juez nacional en el litigio principal quien habrá de determinarlos al dictar el fallo final en el asunto ante él promovido. Los gastos de los Estados miembros y de las instituciones de la Comunidad no son reembolsables.

Si una parte se encuentra en la imposibilidad de hacer frente a los gastos del juicio, podrá solicitar el beneficio de la justicia gratuita. Las demandas al respecto se presentan sobre todo en el marco de los recursos prejudiciales.

VII. Recientes reformas del Reglamento de Procedimiento

En el año 2001 se introdujeron importantes modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal con respecto al proceso prejudicial.

El procedimiento simplificado (artículo 104.3 del Reglamento de Procedimiento) permite al Tribunal resolver mediante auto motivado cuando una cuestión prejudicial es idéntica (y no, como antes, manifiestamente idéntica) a otra sobre la que el Tribunal de Justicia ya ha resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión puede deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión no suscita ninguna duda razonable. El Tribunal no ha tardado en servirse de esta nueva posibilidad, que permite, en los supuestos ya mencionados, reducir considerablemente la duración del procedimiento prejudicial.

En los supuestos mencionados, el Tribunal de Justicia debe informar previamente al órgano jurisdiccional de la remisión de sus intenciones y escuchar, cuando se hayan presentado, las observaciones de los interesados. A continuación puede ponerse término al asunto mediante auto motivado, lo que permite, cuando parece justificado, resolver sin necesidad de celebrar una vista para escuchar los informes orales y sin que el abogado general presente sus conclusiones escritas.

El Tribunal de Justicia ya ha dictado un gran número de autos en supuestos en que estimaba que la respuesta a las cuestiones planteadas podía deducirse claramente de la jurisprudencia.

La nueva versión del Reglamento de Procedimiento prevé igualmente que el juez ponente y/o el abogado general pueden instar a las partes a que presenten cualquier información relativa a los hechos, así como cualquier documento o elemento que consideren pertinentes (artículo 54 *bis* del Reglamento de Procedimiento). Asi-

mismo, el Tribunal de Justicia puede pedir aclaraciones al órgano jurisdiccional que remitió la cuestión prejudicial (artículo 104.5, del Reglamento de Procedimiento).

Además, a petición del órgano jurisdiccional nacional, el presidente del Tribunal de Justicia puede, excepcionalmente, decidir que una cuestión prejudicial se tramite mediante un procedimiento acelerado, cuando las circunstancias que se invoquen acrediten que existe una urgencia extraordinaria en que se dé respuesta a la cuestión planteada con carácter prejudicial (artículo 104 *bis* del Reglamento de Procedimiento).

Asimismo, tanto en los asuntos prejudiciales como en los recursos directos, el Tribunal puede, desde la reforma, dictar instrucciones prácticas a las partes, relativas, en particular, a la preparación y celebración de las vistas y a la presentación de alegaciones u observaciones escritas (artículo 125 *bis* del Reglamento de Procedimiento) y decidir no celebrar una vista, si ninguna de las partes interesadas presenta una solicitud indicando los motivos por los que desea formular observaciones orales (artículos 44 *bis* y 104.4 del Reglamento de Procedimiento).

En 2001 el Tribunal de Justicia recurrió también por primera vez al procedimiento acelerado, facultad de la que puede hacer uso en caso de urgencia particular. En esta ocasión se trataba de una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional neerlandés, relativa a la política comunitaria aplicada en el marco de la erradicación de la epidemia de fiebre aftosa. El Tribunal de Justicia pudo responder el 12 de julio de 2001 a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional de remisión el 27 de abril de 2001 (sentencia *Jippes*). La utilización del procedimiento acelerado fue denegada en los restantes casos en que se solicitó.

El Tribunal de Justicia tiene la intención de utilizar el procedimiento acelerado con prudencia, cuando ello parezca debidamente justificado en caso de urgencia particular o extraordinaria, a fin de evitar perturbar excesivamente la tramitación de los restantes asuntos, que podría verse ralentizada como consecuencia de la multiplicación de los procedimientos acelerados. De ello se deduce, en particular, que, en el caso de los procedimientos prejudiciales, la finalidad del procedimiento acelerado no es ocupar el lugar del órgano jurisdiccional de remisión, que tiene el deber de garantizar al justiciable una protección jurisdiccional provisional cuando sea necesario.

Debe destacarse que, aunque hace un uso relativamente discreto, el Tribunal de Justicia utiliza regularmente la facultad que le confiere el artículo 104.5 de su Reglamento de Procedimiento, de pedir aclaraciones a los órganos jurisdiccionales nacionales que plantean una cuestión prejudicial. La utilización de esta facultad puede alargar la duración del procedimiento, pero resulta en ocasiones preciosa para que el Tribunal pueda comprender correctamente los problemas jurídicos que se presentan. Cuando solicita dichas aclaraciones, el Tribunal de Justicia ofrece a las partes del litigio principal y a los demás interesados la posibilidad de formular observaciones, escritas u orales, en relación con la respuesta del órgano jurisdiccional nacional.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
Instrucciones para la presentación de los trabajos

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 fecha de la publicación original.
4. Los artículos deberán ser enviados en formato electrónico (archivo de Word o compatible) por correo electrónico a **rspkas@adinet.com.uy**, o bien en disquete a **Plaza Cagancha 1358 of. 804, 11100 Montevideo**, dirigidos a **Jan Woischnik**.
5. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 70.000 caracteres (25 páginas del **Anuario**). La Redacción considerará las situaciones excepcionales.
6. La página 1 deberá contener la siguiente información:
   a. Nombre del autor.
   b. Título del artículo.
   c. Dirección electrónica, que se publicará al final del artículo.
   d. Referencia curricular de hasta 30 palabras que será presentada en nota a pie de página mediante un asterisco (*) junto al nombre del autor.
   e. Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página mediante dos asteriscos (**) junto al título del artículo.
7. El texto puede contener cuadros, pero los gráficos y diagramas se presentarán en archivos separados (de imagen o de planilla electrónica), en blanco y negro o escala de grises. En el texto se indicará dónde deben insertarse.
8. Las **citas bibliográficas** podrán incluirse en las notas al pie o bien utilizar el sistema autor-fecha (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. Deberán contener los siguientes elementos:
   a. **Libros:** Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).

EJEMPLO:

Thomas Hobbes, *Leviatán*, Alianza Universidad, Madrid, 1993 (1651).

b. **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor; título del artículo o capítulo (entre comillas); nombre y apellido del editor o compilador, si corresponde; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación.

EJEMPLO:

Douglas Durán Chavarría, "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.), *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, Unicef, San José, 2000.

c. **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor; título del artículo; nombre de la revista o periódico; número; institución editora y/o ciudad (si resultan necesarios para identificar la publicación); fecha.

EJEMPLO:

Patricia Laurenzo Copello, "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", en *Jueces para la Democracia*, nº 34, Madrid, 1999.

d. **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas); nombre del sitio web o de la obra (en cursiva); dirección electrónica (entre comillas angulares o signos de menor y mayor); fecha de consulta.

EJEMPLO:

Ariel Dulitzky, "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell", en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, ‹http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky.html›, 18/2/2004).

e. En las **bibliografías** se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor

EJEMPLO:

DULITZKY, Ariel, "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell", en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, ‹http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky.html›, 18/2/2004).

DURÁN CHAVARRÍA, Douglas, "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.), *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, Unicef, San José, 2000.

HOBBES, Thomas, *Leviatán*, Alianza Universidad, Madrid, 1993 (1651).

LAURENZO COPELLO, Patricia, "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", en *Jueces para la Democracia*, nº 34, Madrid, 1999.

f. Cuando la publicación citada tenga más de tres autores, se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión "et al." o "y otros". El término "autores varios" no ayuda a localizar la obra, propósito de las referencias bibliográficas.