

Juez Héctor Fix-Zamudio



La Corte Interamericana - Setiembre, 1997

Sentados, de izquierda a derecha: Máximo Pacheco Gómez, Juez; Hernán Salgado Pesantes, Vicepresidente; Héctor Fix-Zamudio, Presidente; Alejandro Montiel Argüello, Juez. De pie, de izquierda a derecha: Manuel E. Ventura Robles, Secretario; Alirio Abreu Burelli, Juez; Oliver Jackman, Juez; Antônio A. Cançado Trindade, Juez; Víctor Ml. Rodríguez Rescia, Secretario adjunto interino.

LIBER AMICORUM

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO



Unión Europea

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

**SAN JOSÉ, COSTA RICA
1998**

341.245

C827-1 Corte Interamericana de Derechos Humanos

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

[1686 p.]; 25 cm.

Contiene dos volúmenes
ISBN 9977-36-052-9

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

Primera Edición: Corte Interamericana de Derechos Humanos - 1998

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

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

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

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

Diseño gráfico y diagramación: Marisol Molestina
Impresión: Litografía Bermúdez

LIBER AMICORUM

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

VOLUMEN I

TABLA DE CONTENIDO

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

TABLA DE CONTENIDO

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

TABLA DE CONTENIDO

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

TABLA DE CONTENIDO

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

TABLA DE CONTENIDO

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

VOLUMEN II

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

TABLA DE CONTENIDO

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

TABLA DE CONTENIDO

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

TABLA DE CONTENIDO

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

BIOGRAFÍA

Licenciado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en el año de 1956; Doctor en Derecho de la misma Universidad, en 1972; Profesor Titular de Derecho de Amparo en la Facultad de Derecho de la misma Universidad; Profesor de Poder Judicial en la División de Estudios de Posgrado de la citada Facultad; Director del Instituto de Derecho Comparado, ahora de Investigaciones Jurídicas de la propia Universidad de México durante los años 1966 a 1978; y actualmente Investigador Titular Emérito de Tiempo Completo del mismo Instituto.

Ha impartido cursillos y conferencias en el propio Instituto de Investigaciones Jurídicas, y en varias Facultades de Derecho de las Universidades de las Entidades Federativas de México, así como en Facultades de Derecho de varios países de América Latina, Estados Unidos, España, Italia y Alemania.

Fue designado Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y reelecto en varias ocasiones, así como miembro de varias sociedades científicas nacionales e internacionales, tales como los Institutos Internacional Iberoamericano y Español de Derecho Procesal; el Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado; el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo; de la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, y otros.

Con anterioridad a su dedicación completa a la Universidad Nacional Autónoma de México, desempeñó varios cargos dentro del Poder Judicial Federal, al cual perteneció durante diecinueve años.

En el año de 1963 recibió uno de los premios anuales de la Academia de la Investigación Científica.

Fue designado miembro del Colegio Nacional el primero de abril de 1974.

En mayo de 1981 fue electo miembro de la Junta de Gobierno de la UNAM, hasta marzo de 1989, en que terminó su período.

En 1982 recibió el Premio Nacional de Historia, Filosofía y Ciencias Sociales.

En marzo de 1984 fue electo miembro suplente de la Subcomisión de Discriminaciones y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas, con sede en Ginebra, Suiza, y reelecto en varias ocasiones hasta 1997 y elegido miembro titular por un período de cuatro años en mayo de 1998.

El 11 de abril de 1984 recibió el Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Sevilla, España.

En 1984, 1988 y 1992, fue nombrado y confirmado como Investigador Nacional Nivel 3 del Sistema Nacional de Investigadores, del cual fue designado Investigador Nacional Emérito el 28 de enero de 1997.

En diciembre de 1985, fue designado Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, por un término de seis años y reelecto para un nuevo período en 1991; de la que fue presidente a partir del primero de marzo de 1990 a junio de 1993 y de julio de 1995 a setiembre de 1997.

En marzo de 1986 se le otorgó su nombre al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Querétaro.

El 10 de diciembre recibió el Premio UNESCO 1986, de Enseñanza de los Derechos Humanos, en París, Francia.

El 2 de marzo de 1987, recibió la Presea Estado de México, 1986, “José María Luis Mora”, entregada en Toluca.

El 8 de abril de 1987 fue designado Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la UNAM.

El 15 de marzo de 1988 fue designado miembro del Jurado Internacional del Premio UNESCO de la Enseñanza de los Derechos Humanos, por un período de cuatro años.

En marzo de 1991 se le otorgó su nombre a la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Veracruz.

El 4 de setiembre de 1991 se le otorgó su nombre al Auditorio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

El 18 de noviembre de 1991, recibió el Premio Universidad Nacional, Investigación en Ciencias Sociales.

El 14 de febrero de 1992, se le otorgó el Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Colima.

El 20 de enero de 1993 se le confirió por la Secretaría de Educación Pública y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, la Cátedra Patrimonial de Excelencia Nivel 1, la cual fue renovada en varias ocasiones hasta agosto de 1998.

Designado miembro titular de la *Académie Internationale de Droit Comparé (International Academy of Comparative Law)* con sede en París, Francia, según comunicación de 30 de junio de 1994.

Se le otorgó la Medalla “Ezequiel Montes Ledezma”, entregada por el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, en la ceremonia solemne efectuada en el Teatro de la República de la ciudad de Querétaro el día 4 de octubre de 1994.

Le fue conferido el Premio Nacional de Jurisprudencia de la Barra Mexicana de Abogados, en ceremonia celebrada el 15 de diciembre de 1994.

Se le otorgó el Premio José María Morelos y Pavón por la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Protección y Defensa de los Derechos Humanos, el 11 de diciembre de 1996.

Se le confirió el Premio “Juchimán de Plata” por Derechos y la Paz, en Villahermosa, Tabasco en noviembre de 1997.

Medalla de Oro por el Senado Federal por los ochenta años de la Constitución, en febrero de 1998.

Doctorado Honoris Causa de la Universidad Externado de Colombia, en Santafé de Bogotá, en abril de 1998.

PUBLICACIONES^(*)

LIBROS

1. *El juicio de amparo*. México: Editorial Porrúa, 1964.
2. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*. México: UNAM, 1968.
3. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. México: UNAM, 1974.
4. *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*. México: UNAM, 1980. (2a. ed. México: UNAM-Porrúa, 1985).
5. *Ensayos sobre metodología, enseñanza e investigación jurídicas*. México: UNAM, 1981.
6. *Protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Madrid: Editorial Civitas-UNAM, 1982.
7. *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*. México: El Colegio Nacional, 1983.
8. *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*. México: UDUAL-Porrúa, 1988.
9. *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

(*) Bibliografía e índice preparados por Winston Salas, Bibliotecario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

10. *Ensayos sobre derecho de amparo*. México: UNAM, 1993.
11. *El poder judicial en el ordenamiento mexicano* (con José Ramón Cossío). México: FCE, 1996.
12. *El Consejo de la Judicatura* (con Héctor Fix-Fierro). México: UNAM, 1996.
13. *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*. s.n.t.1996.
14. *Metodología, enseñanza e investigación jurídicas*. 6a. ed. México: UNAM-Porrúa, 1997.
15. *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, reimpresión, 1997.
16. *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. México, 1998.

MONOGRAFÍAS

17. “La jurisdicción constitucional mexicana”. Apéndice al libro de Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*. México: UNAM, 1961, págs. 131-247.
18. *Panorama del derecho mexicano: Síntesis del derecho de amparo*. México: UNAM, 1963. 63 págs.
19. *Derecho Procesal*. En colaboración con José Ovalle. México: UNAM, 1981. 107 págs.

ARTÍCULOS DE REVISTA O COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS PUBLICADAS EN MÉXICO

20. “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 24: 191-211, octubre-diciembre 1956.
21. “Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes”. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, no. 37: 11-39, enero-abril 1960.
22. “Estructuración del proceso agrario”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nos. 41-42: 177-196, enero-junio 1961.

23. “La eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en el derecho mexicano”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 45: 89-102, enero-marzo 1962.
24. “Breves reflexiones sobre la reglamentación de la jurisdicción voluntaria en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales”. *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, no. 40: 25-50, enero-marzo 1963.
25. “Mandato de seguridad y juicio de amparo”. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, no. 46: 3-60, enero-abril 1963.
26. “Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el derecho mexicano”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 52: 893-938, octubre-diciembre 1963.
27. “La defensa de la Constitución en el decreto constitucional para la libertad de la América mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814”. En: *Estudios sobre el Decreto-Constitucional de Apatzingán*. México: UNAM, 1964, págs. 585-616.
28. “Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 56: 959-1012, octubre-diciembre 1964.
29. “El juez ante la norma constitucional”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 57: 25-79, enero-marzo 1965.
30. “Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano”. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, no. 52: 119-152, enero-abril 1965.
31. “Panorama de los derechos procesal del trabajo y procesal burocrático en el ordenamiento mexicano”. *Revista Mexicana del Trabajo*, s.n.: 9-36, junio 1965.
32. “La responsabilidad de los sujetos procesales en el juicio de amparo”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 59: 613-631, julio-setiembre 1965.
33. “Principios esenciales del proceso fiscal federal mexicano”. *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, 2. no. extraordinario titulado Ensayos de Derecho administrativo y tributario para conmemorar el XXX aniversario de la Ley de Justicia Fiscal, 1966, págs. 279-314.
34. “Supremacía del Ejecutivo en el derecho constitucional mexicano”. En: Congreso Internacional de Derecho Comparado, VII. *Comunicaciones mexicanas*. 1966, págs. 469-506.
35. “La adecuación del proceso a la protección de los derechos”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, s. no.: 97-110, enero-marzo 1966.

36. “Las reformas constitucionales al poder judicial federal”. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, no. 55: 3-63, enero-abril 1966.
37. “En torno a los problemas de la metodología del derecho”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 62: 469-506, octubre-diciembre 1966.
38. “La defensa de la Constitución”. *Revista de la Facultad de Derecho (Culiacán)*: 139-178, 1967.
39. “Las garantías constitucionales en el derecho mexicano”. *Revista de la Facultad de Derecho (Culiacán)*: 179-232, 1967.
40. “Reformas constitucionales al poder judicial federal”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 65: 83-123, enero-marzo 1967.
41. “Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las constituciones de 1857 y 1917”. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, nos. 58-59: 29-103, enero-agosto 1967.
42. “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (nueva serie), no. 1: 89-118, enero-abril 1968.
43. “Breves reflexiones acerca del origen y de la evolución de la jurisprudencia obligatoria de los tribunales federales”. *Lecturas jurídicas* (Chihuahua): 87-110, octubre-diciembre 1969.
44. “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 77: 383-423, enero-junio 1970.
45. “Algunos aspectos de la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares en México y Latinoamérica”. *Revista Jurídica Veracruzana* (Jalapa): 3-45, abril-junio 1970.
46. “Derecho comparado y derecho de amparo”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 8: 327-349, mayo-agosto 1970.
47. “Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”. *Revista Jurídica Veracruzana* (Jalapa): 5-63, octubre-diciembre 1970.
48. “Reflexiones sobre la investigación jurídica”. *Revista Jurídica Mesis* (México): 31-73, 1971.
49. “Organización de los tribunales administrativos”. *XXXV Aniversario del Tribunal Fiscal de la Federación*; volumen conmemorativo. México, 1971, págs. 97-129.

50. “El problema de la lentitud de los procesos y su solución en el ordenamiento mexicano”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nos. 81-82: 85-133, enero-junio 1971.
51. “Protección procesal de los derechos humanos”. *Boletín Mexicano de Derecho Procesal*, nos. 13-14: 35-88, enero-agosto 1972.
52. “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos”. *Veinte años de evolución de los derechos humanos*. México: UNAM, 1974, págs. 160-273.
53. “Problemas actuales de armonización y unificación de los derechos nacionales en Latinoamérica”. Por Héctor Fix-Zamudio y Héctor Cuadra. *Anuario Jurídico* (México): 93-158, 1974.
54. “Consideraciones en torno a la naturaleza jurídica de las Juntas de Conciliación y Arbitraje”. *Estudios Jurídicos* (Jalapa), no. 1: 9-31, 1974.
55. “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nos. 22-23: 425-464, enero-agosto 1975.
56. “Breves reflexiones sobre la enseñanza de postgrado y de la investigación en materia jurídica”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nos. 99-100: 557-590, julio-diciembre 1975.
57. “La Constitución de Apatzingán como antecedente de la Constitución de 1824”. En: *La Constitución Federal de 1824*. México: UNAM, 1976, págs. 19-45.
58. “Derecho procesal”. En: *El Derecho*. México: UNAM, Dirección de Difusión Cultural, 1976, págs. 83-104.
59. “Derecho comparado y ciencia jurídica en México”. En: *Memoria del Colegio Nacional*, 1974. México, 1976, págs. 233-262.
60. “Breves reflexiones sobre el objeto y naturaleza de las revistas de derecho comparado”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nos. 25-26: 43-55, enero-agosto 1976.
61. “Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social”. *Anuario Jurídico* (México), no. 2: 63-101, 1977.
62. “Las garantías constitucionales en el derecho mexicano”. *Anuario Jurídico*, III-IV (1976-1977). México: UNAM, 1977, págs. 69-109.
63. “La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica mexicana”. Congreso

- Internacional de Derecho Comparado IX (Teherán, 1974). *Comunicaciones mexicanas*. México: UNAM, 1977, págs. 25-41 y 145-188.
64. “Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”. En: *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*. México: UNAM, 1977, págs. 9-59.
65. “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”. En: *Memoria del Colegio Nacional*. México, 1977, págs. 141-191.
66. “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 30: 315-348, septiembre-diciembre 1977.
67. “México: El organismo judicial (1950-1975)”. En: *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975)*. México: UNAM, 1978, págs. 7-47.
68. “El Derecho”. Por Héctor Fix-Zamudio y Eugenio Hurtado Márquez. En: *Las Humanidades en México (1950-1975)*. México: UNAM, 1978, págs. 307-352.
69. “Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en América Latina”. *Universidades (México)*, no. 73: 529-553, julio-setiembre 1978.
70. “La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 111: 641-694, septiembre-diciembre 1978.
71. “La protección interna de los derechos humanos”. En: González Souza, Luis y Méndez Silva, Ricardo, eds. *Los problemas de un mundo en proceso de cambio*. México, 1978, págs. 133-142.
72. “El derecho constitucional a la justicia en el derecho mexicano”. En: *Los derechos sociales del pueblo mexicano*, vol. I. México, 1979, págs. 279-326.
73. “Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana”. En: volumen colectivo LXXV años de evolución jurídica en el mundo, vol. 1. *Historia del derecho y derecho comparado*. México, 1979, págs. 155-189.
74. “Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo mexicano”. *Memoria de El Colegio Nacional*, 1978. México, 1979, págs. 91-138.
75. “Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa continental y su influencia en otros países”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 35: 337-432, mayo-agosto 1979.

76. “La función constitucional del Ministerio Público”. *Anuario Jurídico* V-1978: 145-195, 1979.
77. “Presente y futuro constitucional del organismo judicial y del Ministerio Público en México y España”. En: *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*. México: UNAM, 1979, págs. 327-384.
78. “El sistema presidencialista y la división de poderes”. En: obra colectiva *La Universidad Nacional y los problemas nacionales*, tomo II (vol. IX), Política y Estado. México: UNAM, 1979, págs. 85-155.
79. “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica”. *Anuario Jurídico* VI-1979: 159-174, 1980.
80. “Administración de justicia”. *Anuario Jurídico*, 7: 69-96, 1980.
81. “El juicio de amparo en materia agraria”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 116: 439-463, mayo-agosto 1980.
82. “El juicio de amparo en materia agraria”. En: volumen colectivo *Memoria del VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Jalapa, Veracruz, 1979*. México: Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1980, págs. 219-239.
83. “Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica”. *Revista Mexicana de Justicia*, no. 10: 7-24, enero-febrero 1981.
84. “Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica”. *Revista Mexicana de Justicia*, no. 11: 27-55, marzo-abril 1981.
85. “El juicio de amparo en materia de trabajo y la Ley Federal del Trabajo de 1931”. En: *Origen y repercusiones de la primera Ley Federal del Trabajo* (publicación conmemorativa del cincuentenario de la primera Ley Federal del Trabajo, 1931-1981). México: Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 1981, págs. 163-185.
86. “El juicio de amparo latinoamericano”. En: *Estudios jurídicos en honor de Alberto Vázquez del Mercado*. México: Porrúa, 1982, págs. 193-245.
87. “El derecho de amparo: Una aportación latinoamericana para la protección de los derechos del hombre”. En: *Fray Antón de Montesinos*. México: UNAM, 1982, págs. 50-56.
88. “Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa”. En: *Tribunal Fiscal de la Federación: Cuarenta y cinco años al servicio de México*. México, 1982. Tomo II, págs. 379-414.

89. “Aspectos comparativos de la justicia administrativa”. En: *Memorias del Primer Congreso Internacional de Justicia Administrativa*. México, 1982. Tomo V, págs. 87-139.
90. “Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano”. En: *Memoria de El Colegio Nacional -1981*. México: El Colegio Nacional, 1982, págs. 37-91.
91. “La función constitucional del Ministerio Público”. En: Ovalle Favela, José, ed. *Temas y problemas de la administración de justicia en México*. México: UNAM, 1982, págs. 79-127. (2. ed. México: Porrúa, 1985, págs. 91-142).
92. “El amparo mexicano en materia administrativa y la revisión fiscal”. *Ciencia Jurídica* (Los Mochis): 65-79, julio-diciembre 1983.
93. “La acción de las autoridades nacionales en la protección de los derechos civiles y políticos”. En: *La protección internacional de los derechos del hombre: Balance y perspectivas*. México: UNAM, 1983, págs. 45-83.
94. “Posibilidades de innovación institucional en las entidades federativas”. En: Ruiz Mas-sieu, José Francisco y Valadés, Diego, eds. *Nuevo derecho constitucional mexicano*. Mé-xico: Porrúa, 1983, págs. 285-309.
95. “Estado social de derecho y cambio constitucional”. En: *Memoria del III Congreso Na-cional de Derecho Constitucional (1983)*. México: UNAM, 1984, págs. 337-369.
96. “Las facultades directivas del juez en el ordenamiento procesal mexicano”. En: *Estudios ju-rídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*. México: Porrúa, 1984, págs. 275-297.
97. “Breves reflexiones sobre la evolución de la tutela de los derechos humanos en el ámbi-to interno”. *Revista Mexicana de Política Exterior*, no. 13: 7-17, abril-junio 1984.
98. “La Constitución y su defensa”. En: volumen del mismo título. México: UNAM, 1984, págs. 11-85.
99. “Breves reflexiones sobre algunos aspectos de las reformas a la legislación de amparo”. En: *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*. México: Procuraduría General de la República, 1984, págs. 181-197.
100. “La defensa jurídica de los particulares frente a los organismos paraestatales”. En: No-veno Congreso Mexicano de Derecho Procesal. *Memoria*. México: UNAM, 1984, págs. 135-172.
101. “Bases generales para un nuevo Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalis-co”. *Foro*: 24-77, diciembre 1984.

102. “El juicio de amparo en el derecho comparado”. *Boletín Trimestral del Departamento de Investigaciones Jurídicas* (Guanajuato), no. 15: 177-185, julio-septiembre 1984.
103. “Reflexiones sobre los problemas de la metodología del derecho”. *Boletín Trimestral del Departamento de Investigaciones Jurídicas* (Guanajuato), no. 16: 227-242, octubre-diciembre 1984.
104. “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”. En colaboración con Jorge Carpizo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 52: 31-64, enero-abril 1985.
105. “La administración de justicia”. En: Ovalle Favela, José, ed. *Temas y problemas de la administración de justicia en México*. 2. ed. México: Porrúa, 1985, págs. 91-142.
106. “Algunos instrumentos recientes para la protección de los derechos humanos”. En: *Los derechos humanos: Un debate*. México: UNAM-Atzacapatzalco, 1985, págs. 33-61.
107. “El Estado social de derecho y la Constitución mexicana”. En: *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y economía mixta*. México: UNAM-Porrúa, 1985, págs. 77-120.
108. “La Suprema Corte y el juicio de amparo”. En: *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*. México: Suprema Corte de Justicia, 1985, págs. 117-178.
109. “La democracia social”. En: *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*. 3. ed. México: Cámara de Diputados, 1985, págs. 495-553.
110. “El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado”. En: *Memoria de El Colegio Nacional*, 1984. México: El Colegio Nacional, 1985, págs. 63-104.
111. “El sistema americano de protección de derechos humanos”. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, no. 1, enero-abril de 1986, Págs. 47-79.
112. “Bases generales para un nuevo Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco”. En: X Congreso Mexicano del Derecho Procesal. *Memorias*. Guadalajara: Gobierno del estado de Jalisco-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1986, págs. 71-88.
113. “Régimen económico y derechos humanos”. *Revista Mexicana de Justicia*, México, Procuraduría General de la República, enero-marzo de 1986, págs. 39-51.
114. “La justicia municipal en México”. En: *La reforma municipal en la Constitución*, México, Porrúa, 1986, págs. 121-144.
115. “Posibilidad del Ombudsman en el derecho latinoamericano”. En: *La defensoría de los derechos universitarios de la UNAM*, México, UNAM, 1986, págs. 33-52.

116. “La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional”. En: *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial de 1986-1987*. México: Porrúa, 1987, págs. 345-390; *Reformas constitucionales de la renovación nacional*. México: Porrúa, 1987, págs. 495-541.
117. “Garantías constitucionales en el proceso. El ordenamiento mexicano”. *Ciencia Jurídica*, Los Mochis, Sinaloa julio-diciembre de 1986, págs. 3-29, y *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, nos. 24-25, octubre de 1986, marzo de 1987, págs. 11-44.
118. “Los juristas españoles exiliados y la ciencia jurídica mexicana”. En: *El exilio español y la UNAM*. México: UNAM, 1987, págs. 51-63.
119. “Selección y nombramiento de los jueces”. *Órgano trimestral de difusión y análisis de materiales jurídicos*, México, 3, abril-junio de 1987, págs. 23-64, y *Revista del Supremo Tribunal del Estado de Durango*, nos. 26-27, abril-septiembre de 1987, págs. 11-75.
120. “Algunas reflexiones sobre el principio de la división de poderes en la Constitución Mexicana”. En: *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 1987. Tomo III, págs. 619-708.
121. “La reforma en el derecho de amparo”. En: *Reforma procesal. Estudios en Memoria de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*. México: UNAM, 1987, págs. 265-304.
122. “La protección jurídica y procesal frente a los grupos de presión”. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, no. 5, mayo-agosto de 1987, págs. 357-388.
123. “Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana”. En: *Antologías para la actualización de los profesores de enseñanza media superior. Teoría General del Derecho. Historia del Derecho Mexicano y Derecho Constitucional Mexicano*. México: UNAM-Porrúa, 1987, págs. 241-259.
124. “La necesidad y legitimidad de la revisión judicial en la constitucionalidad de las leyes de América Latina. Desarrollo reciente”, en colaboración con Jorge Carpizo. En: *Studia Humanitatis. Homenaje a Ruben Bonifaz Nuño*. México: UNAM, 1987, págs. 75-103.
125. “La administración de justicia”. *Órgano trimestral de difusión y análisis de materiales jurídicos*, México, no. 4, julio-septiembre de 1987, págs. 89-110.
126. “Relaciones del poder ejecutivo con el poder judicial en el ordenamiento mexicano”. *Lex*, órgano de difusión y análisis, México, no. 13, julio de 1988, págs. 5-11.

127. “El ejecutivo federal y el poder judicial”. En: *El sistema presidencial mexicano (algunas reflexiones)*, México, UNAM, 1988, págs. 269-364.
128. “La naturaleza jurídica de las Juntas de Conciliación y Arbitraje”. En: *Cuestiones laborales. En homenaje al maestro Mozart Víctor Russomano*, México, UNAM, 1988, págs. 275-299.
129. “La independencia judicial en el ordenamiento mexicano”. En: Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente el señor Licenciado Carlos del Río Rodríguez al terminar el año de 1988, primera parte, pleno, volumen II, Mayo Ediciones, 1988, págs. 721-750.
130. “Relaciones del Poder Ejecutivo con el Poder Judicial en el ordenamiento mexicano”, en la última obra citada, págs. 753-773.
131. “Constitución y estado social de derecho”. En: *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, vol. V., La Constitución 70 años después, México, UNAM, 1988, 73-117.
132. “Optimismo y pesimismo en el derecho procesal mexicano”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nos. 157-159, enero-junio de 1988, págs. 59-111.
- 132A. “Setenta y cinco años de evolución del Poder Judicial en México”. En: *México 75 años de Revolución Política*, tomo II. México, FCE-Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1988, págs. 287-382.
133. “La modernización de los estudios jurídicos comparativos”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 64, enero-abril de 1989, págs. 63-94.
134. “La justicia constitucional en América Latina”. En: *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, tomo IV, Constitucionalismo. Colaboraciones extranjeras y nacionales, México, UNAM, 1989, págs. 451-532.
135. “Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Estudios en honor a Jorge Barrera Graf*, México, UNAM, 1989, tomo I, págs. 495-530.
136. “Derecho, constitución y democracia”. En: *Revista del Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública*, México, diciembre de 1989, págs. 171-216.
137. “Principios jurídicos de la protección de los derechos humanos”. En: Simposio sobre el estudio comparado constitucional de los sistemas jurídicos de la supremacía constitucional y de los derechos humanos, *Memorias*, México, Corte de Constitucionalidad de Gua-

- temala-Embajada de México en Guatemala-Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, junio de 1989, págs. 85-99.
138. “Algunos aspectos de la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en la protección de los derechos humanos en el derecho mexicano”. En: James Frank Smith, *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, tomo I. México, UNAM, 1990, págs. 133-190.
139. “La naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje”. En: *Revista de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje*, México, enero-junio de 1990, págs. 121-150.
140. “Tres instituciones francesas revolucionarias y el derecho constitucional mexicano”. En: *Bicentenario de la Revolución Francesa*, México, UNAM, 1991, págs. 59-93.
141. “El papel del ombudsman en la protección de los intereses difusos”. En: Simposio: Los abogados mexicanos y el Ombudsman. *Memoria*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, págs. 71-84.
142. “El Ombudsman en México”. En: La experiencia del Ombudsman en la actualidad, *Memoria*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, págs. 147-152.
143. “Las recientes transformaciones del régimen presidencial mexicano”. En: *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1992, págs. 215-260.
144. “El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos”. En: *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, UNAM, 1992, págs. 253-301.
145. “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”. En: *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992, págs. 107-196.
146. “El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 75, septiembre-diciembre de 1992, págs. 749-784.
147. “Introducción a la teoría de los recursos en el contencioso electoral”. En: *Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, México, Instituto Federal Electoral-UNAM, 1992, págs. 1-42.
148. “Órganos de dirección y administración de los tribunales en los ordenamientos latinoamericanos”. En: *Memoria de El Colegio Nacional 1992*, México, El Colegio Nacional, 1993, págs. 43-75.

149. “El Ombudsman y la responsabilidad de los servidores públicos”. *Revista Mexicana de Justicia*, México, no. 2, 1993, págs. 39-55.
150. “El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (Breves reflexiones comparativas)”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 77, mayo-agosto 1993, págs. 461-468.
151. “La institución del ministerio público y su carácter de representante social. Una revaloración”. En: *La procuración de justicia. Problemas, retos y perspectivas*. México: Procuraduría General de la República, 1993, págs. 265-319.
152. “Algunas reflexiones sobre el poder judicial y el Ombudsman en México”. En: *El Ombudsman judicial. Perspectivas internacionales*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, págs. 187-221.
153. “El nuevo marco constitucional en materia penal”. En: *La importancia y perspectivas de las reformas penales*. México: Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1994, págs. 29-58.
154. “Ignacio Luis Vallarta, la incompetencia de origen y los derechos políticos”, en el volumen *A cien años de la muerte de Vallarta*. México: UNAM, 1994, págs. 19-39.
155. “La reforma penal de 1993-1994. Su influencia en el amparo”. *Criminalia*, año LX, no. 1, México, enero-abril de 1994, págs. 71-104.
156. “La justicia constitucional latinoamericana”. En: José Luis Soberanes, *Tendencias actuales del derecho*. México: FCE-UNAM, 1994, págs. 282-297.
157. “Constitucionalización del Ombudsman en el ordenamiento mexicano”. En: *La modernización del derecho constitucional mexicano. Reformas constitucionales 1990-1993*. México: UNAM, 1994, págs. 147-188.
158. “Perspectivas del Ombudsman en Latinoamérica”. *Revista de derechos humanos*, Hermosillo, no. 7, octubre de 1994, págs. 253-266.
159. “La función actual del poder legislativo”. En: *El poder legislativo en la actualidad*. México: Cámara de Diputados-UNAM, 1994, págs. 15-25.
160. “La necesidad de una Ley de Procedimiento Administrativo y de la responsabilidad de la administración pública en el Distrito Federal”. En: *Memoria de El Colegio Nacional*, 1993. México: El Colegio Nacional, 1994, págs. 245-273.
161. “La libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos huma-

- nos”. En: *Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*. México: UNAM, 1996, págs. 499-510.
162. “Derecho comparado”. En: *El derecho en México*. México: FCE, 1996, págs. 38-62 y 118-148.
163. “Derecho procesal”. En: *El derecho en México*. México: FCE, 1996, págs. 38-62 y 118-148.
164. “Estudio preliminar”, a la obra de Paolo Biscaretti di Ruffia. Introducción al derecho constitucional comparado. México: FCE, 1996, págs. 7-69.

ESTUDIOS Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

165. “Reglamento del Consejo de la Judicatura de la República de Venezuela de 5 de octubre de 1973”. *Gaceta informativa de legislación y jurisprudencia*, México, no. 11, julio-septiembre de 1974, págs. 485-495.
166. “Comentarios a la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial Español de 10 de enero de 1980”. *Gaceta informativa de legislación y jurisprudencia*, México, no. 32, México, enero-abril de 1981, págs. 261-268.
167. “Dos leyes latinoamericanas recientes sobre el gobierno de la judicatura. Colombia y Perú”. *Gaceta informativa de legislación y jurisprudencia*, México, no. 34, septiembre-diciembre de 1981, págs. 885-893.
168. “Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal”. En: *Actualización jurídica*. México: UNAM, 1994, págs. 67-106; reeditado en el libro del mismo autor *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*. México: CDHDF-Porrúa, 1995, 106 págs.

ARTÍCULOS DE REVISTA Y COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS PUBLICADAS EN EL EXTRANJERO

169. “Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el derecho mexicano”. En: *Atti della Seconda Assemblea dell'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato*. Milano, vol. I, 1964, págs. 371-429.
170. “Aportación al estudio del derecho procesal social”. En: *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada*. Madrid, 1965, págs. 497-526, y reproducido en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1965.

171. “Algunos problemas procesales relacionados con el fideicomiso mexicano”. *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1966, págs. 41-81.
172. “La protección procesal de las garantías individuales en América Latina”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, págs. 393-469, reproducido en *Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala*, Guatemala, marzo-abril y mayo-junio de 1967, págs. 2-18 y 2-22, respectivamente.
173. “En torno a los problemas de la metodología del derecho”. *Revista de la Facultad de Derecho*. Mérida, Venezuela, no. 15, diciembre de 1967, págs. 5-49.
174. “La protección procesal de las garantías individuales en América Latina”. *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, Suiza, diciembre de 1968, págs. 60-111 (traducido al inglés, francés y alemán).
175. “La eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en el derecho mexicano”. En: *Atti del 3o. Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Milano, Giuffrè, 1969, págs. 476-496.
176. “Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano”. En: *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués Laso*, Madrid, vol. III, 1969, págs. 1055-1139.
177. “Judicial Protection of the Individual Against the Executive in Mexico”. En: *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, vol. 2, Köln-New York, 1970, págs. 713-770.
178. “Trends in Legal Learning in Mexico”, en colaboración con Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Héctor Cuadra, Sergio García Ramírez, Leoncio Lara, Ricardo Méndez Silva y Fausto E. Rodríguez García, *International Social Science Journal*, París, UNESCO, 1970, págs. 393-421 (publicado también en francés).
179. “Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela”. En: *Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*. Caracas: Fundación Rojas Astudillo, 1970, vol. II, págs. 335-390.
180. “Quelques aspects de la protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées au Mexique et en Amérique Latine”. En: *René Cassin amicorum discipulorumque Liber*. Paris: Pedone, 1971, vol. III, págs. 279-310.
181. “Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos en América Latina”. En: *Festschrift für Karl Loewenstein*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, págs. 485-508.
182. “Problèmes actuels de l’armonisation et de l’unification des droits nationaux en Améri-

- que Latine”, en colaboración con Héctor Cuadra (trad. de Nicole Daugreil). En: *Nordisk Tidsskrift for International Ret.* Copenhague, sup. I, no. 41, 1971, págs. 1-74.
183. “El juicio de amparo mexicano y la enseñanza del derecho procesal”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, abril-septiembre de 1971, págs. 361-408.
184. “Los derechos humanos y su protección ante las jurisdicciones nacionales”. En: *Miscelánea W J. Ganshof van Der Meersch*. Bruxelles-Paris: Bruylant, 1972, págs. 107-144.
185. “Protección procesal de los derechos humanos”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1972, págs. 413-474, reproducido en *Jus, Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, no. 21, 1973, págs. 1-70.
186. “La defense de l’individu face à l’administration au Mexique”. En: *Travaux du Dixième Colloque International de Droit Comparé*, Ottawa, Canadá, 1973, págs. 68-100.
187. “Les garanties constitutionnelles des parties dans le procès civil en Amérique Latine” (trad. Monique Lions). En: *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*. Milano, Dobbs Ferry, New York: Giuffrè-Oceana, 1973, págs. 31-99.
188. “Docencia en las facultades de derecho”. *Boletín de El Colegio de Abogados de Guatemala*, Guatemala, septiembre-diciembre de 1973, págs. 2-32.
189. “Breves réflexions sur l’objet et la nature des revues de droit comparé” (trad. de Monique Lions). *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 1975, págs. 85-96.
190. “Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social”. En: *Libro de homenaje a Luis Loreto*. Caracas: 1975, págs. 577-611.
191. “La ciencia del derecho en el último siglo: México”, en colaboración con Eugenio Hurtado. En: Mario Rotondi, *Inchiesta di Diritto Comparato. La Scienza del Diritto nell’Ultimo Secolo*. Padova: Cedam, 1976, págs. 461-501.
192. “Verfassungskontrolle in Lateinamerika” (trad. al alemán por Hans-Dieter Nahme y Hans-Rudolf Horn). En: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Tübingen: 1976, págs. 649-693.
193. “México: el organismo judicial (1950-1975)”. En: *Verfassung und Recht in Uebersee*. Hamburgo, 1977, págs. 391-417.
194. “L’importance du droit comparé dans l’enseignement juridique” (trad. de Monique Lions). En: *Rapports Généraux au IXe. Congrès International de Droit Comparé*. Bruxelles: Bruylant, 1977, págs. 109-155.

195. “Selección y nombramiento de jueces” (“Selection and Appointment of Judges”). En: *Toward a Justice with a Human Face*. Antwerpen-Deventer: Kluwer, 1978, págs. 407-458; reproducido en *Revista de Derecho Procesal*, Santiago de Chile, año VII, no. 12, 1977-1978, págs. 25-64.
196. “Las garantías colectivas e individuales en la Constitución mexicana ejemplificadas por el juicio de amparo”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1978, págs. 789-835.
197. “A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo”. *California Western International Law Journal* (trad. de Carl E. Schwarz), San Diego, vol. 9, no. 2, primavera de 1979, págs. 306-348.
198. “El derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca”. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, págs. 227-267.
199. “Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en México y Latinoamérica”. *Revista Jurídica del Perú*, Lima, octubre-diciembre de 1979, págs. 283-309.
200. “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica”. En: *El derecho*. Jurisprudencia general, Buenos Aires, tomo 83, 1979, págs. 883-893.
201. “La función constitucional de organismo judicial en México y en España. I. Situación actual de la función jurisdiccional. II. El acceso a la justicia, el Ministerio Público y la reforma judicial”. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nos. 10 y 11, julio-agosto, octubre-diciembre de 1979, págs. 25-57 y 37-62, respectivamente.
202. “Il diritto d’amparo in Messico e in Spagna. Influenze reciproche” (trad. al italiano de Paolo Saitta). *Diritto e Società*, Padova, no. 2, 1979, págs. 233-262.
203. “La importancia teórica de la enseñanza del derecho comparado”. *Revista Jurídica del Perú*, Lima, julio-septiembre de 1980, págs. 203-223.
204. “El sistema presidencial y la división de poderes en el ordenamiento mexicano”. En: *Libro homenaje a Manuel García Pelayo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1980, tomo I, págs. 223-315.
205. “Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, enero-junio de 1980. En: *Estudios en honor de Eduardo J. Couture*, tomo I, págs. 51-68.
206. “The Writ of Amparo in Latin America” (trad. de Carl E. Schwartz). *Lawyer of the Ame-*

- ricas*. University of Miami Journal of International Law, vol. 13, no. 39, diciembre de 1981, págs. 361-391.
207. “Problemas jurídicos de la administración de justicia federal y regional en México y en España”. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, julio-agosto de 1982, págs. 7-43.
208. “Los tribunales constitucionales en Latinoamérica”. *Revista Jurídica del Perú*, Lima, enero-marzo de 1982, págs. 5-24.
209. “A Global Survey of Governmental Institutions to Protect Civil and Political Rights”. *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 13, no. 1, verano de 1983, págs. 17-52.
210. “Los juristas españoles exiliados y la ciencia jurídica mexicana”. *Boletín del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de Madrid*, Madrid, noviembre-diciembre de 1984, págs. 13-20.
211. “Algunos aspectos comparativos del juicio de amparo mexicano y el recurso de casación en la forma, del derecho panameño”. En: Jorge Fabrega P., *Casación Civil*. Panamá: Editora Jurídica Panameña, 1985, págs. 527-564.
212. “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”. En: Giorgio Lombardi, *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*. Rimini: Maggioli, 1985, págs. 233-292.
213. “Amérique Latine”, en colaboración con Jorge Carpizo. En: *Le contrôle juridictionnel des lois. Legitimité, Effectivité et développements récents*. París, Aix-en-Provence: Economica-Presses Universitaires d’ Aix-Marseille, 1986, págs. 119-151.
214. “La democracia social y la Constitución mexicana”. En: *Modernas tendencias del derecho constitucional en España y América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986, págs. 391-437.
215. “El nacimiento de los derechos sociales en México”. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, diciembre de 1985-marzo de 1986, págs. 260-265.
216. “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, en colaboración con Jorge Carpizo. *Revista Parlamentaria Panamericana*, Madrid, no. 2, 1986, págs. 83-124.
217. “El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado”. En: *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*. Milano: Giuffrè, 1987, tomo I, págs. 413-460.
218. “Algunos aspectos de la influencia de la Constitución de los Estados Unidos en la pro-

- tección de los derechos humanos en América Latina”. En: *Constitución y democracia en el Nuevo Mundo. Una visión panorámica de las instituciones políticas en el Continente Americano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1988, págs. 131-167.
219. “Amparo”, voz. En: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana, 1988, vol. II, págs. 3-5.
220. “La protección judicial de los derechos humanos en Latinoamérica y en el sistema interamericano”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, no. 8, julio-diciembre de 1988, págs. 7-64.
221. “El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado”. *Jus et Praxis*, Lima, diciembre de 1988, págs. 11-47.
222. “Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika” (trad. al alemán de Monika Reckhorn). En: Hans-Rudolf Horn y Albrecht Weber, *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien un Portugal* (Control judicial constitucional en Latinoamérica, España y Portugal). Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1989, págs. 129-219.
223. “Recht, Verfassung und Demokratie”. En: *Philosophie und Rechtstheorie in Mexiko*, (Filosofía y teoría del derecho en México). León Olivé y Fernando Salmerón, eds. Berlín: Duncker und Humblot, 1989, págs. 28-59.
224. “La regulación jurídica interna de los estados de excepción en el derecho constitucional latinoamericano comparado”, en colaboración con Héctor Gros Espiell y Daniel Zovatto. En: *Coloquio sobre la protección jurídica internacional de la persona humana en situaciones de emergencia* (México, 16-21 de marzo de 1987), San José, Costa Rica, 1990, págs. 7-28.
225. “John Henry Merryman and the Modernization of Comparative Legal Studies”, trad. de Francisco de Andrea. En: David S. Clark, *Comparative and Private International Law. Essays in honor of John Henry Merryman*. Berlin: Duncker und Humblot, 1990, págs. 25-47.
226. “Modernización de los estudios jurídicos comparativos”. *Ius et Praxis*, Lima, no. 11, 1991, págs. 17-50.
227. “Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional”. En: *La jurisdicción constitucional*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1993, págs. 89-117.
228. “La Convención Europea de Derechos Humanos”. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, nos. 81-83, 1993, págs. 135-143.
229. “La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucio-

- nal”. En: *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita, Simposio internacional sobre derecho del Estado*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993, tomo II, págs. 521-558.
230. “Órganos de dirección y administración del poder judicial”. En: *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 1993, págs. 41-63.
231. “Gobierno y administración de los tribunales en América. El Consejo de la Judicatura”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, no. 2, 1993, págs. 259-274.
232. “Evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas”. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, diciembre de 1992-mayo de 1993, págs. 34-36.
233. “Los tribunales administrativos en el ordenamiento mexicano”. En: *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios de homenaje al profesor Jesús González Pérez*. Madrid: Civitas, 1993, tomo III, págs. 2515-2532.
234. “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, trad. al japonés por Hitoshi Kitahara. *Suragadai Journal of Law and Politics*, Hanno, primera parte, en no. 1, 1993, págs. 17-50; segunda parte, marzo 1994, págs. 53-88.
235. “La protección jurídica y procesal de los derechos humanos en los regímenes constitucionales latinoamericanos”. En: *Los derechos humanos en América*. Valladolid, Cortes de Castilla y León, 1994, págs. 279-3 19.
236. “Breves reflexiones sobre la justicia administrativa”. En: *Homenaje al profesor Eduardo Ortiz Ortiz*. San José: Colegio de Santo Tomás de Aquino-Universidad Autónoma de Centro América, 1994, págs. 493-522.
237. “Mexico. Constitutional Law”, en colaboración con Héctor Fix-Fierro. En: *International Encyclopaedia of Laws*. Deventer: Kluwer, 1994, 104 págs.
238. “Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: Rafael Nieto Navia, ed., *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, págs. 147-188.
239. “La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas”. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, 1995, págs. 225-236.
240. “Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América La-

241. “El derecho de amparo en México y España”, trad. al japonés de Hitoshi Kitahara. *Su-
ragadai Journal of Law and Politics*, Hanno, vol. 8, no. 2, marzo de 1995, págs. 1-41.
242. “El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericana-
nas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *The Modern World of Hu-
man Rights (El mundo moderno de los derechos humanos). Essays in Honor (ensayos en
honor de)*, Thomas Buergenthal. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de De-
rechos Humanos, 1996, págs. 159-207.
243. “México y la CIDH”. En: *La Jornada*, martes 9 de junio de 1998. (Artículo en tres par-
tes).

TRADUCCIONES

a) libros

244. Calamandrei, Piero. *Proceso y democracia*. Buenos Aires: EJE, 1960, 237 págs.
245. Cappelletti, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad*. México: UNAM, 1961,
128 págs.
246. Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México:
FCE, 1975, 369 págs. (Varias reimpresiones).
247. Víctor Russomano, Mozart. *La estabilidad del trabajador en la empresa*. En colabora-
ción con José Davalos Morales, México, UNAM, 1981. 210 págs.
248. Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado. Las “for-
mas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas y 1988-1990:
Un trienio de profundas transformaciones constitucionales en Occidente, en la URSS y
en los Estados socialistas del Este europeo*. México: FCE, 1996, 716 págs.

b) artículos y ensayos

249. Cappelletti, Mauro, “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”. *Revista de
la Facultad de Derecho de México*, no. 24, octubre-diciembre de 1956, págs. 153-189.
250. Calamandrei, Piero, “Corte Constitucional y autoridad judicial”. *Boletín de Información
Judicial*, México, octubre y noviembre de 1956, págs. 689-698, 753-774.

251. Cappelletti, Mauro, “La voz ‘Amparo’ en la Enciclopedia del Diritto”. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, no. 33, septiembre-diciembre de 1958, págs. 63-67.
252. Stella Richter, Mario, Theo Ritterspach y Heinz Schuster, “La organización y funciones de la Corte Constitucional y de la Corte Federal de Alemania Occidental”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nos. 31-32, julio-diciembre de 1958, págs. 285-304.
253. Cappelletti, Mauro, “La justicia constitucional en Italia”. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, no. 37, enero-abril de 1960, págs. 41-57, y en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nos. 37-40, enero-diciembre de 1960, págs. 151-168.
254. Tullio Liebman, Enrico, “La carrera judicial en el ordenamiento italiano”, en la misma revista citada en el punto anterior, págs. 403-406.
255. Cappelletti, Mauro, “Valor actual del principio de la oralidad”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, págs. 701-707, y *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo*, Valencia, Venezuela, tomo 3, 1960, págs. 5-15.
256. Othón Sidou, J.M, “La aeronave es un bien registrable”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 52, octubre-diciembre de 1963, págs. 975-980.
257. Cappelletti, Mauro, “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado” (en colaboración con Cipriano Gómez Lara). *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nos. 60-61, octubre-diciembre de 1965 y enero-marzo de 1966, págs. 889-918 y 27-67, y publicado posteriormente como libro, México: UNAM, 1966, 118 págs.
258. Secci, Mauro, “Lineamientos constitucionales y procesales del juicio de amparo mexicano”. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, no. 60, septiembre-diciembre de 1967, págs. 461-487.
259. Pinto Ferreira, Luiz, “El sistema federal brasileño”. En: *Los sistemas federales del continente americano*. México: UNAM-FCE, 1972, págs. 119-216.
260. Oppetit, Bruno, “La ayuda judicial”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 18, septiembre-diciembre de 1973, págs. 387-401.
261. Cappelletti, Mauro, “La Universidad Europea. El Departamento Jurídico”. *Deslinde*, México, UNAM, no. 59, 1974, 23 págs.
262. Biscaretti di Ruffia, Paolo, “Las formas de Estado en la época moderna”. En: *Anuario Jurídico*, México, UNAM, 1974, págs. 15-49.

263. Pinto Ferreira, Luiz, "El predominio del Poder Ejecutivo en América Latina". En: *Anuario Jurídico*, México: UNAM, 1977, págs. 25-64.
264. Hazard, John N., "Informe sobre 75 años de evolución del derecho comparado en los países anglosajones y socialistas". En: *LXXV años de evolución jurídica en el mundo, vol. II, Historia del derecho y derecho comparado*. México: UNAM, 1979, págs. 101-153.

ÍNDICE

- Abogados - España: 118, 210
- Administración de justicia: 49, 50, 80, 89, 105, 125, 132A, 148, 229, 230, 231, 236
- Administración de justicia - México: 7, 88, 207
- América Latina - Constitución: 3, 8, 232, 235, 239, 242
- Amparo (Recurso): 1, 10, 18, 21, 25, 28, 30, 32, 44, 46, 55, 65, 74, 81, 82, 85, 86, 87, 92, 99, 102, 108, 110, 121, 144, 150, 155, 179, 183, 196, 197, 198, 202, 206, 211, 217, 219, 221, 234, 241
- Calamandrei, Piero: 20
- Código de Procedimientos Civiles (Jalisco): 101, 112
- Comisión de Derechos Humanos - México: 168
- Conciliación y Arbitraje: 54, 128, 139
- Consejo de la Judicatura: 12, 165, 167, 231
- Constitución: 16, 29, 38, 42, 98, 131, 136, 223
- Constitución de Apatzingán, 1814: 27, 57
- Control constitucional - América Latina: 192, 213, 222
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: 135, 146, 238, 242, 243
- Couture, Eduardo J.: 66, 205
- Convención Europea de Derechos Humanos: 228
- Defensa propia (Derecho), véase Legítima defensa
- Democracia: 136, 223
- Democracia - México: 109, 214
- Democracia - América Latina: 83, 84
- Derecho: 136, 223
- Derecho - Asesoramiento: 61, 190
- Derecho - Enseñanza: 5, 14, 56, 63, 79, 178, 188, 200
- Derecho - Investigación: 5, 14, 48, 56, 133
- Derecho - Metodología: 5, 14, 37, 103, 173
- Derecho - México: 18, 59, 68, 73, 118, 138, 191, 202
- Derecho - Panamá: 211

Derecho administrativo: 49, 160, 233
Derecho agrario: 81, 82, 169
Derecho agrario - México: 26, 169
Derecho comparado: 46, 59, 63, 69, 73, 110, 123, 137, 162, 194, 225, 226
Derecho comparado - Enseñanza: 203
Derecho comparado - Revistas: 60, 189
Derecho constitucional: 110, 164, 205, 217, 221, 224, 227, 229
Derecho constitucional - Alemania: 150
Derecho constitucional - Estados Unidos: 138
Derecho constitucional - México: 34, 72, 90, 95, 140, 153, 237
Derecho de amparo, véase Amparo (Recurso)
Derecho electoral: 147, 154
Derecho internacional de los derechos humanos: 232, 239, 242
Derecho laboral: 85
Derecho municipal - México: 114
Derecho penal: 153, 155
Derecho procesal: 8, 19, 23, 24, 35, 44, 52, 58, 61, 104, 122, 163, 171
Derecho procesal - Asesoramiento: 190
Derecho procesal - Enseñanza: 55, 183
Derecho procesal - México: 31, 74, 132
Derecho procesal agrario: 22, 169
Derecho procesal civil - América Latina: 187
Derecho procesal civil - México: 23, 24
Derecho procesal constitucional: 20, 66
Derecho procesal del trabajo, véase Tribunales laborales
Derecho procesal fiscal: 33
Derecho procesal social: 169, 170
Derecho procesal tributario: 176
Derechos humanos: 4, 6, 8, 9, 15, 45, 87, 93, 113, 144, 209, 239
Derechos humanos - América Latina: 8, 45, 53, 146, 180, 181, 182, 199, 218, 220, 235, 240
Derechos humanos - Europa: 75, 228
Derechos humanos - México: 45, 180, 186, 196, 199, 215, 243
Derechos humanos - Protección: 6, 9, 45, 51, 52, 71, 75, 93, 97, 100, 106, 111, 137, 138, 161, 172, 174, 177, 181, 184, 185, 220
Derechos sociales - México: 215
División de poderes, véase Separación de poderes

Empleados públicos, véase Funcionarios públicos
Estado de excepción - América Latina: 224
Estado social: 95, 107, 131
Estados Unidos - Constitución: 218

Federalismo - México: 94

Fideicomiso - México: 171

Funcionarios públicos: 149

Garantías constitucionales - México: 39, 62, 117, 187

Grupos de presión - Protección: 122

Hermenéutica jurídica: 47, 69, 94

Inconstitucionalidad: 70

Intereses difusos: 141

Interpretación constitucional: 47

Jueces: 29, 96, 119, 195

Juicio de amparo, véase Amparo (Recurso)

Jurisdicción constitucional - América Latina: 240

Jurisdicción constitucional - México: 17

Jurisdicción nacional: 6

Jurisdicción voluntaria: 23, 24, 175

Jurisprudencia: 43

Juristas, véase Abogados

Justicia: 72, 229

Justicia - Administración, véase Administración de justicia

Justicia constitucional: 2, 15, 70, 83, 84

Justicia constitucional - América Latina: 134, 156

Justicia constitucional - México: 145, 212

Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal: 13

Ley de Procedimiento Administrativo: 160

Ley Federal del Trabajo, 1931: 85

Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial español: 166

Libertad religiosa - América Latina: 161

Merryman, John Henry: 225

México - Constitución: 27, 57, 107, 120, 196, 214

México - Constitución, 1824: 57

México - Constitución, 1857: 41

México - Constitución, 1917: 41

Ministerio público: 76, 91, 151

Ministerio público - España: 77

Ministerio público - México: 77

Ombudsman: 15, 141, 149

Ombudsman - América Latina: 115, 158

Ombudsman - México: 142, 152, 157

Poder ejecutivo - México: 34, 126, 127, 130, 143, 204

Poder judicial: 36, 40, 64, 230

Poder judicial - Colombia: 167

Poder judicial - España: 166, 201

Poder judicial - México: 11, 67, 77, 108, 116, 126, 127, 129, 130, 132A, 152, 193, 201

Poder judicial - Perú: 167

Poder legislativo: 159

Presidencialismo: 78

Procedimiento civil - América Latina: 3

Protección judicial, véase Derechos humanos - Protección

Revisión judicial: 104, 124, 216

Separación de poderes: 78, 120, 204

Separación de poderes - México: 41, 126, 127, 129, 130

Servidores públicos, véase Funcionarios públicos

Sistemas constitucionales - América Latina: 64

Suprema Corte de Justicia, véase Poder Judicial - México

Tribunales: 148, 231

Tribunales administrativos: 49, 233

Tribunales constitucionales: 4, 116

Tribunales constitucionales - América Latina: 208

Tribunales electorales: 147

Tribunales fiscales - México: 33

Tribunales tributarios - México: 176

Vallarta, Ignacio Luis: 154

SEMBLANZA DE HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Hernán Salgado Pesantes
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, que me honro en presidir, decidió unánimemente ofrecer un *Amicorum Liber* como afectuoso testimonio de homenaje público a Héctor Fix-Zamudio, magistrado de esta Corte desde enero de 1986 a diciembre de 1997 y su presidente en el transcurso de los últimos seis años.

Quienes nos hemos honrado con su amistad le conocemos como un hombre polifacético, de cultura múltiple, que con igual pasión trabaja en el ámbito de la ciencia como puede entrar al mundo del arte, su lógica jurídica no desdeña a la sensibilidad artística; bien se podría decir que en el culto de la música encontró la armonía que la normatividad jurídica exige.

Como persona, Héctor tiene el don de la serenidad de espíritu que le permite mirar con optimismo las vicisitudes humanas y que deja traslucir, al mismo tiempo, su ánimo bondadoso, tanto como su ecuanimidad. Inspirado en el humanismo, su vida la ha orientado en el servicio a los demás y por ello ha pagado tributo a las causas justas.

Según el real diccionario de la lengua, *maestro* se dice de la persona de mérito relevante entre las de su clase, este sería uno de los títulos que adornarían la personalidad de Fix-Zamudio. Más de cuatro décadas que ha honrado con su actividad infatigable el claustro universitario como investigador, docente y directivo, como académico de sólida contextura intelectual. Maestro en la diáfana acepción de la palabra.

Para nosotros, que nos desenvolvemos en el mundo del Derecho, destacamos en Héctor Fix-Zamudio al jurista de pensamiento lúcido y de vasta producción, al docto procesalista y constitucionalista, erudito en derecho comparado, al juez que acrecentó el caudal de su saber en la promoción y defensa de los derechos humanos.

No estaría completa esta breve semblanza si no me refiriera a la gran modestia y a esa enorme sencillez que aparecen como rasgos distintivos de su personalidad y que son signos inequívocos de una elevada estatura moral y de una sabiduría que ha alcanzado un nivel superior de madurez.

Igualmente no podría dejar de mencionar a la esposa del ilustre homenajeado, doña María Cristina, que ha sido el centro de gravitación familiar y la copartícipe espiritual en la obra y actividad del Maestro.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la institución mayor de nuestro sistema, recibió el aporte generoso de este jurista durante los doce años de su permanencia y seis en la presidencia. Que la presente obra de homenaje patentice la gratitud institucional.

San José de Costa Rica
24 de agosto de 1998

PRESENTACIÓN

HONORES Y JUSTICIA AL JUEZ FIX-ZAMUDIO

César Gaviria Trujillo
Secretario General de la Organización de los Estados Americanos

Resultaría imposible, en tan sólo unos breves párrafos, hacer justicia al muy significativo aporte que el Juez Héctor Fix-Zamudio ha hecho en el ámbito de la protección de los derechos humanos en América; más aún, cuando el presente libro cumple cabalmente con ese cometido, gracias a las copiosas contribuciones de amigos y colegas que, reunidas en esta obra, constituyen un verdadero tributo a la dimensión y trascendencia de su labor.

Aunque los logros del Juez Fix-Zamudio ya han recibido amplio reconocimiento y merecidos elogios, cabe destacar aquí algunos de los hitos que han marcado su trayectoria profesional. Sin pretender ser exhaustivo, podría mencionar su nombramiento como Miembro Alternativo en la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como su obtención de títulos honoríficos, entre ellos los doctorados Honoris Causa de las Universidades de Sevilla, España, y de Colima en México. Igualmente meritorio ha sido para él recibir los galardones “UNESCO de Enseñanza de los Derechos Humanos” (París, 1986); “Nacional de Historia, Ciencias Sociales y Filosofía” (1982); y “Universidad Nacional en Ciencias Sociales” (1991). No cabe duda, entonces, de su papel protagónico en el mundo académico y jurídico de México, su país natal, en donde es reconocido como gran figura jurídica.

El Juez Fix-Zamudio ha dejado, como escritor prolífico, una marca indeleble en más de diez libros de obligada y permanente consulta, como son *Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos*, y *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, además de cerca de doscientos artículos en revistas especializadas sobre una gran variedad de temas que abarcan desde la responsabilidad de los empleados públicos hasta la reforma agraria y el campo de la pedagogía. Su obra se destaca por su invaluable contribución en materia constitucional

y especialmente en lo que se refiere a los derechos y las responsabilidades de la ciudadanía en el marco de un sistema constitucional.

Pero lo que verdaderamente quisiera resaltar en estas líneas es su aporte al sistema interamericano de derechos humanos. El Juez Fix-Zamudio fue electo en dos ocasiones para integrar la Corte Interamericana, primero entre 1986 y 1991 y luego entre 1992 y 1997. En cuatro ocasiones sus colegas en este cuerpo lo eligieron presidente, reconociendo así, sus sobrados méritos y profesionalismo. Pues desde un comienzo, el Juez Fix-Zamudio entendió que la labor meditada y mesurada de la Corte tenía como objetivo crear un historial judicial sólido que contribuyera a fortalecer las bases en que se fundamenta la evolución de nuestras normas regionales sobre derechos humanos.

Sin duda, la mejor manera de honrar al Juez Fix-Zamudio es reflexionando sobre el contexto histórico en el cual ha dejado la huella de su labor imperecedera, procurando fortalecer el sistema interamericano de derechos humanos al que ha venido dedicando tantos esfuerzos.

Para ello tendríamos que empezar haciendo un breve balance de la situación actual en materia de derechos humanos, tanto a nivel regional, como a nivel global. En primer lugar recordaremos que en nuestra región la situación de los derechos humanos es aún preocupante. Aproximadamente el 70% de los casos que se presentan ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se refieren a amenazas al derecho a la vida, y durante el año de 1997 nos vimos obligados a informar sobre masacres de civiles inocentes ocurridas en algunos de nuestros países. Existe, además, en nuestra región una nueva y perturbadora tendencia a atacar a los defensores de los derechos humanos; aunque no menos preocupante es que la prensa, un elemento fundamental de toda democracia madura, se haya visto amenazada, llegando incluso a ser objeto de ataques violentos.

Sin embargo, no todos son balances negativos. Por el contrario, en 1997 entraron en vigor dos tratados importantes que tendrán efectos marcados sobre nuestra labor: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el Protocolo de Washington, que crea mecanismos concretos de defensa de las democracias del Hemisferio.

En segundo lugar recordaremos que, a nivel global, el período en el que el Juez Fix-Zamudio se aleja de la Corte y del sistema interamericano, ha sido de gran actividad en materia de derechos humanos. De hecho, en 1997, corrió peligro el concepto de universalidad; una teoría que sostiene la obligatoriedad en la aplicación de las disposiciones sobre derechos humanos y afirma que éstos deben aplicarse a todos en condiciones de igualdad. Un período, además, en que en el escenario mundial, ciertos países -incluidos algunos que ocupan posiciones de liderazgo- demostraron que no siempre están dispuestos a ajustar sus sistemas internos a los preceptos de las normas internacionales, consagradas en los tratados internacionales. Finalmente, un momento en que algunos países, en su mayor parte de África o Asia, han intentado promover una definición de los derechos humanos basada en el relativismo cultural, la cual debilita el sistema mundial de promoción y protección de los derechos humanos. Afortunadamente, este argumento parece haber encontrado más detractores que apologistas.

Es en este contexto, en que los países de América han captado la importancia de poner en marcha un proceso para asegurar que los mecanismos de promoción y protección de los derechos humanos del sistema interamericano, se encuentren fortalecidos y revitalizados para enfrentar los grandes desafíos del nuevo milenio.

Dos pasos trascendentales han sido tomados en ese sentido. El primero fue la realización del Seminario sobre el Sistema Interamericano para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos, organizado en 1996 por la Comisión Interamericana. Este seminario, único en la historia del sistema, reunió a especialistas de todo el mundo, procedentes de distintos sistemas jurídicos y de diferentes culturas y tradiciones y, por supuesto, a los miembros de la Corte Interamericana. Una vez terminado este encuentro, la Comisión concluyó que el sistema interamericano de derechos humanos puede y debe perfeccionarse. En esa oportunidad, la Secretaría General de la OEA presentó un documento con algunas propuestas específicas al respecto. De igual forma la sociedad civil se ha incorporado al proceso con múltiples publicaciones que han enriquecido el debate.

Posteriormente los Estados miembros de la OEA configuraron un proceso formal de evaluación y fortalecimiento del sistema y conforme a un mandato de la Asamblea General, convocaron una reunión de expertos celebrada en abril de 1997. En ella se sintetizaron las directrices bajo las cuales debía encaminarse la labor de promoción y protección de los derechos humanos. Poco después, la Asamblea General de la OEA, celebrada el mismo año, culminó este proceso con la aprobación de una resolución en que se instruye al Consejo Permanente para que presente en el próximo período ordinario de sesiones de la Asamblea recomendaciones específicas al respecto.

Han comenzado a surgir algunos elementos generales que orientan esta labor. Me atrevería a decir que, aunque incipiente, ya se está perfilando una conclusión: los resultados arrojados por el sistema interamericano trascienden las expectativas originales. Por ello, no me parece exagerado afirmar que nuestro sistema interamericano de derechos humanos, con los recursos disponibles y las difíciles pruebas a las que fue sometido durante las décadas pasadas, se desempeñó como ningún otro en el mundo. No obstante, a medida que avanzamos por el camino de la consolidación de la democracia del hemisferio, es apropiado que convengamos en que nuestro sistema puede ser perfeccionado. Después de todo, éste fue diseñado y creado en circunstancias muy distintas a las que actualmente caracterizan el actual proceso de desarrollo del Hemisferio.

La Corte Interamericana, en particular durante la Presidencia del hombre que honramos con este libro, se ha mantenido en un cauce progresista dentro de un escenario de características bastantes complejas. Ella ha modificado sus normas con cautela para lograr eficiencia dentro del actual marco reglamentario, ha mejorado su actuación administrativa, y ha comenzado a trabajar más estrechamente con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprovechando la sinergia de ambas entidades. Asimismo, siguiendo la posición progresista de otros tribunales internacionales, la Corte, bajo la inspiración del Juez Fix-Zamudio, continúa abriendo oportunidades y espacio directo para que las víctimas presenten sus peticiones.

Puedo asegurar con toda certeza y convicción, que el sistema de hoy es muy superior a aquel que operaba cuando el Juez Fix-Zamudio asumió sus funciones. Su participación en nuestro sistema interamericano nos ha enriquecido y abrigo la esperanza de que él continúe brindándonos su asesoría aún después de su partida. Se trata, en resumidas cuentas, de un legado lo suficientemente rico y sólido que nos será de utilidad durante muchos años.

Washington D.C., marzo de 1998

CONTRIBUCIÓN DEL JUEZ HÉCTOR FIX-ZAMUDIO A LA EVOLUCIÓN INSTITUCIONAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DURANTE LOS AÑOS 1987 - 1997

Manuel E. Ventura Robles
Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

I. INTRODUCCIÓN

Escribir un artículo en un libro de homenaje al Profesor Héctor Fix-Zamudio, con quien tuve el honor de trabajar durante 12 años en su condición de Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “la Corte Interamericana” o “el Tribunal”), de los cuales ocupó más de seis la Presidencia de la Institución, presenta serias dificultades. Reconocido internacionalmente como investigador y escritor, con un prestigio, no sólo profesional sino también personal, de persona íntegra e intachable y, sobre todo, poseedor de una gran calidad humana y de una profunda sabiduría que, posiblemente, sólo apreciamos en su justa dimensión los que, como yo, hemos tenido el privilegio de trabajar a su lado tantos años, hizo que tomara la decisión de hacer un artículo en el que de una manera simple y llana relatara los logros que, con su visión y confianza en la Secretaría de la Corte, alcanzó en el plano institucional en su paso por la Institución.

Un investigador, ajeno a la vida diaria de un tribunal internacional regional de protección de los derechos humanos como lo es la Corte Interamericana, puede analizar la evolución jurisprudencial del mismo a través de los años mediante el estudio de las sentencias, opiniones consultivas y medidas provisionales dictadas por el mismo. Pero difícilmente podrá percatarse de las personas responsables que impulsan los cambios reglamentarios y administrativos que han sido tomados en él, con el propósito de poder cumplir, de la mejor manera posible y dentro de la realidad institucional humana y económica en que vive, con las importantes funciones que le asigna la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con la carga de traba-

jo que tiene. En ese sentido, el propósito de este artículo es señalar la contribución del Juez Fix-Zamudio en la evolución institucional de la Corte durante los años 1987-1997, porque la evolución jurisprudencial de ésta trasciende el objeto de este artículo y será objeto de otros estudios.

La Corte Interamericana se instaló en su sede en 1979 y, ese mismo año, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA” o “la Organización”) aprobó su Estatuto. La Corte aprobó su primer Reglamento en 1980, un año antes de que Costa Rica presentara a ésta el primer asunto sometido a su consideración, Viviana Gallardo y otras. A partir de 1982 el Tribunal empezó a evacuar las primeras opiniones consultivas y, en el año 1986, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”), sometió los primeros casos contenciosos a la Corte.

En realidad, durante los 10 primeros años de actividades, en que la Corte resolvió el asunto Viviana Gallardo y otras, emitió nueve opiniones consultivas y falló los casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz contra Honduras, no se dio ningún cambio institucional importante. El Tribunal hizo frente a su trabajo con los mismos recursos humanos y financieros con que había iniciado sus labores 10 años atrás.

Sin embargo, durante el decenio 1987-1997 se presenta un hecho que es difícil que se vuelva a repetir: que la Presidencia de la Corte permaneciera, salvo algunos pocos meses, en manos únicamente de dos personas, notables juristas, el Juez Rafael Nieto Navia de Colombia, quien fue Presidente en los años 1987-1989 y 1993-1994, casi cuatro años, y el Juez Héctor Fix-Zamudio de México, quien fue Presidente en cuatro ocasiones diferentes durante los años 1990-1993 y 1995-1997, por un lapso de más de seis años. Estos jueces, el uno internacionalista y el otro constitucionalista, permitieron la consolidación, a partir de 1989, de una serie de cambios humanos, financieros y administrativos que transformaron de raíz al Tribunal, de los que fui protagonista por haber sido designado Secretario de la Corte ese año, después de haber sido primeramente Secretario interino y posteriormente Secretario adjunto durante más de 10 años.

Cuando el Juez Nieto Navia asume la Presidencia de la Corte a mediados de 1987, asume también la Vicepresidencia el Juez Héctor Gros Espiell, otro notable jurista, de nacionalidad uruguaya, quien ocupó la Presidencia de la Corte únicamente por nueve meses, de julio de 1989 a marzo de 1990, mes en que fue designado Ministro de Relaciones Exteriores de su país.

Los jueces Nieto Navia, Gros Espiell y Fix-Zamudio ordenaron como Presidentes la tramitación del fondo, las reparaciones y las interpretaciones de estas últimas en los tres primeros casos contenciosos sometidos a la Corte, casos difíciles y complejos que versaron sobre la desaparición forzada de personas y que, como todos los casos tramitados hasta el momento en el Tribunal, debieron ser instruidos por éste y, por ende, recibirse en audiencia pública la prueba testimonial y casi toda la pericial. Con la resolución de los casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz, en los que hubo que dictar un total de 10 sentencias en las etapas de excepciones preliminares, fondo, reparaciones e interpretación, y en los que se dio

la primera toma de medidas provisionales, la Corte se consolidó institucionalmente y acrecentó el prestigio ya logrado con la emisión de las primeras opiniones consultivas, lo que le había permitido formar una importante doctrina en materia de protección de derechos humanos en América. Pero también se hizo evidente para estos tres presidentes el hecho de que el Tribunal, que no es permanente y con los recursos humanos y financieros con que contaba, no podría hacer frente de manera eficiente al futuro si la Comisión empezaba a someter casos regularmente a su consideración, se continuaban solicitando opiniones consultivas y, como en la realidad ocurrió, la Comisión empezó a pedir en forma regular, a partir de 1990, medidas provisionales.

La Corte tenía, a principios de 1989, que asumir el reto de evolucionar rápidamente en el plano administrativo para poder hacerle frente al volumen de trabajo que se le presentaría. Habían pasado 10 años sin que ésta, preocupada por dictar sus primeras sentencias y opiniones consultivas con gran calidad jurídica, o la Secretaría, propusiera alguna iniciativa que previera solventar los problemas que, por el aumento del volumen de trabajo, que era inminente, se presentarían en cualquier momento, con excepción del gran apoyo que, para la creación y funcionamiento de la Biblioteca durante sus primeros años, dio el Juez Thomas Buergenthal, quien posteriormente, siendo Presidente el Juez Gros Espiell en 1989, toman la iniciativa conjunta de crear el Centro de Documentación, como entidad del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

El reto de tomar las medidas necesarias para enfrentar el creciente volumen de trabajo fue asumido por el Presidente Juez Héctor Gros Espiell, por el Vicepresidente Juez Héctor Fix-Zamudio y por el que escribe, de la forma en que se relatará más adelante, ya que ese tema es el objeto de este artículo.

II. LOS PRIMEROS OBJETIVOS POR LOGRAR

Una vez que asumieron la Presidencia y la Vicepresidencia de la Corte los jueces Gros Espiell y Fix-Zamudio en el mes de julio de 1989, se acordó alcanzar dos metas, lo más pronto posible, con el fin de iniciar la evolución institucional del Tribunal.

La primera de ellas, un acercamiento con la Comisión Interamericana para que, como consecuencia del diálogo y del convencimiento en la necesidad de desarrollar el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, ésta empezara a someter regularmente casos contenciosos a consideración de la Corte, lo que fructificó a partir del año siguiente, 1990, siendo Presidente de la Comisión el jurista hondureño Leo Valladares Lanza y su Secretaria Ejecutiva la diplomática venezolana Edith Márquez Rodríguez. En este campo la actitud asumida por la Corte se adelantó en más de un año a la propia Asamblea General de la OEA que, el año siguiente, durante su período ordinario de sesiones de junio de 1990, mediante Resolución AG/RES. 1041 (XX-O/90), solicitó a la Corte y a la Comisión Interamericanas que establecieran mecanismos de coordinación para que ambos órganos pudieran, en el ámbito de su competencia, cooperar entre sí para una mejor protección de los derechos humanos. Como consecuen-

cia de esta Resolución la Corte y la Comisión han sostenido desde entonces reuniones periódicas, de las cuales también la Asamblea General, mediante Resolución AG/RES. 1330 (XXV-O/95), solicitó a ambos órganos de protección que informaran en sus respectivos Informes Anuales de los resultados de dichas reuniones.

El acercamiento con la Comisión para que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos funcionara cada vez mejor como consecuencia del aumento del prestigio del Tribunal y de la consecuente confianza de los Estados y de la Comisión hacia éste, fue mantenida y reforzada durante las siguientes presidencias de los jueces Fix-Zamudio y Nieto Navia, actitud que, como se podrá apreciar de las siguientes listas de casos contenciosos, opiniones consultivas y medidas provisionales sometidas al Tribunal hasta la fecha de redacción del presente artículo, antes y después de 1990, fue la correcta:

a. *Casos Contenciosos*

1. 1986 - caso Velásquez Rodríguez contra Honduras
2. 1986 - caso Fairén Garbi y Solís Corrales contra Honduras
3. 1986 - caso Godínez Cruz contra Honduras
4. 1990 - caso Aloeboetoe y otros contra Suriname
5. 1990 - caso Gangaram Panday contra Suriname
6. 1990 - caso Neira Alegría y otros contra el Perú
7. 1992 - caso Cayara contra el Perú
8. 1992 - caso Caballero Delgado y Santana contra Colombia
9. 1994 - caso Genie Lacayo contra Nicaragua
10. 1994 - caso El Amparo contra Venezuela
11. 1994 - caso Maqueda contra la Argentina
12. 1995 - caso Paniagua Morales y otros contra Guatemala
13. 1995 - caso Loayza Tamayo contra el Perú
14. 1995 - caso Castillo Páez contra el Perú
15. 1995 - caso Blake contra Guatemala
16. 1995 - caso Suárez Rosero contra el Ecuador
17. 1996 - caso Benavides Cevallos contra el Ecuador
18. 1996 - caso Bámaca Velásquez contra Guatemala
19. 1996 - caso Cantoral Benavides contra el Perú
20. 1996 - caso Durand y Ugarte contra el Perú
21. 1997 - caso Villagrán Morales y otros contra Guatemala
22. 1997 - caso Castillo Petruzzi y otros contra el Perú

b. *Opiniones Consultivas*

Opinión Consultiva OC-1/82 - “Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte”. Solicitada por el Perú.

Opinión Consultiva OC-2/82 - “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Solicitada por la Comisión Interamericana.

Opinión Consultiva OC-3/83 - “Restricciones a la pena de muerte”. Solicitada por la Co-

misión Interamericana.

Opinión Consultiva OC-4/84 - “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”. Solicitada por Costa Rica.

Opinión Consultiva OC-5/85 - “Colegiación obligatoria de periodistas”. Solicitada por Costa Rica.

Opinión Consultiva OC-6/86 - “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Solicitada por el Uruguay.

Opinión Consultiva OC-7/86 - “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”. Solicitada por Costa Rica.

Opinión Consultiva OC-8/87 - “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías”. Solicitada por la Comisión Interamericana.

Opinión Consultiva OC-9/87 - “Garantías judiciales en estados de emergencia”. Solicitada por la Comisión Interamericana.

Opinión Consultiva OC-10/89 - “Interpretación de la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Solicitada por Colombia.

Opinión Consultiva OC-11/90 - “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”. Solicitada por la Comisión Interamericana.

Opinión Consultiva OC-12/91 - “Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Solicitada por Costa Rica.

Opinión Consultiva OC-13/93 - “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. Solicitada por la Argentina y el Uruguay.

Opinión Consultiva OC-14/94 - “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención”. Solicitada por la Comisión Interamericana.

Opinión Consultiva OC-15/97 - “Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. Solicitada por Chile.

Opinión Consultiva OC-16 (en trámite ante la Corte desde el mes de diciembre de 1996). Solicitada por México.

c. *Medidas Provisionales*

En casos contenciosos:

1. 1986 - casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz respecto de Honduras
2. 1994 - caso Caballero Delgado y Santana respecto de Colombia
3. 1995 - caso Blake respecto de Guatemala
4. 1996 - caso Suárez Rosero respecto del Ecuador
5. 1996 - caso Loayza Tamayo respecto del Perú
6. 1997 - caso Caballero Delgado y Santana respecto de Colombia

En casos no sometidos aún a consideración de la Corte:

1. 1990 - caso Bustíos Rojas respecto del Perú
2. 1991 - caso Chunimá respecto del Perú
3. 1992 - caso Chipoco respecto del Perú
4. 1992 - caso Penales peruanos respecto del Perú
5. 1993 - caso Reggiardo Tolosa respecto de la Argentina
6. 1994 - caso Colotenango respecto de Guatemala
7. 1995 - caso Carpio Nicolle respecto de Guatemala
8. 1996 - caso Alemán Lacayo respecto de Nicaragua
9. 1996 - caso Vogt respecto de Guatemala
10. 1996 - caso Serech y Saquic respecto de Guatemala
11. 1996 - caso Giraldo Cardona respecto de Colombia
12. 1997 - caso Álvarez y otros respecto de Colombia
13. 1997 - caso Cesti Hurtado respecto del Perú

La segunda meta fue el establecimiento de un diálogo permanente con los embajadores -representantes permanentes de los Estados miembros ante la OEA- y con los altos funcionarios de esta Organización, para ir aumentando paulatinamente el presupuesto del Tribunal y contar así con los recursos humanos y materiales necesarios para atender el incremento del trabajo que se propiciaba y se preveía venir.

Este objetivo, *conditio sine qua non* para alcanzar las metas deseadas, se fue logrando poco a poco, mediante el diálogo directo y franco con los embajadores y funcionarios de la OEA todos los años. Cada año, durante las Presidencias de los jueces Fix-Zamudio y Nieto Nava, con ocasión del viaje que había que realizar a la sede de la Organización para presentar el Informe Anual de Labores de la Corte a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente, se realizaron múltiples reuniones con los jefes de misiones ante la OEA o con los delegados de aquéllas ante la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios, para que el presupuesto de la Corte fuera paulatinamente incrementado. En esto, también se tuvo éxito, según se demuestra en la tabla con las cifras aprobadas para el presupuesto de la Corte del año 1989 a la fecha en que se escribe este artículo, que se transcribe a continuación:

Año	Monto aprobado - (US\$1.000)
1989	312.3
1990	352.0
1991	369.9
1992	424.0
1993	501.2
1994	511.0
1995	585.7
1996	794.5
1997	1.035.7

1998

1.120.0

III. AUMENTO EN EL NÚMERO DE SESIONES DE LA CORTE

El primer y más importante beneficio logrado para mejorar el trabajo de la Corte, consecuencia de los aumentos presupuestarios recibidos por la Institución, fue que el Tribunal pudo aumentar el número de sesiones que realizaba y así atender la creciente demanda de trabajo.

Inicialmente, se celebraban dos sesiones ordinarias al año, que luego pasaron a ser tres y, finalmente cuatro, independientemente que junto con ellas se celebrara alguna sesión extraordinaria. Actualmente, el presupuesto aprobado para el año 1998 contempla la realización de cuatro períodos de sesiones de ocho semanas de duración en total; o sea, de dos semanas cada uno. Cabe resaltar que el Tribunal, en algunas ocasiones, ha celebrado sesiones de tres semanas y a veces unos días más, con el fin de cumplir con las metas de trabajo programadas. Sea esta la ocasión para agradecer públicamente al personal de la Corte, por primera vez, en un trabajo de esta naturaleza, la extraordinaria tarea que ha realizado sin jornadas mínimas, sin días feriados, sin sábados ni domingos libres pero sí, con algunas madrugadas de faenas agotadoras.

IV. LOS RECURSOS HUMANOS

El otro problema que se pudo empezar a solventar, también poco a poco, fue el de los recursos humanos con que contaba el Tribunal.

La Asamblea General de la OEA aprobó en el mes de noviembre de 1978 el primer presupuesto para la Corte Interamericana para el semestre julio-diciembre de 1979, que fue la suma de US\$100.000, ocasión en la que tuve la oportunidad de intervenir como delegado alterno de Costa Rica en su consecución, la que se duplicó para el año 1980 a US\$200.000, suma que por los siguientes 10 años tuvo únicamente un aumento vegetativo. Asimismo, dentro de ese presupuesto aprobó únicamente cuatro posiciones para ejecutar las labores del naciente Tribunal, las cuales eran y continúan siendo de una gran complejidad e intensidad: el Secretario, el Secretario adjunto, una Secretaria principal y una Secretaria auxiliar.

Con los recursos adicionales que desde el año 1980 ha proveído el Gobierno de Costa Rica como compromiso de sede, como mínimo anual de US\$100.000, conseguidos mediante una gestión del primer Presidente de la Corte, Juez Rodolfo E. Piza Escalante, con el entonces Presidente de Costa Rica, Rodrigo Carazo Odio, la Corte alquiló sus instalaciones físicas y dispuso de recursos para el mantenimiento de la misma. También, con esos recursos, fue posible contratar el elemento humano indispensable para realizar las labores imprescindibles para que el Tribunal pudiera funcionar: seguridad, limpieza, un mensajero-chofer, una recepcionista y una miscelánea.

Aunque sea difícil de creer, la OEA no aumentó el número de personas que permanentemente laboraban para ella en la Corte, pagadas con su presupuesto regular, hasta el año 1994 en que se contrataron tres abogados bajo la modalidad de CPRs (Contrato por Resultados), con

fondos aprobados por la Asamblea General en el año 1993. Estos funcionarios, debido a las regulaciones laborales internas de la Organización, no gozaban de ningún beneficio social. Y, cabe resaltar, que al pensionarse el Secretario en marzo de 1989, el autor de este artículo permaneció como único profesional pagado por la OEA en la Secretaría de la Corte hasta mayo de 1991, en que fue llenada la vacante de Secretario adjunto. Lo mismo ocurrió durante el año 1997 en que, por haber finalizado la relación laboral con la persona encargada de la administración de la Corte (antes Secretaria principal), la Organización se vio imposibilitada de pagar un Oficial administrativo de abril a diciembre de ese año. En situaciones de emergencia, como las relatadas, hubo que recurrir a los escasos fondos provenientes del Gobierno de Costa Rica para pagar un modesto salario a un joven y recién graduado abogado, el Licenciado Víctor M. Rodríguez Rescia, hoy Secretario adjunto *a.i.* de la Corte, que asistió directamente al Secretario durante los años 1989, 1990 y 1991 y, a la comprensión y generosidad del señor Arturo Herrera, Director del proyecto de la Unión Europea en la Corte, programa del que se hablará más adelante, para que asumiera también las funciones de administrador de la Corte con un recargo salarial mínimo. Sería cometer una gran injusticia el no mencionar también al Bibliotecario de la Corte, señor Winston Salas, que durante muchos años, debido a la carencia de personal, ha asistido directamente a los jueces y al Secretario de la Corte en funciones casi que de abogado y, por supuesto, que van más allá de sus obligaciones como Bibliotecario, cargo para el cual además siempre tuvo el tiempo necesario para atenderlo debidamente, a lo que se debe en gran medida el prestigio de que hoy goza la Biblioteca de la Corte, que es conjunta con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Cabe resaltar que posteriormente esta última se institucionalizó como Biblioteca Conjunta de la Corte y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos mediante un convenio firmado, en la sede de la Corte, el día 17 de enero de 1995 por el Presidente de ésta, Juez Héctor Fix-Zamudio, por el Presidente del Instituto Interamericano, Doctor Pedro Nikken y por el Juez Antônio A. Cançado Trindade, entonces Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y hoy Vicepresidente de la Corte, siendo el que esto escribe Secretario de la Corte.

A partir de 1994 y, en los años siguientes, con los aumentos de presupuesto ya señalados, fue posible organizar la Secretaría de la Corte con una estructura racional y permanente que le permitiera afrontar debidamente sus obligaciones. Se crearon tres departamentos, Legal, Administrativo y Biblioteca, con un profesional jefe responsable de cada uno de ellos, bajo la supervisión del Secretario de la Corte. Fue a partir de entonces que, con el pleno respaldo en su momento de los jueces Nieto Navia y Fix-Zamudio, se pudo descentralizar el trabajo de la Secretaría y el Secretario dedicarse a las funciones establecidas en la Convención, Estatuto y Reglamento de la Corte, es decir, coordinar, asesorar y revisar el trabajo del personal de la Corte que, hasta ese momento, era ejecutado por él casi en toda su totalidad. Tampoco ya no fue necesario, a partir de ese momento, ajustar la estructura organizativa de la Secretaría a los requerimientos de cada sesión, porque desde entonces ésta ha estado organizada de una manera tal que, con la división del trabajo que operó a partir de ese momento, ha podido hacer frente permanentemente al trabajo que se le somete al Tribunal, con lo cual está desempeñando adecuadamente la labor que estatutaria y reglamentariamente le corresponde.

Pero lo más importante de este logro ha sido la consolidación de un joven equipo de pro-

fesionales, amantes del Derecho y creyentes en los derechos humanos, que son la garantía de la permanencia del Tribunal, ya que son el brazo a través del cual éste, sea cual sea su composición o las circunstancias que afronte, podrá cumplir con su cometido. Lo que sí es una pena es que hasta el momento no se hayan podido conseguir los recursos económicos suficientes para garantizarles un nivel salarial acorde con su preparación y responsabilidades profesionales; es decir, que por lo menos gocen del mismo status que tienen los funcionarios de la Comisión Interamericana.

V. REGLAMENTOS DE LA CORTE Y SUS REFORMAS

La Corte Interamericana aprobó su primer Reglamento en el año 1980, tomando como base el Reglamento entonces vigente de la Corte Europea de Derechos Humanos, el que fue reformado dos años más tarde, en 1982. Este Reglamento estuvo vigente hasta el 31 de julio de 1991, 11 años, y con él se tramitaron las primeras opiniones consultivas, los primeros casos contenciosos y las primeras medidas provisionales.

El proceso que en él se estipulaba se inspiraba, además, en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia para casos de Derecho Internacional general. Era un procedimiento lento, sobre todo en su parte inicial, que requería a los representantes de la Comisión y del Estado demandado, después de haber sido sometido el caso a consideración de la Corte, que se reunieran con el Presidente para que éste, después de que hubiese recogido la opinión sobre el procedimiento a seguir de los agentes de las partes y de los delegados de la Comisión, indicara en qué plazos serían depositadas las memorias, contramemorias y otros documentos. El procedimiento incluía la presentación de una réplica y una dúplica y las excepciones preliminares debían ser presentadas lo más tarde antes de que expirara el plazo fijado para que finalizara la primera actividad del proceso escrito, a realizar por la parte que interpusiera la excepción.

En el año 1991 la Corte, bajo la Presidencia del Juez Fix-Zamudio, aprobó un nuevo Reglamento que entró en vigencia el 1 de agosto de ese año, cuyo principal mérito fue establecer un procedimiento más expedito y, por lo tanto, acorde con la naturaleza misma de la protección jurisdiccional de los derechos humanos. Con este Reglamento, una vez introducida la causa ante la Corte, el Presidente realizaba un examen preliminar de la demanda. Si los requisitos fundamentales no habían sido cumplidos, se solicitaba al demandante que subsanara los defectos en un plazo de 20 días. El Estado demandado tendría siempre el derecho de responder por escrito la demanda dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la misma y, oportunamente, el Presidente consultaba a los agentes y a los delegados de la Comisión, si estimaban necesarios otros actos del procedimiento escrito. Asimismo las excepciones preliminares sólo podían ser opuestas dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la demanda. Todos estos cambios hicieron el procedimiento más rápido y acorde con los objetivos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Es de señalar también que, en el año 1993, se reformó este Reglamento en lo referente a medidas provisionales; específicamente el artículo 24.4 para que, presentada una solicitud en

este sentido, la Corte no tuviera que ser convocada por el Presidente a sesionar sin retardo. Sencillamente, ésta no tenía fondos suficientes ni los jueces tiempo para reunirse cada vez que fuera presentada una solicitud de medidas provisionales. En su lugar se dispuso que si se presentaba una solicitud de medidas provisionales y la Corte no estuviere reunida, “*el presidente, en consulta con la comisión permanente y, de ser posible, con los demás jueces, requerirá del gobierno interesado que tome las medidas urgentes necesarias y que actúe de manera tal que las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones, tengan los efectos pertinentes*”.

Cinco años más tarde, también bajo la Presidencia del Juez Fix-Zamudio y con fundamento en un proyecto preparado por el Juez Cançado Trindade, quien para ese efecto había sido designado por la Corte, ésta dictó su tercer Reglamento que entró en vigor el 16 de septiembre de 1996. Con este tercer Reglamento, además de hacer más precisa la terminología técnica y estructurar debidamente el mismo, la Corte dio un paso fundamental hacia adelante en la evolución de la protección internacional de los derechos humanos al disponer, en su artículo 23, que “[e]n la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma”. En realidad, este importante cambio Reglamentario vino a recoger algo que estaba ocurriendo en este campo desde hacía algún tiempo: que en la etapa de reparaciones los familiares de las víctimas o sus representantes presentaban sus puntos de vista y la Comisión se limitaba a “hacerlos suyos”.

Esta modificación, que señala inequívocamente el *desideratum* al que debe aspirar el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que es el que se reconozca a las víctimas *locus standi* y acceso directo al Tribunal, tal como ocurrirá a finales de este año en Europa, presagia que en un futuro más o menos cercano, la Corte, también a través de una reforma Reglamentaria, permitirá a las víctimas o a sus representantes presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma, durante la tramitación del fondo del caso, paso que se dio en Europa con la reforma del Reglamento de la Corte Europea en 1982.

VI. COMPRA DEL EDIFICIO SEDE DE LA CORTE

El Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica en el año 1978, el Licenciado Rafael Angel Calderón Fournier, cuando solicitó que se designara a su país como sede de la Corte Interamericana, se comprometió a dotar a la Institución de un edificio que tuviera las facilidades y el señorío apropiado para que un Tribunal internacional, de la naturaleza del creado por el Pacto de San José de Costa Rica, pudiera funcionar adecuadamente.

Catorce años más tarde, el Presidente de la Corte, Juez Héctor Fix-Zamudio y el que esto escribe, Secretario de la Corte, visitaron en 1992 al entonces ya Presidente de Costa Rica, Licenciado Calderón Fournier, para solicitarle su cooperación con el fin de que el Gobierno de ese país incluyera en su proyecto de presupuesto para 1993 los fondos necesarios para adquirir el edificio que alquilaba la Corte, que se consideraba el más apropiado para que ésta funcionara y

era ya símbolo de la misma. El Licenciado Calderón ordenó la inclusión de la partida presupuestaria correspondiente en el proyecto de presupuesto y, con la ayuda unánime de todas las fracciones en la Asamblea Legislativa de Costa Rica, ésta fue aprobada y girada a la Corte que, pasó a ser propietaria del edificio que ocupaba, a finales de 1993. El propio Presidente de la República visitó la sede de la Corte como gesto que simbolizó la entrega del edificio al Juez Rafael Nieto Navia, entonces Presidente de la Corte. Ya en propiedad del edificio, se empezaron a hacer aquellas reparaciones de emergencia que el mismo requería. Con esta decisión del Gobierno de Costa Rica se consolidó la decisión tomada años atrás de designar a este país como sede de la Corte Interamericana.

El edificio sede que ocupa la Corte Interamericana es magnífico pero, día con día se va haciendo estrecho debido a que más personal trabaja en él por el aumento del volumen de trabajo y, sobre todo, por el crecimiento de la Biblioteca y del Centro de Documentación. Tanto los jueces Nieto Navia como Fix-Zamudio hicieron gestiones personalmente con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y, más recientemente se hicieron también gestiones con el Centro Danés de Derechos Humanos para conseguir fondos con miras a construir un edificio en el patio de la actual sede, o bien hacer alguna reparación importante o comprar una casa cercana para trasladar la Biblioteca y el Centro de Documentación, sin éxito alguno, ya que estas instituciones dan fondos para programas específicos pero no para comprar o construir planta física.

VII. PROYECTO DE APOYO A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Vital para el crecimiento y funcionamiento adecuado de la Corte fue la iniciativa que tomó el Juez Rafael Nieto Navia durante su última gestión como Presidente para negociar, con la Unión Europea, un proyecto de cooperación que permitiera a la Corte en primer lugar poner al día la publicación de sus sentencias, ya que desde el año 1991 los recursos aprobados por la OEA en este renglón debían dedicarse a las sesiones del Tribunal para que éste lograra atender todos los casos, opiniones consultivas y medidas provisionales sometidas a su consideración, en segundo lugar a comprar equipo de computación, como consecuencia de lo cual la Corte tiene hoy una eficiente red computacional, y, en tercer lugar, a modernizar y computarizar la Biblioteca con la compra de libros y la actualización de sus bases de datos.

Este programa, que ha tenido un gran éxito, se encuentra ahora en su tercera etapa. La primera, que se llevó a cabo de julio de 1994 a julio de 1995, se suscribió por un monto de ECUs 130.000; la segunda, que se realizó de septiembre de 1995 a septiembre de 1996 fue por un monto de ECUs 200.000. Y la tercera, que empezó el 1 de julio de 1997 y que se encuentra ahora en pleno desarrollo, se firmó por un monto de ECUs 300.000. Con los dineros de la Unión Europea, además de las publicaciones usuales, se han hecho también otro tipo de publicaciones, tales como libros conmemorativos o de homenaje, en las que han participado destacados expertos en la materia de diversas partes del planeta, así como una publicación electrónica muy soli-

citada por los expertos e investigadores en la materia.

VIII. ACUERDO DE COOPERACIÓN CON LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

A principios de 1997, durante la última Presidencia del Juez Fix-Zamudio, se firmó un acuerdo de cooperación con la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, que tiene como propósito la colaboración sobre aspectos técnicos y analíticos en los campos de informática y de organización, para lograr computarizar, en la medida en que los recursos financieros lo permitan, la tramitación de los casos en la Corte Interamericana. Asimismo, las dos instituciones se comprometieron a brindarse acceso recíproco a sus bases de datos y a su información jurisprudencial, así como a cooperar en materia de publicaciones conjuntas y a realizar actividades académicas.

IX. CONVENIO CON EL INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

El 8 de julio de 1997 el Juez Antônio A. Cançado Trindade, especialmente comisionado para tal efecto por el Presidente Fix-Zamudio, firmó en representación de la Corte Interamericana un acuerdo de cooperación en el área académica con el Instituto Internacional de Derechos Humanos en la ciudad de Estrasburgo, Francia.

El Convenio de cooperación tiene como propósito la colaboración sobre aspectos académicos e investigativos. Ambas instituciones se comprometieron a intercambiar sus publicaciones y a colaborar en las actividades de índole académica que realicen. Además, el Instituto Internacional de Derechos Humanos se comprometió a proporcionar, sobre una base anual, una beca completa para participar en sus sesiones anuales de estudio, a un miembro del personal de la Secretaría de la Corte, la cual se comprometió a financiar el traslado a Estrasburgo de las personas designadas para participar en dicha sesión. El Convenio rige a partir de la fecha de su firma y tendrá vigencia por tiempo indefinido.

X. CONVENIO DE INDEPENDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA SECRETARÍA DE LA CORTE

Durante la última gestión presidencial del Juez Fix-Zamudio se inició una serie de conversaciones y gestiones con funcionarios de la Secretaría General de la OEA, entre los que cabe citar muy especialmente al Doctor Guillermo Belt, Inspector General de la Organización, con el propósito de que, mediante la firma de un Convenio, para lo que estaba facultado tanto el Secretario General como la Corte, se diera independencia administrativa a la Secretaría de ésta, lo cual facilitaría enormemente la administración en lo relativo al manejo de los recursos presupuestarios, en lo cual tendría mayor flexibilidad y responsabilidad el Secretario del Tribunal, sujeto siempre a las auditorías que la OEA estimara pertinente hacer, y en lo relativo al nombramiento del personal, ya que la Corte se convertiría en patrono y sería responsabilidad del Se-

cretario el nombrar y remover a los funcionarios que laboraran en la Institución.

Este logro, el más importante institucionalmente hablando que se ha dado desde que se instaló el Tribunal, vino a fortalecer la autonomía de que ya gozaba la Corte Interamericana como único órgano jurisdiccional en materia de derechos humanos del sistema interamericano y fue una expresión más, clara y transparente, del apoyo que el actual Secretario General de la OEA, Doctor César Gaviria Trujillo, ha venido dando institucional y presupuestariamente a la Corte desde que asumió sus funciones a mediados de 1994.

El Convenio, firmado a finales de 1997 entre el Secretario General de la OEA y el Presidente de la Corte, Juez Hernán Salgado Pesantes, entró en vigor el 1 de enero de 1998. Con esta decisión se dio un paso en firme para resolver el problema de los recursos humanos y de la estructura administrativa del Tribunal que, para su solución definitiva, requiere únicamente de más recursos para expandir su planta física, financiar sus publicaciones y pagar debidamente a todo su personal profesional, lo que se debería hacer acorde con el trabajo sumamente especializado que desempeñan y con las equiparaciones salariales correspondientes al personal de la OEA.

XI. CREACIÓN DE UN DEPARTAMENTO DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Como colorario de todo este esfuerzo realizado y, debido a que no se vislumbra una solución permanente a los serios problemas económicos por los que ha atravesado la OEA en los últimos años, situación que de continuar no permitiría incrementar en cifras significativas el presupuesto de la Corte, ésta, en su proyecto de presupuesto para el año 1999 ha solicitado a la Organización una suma adicional a su presupuesto de US\$70.000, como fondo semilla, con el cual se puedan dar los pasos iniciales para crear un Departamento de Cooperación Internacional, que se financiaría por sí solo y que permitiría a la Corte programar y ejecutar metas óptimas en el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Cabe señalar que el proyecto con la Unión Europea a que se ha hecho referencia anteriormente constituye un primer paso en este sentido, así como el Convenio que se firmó en 1997 con el Centro Danés de Derechos Humanos (DANIDA), como consecuencia del cual éste se ha comprometido a ayudar institucionalmente a la Corte con el envío y pago anual de un abogado europeo para fortalecer el Departamento Legal de la Corte, lo que se empezó a ejecutar desde septiembre de 1997.

XII. CONCLUSIÓN

Recientemente, en noviembre de 1997, visitó la Corte Interamericana una delegación de la Corte Europea de Derechos Humanos. Con ellos se conversó sobre los grandes cambios que sufrirá el sistema europeo de protección de los derechos humanos a finales de este año cuando entre en vigor el Protocolo número 11, que iniciará una nueva etapa con la desaparición de la Comisión Europea de Derechos Humanos y quede, como único órgano de protección la Corte

Europea, a la cual tendrá acceso directo o *locus standi* el ser humano. Pregunté por el presupuesto con que operará el Tribunal Europeo y el número de jueces y funcionarios permanentes que tendrá, solamente para confirmar cuán lejos se encuentra el sistema interamericano, que funciona en un continente muchas veces más grande, con más población y problemas más serios, de tener un sistema de protección que, aunque ajustado a la realidad social, económica y política del Continente Americano, pueda operar más rápidamente porque, con los medios materiales y los recursos humanos con que funciona la Corte Interamericana sería, humanamente imposible, pedir más eficiencia.

Mi memoria me llevó 18 años atrás cuando vi nacer el Tribunal, que empezó a trabajar con un funcionario, el que escribe este artículo, como primer Secretario, en una oficina que por algunos meses cedió la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y con una sola máquina de escribir que tuve que apresurarme a adquirir. Pero también, fugazmente, fui capaz de vislumbrar en unos pocos segundos el trabajo jurisdiccional y doctrinal que tantos jueces valiosos han plasmado en las sentencias, opiniones consultivas y medidas provisionales que ha dictado la Corte en un poco más de 18 años de existir y en la transformación institucional y en el crecimiento administrativo que ésta ha sufrido.

Posiblemente para un juez europeo o para un académico de un país desarrollado sea difícil comprender cómo se crea y se instala un tribunal internacional para toda América, con la función de proteger los derechos esenciales del ser humano, sin un edificio y sin medios materiales para trabajar y con apenas el personal necesario para hacer lo elemental. Pero esa era y sigue siendo la realidad difícil de las regiones subdesarrolladas. Y establecer la Corte, en las condiciones que fuere, fue un paso histórico fundamental para el desarrollo humano y político de los pueblos americanos, con un único antecedente de corta duración, la Corte de Justicia Centroamericana que funcionó de 1908 a 1918.

Lo demás tenía que hacerse como se hace todo en la vida: a base de esfuerzo y de trabajo diario. Fue especialmente gratificante tratar los asuntos administrativos y jurídicos diariamente con el Juez Fix-Zamudio quien, a pesar de no devengar honorario alguno, siempre estuvo disponible para atender los asuntos de la Corte, e incluso, solicitó un año sabático para, entre otras cosas, tener mayor disponibilidad de tiempo para lo que la Corte requiriera de él, de acuerdo con el artículo 16.2 del Estatuto de la Corte, que dispone que el Presidente de la misma deberá prestar permanentemente sus servicios, pese a que no recibe remuneración adicional por esto. Esa fue la visión y mística de trabajo que le imprimió al Tribunal el Juez Héctor Fix-Zamudio, a quien pretendo rendir un homenaje con este artículo, mientras fue juez y, sobre todo, Presidente de la Corte. Confió en los funcionarios de la Secretaría, los escuchó, aconsejó y guió y, como producto de esto se produjo una transformación institucional notable en la Corte Interamericana y empezó la evolución dinámica de un sistema internacional regional de protección de los derechos humanos, que todavía debe rendir en el futuro sus mejores frutos para los habitantes de este sufrido continente.

Rafael Nieto Navia, Héctor Gros Espiell y Héctor Fix-Zamudio fueron los jueces que

promovieron este cambio en el período que se ha analizado y quienes, junto con Rodolfo E. Piza Escalante, Carlos Roberto Reina, Pedro Nikken y Thomas Buergenthal, todos ellos también Presidentes del Tribunal, pusieron las bases institucionales de la Corte. Cabe destacar que el entonces Juez Carlos Roberto Reina firmó con el Gobierno de Costa Rica el Convenio de Sede del Tribunal, que le permite funcionar y cumplir con sus obligaciones adecuadamente en este país.

Esta evolución institucional se completará cuando la Corte Interamericana sea un tribunal permanente, cuyos jueces laboren a tiempo completo, los casos se puedan resolver en un tiempo razonable y se dote a la Institución del presupuesto necesario para poder dar humana y materialmente el soporte que un tribunal de esta naturaleza necesita, *desideratum* al que el Juez Héctor Fix-Zamudio dedicó durante 12 años su tiempo, su experiencia y su prestigio, sin escatimar esfuerzo alguno para mejorar a la Corte o ayudar a su personal, lo que quien escribe agradece también en nombre de todos ellos.

San José, Costa Rica, febrero de 1998

LISTA DE AUTORES

Samuel B. Abad Yupanqui

Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo del Perú. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Alirio Abreu Burelli

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Presidente de la Asociación Civil Primero Justicia.

Domingo E. Acevedo

“Visiting Fellow”, Universidad de Cambridge. Ex Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Asdrúbal Aguiar

Relator de la Consulta Internacional sobre el Derecho Humano a la Paz (UNESCO). Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Venezuela. Profesor Asociado de Derecho Internacional. Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luis Aguiar de Luque

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Carlos III, Madrid. Ex Director del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Manuel Aragón

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid.

Jean Michel Arrighi

Director del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría General de la O.E.A.

Carlos M. Ayala Corao

Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela. Miembro de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE). Miembro del Consejo de Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores. Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

José Alfredo de Oliveira Baracho

Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais. Profesor de los cursos de postgrado, a nivel de Doctorado y Maestría. Presidente del Consejo Curador de la Fundación Brasileña de Derecho Económico. Miembro del Instituto Brasileño de Derecho Constitucional y del Instituto de los Abogados.

Santiago Barajas Montes de Oca

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Julio A. Barberis

Profesor de Derecho Internacional Público. Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Manuel Becerra Ramírez

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

German J. Bidart Campos

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires.

Allan R. Brewer-Carías

Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Miembro del Directorio de la Asociación Latinoamericana de Administración Pública. Presidente de la Fundación de Derecho Público y Premio Nacional de Ciencias, 1981.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor Titular de la Universidad de Brasilia y Profesor Visitante en la Universidad de Columbia en Nueva York. Miembro de los Consejos Directivos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo). *Associé* del *Institut de Droit International*.

Jorge Carpizo

Embajador de México en Francia. Investigador Titular de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Secretario General Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Douglass Cassel

Director Ejecutivo, International Human Rights Law Institute y Sullivan Program for Human Rights in the Americas, DePaul University College of Law, Chicago.

Juventino V. Castro y Castro

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

Rodolfo Cerdas

Asesor Internacional e Investigador del CIAPA (Centro de Investigación y Adiestramiento Político-Administrativo), Costa Rica.

Reinaldo Chalbaud Zerpa

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela.

José Afonso da Silva

Profesor titular del Departamento de Derecho Económico y Financiero de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo. Miembro del grupo de Estudios Urbanos del Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de Sao Paulo. Procurador (retirado) del Estado de Sao Paulo.

Pedro de Vega García

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid y Presidente del Instituto de Investigaciones Legislativas.

Francisco J. Eguiguren Praeli

Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador de la Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú.

Gonzalo Elizondo Breedy

Director del Área de Instituciones Públicas del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Rigoberto Espinal Irías

Ex Juez *ad hoc* Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Oscar Luján Fappiano

Ex miembro y ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ex Procurador General de la Nación y de la Provincia de Formosa, ex Secretario de Justicia. Ex profesor adjunto de Derechos Humanos y Garantías Internacionales (Cátedra Rizzo Romano) y del programa sobre Derechos Humanos y Fuerzas Armadas y Policía del IIDH.

Louis Favoreu

Catedrático de la Facultad de Derecho (Derecho Público) y profesor titular de la Universidad de Derecho de Aix-Marsellas. Presidente de la Asociación Francesa de los Constitucionalistas. Director del Grupo de Estudios y de Investigación sobre la Justicia Constitucional (GERCJ). Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

Francisco Fernández Segado

Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

Fernando Ferraro Castro

Asesor parlamentario de la diputada Sonia Picado Sotela en la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

Domingo García Belaunde

Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima. Directivo y fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Eduardo García de Enterría

Ex Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Profesor Emérito de la Universidad Complutense de Madrid.

Jorge Mario García Laguardia

Ex Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala. Ex Director de CAPEL, programa del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ex Presidente de la Academia de Geografía e Historia y de la Corte Constitucional de Guatemala. Investigador de carrera en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Sergio García Ramírez

Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de la Junta de Gobierno de la Universidad Nacional Autónoma de México. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Diego García-Sayán

Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas. Miembro del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, del Comité Ejecutivo de la Comisión Internacional de Juristas, del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

César Gaviria Trujillo

Secretario General de la Organización de los Estados Americanos.

Adolfo Gelsi Bidart

Ex Decano de la Facultad de Derecho y Profesor de Derecho Procesal y de Derecho Agrario.

Robert Kogod Goldman

Professor of Law and Louis C. James Scholar, The Washington College of Law, The American

University.

Alonso Gómez-Robledo V.

Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Jesús González Pérez

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid. Académico de Número de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y de Jurisprudencia y Legislación. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Profesor honorario de varias universidades hispanoamericanas.

Oswaldo Alfredo Gozaíni

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires y Profesor titular de Derecho Procesal y de Derecho Procesal Constitucional de su Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor titular del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Forense de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Héctor Gros Espiell

Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex Ministro de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay. Profesor de la Universidad de la República.

Carlos José Gutiérrez

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

Juan de Dios Gutiérrez Baylón

Profesor de Derecho Internacional, Universidad Nacional Autónoma de México.

Rubén Hernández Valle

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Costa Rica. Co-redactor Constitución Guinea Ecuatorial por encargo de las Naciones Unidas.

Javier Hervada

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado y Profesor Ordinario de Derecho Canónico, Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra. Director del Departamento de Filosofía del Derecho y del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Navarra.

Juan Carlos Hitters

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina).

Arturo Hoyos

Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Humberto J. La Roche

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela (Sala Político-Administrativa).

Enrique Lagos

Subsecretario de Asuntos Jurídicos de la OEA.

Paula Lizano

Abogada, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional. Magistrado del Tribunal Constitucional. Vicepresidente del Consejo General de Poder Judicial, Madrid, España.

Jorge Madrazo

Procurador General de la República de México.

Paul Mahoney

Secretario Adjunto de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Víctor M. Martínez Bullé Goyri

Investigador de tiempo completo y Secretario Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Mario Melgar Adalid

Profesor de la Facultad de Derecho. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Consejero de la Judicatura Federal.

John Henry Merryman

Profesor Emérito de la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford.

Jorge Miranda

Profesor catedrático de la Universidad de Lisboa y la Universidad Católica Portuguesa.

Alejandro Montiel Argüello

Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luis Paulino Mora Mora

Presidente de la Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

José Carlos Barbosa Moreira

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Presidente del Instituto Ibero-Americano de Derecho Procesal.

Augusto M. Morello

Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de La Plata, Argentina.

César Moyano Bonilla

Profesor universitario y tratadista de Derecho Internacional y Derecho Aéreo. Miembro del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y Espacial. Actualmente asesor de la firma Cavelier Abogados de Bogotá.

Rafael Nieto Navia

Juez del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Antiguo Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Antiguo Presidente del Tribunal Arbitral Argentino-chileno para el Trazo del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy.

Pedro Nikken

Presidente del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consultor Jurídico de la Secretaría de las Naciones Unidas para las negociaciones de paz en el conflicto salvadoreño y miembro del Tribunal Arbitral Argentino-Chileno.

Humberto Nogueira Alcalá

Profesor Titular de Derecho Constitucional, Decano Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile.

Jaime Ordóñez

Director de la Cátedra de Teoría del Estado de la Universidad de Costa Rica. Profesor del Doctorado de la Universidad Autónoma de Centroamérica y la Universidad Carlos III de Madrid. Miembro de la Comisión de Expertos de la Maestría Centroamericana en Ciencias Políticas. Asesor permanente de Amnistía Internacional, Proyecto Regional Centroamérica y México.

Máximo Pacheco Gómez

Profesor y ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor Honoris Causa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

David. J. Padilla

Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

José F. Palomino Manchego

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Academia de la Magistratura (Perú). Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

Jo M. Pasqualucci

Profesora Asociada de Derechos, Universidad de South Dakota.

Gregorio Peces-Barba Martínez

Rector Universidad Carlos III, Madrid.

Antonio-Enrique Pérez Luño

Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Sevilla.

Herbert Petzold

Profesor honorario de Derecho Internacional de la Universidad de Saarbrücken y Lector Asociado en el Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Speyer. Secretario de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Rodolfo Piza Escalante

Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Magistrado de la Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Rodolfo E. Piza Rocafort

Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social de Costa Rica. Abogado y Director del Instituto de Enseñanza e Investigaciones de la Universidad Autónoma de Centro América (UACA) en Costa Rica. Profesor de Derecho Constitucional, Administrativo e Internacional de los Derechos Humanos, en los cursos de doctorado de la UACA (en convenio con la Carlos III de Madrid). Presidente de la Asociación Nacional de Fomento Económico (ANFE).

Víctor Manuel Rodríguez Rescia

Secretario Adjunto *a.i.* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor titular de los cursos de Derechos Humanos I y II de la Universidad de La Salle, San José, Costa Rica.

Francisco Rubio Llorente

Ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional, Madrid, España.

Carlos Ruiz Miguel

Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Santiago de Compostela (España).

Luis Carlos SÁCHICA Aponte

Profesor de Derecho Constitucional durante 46 años en distintas universidades colombianas. Ex Magistrado y ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de Colombia y del Tribunal de Justicia del Pacto Andino. Titular de la Cátedra Antonio Caso de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

Winston Salas

Jefe de Biblioteca, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Hernán Salgado Pesantes

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y ex Decano de su Facultad de Jurisprudencia. Profesor Invitado de la Universidad de París X - Nanterre.

Néstor Pedro Sagüés

Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Católica Argentina. Profesor Honoris Causa de diversas universidades latinoamericanas. Presidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Académico Nacional en Ciencias Morales y Políticas y en Derecho y Ciencias Sociales. Magistrado Judicial.

Modesto Seara Vásquez

Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en La Universidad Nacional Autónoma de México. Rector de la Universidad Tecnológica de la Mixteca y de la Universidad del Mar. Investigador Nacional Emérito.

Jonathan Salvadoray

Abogado, miembro en un bufete de abogados en Berna, Suiza. Ex pasante del departamento legal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (febrero - julio 1997).

Pedro Serna

Profesor Titular de Teoría del Derecho de la Universidad de La Coruña (España). Investigador del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Navarra (España). Director de las revistas *Persona y Derecho* y *Humana Iura*.

José Luis Soberanes Fernández

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

María Auxiliadora Solano Monge

Abogada, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Diego Valadés

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Leo Valladares Lanza

Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras. Presidente del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos. Primer Vicepresidente de la Federación Iberoamericana de Ombudsman, FIO.

Jorge Reinaldo A. Vanossi

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Ex Miembro del Comité Jurídico Interamericano.

LISTA DE AUTORES

Edmundo Vargas Carreño

Ex miembro de la Comisión de Derecho Internacional. Actual Embajador de Chile en Costa Rica. Ex Secretario de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

José Luis Vázquez Alfaro

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Manuel E. Ventura Robles

Secretario, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Enrique Vescovi

Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Presidente de la Escuela de Derecho Comunitario y del Mercosur.

Francisco Villagrán Kramer

Ex miembro del Comité Jurídico Interamericano y de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

LAS RESERVAS EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Hernán Salgado Pesantes^(*)

INTRODUCCIÓN

En materia de reservas a los tratados, al igual que en otras importantes cuestiones del Derecho Internacional, ha habido un progreso constante acorde con la puesta en práctica -cada vez mayor- por las organizaciones internacionales de tratados de carácter multilateral, de participación casi-universal.

Es en este campo multilateral, donde las reservas, y las objeciones a éstas, van a ser aceptadas con mayor flexibilidad: la concepción integralista o de la indivisibilidad cederá paso a la tendencia denominada de la universalidad. Pero, al mismo tiempo, se buscarán criterios orientadores para que esta práctica se desenvuelva sin afectar a la finalidad del tratado ni a su efectividad.

Los debates doctrinarios a que dieron lugar las reservas formuladas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948) y luego la opinión consultiva que sobre esta cuestión dictó la Corte Internacional de Justicia (1951) brindaron las bases para construir de mejor manera el sistema de reservas. En el pronunciamiento de la Corte cabe destacar -para fines del presente trabajo- el criterio de la compatibilidad de las reservas con el objeto y propósito del tratado, lo que también sería discutido.

A partir de entonces, sobre todo desde 1961, la Comisión de Derecho Internacional, encargada de codificar el derecho de los tratados, recogería los criterios que habían venido acep-

^(*) Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

tándose y que después de muchos análisis constarían en el proyecto llevado a Viena, el que con algunas modificaciones sería adoptado el 23 de mayo de 1969 bajo la denominación de Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

LAS RESERVAS EN LA CONVENCIÓN DE VIENA

El sistema de reservas que establece la Convención de Viena fue calificado, en su momento, como flexible y hoy se lo considera extremadamente liberal en lo relativo a los tratados de derechos humanos, dada la evolución habida.

A las reservas puede aplicarse lo dicho por el Prof. Reuter de toda la Convención de Viena, al referirse que presentaba dos aspectos: uno clásico, que finalmente predomina y otro innovador. Lo clásico estaba dado por el principio de soberanía que se expresa en la fórmula de la autonomía de la voluntad del Estado, la cual se objetiva por el encuentro de consentimientos y acuerdos que vinculan a los Estados. Y esta objetivación de la voluntad también se manifiesta en *el objeto y el fin del tratado* que son los elementos esenciales tomados en consideración por la voluntad de las partes; objeto y fin, escogidos libremente como su bien común.¹

Reuter y otros autores -de los años setenta- supieron destacar la importancia del elemento o criterio relativo al objeto y fin del tratado, si bien para el profesor francés era un elemento clásico; la evolución ocurrida desde la adopción de la Convención de Viena demostraría que se trata de un elemento innovador.

En resumen y como es conocido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece lo referente a: formulación de reservas (Art. 19); aceptación de las reservas y objeción a éstas (Art. 20); efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones (Art. 21); retiro de las reservas y de las objeciones (Art. 22); y, del procedimiento relativo a las reservas (Art. 23).

De todas estas regulaciones, transcribiremos la disposición del artículo 19 que es la puerta de acceso a las reservas:

Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- a) que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible

¹ Paul Reuter: La Convention de Vienne sur le droit des traités, Dossiers U2, Librairie Armand Colin, Paris, 1970, p. 15 et ss.

con el objeto y el fin del tratado.

LAS RESERVAS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA

En materia de reservas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene una breve disposición (Art. 75), la cual acepta las reservas sin determinar restricciones y prescribe que éstas deben ser formuladas en conformidad con lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que venía de ser adoptada en ese mismo año de 1969.

La remisión a la Convención de Viena seguramente allanaba los problemas conceptuales que planteaba la inclusión de un sistema de reservas, a pesar de la naturaleza específica, en este caso, del instrumento americano. En esta materia, las normas constantes en la Convención Europea no sirvieron de guía.

Antes de examinar el antecedente del artículo 75, vale señalar desde ya que dicha disposición no corresponde al proyecto previamente elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que sirvió como documento de trabajo, al cual incluso se hicieron enmiendas en el seno de la Conferencia Especializada.²

El texto original del proyecto, base de la discusión, fue el siguiente (el subrayado es nuestro):

1. El Estado Parte podrá, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, formular reserva si una *norma constitucional* vigente en su territorio estuviere en contradicción con alguna disposición de la Convención. La reserva debe ir acompañada del texto de la norma a que se refiere.
2. La disposición que haya sido objeto de alguna reserva no se aplicará entre el Estado reservante y los demás Estados Partes. Para que la reserva surta este efecto, no será necesaria la aceptación de los demás Estados Partes.

Las enmiendas propuestas a este texto fueron esencialmente las siguientes:

- En el párrafo 1 (tercera línea), después de “constitucional” añadir las palabras “*o legal*”, pero posteriormente se pidió su eliminación cuando se observó que podía haber conflicto con la disposición (actual Art. 2 de la Convención) que establecía el deber de los Estados Partes de adoptar medidas legislativas que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención;

² La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos se reunió en San José, Costa Rica, entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969, y adoptó en el último día la Convención Americana que entraría en vigor el 18 de julio de 1978. De las “Actas y Documentos” extraemos lo relacionado con este punto. Cf. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA / Ser. K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1973.*

- Agregar, en lo relativo al momento en que puede hacerse la reserva, el momento “*de la firma*”;

- Incluir un párrafo 3 que diga: “*En cualquier momento, todo Estado que haya formulado una reserva podrá retirarla, y se notificará ese retiro en la forma pertinente*”.

- Eliminar el párrafo 2 por apartarse del sistema previsto en la Convención de Viena.

Lo interesante de este proyecto, en nuestro criterio, es la referencia explícita a que las reservas sólo tendrían lugar si la norma convencional contraría una norma constitucional vigente -criterio restrictivo-, pues, se estaba limitando considerablemente el campo de las reservas, lo cual es positivo especialmente cuando se trata de derechos humanos. Un efecto contrario se hubiera obtenido -y fue lo que se quiso hacer- al añadir el ámbito legal a lo constitucional.

Esta concepción inicial -que no va a ser adoptada- contrastaba con la Convención Europea de Derechos Humanos, en la cual son las leyes nacionales vigentes las que darían lugar a las reservas, es decir, se contempla un amplio campo normativo donde hay mayores posibilidades de formular reservas.³

En cuanto al texto de la norma que se debe acompañar a la reserva, falta claridad en la redacción pero entendemos que se refiere a la disposición constitucional del Estado autor de la reserva, la cual está en contradicción con la norma convencional.⁴

Este proyecto sobre el sistema de reservas que debía adoptar la Convención Americana finalmente no pasó, no obstante las enmiendas introducidas en él. La delegación de los Estados Unidos insistió en la eliminación del artículo 0, en su defecto, que se le sustituya por otro que simplemente haga referencia a que en materia de reservas se aplicaría la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Las actas señalan que hubo un debate muy amplio, que concluyó con la aprobación de un nuevo artículo propuesto por la delegación de Uruguay, con el beneplácito del delegado norteamericano. El texto es el siguiente:

Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

³ Se debe recordar que en la Convención Europea no existe la importante disposición contenida en el Art. 2 de nuestra Convención, relativa a la obligación que tienen los Estados Partes de adoptar las medidas legislativas necesarias para la efectividad de los derechos.

⁴ En este punto hay cierto parecido con la Convención Europea que exige una breve exposición de la ley interna vigente, a la cual contraría la norma convencional objeto de la reserva.

De esta manera, la antedicha norma se incorporó a la Convención Americana como artículo 75, con un contenido diferente del que constó en el proyecto original, al mismo tiempo que se alejó del modelo europeo.

En síntesis, la remisión de la Convención Americana a la de Viena sobre tratados significa que se establece un sistema bastante flexible de reservas; los Estados Partes pueden formularlas siempre que sean compatibles con el objeto y el fin del tratado. Este último criterio puede, sin embargo, jugar un papel importante para atenuar la liberalidad del sistema de reservas en un instrumento de derechos humanos.

La Corte Interamericana en su opinión consultiva N° 2 de 1982 se pronunció sobre algunas cuestiones relativas al efecto de las reservas para lo cual se remitió a la Convención de Viena sobre tratados (Arts. 19 y 20 en la ocasión). En primer lugar, dejó en claro que la Convención Americana permite las reservas cuando son compatibles con el objeto y fin de la misma, es decir, se aplica el artículo 19 con su apartado c), pues, los otros a) y b) son inaplicables a la Convención Americana.

En segundo lugar, determinó igualmente que los párrafos 2 y 3 del artículo 20 no son aplicables; en cuanto a los casos de aceptación y objeción de reservas que establece el artículo 20.4 de la Convención de Viena consideró que tampoco puede aplicarse dado el carácter especial de los tratados de derechos humanos; para el instrumento americano sería aplicable solamente el párrafo 1 del artículo 20: las reservas no necesitan la aceptación de los demás Estados contratantes.⁵

Respecto de este último punto, sobre la no aplicación del artículo 20.4 de la Convención de Viena -en el ámbito de la Convención Americana- podría objetarse. El apartado b) del párrafo 4 del artículo 20 puede hallar aplicación en la hipótesis de que un Estado objete la reserva de otro que quiere firmar, ratificar o adherirse al instrumento americano.

En la opinión consultiva N° 3 de 1983, la Corte Interamericana volvió a referirse a las reservas, particularmente en lo relativo a su interpretación para determinar si es compatible con el objeto y fin del tratado.⁶

En cuanto al control institucional de las reservas no ponemos en duda que corresponde a la Corte Interamericana realizarlo al conocer un caso contencioso concreto, fundándose en la

5 Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982: *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (Arts.74 y 75)*. Serie A: Fallos y Opiniones N° 2, párrafos 22, 27, 28, 29, 34 y 35, entre otros.

6 Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983: *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A: Fallos y Opiniones N° 3, párrafos 61 y ss.

competencia que tiene para aplicar e interpretar las normas de la Convención (Art. 62.3). Las disposiciones sobre las reservas de la Convención de Viena están integradas -en lo que corresponda- a la Convención Americana en virtud del artículo 75. Lo importante será adoptar, como exigencia de fondo, el criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

LAS RESERVAS EN LA CORTE EUROPEA

En el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, cuyo texto es el más antiguo (1950), corresponde al artículo 64 regular la cuestión relativa a las reservas, la disposición dice:

1.- Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.

2.- Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate.

Los órganos europeos de derechos humanos, la Corte y la Comisión, han desarrollado en la última época un control sobre las reservas, que ha sido calificado como de carácter formal, en los diversos casos contenciosos sometidos a su conocimiento, originando una interesante jurisprudencia.

Este control se apega a lo dispuesto por el artículo 64 que impone cinco condiciones formales para la validez de una reserva:⁷

1) La exigencia temporal, relativa al tiempo hábil para que un Estado pueda formular reservas, que es hasta el momento de la ratificación del Convenio (al depositar el respectivo instrumento), si no lo hubiere hecho en la suscripción del mismo. Las reservas hechas con posterioridad y que tuvieran un carácter normativo carecerían de validez, así por ejemplo, si se formulara una reserva sobre una disposición al momento de reconocer a la Comisión Europea; sería una reserva encubierta. Tampoco podría hacerse una reserva que sea rectificativa de una anterior.

2) La reserva debe referirse a una disposición particular de la Convención, es decir, a una cláusula concreta, determinada. Si no existe esta precisión se estaría en presencia de una reserva de carácter general.⁸

⁷ William A. Schabas, "Article 64", en *La Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri Imbert, Economica, 1995, pp. 931 y ss.

⁸ Este criterio fue expuesto por la Comisión Europea en el "caso Temeltasch vs. Suiza", párrafo 84.

3) Una reserva debe aplicarse únicamente a una ley en vigencia al momento de la firma o ratificación del Convenio, no es posible hacer una reserva anticipada con miras a dictar en el futuro una ley. También existe la opinión de que si dichas leyes, posteriormente, fueran modificadas en lo esencial o derogadas y reemplazadas con otras, las reservas formuladas perderían su validez.

4) La exigencia de presentar, junto con la reserva, una breve exposición de la ley interna que no armoniza con la norma convencional, complementa la anterior condición y, al mismo tiempo, contribuye a que la reserva no sea general. En un primer tiempo, fue considerada como una simple formalidad, cuyo incumplimiento no traía consecuencias. Este criterio va a cambiar con la sentencia pronunciada en el “caso Belilos vs. Suiza” (29 de abril de 1988), que modificará la práctica existente hasta entonces.⁹

En dicho caso, la Corte dictaminó que el gobierno suizo al no hacer la breve exposición de las leyes que daban lugar a la reserva no cumplió con la norma convencional y esta omisión no podría justificarse ni siquiera por las dificultades prácticas que el Estado alegaba. Para la Corte Europea el párrafo 2 del artículo 64 no contenía una simple exigencia de forma sino que era una condición de fondo y que “*constitu(ía) a la vez un elemento de prueba y un factor de seguridad jurídica*”.¹⁰

5) Las reservas de carácter general están prohibidas. Como señala el Prof. Schabas, hay dos formas de enfocar la generalidad de una reserva.¹¹ Una puede serlo en relación con la Convención si la reserva no se refiere a una disposición convencional concreta; y, otra, en relación con la legislación interna del Estado cuando la reserva no especifica cuáles son esas leyes que no armonizan con la norma convencional y, sin embargo, el Estado quiere mantenerlas vigentes.

Algunos Estados reservantes adoptan esta práctica defectuosa: no precisan las disposiciones del tratado de derechos humanos contra las que se hace valer la reserva ni tampoco señalan de modo concreto la ley nacional que da lugar a la reserva. Invocar ambiguamente a “las normas del tratado” y hacer una referencia o cita global a la “legislación interna”, a “la Constitución del Estado” significa incurrir en la generalidad.

Es interesante -y acertada- la observación de los Estados Unidos (dirigida al Comité de Derechos Humanos) sobre las reservas de carácter general “*que preservan la total libertad de*

9 Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 132, Affaire Belilos, Strasbourg, 1988, paragraphe 55, p.26.

10 *Op. cit.*, paragraphe 59, p. 27. Desde entonces la Corte ha invalidado algunas reservas donde se omitió “*la breve exposición de la ley de que se trate*”, según el Art. 64.2, así por ejemplo en el “caso Weber vs. Suiza” (22 de mayo 1990); “caso Gradinger” (1995).

11 *Op. cit.*, (nota 7), p. 935.

12 Documento citado en la nota 18, p. 133. Al analizar el Comentario General N° 24 del Comité de Derechos Humanos se volverá a mencionar las observaciones de los Estados Unidos.

*acción y hacen inciertas en su conjunto las obligaciones del Estado Parte” y el tratado queda “subordinado a la gama completa y no especificada de leyes internas”.*¹²

La Corte Europea entiende que hay un carácter general cuando una reserva es redactada *“en términos muy vagos o amplios para que se pueda apreciar el sentido y el campo de aplicación exactos”.*¹³ Este criterio no deja de ser formalista, pues debería ir más allá de la redacción vaga o imprecisa para llegar al fondo. Para el Prof. Cohen-Jonathan, los criterios que utiliza la Corte Europea, en esta época, son muy formales, por cuanto el carácter general de una reserva puede ser determinado en función de su contenido material, como se procederá después.¹⁴

Como se observa, una cuestión discutida en doctrina es cómo establecer límites de fondo o condiciones materiales en las reservas -más allá de las exigencias formales ya examinadas-, uno de esos límites sería a través de la prohibición del carácter general de las reservas, determinando si el alcance y sentido de éstas guardan armonía con la finalidad de los derechos humanos.

La Convención Europea, en lo relativo a las reservas, no contiene una referencia expresa al “objeto y fin del tratado” como lo establece la Convención de Viena. La Corte Europea, por su parte, ha rechazado las interpretaciones que puedan ir más allá del texto de la Convención (caso Soering vs. Reino Unido del 7 de julio de 1989).¹⁵

No obstante, el criterio del objeto y fin del tratado va ganando adeptos al haber sido recogido en los modernos instrumentos de derechos humanos -tanto regionales como globales- y al ser considerado por los organismos internacionales como una condición substancial de esta categoría de tratados, cuyos destinatarios son las personas humanas y sus derechos.

ESPECIFICIDAD DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos constituyen un dominio especial, donde están en causa los intereses de las personas muy por encima de los intereses que puedan corresponder al Estado. En los tratados sobre derechos humanos los Estados contratantes se asignan fines superiores a su interés propio y por ello contraen obligaciones; a diferencia de la generalidad de tratados en los cuales se determinan ventajas para los Estados sobre la base de pretensiones recíprocas.

La Corte Europea, en muchas de sus sentencias, ha reiterado el carácter singular y diferente de la Convención Europea que *“desborda el marco de la simple reciprocidad entre los Es-*

13 *Affaire Belilos, op. cit.*, paragraphe 55.

14 Gérard Cohen-Jonathan, *Les réserves à la Convention européenne des droits de l’homme* (à propos de l’arrêt Belilos du 29 avril 1988), RGDIP, 1989, p. 309.

15 *Arrêt Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, paragraphes 102-103. En el caso Loizidou (1995), si bien en otros aspectos, la Corte demostrará su progresiva evolución.

16 *Arrêt Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, Série A n° 25, p. 90, paragraphe 239. *Arrêt Loizidou c. Turquie* du 23 mars 1995, Série A vol. 310, pp. 26-27, paragraphes 70, 75, 93.

tados contratantes...” (caso Irlanda vs. Reino Unido de 1978), y más recientemente la cataloga como “*instrumento constitucional del orden público europeo*”, “*tratado de garantía colectiva de los derechos del hombre...*” (caso Loizidou vs. Turquía de 1995).¹⁶

La Corte Interamericana, desde sus inicios, también destacó este carácter especial al afirmar que los Estados cuando aprueban los tratados de derechos humanos “*se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*”.¹⁷

Tampoco han faltado criterios opuestos de algunos Estados, así el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte no aceptó que las reservas a los tratados de derechos humanos sean reguladas por un régimen jurídico diferente al de los demás tratados; en su opinión, lo correcto sería aplicar las normas generales sobre las reservas establecidas por la Convención de Viena. Un criterio similar expuso Francia, objetando que los tratados de derechos humanos sean normados por reglas diferentes de aquellas del derecho clásico de los tratados.¹⁸

Sin embargo, cada vez se duda menos de la especificidad de los tratados de derechos humanos y, en consecuencia, se considera que éstos deben tener un régimen jurídico diferente en diversas cuestiones, como la del sistema de reservas.

EL OBJETO Y EL FIN DEL TRATADO EN LAS RESERVAS

Un criterio, que se ha convertido en básico, para apreciar la admisibilidad y validez de una reserva es el de su compatibilidad con el objeto y fin del tratado. Si bien este criterio está enunciado en el literal c) del Art. 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es en los últimos años que ha ido tomando importancia en el control institucional de las reservas, con un contenido particular en relación directa con los tratados de derechos humanos.

Lo expresado no ha impedido que algunos Estados, como los Estados Unidos, Francia e Inglaterra, hicieran objeciones por no estar de acuerdo con la concepción restrictiva que busca imponerse -mediante el objeto y fin del tratado- en el sistema jurídico de las reservas.

Un antecedente de la Convención de Viena -en este punto- fue la opinión consultiva que,

¹⁷ A diferencia de otros tratados multilaterales “*concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para beneficio mutuo de los Estados contratantes*”. Opinión consultiva OC-2/82, *op. cit.*, párrafo 29, p. 34.

¹⁸ Informe del Comité de Derechos Humanos, Volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/50/40) y (A/51/40), Naciones Unidas, Nueva York, 1996. Estas observaciones fueron hechas al Comité de Derechos Humanos con motivo de su “Comentario General N° 24 (52)”, cuestión que es analizada al tratar del Comité.

¹⁹ Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, solicitada por la Asamblea General de Naciones Unidas respecto de la formulación de reservas y de objeciones de los Estados a la Convención sobre el Genocidio. Cf. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports, 1951, pp. 15 y ss.

en 1951, emitió la Corte Internacional de Justicia respecto a las reservas formuladas en la Convención sobre Previsión y Castigo del Delito de Genocidio; la Corte adoptó como criterio guía a la compatibilidad de las reservas con el objeto y propósito de los tratados.¹⁹ Este pronunciamiento y los innumerables debates que se suscitaron permitieron construir un sistema de reservas donde la fórmula del objeto y fin del tratado tiene un lugar especial.

El efecto jurídico de una reserva declarada no válida también ha variado. Obviamente, en el contexto actual y luego de la evolución habida, ya no se trata de excluir de las relaciones convencionales al Estado que ha formulado una reserva incompatible -lo que se daría excepcionalmente- sino lo que importa (a los órganos de control) es que los tratados de derechos humanos no pierdan su eficacia ni su finalidad.

Este criterio o condición ha sido recogido por diversos tratados relativos a los derechos humanos que señalan de modo expreso la no aceptación de ninguna reserva que sea incompatible con el objeto y el propósito (o fin) del respectivo instrumento.

La expresada disposición la encontramos, por ejemplo, en: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Art. 28.2); la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 51.2); la Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura (Art. 21); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador (Art. 20).

Además del aporte que sobre esta cuestión han dado los órganos jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, también otros organismos internacionales se han orientado por el objeto y fin de los tratados.

EL COMENTARIO GENERAL N° 24 DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas hizo interesantes observaciones -en 1994- sobre la validez de las reservas a tratados de derechos humanos y la importancia de que las reservas sean compatibles con el objeto y fin del tratado, si bien sus comentarios están centrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁰

El hecho que impulsó al Comité a analizar la aceptabilidad de las reservas fue que -pa-

²⁰ Como se sabe, el Comité de Derechos Humanos fue establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para supervisar el cumplimiento de dicho Pacto, cuyo Art. 40 -entre otros- le concede importantes atribuciones. Con este fundamento emite sus observaciones relacionadas con el Pacto. El documento al que nos referiremos es el “*Comentario General N° 24 (52)*” aprobado el 2 de noviembre de 1994. Cf. *Informe del Comité de Derechos Humanos, Volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/50/40), Naciones Unidas, Nueva York, 1996*. También consta en: *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.2, 29 de marzo de 1996*, pp. 48 a 55.

ra esa fecha- de 127 Estados Partes en el Pacto habían 46 que formularon 150 reservas de diverso contenido y alcance, lo cual podía menoscabar la eficaz aplicación de este instrumento de derechos humanos. Partiendo de la Convención de Viena sobre los tratados, el Comité observó que el objeto y el fin del tratado deben guiar la interpretación y la aceptación de las reservas y que éstas encuentran el fundamento de validez en su compatibilidad con el objeto y fin del Pacto.

No pueden ser objeto de reservas -expresó el Comité- aquellas disposiciones que contienen reglas de derecho internacional consuetudinario y con mayor razón cuando tienen el carácter de normas perentorias.

Sin embargo, como dice un autor, no es fácil identificar las disposiciones que tengan una naturaleza consuetudinaria (caso de los derechos de las minorías, cuya noción de “minorías” no ha podido aún ser precisada).²¹

Tampoco son aceptables -para el Comité- las reservas a las disposiciones que contienen derechos inderogables (que ni siquiera en estado de emergencia pueden suspenderse) por ej. El derecho a la vida, la prohibición de la tortura, de tratos o penas inhumanas o degradantes, prohibición de la esclavitud, etcétera. Si bien no todos los derechos inderogables son de una importancia fundamental, algunos no se derogan porque no tienen relación con el estado de excepción (por ejemplo, la prisión por deudas). Otros derechos son inderogables porque sin ellos no existiría el imperio de la ley.

Refiriéndose al Pacto, el Comité observó que este instrumento -como ocurre con todo tratado de derechos humanos- tiene, junto a los derechos, importantes garantías que permiten asegurar aquellos; por eso, las garantías son esenciales para el objeto y fin del tratado. Las reservas destinadas a eliminar estas garantías no son aceptables.

Finalmente, las reservas de carácter general no serían aceptables; deben referirse a una disposición concreta. Las reservas formuladas en términos generales privarían de efecto a todos los derechos que necesiten que las leyes nacionales sean modificadas, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto.²²

Como se dejó señalado, algunos Estados presentaron observaciones mostrando su disconformidad con algunas de las cuestiones expuestas por el Comité en su Comentario General N° 24 (52). Así, los Estados Unidos objetó, entre otras cuestiones, que toda reserva que contravenga una norma de derecho internacional consuetudinario sea incompatible *per se* con el ob-

²¹ Gérard Cohen-Jonathan, *Les réserves dans les traités relatifs aux droits de l’homme*, RGDIP, N° 4, 1996, p. 932.

²² El Comité de Derechos Humanos examinó, también, su función de vigilancia del Pacto y consideró ser un elemento básico de éste, que no podría ser excluido por una reserva porque sería incompatible con el objeto y fin del Pacto. Esto ocurriría, igualmente, si una reserva rechazara la competencia del Comité para interpretar los requisitos de cualquier disposición del Pacto.

jeto y fin del tratado, pues, considera que tal criterio no está respaldado por el derecho internacional e incluso es contrario a éste; además, “*es una cuestión mucho más sustancial de lo que se indica en el Comentario*”.

El documento norteamericano consideró que se hacía una interpretación errónea del objeto y fin del Pacto, que en su criterio era obtener el mayor número de adhesiones mediante “*un régimen relativamente liberal sobre permisibilidad de las reservas*”. Estuvo de acuerdo con criticar a las reservas formuladas en términos generales “*que preservan la total libertad de acción y hacen inciertas en su conjunto las obligaciones del Estado Parte, es decir, que el Pacto queda generalmente subordinado a la gama completa y no especificada de leyes internas*”.²³

En cambio, para el Reino Unido, un sistema de reservas que dependa del criterio de su compatibilidad con el objeto y fin de un tratado “*será incierto en cuanto a su aplicación si no existe un método objetivo para determinar si se satisface tal criterio*”.²⁴

Para concluir, hay que señalar como importante la influencia que pueden ejercer los órganos internacionales, en este caso el Comité de Derechos Humanos, sobre los organismos establecidos por las distintas convenciones para vigilar su funcionamiento y los avances en la protección de los derechos de la persona.

Así, por ejemplo, en las reuniones de los presidentes de los órganos creados por tratados de derechos humanos, que a partir de 1996 son anuales, se han discutido y concretado algunas recomendaciones sobre el tema de la reservas que se basan en los siguientes criterios:

- que se limite el alcance de cualquier reserva en los instrumentos de derechos humanos;
- que las reservas se formulen en los términos más precisos y exactos posibles;
- que las reservas no sean incompatibles con el objeto y propósito de la convención respectiva; y
- que se reconsideren periódicamente las reservas con miras a retirarlas.²⁵

También se debe señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer son las que presentan mayores dificultades por el amplio alcance que se han dado a las reservas y por plantear cuestiones de compatibilidad con los principios y disposiciones de estos instrumentos.

CONCLUSIÓN

En lo que concierne a los tratados sobre los derechos humanos, las reservas han tenido una significativa evolución a partir de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Trata-

23 Documento mencionado en la nota 18, pp. 131, 132 y 133.

24 *Ibidem*, p. 137 párrafo 10.

25 Instrumentos internacionales de Derechos Humanos, HRI/MC/1996/2, párrafos 11-17.

dos (1969). En las primeras dos décadas hubo mucha amplitud y flexibilidad en materia de reservas, lo que impulsó a una práctica bastante utilizada por los Estados.

En la década de los años noventa la tendencia es a adoptar una concepción más restrictiva cuando las reservas se refieren a tratados de derechos humanos, pues éstos merecen una consideración muy diferente por tener un objeto y un fin muy específicos.

Creemos que una utilización demasiada liberal de las reservas podría atentar a los principios e intereses superiores que la comunidad busca consagrar en estos tratados; a través de este medio los Estados podrían eludir sus obligaciones y su responsabilidad internacional.

En materia de derechos humanos es esencial que las reservas guarden compatibilidad con el objeto y el fin del tratado. No es una condición de carácter formal como aquellas otras que constan sea en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos o en la misma Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Es una condición relacionada con el fondo, la cual permitirá efectuar un control objetivo y no meramente formal, como bien señalan las nuevas tendencias.

Hay que esperar que los Estados pongan en práctica las recomendaciones arriba señaladas y, preferentemente, que sean retiradas un buen número de reservas, como signo visible de la integración y solidaridad que los pueblos se aprestan a vivir en el próximo milenio.

A REGRA DO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS REVISITADA:

DESENVOLVIMENTOS JURISPRUDENCIAIS RECENTES NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Antônio Augusto Cançado Trindade^(*)

SUMÁRIO: I. Introdução. II. O *Rationale* da Regra do Esgotamento no Contexto da Proteção dos Direitos Humanos. III. O Critério da Eficácia dos Recursos Internos. IV. Flexibilidade da Regra do Esgotamento na Proteção dos Direitos Humanos. V. Dever dos Estados de Prover Recursos Internos Eficazes. VI. Renúncia Tácita à Objeção de Não-Esgotamento e *Estoppel*. VII. Não-Aplicação da Regra do Esgotamento em “Casos Gerais”. VIII. Alcance das Exceções à Regra do Esgotamento. IX. O Ônus da Prova quanto ao Esgotamento. X. Observações Finais.

I. INTRODUÇÃO

A escolha do tema deste ensaio destinado ao livro homenagem ao Professor Héctor Fix-Zamudio se prende a raízes afetivas. Em primeiro lugar, trata-se de um tema que tenho cultivado ao longo dos últimos 26 anos, desde que comecei a estudá-lo a fundo na Universidade de

^(*) Ph.D. (Cambridge); Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Titular de la Universidad de Brasilia, y Profesor Visitante en la Universidad de Columbia en Nueva York; Miembro de los Consejos Directivos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo); *Associé de l'Institut de Droit International*.

Cambridge, no Reino Unido, em 1972. Em segundo lugar, faz-me lembrar de experiência compartilhada com Don Héctor Fix-Zamudio há seis anos atrás: dentre os muitos momentos em que trabalhamos e estivemos juntos, sobretudo nos últimos anos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, apraz-me sobretudo lembrar da semana significativa que Don Héctor e eu, em companhia de Diego Uribe Vargas, passamos juntos, -os três representando a América Latina,- no Encontro Internacional sobre “Os Direitos Humanos na América -Uma Perspectiva de Cinco Séculos”, celebrado em Valladolid, Espanha, de 11 a 16 de maio de 1992, e organizado pelas Cortes de Castilla y León,- ocasião em que pude apreciar o gosto e o cultivo de Don Héctor não só pela Ciência Jurídica como pelas Humanidades em geral.

Naquele evento memorável, a contribuição de Don Héctor Fix-Zamudio versou sobre “La Protección Jurídica y Procesal de los Derechos Humanos en los Regímenes Constitucionales Latinoamericanos”, a de Diego Uribe Vargas sobre “Las Nuevas Leyes de 1542 y Su Actualidad en la América Hispana”, e a minha sobre o tema da “Evolución y Desarrollos Recientes en el Agotamiento de los Recursos Internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.¹ Considero, na presente ocasião, de todo apropriado retomar o mesmo tema de minha contribuição ao Encontro de Valladolid para uma reavaliação, ampliada e atualizada, neste *Liber Amicorum* de Don Héctor Fix-Zamudio, à luz da mais recente jurisprudência internacional sobre a matéria.

De início, não poderia deixar de expressar minha satisfação em fazê-lo, em se tratando de uma justa homenagem ao Professor Fix-Zamudio, homem de diálogo e compreensão, que sabe como poucos, com espírito de conciliação, ouvir e respeitar a opinião alheia, ainda que discordante da sua, como tive ocasião de testemunhar em mais de uma vez nos debates da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos últimos anos, e que sabe, igualmente como poucos, valorizar o trabalho verdadeiramente acadêmico e a produção intelectual. Estas raras qualidades pessoais se unem às do jurista, na pessoa de Don Héctor Fix-Zamudio, a quem a homenagem do presente *Festschrift* se presta em boa hora, por todos os que o conhecemos e temos tido a grata ocasião de com ele trabalhar e conviver.

Nos últimos anos, vem-se desenvolvendo uma jurisprudência internacional considerável que tem dado contornos definidos às condições de aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos *no contexto específico da proteção internacional dos direitos humanos*. Para nossa satisfação, estes desenvolvimentos jurisprudenciais têm endossado clara e inteiramente as

1 As três contribuições latino-americanas encontram-se hoje reproduzidas no tomo de Atas do referido Encontro de Valladolid: *Los Derechos Humanos en América - Una Perspectiva de Cinco Siglos* (coord. A.A. Herrero de la Fuente - Encuentro Internacional Celebrado en Valladolid del 11 al 16 de mayo de 1992), Valladolid, Ed. Cortes de Castilla y León, 1994, pp. 277-319, 123-136 e 321-352, respectivamente.

2 Os desenvolvimentos jurisprudenciais até meados dos anos oitenta encontram-se examinados em nossa obra *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional* (1a. edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 1-285, e 2a. edição atualizada, 1997, pp. 1-327). A primeira edição brasileira, de 1984, versão resumida de nossa tese doutoral de Cambridge, é complementada pela edição

teses que sobre a matéria vimos preconizando e sustentando ao longo de mais de duas décadas.² Os mesmos pontos de vista que defendíamos há mais de vinte anos, os sustentamos hoje, com a mesma ou ainda maior convicção, porquanto consideramos que o tempo nos tem dado razão no sentido de que, no contexto da salvaguarda internacional dos direitos humanos, dotado de especificidade própria, a regra do esgotamento dos recursos internos aplica-se de modo distinto de sua operação no contencioso interestatal clássico, tendo presentes os imperativos de proteção do ser humano.

É o que indica a *jurisprudence constante* sobre a matéria, ampliada, sedimentada e enriquecida na última década, e apontando clara e inequivocamente nesta direção. A contribuição da jurisprudência dos órgãos de supervisão dos tratados de direitos humanos, atuantes nos planos tanto global (Nações Unidas) como regional (continentes europeu, americano e africano), que reavaliaremos a seguir, à luz de seus últimos desenvolvimentos, tem, até o presente, versado sobre alguns pontos centrais. A partir do próprio rationale da regra do esgotamento no contexto da proteção dos direitos humanos, tais pontos têm sido o teste ou critério da eficácia dos recursos internos, a flexibilidade da regra do esgotamento na proteção dos direitos humanos, o dever dos Estados de prover recursos internos eficazes, a renúncia tácita ao requisito do esgotamento e o estoppel daí resultante, a não-aplicação de tal requisito nos chamados “casos gerais”, o amplo alcance das exceções à regra do esgotamento, e a distribuição (shifting) entre as partes do ônus da prova quanto ao esgotamento dos recursos internos (com maior ônus recaindo nos Estados demandados). Passemos a um exame de cada um destes pontos, revisitando a velha regra do esgotamento nos desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no domínio específico da proteção internacional dos direitos humanos.

II. O RATIONALE DA REGRA DO ESGOTAMENTO NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O *rationale* da regra do esgotamento, próprio de sua incidência na proteção dos direitos humanos, tem sido tema de construção jurisprudencial, à qual têm contribuído decisões recentes de órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos. Em dois julgamentos proferi-

inglesa de nossa obra, intitulada *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, pp. 1-443, publicada um ano antes pela Cambridge University Press. Enquanto esta se concentra nas condições e problemas processuais de aplicação da regra do esgotamento de recursos internos no Direito Internacional, aquela se dedica em grande parte aos fundamentos teórico-conceituais da matéria. Às edições inglesa e brasileira de nossa obra seguiu-se a edição castelhana, em 1991, em forma de monografia cobrindo em particular nosso sistema regional de proteção, intitulada *El Agotamiento de los Recursos Internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, a qual marcou o lançamento (primeiro tomo) da série de estudos para organizações não-governamentais publicada pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos. A obra completa, no entanto, é a constante dos originais (de 1728 páginas) em dois volumes, depositados, desde 1977, na Biblioteca Central da Universidade de Cambridge no Reino Unido. Hoje nos sentimos recompensados pelo enorme esforço e total dedicação que nos exigiu esta obra, cujo tema nos tem gratamente acompanhado ao longo dos anos; nunca nos perdemos de vista.

dos em 1996, por exemplo, nos casos *Akdivar versus Turquia* e *Aksoy versus Turquia*, a Corte Européia de Direitos Humanos expôs expressamente e em termos inequívocos o seu entendimento de que a aplicação da regra do esgotamento deve levar em conta o contexto específico do mecanismo de proteção dos direitos humanos em que opera. Por conseguinte, acrescentou a Corte na sentença de 16 de setembro de 1996 no caso *Akdivar versus Turquia*, deve a referida regra ser aqui aplicada com “um certo grau de flexibilidade e sem formalismo excessivo”, por não ser absoluta e de aplicação automática, e por requerer atenção às “circunstâncias particulares” de cada caso concreto (*cf.* também *infra*).³

Pouco após, na sentença de 18 de dezembro de 1996 no caso *Aksoy versus Turquia*, a Corte Européia voltou a assinalar que, no contexto da proteção internacional dos direitos humanos, a regra do esgotamento reveste-se de um *rationale* próprio, que requer seja aplicada com flexibilidade e “sem excessivo formalismo”, tomando em conta não só a existência formal dos recursos internos mas o contexto em que se aplicam, e as “circunstâncias particulares” de cada caso.⁴ Nos dois casos a Corte Européia entendeu que havia circunstâncias especiais que eximiam os reclamantes do dever de esgotar recursos internos, e por conseguinte descartou a exceção preliminar de não-esgotamento interposta pelo Estado demandado.⁵ Ainda em 1996, no caso *Ahmet Sadik versus Grécia* (julgamento de 15 de novembro de 1996), a Corte Européia voltou a insistir no *rationale* da regra do esgotamento no âmbito específico da proteção internacional dos direitos humanos, mas desta feita chegou a outra conclusão quanto às circunstâncias do caso concreto, que, a seu ver, não eximiam o demandante do dever de esgotar os recursos internos.⁶

A seu turno, a Comissão Européia de Direitos Humanos, no caso *Andronicou e Constantinou versus Chipre* (decisão de 05 de julho de 1995), declarou a petição admissível, ao considerar que os familiares das vítimas tinham esgotado os recursos internos, porquanto o Procurador-Geral cipriota se recusou, à luz das conclusões de uma comissão de investigação, a proce-

3 European Court of Human Rights, *Akdivar versus Turkey case*, Julgamento de 16.09.1996, p. 17 (parágrafo 69).

4 European Court of Human Rights, *Aksoy versus Turkey case*, Julgamento de 18.12.1996, p. 15 (parágrafo 53).

5 *Ibid.*, pp. 16 (parágrafo 57) e 31; e, para comentários sobre o primeiro destes dois casos, *cf.* Leo Zwaak, “The European Court of Human Rights Has the Turkish Security Forces Held Responsible for Violations of Human Rights: The Case of Akdivar and Others”, 10 *Leiden Journal of International Law* (1997) pp. 99-110.

6 Decisão esta tomada por 6 votos contra 3; *cf.* European Court of Human Rights, *Ahmet Sadik versus Greece case*, Julgamento de 15.11.1996, pp. 18-19 (parágrafos 30 e 34). - À mesma conclusão chegou a Comissão Européia de Direitos Humanos no caso *A. Ribitsch versus Áustria* (appl. n. 17544/90, decisão de 04.05.1993), em que igualmente debruçou-se sobre a *ratio legis* da regra do esgotamento; ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 74, Strasbourg, C.E., 1993, pp. 129-134.

7 ECHR, application n. 25052/94, in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 82-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 102-116. No correto entendimento da Comissão Européia, os familiares das vítimas principais também eram vítimas sob o artigo 25 da Convenção Européia de Direitos Humanos, porquanto a noção de vítima sob esta última independe dos critérios nacionais atinentes ao *locus standi* em um procedimento ju-

der às ações penais que correspondiam.⁷ No caso *Dello Preite versus Itália* (decisão de 27 de fevereiro de 1995), ponderou a Comissão Européia que o artigo 26 da Convenção Européia de Direitos Humanos requer o esgotamento tão somente dos recursos internos capazes de fornecer um “effective and efficient redress”, ou seja, de fornecer “proteção direta” do direito cuja alegação se alega, e remediar diretamente a situação impugnada.⁸ Do mesmo modo, no caso *Pau-ger versus Áustria* (decisão de 09 de janeiro de 1995), a Comissão Européia insistiu em que a obrigação de esgotar os recursos internos se limita a fazer uso dos recursos aptos a remediar eficazmente as violações alegadas da Convenção Européia.⁹

Tais pronunciamentos recentes sobre a matéria em apreço ressaltam a importância de se dedicar atenção especial às necessidades de proteção do ser humano e às particularidades do presente contexto da proteção internacional dos direitos humanos. Como vimos insistindo com firmeza por muitos anos, a incidência da regra do esgotamento dos recursos internos na proteção dos direitos humanos é certamente distinta de sua aplicação na prática da proteção diplomática de nacionais no exterior (no direito internacional consuetudinário), estando a regra em questão longe de revestir-se das dimensões de um princípio imutável ou sacrossanto do direito internacional.¹⁰ A regra dos recursos internos dá testemunho da interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto de proteção; os recursos internos formam parte integral da própria proteção internacional dos direitos humanos, recaindo a ênfase na capacidade de tais recursos de remediar a situação impugnada e reparar os danos causados, e não no processo mecânico de esgotamento. Intimamente ligado ao próprio *rationale* da regra em exame no presente contexto de proteção encontra-se o teste ou critério da *eficácia* dos recursos internos, particularmente enfatizado também na jurisprudência internacional recente sobre a matéria, a cujo exame passamos a seguir.

III. O CRITÉRIO DA EFICÁCIA DOS RECURSOS INTERNOS

Nos últimos anos, o teste ou critério da *eficácia* dos recursos internos na aplicação da regra do esgotamento tem sido consistentemente aplicado nos três sistemas regionais vigentes de proteção dos direitos humanos (o interamericano, o europeu e o africano). No sistema interamericano de proteção, na última década, o referido critério tem sido constantemente endossado pela prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Tem esta procedido ao exame da

dicial. Sobre este ponto, cf. A. A. Cançado Trindade, “O Esgotamento dos Recursos Internos e a Evolução da Noção de ‘Vítima’ no Direito Internacional”, 3 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1986) pp. 5-78.

8 ECHR, application n. 15488/89, in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 80-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 22 e 14.

9 ECHR, application n. 16717/90, in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 80-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 33 e 25.

10 Ademais, os dois contextos -proteção dos direitos humanos e proteção diplomática- são também claramente distintos, e nada há que impeça a aplicação da regra com maior ou menor rigor em tais situações diferentes.

eficácia dos recursos internos nas circunstâncias do *cas d'espèce*, o que a tem levado a dispensar a regra do esgotamento -ou a abrandá-la- em diversos casos. Assim como em alguns casos (relativos à Jamaica¹¹ e a outros países¹²) a Comissão opinou que os recursos internos tinham sido esgotados, em outros determinou que não havia quaisquer recursos internos que esgotar,¹³ ou que não havia outros recursos internos que utilizar.¹⁴ Em numerosos outros casos decidiu a Comissão solicitar informações adicionais sobre a matéria,¹⁵ ou concluiu que nas circunstâncias dos casos não havia necessidade de esgotar os recursos internos,¹⁶ ou que eram estes inacessíveis¹⁷ ou “inúteis”.¹⁸

Ainda na aplicação do teste ou critério da *eficácia* dos recursos internos, a Comissão Interamericana, em um caso relativo à República Dominicana (de 1989), realçou os deveres complementares - do indivíduo demandante, de esgotar, e do Estado Parte, de fornecer, “recursos

11 Casos ns. 3102 and 3115 (Jamaica), IACHR, *Annual Report - 1981-1982*, pp. 89-93; caso n. 7604 (Jamaica), IACHR, *Annual Report - 1983-1984*, pp. 55-57; caso n. 9054 (Jamaica), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, pp. 111-113; casos ns. 7505 e 9190 (Jamaica), IACHR, *Annual Report - 1985-1986*, pp. 51-57.

12 Casos ns. 9144, 9233, 9284, 9285, 9289, 9295, 9296, 9341, 9344 e 9367 (Nicarágua), IACHR, *Annual Report - 1985-1985*, pp. 99-100 e 105-126; casos ns. 9466 e 9468 (Peru), IACHR, *Annual Report - 1986-1987*, pp. 136 e 143-144, respectivamente; casos ns. 9777 e 9718, e 10.109 (Argentina), IACHR, *Annual Report - 1987-1988*, pp. 74 e 107, respectivamente; caso n. 9597 (Grenada), CIDH, *Informe Anual - 1988-1989*, p. 31; caso n. 10.037 (Argentina), CIDH, *Informe Anual - 1988-1989*, pp. 61, 69 e 39, e *cf.* pp. 52 e 54.

13 *Cf.* caso n. 2141 (Estados Unidos), IACHR, *Annual Report - 1980-1981*, p. 35; casos ns. 7481, 7530, 7823 e 7824 (Bolívia), IACHR, *Annual Report - 1981-1982*, pp. 39, 41, 43 e 46, respectivamente; casos ns. 3405, 7861 e 9040 (Haiti), IACHR, *Annual Report - 1983-1984*, pp. 48, 50 e 53, respectivamente; caso n. 9274 (Uruguai), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 124; caso n. 9213 (Estados Unidos), IACHR, *Annual Report - 1986-1987*, pp. 185-192.

14 *Cf.* casos ns. 2646, 2647, 2648, 2650, 2652, 2653, 2973, 3096, 3519 e 6586 (Haiti), IACHR, *Annual Report - 1982-1983*, pp. 68, 72, 75, 78, 81, 83, 85, 87 e 92, respectivamente; caso n. 9647 (Estados Unidos), IACHR, *Annual Report - 1986-1987*, p. 160.

15 *Cf.* casos ns. 7458 e 7472 (Bolívia), IACHR, *Annual Report - 1980-1981*, pp. 57-60; casos ns. 2931 e 4288 (Chile), IACHR, *Annual Report - 1981-1982*, pp. 47-49 e 58, respectivamente; casos ns. 6808, 7913 e 7970 (Argentina), IACHR, *Annual Report - 1983-1984*, pp. 28, 31 e 34, respectivamente; caso n. 6724 (El Salvador), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 80; caso n. 7956 (Honduras), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 105; caso n. 7920 (Honduras) IACHR, *Annual Report - 1985-1986*, pp. 44 e 46; caso n. 9170 (Nicarágua), IACHR, *Annual Report - 1985-1986*, pp. 103-105; casos ns. 9504, 9502, 9501, 9512, 9509, 9508, 9507, 9433, 9506, 9503, 9505 e 9511 (Peru), IACHR, *Annual Report - 1987-1988*, pp. 235-274; casos ns. 9748 e 9786 (Peru), CIDH, *Informe Anual - 1988-1989*, pp. 32-27; casos ns. 10.118, 10.119 e 10.124, CIDH, *Informe Anual - 1988-1989*, pp. 137-158.

16 Caso n. 7951 (Honduras), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 103.

17 Casos ns. 7951 e 8097 (Honduras), IACHR, *Annual Report - 1985-1986*, pp. 47-51; casos ns. 9755 (Chile) e 9855 (Haiti), IACHR, *Annual Report - 1987-1988*, pp. 137-138 (também para irregularidades processuais no processo legal e atrasos indevidos) e pp. 150-153, respectivamente; caso n. 10.124 (Suriname), CIDH, *Informe Anual - 1988-1989*, p. 158.

18 Caso n. 2976 (Haiti), IACHR, *Annual Report - 1982-1983*, p. 97.

19 Caso n. 10.208 (República Dominicana), CIDH, *Informe Anual 1988-1989*, pp. 122-123.

20 Caso n. 10.124 (Suriname), CIDH, *Informe Anual - 1988-1989*, p. 158.

judiciais eficazes”.¹⁹ Em outros casos, relativos ao Suriname (em 1989),²⁰ e à Guatemala (em 1984),²¹ a Comissão demonstrou que os recursos internos eram inteiramente ineficazes. Ainda em outros casos, atinentes à Venezuela, Guatemala e Chile, sustentou a Comissão o dever estatal de prover uma expedita administração da justiça, para assegurar a vigência dos direitos protegidos (como, *inter alia*, o direito ao devido processo legal) e evitar a repetição das violações dos direitos humanos.²²

No sistema europeu de proteção, do mesmo modo, a Comissão Européia de Direitos Humanos também tem aplicado consistentemente o teste ou critério da eficácia dos recursos internos em relação ao requisito do esgotamento, o que por vezes tem levado à rejeição da exceção preliminar correspondente.²³ Em um caso relativo à França, por exemplo, ponderou a Comissão Européia que, “consoante sua jurisprudência, o recurso a um órgão de controle da administração, como é o caso do mediador, não constitui uma via ordinária de recurso interno eficaz e suficiente, no sentido dos princípios de direito internacional geralmente reconhecidos”.²⁴ Por outro lado, em outro caso atinente à França, concluiu a Comissão que um *recours contentieux en annulation* (de decretos, capaz de anulá-los retroativamente), tradicionalmente interposto ante o *Conseil d’État*, constituía um recurso adequado e eficaz à luz do disposto no artigo 26 da Convenção Européia.²⁵

Em diversos casos decididos nos últimos anos (*e.g.*, *Raif versus Grécia*, *L.C.B. versus Reino Unido*, *Isiltan versus Turquia*, e *Travers versus Itália*, em 1995; *Whiteside versus Reino Unido*, e *Wingrove versus Reino Unido*, em 1994; e *Spandre e Fabri versus Bégica*, em 1993)²⁶, a Comissão Européia tem reiterado seu entendimento constante no sentido de que a obrigação

21 Casos ns. 8094, 9038 e 9080 (Guatemala), IACHR, *Annual Report -1984-1985*, p. 83. - A Comissão ademais condenou “as execuções efetuadas em cumprimento de sentenças ditadas por (...) cortes de jurisdição especial como constituindo atos contrários à justiça e ao direito que violam o direito à vida”, e recomendou uma “justa reparação” aos parentes das vítimas de tais execuções; *ibid.*, pp. 83-84.

22 Caso n. 9058 (Venezuela), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 133; caso n. 8078 (Guatemala), IACHR, *Annual Report - 1983-1984*, p. 45; casos ns. 9437 e 9474 (Chile), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, pp. 45 e 50, respectivamente.

23 *Cf.*, *e.g.*, CEDH, petição n. 17262, *O.A. versus França*, Decisão de 27.02.1991, p. 9 (mimeografado).

24 CEDH, petição n. 11192/84, *M.M. versus França*, Decisão de 14.05.1987, p. 5 (mimeografado).

25 CEDH, petição n. 10267/83, *J.A. et alii versus França*, Decisão de 10.12.1987, pp. 16-17 (mimeografado).

26 ECHR, application n. 21782/93 (*Raif v. Grécia*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 82-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 10 e 5; ECHR, application n. 23413/94 (*L.C.B. versus Reino Unido*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 83-A, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 42 e 31; ECHR, application n. 20948/92 (*Isiltan versus Turquia*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 81-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 38 e 35; ECHR, application n. 15117/89 (*Travers versus Itália*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 80-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 10 e 5; ECHR, application n. 20357/92 (*Whiteside versus Reino Unido*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 76-A, Strasbourg, C.E., 1994, pp. 87 e 80; ECHR, application n. 17419/90 (*Wingrove versus Reino Unido*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 76-A, Strasbourg, C.E., 1994, pp. 26-28; ECHR, applications ns. 18926/91 e 19777/92 (*Spandre e Fabri versus Bégica*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 75, Strasbourg, C.E., 1993, pp. 179, 184 e 189.

de esgotar recursos internos se limita a *fazer uso normal* de recursos que possam ser eficazes e adequados. No caso *Gibas versus Polônia* (decisão de 06 de setembro de 1995), a Comissão Europeia explicou que a eficácia de um recurso interno residia na aptidão deste último para assegurar ao demandante uma “proteção direta e rápida” assim como uma “reparação concreta” pelos danos sofridos;²⁷ como, no caso concreto, os recursos invocados pelo governo polonês não tinham tal aptidão, e um “recours hiérarchique” não constituía um recurso eficaz no sentido do artigo 26 da Convenção Europeia, a Comissão descartou a objeção de não-esgotamento de recursos internos e declarou a petição admissível.²⁸ A prática recente da Corte Europeia registra igualmente casos de rejeição da exceção de não-esgotamento de recursos internos.²⁹

Igualmente no sistema africano de proteção, o teste ou critério da *eficácia* dos recursos internos tem tido aplicação. Assim, na prática da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, a par de uma série de decisões de inadmissibilidade de petições ou comunicações por não-esgotamento de recursos internos à luz do disposto no artigo 56(5) da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos,³⁰ também se pode constatar a atenção da Comissão Africana ao requisito da eficácia dos recursos internos a ser utilizados.

Assim, no caso de *Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Inter-africaine des Droits de l'Homme e Testemunhas de Jeová versus Zaire* (1996), a Comissão Africana assinalou que o Estado demandado tivera a oportunidade de remediar as violações de direitos humanos no âmbito de seu direito interno (tal como requerido pelo *rationale* da regra do esgotamento), da qual não se valera. Nas circunstâncias, agregou a Comissão, dados “a situação geral prevalecente no Zaire” e o “escopo variado das violações alegadas”, era “impraticável” aos reclamantes recorrer aos tribunais nacionais; declaradas as comunicações admissíveis, concluiu a Comissão que os fatos revelavam “violações sérias e maciças” dos artigos 4 a 8 e 16-17 da Carta Africana.³¹

Da mesma forma, no caso da *Civil Liberties Organization versus Nigéria* (1995/1996),

27 ECHR, application n. 24559/94 (*Gibas v. Polônia*), in ECHR, *Decisions and Reports*, vol. 82-B, Strasbourg, C.E., 1995, p. 81.

28 Cf. *ibid.*, pp. 82-84.

29 Cf. referências *cit. supra*, e *cf.*, ademais: CtEDH, *B. versus France case*, Julgamento de 25.03.1992, pp. 16-17 (parágrafos 37-39); CtEDH, *A. versus France case*, Julgamento de 23.11.1993, p. 12 (parágrafos 31-32); CtEDH, *Burghartz versus Switzerland case*, Julgamento de 22.02.1994, p. 6 (parágrafos 19-20).

30 Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), caso de *Kenya Human Rights Commission versus Quênia* (1996), comm. n. 135/94, caso relatado in: 10 *Interights Bulletin* (1996) n. 2, p. 62; CADHP, caso de *Capitao versus Tanzânia* (1995), comm. n. 53/91, caso relatado in: 10 *Interights Bulletin* (1996) n. 1, p. 15; CADHP, caso de *Diawara versus Benin* (1995), comm. n. 18/88, caso relatado in *ibid.*, p. 15; CADHP, caso de *Dumbaya versus Gâmbia* (1995), comm. n. 127/94, caso relatado in *ibid.*, p. 15; CADHP, caso de *Haye versus Gâmbia* (1995), comm. n. 90/93, caso relatado in *ibid.*, p. 14; CADHP, caso de *International Pen (a respeito de Al-Jazouli) versus Sudão* (1995), comm. n. 92/93, caso relatado in *ibid.*, p. 15; CADHP, caso de *International Pen (a respeito de Senn e Sangare) versus Côte d'Ivoire* (1995), comm. n. 138/94, caso relatado in *ibid.*, p. 41.

31 Communications ns. 25/89, 47/90, 100/93 e 56/91, caso reproduzido in: 4 *International Human Rights Reports* (1997) pp. 92-93, e *cf.* pp. 89-93.

em que se denunciou que decretos do governo militar nigeriano impediam que os tribunais nacionais examinassem qualquer decreto promulgado após dezembro de 1983, a Comissão Africana decidiu que a regra do esgotamento estipulada no artigo 56(5) da Carta Africana não se aplicava ao presente caso, porquanto era “razoável presumir que os recursos internos não só serão prolongados mas certamente não produzirão quaisquer resultados”.³² A Comissão declarou admissível a comunicação (n. 129/94), e foi mais além: advertiu que o Estado demandado não podia negar os efeitos de sua ratificação da Carta Africana por tais atos internos, que constituíam *per se* uma violação dos direitos humanos consagrados na Carta que permitia que outras violações “ficassem sem reparação”.³³ Concluiu a Comissão que os decretos em questão violavam os artigos 7 e 26 da Carta, e que os atos do governo nigeriano no sentido de “anular” os efeitos da Carta no direito interno nigeriano constituíam “uma afronta à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos”.³⁴

IV. FLEXIBILIDADE DA REGRA DO ESGOTAMENTO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em nada surpreende que, no contexto da proteção dos direitos humanos, a jurisprudência internacional tenha se inclinado em favor da flexibilidade na aplicação da regra do esgotamento. Em algumas ocasiões nos últimos anos a Corte Européia de Direitos Humanos houve efetivamente por bem advertir que no sistema de proteção sob a Convenção Européia de Direitos Humanos a regra dos recursos internos (sob o artigo 26 da Convenção) deve ser aplicada com flexibilidade e sem apego excessivo a questões de forma.³⁵ Não é difícil detectar as razões desta postura, assumida pela Corte reiteradas vezes: seria injusto exigir demasiado da parte mais fraca, as supostas vítimas. A flexibilidade na aplicação da regra do esgotamento almeja precisamente reverter a balança em favor da parte ostensivamente mais fraca, as supostas vítimas, e buscar um maior equilíbrio processual entre as partes, para lograr soluções mais equitativas e justas aos casos de direitos humanos.

Em uma de suas decisões mais recentes (julgamento de 16 de setembro de 1996), no já

32 CADHP, communication n. 129/94, caso reproduzido in: 2 *International Human Rights Reports* (1995) n. 3, p. 617; caso também relatado in: 10 *Interights Bulletin* (1996) n. 2, pp. 65-66.

33 *Cit. in*: 2 *International Human Rights Reports* (1995) n. 3, p. 617.

34 *Cit. in ibid.*, p. 618.

35 CtEDH, *Deweer case*, Julgamento de 27.02.1980, pp. 12-13 (parágrafo 19); CtEDH, *Guzzardi case*, Julgamento de 06.11.1980, pp. 21, 24 e 35 (parágrafos 72, 80 e 113). No entanto, a decisão da Corte no caso *Van Oosterwijck* (Julgamento de 06.11.1980, pp. 8-9, 12 e 14, parágrafos 25-27, 33-34, 39 e 41) contrasta com sua *jurisprudence constante* a respeito, e tem recebido reparos na doutrina; cf. G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence/Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille/Economica, 1989, pp. 122-123, e cf. pp. 116-117. Mas não há que passar despercebido que, mesmo no referido caso *Van Oosterwijck*, a Corte em determinada altura afirmou que a regra dos recursos internos “não é absoluta e tampouco capaz de ser aplicada automaticamente; ao rever se a regra foi observada, é essencial tomar em conta às circunstâncias particulares do caso concreto” (*loc. cit. supra*, Julgamento de 06.11.1980, p. 13, parágrafo 35).

citado caso *Akdivar versus Turquia*, a Corte Européia afirmou expressamente que a aplicação da regra do esgotamento deve levar em conta o contexto específico do mecanismo de proteção dos direitos humanos em que opera; deve, por conseguinte ser aqui aplicada com “um certo grau de flexibilidade e sem formalismo excessivo”.³⁶ A regra do esgotamento, continuou a Corte, não é absoluta e não deve ser de aplicação automática, sendo essencial tomar em consideração as “circunstâncias particulares” de cada caso concreto. Isto significa, agregou a Corte, que deve-se levar realisticamente em conta não só a existência formal de recursos no ordenamento jurídico interno do Estado em questão, mas também o “contexto geral jurídico e político” em que tais recursos operam e as “circunstâncias pessoais” dos demandantes.³⁷ Anteriormente, no caso *Cardot versus França* (1991), a Corte já havia igualmente advertido que a regra do esgotamento devia aplicar-se, no presente contexto de proteção, com flexibilidade e sem excessivo formalismo.³⁸

A referência às “regras geralmente reconhecidas do direito internacional” na formulação da regra dos recursos internos sob a Convenção Européia e outros tratados de direitos humanos certamente não pretendeu acarretar uma uniformidade absoluta na aplicação da regra independentemente do contexto em que é invocada. Se a regra se aplicasse sempre com flexibilidade, também no direito internacional geral, dificilmente haveria necessidade de advertir que ela deveria assim ser aplicada na proteção dos direitos humanos. Mas não é o que ocorre no contencioso interestatal da intervenção diplomática. Assim, no contexto distinto da proteção dos direitos humanos, a Corte Européia de Direitos Humanos, por exemplo, como vimos, houve por bem advertir e certificar-se de que, ao menos no presente contexto de proteção, a regra em questão deve ser aplicada com flexibilidade, e com atenção aos imperativos de salvaguarda dos direitos da pessoa humana.

No plano global, alguns desenvolvimentos normativos correntes, se concretizados, poderão no futuro gerar ou fomentar uma evolução jurisprudencial ainda mais ampla sobre a ma-

36 European Court of Human Rights, *Akdivar versus Turkey case*, Julgamento de 16.09.1996, p. 17 (parágrafo 69).

37 *Ibid.*, p. 17 (parágrafo 69). Ademais, acrescentou a Corte, o ônus da prova quanto ao esgotamento se distribui (*shifts*) entre as partes, cabendo, pois, ao governo demandado demonstrar as providências tomadas em resposta às matérias que formam objeto da reclamação; *ibid.*, pp. 16-17 (parágrafos 68-69).

38 European Court of Human Rights, *Cardot case*, Julgamento de 19.03.1991, p. 16 (parágrafo 34). - Recentemente, no âmbito do Conselho da Europa, no *Caso Russo (Convenção de Minsk de Direitos Humanos da Comunidade de Estados Independentes (CEI))* (1995), levantou-se a questão do esgotamento dos recursos internos como um ponto doutrinário: em atenção a uma consulta que nos formulou a respeito o Secretário-Geral do Conselho da Europa, tivemos a ocasião de preparar, em outubro de 1995, um Parecer em que reiteramos nossas teses sobre a matéria, e, em particular, *inter alia* demonstramos a falta de fundamento de uma tentativa de propor uma falsa analogia entre o requisito do esgotamento de recursos de direito interno e de supostos “recursos regionais”, que minaria o mecanismo de proteção da Convenção Européia de Direitos Humanos. Cf. A. A. Cançado Trindade, *Analysis of the Legal Implications for States that Intend to Ratify Both the European Convention on Human Rights and Its Protocols and the Convention on Human Rights of the Commonwealth of Independent States (CIS)*, Council of Europe doc. SG/INF(95)17, de 20.12.1995, Strasbourg, pp. 1-33, esp. pp. 5-8 e 28, Parecer reproduzido in: *17 Human Rights Law Journal* (1996) pp. 164-180.

téria. Em atendimento a uma recomendação da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), encontram-se já preparados os Projetos de Protocolos ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim como à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,³⁹ visando dotar estas duas Convenções de direitos humanos de um sistema de petições individuais. Ambos os Projetos incluem a regra do esgotamento entre as condições de admissibilidade de petições, mas buscando ambos assegurar-lhe uma aplicação a mais flexível possível no futuro.

Assim, o Projeto de [primeiro] Protocolo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas situa a regra do esgotamento em perspectiva adequada, ao dispor que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais só declarará uma petição ou comunicação admissível depois de verificar que todos os recursos internos foram esgotados, “a não ser que o Comitê considere que a aplicação desse requisito não seria razoável” (artigo III(3)(a)).⁴⁰ Da mesma forma, o Projeto de Protocolo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) prevê a aplicação do mesmo requisito de admissibilidade, salvo se o Comitê da CEDAW considerar que os recursos internos não são eficazes ou razoáveis, ou são de “tramitação excessivamente prolongada” (artigo 4, em suas duas alternativas atuais).⁴¹ Se, como esperamos, estes dois Projetos de Protocolos vierem a ser adotados, contendo estas indicações, a regra do esgotamento haverá de ter uma aplicação necessariamente flexível sob os mesmos, tendo sempre presentes as necessidades de proteção.

V. DEVER DOS ESTADOS DE PROVER RECURSOS INTERNOS EFICAZES

O dever dos Estados de prover recursos internos eficazes, expressamente consagrado nos tratados de direitos humanos, tem sido objeto de uma ampla jurisprudência dos órgãos convencionais de proteção, vinculada à aplicação do critério da eficácia dos recursos de direito interno (*supra*). A esta jurisprudência vêm de somar-se novas indicações por parte dos órgãos de supervisão sob os tratados de direitos humanos das Nações Unidas, à medida em que entraram em vigor, nos últimos anos, cláusulas facultativas dispondo sobre o direito de petição individual. Assim, *e.g.*, em dezembro de 1982 o artigo 14 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (cláusula facultativa sobre comunicações individuais) entrou enfim em vigor,⁴² possibilitando ao Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD) começar a receber e examinar comunicações individuais sob aquela

39 Cf. parágrafos 75 e 40, respectivamente, da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993.

40 Texto *in*: ONU, documento E/C.12/1994/12, de 09.11.1994, p. 8.

41 Texto *in*: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protocolo Facultativo -Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer- Documento de Trabajo*, San José de Costa Rica, IIDH, 1998, pp. 51-52; como precedente deste mesmo enfoque, recordou-se, *e.g.*, a disposição correspondente da Convenção sobre a Proteção de Trabalhadores Migrantes e Seus Familiares (artigo 77(3)); *ibid.*, p. 58.

42 Cf. U.N., *Report of the Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, G.A.O.R. - XXXVIII Session (1983), suppl. no. 18 (A/38/18), p. 7.

Convenção.

Em 1990, por exemplo, o CERD considerou admissível a comunicação relativa ao caso *D.T.D. versus França*.⁴³ Em sua primeira decisão, de 1988, sobre uma comunicação sob o artigo 14 da Convenção, no caso *Yilmaz-Dogan versus Holanda* (em que o peticionário alegou que o Estado não tinha fornecido proteção adequada, recursos judiciais de revisão e devido processo legal), o CERD, embora não acatando o argumento de que ao Estado caberia instituir determinados recursos de revisão, não obstante recomendou ao demandado exercer bons ofícios no sentido de assegurar emprego (ou alguma assistência equitativa) à demandante.⁴⁴

Em 1987 entrou em vigor a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (de 1984), e, com ela, também seu artigo 22 (cláusula facultativa sobre comunicações individuais). O Comitê das Nações Unidas contra a Tortura (CAT) passou, assim, a receber petições ou comunicações individuais.⁴⁵ Em sua decisão de admissibilidade (de 1988) relativa às três primeiras comunicações (juntadas), relativas à Argentina, o CAT, embora rejeitando as petições por inadmissíveis *ratione temporis* (por denunciarem atos de tortura seguida de morte perpetrados por autoridades militares antes da entrada em vigor da Convenção), não obstante recapitulou o alcance das obrigações convencionais.⁴⁶

Quanto à alegação do Estado demandado de que os indivíduos em questão não tinham esgotado os recursos internos (para obter compensação), -argumento contestado pelos demandantes, para quem não havia recursos eficazes, - ponderou o CAT que, mesmo antes da entrada em vigor da Convenção contra a Tortura, “havia uma regra geral de direito internacional que obrigava todos os Estados a tomar medidas eficazes para prevenir a tortura e punir os atos de tortura”.⁴⁷ Recordou o CAT o direito das vítimas de tortura a um recurso rápido e eficaz (artigo 13) e seu “direito implementável a uma compensação justa e adequada” (artigo 14). A esta consideração *ex officio*, o CAT agregou, no entanto, que sua competência só se estendia a violações da Convenção resultantes de eventos subseqüentes à entrada em vigor desta última (26 de junho de 1987).⁴⁸

O Comitê de Direitos Humanos, órgão de supervisão do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, a seu turno, em um caso relativo ao Zaire, determinou (em 1983) que

43 Comunicação n. 2/1989; cf. U.N., *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, doc. A/45/18, de 28.09.1990, p. 78, e cf. p. 89.

44 Comunicação n. 1/1984; cf. U.N., *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, G.A.O.R. - XLIII (1988), suppl. no. 18 (A/43/18), pp. 61-64.

45 Cf. U. N., *Report of the Committee against Torture*, G.A.O.R. - XLV Session (1990), suppl. n. 44 (A/45/44), pp. 97-98.

46 *Ibid.*, pp. 98 e 111-113.

47 *Ibid.*, p. 111.

48 *Ibid.*, pp. 111-112. - Em sua decisão (de 1990) sobre a quarta comunicação, relativa à Turquia, entendeu o CAT que não podia concluir que o recurso interno em questão seria *a priori* ineficaz; ONU, documento CAT/C/6/D/1990, Anexo, pp. 1-2.

o Estado demandado tinha a obrigação de prover recursos internos eficazes e de tomar providências para assegurar que novas violações semelhantes dos direitos humanos não ocorressem no futuro.⁴⁹ Posteriormente, em um caso referente a Madagascar, sustentou o Comitê (em 1987) que o autor da comunicação não dispôs de um recurso interno eficaz para impugnar a ordem de sua expulsão do país, e o Estado demandado não provara que havia “razões cogentes de segurança nacional” para privá-lo de tal recurso.⁵⁰ Em outro caso, concernente à Colômbia, concluiu o Comitê que os direitos à vida e à liberdade e segurança da pessoa não haviam sido protegidos eficazmente pelo Estado demandado.⁵¹

O dever dos Estados de prover recursos internos eficazes tem encontrado expressão jurisprudencial não só no plano global (Nações Unidas) mas também regional. Sob a Convenção Européia de Direitos Humanos, por exemplo, recentemente, no caso *Isiltan versus Turquia* (decisão de 22 de maio de 1995), a Comissão Européia de Direitos Humanos afirmou categoricamente que as “obrigações positivas” de um Estado Parte na Convenção incluem “a obrigação de estabelecer um sistema judicial eficaz”.⁵² Ponderou ainda a Comissão que, quando há uma opção entre distintos recursos internos abertos ao demandante, o artigo 26 da Convenção Européia deve se aplicar de modo a “refletir a realidade prática da situação do demandante a fim de assegurar que ele ou ela possa contar com uma proteção eficaz dos direitos e liberdades consagrados na Convenção”.⁵³

Sob a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, a preocupação com o descumprimento do dever estatal de prover recursos internos eficazes se depreende das decisões recentes (de 1995) da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos nos casos de *Constitutional Rights Project (a respeito de Akamu, Adegba e Outros) versus Nigéria*, e de *Constitutional Rights Project (a respeito de Lakwot e Outros) versus Nigéria*, em que a Comissão declarou as petições ou comunicações admissíveis, e estabeleceu violações do artigo 7(1) da Carta Africana.⁵⁴ Na mesma linha de pensamento, a Comissão Africana, no caso *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés versus Chade* (1996), ponderou que um Estado Parte que negligenciasse a obrigação geral de proteção do artigo 1 da Carta Africana violava esta

49 Communication n. 90/1981, Adoption of Views of 21.07.1983, in U.N./International Covenant on Civil and Political Rights, *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, vol. 2, N.Y., U.N., 1990, p. 126.

50 Communication n. 155/1983, Adoption of Views of 03.04.1987, in *ibid.*, p. 182.

51 Communication n. 181/1984, Adoption of Views of 03.11.1989, doc. CCPR/C/37/D/181/1984, de 22.11.1989, p. 7 (mimeografado). - Também têm havido casos em que o Comitê tem insistido na necessidade de esgotamento dos recursos internos; cf., e.g., communication n. 220/1987 (França), Adoption of Views of 08.11.1989, doc. CCPR/C/37/D/220/1987, de 08.12.1989, p. 5 (mimeografado); communication n. 164/1984 (Holanda), Adoption of Views of 07.11.1988, doc. CCPR/C/37/D/164/1984, de 16.11.1988, p. 8 (mimeografado); communication n. 296/1988 (Costa Rica), Adoption of Views of 30.03.1989, doc. CCPR/C/35/D/296/1988, de 03.04.1989, p. 5 (mimeografado).

52 ECHR, application n. 20948/92, *Decisions and Reports*, vol. 81-B, Strasbourg, C.E., 1995, p. 40.

53 *Ibid.*, p. 38, e cf. p. 35.

54 CADHP, communications ns. 60/91 e 87/93 (decisões de outubro de 1995), casos relatados in: 10 *Interights Bulletin* (1996) n. 1, p. 18.

última, mesmo se os abusos de direitos humanos não tivessem sido perpetrados por agentes estatais. Declarada admissível a comunicação, concluiu a Comissão que nem mesmo a situação de guerra civil no Chade poderia servir de desculpa ao Estado demandado, que permitiu a ocorrência de “violações sérias e maciças de direitos humanos” em contravenção dos artigos 4 a 7 da Carta Africana.⁵⁵

À luz do exposto, resulta claro que o dever dos demandantes de esgotar os recursos internos eficazes, não pode ser apreciado em isolamento, porquanto encontra-se íntima e inelutavelmente vinculado ao dever dos Estados demandados de prover recursos internos eficazes. Esta visão, que vimos sustentando há mais de vinte anos,⁵⁶ vem sendo amplamente corroborada pela jurisprudência internacional nos últimos anos, nos planos global e regional. E não poderia ser de outra forma, porquanto, se não existisse o dever dos Estados demandados de prover recursos internos eficazes, a regra do esgotamento simplesmente não teria qualquer lugar no domínio da proteção dos direitos humanos. A complementaridade dos deveres das partes (o do demandante de buscar previamente reparação pelos recursos internos eficazes na vindicação de seus direitos, e o do Estado demandado de assegurar em sua jurisdição uma eficaz administração da justiça e pronta reparação dos danos) vem realçar a função-chave de proteção reservada pelos próprios tratados de direitos humanos aos tribunais nacionais e fomentar o aperfeiçoamento dos sistemas nacionais de proteção judicial.

VI. RENÚNCIA TÁCITA À OBJEÇÃO DE NÃO-ESGOTAMENTO E *ESTOPPEL*

Um dos aspectos da aplicação da regra do esgotamento como condição de admissibilidade de petições sob os tratados de direitos humanos diz respeito à estrutura interna do mecanismo de supervisão internacional de tais tratados. A questão tem gerado uma importante jurisprudência, sobretudo sob as Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos, dada a existência de mais de um órgão de supervisão sob cada uma delas. No tocante ao sistema europeu de proteção, no entanto, tal jurisprudência se revestirá de interesse tão somente histórico dentro de muito breve, a partir de 01 de novembro de 1998, quando entrar em vigor o Protocolo XI à Convenção Européia de Direitos Humanos, reformando inteiramente seu mecanismo de controle e estabelecendo a nova Corte Européia de Direitos Humanos como seu único órgão jurisdicional de supervisão internacional.

Já no tocante ao sistema interamericano de proteção, distintamente, dada a continuada coexistência da Corte e Comissão Interamericanas de Direitos Humanos, a matéria continuará a revestir-se de permanente interesse e atualidade no futuro próximo. E no sistema africano de proteção, a seu turno, a questão se levantará no dia em que se vier a estabelecer a projetada Cor-

55 Communication n. 74/92, caso reproduzido in: 4 *International Human Rights Reports* (1997) pp. 95-96, e *cf.* p. 94.

56 A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts”, 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977/1978) pp. 333-370.

57 *Cf.* texto do Projeto de Protocolo à Carta Africana sobre o Estabelecimento de uma Corte Africana.

te Africana de Direitos Humanos e dos Povos.⁵⁷ Passemos, pois, ao exame dos desenvolvimentos jurisprudenciais recentes, a esse respeito, nos sistemas regionais europeu e interamericano de proteção.

Nos últimos anos, a Corte Européia de Direitos Humanos tem esclarecido que *não* lhe cabe, e tampouco à Comissão Européia, tomar a iniciativa de identificar *ex officio* recursos internos adicionais a esgotar,⁵⁸ ou de remediar quaisquer imprecisões ou deficiências nos argumentos dos Estados demandados.⁵⁹ Com efeito, em reiteradas vezes a Corte Européia tem decidido que o Estado demandado está impedido (*estopped*) de estribar-se na regra do esgotamento por não tê-la invocado inicialmente perante a Comissão.⁶⁰ A Corte tem-se referido a sua própria *jurisprudence constante* (*established case-law*) no sentido de que, em tal circunstância, o Estado demandado está “impedido de invocar o não-esgotamento”.⁶¹ A posição consistente da Corte Européia sobre o ponto em questão tem sido invariavelmente no sentido de estabelecer uma clara qualificação ou condicionamento *ratione temporis* da invocação da regra dos recursos internos no que tange à atual estrutura orgânica da Convenção Européia.⁶² A Corte só tomará conhecimento de uma objeção de não-esgotamento se o Estado demandado a tiver interposto perante a Comissão no estágio inicial de admissibilidade da petição.

No caso *Van der Sluijs, Zuiderveld e Klappe versus Holanda* (1984), a Corte foi mais além: o Estado tinha inicialmente interposto uma objeção de não-esgotamento perante a Comissão, mas, posteriormente, em uma audiência perante a Corte (em novembro de 1983), deixou de mencioná-la, o que levou a Corte a concluir que o Estado havia retirado a referida objeção (*withdrawal*).⁶³ Cabe recordar que, já nos casos *Vagrancy* relativos à Bélgica (1971), a Corte indicara que as objeções de admissibilidade deveriam ser interpostas ante a Comissão, *in limine litis*, sem o que se configuraria uma renúncia tácita à regra do esgotamento.⁶⁴ A posição, cons-

na de Direitos Humanos e dos Povos, reproduzido in: 8 *African Journal of International and Comparative Law/Revue Africaine de Droit International et Comparé* (1996) n. 2, pp. 493-500.

58 CtEDH, *Foti Case*, Julgamento de 10.12.1982, pp. 13-14 e 21 (parágrafos 46, 48-49 e 80); CtEDH, *Deweere Case*, Julgamento de 27.02.1980, pp. 11-14 (parágrafos 19, 26 e 32); CtEDH, *De Jong, Baljet and van den Brink case*, Julgamento de 22.05.1984, pp. 13-14 e 25 (parágrafos 34-38 e 65). Cf. também CtEDH, *Englert case*, Julgamento de 25.08.1987, p. 11 (parágrafo 31).

59 CtEDH, *Bozano case*, Julgamento de 18.12.1986, pp. 14-15 e 24 (parágrafos 44, 47 e 66).

60 Cf., *inter alia*, os casos supracitados *Bozano* (1986), *Foti* (1986), e *De Jong, Baljet e van der Brink* (1984) (*cit. supra* n. (58-59)); cf. também, no mesmo sentido: CtEDH, *Bricmont case*, Julgamento de 07.07.1989, pp. 21 e 27 (parágrafos 73 e 104); CtEDH, *Artico case*, Julgamento de 13.05.1980, pp. 8-10 e 17 (parágrafos 24-25, 28 e 48); CtEDH, *Corigliano case*, Julgamento de 10.12.1982, pp. 8-9 e 15 (parágrafos 29 e 53); CtEDH, *Ciulla case*, Julgamento de 22.02.1989, pp. 9 e 13 (parágrafos 33 e 48).

61 CtEDH, *Granger case*, Julgamento de 28.03.1990, pp. 10-11 e 16 (parágrafos 38, 41 e 56).

62 Ou seja, antes da entrada em vigor do Protocolo XI à Convenção.

63 CtEDH, *Van der Sluijs, Zuiderveld and Klappe versus The Netherlands case*, Julgamento de 22.05.1984, pp. 12-13 e 18 (parágrafos 38-39 e 52).

64 CtEDH, *Vagrancy cases*, Julgamento de 18.06.1971, pp. 30-31 (parágrafos 53-55).

65 Em claro contraste com esta posição constante da Corte Européia de Direitos Humanos encontra-se o tratamento da matéria por parte da Corte Internacional de Justiça em seu julgamento de 1989 no caso *Elettronica Sicula (ELSI)* (Estados Unidos versus Itália), em que a alegada renúncia tácita à regra do esgotamento no contexto da proteção diplomática foi desconsiderada por uma Câmara da Corte da Haia. A insistência, por parte desta, no requisito do esgotamento (cf. *ICJ Reports* (1989) pp. 42-44, 46-48 e 81,

tante e claríssima, da Corte Europeia, no tocante a este ponto específico, é, pois, de longa data.⁶⁵

Com efeito, desde os casos *Vagrancy* (1971), a Corte Europeia de Direitos Humanos tem se reservado a faculdade de examinar “todas as questões de fato e de direito” levantadas no decorrer do processo de casos contenciosos, inclusive questões de admissibilidade de petições como a do prévio esgotamento dos recursos internos. Isto tem acarretado a reabertura de decisões de admissibilidade da Comissão Europeia perante a Corte Europeia. Não surpreendentemente, tal postura foi cedo criticada na doutrina.⁶⁶ Já nos *leading cases* mencionados, os chamados casos *Vagrancy*, quatro Juízes da Corte Europeia (Ross, Sigurjonsson, Bilge e Wold) questionaram-na, sobretudo pelo desequilíbrio processual que gera e pelo prejuízo que causa às supostas vítimas.⁶⁷

Apesar de ainda mantida até o presente, tal jurisprudência não tem passado sem críticas. No caso *Brozicek versus Itália* (1989), perante a Corte Europeia, foi contestada pelo Juiz Martens,⁶⁸ que voltou a atacá-la no caso *Cardot versus França* (1991),⁶⁹ no que foi desta feita acompanhado pelo Juiz Morenilla.⁷⁰ No recente caso *Ahmet Sadik versus Grécia* (1996), a Corte, depois de recordar o *rationale* da regra dos recursos internos na proteção dos direitos humanos, concluiu, não obstante, que não poderia considerar o mérito do caso em razão do não-es-

parágrafos 50, 52-56, 58-59, 62-63 e 137, e *cf.* comentários in M.H. Adler, “The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice’s Decision in *ELSI*”, 39 *International and Comparative Law Quarterly* (1990) pp. 652-653), fornece uma ilustração recente dos diferentes enfoques da regra dos recursos internos nos contextos distintos da proteção dos direitos humanos e da proteção diplomática. O rígido apego da Corte da Haia ao requisito formal do esgotamento (no caso *ELSI*) no contexto da proteção diplomática de nacionais no exterior contrasta de modo marcante com a disposição dos órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos de examinar mais de perto a eficácia dos recursos internos para estabelecer exceções à regra do esgotamento. Em nada surpreende que em um sistema de *garantia coletiva*, como o da proteção dos direitos humanos -fundamentalmente distinto da proteção diplomática discricionária,- tais órgãos de supervisão têm se mostrado dispostos a proceder a um exame cuidadoso da eficácia dos recursos internos e a aplicar presunções mais a favor das supostas vítimas. Enquanto que, no contexto da proteção diplomática discricionária no contencioso interestatal, a regra dos recursos internos tem se afigurado como uma pré-condição da interposição internacional, voltada a *preveni-la*, no contexto da proteção dos direitos humanos, ao contrário, os recursos internos são tidos como parte componente do próprio sistema da proteção internacional, recaindo a ênfase na reparação e não no esgotamento formal; A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 283 e 287.

66 A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Appraisal”, 10 *Revue des droits de l’homme/Human Rights Journal* - Paris (1977) pp. 144-150.

67 *Cf. ibid.*, pp. 146-150.

68 Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), *Brozicek case*, Julgamento de 19.12.1989, Separate Opinion of Judge Martens, pp. 17-21.

69 CtEDH, *Cardot case*, Julgamento de 19.03.1991, Dissenting Opinion of Judge Martens, p. 20.

70 *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Morenilla, pp. 21-22. Também o Juiz MacDonald apresentou um Voto Dissidente (*ibid.*, p. 19), e, juntamente com seus dois colegas, recordaram o Julgamento de 1980 da própria Corte Europeia no caso *Guzzardi*, em que esta propugnou por uma aplicação da regra dos recursos internos “com certo grau de flexibilidade e sem formalismo excessivo”. - Para comentários sobre este caso, *cf.* J.-F. Flauss, “La condition de l’épuisement des griefs au sens de l’article 26 CEDH: les enseignements de l’arrêt *Cardot*”, 3 *Revue universelle des droits de l’homme* (1991) n. 12, pp. 529-536.

71 CtEDH, *Case of Ahmet Sadik v. Greece*, Julgamento de 15.11.1996, pp. 17-19.

gotamento de tais recursos, revertendo uma decisão anterior de admissibilidade da Comissão (que havia rejeitado a mesma objeção de não-esgotamento);⁷¹ em voto parcialmente dissidente o Juiz Martens (acompanhado pelo Juiz Foighel) reprovou, além do inconveniente destas decisões divergentes (da Corte e Comissão), a consequência da posição seguida pela Corte, que era a de deixar *sem decisão*, depois de anos de procedimentos em Estrasburgo, importantes questões substantivas quanto ao mérito do caso.⁷² Em outro caso, *Oberschlick versus Áustria* (1991), no entanto, a Corte Européia rejeitou por unanimidade uma exceção preliminar de não-esgotamento (atinente ao período de seis meses), tendo sido esta a primeira vez desde os casos *Vagrancy* em que a Corte baseou-se no *estoppel* no tocante a este ponto.⁷³

Este aspecto da aplicação da regra do esgotamento vem de passar por uma evolução notável precisamente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, a interpretação extensiva de suas próprias faculdades pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tal como por ela propugnada em suas sentenças de 1987 sobre exceções preliminares nos casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz* e *Fairén Garbi e Solís Corrales*, relativos a Honduras,⁷⁴ de modo a abarcar também questões atinentes a exceções preliminares de admissibilidade (baseadas em uma questão de fato), a contrário do que se supunha e do que talvez ainda se possa inferir, nem sempre contribui necessariamente a uma proteção mais eficaz dos direitos humanos protegidos sob a Convenção Americana. Tal posição permitia uma reabertura e um reexame pela Corte de uma objeção de pura admissibilidade, favorecendo a parte demandada, que deveria ter sido definitivamente resolvida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Assim como as decisões de inadmissibilidade da Comissão eram finais, igualmente o deveriam ser suas decisões de admissibilidade: ou se permitiria que todas as decisões -de admissibilidade ou não- pudessem ser reabertas perante a Corte, ou se haveria de mantê-las todas privativas da Comissão.

Permitir uma reabertura ou revisão pela Corte de uma decisão de admissibilidade da Comissão, como a Corte Interamericana -seguindo o enfoque da Corte Européia desde os casos *Vagrancy*- sustentou nos referidos *Casos Hondureños*, gerava um desequilíbrio entre as partes, favorecendo os Estados demandados. Não obstante, a posição original da Corte Interamericana sobre este ponto, que pretendia afirmar o amplo escopo de suas faculdades, prevaleceu por uma década, até seus julgamentos recentes, de 1996, sobre exceções preliminares nos casos *Loayza Tamayo* e *Castillo Páez*, relativos ao Peru.

Nesse meio tempo, a posição original da Corte Interamericana nos *Casos Hondureños*,

72 Cf. *ibid.*, p. 21; em outro voto parcialmente dissidente, também o Juiz Morenilla sustentou uma interpretação *pro victima* da questão em apreço (cf. *ibid.*, p. 31).

73 CIEDH, *Oberschlick case*, Julgamento de 23.05.1991, pp. 14-15 e 24, e cf. Concurring Opinion of Judge Martens, p. 28, e Concurring Opinion of Judge Morenilla, pp. 29-30.

74 Cf. os julgamentos de 1987 da Corte Interamericana sobre exceções preliminares, nos casos de *Velásquez Rodríguez*, parágrafo 29; *Godínez Cruz*, parágrafo 32; e *Fairén Garbi e Solís Corrales*, parágrafo 34; para um exame, cf., e.g., A. A. Cançado Trindade, *El Agotamiento de los Recursos Internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, IIDH (Série para ONGs, vol. 1), 1991, pp. 37-41, e cf. pp. 35-36 para o caso *Viviana Gallardo* (1981).

inspirada na decisão da maioria da Corte Européia de Direitos Humanos nos casos *De Wilde, Ooms e Versyp (Vagrancy)* (1971), foi por nós questionada em duas ocasiões, no caso *Gangaram Panday versus Suriname* (1991, exceções preliminares)⁷⁵ e no caso *Genie Lacayo versus Nicarágua* (resolução de 18.05.1995).⁷⁶ No caso *Gangaram Panday*, por exemplo, a Corte chegou a admitir que, se uma exceção de não-esgotamento de recursos internos não é interposta *in limine litis*, há uma renúncia tácita à mesma.⁷⁷ Mas era necessário ir mais além, porquanto, se o Estado demandado renunciava à objeção de não-esgotamento de recursos internos por não a haver interposto *in limine litis no procedimento prévio ante a Comissão*, seria inconcebível que pudesse livremente retirar tal renúncia no procedimento subsequente ante a Corte (*estoppel/forclusion*) ao novamente interpor a objeção.

Foi precisamente isto o que ocorreu nos referidos casos *Loayza Tamayo* e *Castillo Páez* (julgamentos de 1996 sobre exceções preliminares), em que a Corte Interamericana, pela primeira vez, descartou as exceções preliminares de não-esgotamento por extemporâneas; ao dar o importante passo de reorientar neste particular sua jurisprudência, a Corte Interamericana corretamente determinou que, se o Estado demandado deixou de invocar a exceção preliminar de não-esgotamento de recursos internos *in limite litis*, no procedimento anterior sobre admissibilidade ante a Comissão Interamericana, estava impedido de invocá-la subsequentemente perante a Corte (*estoppel*),⁷⁸ configurando-se deste modo uma renúncia tácita (*tacit waiver*) à regra do esgotamento.

É efetivamente do *rationale* do mecanismo da Convenção Americana que as decisões

75 Julgamento de 04 de dezembro de 1991; em seu Voto Separado, o Juiz A. A. Cançado Trindade sustentou que a Corte Interamericana deveria considerar a questão de admissibilidade como uma e indivisível, e privativa da Comissão, desse modo reduzindo a desigualdade factual entre as partes e propiciando uma maior atenção por parte da Corte às questões substantivas, assegurando assim uma proteção mais eficaz dos direitos humanos.

76 Em Voto Dissidente, o Juiz A. A. Cançado Trindade *inter alia* insistiu em sua tese (*supra*), não para “restringir” as faculdades da Corte, mas, muito ao contrário, para fortalecer o atual mecanismo de proteção da Convenção Americana como um todo.

77 Julgamento de 1991 sobre exceções preliminares, caso *Gangaram Panday*, parágrafos 39-40; *cf.* também o julgamento sobre exceções preliminares, caso *Neira Alegria et al.*, relativo ao Peru, do mesmo ano, parágrafos 30-31; e os julgamentos (*cit. supra*) dos três casos relativos a Honduras, parágrafos 88-90 (*Velásquez Rodríguez*), 90-92 (*Godínez Cruz*), e 87-89 (*Fairén Garbí e Solís Corrales*); e, anteriormente, a decisão da Corte de 1981 no assunto de *Viviana Gallardo et al.*, parágrafo 26.

78 Corte Interamericana de Direitos Humanos, casos de *Castillo Páez versus Peru* e *Loayza Tamayo versus Peru*, Julgamentos sobre exceções preliminares de 30 e 31 de janeiro de 1996, respectivamente, e Votos Separados (em ambos) do Juiz A. A. Cançado Trindade; *cf.* textos destes Julgamentos (e dos referidos Votos), reproduzidos in: OAS, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights - 1996*, pp. 43-73. Em seus Votos Separados em ambos os casos, o Juiz Cançado Trindade sustentou que a constatação do *estoppel* bastava para rejeitar as referidas exceções de não-esgotamento, e que a nova postura da Corte atendia aos imperativos da justiça e corretamente buscava a igualdade das partes, ao não permitir a reabertura de questões de pura admissibilidade (privativas da Comissão) perante a Corte. Ademais, defendeu o Juiz Cançado Trindade o *locus standi in judicio* dos indivíduos demandantes perante a Corte (em casos já remetidos a ela pela Comissão), de modo a dotar o ser humano de personalidade e plena capacidade jurídicas internacionais no presente domínio de proteção.

quanto à admissibilidade ou não de comunicações ou petições submetidas à Comissão Interamericana sejam proferidas -com sólidos fundamentos- pela Comissão *in limine litis*, de modo a não serem reabertas no procedimento subsequente perante a Corte a fim de evitar um desequilíbrio maior entre os indivíduos demandantes e os Estados demandados, em claro detrimento dos primeiros.⁷⁹ A Corte Interamericana deu assim um passo significativo, neste particular, em seus julgamentos de 1996 sobre exceções preliminares nos dois *Casos Peruanos* supracitados, para resolver um problema que, no sistema europeu de proteção, com a iminente entrada em vigor (em 01 de novembro de 1998) do Protocolo XI à Convenção Européia de Direitos Humanos, estará definitivamente superado.

No sistema interamericano de proteção, este ponto específico tem incidência direta na questão da condição das partes perante a Corte Interamericana. Com efeito, permitir uma reabertura ante a Corte da rejeição pela Comissão de uma objeção de não-esgotamento de recursos internos -como ocorria no passado- criava um desequilíbrio entre as partes, em favor dos Estados demandados, agravado pelo de que os indivíduos reclamantes ainda não têm *locus standi* (representação direta) no procedimento ante a Corte, exceto na etapa de reparações (por força do artigo 23 do Regulamento vigente da Corte Interamericana⁸⁰).

A reabertura de questões de admissibilidade perante a Corte, já decididas pela Comissão, sem a presença de uma das partes, os indivíduos reclamantes (que são a verdadeira parte demandante), militava contra o princípio da igualdade das partes (*equality of arms/égalité des armes*). Sem o *locus standi in judicio* de *ambas as partes* qualquer sistema de proteção encontrase irremediavelmente mitigado. Como tal *locus standi* infelizmente ainda não é assegurado às supostas vítimas em todas as etapas do procedimento perante a Corte Interamericana, a significativa mudança de posição da Corte sobre a questão em apreço nos casos *Loayza Tamayo* e *Castillo Páez* contribuiu a remediar aquele desequilíbrio, orientando assim a jurisprudência da Corte a respeito na direção correta.

VII. NÃO-APLICAÇÃO DA REGRA DO ESGOTAMENTO EM “CASOS GERAIS”

Nos últimos anos, no âmbito do sistema europeu de proteção, a Comissão Européia de Direitos Humanos tem mantido sua posição no sentido de que a regra do esgotamento dos re-

⁷⁹ Ademais, a reabertura perante a Corte de questões de admissibilidade já decididas pela Comissão gera a possibilidade de decisões divergentes ou conflitivas sobre a matéria pelos dois órgãos de supervisão sob a Convenção Americana (como vem de ocorrer recentemente, sob a Convenção Européia, no caso *Ahmet Sadik*, com decisões divergentes a respeito por parte da Corte e Comissão Européias - *supra*), fragmentando assim a unidade inerente a uma decisão de admissibilidade. Ao invés de proceder à revisão de decisões de admissibilidade da Comissão, a Corte deveria poder concentrar-se mais no exame de questões substantivas a fim de exercer com maior eficácia sua função de interpretar e aplicar a Convenção Americana, determinando a ocorrência ou não de violações da Convenção e suas conseqüências jurídicas.

⁸⁰ Segundo esta disposição do novo Regulamento da Corte, “na etapa de reparações, os representantes das vítimas ou de seus familiares poderão apresentar seus próprios argumentos e provas em forma autônoma”.

curso interno não se aplica a petições que levantem a questão da compatibilidade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de medidas legislativas ou de uma prática estatal em violação dos direitos humanos. Assim, em um caso de uma prática estatal imputável ao Reino Unido, a Comissão não hesitou em declarar a petição admissível, considerando inaplicável no caso a regra do esgotamento.⁸¹ O ponto tornou-se central no caso da *França, Noruega, Dinamarca, Suécia e Holanda versus Turquia* (1983), em que os Estados demandantes invocaram como precedente o caso da *Irlanda do Norte (Irlanda versus Reino Unido, 1978)*, a fim de impugnar medidas legislativas e práticas administrativas supostamente incompatíveis com a Convenção Europeia.⁸²

A Comissão Europeia decidiu enfaticamente que a constatação *prima facie* da existência de uma prática administrativa (mesmo na ausência de legislação) gerando vítimas era suficiente para excluir a aplicação da regra do esgotamento.⁸³ Era o que ocorria no caso, em que tal prática contava com a “tolerância” oficial, e os esforços governamentais para impedir violações do artigo 3 da Convenção eram insuficientes; assim sendo, concluiu a Comissão, não se aplicava a regra do esgotamento, pelo que as petições foram declaradas admissíveis.⁸⁴ Recorde-se que, em outro caso, interestatal, o de *Chipre versus Turquia* (1978), a conclusão da Comissão Europeia foi inequívoca, não deixando margem a dúvidas: a regra do esgotamento “não se aplica a reclamações cujo objeto seja o de determinar a compatibilidade com a Convenção de medidas legislativas e práticas administrativas”.⁸⁵

Esta jurisprudência encontra paralelo, no âmbito do sistema interamericano de proteção, por exemplo, na prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação a “casos gerais” (em contraposição a “casos individuais”), que remonta aos anos setenta.⁸⁶ Posteriormente, nos chamados *Casos Hondurenhos (Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz e Fairén Garbi e Solís Corrales)*, em fins da década de oitenta, prevaleceu o correto entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que, em casos de desaparecimentos força-

81 Application n. 9471/81, *Mrs. X e Miss X versus United Kingdom case* (1984), Comissão Europeia de Direitos Humanos (CEDH), *Decisions and Reports*, vol. 36, pp. 49 e 58-59, e *cf.* pp. 61-63.

82 ECHR, applications ns. 9940-9944/82 (joined), *France, Norway, Denmark, Sweden and Netherlands versus Turkey case*, *Decisions and Reports*, vol. 35, Strasbourg, C.E., pp. 152-153, 158-159 e 162-163.

83 *Ibid.*, pp. 163-165.

84 *Ibid.*, pp. 167-168 e 170.

85 Application n. 8007/77, CEDH, *Decisions and Reports*, vol. 13, 1979, p. 152. - A jurisprudência anterior da Comissão Europeia, sobre este ponto em particular, orientou-se no mesmo sentido; *cf.* A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in Relation to Legislative Measures and Administrative Practices - the European Experience”, 18 *Malaya Law Review* - University of Singapore (1976) pp. 257-280; *cf.* também A. A. Cançado Trindade, “L'épuisement des recours internes dans des affaires inter-étatiques”, 14 *Cahiers de droit européen* - Bruxelles (1978) pp. 139-157; A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases: the European Practice”, 3 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1978) pp. 211-231.

86 *Cf.*, a respeito, *e.g.*, A. A. Cançado Trindade, “Cuestiones Especiales de Operación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, 24 *Verfassung und Recht in Übersee* (1991) pp. 162-163, e *cf.* pp. 153-174.

dos de pessoas como uma “prática estatal” ou de negligência ou tolerância por parte das autoridades públicas, há uma presunção em favor das vítimas, não fazendo sentido insistir na aplicação da regra do esgotamento (porquanto não há recursos que esgotar).⁸⁷

A caracterização dos “casos gerais”, a requererem um tratamento especial no tocante às condições de admissibilidade, tem sua razão de ser, e uma clara compreensão da questão se impõe por situar-se aquele tratamento no contexto mais amplo da luta contra a impunidade. A própria Corte Interamericana teve ocasião de formular uma clara advertência quanto ao dever do Estado de combater a impunidade, em sua sentença recente (de 08 de março de 1998) quanto ao mérito no caso *Paniagua Morales e Outros versus Guatemala* (também conhecido como caso da “Panel Blanca”).⁸⁸ No plano global, cabe recordar a respeito que a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993), ao enfatizar a importância de uma correta administração da justiça, conclamou todos os Estados a proverem um conjunto eficaz de recursos internos para remediar as violações de direitos humanos.⁸⁹

VIII. ALCANCE DAS EXCEÇÕES À REGRA DO ESGOTAMENTO

Um dos traços mais salientes da jurisprudência internacional recente sobre a matéria em exame reside em seus esclarecimentos sobre o amplo alcance das *exceções* à regra do esgotamento, tendo presente a especificidade da proteção dos direitos humanos. A própria referência, na formulação de tal requisito, às “regras geralmente reconhecidas do direito internacional”, visou chamar atenção às limitações da aplicação do requisito, como evidenciado desde o início pela prática dos órgãos de supervisão sob os tratados de direitos humanos, incluídos, no plano global, os das Nações Unidas (a exemplo dos do Pacto de Direitos Civis e Políticos,⁹⁰ e da Con-

87 Cf. relato recente in A. A. Cançado Trindade, “The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1997): Evolution, Current State and Perspectives”, in *Institut International des Droits de l'Homme, Recueil des Cours - XXVIII Session d'Enseignement (1997)*, Strasbourg, IIDH, 1997, pp. 423-425.

88 Nesta sentença, a Corte Interamericana conceituou como *impunidade* “a falta em seu conjunto de investigação, perseguição, captura, julgamento e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana, toda vez que o Estado tem a obrigação de combater tal situação por todos os meios legais disponíveis já que a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total vulnerabilidade (*indefensión*) das vítimas e de seus familiares” (parágrafo 173). Afirmou a Corte, a seguir, o dever do Estado, sob o artigo 1(1) da Convenção Americana, de “organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos”, dever este que “se impõe independentemente de que os responsáveis pelas violações destes direitos sejam agentes do poder público, particulares, ou grupos deles” (parágrafo 174).

89 Parágrafo 27 da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993.

90 Cf. A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies under the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocol”, 28 *International and Comparative Law Quarterly* (1979) pp. 734-765.

91 Cf. A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies under the United Nations International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, 22 *German Yearbook of International Law* (1979) pp. 374-383.

venção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial⁹¹).

No plano regional, uma ilustração significativa da construção jurisprudencial a respeito reside precisamente na dispensa do requisito do esgotamento em “casos gerais” (prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e casos atinentes a medidas legislativas e práticas administrativas (incompatíveis com a Convenção Européia, consoante a prática da Comissão Européia de Direitos Humanos - *cf. supra*). No sistema interamericano de proteção, nos já citados *Casos Hondurenhos (Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz e Fairén Garbi e Solís Corrales)*, por exemplo, argumentou a Comissão Interamericana perante a Corte Interamericana que, como se tratava de casos de “práticas estatais” constitutivas de “violações maciças e sistemáticas” de direitos humanos, em que se comprovava a ineficácia do Poder Judiciário, tornava-se assim desnecessário insistir na regra do esgotamento dos recursos internos, e o ônus da prova recaía no Estado que invocava aquela objeção. Em suas sentenças (de 26 de junho de 1987) sobre exceções preliminares, decidiu a Corte juntar aquela objeção específica ao mérito, para decidí-la juntamente com a questão substantiva da violação denunciada dos direitos humanos invocados nos casos.

Em dois dos três casos supracitados (*Velásquez Rodríguez e Godínez Cruz*), concluiu a Corte Interamericana, em seus julgamentos quanto ao mérito (de 29 de julho de 1988), ter havido violação dos artigos 7, 5 e 4, em combinação com o artigo 1(1) da Convenção Americana. Sustentou a Corte que o ônus da prova acerca do suposto não-esgotamento de recursos internos recaía efetivamente no Estado demandado, sendo um dever jurídico dos Estados o de fornecer recursos internos eficazes (*cf. supra*, sobre este ponto). O fato de, nos referidos casos de desaparecimentos forçados, ter-se tentado o *habeas corpus* ou o recurso de *amparo* em vão, foi tido como suficiente para se dar por esgotados os recursos internos.⁹² A natureza e gravidade de tais violações comprovadas dos direitos humanos foram, assim, corretamente levadas em conta para assegurar uma aplicação necessariamente flexível, e por conseguinte mais justa, da regra dos recursos internos no presente contexto de proteção.

A questão específica do alcance das exceções à regra do esgotamento tem sido amplamente debatida em numerosos casos perante a Comissão Interamericana⁹³ (*infra*), além de ter sido objeto do décimo-primeiro Parecer da Corte Interamericana, de 10 de agosto de 1990. Neste último, a Corte abordou aspectos das exceções à regra dos recursos internos não cobertos pelo artigo 46(2) da Convenção Americana. Sustentou, em primeiro lugar, que a regra do esgotamento não se aplicava se o indivíduo peticionário, em razão de sua indigência, era incapaz de

92 A. A. Cançado Trindade, “A Regra do Esgotamento dos Recursos de Direito Interno na Jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos”, in *As Garantias do Cidadão na Justiça* (ed. Sálvio de Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 382-383.

93 Para um estudo geral, *cf.* A. A. Cançado Trindade, “A Aplicação da Regra do Esgotamento dos Recursos Internos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”, in *Derechos Humanos en las Américas - Libro Homenaje a la Memoria de C.A. Dunshee de Abranches*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1984, pp. 217-229; e, anteriormente, A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in the Inter-American System”, 18 *Indian Journal of International Law* - Nova Délhi (1978) pp. 345-351.

94 Neste particular, a Corte Interamericana foi mais além do que a Corte Européia (a qual não aceita

fazer uso dos recursos internos.⁹⁴ Em segundo lugar, manteve a Corte que tampouco se aplicava a regra do esgotamento se o indivíduo peticionário não conseguia contar com representação ou assistência judiciária (necessária para a proteção de um direito garantido pela Convenção) em razão do clima de temor generalizado entre os advogados (temerosos de por em risco suas vidas e as de seus parentes). Enfim, depois de recordar o dever geral de *respeitar e garantir* os direitos humanos -consagrado no artigo 1(1) da Convenção,- a Corte endossou a distribuição (*shifting*) do ônus da prova quanto ao esgotamento entre o indivíduo demandante e o Estado demandado (com um maior ônus sobre este último).⁹⁵

Outras decisões proferidas nos últimos anos são dignas de registro. Em um caso relativo ao Peru, por exemplo, a Comissão Interamericana sustentou que, como havia ocorrido “um atraso injustificado na administração da justiça”, não era necessário esgotar os recursos internos; por conseguinte, presumiu verdadeiros os fatos relatados na petição, e declarou que os eventos denunciados constituíam “violações bastante sérias” dos direitos à vida e à liberdade pessoal (artigos 4 e 7 da Convenção Americana).⁹⁶ Em outro caso, também atinente ao Peru, a Comissão aceitou do mesmo modo os argumentos do peticionário de que havia ocorrido uma denegação de acesso aos recursos internos e um atraso indevido na administração da justiça, - o que levou a Comissão a presumir verdadeiros os fatos denunciados e declarar que constituíam uma “violação muito séria” dos direitos à vida e à liberdade pessoal (artigos 4 e 7 da Convenção Americana).⁹⁷

Em um caso relativo à Argentina, a Comissão presumiu verdadeiras as violações denunciadas do direito a garantias judiciais -na base do devido processo legal,- e aplicou o disposto no artigo 46(2)(c) da Convenção Americana sobre as exceções à regra dos recursos internos.⁹⁸ Em outro caso, concernente à Nicarágua, a questão das exceções à regra do esgotamento foi extensamente debatida ante a Comissão. Em longo argumento, o demandante alegou que tais exceções incluíam os seguintes elementos (aos quais não se limitavam): a) ausência total de justiça pelos tribunais locais; b) dano causado pelas “ações arbitrárias e injustas dos mais altos funcionários do governo”, não parecendo haver razão adequada para crer que os procedimentos judiciais fornecessem um recurso suficiente; c) coação sobre os tribunais locais por parte de autoridades executivas ou militares; d) ameaças aos tribunais locais, ou controle dos mesmos, por “turbas hostis”.⁹⁹ Sustentando as “exceções reconhecidas” à regra do esgotamento no presente caso, afirmou a Comissão que o reclamante não conseguiu esgotar os recursos internos “porque

a falta de recursos materiais como constituindo *per se* uma circunstância a dispensar o requisito do esgotamento), ao vincular com realismo a condição de indigência comprovada com a proteção eficaz dos direitos humanos.

95 CtIADH, Opinión Consultiva OC-11/90, de 10.08.1990, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos*, pp. 3-17.

96 Caso n. 9449 (Peru), IACHR, *Annual Report - 1986-1987*, pp. 129-130.

97 Caso n. 9467 (Peru), IACHR, *Annual Report - 1986-1987*, pp. 140-141.

98 Caso n. 9635 (Argentina), IACHR, *Annual Report - 1986-1987*, pp. 59-60 e 62.

99 Caso n. 9102 (Nicarágua), IACHR, *Annual Report - 1985-1986*, pp. 64-74, e cf. pp. 75-77, 85 e 89-95.

100 *Ibid.*, pp. 74 e 96-97.

se viu na situação contemplada no artigo 46(2)(b) e (c)” da Convenção.¹⁰⁰

No chamado *caso “La Pólvara”*, também relativo à Nicarágua, a Comissão rejeitou a objeção do Estado demandado de não-esgotamento dos recursos internos, afirmando que tal requisito deixava de aplicar-se na ocorrência de um “atraso injustificado” do caso. Era o que acontecera no *cas d’espèce*, acrescentou a Comissão, uma vez que, depois de transcorrido um lapso de tempo, “não havia uma vontade firme por parte das autoridades nicaraguenses de concluir sua investigação e punir os responsáveis pelos crimes em questão”.¹⁰¹ A Comissão, por conseguinte, deplorou o atraso em conduzir a investigação judicial, e concluiu que ocorreu no caso “uma violação extremamente séria” dos artigos 4 (direito à vida), 7 (direito a liberdade pessoal) e 8 (garantias judiciais) da Convenção Americana.¹⁰²

IX. O ÔNUS DA PROVA QUANTO AO ESGOTAMENTO

Um dos aspectos da aplicação da regra dos recursos internos de maior desenvolvimento jurisprudencial nos últimos anos, nos planos tanto global quanto regional, tem sido o atinente ao ônus da prova quanto ao esgotamento daqueles recursos. No plano global (Nações Unidas), talvez a contribuição mais significativa da prática recente do Comitê de Direitos Humanos (sob o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos) sobre a matéria em exame resida precisamente em seu tratamento desta questão. O Comitê tem feito recair tal ônus sobretudo nos Estados demandados. Assim, em um caso relativo ao Zaire, em que recebera informações apenas parciais e incompletas sobre os recursos internos, determinou o Comitê que o Estado demandado não havia demonstrado de que modo os autores das comunicações poderiam ter utilizado um determinado recurso nas circunstâncias do caso, e que cabia, pois, ao Estado fornecer detalhes sobre os recursos internos supostamente disponíveis aos demandantes, indicando a probabilidade de êxito no uso de tais recursos.¹⁰³ Nas circunstância, agregou o Comitê, cabia dar mais peso aos argumentos dos demandantes, estando o Estado na obrigação de prover recursos eficazes perante seus tribunais para remediar as violações de direitos humanos e assegurar que não voltem a ocorrer no futuro.¹⁰⁴

Em dois outros casos, relativos ao Uruguai e Madagascar, respectivamente, explicou o Comitê a razão de sua postura: o ônus da prova não poderia recair apenas no autor da comunicação, especialmente ao se considerar que “o autor e o Estado Parte nem sempre têm igual acesso às provas”, e que “frequentemente somente o Estado Parte tem acesso às informações relevantes”, devendo, pois, “investigar de boa fé” todas as alegações de violações do Pacto de Di-

101 Caso “*La Pólvara*” (Nicarágua), IACHR, *Annual Report - 1982-1983*, p. 133, e *cf.* p. 131.

102 *Ibid.*, pp. 133-134.

103 Communications ns. 241 and 242/1987, Adoption of Views of 02.11.1989, doc. CCPR/C/37/D/241/1987 and 242/1987, de 29.11.1989, p. 7 (mimeografado).

104 *Ibid.*, pp. 8-9 (mimeografado).

105 Communication n. 84/1981 (Uruguai), Adoption of Views of 21.10.1982, in U.N./International Covenant on Civil and Political Rights, *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, vol. 2, N.Y., U.N., 1990, p. 116; communication n. 49/1979 (Madagascar), Adoption of Views of 24.03.1983, in *ibid.*, p. 86.

reitos Cíveis e Políticos feitas contra ele e suas autoridades,¹⁰⁵ além de prover recursos internos eficazes. Em outros casos, em que os Estados demandados deixaram de provar a eficácia de determinados recursos internos, deixou o Comitê de insistir no requisito do esgotamento.¹⁰⁶ Em um desses casos, *e.g.*, atinente ao Uruguai, observou o Comitê que, como nenhum detalhe foi a ele fornecido que comprovasse a eficácia dos recursos internos nas circunstâncias particulares do caso concreto, não poderia concluir que era a demanda inadmissível.¹⁰⁷

No plano regional, o mesmo enfoque tem sido seguido sob as Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos. No sistema europeu de proteção, em um caso relativo à Bélgica, a Comissão Européia de Direitos Humanos afirmou que recai no Estado que invoca o não-esgotamento “o ônus de provar a existência de recursos eficazes e adequados”.¹⁰⁸ Em outro caso, relativo à Turquia, ao rechaçar uma objeção de não-esgotamento, reiterou a Comissão Européia que o Estado que invoca tal objeção deve “provar a existência de recursos internos disponíveis e adequados”.¹⁰⁹ Mesmo quando entendeu que havia um recurso interno que esgotar (dada a pendência de um procedimento penal, que não poderia considerar como ineficaz), a Comissão, em ainda outro caso contra a Turquia, insistiu no princípio segundo o qual o Estado que alega o não-esgotamento deve demonstrar “a existência de um recurso acessível e suficiente”.¹¹⁰

Em sua prática nos últimos anos, a Comissão Européia tem inequivocamente feito recair um *maior* ônus quanto ao esgotamento nos Estados demandados. Assim, inspirando-se em um *obiter dictum* da Corte Européia de Direitos Humanos no caso *Deweer* (julgamento de 27.02.1980), a Comissão Européia afirmou, em dois casos recentes relativos ao Reino Unido, que “o ônus de provar a existência de recursos internos disponíveis e suficientes recai no Estado que invoca a regra” do esgotamento.¹¹¹ Em outros casos recentes, a Comissão Européia sustentou a mesma posição a respeito.¹¹²

No sistema interamericano de proteção, do mesmo modo, em vários casos recentes, a

106 *Cf.*, *e.g.*, communication n. 138/1983 (Zaire), Adoption of Views of 26.03.1986, *in ibid.*, p. 167; e communication n. 109/1981 (Uruguai), Adoption of Views of 10.04.1984, *in ibid.*, p. 147.

107 Communication n. 83/1981, Adoption of Views of 04.11.1983, *in ibid.*, pp. 110-111.

108 ECHR, applications ns. 18926/91 e 19777/92 (caso *Spandre e Fabri versus Bélgica*, decisão de 30.08.1993), *Decisions and Reports*, vol. 75, Strasbourg, C.E., 1993, p. 189.

109 ECHR, application n. 22497/93 (caso *Aslan versus Turquia*, decisão de 20.02.1995), *Decisions and Reports*, vol. 80-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 144-145.

110 ECHR, application n. 22276/93 (caso *Karadeniz versus Turquia*, decisão de 03.04.1995), *Decisions and Reports*, vol. 81-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 59 e 53.

111 ECHR, application n. 17579/90 (caso *Kelly versus Reino Unido*, decisão de 13.01.1993), *Decisions and Reports*, vol. 74, Strasbourg, C.E., 1993, pp. 144 e 139; ECHR, application n. 20357/92 (caso *Whiteside versus Reino Unido*, decisão de 07.03.1994), *Decisions and Reports*, vol. 76-A, Strasbourg, C.E., 1994, pp. 87 e 80.

112 *Cf.*, no mesmo sentido, *e.g.*: ECHR, application n. 23413/94 (caso *L.C.B. versus Reino Unido*, decisão de 28.11.1995), *Decisions and Reports*, vol. 83-A, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 42 e 32; ECHR, application n. 15117/89 (caso *Travers versus Itália*, decisão de 16.01.1995), *Decisions and Reports*, vol. 80-B, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 10 e 5.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem feito recair o ônus da prova quanto ao esgotamento nos Estados demandados.¹¹³ Em um caso relativo ao Uruguai, por exemplo, observou a Comissão que, como o governo não tinha fornecido as informações solicitadas sobre a matéria, era levada a crer que não havia recursos internos que esgotar.¹¹⁴ Em uma série de casos concernentes à Nicarágua, a Comissão observou do mesmo modo que o governo não tinha respondido a seus pedidos de informações sobre a questão, e determinou por conseguinte que “os requisitos de direito interno foram esgotados”.¹¹⁵ Em outro caso, atinente à Jamaica, a Comissão notou que o governo não a informara sobre a “eficácia do recurso constitucional disponível”, e sustentou que no caso todos os recursos internos tinham sido esgotados; além disso, esclareceu que sua função não era agir como uma “quarta instância quase-judicial” e revisar as decisões dos tribunais internos dos Estados membros da OEA, mas sim agir -em relação aos Estados Partes na Convenção Americana- consoante as petições ou comunicações a ela submetidas para investigar se um determinado ato governamental violara um direito humano protegido pela Convenção Americana.¹¹⁶

Não há dúvida de que, em sua prática a respeito, nos últimos anos, a Comissão Interamericana tem feito recair o *maior* ônus quanto ao esgotamento nos Estados demandados. Assim o tem feito corretamente, porquanto, não raro, em casos de direitos humanos, as provas se encontram nas mãos do Estado, que as controla. Há, assim, maior razão para fazer recair, -como os órgãos de supervisão de direitos humanos o têm corretamente feito nos últimos anos,- um maior ônus da prova quanto ao esgotamento nos Estados demandados. Isto vem a refletir a especificidade do domínio da proteção dos direitos humanos, com uma incidência direta na operação da regra dos recursos internos, pois tal solução dificilmente seria possível, *e.g.*, no contencioso interestatal da proteção diplomática discricionária.

A mesma postura foi assumida pela Corte Interamericana, em seu Parecer (de 1990) so-

113 Cf. caso n. 1954 (Uruguai), IACHR, *Annual Report - 1981-1982*, pp. 94-95; caso n. 2711 (Uruguai), IACHR, *Annual Report 1982-1983*, p. 134; caso n. 9726 (Panamá), IACHR, *Annual Report - 1987-1988*, pp. 229-234, e cf. pp. 185, 190, 193, 211 e 213-229; caso n. 9620 (Colômbia), IACHR, *Annual Report - 1987-1988*, pp. 127-128 (informação governamental considerada como “não suficiente”), e cf. pp. 118, 125, 127, e 130-131.

114 Caso n. 9274 (Uruguai), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 124. Em outro caso, relativo ao Chile, afirmou a Comissão que o ônus da prova recaía no governo demandado (quanto a suas alegações), “de acordo com os princípios gerais do direito”; caso n. 8095 (Chile), IACHR, *Annual Report - 1984-1985*, p. 35.

115 Casos ns. 9144, 9233, 9285, 9289, 9284, 9295, 9296, 9341, 9344 e 9367 (Nicarágua), IACHR, *Annual Report - 1985-1986*, pp. 100, 107, 109, 111-113, 115, 117, 119, 122 e 125, respectivamente.

116 Caso n. 9260 (Jamaica), IACHR, *Annual Report - 1987-1988*, pp. 161-162, e cf. pp. 159-160. - Em outro caso recente, concernente à República Dominicana, a Comissão recordou as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos *Casos Hondurenhos*, no sentido da distribuição (*shifting*) do ônus da prova quanto ao esgotamento entre o(s) demandante(s) e o governo demandado; caso n. 10.208 (República Dominicana), CIDH, *Informe Annual - 1988-1989*, p. 123; depois de considerar a questão do esgotamento (pp. 99-104 e 116-118), determinou a Comissão que a reclamação era inadmissível, sem prejuízo de reconsiderá-la se o demandante subsequente provasse seu esgotamento dos recursos internos (pp. 124-126).

bre as *Exceções ao Esgotamento dos Recursos Internos*. A exemplo da Comissão, também a Corte prestou apoio expresso e inequívoco à distribuição (*shifting*) do ônus da prova entre demandante e demandado (com maior ônus sobre este último). Na opinião da Corte, sob o artigo 46(1)(a) da Convenção Americana, “cabe ao Estado que interpôs a exceção de não-esgotamento provar que em seu sistema interno existem recursos cujo exercício não foi esgotado”.¹¹⁷ E acrescentou que, “uma vez que um Estado Parte provou a disponibilidade de recursos internos para o exercício de um direito protegido pela Convenção, o ônus da prova se transfere (*shifts*) ao reclamante, que deverá, então, demonstrar que as exceções contempladas no artigo 46(2) são aplicáveis (...)”.¹¹⁸ Em suma, *onus probandi incumbit actori*.¹¹⁹

A especificidade dos tratados de direitos humanos tem acarretado uma interpretação e aplicação próprias aos mesmos; a regra dos recursos internos, neles incorporada, tem sido objeto de decisões orientadas às vítimas e às necessidades de sua proteção, que de outro modo não teriam sido possíveis em outros contextos do direito internacional. Estamos aqui diante de um novo domínio da ciência jurídica, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja especificidade própria tem tornado possível uma aplicação mais flexível e equitativa da regra dos recursos internos, com incidência direta na questão do ônus da prova quanto ao esgotamento, sistematicamente a par de outras questões anteriormente examinadas. Com estas considerações em mente, passemos a nossas derradeiras observações sobre a matéria em apreço.

X. OBSERVAÇÕES FINAIS

Como se depreende do exame acima, a jurisprudência dos órgãos internacionais de salvaguarda dos direitos humanos tem nos últimos anos fornecido esclarecimentos significativos sobre pontos centrais atinentes às condições de aplicação da regra dos recursos internos no presente contexto específico de proteção. Tais pontos residem, basicamente, a partir do próprio *rationale* da regra no domínio da proteção dos direitos humanos, no teste ou critério da eficácia dos recursos internos, na flexibilidade da regra do esgotamento no presente contexto de proteção, no dever estatal de prover recursos internos eficazes, na renúncia tácita ao requisito do esgotamento e conseqüente *estoppel*, na não-aplicação de tal requisito nos chamados “casos gerais”, no amplo alcance das exceções à regra do esgotamento, e na distribuição (*shifting*) entre as partes do ônus da prova quanto ao esgotamento dos recursos internos (com maior ônus recaído sobre o Estados demandados).

Ao insistir no critério básico da eficácia dos recursos internos, -cuja determinação tem

117 CtIADH, Opinión Consultiva OC-11/90, de 10.08.1990, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos*, p. 16 (parágrafo 41).

118 *Ibid.*, p. 16 (parágrafo 41).

119 Para a formulação da tese da distribuição (*shifting*) do ônus da prova quanto ao esgotamento dos recursos internos no contexto da proteção internacional dos direitos humanos, cf. A. A. Cançado Trindade, “The Burden of Proof with Regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law”, 9 *Revue des droits de l’homme/Human Rights Journal* - Paris (1976) pp. 81-121.

se efetuado mediante um cuidadoso exame das circunstâncias particulares de cada caso concreto,- esta jurisprudência tem, por exemplo, dispensado a regra do esgotamento em casos, *e.g.*, de prática estatal, ou de negligência ou tolerância do poder público, ante violações dos direitos humanos. Tais indicações, avançadas nos últimos anos, e que para nossa satisfação têm endossado clara e inteiramente as teses que vimos preconizando e sustentando a respeito ao longo de mais de duas décadas, contribuem a abrir caminho a uma aplicação adequada e mais equitativa do requisito do esgotamento, à luz do objeto e propósito dos tratados de direitos humanos e das necessidades de proteção do ser humano. Contribuem, em suma, a uma aplicação daquele requisito adaptada às particularidades do presente contexto de proteção internacional dos direitos humanos.

Nas últimas décadas, temos testemunhado a gradual expansão do presente domínio de proteção, cujos instrumentos são claramente voltados à salvaguarda das *vítimas*. Tem-se logrado o fortalecimento e o aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção graças em grande parte ao tratamento adequado de questões processuais como a do esgotamento dos recursos de direito interno. Urge, pois, continuar a desenvolver a jurisprudência internacional contemporânea neste espírito, com vistas em última análise à realização fiel e plena do objeto e propósito dos tratados e instrumentos de proteção do ser humano.¹²⁰ Em particular, há que continuar buscando uma flexibilização cada vez maior do requisito do esgotamento no presente contexto de proteção, tomados os recursos internos como elemento integrante do próprio sistema de salvaguarda internacional dos direitos humanos, e deslocada a ênfase do processo de esgotamento ao elemento da reparação propriamente dita.¹²¹

Desse modo, estaremos contribuindo a gradualmente assegurar o acesso direto dos indivíduos às instâncias legais internacionais, para perante elas fazer valer os seus direitos, sempre que as instâncias nacionais se mostrarem incapazes de garantir a realização da justiça. Estaremos assim, em última análise, contribuindo a lograr o resgate histórico da posição central do ser humano como sujeito do direito internacional -o direito *das gentes* (*droit des gens*),- dotado de *jus standi* e plena capacidade jurídica internacional.

120 A. A. Cançado Trindade, “A Regra do Esgotamento dos Recursos de Direito Interno na Jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos”, in *As Garantias do Cidadão na Justiça* (ed. S. de Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 369-391; A. A. Cançado Trindade, “Evolución y Desarrollos Recientes en el Agotamiento de los Recursos Internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, in *Los Derechos Humanos en América - Una Perspectiva de Cinco Siglos* (Encuentro Internacional de Valladolid de 1992), Salamanca, Ed. Cortes de Castilla y León, 1994, pp. 321-352.

121 A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-443. - No último Congresso do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional (IHLADI), realizado em Lisboa em setembro de 1996, no qual atuamos como relator geral da temática dos Direitos Humanos, houve por bem o IHLADI endossar os pontos de vista que há tantos anos vimos sustentando sobre a questão do esgotamento dos recursos internos; *cf.* IHLADI, *Conclusiones y Acuerdos del XIX Congreso* (Lisboa, Portugal, 1996), p. 13, documento também reproduzido in *13 Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (1997) pp. 609-610.

Em resumo e conclusão, estamos diante de um *direito de proteção*, dotado de especificidade própria e baseado em premissas fundamentalmente distintas das que têm norteado a aplicação (mais rígida) do requisito do esgotamento em outros contextos (como, *e.g.*, o da proteção diplomática discricionária no contencioso interestatal). Este *direito de proteção*, no qual o direito internacional e o direito interno se mostram em constante interação, se inspira em valores comuns superiores ou de *ordre public* com respeito à proteção da pessoa humana. As regras geralmente reconhecidas do direito internacional -às quais se refere a formulação daquele requisito nos tratados de direitos humanos,- ademais de seguirem uma evolução própria nos distintos contextos em que se aplicam, necessariamente sofrem, quando inseridas nos tratados de direitos humanos, um certo grau de ajustamento ou adaptação, ditado pelo caráter especial do objeto e propósito destes tratados e pela especificidade¹²² amplamente reconhecida do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

¹²² Cf., a respeito, A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 1-486.

EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA

Máximo Pacheco Gómez^(*)

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA

1. A lo largo de la historia han existido diversas expresiones para referirse a esa realidad que denominamos “derechos humanos”, como ser: derechos naturales, derechos innatos, derechos individuales, derechos del hombre, derechos del ciudadano, derechos fundamentales, derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos, libertades fundamentales, libertades públicas, etc. De todas ellas la expresión que me parece más adecuada es la de “derechos fundamentales de la persona humana”.

Con ello deseo manifestar que toda persona humana posee derechos por el hecho de serlo y estos deben ser reconocidos y garantizados por el Estado sin ninguna discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. Pero, al mismo tiempo, quiero destacar que esos derechos son fundamentales, es decir, que se encuentran vinculados con la idea de dignidad de la persona humana.

2. A la definición dada anteriormente es preciso añadir las siguientes precisiones: en ningún caso la idea de que existan derechos fundamentales que toda persona posee implica reivindicar una tabla interminable de derechos sin ningún control en su reconocimiento, sino que se refiere solamente a los derechos más esenciales en relación con el pleno desarrollo de la dignidad humana.

(*) Profesor y ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile; Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctor Honoris Causa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia; Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. Además, paralelamente a la posesión de los derechos fundamentales, existen también deberes y obligaciones fundamentales en relación con ellos.
4. También no debe olvidarse que el ejercicio de los derechos fundamentales no es ilimitado, sino que puede ser restringido en defensa de la dignidad, la seguridad, la libertad o la convivencia social, aunque estas restricciones no deben ser arbitrarias sino que reguladas jurídicamente.
5. Finalmente debemos tener presente, como se establece en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena el 25 de junio de 1993, que:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (Número 5).

II. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA

1. El reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana y su manifestación en declaraciones de carácter político y jurídico se ha ido concretando y precisando a través de la historia, hasta constituir un testimonio del progreso de la conciencia moral de la humanidad.

Este proceso no ha sido espontáneo ni permanente, sino consecuencia de una lucha del hombre por superarse; se ha realizado dificultosamente, con avances y retrocesos, y se ha traducido en una ampliación del número y contenido de estos derechos y en una expansión del campo personal y territorial de su vigencia y protección jurídica.

2. La dignidad del hombre y el conocimiento de sus derechos fundamentales tienen, en el cristianismo, su más trascendente afirmación. La Biblia expresa: “Creó, pues, Dios al hombre a imagen suya; a imagen de Dios lo creó, y los creó varón y hembra;...” “Formó, pues, el Señor Dios al hombre del lodo de la tierra, e inspiróle en el rostro un soplo o espíritu de vida, y quedó hecho el hombre viviente con alma racional” (Génesis: capítulos 1º y 2º). Esta doctrina obtiene aún mayor significación en el Nuevo Testamento, en el cual se proclama que Jesucristo, hijo de Dios, es el Redentor de todos los hombres y de todos los pueblos.

En los siglos posteriores el pensamiento cristiano, tanto el patrístico con San Agustín como el escolástico con Santo Tomás de Aquino, utilizando elementos de la especulación filosó-

fica y jurídica griega y romana, creó una doctrina sobre los derechos humanos.

A partir del Renacimiento, los múltiples problemas jurídicos, políticos y sociales obligaron a los pensadores cristianos a elaborar, particularmente en el siglo XVI, una doctrina actualizada sobre la persona y sus derechos. Al respecto cabe mencionar a Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y a toda la Escuela Jurídica Española.

La doctrina de la Iglesia Católica, en materia de derechos humanos se desarrolló ampliamente en los siglos XIX y XX, especialmente con las Encíclicas de los Papas León XIII, Pío XI, Pío XII, Juan XXIII, Pablo VI y Juan Pablo II, y con el Concilio Vaticano II.

3. Los grandes filósofos griegos Platón y Aristóteles no formularon este principio con dimensión universal, pues sostuvieron que existían algunos hombres que no tenían derechos: los esclavos. Según Aristóteles, “el que por una ley natural no se pertenece a sí mismo, sino que, no obstante ser hombre, pertenece a otro, es naturalmente esclavo. Es hombre de otro el que en tanto que hombre se convierte en una propiedad, y como propiedad es un instrumento de uso y completamente individual” (Política, tomo I, página 539).

En la antigüedad clásica los filósofos Epicteto, Séneca, Cicerón y Marco Aurelio desarrollaron una concepción de la igualdad esencial de todos los hombres.

4. A Roma debemos el haber regulado, mediante el Derecho, la libertad concebida por los griegos y tutelado al individuo en las relaciones poder-particulares, protegiéndole mediante una gama variada de interdictos. La “Ley de las Doce Tablas” puede considerarse el origen de un texto constitucional al asegurar la libertad, la propiedad y la protección de los derechos del ciudadano.

Durante el mandato del emperador Trajano (98-117) se encomendó al “Curator Civitatis” la protección de los niños y de las clases más humildes contra los poderosos, aunque éstos estuvieran investidos de autoridad.

El emperador Valentiniano I (364-375) se constituyó como el “Defensor Plebis” o “Defensor Civitatis” con el fin de simplificar la administración de justicia y acabar con los abusos de los poderosos.

5. Las primeras manifestaciones de garantías individuales en el derecho español se produjeron en el siglo VII y aparecieron como aportes del derecho canónico al derecho hispano-visigodo. Estas normas están contenidas entre los acuerdos o cánones de los Concilios V, VI y VIII realizados en Toledo en los años 636, 638 y 653, respectivamente. Sucesivos Concilios originaron diversas leyes que otorgaron protección a los derechos de libertad, propiedad y otros, y que representaron un avance de indiscutible importancia. Los fueros castellanos, leoneses y aragoneses de los siglos XI y XII reglamentaron ciertas garantías individuales. El conjunto de leyes aprobadas en León en 1188, denominado la “Carta Magna Leonesa”, estableció garantías procesales de la libertad personal, el derecho de propiedad y la inviolabilidad del domicilio para

todos los hombres libres del territorio del reino.

6. El Imperio Carolingio hizo suyos, como normas, ciertos acuerdos jurídicos adoptados por los Concilios en el año 851. Lotario, Luis y Carlos prometieron a sus súbditos, en la localidad de Mercenne que, en el futuro “no condenarían ni deshonrarían ni oprimirían a nadie contra el derecho y la justicia”, principio que se encarnó en el sistema jurídico de la Edad Media.

7. En el Imperio Germano se produjeron hechos similares. La lucha de algunas comunas urbanas por una mayor autonomía frente al poder permitió obtener del monarca el reconocimiento de importantes derechos, como ocurrió con Federico I en 1183 y con Federico II en 1231.

8. En Inglaterra, en 1215, los barones y el clero inglés impusieron al monarca Juan Sin Tierra el reconocimiento de un conjunto de garantías individuales que se conoce con el nombre de “Carta Magna”.

La “Carta Magna” consagra la libertad personal, algunas garantías individuales y ciertas limitaciones al establecimiento de las cargas tributarias. Ella establece, además, procedimientos concretos para asegurar la observancia de estos derechos, los que llegan hasta el establecimiento de una especie de comisión fiscalizadora compuesta de 25 barones del reino. Si se produjere cualquiera infracción a la paz, a las libertades y a la seguridad y éstas no fueren reparadas oportunamente, los barones podían embargar los castillos, bienes y posesiones reales y adoptar las medidas necesarias para reparar satisfactoriamente el agravio.

La “Carta Magna” consignó un conjunto de principios y normas consuetudinarias y las expresó en la forma de un cuerpo de previsiones específicas para males presentes, no en un cuerpo de declaraciones generales en términos universales. En esto, tal vez, se encuentra el secreto de su perdurable vitalidad.

La trascendencia de la “Carta Magna” fue inmensa, tanto en la posterior evolución institucional inglesa como en el desenvolvimiento y consolidación jurídica de los derechos del hombre.

La “Petición de Derechos”, formulada en 1628, representó una reiteración de los principios de la Carta Magna, reafirmandose las limitaciones del poder monárquico y el imperio de la ley. Se estableció expresamente que no podrían imponerse tributos sin la aprobación del Parlamento, y que nadie sería detenido o juzgado, sino en conformidad a las leyes comunes.

El “Acta de Habeas Corpus”, de 1679, consagró y reglamentó el recurso de amparo de la libertad personal.

El “Bill of Rights o Declaración de Derechos” de 1689, considerada como el principal documento constitucional de la historia de Inglaterra, precisó y fortaleció las atribuciones legislativas del Parlamento frente a la Corona y proclamó la libertad de las elecciones de los parlamentarios. Al mismo tiempo, consignó algunas garantías individuales, como el derecho de petición, la proscripción de penas crueles, o inusitadas y el resguardo del patrimonio personal con-

tra las multas excesivas, las exacciones y las confiscaciones.

9. En Estados Unidos de América, el 4 de julio de 1776, el Congreso de Filadelfia proclamó la independencia, y en el Acta correspondiente se estableció:

Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales; que a todos confiere su Creador ciertos derechos individuales entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar esos derechos, los hombres instituyen gobiernos que derivan sus justos poderes del conocimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, a instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en aquella forma que a su juicio garantice mejor su seguridad y su felicidad.

En 1787 se promulgó la “Constitución de los Estados Unidos de América”, y en 1789 ella fue complementada con las diez primeras enmiendas, que consagran la libertad religiosa; las libertades de palabra, prensa y reunión; la inviolabilidad del hogar; la seguridad personal; el derecho de propiedad; y algunas garantías judiciales.

10. En Francia, en 1789, la Asamblea Nacional Constituyente aprobó la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”. En su preámbulo se establece que los representantes del pueblo francés, “considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta Declaración, teniéndola siempre presente todos los miembros del cuerpo social, les recuerde constantemente sus derechos y deberes...”. El artículo primero establece que “los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”. El artículo segundo prescribe que “el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Los artículos siguientes garantizan la libertad personal, religiosa, de opinión y de imprenta; la igualdad ante la ley; las garantías procesales y el derecho de propiedad.

11. En el siglo XX se hace efectivo un movimiento para obtener el reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos.

Entre los antecedentes de este movimiento podemos señalar los siguientes:

a) El “Proyecto de reconocimiento internacional de los derechos del individuo”, presentado en 1917 por el internacionalista chileno Alejandro Álvarez al Instituto Americano de Derecho Internacional;

b) El Mensaje presentado el 6 de enero de 1941 al Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica por el Presidente Franklin Delano Roosevelt;

c) La “Carta del Atlántico” suscrita por Franklin Delano Roosevelt y Winston Churchill.

chill en 1941;

- d) La Declaración formulada por 45 Estados en 1942;
- e) La “Declaración sobre seguridad colectiva” firmada en 1943 por Estados Unidos, Gran Bretaña, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y la República Popular China;
- f) Los “Acuerdos de la Conferencia de Dumbarton Oaks” de 1944; y
- g) Las Resoluciones de los países americanos representados en la Conferencia de Chapultepec, de 1945.

Todo este movimiento culminó en tres importantes declaraciones que dieron origen a otros tantos sistemas de protección internacional de los derechos humanos: la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (1948), la “Declaración Universal de Derechos Humanos” (1948), y la “Convención Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales” (1950).

III. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA

La fundamentación de los derechos de la persona humana se refiere al problema de buscar una justificación racional a dichos derechos.

En la historia de los derechos de la persona humana se han presentado diversas fundamentaciones de ellos, de las cuales las más importantes son: la fundamentación iusnaturalista, la fundamentación histórica y la fundamentación ética.

Según Norberto Bobbio “no se debe hablar de un fundamento único, sino de fundamentos de los derechos del hombre, de fundamentos diferentes”. Agrega Bobbio que:

No se trata de encontrar el fundamento absoluto -proeza gloriosa, pero desesperada- se trata de encontrar los diversos fundamentos posibles. No obstante, de todas maneras esta búsqueda de los fundamentos posibles -hazaña legítima y no condenada a la esterilidad como la otra- no tendrá ninguna importancia si no está acompañada del estudio de las condiciones, de los medios y de las situaciones, donde tal derecho o tal otro pueda ser realizado. Este estudio es la tarea de las ciencias históricas y sociales. El problema filosófico de los derechos del hombre no puede ser disociado del estudio de los problemas históricos, sociales, económicos, psicológicos, inherentes a su ejecución.¹

¹ Norberto Bobbio, *Actes des entretiens de L'Aguila* (14-19 Septiembre 1964) Institut Internationale de Philosophie. La Aurora Italia. Firenze, 1966, Pág. 9.

1. *Fundamentación iusnaturalista*

La fundamentación iusnaturalista de los derechos de la persona humana es, sin duda, la de mayor tradición histórica, pero también es la que plantea más problemas teóricos de aceptación por parte de algunas de las corrientes contemporáneas de Filosofía del Derecho derivados de la existencia y el concepto del Derecho Natural.

La justificación iusnaturalista de los derechos fundamentales de la persona humana se deriva de la creencia en el Derecho Natural.

Como señala Jacques Maritain “la verdadera filosofía de los derechos de la persona humana descansa sobre la idea de la ley natural. La misma ley natural que nos prescribe nuestros deberes más fundamentales y, en virtud de la cual obliga toda ley, es también la que nos asigna nuestros derechos fundamentales”.²

Agrega Jacques Maritain:

Se trata de establecer la existencia de derechos naturales inherente al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil el otorgar, sino el reconocer y sancionar como universalmente valederos y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción.³

Tanto el orden jurídico natural como los derechos naturales deducidos de él son expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para todos los hombres. Como ha escrito Antonio Fernández-Galiano: “Se entiende por derechos naturales aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”.⁴

En lo que se refiere a la existencia de estos derechos el mismo Antonio Fernández-Galiano manifiesta que: “Los derechos humanos existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el Derecho positivo”.⁵

En cuanto a la fundamentación iusnaturalista atenuada o iusnaturalismo deontológico

2 Jacques Maritain. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Biblioteca Nueva. Buenos Aires. 1943. Pág. 96.

3 Jacques Maritain. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Obra citada. Pág. 114.

4 Antonio Fernández-Galiano. *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid. 1974. Pág. 133.

5 Antonio Fernández-Galiano. *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*. Obra citada. Pág. 150.

contemporáneo, los derechos humanos se fundamentan también en el Derecho Natural. Sin embargo, dicen relación con un Derecho Natural que más que referirse a un orden jurídico (distinto al Derecho Positivo) trata, como expresa Frede Castberg, de “principios jurídicos suprapositivos y objetivamente válidos”, de “juicios de valor de validez general y postulados -normas generales- que parecen tener un fundamento suficiente en la naturaleza humana”.⁶

Para este autor, cuando consideramos que los derechos del hombre deben ser respetados por el orden jurídico estamos expresando “una idea puramente iusnaturalista...”, “la convicción de que los derechos del hombre están fundados sobre un derecho por así decirlo superior a las disposiciones del derecho positivo”.⁷

Otros representantes de esta fundamentación iusnaturalista atenuada, como Luis Legaz y Lacambra y Antonio Enrique Pérez Luño, no se muestran partidarios de la universalidad ni de la inmutabilidad del Derecho Natural, sino de su historicidad, de acuerdo con la naturaleza histórica del hombre.

Para el primero

es indiscutible que los derechos humanos son derechos naturales y que en la existencia de éstos consiste la realidad del Derecho Natural... Los derechos humanos así formulados pueden aún ser considerados “los derechos naturales”, pero en función de la naturaleza histórica del hombre, y que el sistema iusnaturalista a que responde esa formulación está traspasado de historicidad y, por lo mismo, no aparece adecuado asignarle una universalidad que no responde a la variedad de situaciones humanas sociales que se dan incluso en un mismo momento de la historia.⁸

2. *Fundamentación histórica*

Para esta fundamentación los derechos humanos manifiestan los derechos variables y relativos a cada contexto histórico que el hombre posee de acuerdo con el desarrollo de la sociedad.

Para los defensores de esta fundamentación:

El concepto y formulación de los Derechos Humanos se ha ido decantando a través de la historia a partir del núcleo teórico más amplio de humanidad entendida ésta no en su apoyo sentimental, sino como un proceso de autoconciencia, mediante el cual se ha objetivado la esencia del hombre como un concepto unitario y abstracto. Los derechos humanos

6 Frede Castberg. *La Philosophie du Droit*. El. A. Pedone... París. 1970. Pág. 119.

7 Frede Castberg. *La Philosophie du Droit*. Obra citada. Pág. 138.

8 Luis Legaz y Lacambra. Prólogo a la segunda edición de la obra de José Castán Toberías: “Los Derechos del Hombre”. Editorial Reus. Madrid. 1976. Pág. III y V.

se fundan no en la naturaleza humana sino en las necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de una sociedad. Por tanto la temática específica de los derechos humanos estará en función de los valores constituidos en una comunidad histórica concreta y de los fines que ella misma pretende realizar, siempre que se respete como principio ineludible la propia esencia de la dignidad de la persona humana como el fin de sí misma, pues de otra forma no podríamos hablar del “hombre” sino de cualquier otra cosa, aunque justa y útil.⁹

En la investigación que realizó la UNESCO, en 1947, sobre la Declaración de Derechos del Hombre, la fundamentación histórica fue defendida por el filósofo italiano Benedetto Croce. Para este autor colocar el fundamento de los derechos humanos en la teoría del Derecho Natural

se ha convertido en algo filosófica e históricamente insostenible. Debe abandonarse la base lógica de dichos derechos considerados como derechos universales del hombre y reducirlos a lo sumo a derechos del hombre en la historia. Esto equivale a decir que los derechos son aceptados como tales para hombres de una época particular. No se trata, por consiguiente, de demandas eternas, sino sólo de derechos históricos, manifestaciones de las necesidades de tal o cual época, e intentos de satisfacer dichas necesidades.¹⁰

Según Eusebio Fernández

se deben hacer dos precisiones críticas en relación con esta fundamentación histórica. La primera de ellas responde a la pregunta de si es tan amplia la variabilidad histórica aplicada a todos los derechos. La variabilidad histórica es bastante cierta en el caso de los derechos cívico-políticos, y en los derechos económico-sociales y culturales; pero, ¿lo es igual en el caso de los derechos personales, como el derecho a la vida y a la integridad física y moral? En este último caso creo que nos encontramos ante un sustrato permanente, con variabilidad sólo de matices.

La segunda precisión se refiere a la consideración de los derechos humanos como satisfacción de necesidades humanas. Los derechos fundamentales concebidos así, como exigencias basadas en las necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de una sociedad, pero también como derechos, es decir, valores integrados en normas jurídicas, ¿deben reconocer y garantizar todo tipo de necesidades? ¿es esto posible y como sería posible?, ¿es necesario llevar a cabo una elección entre necesidades más apremiantes y fundamentales y las menos?, ¿de acuerdo con qué valores se hará esta elección? Parece correcto y realista contestar, generalmente, que es necesario efectuar esta elección y que los derechos humanos se referirán a las necesidades más importantes y relevantes

9 Manuel Peris. *Juez, Estado y Derechos Humanos*. Editorial Fernando Torres. Valencia 1976.

10 Benedetto Croce. “Los derechos del hombre y la situación histórica presente” en *Los derechos del hombre*. Editorial Madrid. 1976. 2ª edición. Pág. 143.

para la vida humana.

También nos podemos hacer las siguientes preguntas en relación con la consideración de los derechos humanos como derechos históricos: los derechos humanos entendidos como derechos humanos fundamentales, ¿pueden ser relativos al mismo tiempo? Si son fundamentales, ¿pueden ser relativos en general y en cada contexto histórico o más bien son fundamentales en un momento histórico concreto más o menos largo?

No creo que la fundamentación historicista sea capaz de contestar satisfactoriamente a estas preguntas. De todas formas, es preciso distinguir entre una visión histórica de los derechos humanos y la fundamentación historicista. La visión histórica de los derechos del hombre, aunque no es privativa de la fundamentación historicista (y esto es obvio, porque tal visión es inatacable, salvo que neguemos la historia) es el argumento principal utilizado por esta fundamentación. Lo que aquí nos interesa resaltar es esa utilización. Así, para Dino Pasini,

la concepción de los derechos del hombre es una concepción histórica, dinámica que implica el progresivo reconocimiento, el respeto y la tutela jurídica del hombre considerado en su integridad como individuo y persona irrepetible, como ciudadano y como trabajador y, por tanto, no sólo de los derechos personales... de los derechos civiles y políticos... sino también de los derechos económico-sociales y culturales.¹¹

También para Theodor C. Van Boven: “La noción de derechos del hombre es en gran parte el producto de la historia de la civilización humana y por tanto sujeto a evolución y modificación”.¹² Esta modificación y evolución de los derechos del hombre se ejemplifica en las distintas etapas que su historia ha conocido. De comenzar siendo en sus orígenes un concepto político que engloba una serie de libertades frente al Estado (concepto propio de la etapa individualista liberal), a la concepción de derechos cívico-políticos que se ejercen en el seno del Estado (etapa de positivación y constitucionalización de los derechos del hombre) para seguir con la aparición de los derechos económico-sociales y culturales como categoría de derechos humanos distinta a las otras dos anteriores (en esta última etapa el Estado actúa como promotor y garante del bienestar económico y social y corresponde al Estado social de Derecho).¹³

3. *Fundamentación ética*

Eusebio Fernández, partidario de esta fundamentación, expone: “Ni la fundamentación iusnaturalista (para la cual el fundamento de los derechos humanos estaría en el derecho natural, deducido de una naturaleza humana supuestamente universal e inmutable) ni la fundamen-

11 Dino Pasini, “Il problema dei diritti umani nel mondo occidentale”, en *I Diritti dell'uomo*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1979, pág. 198.

12 Theodor C. Van Boven, “Les critères de distinction des droits de l'homme”, en *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Unesco, París, 1978, pág. 53.

13 Eusebio Fernández, “Los derechos fundamentales del hombre”. *Anuario de Derechos Humanos*. Facultad de Derecho, Universidad Complutense. Madrid, 1981. Páginas. 94 y 95.

tación histórica (cuyo fundamento estaría en la historia cambiante y variable) responden coherentemente a la pregunta sobre el fundamento de los derechos humanos”. El cree que la fundamentación ética lo hace de forma más satisfactoria y, al respecto expone:

Entiendo por fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos la idea de que ese fundamento no puede ser más que un fundamento ético axiológico o valorativo, en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la idea de dignidad humana.

Esta creo que es la razón de ser de todos los precedentes históricos del concepto moderno de los derechos naturales, de las Declaraciones de derechos del siglo XVIII y de las Declaraciones, Pactos internacionales y textos contemporáneos, en general, referentes a los derechos humanos.

Para esta fundamentación y consiguiente concepción que defiende, los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del Poder político y el Derecho; derecho igual obviamente basado en la propiedad común a todos ellos de ser considerados seres humanos y derecho igual de humanidad independiente de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder político o clase social.

Esta concepción de los derechos humanos fundamentales, perfectamente aceptable y aceptada en la actualidad, es la expresada por Antonio Truyol y Serra, cuando escribe: “Decir que hay ‘derechos humanos’ o ‘derechos del hombre’ en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”¹⁴ Quizá el término “derechos morales” que utilizo para definir los derechos humanos fundamentales, levante alguna suspicacia. Voy a explicarlo.

Con el término “derechos morales” pretendo describir la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos. El calificativo “morales” aplicado a “derechos” representa tanto la idea de fundamentación ética, como una limitación en el número y contenido de los derechos que podemos comprender dentro del concepto de derechos humanos. Según esto, solamente los derechos morales, o lo que equivale a decir los derechos que tienen que ver más estrechamente con la idea de dignidad humana pueden ser considerados como derechos humanos fundamentales. El sustantivo “derechos” expresa la idea de que los derechos humanos están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos, pero también la necesidad y pretensión de que

¹⁴ Antonio Truyol y Serra, *Estudio Preliminar a Los Derechos Humanos. Declaraciones y Convenios internacionales*, cit. pág. 11.

para su “auténtica realización” los derechos humanos estén incorporados en el ordenamiento jurídico, es decir, que a cada derecho humano como derecho moral le corresponda paralelamente un derecho en el sentido estrictamente jurídico del término.

En definitiva, la fundamentación ética de los derechos humanos fundamentales se basa en la consideración de esos derechos como derechos morales, entendiendo por derechos morales el resultado de la doble vertiente ética y jurídica. Creo que esta fundamentación de los derechos humanos nos permite salir del círculo vicioso de la tradicional polémica entre iusnaturalismo y positivismo. En relación con la fundamentación iusnaturalista, porque no se queda en la simple defensa de la existencia de los derechos humanos, como derechos naturales, independientemente de su incorporación al derecho positivo, sino que al mismo tiempo que insiste en su especial importancia e inalienabilidad propugna la exigencia de reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas. En relación con el positivismo jurídico porque defiende la existencia de los derechos humanos aún en el caso de que éstos no se hallen incorporados al ordenamiento jurídico (en este supuesto, su existencia es parcial e incompleta, pero también es cierto que si no aceptamos esa existencia moral previa no es posible ni criticar a cualquier ordenamiento jurídico porque no los reconoce ni garantizar, ni defender la necesidad de su incorporación al derecho positivo). Con ello asumo lo expresado por Carlos Santiago Nino, cuando escribe que

la existencia de los derechos individuales, en tanto derechos morales, no está condicionada a su reconocimiento a través de ciertas normas jurídicas, ya que ellos incluyen precisamente pretensiones de que se establezcan normas jurídicas prescribiendo medios de protección de los derechos en cuestión (por ejemplo, otorgándoles jerarquía constitucional y estableciendo el control de la constitucionalidad de leyes que pudieran restringirlos, estipulando sanciones para los funcionarios que las violen, prescribiendo deberes activos para implantarlas, etc.).¹⁵

La semejanza de esta idea con “el contenido mínimo del Derecho Natural” de que habla H. L. A. Hart es notable. Para Hart:

La reflexión sobre algunas generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en que los hombres viven, muestra que en la medida en que ellas sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable...

Tales principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural y a sus propósitos, pueden ser considerados como el contenido mínimo del Derecho Natural, en contraste con las construcciones más grandilocuentes y más controvertibles que a menudo han sido enunciadas bajo ese nombre...

15 Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, cit. pág. 418.

Al considerar las simples verdades obvias que expondremos aquí, y su conexión con el derecho y la moral, es importante observar que en cada caso los hechos mencionados suministran una razón para que, dada la supervivencia como objetivo, el derecho y la moral deben incluir un contenido específico. La forma general del argumento es simplemente que sin tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí.¹⁶

4. *Nuestra concepción de los derechos fundamentales de la persona humana*

Considero que el fundamento de los derechos de la persona humana reside en que el hombre es un ser dotado de razón y libre voluntad, que posee un fin propio. Estos caracteres son los que le dan la dignidad de que goza. La persona humana, por ser un todo dueño de sí y de sus actos, no puede ser tratada por el ordenamiento jurídico como un medio, sino como un fin y, por ello, debe reconocérsele la facultad de obrar conforme a las exigencias del último fin y garantizársele, por parte de los demás integrantes del grupo social, el respeto al uso lícito de su actividad. En consecuencia, la verdadera filosofía de los derechos fundamentales de la persona humana descansa en la dignidad y en el fin trascendente de ella.

Esta concepción está en íntima relación en el concepto que tengo del Derecho Natural.

Concibo el Derecho Natural, no como el propio de un período histórico primitivo, en que los hombres estaban organizados en una forma más perfecta y justa, sino como una medida valorativa fundada en la propia naturaleza, o mejor, como una ley objetiva que tiende a establecer un justo ordenamiento.

El Derecho Natural no se ha realizado integralmente como fenómeno en el curso de la historia, sino que se ha ido encarnando en la realidad en forma progresiva, a pesar de las múltiples desviaciones y negaciones de los hombres.

El ser humano tiene en sí, prefigurado, el fin a que debe tender en su desenvolvimiento y conoce la bondad de los medios que debe usar, es decir, tiene grabada en su corazón la imagen del Derecho Natural y su vida es un continuo esfuerzo porque devenga aparentemente aquello que ya es en él mismo; por ello, la existencia del Derecho Natural es la lucha contra el medio y las contingencias para lograr un perfecto ordenamiento o ajustamiento de las acciones humanas.

El Derecho Natural es, además, el criterio que permite valorar el Derecho Positivo y medir la intrínseca justicia de éste. Ello no significa que exista una identidad entre ambos, ya que la experiencia de la historia nos señala que muchas instituciones jurídicas positivas han estado

¹⁶ H. L. A. Hart. *El concepto de Derecho*. Editora Nacional. México, 1980, Traducción de Genaro R. Carrió, Págs. 238 y 239.

en flagrante violación con los preceptos del Derecho Natural; pero del carácter injusto de ellas son responsables solamente las personas que han negado los valores absolutos o han visto, como los hombres de la caverna subterránea de Platón, solamente “las sombras proyectadas por el fuego en la caverna”.

El Derecho Positivo procura un acercamiento progresivo al Derecho Natural. No otra cosa testimonian las garantías individuales que consignan la mayor parte de las constituciones políticas del mundo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos enunciada por la Organización de las Naciones Unidas.

Por otra parte, los principios del Derecho Natural sirven también para interpretar el Derecho Positivo, y a ello se deben las referencias de los Códigos a los principios generales del Derecho y a la equidad natural.

Además, el Derecho Natural es la fuente inagotable de perfeccionamiento e integración de las normas jurídicas positivas.

De consiguiente, el Derecho Natural es algo objetivo que se manifiesta en la naturaleza humana como absoluto, universal e inmutable, en el orden de los primeros principios, y condicionado a las limitaciones del hombre y a las circunstancias históricas y culturales en el orden de los principios secundarios.

El Derecho Natural, como tal, tiene una existencia objetiva; es un Derecho verdadero, válido y existente, con prescindencia del hecho psicológico de su expresión en la naturaleza humana y de su comprensión, como asimismo, de su reconocimiento por la legislación positiva. Así, cuando Caín mató a Abel¹⁷ violó un precepto del Derecho Natural, contravino la justicia y se hizo responsable de un homicidio, aun cuando no existiera una ley positiva que sancionara el asesinato, pues Abel tenía derecho a su vida, no porque se lo hubiera reconocido la legislación de un Estado, sino por disposición del Derecho Natural.

El Derecho Natural no es un derecho ideal ni tampoco positivo, sino la ley ordenadora que se presenta a la inteligencia humana como el elemento jurídico de la razón que, amalgamado con multitud de otros de carácter histórico, sociológico, económico y cultural, y moldeado por la técnica jurídica, se traduce en el Derecho Positivo.

El Derecho Natural es la expresión de los primeros principios de justicia que rigen las relaciones de los hombres en sociedad, determinan las facultades que a cada uno pertenecen de conformidad con el ordenamiento natural, y sirven de fundamento de toda regulación positiva de la convivencia humana.

17 *Biblia*. Libro del Génesis. IV-8.

EDUCANDO PARA LA JUSTICIA

Alirio Abreu Burelli^(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Bases del Programa “Educando para la Justicia”. III. Justificación Teórica. IV. Objetivos y Materialización del Programa. V. Vínculos Institucionales. VI. Viabilidad del Programa.

I. INTRODUCCIÓN

El programa “Educando para la Justicia” constituye uno de los más importantes ensayos en Venezuela -y, posiblemente en Latinoamérica- para crear, a través de las escuelas, una conciencia social, real y participativa sobre los derechos humanos y, particularmente, para difundir, entre los niños, los valores culturales de la justicia de paz, la solidaridad, la mediación. El Programa está orientado a fortalecer la enseñanza de los derechos y deberes de los ciudadanos, utilizando un método práctico y didáctico, que tiene como objetivos inmediatos: fomentar la participación de todos los sectores de la sociedad; reducir la violencia; buscar solución a los conflictos por medio de la conciliación y la equidad; garantizar el respeto de las opiniones ajenas y estimular el diálogo y la cooperación, sin menoscabo de una crítica constructiva sobre las instituciones y su funcionamiento; consolidar la justicia de paz y la formación de valores morales y sociales a través de la familia y la comunidad educativa.

El Programa fue elaborado por la “Asociación Civil Primero Justicia” según el proyecto de la abogada Rosana Fernández, miembro de la Asociación, quien tiene a su cargo el asesoramiento de las escuelas en las cuales se aplica. “Primero Justicia” es una organización no gubernamental constituida en el año de 1992 por un grupo de jóvenes egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, de Caracas, y actualmente cuenta con numero-

^(*) Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela; Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Presidente de la Asociación Civil Primero Justicia.

Los miembros activos en todo el país. Esta Asociación presentó en el año de 1993 a la Comisión de Política Interior del Senado del Congreso de la República, un proyecto de Ley sobre Justicia de Paz que fue promulgada el mismo año y, posteriormente, contribuyó en la reforma de ese texto legal que dio como resultado la vigente Ley sobre la materia que rige desde el mes de enero de 1995. La Asociación asesora a más de cien municipios en la aplicación de la Ley de Justicia de Paz, que conducirá a la elección, en el presente año, de aproximadamente 2.500 jueces de paz; ha participado en programas de difusión de los derechos humanos con 6.711 líderes de gobernaciones, alcaldías, asociaciones de vecinos, organismos gubernamentales y no gubernamentales y comunidades en general. La Asociación ha publicado numerosos libros, revistas, reportajes en periódicos de amplia circulación y mantiene el programa televisivo semanal “El País en Movimiento”, y ha organizado foros, cursos, seminarios en universidades y otros centros culturales; participa en los programas de reforma constitucional y reforma judicial, y está estrechamente vinculada a otras importantes organizaciones no gubernamentales en la “Alianza Social por la Justicia”. Para la realización de sus actividades ha firmado convenios con el Ministerio de la Familia, y con algunos Concejos Municipales en Venezuela, con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID); con la Unión Europea (UE); con el Instituto Latinoamericano de Investigación Social (ILIS) y con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

Tal vez esta breve información sobre “Primero Justicia”, sea útil para la comprensión de los ideales que hicieron posible la elaboración y puesta en marcha de este Programa al cual nos referimos en este modesto trabajo, que es nuestra contribución en el homenaje al insigne maestro, Don Héctor Fix-Zamudio, ductor de actividades como ésta que materializan nuestra fe en los derechos de la persona humana.

II. BASES DEL PROGRAMA “EDUCANDO PARA LA JUSTICIA”

Uno de los principales desafíos que debe enfrentar el país es la promoción de una educación formal, que privilegie lo práctico. Por tal motivo, *Educando para la Justicia* busca ir más allá de la formación estrictamente académica, impartiendo conocimientos sobre destrezas específicas con el objeto de manejar y solucionar conflictos en la escuela, la comunidad, en la vida familiar y en el trato social en general.

Las actividades propuestas en el marco de nuestro programa educativo tienen por objeto contribuir directamente a la edificación de una cultura basada en los valores de justicia, democracia, participación, cooperación y ciudadanía. El Programa está fundamentado en la necesidad de construir instituciones a largo plazo, el aprecio a las libertades fundamentales, el estímulo a la participación ciudadana y el rechazo a la violencia. El Programa se instrumenta a través del desarrollo teórico y práctico de sistemas de resolución de conflictos por conciliación y equidad, favoreciendo la tolerancia y el entendimiento entre los miembros de la comunidad educativa.

La ejecución del Programa implica desarrollar un sistema integral de educación para la justicia, el cual contempla instrumentar tres etapas para lograr sus objetivos. La primera etapa

pretende crear las condiciones básicas para establecer un programa de justicia a través de dos vías: (a) el diseño y la producción de los materiales formativos, informativos y audiovisuales necesarios, y (b) la capacitación de la comunidad educativa, es decir, maestros, directores, alumnos, padres y representantes. La segunda etapa se enfoca en desarrollar el establecimiento de Jueces de Paz Escolares, destinados a facilitar la mediación de los conflictos que surgen entre los alumnos, entre alumnos y maestros, e incluso ayudar al alumno a resolver sus propias inquietudes a través de la reflexión, el diálogo, la mediación y la conciliación. Finalmente, la tercera etapa intenta fortalecer los valores y conceptos básicos de justicia en los alumnos, basándose en la experiencia práctica de la Justicia de Paz. Estas experiencias están destinadas a transmitir el conocimiento de los deberes y derechos constitucionales, además del respeto al derecho de los demás como vía para exigir el respeto individual y la importancia de construir instituciones a largo plazo.

En este contexto es necesario diseñar y desarrollar sistemas apropiados y efectivos para enfrentar los conflictos que se presentan en la escuela. Los sistemas tradicionales de manejo de conflictos entre docentes y alumnos, de premios y castigos (citación de los padres, detenciones, sanciones, suspensión y expulsión), han logrado generar actitudes de pugna, violencia, pasividad e inconformidad entre alumnos y, entre estos y los docentes, no siendo eficiente en la reducción de los índices de violencia en las escuelas o en el aumento de la participación ciudadana, los cuales terminan incidiendo en el aumento de la violencia familiar y social.

Los programas de mediación escolar ayudan a estudiantes y educadores a comprenderse a sí mismos y a otros y les capacita con técnicas y habilidades en métodos de resolución de disputas que le serán útiles de por vida. Este tipo de entrenamiento motiva a los jóvenes a desarrollar habilidades, tales como la autocrítica, el entendimiento, el respeto al derecho ajeno, el razonamiento abstracto, el análisis y la resolución de problemas, entre otras competencias que le son útiles para su desarrollo psicosocial. Así mismo, *Educando para la Justicia* incrementa el interés estudiantil por la resolución amigable de los conflictos, porque acerca la justicia al individuo y, por tanto, reafirma el verdadero sentido de la justicia y desarrolla los valores cívicos.

El establecimiento de un programa de elección directa del Juez de Paz escolar, fortalece el sentido de responsabilidad de los niños y jóvenes en el ejercicio de un cargo de representación popular y en la selección y elección del que se considere más capacitado para la mediación. De esta manera, el individuo logrará comprender el sentido de la responsabilidad del voto y la importancia de la participación para lograr un verdadero desarrollo democrático y social. El Programa pretende formar a los alumnos para que, a través de la Justicia de Paz, manejen el significado y la aplicación de la justicia, mediante la elección periódica y permanente de un equipo de Justicia de Paz, por cada nivel. El equipo trabajará como un grupo efectivo, al fomentar el trabajo cooperativo y voluntario y aplicar el uso de estrategias de resolución amistosa de conflictos.

El programa *Educando para la Justicia* es un instrumento para sembrar valores cívicos, democráticos, cooperativos, éticos. Por medio de un aprendizaje experimental de los conceptos

de justicia y equidad, se pretende, en el largo plazo, reforzar la tradicionalmente llamada “educación cívica” para lograr formar el respeto por los deberes y los derechos del individuo como mecanismo para alcanzar los objetivos individuales y colectivos. Así mismo, se intenta promover la reforma institucional de Venezuela e intensificar la importancia de la construcción de instituciones sólidas en el largo plazo.

En la práctica, *Educando para la Justicia* pretende incidir directamente en el mejoramiento de algunos factores que conciernen a la escuela venezolana. Por un lado, intenta disminuir el índice de ausentismo, repitencia y deserción escolar, como también disminuir los problemas de violencia en la escuela (hurto, abuso de la propiedad, vandalismo, combates físicos y verbales, etc.). Por otro lado, el Programa procura aumentar el nivel de organizaciones escolares y participación infantil y juvenil. Con la implantación de *Educando para la Justicia*, se le otorga al individuo un espacio propio en la escuela y, a la vez, un mecanismo para controlar y compartir amistosamente dicho espacio.

Educando para la Justicia permite desarrollar en el joven la capacidad de conciliarse y comunicarse para resolver conflictos, en vez de enfrentar los problemas con conductas violentas, agresivas y de alta pasividad comunicativa, dotándolos de *herramientas* para resolver conflictos a través del diálogo y la obtención de soluciones concertadas. El éxito del programa es muy importante en el avance de la Justicia de Paz a nivel de las comunidades, y la transformación del sistema de justicia en nuestro país debido a que el equipo de Paz Escolar está llamado a aprender-jugando los elementos básicos de la justicia.

Con el desarrollo del programa *Educando para la Justicia*, se fortalece en el largo plazo, la implantación de la estrategia de la Justicia de Paz en el país; ello lo consagra el Artículo 56 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, que establece “*El Ministerio de Educación deberá incluir dentro de sus programas educativos lo relativo a la institución de la Justicia de Paz*”.

Finalmente, es válido decir que en la medida en que formemos individuos capaces de solucionar conflictos a través de la conciliación y la equidad, fomentaremos en ellos la capacidad de participación y comunicación, consolidando la idea de formar parte de una comunidad en donde la cooperación es el camino al logro de los objetivos comunes. Así se persigue que los estudiantes, los maestros, los directores y la familia perciban a la justicia como un mecanismo accesible, viable y de gran apoyo. Si nos colocamos en el largo plazo, el programa *Educando para la Justicia* puede ser la gran aula abierta para educar a nuestros ciudadanos en la sana convivencia de respetar a un Poder Judicial y a unas instituciones en las que se puede confiar, porque los propios jóvenes ejercerán a diario un control sobre ellas.

III. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

De acuerdo con las teorías pedagógicas, psicológicas y psicosociales, el programa *Educando para la Justicia*, tal y como está concebido, deberá aplicarse a niños entre 10 y 18 años,

durante la segunda y tercera etapa de educación básica (desde cuarto grado hasta noveno grado del Ciclo Básico Común). Entre estas edades, los niños son capaces de asumir responsabilidades individuales y colectivas, manejar conceptos abstractos, representar un papel imparcial, entender los sentimientos de los demás, y auto-regularse.

A continuación se plantea una serie de justificaciones teóricas, basadas en la tesis de desarrollo psicosocial de E. Erikson (1950), las etapas de desarrollo cognoscitivo de J. Piaget (1930-1960), la teoría de sistemas ecológicos de U. Bronfenbrenner (1989), y la tesis de desarrollo moral de L. Kohlberg (1966-1983).

Según Erikson, el *desarrollo psicosocial* de los individuos comienza en el nacimiento y evoluciona hasta la vejez, desarrollándose progresivamente en etapas. Estas etapas responden a un conflicto que el individuo debe resolver, entre sí mismo y su posición ante la sociedad. En tal sentido se dice que el niño no está consciente de sus responsabilidades sociales hasta los ocho años aproximadamente, cuando comienza a sentir presiones por las expectativas de los adultos y puede racionalizar sus capacidades individuales. Erikson llama esta etapa, entre los siete y once años, *Industria versus Inferioridad*, porque el niño desarrolla conscientemente competencias que le son útiles, aprende a valorar el trabajo en equipo y a cooperar a través de la participación consciente y activa, desarrolla el sentido de responsabilidad, imparcialidad y moralidad, es capaz de “ponerse en los zapatos del otro” y comienza a relacionarse con niños de su misma edad, dejando a un lado la dependencia y credibilidad en los adultos (maestros, padres, etc.). Es a esta edad cuando un niño puede comenzar a asumir el rol de Juez de Paz, enmarcado dentro de un equipo de trabajo conformado por niños de su misma edad.

Sin embargo, si las condiciones no son adecuadas para que los niños enfrenten esta etapa, puede crear altos grados de pesimismo, inferioridad, y bajos niveles de auto-estima, afectando directamente la siguiente etapa de desarrollo psicosocial. Por ello, el programa *Educando para la Justicia* intenta abrir un espacio en la escuela para que el niño explore y desarrolle sus capacidades de “industria” (trabajo), y evitar formar a individuos no participativos, con baja auto-estima, y por consiguiente, dificultades en conseguir su identidad personal y social.

En la etapa siguiente, el joven adolescente entra en la fase más crítica del desarrollo: *Identidad versus Confusión de Identidad*. Construir una identidad requiere saber quién es uno, cuáles son sus valores, y el camino que desea seguir en la vida. Esta búsqueda por “auto-definirse” es el motor de muchas actitudes, tanto positivas como negativas, que muestran los adolescentes venezolanos normalmente, por ejemplo, el comportamiento ético, la agresividad, la afiliación religiosa, la participación social, la actividad política, la orientación sexual, las vocaciones, los ideales culturales, etc. El resultado negativo de esta etapa es la confusión de identidad, caracterizada por una carencia de interés generalizado y falta de dirección hacia el futuro. A través del programa *Educando para la Justicia*, y la presencia de Jueces de Paz Escolares, se abre una instancia de debate y discusión sobre conflictos y confusiones que se presentan naturalmente durante la adolescencia. En la escuela pública venezolana, no existen canales formales de participación, ni instancias de resolución de conflictos.

Paralelamente al desarrollo psicosocial de los individuos, es importante destacar la importancia del *desarrollo cognoscitivo* en la aplicación del programa *Educando para la Justicia* en la escuela venezolana. El Programa contribuye directamente con el desarrollo del pensamiento abstracto, porque se basa en dominar los procesos de solución de problemas al igual que el método científico. La teoría de Jean Piaget establece que el pensamiento humano es lógico a partir de los ocho años aproximadamente, sin obviar que las bases del pensamiento avanzado está determinado por el desarrollo de las etapas anteriores. A esta edad generalmente y hasta los once años, el niño es capaz de organizar el pensamiento, descentrar su pensamiento de una sola actividad y pensar en múltiples soluciones a un problema. En esta etapa denominada *Concreta Operacional* el niño aún opera con base en la realidad. Progresivamente, el niño avanza en sus procesos mentales, logrando actuar de manera *formal y operativa*. Piaget profesa que “todo joven normal” desarrolla la capacidad de abstraer, y pensar científicamente, además de “operar en operaciones” a diferencia de “operar en la realidad”. Por esta razón el programa de Justicia de Paz escolar debe ser en los primeros años netamente experimental, basado en los resultados reales de los niños actuando sobre la realidad, y progresivamente incluir conceptos abstractos y teóricos, de manera de impulsar el pensamiento hacia un mayor nivel de abstracción.

Sin embargo, teorías modernas han complementado las ideas de Piaget, incorporando el factor cultural y las condiciones extremas que determinan el desarrollo de las etapas. Actualmente, se cree que el desarrollo cognoscitivo está determinado por el ambiente, es decir, por la familia, las amistades, el hogar, la escuela, los medios de comunicación, los modelos adultos, etc. Urie Bronfenbrenner, en su *teoría de sistemas ecológicos*, expresa que el desarrollo del niño está íntimamente relacionado con una serie de sistemas que rodean de forma concéntrica al niño: el *microsistema* o aquellas cosas inmediatas al niño, el *mesosistema* o los sistemas de apoyo como la familia, el hogar y la escuela, seguido por el *exosistema* o tercer nivel conformado por los vecinos, la comunidad, el trabajo de los padres y la familia secundaria y, por último, el *macrosistema* que son las leyes, los valores y las costumbres.

Educando para la Justicia se caracteriza por fortalecer las vinculaciones entre las tres esferas fundamentales que determinan un ambiente propicio para el desarrollo del niño, más aún, para la formación de valores y justicia. Por lo tanto el programa fortalece los valores socio-morales del individuo a través de la práctica y la exigencia de los derechos y deberes fundamentales, con la finalidad de establecer una dinámica de relaciones personales en la escuela. Primero, sembrar una nueva relación del individuo consigo mismo en el microsistema; segundo, conciliar y consolidar las relaciones entre el niño y su familia, sus amigos y su escuela en el mesosistema; tercero, definir y afianzar la relación entre los educadores y los estudiantes de manera de crear un vínculo bilateral en lugar de una relación unilateral y autoritaria por parte de los educadores, estimular el mejoramiento de las relaciones individuo-comunidad, y por último, consolidar la formación del niño con las exigencias del macrosistema (las leyes, las normas sociales, los valores y las costumbres).

Finalmente, el programa *Educando para la Justicia* fortalece el *desarrollo moral* de los niños y jóvenes venezolanos, ámbito que está actualmente desatendido por la escuela pública.

Sin embargo, en el día a día, los niños suelen experimentar situaciones que requieren aplicar conceptos de justicia, como distribución equitativa de materiales y notas, los cuales no son aprovechados a través de la educación formal existente. Según L. Kohlberg, quien se basa en la teoría de desarrollo de Piaget, si bien la madurez “moral” no se determina por el contenido de respuestas, ni los resultados finales, en cambio, la moralidad del individuo se puede medir en el proceso de solucionar conflictos, al observar la manera como el individuo razona. Por ello, este programa intenta fortalecer el desarrollo moral, involucrando a los niños en la toma de decisiones colectivas, en el proceso de solucionar problemas a través de la conciliación y en la representación de un tercero imparcial.

Educando para la Justicia intenta ofrecer una formación cívica, social y moral alternativa a la educación formal existente en Venezuela. La meta pedagógica y psicológica en el largo plazo es llevar al niño por una secuencia de tres etapas de desarrollo moral. Todo infante tiene un pensamiento moral “pre-convencional”, en el que la moral y el comportamiento cívico está controlado por agentes externos. A través de *Educando para la Justicia*, se intenta llevar al niño a un nivel “convencional” donde se respeten las normas sociales, los deberes y los derechos ciudadanos. En esta etapa se consolida una actitud participativa, como base para la preservación del orden social y la construcción de instituciones a largo plazo. Finalmente los jóvenes, casi adultos, determinarán un nivel “post-convencional” donde el individuo logra definir moralidad en principios abstractos y valores que pueden ser aplicados en múltiples situaciones y sociedades.

IV. OBJETIVOS Y MATERIALIZACIÓN DEL PROGRAMA

Objetivo General

Educando para la Justicia tiene como principal objetivo generar un proceso educativo de formación, información y práctica de los deberes y derechos ciudadanos y de desarrollo de valores éticos en estudiantes de educación básica, que permita que estos manejen y resuelvan, a través de la mediación y la conciliación, conflictos derivados de la vida en comunidad (personal, escolar, familiar y vecinal), y adquieran a través de la participación social activa los principios fundamentales de justicia, democracia, cooperación y ciudadanía, contribuyendo así al establecimiento de una cultura de Justicia y Paz en Venezuela.

Objetivos Específicos

1. Establecer las bases para la implantación y el desarrollo del programa *Educando para la Justicia* en la escuela.

Actividades:

- Conformar el equipo técnico para desarrollar el Programa.
- Estructurar el cronograma de actividades para desarrollar el Programa.
- Diseñar y producir materiales didácticos, informativos, formativos y audiovisuales pa-

ra la capacitación y formación de docentes, estudiantes y demás miembros de la comunidad educativa.

- Diseñar y estructurar el contenido y duración de los talleres de formación.
- Realizar los talleres de formación necesarios para la correcta implantación del Programa.
- Consolidar un equipo de trabajo que pueda acumular el conocimiento necesario para extender con éxito el programa a nivel nacional con el apoyo del sector privado y público.

2. Fortalecer el vínculo entre comunidad, alumnos y escuela.

Actividades:

- Instrumentar el programa de Jueces de Paz escolares como mecanismo de resolución de conflictos entre las tres esferas, a través de talleres de sensibilización a toda la comunidad educativa, incluyendo padres y representantes de la comunidad.
- Promover, enseñar y practicar los conceptos de Justicia de Paz como forma de participación, cooperación y resolución amigable de conflictos personales, familiares, escolares y vecinales.
- Promover y enseñar las bases fundamentales para el fortalecimiento y construcción de las instituciones democráticas sólidas a largo plazo a través de la participación individual y colectiva en la selección de autoridades, a través del sistema democrático.
- Inculcar las responsabilidades del ejercicio de un cargo de beneficio colectivo en el área de justicia.

3. Evaluar el impacto del Programa en el ámbito de la escuela, la comunidad y la familia.

Actividades:

- Diseñar un sistema de evaluación adecuado a los fines perseguidos por el Programa.
- Aplicar los instrumentos de evaluación en cada una de las escuelas que han desarrollado el Programa.
- Desarrollar un sistema de información adecuado sobre todos los aspectos relevantes del Programa.
- Evaluar el desempeño de los alumnos, maestros y familias.
- Evaluar el acercamiento de los ámbitos de la comunidad, la familia y la escuela.
- Producir un informe final y, con base en la evaluación practicada, desarrollar una estrategia para implantar el Programa a nivel nacional.

4. Mantener informado al Ministerio de Educación sobre el desarrollo y logros del Programa.

Actividades:

- Brindar las pautas para vincular al Ministerio de Educación a la extensión del Programa a nivel nacional.
- Presentar periódicamente los avances del Programa al Ministerio.

5. Establecer una red nacional de Jueces de Paz escolares.

Actividades:

- Promover el intercambio entre las escuelas que están desarrollando el Programa, a través de visitas y programas de radio y televisión.

6. Fortalecer el desarrollo del programa nacional de Justicia de Paz, elaborado por la Asociación Civil Primero Justicia.

Actividades:

- Difundir en las comunidades donde se desarrolla el Programa, los beneficios de contar con mecanismos de fácil acceso para la resolución de conflictos.
- Promover el programa de la Justicia de Paz en las comunidades beneficiadas por *Educando para la Justicia*.
- Inculcar en los jóvenes la necesidad de consolidar una cultura institucional que privilegie la justicia y la conciliación como mecanismos de resolución de conflictos.

Beneficiarios del Programa

Los beneficiarios directos del Programa son los alumnos de la segunda y tercera etapa de educación básica (Ciclo Básico Común), es decir, desde cuarto hasta noveno grado de las escuelas seleccionadas, seguido por educadores, directores, padres y representantes.

Los beneficiarios indirectos de *Educando para la Justicia* son todos los miembros de la comunidad educativa pertenecientes a las escuelas seleccionadas dentro de la red de Fe y Alegría, la red de Escuelas de Excelencia del Dividendo Voluntario para la Comunidad (DVC) y las escuelas seleccionadas por Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA). En el largo plazo, los beneficios del Programa se extenderán a nivel nacional, a través del Ministerio de Educación y otras instituciones involucradas.

Duración del Programa

El Programa piloto pretende cubrir la muestra de escuelas de la red de Fe y Alegría, las Escuelas de Excelencia del DVC y las seleccionadas por PDVSA, en el lapso de quince (15) meses continuos a partir de la fecha de inicio. Sin embargo, este primer período de *Educando para la Justicia* sólo pretende ser el inicio de un programa de mayor escala y a largo plazo.

Equipo de Trabajo

Educando para la Justicia está conformado por una unidad coordinadora-operadora la cual debe diseñar, planificar, ejecutar y controlar el Programa. La unidad estará conformada por profesionales con experiencia comprobada en la Justicia de Paz y en los procesos de aprendiza-

je, con la responsabilidad de diseñar las estrategias, dinámicas pedagógicas y los materiales didácticos necesarios para el programa *Educando para la Justicia*. Este grupo está encargado de velar por el desarrollo de los valores y conceptos del Programa de manera práctica y teórica, y su evaluación a nivel de las escuelas seleccionadas de Fe y Alegría, Dividendo Voluntario para la Comunidad, y PDVSA. Las tareas asignadas a la unidad coordinadora-operadora son las siguientes:

1. *Diseñar, producir, reproducir y distribuir materiales para la capacitación.* Para el Programa se producirán los siguientes materiales los cuales sirven de fuente de consulta a los educadores, alumnos y equipos de Justicia de Paz escolares. Además, la producción y distribución de textos, videos y juegos didácticos contribuyen al aumento de materiales pedagógicos que existen actualmente en Venezuela.

a) *Manual del Educador y consulta del Juez de Paz Escolar:* contiene toda la información necesaria para apoyar al educador en el desarrollo del programa *Educando para la Justicia*, con distintas proposiciones de las dinámicas a utilizar en cada objetivo.

b) *Materiales de promoción para difundir e implantar el programa Educando para la Justicia:* trípticos y afiches.

c) *Video del Programa Educando para la Justicia:* contiene en forma resumida e ilustrada los principales aspectos de la Justicia de Paz Escolar, siendo un excelente recurso didáctico para la difusión del Programa.

d) *Producción de micros de radio:* con conceptos básicos que facilitarán la implementación de *Educando para la Justicia*. Inicialmente, serán transmitidos por la Radio de Fe y Alegría a nivel nacional.

2. *Realización de Talleres de Sensibilización.* Con la finalidad de dar a conocer el programa *Educando para la Justicia* a la comunidad educativa, padres y representantes, docentes y personal administrativo y de servicios, se realizarán talleres de sensibilización, organizados por la Asociación Civil Primero Justicia conjuntamente con los coordinadores de cada escuela.

Se le hará llegar a la escuela el Programa y sus contenidos. Los docentes y directivos analizarán la propuesta, pondrán en marcha la sensibilización interna en el plantel desde los alumnos, pasando por el personal obrero y administrativo y llegando a los padres y representantes.

Se dará a conocer el programa *Educando para la Justicia* como modelo de organización comunitaria, de fortalecimiento y desarrollo sostenible de valores en el educando y de resolución de conflictos en el ambiente escolar. Se expondrá el contenido de la Justicia de Paz como una herramienta metodológica para la resolución de situaciones conflictivas que se presenten en la escuela.

Es importante resaltar que el Equipo de Justicia de Paz Escolar resolverá conflictos y controversias que surjan de la cotidianidad entre miembros de la comunidad educativa, responsabilidad totalmente diferente a las actividades de tipo administrativo que realiza el “delegado de curso”, representante de los estudiantes ante los entes administrativos del plantel.

3. *Realización de talleres de formación a educadores como capacitadores de los Jueces de Paz Escolares.* Con la finalidad de que la escuela adquiera la capacidad de formar a los Jueces de Paz Escolares, cada uno de los docentes guías, de formación ciudadana, u otros, serán instruidos para formar cada tres meses a los jueces y equipos de Justicia de Paz electos.

La presencia del docente en el desarrollo integral del alumno se considera fundamental, porque el maestro es el modelo principal del niño. El estudiante desarrolla la mayor parte de su actividad diaria dentro de la escuela. Es por ello que es necesario considerar a los docentes parte de la población, objetivo final del programa.

4. *Organización, realización y supervisión de las elecciones.* La primera elección en cada escuela recibirá el apoyo y la presencia de la Asociación Civil Primero Justicia. El resto de las elecciones, realizadas cada tres meses se llevará independientemente en cada centro, bajo la organización y supervisión de los docentes y los alumnos interesados.

5. *Formación de los jueces y equipos de Justicia de Paz electos.* Cada uno de los educadores formados realizará de acuerdo con la metodología adquirida en el taller de formación y a sus propias técnicas y dinámicas, los talleres de formación de Jueces de Paz Escolares.

6. *Realizar el seguimiento y evaluación del programa:*

a) *Seguimiento y evaluación interna:* Se ejecutará a través del establecimiento de coordinadores en cada una de las escuelas. Se propone un seguimiento y una evaluación permanente, que dé pautas de cambio de estrategia, reforzamiento o innovación.

Con el Programa en marcha se involucrará la comunidad escolar, por ello es posible que el *docente* utilice técnicas creativas que faciliten ver cómo marcha el Programa, por ejemplo, el periódico mural en una pared de la escuela. Es natural que cada docente o equipo de docentes utilice diversas estrategias para ir tomando el pulso de su Programa, pero es de gran importancia la sistematización de la experiencia para llevarla a una evaluación al finalizar el año escolar y pensar en su viabilidad para el próximo año.

El *representante* conocerá el Programa a través de sus representados. Es posible que se observen cambios de conducta en los padres, por esto es necesario que participen al expresar su opinión a través de diversos medios, entre ellos una encuesta que envíe la escuela al hogar.

b) *Seguimiento y evaluación externa:* La evaluación externa del programa *Educando para la Justicia* se realizará en asociación con los estudiantes de la Escuela de Edu-

cación de la Universidad Católica Andrés Bello. Estos realizarán periódicamente investigaciones específicas sobre el Programa, los materiales didácticos, manuales, estrategias y resultados, tanto cuantitativos (a través de encuestas) como cualitativos.

7. *Redefinir el programa Educando para la Justicia:* Al tiempo que sean probados en el campo los materiales didácticos, la planificación y estrategias utilizadas, se redefinirá el programa, produciendo nuevos materiales. En este momento, *Educando para la Justicia* será presentado al Ministerio de Educación para su evaluación y aplicación a nivel nacional.

Productos Esperados del Equipo

- Contribuir al diseño y desarrollo de un sistema formativo-educativo integral a nivel de educación básica, a través del desarrollo de procedimientos alternativos de resolución de conflictos.
- Constituir una red nacional de equipos de Jueces de Paz Escolares.
- Generar actitudes positivas en el estudiantado, hacia la colaboración y cooperación en la resolución amigable de los conflictos.
- Reforzar en el estudiantado actitudes de participación activa.
- Diseñar y probar en campo, el material didáctico (manuales, cuadernos, videos, etc.) necesarios para formalizar el programa *Educando para la Justicia* a nivel nacional.

Perfil Profesional y Productos Esperados de los Miembros del Equipo

Coordinador-Gerente:

- Educador con estudios y experiencia en el área de gerencia educativa.
- Dominio del manejo de programas de computación, (Word, Excel, PowerPoint).
- Dominio de los contenidos de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz.
- Dominio del proceso de implantación del programa de Justicia de Paz (capacitación de Jueces de Paz, procesos electorales).
- Dominio en evaluación y seguimiento de Programas.
- Experiencia en investigación relacionada con teorías pedagógicas.

Productos esperados del Gerente:

1. Crear una unidad coordinadora-operadora para diseñar, planificar, ejecutar;
2. Controlar el programa Educando para la Justicia;
3. Realizar la planificación y logística conjuntamente con el equipo coordinador y los coordinadores de cada una de las escuelas seleccionadas;
4. Suministrar los contenidos para la elaboración de los materiales pedagógicos;
5. Coordinar el proceso de implantación con las diferentes escuelas;
6. Coordinar el proceso de implantación con las diferentes instituciones involucradas en el Programa;

7. Diseñar los sistemas de seguimiento, monitoreo, información y evaluación de las diferentes redes de escuela;
8. Negociar y mantener informado al Ministerio de Educación;
9. Administrar los fondos del Programa;
10. Coordinar el equipo de trabajo dedicado al Programa;
11. Producir un informe final que, con base en la evaluación practicada, pueda desarrollar una estrategia para implantar el Programa a nivel nacional;
12. Estructurar el cronograma de actividades para desarrollar el Programa;
13. Consolidar un equipo de trabajo que pueda acumular el conocimiento necesario para extender con éxito el Programa a nivel nacional con el apoyo del sector privado y público;
14. Coordinar la producción y contenido de los siguientes videos:
 - a) Video del programa Educando para la Justicia que contiene en forma resumida e ilustrada los principales aspectos de la Justicia de Paz Escolar, siendo un excelente recurso didáctico para la difusión del programa.
 - b) Producción de micros de radio con conceptos básicos que facilitarán la implantación de Educando para la Justicia. Inicialmente, serán transmitidos por la Radio de Fe y Alegría a nivel nacional.

Diseñador:

- Educador con estudios de especialización y/o post-grado y con experiencia en la elaboración de materiales pedagógicos.
- Que sus diseños previos hayan sido implantados y evaluados satisfactoriamente.
- Que su experiencia en la elaboración de materiales pedagógicos haya sido enfocada a niños y maestros de Educación Básica.

Productos Esperados:

Diseñar y producir materiales didácticos, informativos y formativos para la capacitación y formación de docentes, estudiantes y demás miembros de la comunidad educativa, entre los cuales se encuentran:

- a) Manual del Educador y consulta del Juez de Paz Escolar. Contiene toda la información necesaria para apoyar al educador en el desarrollo del programa *Educando para la Justicia*, con distintas proposiciones de las dinámicas a utilizar en cada objetivo.
- b) Materiales de promoción para difundir e implantar el programa *Educando para la Justicia*, trípticos y afiches.

Capacitador:

- Psicólogo, educador con amplia experiencia en el área de capacitación de docentes de educación básica y media.

- Persona con destrezas en la comunicación oral y en las relaciones humanas.
- Con conocimiento en los contenidos de los estatutos de la práctica docente.
- Con dominio de los contenidos de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz.
- Con conocimiento del proceso de implantación del programa de Justicia de Paz.
- Con dominio y destrezas de las técnicas de mediación, negociación y resolución de conflictos.

Productos Esperados:

1. Realizar los talleres de formación necesarios para la correcta implantación del Programa.
2. Formar a los instructores provenientes de la Escuela de Educación de la Universidad Católica Andrés Bello, quienes serán los encargados de difundir e implantar el Programa en las escuelas seleccionadas.
3. Diseñar y estructurar el contenido y duración de los talleres de formación, entre los cuales se encuentran:

Taller de Sensibilización en Justicia de Paz Escolar

Objetivo: Manejar los conceptos básicos de la Justicia de Paz Escolar y los procedimientos necesarios para realizar el proceso de implantación en la escuela.

Duración: 6 (seis) horas.

Dirigido: a la comunidad educativa, padres y representantes, docentes directores, personal administrativo y de servicios.

Número de participantes: Alrededor de sesenta por taller.

Material Docente: Materiales didácticos varios.

Contenido: Conceptos básicos como justicia, paz, conflicto, instituciones, poder judicial, cooperación, reglas de juego, comunidad, el Juez de Paz Escolar, la Justicia de Paz Escolar, perfil del Juez de Paz Escolar, mecanismos de resolución de conflictos, reglamento de la Justicia de Paz Escolar, casos que resuelve el Juez de Paz Escolar, proceso electoral, competencias del Juez de Paz Escolar, proceso de implantación.

Taller de Formación de Educadores

Objetivo: Formar a los educadores para el adiestramiento de los Jueces de Paz escolares, capacitando la escuela para desarrollar habilidades y destrezas en el manejo de herramientas, procedimientos e instrumentos necesarios para el adecuado funcionamiento del equipo de Justicia de Paz Escolar.

Duración: dieciséis horas (2 días, 8 horas cada día).

Número de Participantes: Alrededor de cuarenta por taller.

Dirigido a: educadores guías de formación ciudadana y todos aquellos que quieran participar en la formación del Juez de Paz Escolar.

Material Docente: Manual del Educador y Consulta del Juez de Paz Escolar.

Contenido: Conceptos básicos, justicia, paz, conflicto, instituciones, poder judicial, cooperación, reglas de juego, comunidad, sistemas alternativos de resolución de conflictos, procedimientos de conciliación y equidad, herramientas del juez de paz escolar, técnicas de comunicación efectivas,

técnicas de negociación, conciliación, mediación y arbitraje, técnicas de formación de equipos efectivos de trabajo, competencias del juez de paz escolar, proposición de dinámicas para el taller de los alumnos, reglamento interno de funcionamiento de la Justicia de Paz en la escuela, organización y funcionamiento de los centros de Justicia de Paz.

Otros productos: Programa de capacitación y plan de acción. Reglamento interno de funcionamiento de la Justicia de Paz Escolar, mecanismos para postular a candidatos para Jueces de Paz Escolares, preparación de las elecciones.

Taller de Formación de Jueces de Paz Escolares

Objetivo: Desarrollar habilidades y destrezas en el manejo de herramientas, procedimientos e instrumentos necesarios para el adecuado funcionamiento del equipo de Justicia de Paz Escolar. Duración: dieciséis horas (2 días, 8 horas cada día)

Número de Participantes: Alrededor de cuarenta.

Dirigido: a los Jueces de Paz electos y miembros del equipo de Justicia de Paz.

Material Docente: Manual del Educador y Consulta del Juez de Paz Escolar.

Contenido del Taller: Marco teórico del conflicto, la justicia y la paz, el proceso de comunicación, herramientas del juez de paz escolar, el conflicto, la conciliación, la equidad, negociación, conciliación, mediación y arbitraje, equipos efectivos de trabajo, competencias del juez de paz, los derechos humanos y del niño, organización y funcionamiento de los centros de Justicia de Paz.

Pasante:

- Estudiante de los últimos años de la licenciatura en educación.

Productos Esperados:

1. Asistencia a la Unidad Coordinadora Operadora en el desarrollo de sus actividades.
2. Apoyo al capacitador en talleres.
3. Seguimiento y evaluación del proceso en las escuelas.

V. VÍNCULOS INSTITUCIONALES

Los vínculos institucionales entre las diferentes organizaciones involucradas en el Programa, son complementarios, y su relación garantizará una ejecución eficiente y un alto impacto en la población beneficiada.

La *Asociación Civil Primero Justicia* ha sido la organización promotora y redactora de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz. Igualmente, ha promovido diferentes mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en el plano comercial y civil. Debido a la experiencia

acumulada en los últimos años, sumada a las credenciales de sus miembros, Primero Justicia será la organización ejecutora del convenio, lo cual significa instrumentar en las escuelas previamente señaladas los contenidos descritos, producir los materiales y gerenciar el proceso de implantación así como el monitoreo del proceso.

Fe y Alegría, por ser una de las redes educacionales más prestigiosas y antiguas de Venezuela, será el espacio donde se desarrollará el programa piloto que el Programa describe. A tal efecto, los directores regionales de Fe y Alegría han seleccionado las escuelas de los Estados Andinos y del Zulia.

Por su parte, el *Dividendo Voluntario para la Comunidad*, el cual agrupa un prestigioso grupo de empresas y comerciantes de Venezuela, ha ofrecido algunas de las escuelas de su red (Escuelas de Excelencia) pertenecientes a los Estados Carabobo y Miranda. La presencia del DVC representa la participación del sector privado empresarial en un programa de desarrollo social, lo cual no es frecuente en nuestro país.

Petróleos de Venezuela, S.A., es el patrocinador del Programa, además de proveer algunas de las escuelas bajo su influencia como espacios para el desarrollo del programa piloto.

La *Universidad Católica Andrés Bello*, a través de la Escuela de Educación y conjuntamente con los Capítulos Estadales de Primero Justicia, prestará -aún después de concluido el Programa- la asesoría y apoyo necesarios a la gerencia de *Educando para la Justicia*, para llevar el seguimiento y el control del Programa. Igualmente, los estudiantes de los últimos años de educación llevarán a cabo sus pasantías como instructores en las escuelas seleccionadas en el desarrollo del Programa. Estos estudiantes serán preparados por el capacitador.

De acuerdo con la Ley Orgánica de la Justicia de Paz en su Artículo 56: “*El Ministerio de Educación deberá incluir dentro de sus programas educativos lo relativo a la institución de la Justicia de Paz*”; por lo tanto, uno de los objetivos del Programa es mantener constantemente informado al Ministerio de Educación a fin de que, una vez concluida la fase piloto, pueda extenderse el programa a nivel nacional.

VI. VIABILIDAD DEL PROGRAMA

Podemos afirmar que, dadas las experiencias de programas similares en otros países, *Educando para la Justicia* es un programa viable, factible y de alto impacto en el contexto actual venezolano. Otras experiencias, como revelan el caso colombiano, costarricense, argentino, ecuatoriano, estadounidense, canadiense y francés, han demostrado su efectividad para mejorar el ambiente escolar, familiar y comunitario. Adicionalmente, como forma de resolución de conflictos, programas de mediación escolar han sido utilizados como mecanismo activo-participativo óptimo para lograr la reducción de la violencia, del delito, del vandalismo, de la deserción, del ausentismo escolar y, en general, de las formas comunes de abuso social reflejado en la escuela.

El caso de Colombia ilustra el éxito que ha tenido el programa de mediación escolar llamado Hagamos las Paces. De la misma manera que *Educando para la Justicia*, este programa pretende dar herramientas a los escolares colombianos para que resuelvan sus conflictos de manera pacífica. Consiste, igualmente, en formar en el interior de la escuela un grupo de niños y jóvenes mediadores que faciliten la resolución amigable de los problemas de sus compañeros. El programa comenzó en Colombia en 1995, en dieciséis colegios (ocho públicos y ocho privados) distribuidos a lo largo de todo el territorio nacional. Se capacitó en técnicas de mediación a 196 maestros y 531 niños y jóvenes, de los cuales 99 docentes se hicieron cargo del Programa en sus respectivos centros educativos y 368 jóvenes ejercieron como mediadores escolares. La población beneficiada directamente para ese año fue de treinta y dos mil niños y jóvenes entre los 11 y 15 años y 640 maestros. Indirectamente se benefician a más de 30 mil familias cuyos hijos estudian en los colegios incluidos en el Programa.

Para el año 1996, Hagamos las Paces se desarrolló en ochenta escuelas más. Se adecuó el material de trabajo a las necesidades específicas de cada región y a la idiosincrasia colombiana, evitando que se continuara laborando con unos materiales que no se ajustaban completamente a los requerimientos del mismo. Ese año se capacitaron con técnicas de mediación a 455 maestros adicionales, quienes son los multiplicadores y responsables locales del programa; lográndose con ello, además de la ampliación y la cobertura, la participación y apropiación comunitaria del programa. Igualmente, se han capacitado a 3.360 niños y jóvenes desde el primer grado de educación básica, hasta el décimo grado de educación media. La población beneficiada para el año de 1996, era de ciento noventa y dos mil niños y jóvenes colombianos, 3.840 docentes y 960 miembros del personal administrativo de los planteles educativos involucrados.

Finalmente, se puede concluir que Hagamos las Paces, al igual que *Educando para la Justicia*, es un programa esencial en la medida en que exista el convencimiento real de que la forma más idónea de construir una cultura de la convivencia y de la justicia, es a través del trabajo con los niños y jóvenes, porque estos son los individuos más indicados para recrear los símbolos y los valores que se quieren desarrollar en una nueva sociedad.

RAÍZ Y HORIZONTE DE LOS DERECHOS “SOCIALES” EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA^(*)

Sergio García Ramírez^(**)

CONTENIDO: 1. Consideración introductoria. 2. Derecho social. 3. Constitución y Derecho social. 4. Algunas implicaciones de los derechos sociales. 5. Antecedentes en México. 6. Nota sobre los factores de la Revolución. 7. La obra del Congreso Constituyente. A. Posición del Constituyente. B. La cuestión agraria. C. La cuestión obrera. D. La educación. 8. Factores de poder y decisiones fundamentales. 9. El constitucionalismo social. 10. Reformas constitucionales. A. Razones y vertientes. El quehacer del Estado. B. Derecho al trabajo. C. Reforma en materia agraria. D. Educación y democracia integral. E. Igualdad entre el varón y la mujer. La familia. F. Vivienda. G. Protección de la salud. H. La cuestión indígena. I. Orientación de la economía. 11. Identidad de la Constitución mexicana.

1. CONSIDERACIÓN INTRODUCTORIA

De esta materia me he ocupado en antiguas reflexiones personales, que datan de treinta

(*) Destino este trabajo a la obra colectiva en homenaje a mi eminente colega y amigo Héctor Fix-Zamudio. Difícilmente habría otro jurista mexicano que mereciera más los reconocimientos de que ha sido objeto Fix-Zamudio a lo largo de estos años. Su contribución al desarrollo del Derecho nacional ha sido verdaderamente singular, y a ella se suma el prestigio que ha dado a México más allá de nuestras fronteras. Por todo ello -pero además por una antigua y constante amistad- me sumo al homenaje que ha preparado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de esta obra colectiva.

(**) Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de la Junta de Gobierno de la UNAM. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

años.¹ Las recupero ahora y añado otros elementos para construir el panorama sucinto de la raíz y el horizonte “sociales” de la Constitución mexicana, y por ende, de una buena parte de los derechos que esa carta reconoce al individuo, más allá -o en indispensable unidad, mejor dicho- de las prerrogativas clásicas, heredadas del texto de 1857.²

Esas prerrogativas luminosas fueron directa o indirectamente tomadas de los grandes ordenamientos primordiales en que se cimentó nuestra Constitución liberal:³ ante todo, las declaraciones de las colonias inglesas que surgían a la independencia en el último tercio del siglo XVIII,⁴ la Constitución norteamericana y, por supuesto, la declaración francesa de 1789,⁵ que

1 Así, El Derecho social, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, t. XV, 1965, no. 59, pp. 633 y ss.; *Lo social en los sistemas jurídicos constitucional e internacional contemporáneos*, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, año I (Nueva Serie), no. 1, 1968, pp. 119 y ss. *Tres textos precursores en el constitucionalismo social*, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, año I (Nueva Serie), nos. 2-3, 1968, pp. 469 y ss; y El Derecho social, una nueva orientación, en “Pensamiento Político”, vol. II, núm. 6, 1969, pp. 171 y ss.

2 La sección I del Título I de la carta de 1857 tuvo el rubro “De los derechos del hombre”. La de 1917 fue expedida como reforma de aquélla, pero en realidad fue una Constitución nueva. “Caso singular era éste en nuestros fastos constitucionales. Ni se trataba de un acta de reformas, como la de 47, que abrogaba, modificaba o adicionaba la Constitución de 24 en las partes en que diferían ambos instrumentos; ni tampoco reemplazaba a la Constitución anterior que desaparecía, según lo hizo la de 57 con la de 24. La de 17 es sin duda una Constitución, por su contenido y por su nombre; pero por respeto a la de 57, se impuso el único cometido de reformarla. Es una Constitución que reforma a otra Constitución; la realidad mexicana no paró mientes en esta sutileza y le reconoció a la Carta de 1917 un destino autónomo”. Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México (1808-1973)*. Ed. Porrúa, 5a. ed., México, 1973, p. 816. El capítulo I del título primero de la Constitución de 1917 se denomina “De las garantías individuales”. La diferencia en los rubros pone de manifiesto la idea que prevaleció en 57: los derechos del hombre son anteriores a la ley fundamental, que los reconoce; y en 17: la Constitución establece esos derechos. Empero, el primer artículo de ambos ordenamientos se refiere a “las garantías que otorga” la Constitución.

3 En el origen del constitucionalismo mexicano hay por lo menos dos influencias dominantes, ambas enfrentadas a la tradición hispánica: norteamericana, una, francesa, la otra. Esto se advierte desde la primera Constitución mexicana, que tuvo una vigencia accidentada, la carta de 1824, que no contuvo declaración de derechos, salvo en puntos relativos a la administración de justicia. Sobre esta doble fuente constitucional en aquel texto primordial, *cfr.* Rabasa, Emilio O., *El pensamiento político del Constituyente de 1824*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1986. Otros autores abordan un triple influjo: Francia, Estados Unidos y España; incluso, se pondera otra huella: la influencia de Colombia (“el temprano estímulo colombiano”). Ferrer Muñoz, Manuel, y Luna Carrasco, Juan Roberto, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1996.

4 Son las primeras tablas de derechos en el sentido moderno -señala Manuel García Pelayo -: “Aunque evidentemente influidos por el sistema del *Common Law* británico, y representando en muchos aspectos una decantación del mismo, las declaraciones americanas significan, con todo, algo nuevo en la Historia, pues no se apela al Derecho histórico ni a la tradición, sino a los derechos de la naturaleza humana y de la razón; no aparecen como emanación de un orden concreto, sino como supuesto de todo orden”. *Derecho constitucional comparado*. Manuales de la Revista de Occidente, 7a. ed., Madrid, 1964, p. 151.

5 No obstante que las declaraciones norteamericanas son anteriores a la francesa, se suele reconocer que fue en ésta “donde el mundo aprendió los derechos del hombre”. Mirkine-Guetzévitch, Boris, *Les constitutions européennes*. Presses Universitaires de France, Paris, 1951, t. I, p. 128. Biscaretti di Ruffia examina la “fuerza explosiva” de la declaración francesa, “que elevaba la dignidad de los individuos has-

fertilizaron la historia con el formal reconocimiento del ser humano como eje de las instituciones jurídicas,⁶ principio que hoy día es el cimiento de las diversas formas de tutela del individuo, internas y externas, declarativas, preceptivas y jurisdiccionales.⁷ Con este asunto enlaza otra cuestión de suma importancia, que no examinaré ahora: la posición de los tratados internacionales -centralmente, los relativos a derechos humanos- con respecto a la legislación nacional, constitucional y secundaria.⁸

ta entonces considerados como simples súbditos"; esa fuerza "resulta claramente perceptible si se le compara especialmente con las cautas y desdibujadas enunciaciones de los mismos derechos, típicas del ordenamiento británico, que no pretendían expresar aspiraciones de carácter universal...". *Introducción al Derecho constitucional comparado*. Trad. Héctor Fix-Zamudio. Fondo de Cultura Económica, 1a. ed., 1996, p. 118.

6 Es elocuente el artículo 2 de la *Déclaration* de 1789: "El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...". En su hora, el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (Constitución de Apatzingán), de 1814, señalaría: "La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas"; y la Constitución mexicana de 1857 sostendría a la cabeza de sus preceptos: "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales..." (artículo 1).

7 Por ahora, la más enérgica protección internacional de los derechos humanos deriva de la existencia de jurisdicciones internacionales cuyos fallos sobre esta materia son vinculantes para los Estados, previo reconocimiento por éstos de la competencia de órganos correspondientes. Tales son los casos de la Corte Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo) derivada de la Convención de Roma, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica), derivada de la Convención Americana o Pacto de San José. En su jurisprudencia, este tribunal ha sostenido que "el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado"; que la tutela del Derecho internacional convencional "parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente"; y que la obligación estatal de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos contenidos en el pacto americano "implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión consultiva OC/86 del 9 de mayo de 1986*. Serie A, no. 6, párr. 21, y *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, no. 4, párrs. 165-166.

8 El tema, ampliamente examinado por la doctrina, se suscita en México a propósito del artículo 133 de la Constitución, inspirado en la legislación constitucional norteamericana: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión". Sobre el particular, véase la colección incluida en Tapia Hernández, Silverio (comp.), *Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México*. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, reimp., Toluca, 1995. Hoy día se abre paso el concepto de que la primacía corresponda a la norma que mejor proteja al individuo, Cfr. Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos*. Sergio Antonio Fabrio Editor, Porto Alegre, Brasil, 1997, vol. I, pp. 434 y ss.

La existencia de comisiones y tribunales con integración y alcance internacionales, que en su desempeño aplican normas de este mismo carácter, confiere notable vitalidad al régimen de los derechos humanos y concurre a establecer la irreductibilidad de éstos en la múltiple perspectiva territorial -más allá de las fronteras nacionales-, temporal -por encima de los plazos regulares de vigencia de las leyes nacionales- y material -por la consolidación de bienes jurídicos merced al evidente consenso de los individuos y los Estados: derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la justicia, etcétera. Debo recordar aquí la función que a este respecto han desarrollado, en el plano americano, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.⁹

Hablo de raíz y en esta forma aludo a un origen característico, que hizo germinar al texto fundamental precisamente en esta tierra y le confirió un sello propio; y me refiero al horizonte, porque el “genio” de la Constitución mexicana propone un destino particular, sin negación ni sustracción, por supuesto, del destino general de la humanidad, que ya se advierte en las Constituciones democráticas posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

2. DERECHO SOCIAL

Hace tiempo se acreditó la expresión Derecho “social”, cuestionada desde su origen, sin embargo, porque no habría ningún Derecho que no tuviese carácter social.¹⁰ Es verdad: el Derecho se construye en la sociedad y para organizar la conducta de los seres humanos que la integran. Pero también es cierto que aquella expresión no es unívoca; posee otros significados que le confiere el uso general. Así, en lo que ahora nos interesa, se puede hablar por lo menos de una doble posibilidad de que determinado Derecho, es decir, cierta organización impositiva de la conducta humana, sea “social”, y en tal sentido -o en tales sentidos- se distinga de otro Derecho carente de este carácter convencional.¹¹

⁹ Ya es copiosa la bibliohemerografía acerca de estos organismos. Citaré, sólo por vía de ejemplo, los trabajos de dos jueces de la Corte: Gros Espiell, Héctor, varios artículos en *Derechos humanos y vida internacional*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995, esp. pp. 53 y ss, 217 y ss. y 233 y ss; y Fix-Zamudio, Héctor, “El Derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993, pp. 445 y ss. Asimismo, los artículos integrantes de la obra colectiva: Nieto Navia, Rafael (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de los derechos humanos*. OEA-Unión Europea, San José, Costa Rica, 1994.

¹⁰ Al referirse a la calificación de social que se da al Derecho del trabajo, escribió Rafael de Pina: “lo cierto es que no existe rama alguna del derecho que no sea social, en el verdadero y propio sentido que tiene esta palabra”. *Curso de Derecho procesal del trabajo*. Ed. Botas, 1a. ed., México, 1952, p. 10.

¹¹ Hace años, Héctor Fix-Zamudio señaló: “la denominación del Derecho social, no obstante su gran aceptación, carece de una pureza conceptual estricta, siendo difícil encontrar otro vocablo que pueda aplicarse de manera unívoca, pero en cambio posee la indudable ventaja de constituir un término sugestivo que nos proporciona una idea aproximada del contenido y la naturaleza de la materia a que se refiere”. *Introducción al estudio del Derecho procesal social*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, año 1965, no. 3, p. 23.

Por una parte, se dice social el Derecho que expiden los grupos sociales, no el Estado mismo a través de sus órganos formales.¹² Empero, es necesario tomar en cuenta, para poner las cosas en su justa dimensión, que en todo caso ha de ser el Estado quien faculte a los organismos de la sociedad para disponer un orden normativo que discipline la conducta de sus integrantes. En otros términos, el Estado, por medio de sus estatutos, faculta la “función legislativa” de los entes sociales, asume como propias las normas que de ella resultan y se hace cargo de su cumplimiento, cuando para eso no bastan las instancias societarias.

En este sentido, se habló del gradual abandono de la unidad del Derecho, tomando en cuenta que cada profesión o corporación solicitan -y a menudo obtienen- la potestad de autorregularse, tomando porciones del poder reglamentario del Estado.¹³ Igualmente, se advirtió que el Derecho social tendría como función la “integración objetiva de una totalidad para alcanzar la comunión de los miembros”; como fundamento de su fuerza obligatoria, el hecho de ser “engendrado, de modo directo, por la misma totalidad que él integra”; como objeto, la “reglamentación de la vida interior de la totalidad”; y como sujeto al que se dirige, la “persona colectiva compleja”.¹⁴

Pero hay otro concepto fecundo del Derecho social, que ha llegado a los planos constitucional e internacional. Además de sus antecedentes filosóficos y morales, cuenta con formulaciones en ciertos textos declarativos de derechos humanos. Se funda en una nueva “idea” sobre el ser humano -nueva, quiero decir, en la segunda mitad del siglo XIX-, arraiga en el concepto de solidaridad y abre el camino para la construcción del Estado de bienestar, el *welfare state* que está en el núcleo del Estado social moderno,¹⁵ y que ha corrido un largo camino en el

12 En una de sus primeras floraciones, el derecho social de creación autónoma se expresó en la figura del contrato-ley de trabajo, que, como dijo Ripert, se halla a media vía entre la convención y la ley: es una “reglamentación que no toma gran cosa de la fuerza contractual”. *El régimen democrático y el Derecho civil moderno*. Trad. José M. Cajica. Ed. Cajica, Puebla, México, 1951, pp. 333-337.

13 Cfr. Ripert, Georges, *El régimen democrático...*, op. cit., pp. 314-315.

14 Gurvitch, Georges, *L’Idée du Droit social*. Lib. du Recueil Sirey, Paris, 1932. Desde hace tiempo se ha rechazado este concepto de Derecho social, sosteniendo que culmina en un “pluralismo anárquico”; así, Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado*. Trad. Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno. Ed. Jus, México, 1946, p. 414.

15 Algunas Constituciones modernas proclaman el carácter social de los Estados correspondientes. Así, el apartado 1 del artículo 20 de la Constitución alemana de 1949 señala: “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”. La Constitución francesa de 1958 advierte: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social...” (artículo 2). Esta última referencia proviene de la Constitución de 1946. Los constituyentes de ese momento trataban de superar la democracia puramente política y realizar la económica y social. Cfr. Debbasch, Charles, Pontier, Jean-Marie, Bourdon, Jacques, y Ricci, Juan-Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Economica, Paris, 1983, p. 451. La Constitución española de 1978 manifiesta: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...” (artículo 1.1). La Constitución de Polonia, de 1997 -posterior, pues, a la caída de la democracia popular socialista -, cuyo preámbulo destaca el “principio de subsidiariedad que refuerza los derechos de los ciudadanos y de sus comunidades” y el “deber de solidaridad” entre los hombres, dice que Polonia es “un Estado democrático de derecho que realiza los principios de la justicia social” (artículo 2). En una línea semejante, bajo otros conceptos, se inscribe la Constitución italiana de 1947, cuyo artículo 2

presente siglo: del entusiasmo al escepticismo, del apogeo a la declinación.¹⁶

Este otro Derecho social se reconoce por un signo: el equilibrio deliberado de las fuerzas individuales y sociales, que ciertamente no se ajustan a la quimera de la “igualdad formal”. Se reconoce, pues, el dato inexorable de la desigualdad y se aportan medios para corregirla.¹⁷ Desde otra perspectiva, el Derecho social “tutelar” asume la compleja realidad de los individuos, que no se acomodan al arquetipo de la persona física, sin más, propuesto por el Derecho liberal.

Es así como “fue naciendo, poco a poco, un nuevo tipo de hombre, como punto de partida para el legislador; la imagen del hombre sujeto a vínculos sociales, del hombre colectivo como base del Derecho social. El concepto individualista de la persona se desdobra, a partir de ahora, en diferentes tipos. Tras la abstracción niveladora de este concepto de la persona va dibujándose ahora la peculiaridad individual. El Derecho social no conoce simplemente personas; conoce patrones y trabajadores, obreros y empleados...”.¹⁸

En esta orientación también son frecuentes los reconocimientos a derechos de ciertos agregados humanos, con características que los distinguen, en sustancia, de las tradicionales

indica que la República “reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, como individuo y en las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad”, y reclama el cumplimiento de los “deberes inderogables de solidaridad política, social y económica”.

16 Durante un cuarto de siglo, el *welfare state* tuvo éxito, “en un período de crecimiento económico sin precedentes, asegurando el nivel de vida, el empleo, los servicios sociales básicos -salud, educación, jubilación -, incentivando el mercado y la producción, fomentando la paz, la estabilidad social y siendo un ferviente defensor del consenso entre las distintas fuerzas sociales”. Todo ello fue replanteado: “El final del crecimiento económico, la inflación, la crisis fiscal y por tanto de los recursos para el gasto público, y sobre todo el fin del pleno empleo y el comienzo del desempleo masivo, han demostrado no sólo las limitaciones de esta fórmula social sino sus contradicciones internas. El intervencionismo estatal, más que una ayuda para resolver los problemas de la sociedad actual, parece haberse convertido en un impedimento, y una pérdida de confianza cada vez mayor se acrecienta a su alrededor”. Picó, Josep, *Teorías sobre el Estado de bienestar*. Siglo XXI Editores, México, 1987, pp. 2-3. La crisis “incide de modo negativo sobre el principio de legitimidad que da uno de los nombres del Estado social: bienestar”. García Cotarelo, Ramón, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 112.

17 En la literatura jurídica mexicana, Mendieta y Núñez expone los términos de la caracterización clásica: Derecho social es “el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo”. *El Derecho social*. Ed. Porrúa, México, 1953, pp. 66-67. Alberto Trueba Urbina considera que el Derecho social “es el conjunto de principios, instituciones y normas que en función de integración protegen, tutelan y reivindican a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles”. *Derecho social mexicano*. Ed. Porrúa, México, 1978, p. 309. Rubén Delgado Moya señala que Derecho social es “el conjunto de normas que protegen y reivindican a todos los económicamente débiles”. *El Derecho social del presente*. Ed. Porrúa, México, 1977, p.116. Asimismo, sostiene que “el Derecho Social del Presente es el conjunto de principios e instituciones que reivindican plenamente a todos los económicamente débiles”. *Idem*, p. 188.

18 Radbruch, Gustavo, *Introducción a la filosofía del Derecho*. Trad. Wenceslao Roces. Fondo de Cultura Económica, México, 1955, p. 161.

personas colectivas. Es así que se pone énfasis en los agrupamientos obreros -sindicatos y federaciones de sindicatos-, agrarios -comunidades y ejidos, en el sistema mexicano- la familia, las asociaciones de consumidores e inquilinos, etcétera.

Ciertamente, un Derecho tutelar de los débiles pudiera convertirse en un orden clasista o sectorial, siempre en riesgo de sacrificar a unos ciudadanos en aras de proteger a otros.¹⁹ Acabaría por imperar la fuerza del número, armada por el brazo del legislador. De ahí que la orientación democrática, o humanista, mejor dicho, del Derecho social, advierta que éste tiene una frontera: los derechos humanos, "cuya esencia se cifra precisamente en garantizar la libertad exterior del hombre, haciendo posible con ella la libertad interior de su conducta moral".²⁰

3. CONSTITUCIÓN Y DERECHO SOCIAL

Esta vertiente social del Derecho llegaría, como dije, a las declaraciones constitucionales de derechos del ser humano,²¹ e informaría el curso del Derecho internacional de los derechos humanos.²² Este se ha construido ampliamente -y su desenvolvimiento prosigue- a través

19 De tal suerte pudiera entronizarse lo que Loewenstein llama Constitución "semántica". Esta, lejos de ser un medio para limitar la concentración del poder y abrir el juego de las fuerzas sociales, hará que "la dinámica social (tenga) restringida su libertad de acción y (sea) encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder. La transformación del poder está congelada en beneficio de los detentadores fácticos del poder, independientemente de que éstos sean una persona individual (dictador), una junta, un comité, una asamblea o un partido". *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Ed. Ariel, C-Barcelona, reimp. 1979, Barcelona, pp. 218-219.

20 Radbruch, *idem*, p. 164.

21 Los primeros pasos se dieron en plena Revolución Francesa: artículos 21 y 22 de la Declaración de 1793, inspirada en el proyecto presentado por Robespierre a la Sociedad de los Jacobinos. Esta se refirió a: limitaciones sociales de la propiedad, obligación que tiene la comunidad de proveer a la subsistencia de sus miembros, socorros para los indigentes a título de obligación del rico frente al pobre, exención fiscal de los menesterosos e instrucción universal. Avanzó en la misma línea, años después, el preámbulo de la Constitución francesa de 1848. Esta proclama "derechos nuevos, principalmente de carácter económico y social, y reafirma solemnemente los más antiguos... Al aludir a la fraternidad, integra la fórmula republicana". Debbasch, Pontier, Bourdon y Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 381. Asimismo, *cfr.* García Pelayo, *Derecho constitucional comparado, op. cit.*, pp. 466-467 y 481. Tres cuartos de siglo más tarde, la tendencia social constituiría el aspecto más interesante del constitucionalismo social de la primera postguerra mundial. *Cfr.* García Oviedo, Carlos, *El constitucionalismo de la postguerra*. 1. ed., Sevilla, 1931, p. 205. Se afirmó el carácter social del Estado, frente a los principios de la libertad individualista, señaló Schmitt. *Cfr. Teoría de la Constitución*, Ed. Nacional, México, 1952, p. 203. De ahí que, como advirtió Adolfo Posada, se valorizarán en alto grado los derechos sociales, económicos y culturales. *Cfr. Tratado de Derecho político*. Madrid, 1935, t. II, p. 141.

22 Con razón apuntó César Sepúlveda: "El Derecho internacional moderno ya no se ocupa exclusivamente de las relaciones políticas entre las naciones, sino que también tiende a procurar la justicia social a todos los hombres". *Desarrollo y movimiento del Derecho internacional desde 1942*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. XIV, no. 54, 1964, p. 359. Carlos García Bauer manifiesta que bajo el Derecho internacional nuevo los derechos humanos "pasan a ocupar lugar de preferencia en las relaciones internacionales y en el Derecho internacional, obligando a la revisión de conceptos básicos del Derecho internacional, como el de la soberanía y el de quiénes son los sujetos en Derecho internacional...". *Los de-*

de declaraciones, convenciones, pactos, tratados, que abordan con mayor o menor detalle los derechos sociales, económicos y culturales del individuo. Últimamente se ha ratificado el primado mundial de los derechos humanos, en el marco de las normas del Derecho de gentes.²³ Así se ha constituido, a escala mundial, una frondosa y creciente Carta Magna del ser humano.²⁴ El núcleo de ésta es lo que pudiera denominarse el “núcleo irreductible” de los derechos humanos,²⁵ es decir, el conjunto de libertades y privilegios acumulados desde las primeras declaraciones, que han conseguido el consenso en la legislación nacional y en el plano internacional. De ahí se sigue un genuino Derecho universal de los derechos humanos.

A esta tendencia es preciso agregar un fenómeno muy interesante y significativo del mundo moderno, a saber, la armonización del Derecho social de diversos países, en procuración de

rechos humanos, preocupación universal. Universidad de San Carlos, Guatemala, 1960, pp. 41 y 46. Los individuos han devenido sujetos del Derecho internacional: Friedmann, Wolfgang, *La nueva estructura del Derecho internacional.* Trad. Agustín Bárcena. Ed. Trillas, México, 1967, esp. pp. 58 y ss., 89 y ss. y 280 y ss. Kelsen previno que “en la misma medida en que el Derecho internacional penetra en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos”. *Teoría pura del Derecho.* Trad. Moisés Nilve. Eudeba, 3a.ed., Buenos Aires, 1963, p. 203. La capacidad procesal de individuos y grupos sociales en el plano internacional, alentada por las experiencias derivadas de los conflictos bélicos mundiales, ha pasado de la etapa legislativa a la etapa de aplicación o ejecución (*implementação*). Cfr. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit.*, pp. 31 y ss. Cada vez es más evidente la interacción entre las tres vertientes de la protección internacional de la persona humana: derechos humanos, derecho humanitario y derecho de los refugiados. *Idem*, pp. 270 y ss. En fin, los tratados y normas internacionales de derechos humanos benefician directamente a los individuos y crean obligaciones de los Estados *vis-a-vis* los seres humanos. *Idem*, p. 443.

23 En la Declaración y programa de acción de Viena, producto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (junio de 1993), ésta “reafirma el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas... Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos” (I, 1). *Conferencia Mundial de Derechos Humanos.* Declaración y programa... Naciones Unidas, Nueva York, 1995, pp. 30-31.

24 Con los pactos internacionales de 1966 (mencionados en esta misma nota) se concretó la Carta Internacional de Derechos Humanos, señala Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit.*, p. 40. El cambio que apareja la presencia de los derechos sociales se advierte en numerosos instrumentos internacionales. En esta corriente cabe mencionar, además de lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948), reformada por el protocolo de Buenos Aires (1967), una serie de declaraciones y tratados que abordan esta materia, conjuntamente con otras o en forma específica: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Carta Social Europea (1961), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y su protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (1990), etcétera.

25 Cfr. Albanese, Susana, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos.* Ed. La Roca, Buenos Aires, 1992, p. 30.

ciertas condiciones protectoras comunes para los nacionales de cada uno en el territorio de los otros. Esto se suscita en virtud de la integración económica y de la migración de trabajadores en el interior de la región correspondiente. De ahí proviene el llamado Derecho social europeo.²⁶

En suma, el tema social sería, en lo sucesivo, un personaje natural de la Constitución, en lo interno, y de la convención, en el plano internacional. Se concentraría en los derechos humanos de “segunda generación”, es decir, los que tienen como contrapartida la acción, la prestación, la diligencia del poder formal -pero también de otros actores de la vida social-, y no apenas el retraimiento o la abstención del Estado.²⁷

Obviamente, la admisión de nuevos derechos, e inclusive de programas y expresiones sobre los fines del Estado, más las exigencias que propone el “modo de ser” de cada nación, fuente de las Constituciones y de los constitucionalismos particulares, llevaron a la expedición de leyes fundamentales mucho más extensas que las precedentes. De esto es un ejemplo el caso de México, con los extensos artículos 27 y 123, entre otros. En fin, no parece posible sujetarse a una pretensión reductora que sólo anida en la abstracción: “A la pregunta: ¿Qué debe contener una Constitución? podría responderse (...) brevemente: Lo mínimo, y este mínimo traducirse en normas legales. Característica esencial de la Constitución ideal sería su máxima brevedad”.²⁸ Sin embargo, no es posible establecer un metro universal que resuelva qué es lo mínimo indispensable. Obviamente, varía de país a país.²⁹

4. ALGUNAS IMPLICACIONES DE LOS DERECHOS SOCIALES

Ahora bien, es preciso observar también que los llamados derechos sociales suelen proyectarse hacia los particulares y las organizaciones sociales en forma mucho más intensa que la

²⁶ Este Derecho emana de la Comunidad/Unión Europea, conforme al artículo 51 del Tratado Constitutivo de la Comunidad (llamada Económica, hasta el Tratado de Maastricht, 1992) Europea. La formación y aplicación recaen -entre otras instancias- en el Tribunal de Justicia (artículos 164 y ss.). Se ha expresado preocupación por el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal pudiera imponer “cargas nuevas e injustificadas” a las entidades alemanas en materia de prestaciones sociales. *Cf.*: Eichenhofer, Eberhard, *Il ruolo della Corte di Giustizia nello sviluppo del diritto sociale europeo*. Trad. E. Ferrari y D.U. Galetta, en “Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario”, anno V, 1995, no. 1, pp. 1 y ss.

²⁷ Difundidos por la Constitución de Weimar, estos derechos son calificados por Schmitt como “esencialmente socialistas”; lo son “a prestaciones positivas del Estado”; al referirse al derecho al trabajo, Schmitt hace ver que “según su estructura lógica y jurídica, tal derecho se encuentra en contraposición con los auténticos derechos fundamentales y de libertad, siendo por ello erróneo el hablar indistintamente de derechos fundamentales”. *Teoría de la Constitución, op. cit.*, p. 196. Acerca de la consagración y aplicación de estos “postergados” derechos en el plano del *ius gentium*, que concurren con los derechos civiles y políticos bajo una “visión necesariamente integrada de todos los derechos humanos”, *cfr.*: Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit.*, pp. 353 y ss.

²⁸ Wheare, K. C., *Las constituciones modernas*. Ed. Labor, 2a. ed., Barcelona, 1975, p. 38.

²⁹ El mismo Wheare reconoce que esa forma de ver las cosas soslaya los problemas que se afrontan cuando “se desea fraguar una Constitución que resulte aceptable para los que han de ponerla en acción o han de vivir con ella...”. Es preciso examinar esta cuestión “antes de que podamos decidir cuál es el mínimo irreductible que bastaría circunscribir en la Constitución”. *Idem*, p. 39.

correspondiente a las facultades tradicionales. Los derechos de formular peticiones al poder público, celebrar reuniones y manifestaciones, difundir ideas, etcétera, tienen cierto impacto sobre otros particulares: por una parte, el derecho de éstos constituye un límite natural para el ejercicio de aquéllos, y por otra, todos se hallan obligados a respetar el ejercicio de las prerrogativas individuales que se practica dentro de los límites acordados por la Constitución. En cambio, los derechos sociales implican mucho más que esa tolerancia relativa a cargo de los otros ciudadanos: traen consigo notables afectaciones en el derecho de éstos o aparejan cargas u obligaciones importantes;³⁰ por ejemplo, las disposiciones en materia de salario y descanso se imponen rigurosamente al empleador; la protección a los menores de edad se exige directamente a los padres de familia, etcétera.

Los derechos tradicionales y los sociales convergen en seres humanos de carne y hueso, individuos concretos, portadores de un valor infungible -ellos mismos- en procuración de su destino. Considero que ambas categorías se resumen en un solo derecho, que abarca y resume a todos: el desarrollo. No hablo ahora del difuso derecho general al desarrollo -frecuentemente reconocido como un derecho de tercera generación, al lado de los derechos a la paz, a la salud del ambiente, a la seguridad, y otros. Me refiero aquí al desarrollo individual del hombre concreto. Todos los derechos de que se inviste a éste tienen un sentido unitario: favorecer su desarrollo personal, el desenvolvimiento de sus potencialidades, el alcance de su destino.³¹

Por otra parte, bajo este mismo concepto se localizan restricciones o modalidades a las libertades clásicas de los propios beneficiarios del Derecho proteccionista, limitaciones que se establecen en aras de la tutela debida a dichos sujetos, que de otra suerte -por su objetivo desvalimiento, sus carencias, que hacen ilusorias la libertad y la igualdad formales- pronto resultarían arrollados por las fuerzas del mercado. Esa reducción en el estatuto de libertades se mira, por ejemplo, en las restricciones o prohibiciones que el sistema agrario mexicano anterior a la reforma de 1992 estableció en relación con ejidos y comunidades -asimismo, ejidatarios y comuneros- y el que establece el régimen laboral en cuanto a las condiciones y consecuencias de la relación del trabajo.

5. ANTECEDENTES EN MÉXICO

Vuelvo al punto inicial de mis reflexiones: todo esto tiene una inflexión particular en México. Fueron múltiples las vicisitudes constituyentes de este país, que emergió trabajosamente

³⁰ En estas hipótesis aparece la injerencia del Estado por diversas vías: legislativa y administrativa, más el desempeño jurisdiccional ajustado a propósitos tutelares. Mediante dicha injerencia -escribe Ignacio Burgoa - "se eliminan los principios de la autonomía de la voluntad y de la libre contratación, en el sentido de que las autoridades estatales, en ejercicio del poder imperativo, eviten que se formen vínculos de derecho que impliquen una reducción o un menoscabo de los derechos que para la clase trabajadora en general o para el trabajador en particular surgen de la garantía social consignada constitucional y legalmente". *Las garantías individuales*. Ed. Porrúa, 5a. ed., México, 1968, p. 244.

³¹ Así lo sostengo en *Derechos humanos y Derecho penal*. Miguel Ángel Porrúa, editor, 2a. ed., México, 1988, pp. 172-173.

te.³² En el curso del primer siglo de independencia, se dio dos constituciones federales, además de otros textos de diverso signo y variado imperio: las cartas de 1824 y 1857. Ambas tuvieron sostenedores y adversarios. Ninguna rigió plenamente. A la mitad del siglo, la Constitución de 1857 proponía una República admirable, dotada de instituciones estupendas. Empero, esa carta -adoptada por una generación de hombres notables- no fue aplicada en sus términos: se oponía la realidad.³³

Cuando se formuló la Constitución del 57, los legisladores acogieron la mejor doctrina sobre los derechos humanos. De esta suerte presentaron un estupendo catálogo de libertades inobjetables. Empero, en el seno del Congreso hubo voces de alerta sobre la "realidad" a la que se dirigiría la flamante Constitución. Esta no respondía, en lo absoluto, al ideal del Constituyente liberal. Carecía de respuesta para algunos de los problemas apremiantes, que debieron aguardar.

En el México de 1857 subsistía la desigualdad más pronunciada, en contraste con la igualdad que dio simiente a la democracia americana; había, en grado extremo, pobreza e ignorancia; y por ende, cundía la explotación, regla de las relaciones laborales. La preocupación por la suerte de los desvalidos, una legión, hizo germinar lo que luego se denominaría el "liberalismo social" mexicano, una conciencia despierta en el siglo XIX; conciencia adelantada,³⁴ que previno el advenimiento del nuevo siglo y atisbó, en él, la nueva Constitución. Con razón, un diputado hizo ver al Congreso: "El proyecto de Constitución que hoy se encuentra sometido a las luces de vuestra soberanía revela en sus autores un estudio, no despreciable, de los sistemas políticos de nuestro siglo; pero al mismo tiempo, un olvido inconcebible de las necesidades políticas de nuestra patria".³⁵

En el futuro, y hasta hoy, se recordaría el extraordinario voto particular de un diputado ilustre, precursor de la que sería, andando más de medio siglo, nuestra reforma agraria:³⁶ "Se

32 Una esclarecedora descripción sobre el difícil inicio de la República es el célebre trabajo de Mariano Otero, a quien se considera coautor del juicio de amparo (con Manuel Crescencio Rejón), *Ensayo sobre el verdadero estado de la cuestión social y política que se agita en la República Mexicana*, en Obras. Ed. Porrúa, México, 1967, t. I, pp. 7 y ss.

33 Una magistral exposición sobre las contradicción entre la Constitución y la realidad hizo Emilio Rabasa, jurista, político y escritor mexicano que trabajó en la última parte del siglo XIX y la primera del XX, en *La Constitución y la dictadura*. Ed. Porrúa, México, 1982.

34 La designación se asocia a estos conceptos: "el liberalismo mexicano, en su largo proceso de formación, se aparta del liberalismo doctrinario en materia económica y social. En el aspecto económico, la práctica liberal e importantísimos pronunciamientos doctrinales obligaron a no llegar al librecambio, inclinándose nuestro proceso histórico real por la protección... En materia social casi como constante se mantienen, motivadas por nuestra peculiaridad, la discusión sobre la propiedad de la tierra y los movimientos populares que pugnan por una modificación en la propiedad territorial". Reyes Heróles, Jesús, *El liberalismo mexicano*. Fondo de Cultura Económica, 2a. edición, México, 1974, t. III (La integración de las ideas), p. 541.

35 Ignacio Ramírez, en Trueba Urbina, *Derecho social mexicano, op. cit.*, p. 57.

36 Miguel de la Madrid se refiere a Ponciano Arriaga como un "claro precursor de la Reforma Agraria". *El pensamiento económico en la Constitución mexicana de 1857*. Ed. Porrúa, 2a. ed., México, 1982, p. 116.

proclaman ideas y se olvidan las cosas... Nos divagamos en la discusión de derechos, y ponemos aparte los hechos positivos. La constitución debiera ser la ley de la tierra, pero no se constituye ni se examina el estado de la tierra”. Añadió: “Los miserables sirvientes del campo, especialmente los de la raza indígena, están vendidos y enajenados para toda su vida, porque el amo les regula el salario, les da el alimento y el vestido que quiere, y al precio que le acomoda, so pena de encarcelarlos, castigarlos, atormentarlos e infamarlos, siempre que no se sometan a los decretos y órdenes del dueño de la tierra”.³⁷

6. NOTA SOBRE LOS FACTORES DE LA REVOLUCIÓN

En el alba del siglo XX numerosos problemas agitaban la conciencia de los mexicanos, y algo más: la paciencia del pueblo.³⁸ Por lo menos cuatro factores precipitaron el alzamiento, y después concurrirían a explicar la producción legislativa derivada de la Revolución, cuyo signo característico fue la pretensión, expresa o implícita, de construir una nueva sociedad. Esta se alzaría sobre el anhelo más antiguo y arraigado en el pueblo mexicano, que venía desde la Colonia y se mostró durante la insurgencia: justicia, en su versión de justicia “social”, más todavía -si fuera posible- que libertad.

Hubo un factor político, que dio a la Revolución sus banderas primordiales; aquél se concentraba en las reelecciones del dictador, la opresión generalizada y el deseo de renovación en el poder por medio de la “no reelección”, una de las “claves revolucionarias” de México. El “antirreeleccionismo” fue el torrente que recibió el factor político de la Revolución.

Hubo, además, un poderoso factor agrario, el formidable ariete contra el viejo régimen en un país predominantemente rural, cuya tierra se hallaba en manos de un puñado de hacendados.³⁹ Aquí emergió la antigua cuestión agraria entre los propietarios del campo y los pueblos despojados, que se agravó bajo el Derecho liberal del siglo XIX, en México como en toda América. De aquí provino el “agrarismo”.

³⁷ “Derecho de propiedad. Voto del Sr. (Ponciano) Arriaga”, en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México (1808-1973)*. Ed. Porrúa, México, 1957, pp. 574 y 578. Otro notable constituyente, defensor de una constitución con mayores preocupaciones sociales, que no se alcanzó en 1857, fue Ignacio Ramírez, “El nigromante”. Al respecto, *cf.* la reseña y comentarios de Trueba Urbina, *Derecho social mexicano, op. cit.*, pp. 57 y ss.

³⁸ El notable ideólogo Luis Cabrera, bajo el pseudónimo de Blas Urrea, planteó las causas del conflicto revolucionario en el artículo “La solución del conflicto”: caciquismo, peonismo, fabriquismo, hacendismo, cientificismo y extranjerismo. Véase Urrea, Blas, *Obras políticas*. Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1985, pp. 176-177.

³⁹ Jorge Vera Estañol, uno de los más conocidos y acérrimos impugnadores de la Constitución de 1917, no pudo menos que reconocer: “durante los nueve años comprendidos de 1881 a 1889 amortizaron... en las manos de 29 individuos o compañías, catorce por ciento de la superficie total de la República, y en los cinco años subsecuentes, otras cuantas empresas acapararon un seis por ciento más de dicha total superficie, o sea, en conjunto, una quinta parte de la propiedad territorial, monopolizada por no más de cincuenta propietarios”. *Al margen de la Constitución de 1917*. Wayside Press, Los Angeles, s.f., p. 149.

Se agregó un factor obrero, no obstante ser aún incipiente el proletariado en este país, donde apenas comenzaba la industrialización. Con todo, el rigor del viejo régimen, heredero de la tradición colonial, se había desplegado sobre los trabajadores de las minas y los operarios de la nueva industria, que hicieron las primeras huelgas, anuncio de la inminente Revolución. De esta suerte elevó banderas el “laborismo” u “obrerismo”.

Y también concurrió, aunque fuese en un ámbito menos amplio y popular, un factor ideológico o intelectual: la reacción contra la filosofía oficial del porfiriato, el positivismo, en círculos universitarios de los que provendrían algunos lúcidos pensadores de la Revolución.

7. LA OBRA DEL CONGRESO CONSTITUYENTE

A. *Posición del Constituyente*

Arribemos al Congreso Constituyente de 1916-1917. Este llegó a sesionar en el Teatro Iturbide de la ciudad de Querétaro, con la mala experiencia de la dictadura, el ánimo inquieto de los diputados, algunos planes renovadores,⁴⁰ los precedentes alentadores de la legislación preconstitucional,⁴¹ y poco después una severa decepción: el proyecto presentado por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista no satisfacía los anhelos de los revolucionarios, ni de sus representantes naturales, los diputados al Congreso. En ese ambiente se desarrolló el encuentro entre dos épocas de la historia, dos ideologías, dos versiones sobre el hombre y sobre México.⁴²

Extrañamente, el texto planteado al Congreso se desentendió de la expectativa que naturalmente alimentaba una expresión del mensaje, en la que se pudo fundar un desarrollo diferente para la propuesta legislativa. Aludo a la reflexión del proyectista sobre las deficiencias de la carta de 1857: los legisladores de entonces “se conformaron con la proclamación de principios generales que no procuraron llevar a la práctica, acomodándolos a las necesidades del pueblo mexicano para darles pronta y cumplida satisfacción; de manera que nuestro código político tiene en general el aspecto de fórmulas abstractas en que se han condensado conclusiones científicas”.

40 Entre ellos, ya distante, el Programa del Partido Liberal Mexicano, del 1 de julio de 1906. También, por supuesto, el Plan de San Luis, que puso en movimiento la Revolución, del 5 de octubre de 1910, y el Plan de Ayala, del 28 de noviembre de 1911, con su propia y enérgica iniciativa de reforma agraria. Poco antes de la Constitución, las adiciones al Plan de Guadalupe, del 12 de diciembre de 1914, y en la víspera misma de la ley fundamental, el decreto que reformó el Plan de Guadalupe, del 14 de septiembre de 1916, que convocaba a elecciones de un Congreso Constituyente para reformar la carta de 1857.

41 Así, las leyes expedidas por Carranza en Veracruz, en el período comprendido entre las adiciones al Plan de Guadalupe (que ofreció la reforma) y la Constitución de 1917: leyes del Municipio libre y el divorcio vincular (25 de diciembre de 1914), leyes agraria y obrera (6 de enero de 1915), reformas al código civil (29 de enero de 1915) y ley de abolición de las tiendas de raya (22 de junio de 1915).

42 Véase el curso y la dialéctica entre las ideas liberales y sociales, o bien, las diversas expresiones del liberalismo, en Rabasa, Emilio O., *El pensamiento político y social del Constituyente de 1916-1917*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1996, pp. 67 y ss.

ficas de gran valor especulativo, pero de las que no ha podido derivarse sino poca o ninguna utilidad positiva”.⁴³

Tómese en cuenta que a diferencia de las Constituciones de “profesores”, proyectadas por juristas eminentes,⁴⁴ la mexicana de 1917 fue sin duda una Constitución popular: muchos de sus redactores eran revolucionarios, gente del pueblo, campesinos, maestros, obreros, que trasladaron a la Constitución lo que ya se había resuelto en la realidad.⁴⁵ En ese contexto no podía aparecer otra Constitución liberal decimonónica; ni siquiera pudo subsistir la carta de 1857, modelo para su tiempo; pero 1917 era ya otro tiempo; en consecuencia, se necesitaba otro modelo.

Para comprender el texto de 1917 es preciso, pues, tomar en cuenta las posiciones y demandas de quienes lo suscribieron. Tenían un carácter popular, ajeno a la técnica legislativa tradicional y a las cartas de profesores. También poseían un aire reivindicador: se quería la devolución de bienes y derechos cancelados o usurpados, y con ella, la asunción del poder. Deseaban abarcar en la Constitución todo lo que se consideraba relevante, es decir, casi todo; menos que eso no bastaba; defraudaría a los obreros y campesinos que hicieron la Revolución. Además, se hallaban dominados por la urgencia: ahora que tenían la posibilidad de legislar, había que hacerlo: era preciso expedir sin demora una “nueva Constitución”, que alojara una “nueva constitucionalidad”.

Finalmente, los integrantes del cuerpo constituyente escucharon la voz y la experiencia de ciertos “adelantados”, sociales, ideólogos o militantes, que no figuraron entre los diputados ni participaron en las deliberaciones, pero cuyas ideas llegaron con pujanza al Congreso de Querétaro.⁴⁶

43 El texto del mensaje se puede consultar en Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México...*, op. cit., p. 746.

44 Se alude a las constituciones de Alemania, de 1919, vinculada a Preuss, austriaca, de 1920, asociada a Kelsen, y española, de 1931, ligada a Posada. Cfr. Biscaretti di Ruffia, *Introducción al Derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 513.

45 “La declaración de derechos sociales nació en los campos de batalla -recuerda Mario de la Cueva-, sin ninguna doctrina que le precediera, como un clamor de los hombres que querían, ante todo, vivir como seres humanos. Es cierto que en la Asamblea de Querétaro, después de que los representantes del pueblo plantearon la urgencia de asegurar a los trabajadores un medio decoroso de vida, se habló de los nuevos derechos del trabajo, paralelos a los viejos derechos del hombre, pero fue una justificación *a posteriori*, cuando ya estaba decidido que se consagraran”. *Teoría de la Constitución*. Ed. Porrúa, México, 1982, p. 57.

46 Con razón se plantea Vicente Fuentes Díaz la pregunta: “¿Quién o quiénes, en lo individual, prevalecieron, pues, con sus ideas, y particularmente sus tesis sociales, en la asamblea de Querétaro?”, a lo que responde: “Parecería paradójico decirlo, pero los caudillos que más influyeron en ella, en ese aspecto, no fueron ni Carranza, ni Obregón ni otros que los rodeaban sino los caudillos ausentes; sí, los que no tuvieron contacto directo con el Congreso, como los hermanos Flores Magón cuando se mantuvieron en el marco ideológico de los precursores de la Revolución, concretamente en la cuestión de los obreros; Emiliano Zapata, en lo tocante a la tierra, y de alguna manera Francisco Villa, en cuanto tuvo una peculiar visión, intuitiva y hasta borrosa, como decía don Francisco Escudero, de los problemas sociales y políticos del país”. “Corrientes ideológicas en el Constituyente”, en Instituto de Investigaciones Bibliográfi-

B. *La cuestión agraria*

La atención de los diputados se concentró en dos materias, naturalmente. Por una parte, la cuestión agraria; por la otra, la cuestión obrera. Sobre la propuesta que el Primer Jefe hizo al Congreso en estos temas, un protagonista de aquellos días observó que sí fue decepcionante el proyecto en materia obrera, "el artículo 27 que se refería a la propiedad de las tierras y a los derechos del poseedor causó mayor desconsuelo entre los constituyentes porque sólo contenía innovaciones de interés secundario sobre el artículo vigente de la Constitución de 1857, sin atacar ninguna de las cuestiones vitales cuya resolución exigía una revolución que había sido provocada e impulsada por la necesidad de una renovación absoluta en el régimen de la propiedad rústica".⁴⁷

De ahí que el proyecto fuese retirado.⁴⁸ Un grupo de diputados, "núcleo fundador" de la nueva Constitución mexicana,⁴⁹ sesionando en otro recinto, produjo el proyecto que conocería el Congreso. Los autores de éste no vacilaron en afirmar que "el artículo 27 (sede del sistema agrario) tendrá que ser el más importante de todos cuantos contenga la Constitución que el H. Congreso viene elaborando".⁵⁰

La comisión recibió con beneplácito el proyecto; su dictamen presentó un diagnóstico severo sobre el estado de cosas dominante en esta materia. Corregirlo "es, en nuestro concepto, resolver el problema agrario, y las medidas que al efecto deban emprenderse consisten en reducir el poder de los latifundios y en levantar el nivel económico, intelectual y moral de los jornaleros".⁵¹

Debió existir en el Constituyente una honda conciencia sobre la trascendencia que ten-

cas, Biblioteca y Hemeroteca Nacionales, Universidad Nacional Autónoma de México, *La Constitución de hoy y su proyección hacia el siglo XXI*. México, 1997, p. 138.

47 Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*. Biblioteca del Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 2a. ed., México, 1959, p. 143.

48 Examinó el tratamiento del tema agrario en el Congreso Constituyente de 1916-1917, en mi libro *Elementos de Derecho procesal agrario*. Ed. Porrúa, México, 1993, pp. 27 y ss.

49 El diputado Froilán Manjarrez propuso al Congreso la formación de una comisión que redactara el capítulo especial "Del Trabajo". Pastor Rouaix se refirió al núcleo fundador de la comisión que asumiría la tarea de redactar los proyectos para los artículos 27 y 123. El grupo que originalmente integró ese núcleo fundador, se compuso con los diputados Pastor Rouaix, José N. Macías, José Inocente Lugo y Rafael L. de los Ríos. *Cfr. Génesis de los artículos 27 y 123...*, *op. cit.*, pp. 103-104. Sobre la aportación de los principales diputados constituyentes a la obra común, *cfr.* Varios autores, *La Constitución mexicana de 1917. Ideólogos, el núcleo fundador y otros constituyentes*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1990. De los legisladores citados por Rouaix como integrantes originales del núcleo, este libro se refiere particularmente al propio Rouaix (artículo de Jorge Madrazo, pp. 365 y ss.) y a Macías (artículo de Marta Morineau, pp. 261 y ss.), no así a Lugo y de los Ríos. Sobre el núcleo fundador, *cfr.* el *discurso* de Madrazo que figura como primer trabajo de la obra colectiva mencionada, esp. pp. 12-14.

50 Asimismo, puntualizaron los proyectistas: "En este artículo tienen por fuerza que sentarse los fundamentos sobre los cuales deberá descansar todo el sistema de los derechos que pueden tenerse a la propiedad raíz comprendida dentro del territorio nacional". *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*. LII Legislatura, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 3a. ed., México, 1985, "Articulado", t. IV, pp. 27-71 y ss.

51 *Idem*, p. 27-79.

dría el régimen jurídico de la tierra. En aquella hora crucial, pudo advertir un diputado: ahora “se ha iniciado el debate más importante de este Congreso; tenemos a nuestra vista, tenemos que estudiar, durante estos debates, el problema capital de la revolución, que es la cuestión agraria. Digo que la cuestión agraria es el problema capital de la revolución y el que más debe interesarnos, porque ya en la conciencia de todos los revolucionarios está que si no se resuelve debidamente este asunto, continuará la guerra”.⁵² Pronto habría impugnaciones: esta no es una “obra nacional: es engendro bolchevique”.⁵³

C. *La cuestión obrera*

La cuestión obrera ganó también la razón y la voluntad de los diputados.⁵⁴ Antes de la Constitución aparecieron algunas leyes del trabajo.⁵⁵ Como antes dije, en el proyecto remitido al Constituyente por el Primer Jefe hubo alusiones alentadoras. Sin embargo, éstas sólo se referían a lo que podría hacer el Congreso ordinario -pero no a lo que haría la propia Constitución- con las atribuciones que ésta le confiriere para legislar en materia laboral.⁵⁶

Pero el Congreso esperaba otra cosa, como se puso de manifiesto en el prolongado debate suscitado por el proyecto. En “tan larga discusión no se (emitió) una sola intervención contraria a las garantías del trabajador; sino... todos los diputados, radicales y moderados, trataron únicamente de consolidar, ampliar y hacer práctica en su ampliación, los principios que ambicionaban”.⁵⁷

En el Congreso flotaba una idea, puesta por los juristas: la reglamentación de las relaciones laborales no concierne a la norma constitucional; es asunto de la ley secundaria; la Constitución debe atenerse a los principios generales de la materia, y no más. Pronto se impugnó el

⁵² *Idem*, p. 27-88.

⁵³ Dijo Vera Estañol sobre la Constitución; la frase aparece en el juicio que ese autor formula sobre el sistema constitucional agrario: “En el problema agrario, como en casi todos los demás, la Constitución de Querétaro, en vez de ser constructiva, justa y conveniente, es atentatoria, disolvente y destructiva”. *Al margen de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁴ Sobre este tema, *cfr.* mis artículos “Consideraciones sobre el Derecho social del trabajo”, en Varios autores, *75 Aniversario* (de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje). *1917-1992*. Gobierno del Estado de México, Secretaría del Trabajo y de la Previsión Social, Toluca, Toluca, 1992, pp. 87 y ss.; y “Consideración sobre el artículo 123 constitucional”, en Varios autores, *75 Aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ed. Porrúa, México, 1992, pp. 171 y ss.

⁵⁵ Así, ley del trabajo, de Cándido Aguilar, en Veracruz (1914), ley de asociaciones profesionales, de Agustín Millán, también en Veracruz (1915), ley del Consejo de Conciliación y del Tribunal de Arbitraje, y del trabajo, de Salvador Alvarado, en Yucatán (1915), proyecto de ley sobre contratos de trabajo, del secretario de Gobernación, Zubarán Capmany (1915), y legislación laboral de Gustavo Espinosa Mireles, en Coahuila (1916).

⁵⁶ Carranza indicó que merced a las facultades que el Congreso recibiría en la fracción XX del artículo 72 (así aparece la referencia en el mensaje de Carranza, pero en rigor se trataba de la fracción X del artículo 73 del proyecto), aquél expediría leyes laborales “en las que se implantaran todas las instituciones del progreso social en favor de la clase obrera y de todos los trabajadores”. En seguida enunciaba algunas de las medidas benefactoras; así “espera fundadamente el gobierno de mi cargo que las instituciones políticas del país responderán satisfactoriamente a las necesidades sociales...”.

⁵⁷ Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123...*, *op. cit.*, pp. 74-75.

parecer de los juristas: éstos dicen que es imposible llevar la Constitución al detalle de los problemas laborales; “eso, según ellos, pertenece a la reglamentación de las leyes; pero, precisamente, señores, esa tendencia, esa teoría, ¿qué es lo que ha hecho? Que nuestra Constitución tan libérrima, tan amplia, tan buena, haya resultado, como la llamaban los señores científicos,⁵⁸ un traje de luces para el pueblo mexicano, porque faltó esa reglamentación, porque jamás se hizo. Se dejaron consignados los principios generales y ahí concluyó todo...”.⁵⁹

A esta declaración se sumaron otras voces: “un representante obrero del Estado de Yucatán viene a pedir aquí que se legisle radicalmente en materia de trabajo”.⁶⁰ Otro diputado secundó: si dejamos estas cuestiones al legislador secundario, “¿quién nos garantiza que el nuevo Congreso habrá de estar integrado por revolucionarios?... ¿quién nos garantizará que habrá de operar de acuerdo con nuestras ideas?”. Por ello, no importa que se desatienda la recomendación de los jurisconsultos; sólo interesa que “atendamos debidamente el clamor de esos hombres que se levantaron en la lucha armada y que son los que más merecen que nosotros busquemos su bienestar”.⁶¹

En consecuencia, los fundadores del constitucionalismo emergente debieron rehacer la propuesta sobre relaciones del trabajo. De aquí surgió un extenso precepto que los mexicanos han celebrado con la misma devoción con que festejan el artículo 27: me refiero al precepto

58 Se alude al grupo de cultivadores o invocadores de las “ciencias sociales” (la sociología del positivismo) que cerraron filas en torno a Porfirio Díaz y constituyeron un bastión de la dictadura. Véase el artículo de Luis Cabrera “El partido científico. Qué ha sido. Qué es. Qué será. Para qué sirve la ‘ciencia’”, en Urrea, *Obras políticas*, *op. cit.*, pp. 15 y ss. Andrés Molina Enríquez, profundo conocedor de los problemas nacionales, sobre los que escribió con maestría, y que contribuyó a la formulación del artículo 27 constitucional, refiere que “los científicos, como irónicamente fueron titulados por los mestizos y por los indios, no procuraron mostrar su existencia y desarrollar sus fuerzas a plena luz, prefiriendo según como venían (*sic*), a la sombra del Gral. Díaz, en calidad de consejeros privados de su administración, y ligados a él por la esperanza de sucederle en el poder, o por un afortunado golpe de mano, o a virtud de una transmisión hereditaria dirigida por él mismo. La única señal exterior que daban de su existencia era la insufrible petulancia, similar a la de los tecnócratas de nuestros días...”. *La revolución agraria en México*. Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1985, p. 366.

59 *Cit.* Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123...*, *op. cit.*, p. 77.

60 La expresión corresponde al diputado Héctor Victoria. En su concepto, el nuevo mandamiento constitucional debía “trazar las bases fundamentales sobre las que ha de legislarse en materia de trabajo, entre otras, las siguientes: jornada máxima, salario mínimo, descanso semanario, higienización de talleres, fábricas, minas, convenios industriales, creación de tribunales de conciliación, de arbitraje, protección del trabajo nocturno a las mujeres y niños, accidentes, seguros e indemnizaciones, etc.”. No dejaré de transcribir la severa expresión de este legislador, que da cuenta con un sentimiento seguramente compartido por muchos constituyentes, que concurre a explicar el rumbo adoptado por la carta del 17: “los trabajadores estamos enteramente cansados de la labor páfida que en detrimento de las libertades públicas han llevado a cabo los académicos, los ilustres, los sabios, en una palabra, los jurisconsultos...”. *Cit.* Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123...*, *op. cit.*, pp. 779-80.

61 Froilán C. Manjarrez, *cit.* en Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123...*, *op. cit.*, p. 81. En una sesión posterior, este mismo diputado propuso que la materia obrera se reuniese en un capítulo especial - que podría llevar como título: “Del Trabajo”-, y que se nombrase una comisión de cinco diputados para proponer dicho capítulo. *Idem*, pp. 100-101.

123, alojado en un título ad-hoc de la ley fundamental, el sexto: “Del trabajo y de la previsión social”, que no sólo impone deberes al Estado, a la manera de los derechos humanos de segunda generación, sino fija obligaciones a unos particulares en favor de otros: aquéllos, los empleadores, éstos, los obreros. He aquí una concepción diferente sobre los derechos que consagra la Constitución.

Al culminar la novedad mexicana en el Congreso de Querétaro, el sentimiento sobre el nuevo constitucionalismo, inaugurado en la carta de 1917, se concentraba en la fórmula elocuente que un legislador señaló al Constituyente: “así como Francia después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magnas los inmortales derechos del hombre, así la Revolución Mexicana tendría el orgullo de mostrar al mundo, que es la primera en consignar en una Constitución, los sagrados derechos de los obreros”.⁶² Por supuesto, también llegó a este campo el reproche de los adversarios de la Constitución social.⁶³

D. *La educación*

Otros temas atrajeron la atención y la emoción del Congreso. Entre ellos figuró la educación, reducto del Derecho social. Empero, el desarrollo del artículo 3 provendría de reformas incorporadas por el Constituyente Permanente. En 1916-1917 se libró de nuevo, y se ganó, la antigua lucha del Estado nacional en pro del carácter laico de la enseñanza impartida en establecimientos oficiales, así como de la primaria, elemental y superior que se impartiesen en establecimientos particulares. A este punto acudía la antigua pugna entre la Iglesia y el Estado. El tono social se observó en el último párrafo del artículo 3 original: “En los establecimientos oficiales, se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria”.

8. FACTORES DE PODER Y DECISIONES FUNDAMENTALES

En el Constituyente revolucionario habían actuado los factores reales de poder de la sociedad mexicana en pie de guerra; no fue posible soslayar las propuestas campesina y obrera, porque obreros y campesinos había adquirido conciencia de su fuerza, que “vigilaba” al Congreso. En tal virtud, la Constitución fue como debía ser.⁶⁴ Y también así quedaron escrituradas de nuevo las decisiones políticas fundamentales⁶⁵ de la nación mexicana.

⁶² Alfonso Cravioto, *cit.* en Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123...*, *op. cit.*, p. 89.

⁶³ Del referido Vera Estañol, destacaré un concepto a propósito del régimen laboral de la ley suprema: “Dos medios hay de igualar: uno es elevando a los de abajo; el otro, abatiendo a los de arriba. Aquél es amor, progreso, construcción; éste es rencor, aniquilamiento, bolchevismo. Los constituyentes de Querétaro eligieron el segundo medio; por eso su obra ha sido estéril”. *Al margen de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁴ “Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad -enseñó Fernando Lasalle - son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son”. *¿Qué es una Constitución?* Trad. W. Roces. Ed. Siglo Veinte, Buenos Aires, 1946, p. 53.

Nuestra nación resolvió, entre otras cosas, constituirse como una república social;⁶⁶ erigir un Estado social de Derecho; conducir las relaciones humanas bajo la regla de la equidad; reconocer a la nación el dominio original de aguas y tierras; moderar el conflicto entre los actores sociales con la acción equilibradora de la ley y del Estado; compensar con la “mano visible” del poder lo que a muchos había negado la “mano invisible” del azar o del mercado.

9. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Con esta raíz, México inició la época del constitucionalismo social:⁶⁷ otra idea constitucional y nuevos contenidos de la ley fundamental.⁶⁸ En este orden, la prioridad corresponde a la Constitución de 1917, como se ha reconocido ampliamente,⁶⁹ aunque a veces se atribuya la prioridad a la alemana de Weimar,⁷⁰ ordenamiento que posee, por lo demás, merecimientos

65 El autor del concepto, Carl Schmitt, sostiene que “en el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del pueblo en la democracia y del monarca en la monarquía auténtica”. Schmitt analiza, en seguida, esas decisiones en la Constitución alemana de Weimar. Las decisiones políticas fundamentales, agrega, “son más que leyes y normaciones; son las decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser del pueblo alemán y forman el supuesto básico para todas las ulteriores normaciones, incluso para las leyes constitucionales”. *Teoría de la Constitución, op. cit.*, pp. 27-29. *Cfr.*, asimismo, Leowenstein, *Teoría de la Constitución, op. cit.*, pp. 63 y ss.

66 En “La Constitución y la ordenación económica del Estado”, trabajo incluido en mi libro *Derecho social económico y la empresa pública en México* (Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1982), sostengo que “México ha resuelto ser, y así lo ha dicho en su Constitución, una república de soberanía popular, democrática, directa, representativa -con límites absoluto y relativo para el desempeño temporal de la representación-, federal y social, independiente y laica, con división funcional y territorial del ejercicio del poder formal, y dentro de un orden que aceptó la posibilidad del cambio y se supedita al control de los actos de autoridad”. *Op. cit.*, p. 51. Jorge Carpizo distingue entre decisiones materiales y formales; aquéllas son “la sustancia del orden jurídico”, derechos primarios; las segundas “son los principios que mantienen la vigencia y el cumplimiento de las decisiones materiales”. Estas son: soberanía, derechos humanos, sistema representativo y supremacía del poder civil sobre la Iglesia; las formales son: división de poderes, federalismo y juicio de amparo. *La Constitución mexicana de 1917*. Coordinación de Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1969, p. 161.

67 Una obra fundamental sobre el tema, debida a Jorge Sayeg Helú, es *El constitucionalismo social mexicano*. La integración constitucional de México (1808-1988). Fondo de Cultura Económica, 1a. edición (del FCE), México, 1991.

68 Entre los tratadistas clásicos de la materia, Mirkine-Guetzévitch señala que bajo la nueva técnica constitucional emprendida en los primeros lustros del corriente siglo, se crea “un mínimo de condiciones jurídicas que permitan asegurar la independencia social del individuo. Esta evolución de la doctrina de las libertades individuales arroja una doble consecuencia: aparición de la defensa social de la persona; limitación, en nombre del interés social, de ciertos derechos fundamentales anteriormente proclamados y establecidos”. *Les constitutions européennes, op. cit.*, t. I, pp. 131-132.

69 Los derechos fundamentales socioeconómicos, que hoy son el “equipaje estándar del constitucionalismo... fueron proclamados por primera vez, en la Constitución mexicana de 1917 -indica Karl Loewenstein, quien en seguida agrega con cierta ironía-, que con un alto salto se ahorró todo el camino para realizarlos: todas las riquezas naturales fueron nacionalizadas y el Estado asumió completamente, por lo menos en el papel, la responsabilidad social para garantizar una existencia digna a cada uno de sus ciuda-

indiscutibles, que no la preservaron de la crítica.⁷¹ Sólo un sobrevuelo somero y desdeñoso sobre la ley mexicana permitiría suponer que carece de relevancia para el Derecho constitucional y apenas ofrece interés para la ciencia política.⁷²

La carta mexicana abrió un camino sobre el que rápidamente avanzarían otros textos germinales en la primera etapa del siglo XX. Luego se generalizaría la recepción de temas sociales en las constituciones; ahora son un extremo acostumbrado.⁷³ A este nervio innovador se debe la naturaleza programática o comprometida de la Constitución mexicana,⁷⁴ jamás neutral.⁷⁵

danos”. *Teoría de la Constitución, op. cit.*, p. 401. Antonio Colomer Vidal puntualiza: “Uno de los legítimos motivos de orgullo del constitucionalismo iberoamericano, a través del mexicano -cuya paternidad es indiscutible- es el de ser el primero en incorporar normas de contenido laboral y social. Los derechos sociales serán a partir de la Constitución mexicana de Querétaro, de 1917, uno de los fundamentos del moderno Estado Social de Derecho”. *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*. Instituto de Cooperación Iberoamericana. Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1990, p. 104. En el mismo sentido, desde luego, la doctrina mexicana. *Cfr.*, sólo como ejemplos, De la Cueva, *El nuevo Derecho mexicano del trabajo*. Ed. Porrúa, 2a. ed., México, 1974, p. 44; Trueba Urbina, *Derecho social mexicano, op. cit.*, pp. 143 y ss.; Sayeg Helú, *El constitucionalismo social mexicano...*, *op. cit.*, pp. 614 y ss.; De la Madrid, *Elementos de Derecho constitucional*. ICAP, México, 1982, pp. 206-208; Carpizo, *La Constitución mexicana...*, *op.cit.* p. 147-148.

70 *Cfr.* Mirkine-Guetzévitch, *Les constitutions européennes, op. cit.*, t. I, p. 132. Al examinar los derechos a prestaciones del Estado contenidos en la Constitución francesa de 1848, García Pelayo señala que “hasta la Constitución alemana de Weimar, es decir, hasta que las organizaciones obreras no adquirieron influencia constituyente, no se encuentran derechos parecidos en ningún texto constitucional”. *Derecho constitucional comparado, op. cit.*, p. 481. Paolo Biscaretti di Ruffia recuerda que los derechos sociales -derecho al trabajo o a la instrucción- que fueron enunciados por primera vez en la inaplicada constitución jacobina de 1793 “tuvieron que esperar más de un siglo para ser nuevamente consagrados, aun cuando con mayor amplitud, en la Constitución alemana de Weimar de 1919”. *Introducción al Derecho constitucional comparado, op. cit.*, pp. 506-507. El mismo tratadista señala que después de 1918 “surgió una rica serie de Constituciones redactadas con criterios científicamente elaborados, con objeto de que la voluntad popular alcanzara en todo caso a guiar la política general del país, lo que dio lugar a las ‘Constituciones racionalizadas’, y al mismo tiempo se enunciaron por vez primera, y en forma clara y amplia, los derechos sociales al lado de los políticos y los de libertad (al respecto baste recordar el texto germánico redactado en Weimar en 1919)”. *Idem*, p. 522.

71 Mario de la Cueva considera que con la Constitución de Weimar culminó “la obra jurídica más importante de la primera posguerra mundial”, en la que plasmaron “los ideales de una democracia social y muchos de los anhelos de los trabajadores”. *Derecho mexicano del trabajo*. Ed. Porrúa, 6a. ed., México, 1961, t. I, p. 45. Además de la crítica de Schmitt, otros autores de aquel tiempo cuestionaron la Constitución de 1919. Larnaud se preguntó por la capacidad de los alemanes para servirse de los instrumentos de la libertad constitucional, y censuró el hecho de que bajo el rubro de los derechos y deberes de los alemanes, la ley fundamental llevase a cabo una expropiación organizada de los derechos individuales. *Cfr. La Constitution de l'Empire Allemand du 11 Août 1919*. Trad. Joseph Dubois. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1919, pp. 8-9.

72 En este sentido, Biscaretti di Ruffia, que destaca la gran distancia entre los países que aportaron los modelos constitucionales y los Estados en vías de desarrollo, que opera “en una ‘dimensión’ de tiempo y de ambiente notoriamente diversos, con un retraso sobre la primera categoría que en ocasiones supera el siglo de progreso civil”. *Introducción al Derecho constitucional comparado, op. cit.*, pp. 140-141. “Las condiciones de subdesarrollo económico y social de esos países... confieren (a sus constituciones) una existencia en gran parte teórica o libresca...”. *Idem*, p. 516.

73 Sobre la situación de la materia hasta el final de la década de los sesentas, *cfr.* García Ramírez, *Lo social en los sistemas jurídicos constitucional e internacional contemporáneos*, en *rev. cit.*, pp. 139 y ss.

Nos hallamos, pues, en el rumbo de ordenamientos fundamentales que no se reconocen solamente como políticos, sino aspiran a ser constituciones político-sociales.⁷⁶

Ahora bien, el horizonte excepcionalmente ambicioso de ciertas leyes supremas -entre ellas la mexicana- permite la calificación que algún tratadista les asigna: constituciones nominales, giro que no apareja, por fuerza, una censura; son textos que no se trasladan íntegramente a la realidad; presididos por una intención política plausible, "aspiran" a organizar la sociedad, pero no lo consiguen absolutamente; su función primaria es "educativa", y su pretensión última, "normativa". Apuntan, pues, en cierta dirección, que aún no se alcanza.⁷⁷ Obviamente, es variable, relativo, el carácter nominal de una constitución política. En un extremo insostenible se hallaría el absoluto divorcio entre la ley y la realidad; en otro, la progresiva conformidad de la realidad con el texto de la ley.⁷⁸

10. REFORMAS CONSTITUCIONALES

El Estado social se halla ampliamente desarrollado en América Latina -escribe Humberto Quiroga Lavié- "a partir de una programática constitucional proficua, que muchos quieren ver como catálogos de ilusiones...". En el ámbito prestacional de las constituciones del área figuran: protección de la salud, la cultura, la familia, la ciencia y la tecnología, régimen de reforma agraria, asistencia, seguridad y previsión social, así como protección del deporte. "Estudio introductorio" a *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. Las constituciones latinoamericanas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1994, pp. 32-34. Sobre esta materia, más ampliamente, del mismo Quiroga Lavié, *cfr. Derecho constitucional latinoamericano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1991, pp. 77 y ss.

74 Loewenstein manifiesta que "un conocido ejemplo de constitución condicionada ideológicamente es la mexicana de 1917, con su expresa orientación hacia un orden social de tipo socialista". *Teoría de la Constitución, op. cit.*, p. 212.

75 "Todas las constituciones suelen consagrar... en medida más o menos amplia, disposiciones directivas o programáticas", señala Biscaretti di Ruffia. *Introducción al Derecho constitucional comparado, op. cit.*, p. 537. El mismo autor recuerda un caso histórico en la referencia a cuestiones de carácter moral. Se trata de algunos artículos introductorios del texto de la Constitución francesa de 22 de agosto de 1955: "Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux" (artículo 4); y "Celui qui, sans enfreindre ouvertement les lois, les élude par ruse ou par adresse, blesse les intérêts de tous: il se rend indigne de leur bienveillance et de leur estime" (artículo 7). *Idem*, p. 588, n. 11.

76 García Oviedo alude a constituciones político-sociales, frente a las exclusivamente políticas. *El constitucionalismo de la postguerra, op. cit.*, p. 148. El Estado mexicano de Campeche expidió en 1957 una Constitución político-social. Un decreto de diciembre de 1961 devolvió al ordenamiento su denominación de política, solamente.

77 Loewenstein escribe: "Lo que la constitución nominal implica es que los presupuestos sociales y económicos existentes... en el momento actual operan contra una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. La situación, de hecho, impide, o no permite por ahora, la completa integración de las normas constitucionales en la dinámica de la vida política... La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en un futuro más o menos lejano, convertirse en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella". *Teoría de la Constitución, op. cit.*, p. 218.

78 Sostiene Loewenstein que "Iberoamérica continúa siendo, tanto antes como ahora, el terreno tradicional en el que se asienta la constitución nominal". Al tiempo de escribir su obra, manifiesta: "No se puede desconocer, sin embargo, los progresos innegables hacia un proceso normativo; Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Uruguay, México y Costa Rica persisten, aunque con interrupciones ocasionales, en un

A. *Razones y vertientes. El quehacer del Estado*

No se detuvo en 1917 la historia de las constituciones, y ni siquiera la biografía particular de la Constitución de los mexicanos. A ésta arribaron constantes novedades. Conviene reconocer que nuestra Constitución “rígida” ha demostrado ser muy “flexible”.⁷⁹ En México, la copiosa reforma constitucional⁸⁰ obedece a una serie de factores que conviene examinar objetivamente;⁸¹ si no se hace, el lector abrumado acabará por suponer que sólo hubo “manía” reformadora y que la ley suprema es apenas un “traje de Arlequín” hecho a retazos, como se ha dicho, con notable ligereza, más de una vez.

El hecho de que la Constitución mexicana sea un documento de normas y programas, de preceptos y esperanzas, contribuye al nerviosismo del parlamento. La ley fundamental tiene, en consecuencia, lo que podríamos llamar una “vocación por la reforma”: sea el cambio, sea la adición. No sucedería lo mismo si desde el origen se hubiera dejado a la norma secundaria, como quisieron los jurisconsultos del Constituyente, toda la materia “reglamentaria”, o si a la manera de la Constitución norteamericana, la nuestra sólo contuviese la estructura del Estado, las atribuciones de sus órganos, el pacto federal -que aquí ha sido tema de constantes reformas constitucionales- y un conjunto irreductible de derechos fundamentales.

Ya me referí a la pretensión integradora del Constituyente de 1916-1917; esa pretensión es oriunda de una experiencia, que luego ha generado un receloso temperamento; por ello se desea poner “todo”, o “casi todo”, al abrigo de los vientos que pudieran sobrevenir; la bahía de protección es la norma constitucional; llevemos a ella, pues, nuestras conquistas. Por ende, el

auténtico normativismo”. *Teoría de la Constitución, op. cit.*, p. 220. En su conjunto, esta descripción debería reexaminarse a la luz de la situación iberoamericana actual, a dos décadas de la situación que consideró aquel tratadista. Quiroga Lavié examina este mismo asunto. En su análisis señala -con razón, en mi concepto- que “el caso de México es de suma peculiaridad en nuestro continente”. *Derecho constitucional latinoamericano, op. cit.*, pp.17-19.

79 Acerca de la revisión constitucional, *cfr.* Biscaretti di Ruffia, *Introducción al Derecho constitucional comparado, op. cit.*, pp. 546 y ss.

80 Véase la relación y la materia de las reformas constitucionales en Gutiérrez S., Sergio Elías, y Rives S., Roberto, *La Constitución mexicana en el siglo XX*. México, 1994. Asimismo, Palacios Alcocer, Mariano, con un amplio examen sobre las reformas realizadas y los grandes retos sociales, muchos de los cuales son, igualmente, temas de la Constitución: *El régimen de garantías sociales en el constitucionalismo mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1995. Es muy ilustrativa la descripción de las reformas constitucionales en general -con la clasificación pertinente- y de las modificaciones en el rubro del constitucionalismo social que proporciona Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*. Ed. Porrúa, México, 1995, esp. pp. 60 y ss., 191 y ss. y 247 y ss. Además, Valadés, Diego, *Constitución y política*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2a. ed., pp. 77 y ss.

81 *Cfr.* García Ramírez, “La reforma constitucional”, en Varios autores, *Vigencia de la Constitución de 1917. LXXX aniversario*. Archivo General de la Nación, México, 1997, pp. 253 y ss. Véase una explicación sobre los factores de la “reforma (constitucional) profusa” en México, en Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano...*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

hilo de las reformas constitucionales expresará con frecuencia el itinerario de los progresos -o lo que en un momento se ha calificado como tales- que consigue o se propone la nación, o por lo menos su gobierno.

Por último, las reformas se alimentan con la impotencia del Poder Judicial para incluir en la ley fundamental cambios de todo género, pequeños o mayúsculos, por la vía de la interpretación judicial,⁸² a diferencia de su homólogo norteamericano, que ha impreso a las palabras de la ley contenidos diferentes, al calor de las nuevas condiciones de vida.⁸³ Esta es una forma eficaz de acomodar las palabras a los hechos, que no se halla en las manos de los jueces mexicanos, ni por encomienda constitucional, pues ha predominado el concepto de los efectos relativos de la sentencia de amparo, ni por la puerta que abrió el artículo 133 en favor del control difuso de la constitucionalidad de las normas secundarias, una puerta por la que no ingresó la justicia ordinaria. Ni siquiera la reforma judicial constitucional de 1994,⁸⁴ tan desacertada en algunos extremos -como éste-, ha permitido francamente el “ajuste” judicial de la Constitución.

Las reformas constitucionales han abundado en dos direcciones, sobre todo: una, la “distribución del poder”, obsesión de los legisladores;⁸⁵ otra, los textos sociales: programas, proyectos, aspiraciones. Esto último amplía el ámbito social de la carta mexicana. No sobra tomar nota de que muchas normas sociales de los últimos años -llamadas, con razón o sin ella, “garantías”- dan universalidad, como es propio de los derechos humanos, a disposiciones que nacieron vinculadas con los textos relativos a la cuestión obrera. Tales son los casos, por ejemplo, del derecho al cuidado de la salud, a la protección de los menores y la familia, a la vivienda digna. Así, se “universalizan” algunos derechos que nacieron “sectorizados”.

Es evidente que los cambios constitucionales en materia social, así como sus conexos naturales, las variaciones en el quehacer del Estado vinculadas con la economía y otros sectores de la vida social, ofrecen un buen panorama sobre las relaciones entre el individuo, la sociedad y el poder formal. En otras palabras, ponen de manifiesto lo que perdura y lo que se modifica

82 He aquí la fórmula concisa de esta vertiente reformadora: “Es función de los jueces decidir lo que la ley es en casos de litigio. Una Constitución es parte de la ley y, por lo tanto, cae dentro de la competencia de los jueces”. Wheare, *Las constituciones modernas*, op. cit., p.105.

83 En este sentido, véase, por ejemplo, la evolución que la jurisprudencia norteamericana ha impreso a los textos -intactos durante dos siglos - de las primeras enmiendas incorporadas a la Constitución de los Estados Unidos, el primer *bill of rights* de una carta nacional y federal, en Hickok Jr., Eugene W.(ed.), *The bill of rights, original meaning and current understanding*. The University Press of Virginia, Charlottesville and London, 1991.

84 Que analizo ampliamente en mi libro *Poder judicial y Ministerio Público*. Ed. Porrúa, 2a. ed., México, 1997.

85 Me refiero a la asignación o distribución de facultades en dos vertientes. De un lado, entre los poderes de la Unión (y los poderes de las entidades federativas, consecuentemente); del otro, entre los planos o niveles del Estado mexicano: la Federación, los Estados de la Unión, el Distrito Federal y los municipios. Sobre el primer campo, por ejemplo, es elocuente la inagotable sucesión de reformas al artículo 73 constitucional, que fija las potestades del Congreso de la Unión, y en rigor establece el “espacio” jurídico -y político- de la Federación.

en el proceso -muy activo desde hace algunos lustros- de la llamada “reforma del Estado”. Por supuesto, ésta no se confunde con el “adelgazamiento de la administración” ni con la simple revisión de procedimientos para la buena marcha de los servicios públicos.⁸⁶

Hoy asistimos a una “crisis del Estado social”, cuyas causas no procede analizar ahora. Consecuencia de aquélla, asociada al retraimiento del Estado y de su intervención en los procesos sociales y económicos, es “vaciar a la democracia de ese contenido socioeconómico. Es a lo que responde el *desideratum* expresado en la fórmula ‘la economía fuera de la política’”.⁸⁷

En mi concepto, y por lo que toca al tema central de este ensayo, el momento de quiebre se localiza en 1988: hasta esa fecha persistió el acostumbrado sentido social en las reformas constitucionales; posteriormente, éstas adquirieron otro significado, más o menos intenso, con alguna salvedad: tal es el caso de la reforma en el artículo 4 a propósito de la cuestión indígena. Estamos ante el producto de la “modernización” de México, la “reforma del Estado”, la “globalización”. Entró en crisis el Estado benefactor, sin perder el membrete de Estado social.

A pesar de que “formalmente” se conserva la denominación de social, el “nuevo” Estado tiene un signo cada vez más diferente del que mantuvo mientras prevalecieron las tendencias político-sociales derivadas en forma expresa de la Revolución Mexicana. Me limitaré a mencionar, en seguida, algunos de los cambios constitucionales más relevantes -recientes, en su mayoría, salvo la reforma de 1945 al artículo 3- de signo social. Varios se agrupan en el artículo 4, centro de recepción de distintas materias; empero, el espíritu de éstas es más o menos uniforme, como se dijo en alguno de los procesos reformadores.

Obviamente, no me sería posible examinar ahora todos los cambios que se han producido en los textos constitucionales sobre garantías o derechos sociales, tanto los que refuerzan la orientación de 1917, como las que introducen verdaderos virajes⁸⁸ e inician la posible “nueva” Constitución sobre la que volveré en la conclusión de este trabajo. Los artículos 27 y 123 han

86 Cfr. García Ramírez, “El Estado de Derecho”, en Varios autores, *Estado de Derecho*. Barra Mexicana de Abogados-Editorial Themis, México, 1997, pp. 57-60.

87 De Cabo Martín, Carlos. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1997, p. 229. Otras consecuencias que el autor examina son la reducción de las diversas formas de participación a una sola: electoral, la actividad de los parlamentos como cuerpos que legitiman las decisiones básicas que se toman fuera de ellos y la ausencia de los partidos del escenario en que se plantea el conflicto básico. *Idem*, pp. 229-230.

88 En un interesante estudio sobre los cambios en el Derecho mexicano, Sergio López Ayllón destaca que “en los últimos años, las reformas constitucionales han modificado algunos elementos que habían sido considerados piedras angulares del sistema; en particular, las reformas a los artículos 3, 4, 26, 27, 28, 94, 41 y 130. Esto significa que al diseño original se (ha) sobrepuesto un nuevo ‘modelo’, causa y consecuencia de las transformaciones que ha sufrido el país. Este ‘modelo’ de diseño imperfecto coexiste, al menos en ciertos elementos, en tensión con el otro”. *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del Derecho en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, p. 178.

sido reformados en múltiples ocasiones; se han incorporado nuevos horizontes, así como variaciones relevantes, que suscitaron grandes debates, no agotados. El artículo 123 (relaciones laborales) ha resistido la avalancha reformadora de los últimos años,⁸⁹ que se cierne también sobre la Ley Federal del Trabajo, no tocada recientemente, y que puede alterar el curso de esta expresión social del constitucionalismo mexicano.⁹⁰ En el artículo 27 (dominio de la nación y materia agraria) han menudeado las reformas.

B. *Derecho al trabajo*

Por lo que hace al artículo 123, considero indispensable hacer referencia a la reforma propuesta en iniciativa del 13 de septiembre de 1978,⁹¹ que aportó un párrafo introductorio a dicho precepto, independiente de los apartados A) y B): "Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley". Se consideró entonces "llegado el momento de dar el paso que, no hace muchos años, sólo podía considerarse como una declaración de buenas pero irrealizables intenciones: consagrar a nivel constitucional el derecho al trabajo".⁹²

El derecho al trabajo constituye uno de los más relevantes derechos sociales, como se indicó en la exposición de motivos,⁹³ que tiene como contrapartida una obligación de la sociedad en su conjunto: "La responsabilidad del Estado, como sucede ante todo derecho social, consiste en propiciar, por medios legales, que dichas acciones se realicen".⁹⁴

C. *Reforma en materia agraria*

⁸⁹ Cfr. la presentación sumaria de las reformas al artículo 123 que hago en mi trabajo "Consideración sobre el artículo 123 constitucional", en Varios autores, *75 aniversario de la Constitución Política...*, op. cit., pp. 179 y ss.

⁹⁰ La marcha ascendente emprendida en Querétaro, "hoy se convierte en el camino de regreso al neoliberalismo. Las crisis capitalista, periódicas y reincidentes y el fracaso económico del estatismo social con el intento, generalmente logrado, de extinguir el Estado de bienestar, han provocado que el derecho del trabajo y su hermana gemela, la seguridad social, entren hoy en una etapa de seria decadencia cuyas perspectivas, en este final del siglo XX, son difíciles de prever en el mejor de los casos". De Buén, Néstor, "Los factores de la producción. El régimen del trabajo", en García Ramírez (coord.), *Los valores en el Derecho mexicano. Una aproximación*. Fondo de Cultura Económica, México, 1997, op. cit., p. 53.

⁹¹ Que generó la reforma expedida por decreto del 8 de diciembre de 1978, publicada en el "Diario Oficial" del 19 del mismo mes.

⁹² *Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., t. XII, p. 761.

⁹³ "Es conveniente destacar que el derecho al trabajo no es una garantía individual del sentido clásico del liberalismo; es un derecho social, con el correlativo deber que la sociedad reconoce como suyo. Es de importancia social, jurídica y política, establecer claramente esta diferencia y de ahí que en vez de incluirla en el capítulo que la Constitución dedica a las garantías individuales, se sugiera hacer del párrafo que consagra el derecho al trabajo el primero de nuestro artículo 123. Hacerlo no es sólo reconocer su origen, sino vincularlo mejor al derecho del trabajo, y, también, reconocer, una vez más, la visión de los constituyentes que hicieron de la nuestra la primera Constitución que estableció las garantías sociales". *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

En materia agraria ha habido diversos cambios, que no es fácil exponer en tan reducido espacio. Quisiera resumir las características de las grandes etapas de la regulación constitucional: la que se inicia en 1917 y avanza -con cambios y vueltas- hasta 1992, y la que comienza en este último año. En síntesis, se puede decir que “los datos unificadores en el primer período, no obstante las diferencias ocasionales y las numerosas reformas incorporadas al artículo 27 de la Constitución, se hallan en el reparto de la tierra, por una parte, y la reducción o el condicionamiento de los derechos de los campesinos en aras de un designio tutelar, por la otra. En este ámbito y por tal motivo destaca la injerencia del Estado en las decisiones colectivas e individuales a propósito de la tenencia, la explotación y la defensa de la tierra. Posiblemente cabría agregar otro componente: la preferencia por los sistemas ejidal y comunal, que llegan a ser inalterables”.

El segundo período comienza con la reforma constitucional de 1992,⁹⁵ simbólicamente publicada el 6 de enero, misma fecha de expedición de la famosa ley agraria de 1915, con el evidente designio de mostrar el inicio de una nueva era en materia agraria. Sus datos unificadores poseen un signo contrario: “cesó el reparto de la tierra -que fue la bandera tradicional de la reforma agraria-, bajo la presión del crecimiento demográfico, el parcelamiento excesivo -que deriva en minifundismo o, menos aún, en microfundismo- y la eficiencia económica en la explotación agropecuaria y forestal. Además, se recuperó en buena medida -pero no totalmente- el imperio de la autonomía de la voluntad, esto es, hubo una amplia liberación jurídica de los campesinos, que implica liberación de las relaciones jurídicas y un consecuente retraimiento en el juego de prohibiciones dirigidas a los campesinos y atribuciones encomendadas a un Estado intervencionista. Si en la anterior etapa hubo intangibilidad o invariabilidad de las formas sociales de tenencia de la tierra, en ésta se abre la vía para las otras figuras de tenencia, reunidas en el concepto de dominio pleno, que nunca es, por supuesto, verdaderamente pleno”.⁹⁶

D. *Educación y democracia integral*

A mi juicio, el artículo 3 es el precepto crucial, fundamental, de la ley suprema:⁹⁷ en efecto, ahí figura un modelo de hombre y de nación, que se construye por medio de la educación. Una reforma de 1934 dispuso que fuese socialista la educación impartida por el Estado, y ordenó que la escuela organizara “sus enseñanzas y actividades en forma que permita crear en la juventud un concepto racional y exacto del universo y de la vida social”. Estas proposiciones suscitaron una encendida polémica.

El 14 de diciembre de 1955 se promovió la reforma de aquel precepto,⁹⁸ con un recono-

95 Figura en el decreto del 3 de enero de 1992, publicado el 6 del mismo enero.

96 García Ramírez, *Justicia agraria*. Tribunal Superior Agrario, 3a. ed., México, 1997.

97 Cfr. mi “Introducción” en García Ramírez (coord.), *Los valores en el Derecho mexicano...*, op. cit., pp. XII-XIII; también, en la misma obra colectiva, González Avelar, Miguel, “El artículo 3o. y los valores de la Constitución”, pp. 169 y ss.

98 Que culminaría en el decreto del 16 de diciembre de 1946, publicado en el “Diario Oficial” del 30 de ese mes.

cimiento explícito sobre la condición histórica que posee el tema de la educación.⁹⁹ Una extraordinaria aportación de esta reforma fue el concepto de la democracia como “sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”. Esta idea sobre una democracia social,¹⁰⁰ o, quizás mejor, integral, es una notable aportación del artículo 3 a la Constitución mexicana, y en general al sistema jurídico-político de la nación.¹⁰¹

No obstante el extraordinario interés de estas nuevas fórmulas traídas por el proyecto, que fueron el sustrato de la idea educativa, pero también de la pretensión política, el tema no fue suficientemente analizado por el Constituyente Permanente. El debate, muy breve, se concentró sobre todo en la explicación de los motivos para el abandono de la norma anterior, asunto que ofrecía no pocas asperezas;¹⁰² también se vio apremiado por la aparición de una “contrainiciativa” planteada por representantes obreros.¹⁰³

E. *Igualdad entre el varón y la mujer. La familia*

La amplia reelaboración del artículo 4 constitucional comenzó con la reforma proveniente de una iniciativa presidencial del 18 de septiembre de 1974.¹⁰⁴ Esta abordó una de las cuestiones más relevantes dentro de la orientación social del Derecho -pero también, bajo cierta perspectiva, de la orientación liberal o individualista-, a saber: la igualdad entre el varón y la mujer, más allá de la igualación bajo el rubro de la ciudadanía, que ya constaba en el artículo 34, merced a una reforma de 1953.¹⁰⁵

⁹⁹ En la exposición de motivos de la iniciativa, dijo el Presidente Avila Camacho: “es natural ... que, a cada instante de hondas definiciones, haya correspondido en la historia de nuestra patria un intenso examen de los principios que rigen la educación; es decir: de la dirección en la que los hombres que están haciendo nuestro presente creen adecuado trazar la ruta por la que los hombres de mañana desfilarán”. *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*. LV Legislatura, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 4a. ed., México, 1994, t. I, p. 381.

¹⁰⁰ Para una reflexión sobre la idea de democracia social, que aparece primeramente en Tocqueville, *cfr.* Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?* Trad. Miguel Angel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salamon. Tribunal Federal Electoral-Instituto Federal Electoral, México, 1993, pp. 5 y ss. El autor expone diversas acepciones de aquel concepto. Señala que la “democracia sin adjetivos” es la política; si ésta no existe, las democracias social y económica -en algunas de sus acepciones- corren el riesgo de ser destruidas o amordazadas. *Idem*, p. 8.

¹⁰¹ *Cfr.* González Avelar, “Educación y democracia”, en *La Constitución de hoy...*, *op. cit.*, pp. 168 y ss.

¹⁰² A este respecto, es muy ilustrativa la intervención del diputado profesor Ramón G. Bonfil, que rescata los méritos del precepto reformado en 1934, pondera el trabajo de los maestros normalistas y justifica el proyecto de 1945, “que condensa el problema fundamental de la vida de México, la educación”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, pp. 396-398.

¹⁰³ La existencia de dos proyectos determinó que la propuesta presidencial fuese aprobada por mayoría de 67 en favor y 10 en contra. *Cfr.* *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, p. 404.

¹⁰⁴ Que dio origen al decreto del 27 de diciembre de 1974, publicado en el “Diario Oficial” el 31 del propio diciembre.

¹⁰⁵ *Cfr.* la descripción de este proceso de reforma en García Ramírez, *La ciudadanía de la juventud*. Cultura y Ciencia Política, A. C., México, 1970, pp. 131 y ss.

A esa referencia se añadieron otras dos, de suma importancia para nuestro asunto: por una parte, la protección a la familia; por la otra, el derecho de todas las personas a resolver de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, tema que se asocia íntimamente a la reivindicación de la mujer y a la previsión sobre la familia. En la consideración parlamentaria de la propuesta del Ejecutivo se aludió al propósito de consagrar “nuevas garantías individuales y sociales que constituyen un anhelo de las mujeres y del pueblo de México”.¹⁰⁶ Alguna duda se elevó sobre la naturaleza jurídica de las novedades planteadas.¹⁰⁷

La igualdad entre los sexos pretende “fortalecer la construcción de una sociedad justa formada por hombres y mujeres solidarios; lograr un sistema de vida en condiciones abiertas y desprovisto de determinismos y sujeciones aberrantes”, señaló la exposición de motivos; con esto se “enriquece la ideología libertaria y de solidaridad social de nuestra Constitución”.¹⁰⁸ Este proceso abarcó, asimismo, algunos cambios en el artículo 123 constitucional, para actualizar -se explicó- las garantías sociales laborales¹⁰⁹ y avanzar en la igualdad entre el varón y la mujer trabajadores, y puso en movimiento una amplia revisión de varias leyes secundarias, referentes a diversas cuestiones importantes para esta materia.¹¹⁰

Por lo que hace a la tutela que se brindará a la familia, el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados observó que “un trascendental avance en la actualización de las instituciones jurídicas nacionales, habrá de operarse de ser aprobada esta nueva garantía social”,¹¹¹ concepto que se repetiría en las intervenciones de diversos legisladores.¹¹² La reforma no estable-

106 Así, en la intervención de la diputada Margarita García Flores. *Cfr. Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, p. 1254.

107 En este sentido, la intervención del diputado Juan José Hinojosa: con referencia directa a la igualdad entre los sexos, señaló el legislador que “la preocupación y la inquietud descansan en saber si se trata realmente de una garantía individual que forma parte del capítulo de los derechos fundamentales que establece la Constitución, o se trata simplemente de la declaración de un propósito bueno en esencia pero que no constituye en realidad una garantía individual”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t.I, p. 1272.

108 *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, pp. 1241-1242.

109 Tras recordar el mérito del Constituyente de Querétaro al incorporar la cuestión del trabajo entre las garantías sociales, se advirtió que “a casi cincuenta años del establecimiento de las garantías sociales contenidas en el artículo 123, apartado A, la evolución del país ha dado un nuevo contenido al concepto del bienestar y la dinámica propia del derecho social nos invita, en consecuencia, a remodelar en nuestra ley suprema determinados preceptos fundamentales que orientan la legislación reglamentaria del trabajo”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, pp. 1243-1244.

110 En la exposición de motivos, el Presidente Echeverría mencionó que “resulta indispensable proceder a una completa revisión de los ordenamientos que, en uno u otro ámbito, contemplan la participación de la mujer en los procesos educativo, cultural, económico y social”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, p. 1240.

111 *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, p. 1249.

112 Por ejemplo, la diputada Margarita García Flores mencionó que “la consideración de que este derecho (el relativo a la familia) corresponde a las garantías sociales reconocidas por el Estado moderno se justifica plenamente por no referirse a un derecho del ser humano como tal simplemente, sino que reconoce y ubica al sujeto como un ser eminentemente social cuyos actos sólo son concebibles dentro de ese contexto, confiriéndole el derecho a la protección del Estado en tanto es integrante del núcleo primordial

ció solamente obligaciones a cargo del Estado: también de los particulares -los padres del menor de edad-, como suele ocurrir en la conformación de los derechos o garantías sociales. En el dictamen redactado en la Cámara de Senadores hubo expresa referencia sobre este asunto.¹¹³

Enfasis especial puso la iniciativa en el derecho de las personas a decidir el número y espaciamento de sus hijos. En ese tiempo se había cargado el acento, por primera vez, en los severos problemas demográficos de México y en la urgencia de afrontarlos racionalmente.¹¹⁴ En el debate se aludió al carácter de garantía social que reviste la nueva fórmula sobre temas poblacionales.¹¹⁵

F. *Vivienda*

El 24 de septiembre de 1981 se propuso adicionar al artículo 4 un párrafo que estatuiría: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. Este derecho será garantizado por el Estado”. Es interesante observar que la iniciativa provino de diputados pertenecientes a un partido opositor, el Partido Popular Socialista, circunstancia insólita en la práctica parlamentaria de México en esos años. El dictamen aludió a la incorporación de una nueva garantía social.¹¹⁶ Finalmente, se aprobó la adición con un cambio en la segunda frase; fue reformulada la referencia al Estado como garante del derecho de la familia -no del individuo- a contar con vivienda digna: “La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”.¹¹⁷

G. *Protección de la salud*

El 20 de diciembre de 1982, el Ejecutivo propuso una nueva adición al artículo 4,¹¹⁸ es-

de la sociedad”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, p. 1255. El diputado Luis del Toro Calero mencionó que la norma sobre protección a la familia contempla “una garantía social”, “porque le atribuye a la ley... la obligación de adoptar, de contar y de proporcionar los medios para la organización y desarrollo de la familia”. *Idem*, p. 1284.

113 “Ante (la) panorámica del nacimiento y evolución de las garantías sociales en nuestro país, es de destacarse que el artículo 4o. constitucional está exigiendo que se le complemente con el señalamiento del deber de los padres para preservar los derechos del menor y la protección subsidiaria que al mismo propósito presten las instituciones públicas”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, p. 1309.

114 La exposición de motivos declaró: “Poner en el vértice de los anhelos nacionales el bienestar de la población, hacer de ésta el centro rector de los programas de desarrollo, acentuar los aspectos cualitativos de la reforma demográfica y promover la planeación familiar como un moderno derecho humano para decidir libre, informada y responsablemente la estructura de la célula básica social, son los factores medulares que han orientado la tarea demográfica del país y que ahora inspiran la reforma constitucional que se consulta”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, p.1242.

115 La senadora Marta Chávez Padrón examinó el desarrollo del artículo 4 constitucional, al que se han llevado nuevos temas. “Esto explica históricamente, que este precepto se encuentre enclavado bajo el rubro de las garantías individuales, pero sentimos que hacia el futuro llega al lindero de las garantías sociales al rozarse con la política poblacional”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t.I, p.1314.

116 *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, p. 1371.

117 Decreto del 19 de enero de 1983, que fue publicado el 7 de febrero siguiente.

118 Figura en el decreto del 2 de febrero de 1983, publicado el 3 de febrero,

ta vez para establecer el derecho a la protección de la salud. En la exposición de motivos se subrayó en diversos momentos el carácter social de esta medida.¹¹⁹ Otro tanto se hizo en el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores¹²⁰ y en el análisis del asunto en este cuerpo.¹²¹

H. *La cuestión indígena*

La más reciente adición al artículo 4, promovida por iniciativa del 7 de diciembre de 1990,¹²² aborda un antiguo e insoluto tema de México: la cuestión indígena. Aparecen en la Constitución, por una parte, el reconocimiento de que “la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”;¹²³ y por la otra, una serie de medidas conducentes a aplicar ese reconocimiento y respetar o proteger a los pueblos indígenas¹²⁴. Es importante destacar que el sujeto de la adición constitucional no es solamente el “individuo” indígena, sino también el “pueblo”, lo cual enlaza con reconocimientos -y conse-

119 En la iniciativa, el Presidente De la Madrid mencionó: “La savia revolucionaria ha permitido el cambio que demanda la sociedad bajo la conducción del derecho, y ha ido ampliando el alcance y el ámbito de las garantías sociales tendientes a asegurar a los mexicanos las condiciones culturales, económicas y sociales que requiere su cabal desenvolvimiento”; “la garantía social que proponemos vendría a enriquecer el contenido programático de la Constitución de Querétaro, compendio supremo del proyecto nacional...”; “el carácter social de este derecho impone a los poderes públicos un deber correlativo al que consideramos se puede hacer frente, si existe solidaridad, responsabilidad pública, voluntad política y capacidad de ejecución”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, pp. 1347-1348.

120 Sostuvo: “En efecto, la iniciativa del jefe del Estado mexicano enriquece el conjunto de las prerrogativas individuales, pero de raigambre y esencia social, en cuanto que reconoce a toda persona el derecho a la protección de la salud...”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, p. 1352.

121 En su intervención en la dicha Cámara, la senadora Myrna Hoyos de Navarrete manifestó: “Los defectos del concepto de salud y del propio derecho social como actividades altruistas, no se deben más que a las ideas dominantes en la materia, que daban a las leyes de protección un carácter de concesión graciosa del Estado, ideas que se han transformado en desarrollo del derecho social que introduce un nuevo sentido... La respuesta de las democracias es el derecho social, porque trata de establecer sin mengua de las libertades humanas un orden justo de convivencia”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, pp. 1355-1356.

122 Dio lugar al decreto del 27 de enero de 1992, que apareció en el “Diario Oficial de la Federación” del 28 de enero.

123 Se estima que se han extinguido entre 93 y 112 pueblos indígenas en México, desde 1492. En 1992 había alrededor de doce millones de indígenas agrupados en 56 pueblos. *Cfr.* Méndez, Martha, “Pueblos indígenas existentes en México, Centro y Sudamérica”, en Van de Fliert, Lydia (comp.), *Guía para pueblos indígenas*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1997, pp. 501-502.

124 En un párrafo de la exposición de motivos se dice que esta iniciativa, presentada por el Presidente Salinas de Gortari, “se suma a la voluntad de cambio y de conservación que los propios indígenas en su proceso de desarrollo escojan para sus tradiciones, sus formas de organización social y de vinculación con la naturaleza. Rehuye toda forma y vestigio de paternalismo, reafirmando el respeto a la libertad y plena ciudadanía de los indígenas. La reforma propuesta parte de reconocer diferencias y desigualdades. En el marco de nuestra ley suprema, respeta las primeras pero rechaza las segundas. Proporciona una base jurídica para proteger las diferencias que enriquecen al conjunto de la nación, pero no crea ningún privilegio ni establece una categoría diferente entre los mexicanos. Corresponde con el principio de solidaridad para enfrentar la desigualdad y la injusticia con la participación de la sociedad”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. I, p. 1388.

125 México ratificó el Convenio 169 de la OIT, de 1989, sobre pueblos indígenas y tribales. Según el artículo 1.1, b), este es aplicable a “los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el

cuentas obligaciones- asumidos por el Estado mexicano.¹²⁵ Aquí nos hallamos ante derechos colectivos de los pueblos e individuales de sus integrantes; en alguna importante medida, aquéllos son continente y resguardo de éstos.¹²⁶

En el dictamen de la Cámara de Senadores se expone el signo característico de la legislación social, que implica “un reconocimiento expreso de situaciones diferenciales que son indispensables para mantener la convivencia social armónica y la posibilidad de alcanzar la justicia, sin detrimento del principio de igualdad ante la ley”.¹²⁷

I. *Orientación de la economía*

La Constitución mexicana no contuvo, propiamente, un capítulo económico, en el sentido de que cierto número de artículos, agrupados sistemáticamente, se ocupasen en establecer la organización y el rumbo de la economía, cuya importancia determinante para la vida social y política sobra ponderar. Sin embargo, los preceptos “sociales” del origen -artículos 27 y 123-, así como el artículo 28 y otros mandamientos incluyeron disposiciones básicas para ese fin. Diversas reformas y adiciones vendrían a fincar la “idea” económica de la nación, cuyas expresiones constitucionales han sido diversas y en ocasiones contradictorias: progresos y regresos.

En este orden de cosas, es preciso mencionar por lo menos algunas vicisitudes en el artículo 28, más la aparición de nuevos textos en los artículos 25 y 26. Recordaré muy brevemente algunas de las innovaciones en estos preceptos. El 17 de septiembre de 1982 se presentó una iniciativa, que se transformaría en nuevo párrafo quinto del artículo 28, para que el servicio público de banca y crédito fuese “prestado exclusivamente por el Estado, a través de instituciones

hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas... 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”. El Convenio 169 se refiere a “pueblos”, a diferencia de su antecesor, el Convenio 107, que lo hizo a “poblaciones”; así, se refuerza “la idea de que no se trata de agrupaciones de individuos, sino de sociedades con identidad, dignidad y organización social propias”. Tomei, Manuela, “Pueblos indígenas, derechos y desarrollo. El Convenio número 169”, en Van de Fliert (comp.), *Guía para pueblos indígenas*, op. cit., p. 54.

126 Me refiero a este tema en diversos artículos: “Los derechos de los indígenas”, en Varios autores, *Cultura y derechos de los pueblos indígenas en México*. Archivo General de la Nación-Fondo de Cultura Económica, México, pp. 149 y ss., también en “Cuadernos Americanos” (Nueva Epoca), año X, 1996, no. 56, pp. 155 y ss.; y más extensamente, en *Los indígenas ante el Derecho nacional*, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado” (Nueva Serie), año XXIX, 1996, n. 87, pp. 887 y ss.

127 *Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., t. I, p. 1421. En su intervención, el senador Muñoz Ledo recuerda que “el Estado social de Derecho está originalmente vinculado al reconocimiento de las diferencias que existen entre los habitantes de una sociedad”. Refutó los argumentos adversos a la reforma basados en la violación del principio de igualdad ante la ley; no hay tal cosa en reformas de este carácter -precisó-: “lo que están concediendo son derechos adicionales para ciertas categorías de individuos que componen a la sociedad”. *Idem*, p. 1431.

en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria...”.

Esa fue, evidentemente, una reforma de notable importancia, destinada a reconducir, con sentido social, el manejo del cuantioso ahorro privado que reciben y administran las instituciones bancarias. La iniciativa consideró que así se establecería una “conquista irreversible del pueblo mexicano”.¹²⁸ Dije antes que hacia 1988 se inició un viraje radical en el rumbo del país, que desde luego causó impacto en la Constitución. El 2 de mayo de 1990, menos de diez años después de la reforma de 1982, se presentó una iniciativa en sentido contrario,¹²⁹ que derogó el párrafo quinto del artículo 28.¹³⁰

Un relevante conjunto de cambios constitucionales trajo consigo la iniciativa presidencial de reforma a los artículos 25, 26, 27 y 28, del 3 de diciembre de 1982,¹³¹ que concurrió a construir el capítulo económico constitucional.¹³² La Constitución contaría “por primera vez... con un conjunto explícito de atribuciones, consistente, definido en sus alcances, con instrumentos económicos perfeccionados y los fundamentos para llevar al derecho los nuevos conceptos económicos”.¹³³

Al informar al Constituyente Permanente acerca de los motivos de la reforma, se observó que “el país requiere asumir el problema de la definición del rumbo de la estrategia de desarrollo a partir de principios constitucionales del desarrollo económico constitucional que actualicen y ordenen las atribuciones existentes, establezcan la seguridad jurídica y permitan romper con los principales obstáculos que en mayor medida limitan el cumplimiento de los fines de la nación”. Puestas las reformas en la línea del constitucionalismo social, se invocó la congruen-

128 En la exposición de motivos, el Presidente López Portillo sostuvo: “La nacionalización de la banca tiene trascendental importancia para que el país pueda proyectar y apoyar el proceso de desarrollo económico, social y cultural de la nación con más celeridad, con mayor sentido patriótico y democrático, con más equilibrio, de manera más equitativa, racional y congruente y con mayor justicia social, por lo que el Ejecutivo a mi cargo considera que dicho principio debe ser elevado a rango constitucional, como una conquista irreversible del pueblo mexicano”. *Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., t. V, p. 101.

129 Acogida en el decreto del 26 de junio de 1990, publicado el 27 de junio.

130 Dijo el Presidente Salinas de Gortari en la exposición de motivos que su propuesta se sustentaba en los siguientes elementos: “Primero, la impostergable necesidad de concentrar la atención del Estado en el cumplimiento de sus objetivos básicos: dar respuesta a las necesidades sociales de la población y elevar su bienestar sobre bases productivas y duraderas. -Segundo, el cambio profundo en el país de las realidades sociales, de las estructuras económicas, del papel del Estado y del sistema financiero mismo, modifica de raíz las circunstancias que explicaron la estatización de la banca. -Tercero, el propósito de ampliar el acceso y mejorar la calidad de los servicios de banca y crédito en beneficio colectivo, evitando subsidios, privilegios y abusos”. *Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., t. V, p. 101.

131 Culminó en el decreto del 2 de febrero de 1983, publicado el 3 del mismo mes.

132 A lo largo de muchos años, fueron presentadas diversas iniciativas en esta dirección, que recordó el dictamen de la Comisión Legislativa de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados (del 23 de diciembre de 1982). Cfr. *Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., t. III, pp. 268 y 278 (la referencia a esta última página corresponde a las modificaciones incorporadas por la comisión dictaminadora).

133 Exposición de motivos, en *Derechos del pueblo mexicano...*, op. cit., t. III, p. 255.

134 El autor de la iniciativa, Presidente De la Madrid, hizo notar en la exposición de motivos que “estos principios de filosofía política del desarrollo económico son consecuentes con la esencia de la Revo-

cia de sus principios con la “esencia” de la Revolución Mexicana.¹³⁴

Numerosos puntos cubrió la reforma de 1982-1983, que no es posible agotar en este trabajo panorámico.¹³⁵ Entre ellos figuran: rectoría del desarrollo nacional a cargo del Estado, compatibilidad entre interés general y libertades constitucionales, economía mixta, impulso a sectores social y privado de la economía, planeación democrática, desarrollo rural integral, medidas contra la concentración económica,¹³⁶ apoyo al consumo popular, actividades estratégicas a cargo exclusivo del Estado (que no se concentran, por cierto, en las “propiedades” del gobierno, sino en el dominio de la nación, y que ha sido -y acaso será- objeto de revisiones en la etapa actual),¹³⁷ actividades prioritarias, etcétera. Se postulaba entonces la “vía mexicana” para el desarrollo, que durante mucho tiempo prevaleció.¹³⁸

11. IDENTIDAD DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Dejo aquí esta revisión del sistema de derechos sociales en la Constitución mexicana. De su desarrollo se infiere que la raíz de nuestra Constitución -y del constitucionalismo que en ella y a partir de ella se desarrolló- se localiza precisamente en el acento social con que el Constituyente Revolucionario, primero, y el Permanente, luego, quisieron distinguir la vida de la nación.

Por supuesto, el ordenamiento supremo del país sirvió y ha servido a otros objetivos, inherentes a un texto constitucional. Empero, no son éstos, a pesar de su enorme importancia, el suceso característico de la Constitución mexicana y de las fuerzas sociales y las ideas -tan diversas, y en ocasiones antagónicas- en que se ha sustentado. Se trata de la más “mexicana”, si cabe la expresión -y creo que cabe perfectamente-, de las decisiones políticas fundamentales

lución Mexicana, con la necesidad de un desarrollo equilibrado y formas más modernas de organización económica, sin que se altere la estructura de nuestro orden normativo y constitutivo de gobierno”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, pp. 15-16.

135 Véase una amplia revisión de los nuevos textos constitucionales de contenido económico, en Ruíz Massieu, José Francisco, y Valadés, Diego, *Nuevo Derecho constitucional mexicano*. Ed. Porrúa, México, 1983, pp. 3 y ss.

136 Con respecto a este asunto, siempre importante para el liberalismo económico, que a título de prohibición de monopolios fue tema relevante del artículo 28 y adquirió un nuevo sentido social en la reforma promovida en 1982, la exposición de motivos dijo: “De no adoptar una decisión realista y sustantiva para regular la concertación económica, el poder económico quedaría en unas cuantas manos, distanciándose y haciéndose depender las principales decisiones de la voluntad de unos cuantos individuos”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, t. III, p. 258.

137 La reforma al artículo 28 constitucional, contenida en el decreto del 1 de marzo de 1995, y publicada el 2 de marzo, retiró del catálogo de áreas estratégicas la comunicación por vía satélite y los ferrocarriles, como la contenida en el decreto del 26 de junio de 1990 y publicada al día siguiente había revertido la nacionalización bancaria.

138 Sobre el particular, la exposición de motivos previno: “Nuestra modernización no busca repetir el camino de los países hoy industrializados, sino que se formula a partir de la identidad nacional. Requiere para ser eficaz en el contexto de fuerzas e intercambios que determine la escena mundial, encontrar bases de solidaridad y previsión de rumbos para la acción de los tres sectores de la economía mixta bajo la rectoría del Estado”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *op. cit.*, p. 258.

que acoge nuestra ley suprema.

No se cumplió ese designio “constituyente” en un solo acto, la carta de 1917, que sentó sus bases de manera clara y explícita, sino prosiguió a lo largo de muchos años -siete décadas intensas- en que fungió como “hilo conductor” de una constante reelaboración de textos constitucionales. Ciertamente hubo novedades debatibles y debatidas en ese período. Empero, el dato persistente, entre avances y retrocesos, fue siempre el proyecto social de la Revolución Mexicana. Ya se dijo que la carta del 17 no es, en modo alguno, una Constitución neutral, un ordenamiento de gabinete. Su compromiso político inicial -tras una de las más grandes y graves crisis en la vida de México y del Derecho mexicano, que se manifestó en 1910 y 1917- ha sido, en términos generales, su más insistente compromiso.

En fin de cuentas, el horizonte de la Constitución “mexicana”, como la hemos conocido y como subsiste, todavía en buena parte, tiene también esos datos característicos. Los conserva en el modelo de individuo y sociedad, y en la noción de democracia integral que postula el artículo 3, así como en la idea del proyecto nacional al que alude el artículo 26. La Constitución y la nación se reconocen en esos conceptos, y con ellos han mirado hacia el porvenir.

Sin embargo, soplan vientos diferentes. Bajo ellos se ha emprendido una revisión del Estado, y no menos explícitamente, de las “reglas de vida” del pueblo mexicano. Se ha erosionado eso que llamé la Constitución “mexicana”, con reformas que varían el camino y ponen la mirada en otro destino. “El desmontaje del Estado social corresponde a la erosión sistemática de las normas constitucionales relativas a ese tema”.¹³⁹ Este género de modernización -influida por un discutible modo de entender y recibir la “globalización”¹⁴⁰ que avanza inexorablemente- puede desembocar en una Constitución diferente,¹⁴¹ aunque no se confiese.

No carecemos de experiencia en estas cosas. La propia Constitución de 1917 nació como reforma de la carta de 1857, y así se denominó. Sin embargo, entre ésta y aquella hubo una gran diferencia: precisamente la preocupación social, que íntimamente implica una grave preocupación moral del pueblo y del Estado que lo sirve. El viraje que pudiera llegar -o mejor dicho, proseguir- en el curso de otras reformas constitucionales nos conduciría a una nueva Constitución. Hoy ese es el dilema, no sólo para la carta suprema, desde luego, sino para la nación que se mira en su ley fundamental: mantener el rumbo histórico, que no es por fuerza un rumbo viejo, o tomar el camino que se le ofrece, que no es, por supuesto, un nuevo camino.

139 García Ramírez, “La Constitución mexicana y el Estado de Derecho social”, en *La Constitución de hoy...*, *op. cit.*, p. 159.

140 Sobre este problema, que atañe a la localización misma de la Constitución de 1917 en el mundo contemporáneo, *cfr.* Cordera, Rolando, “Globalidad y Constitución”, en *Idem*, pp. 151 y ss.

141 Utilizo esta expresión en un sentido distinto del que se atribuye a la idea de una “nueva Constitución”, como ésta ha sido planteada por algunos de sus promotores. *Cfr.* Muñoz Ledo, “¿Nueva Constitución?”, en *Idem*, pp. 165 y ss.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS^(*)

Héctor Gros Espiell^(**)

I

Pocas veces un homenaje ha sido más merecido que éste que hoy se le ofrece al Dr. Héctor Fix-Zamudio por la obra cumplida por él como Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para mí es particularmente grato contribuir a este tributo. Comencé a trabajar con Fix en México, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma. Nació allí una amistad que continuó afirmándose en muchas otras actividades: en el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y en múltiples congresos y encuentros jurídicos. Esa amistad se profundizó aún más en el trabajo común que durante años cumplimos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con admiración y respeto ofrendo así, como un deber de reconocimiento y amistad, este trabajo, complemento del homenaje personal que hace años le tributé al escribir para otros Estudios que le fueron ofrecidos en México, mi monografía sobre “Los Tratados sobre Dere-

^(*) Este trabajo fue escrito antes de la adopción en la Conferencia de Roma, en julio de 1998, de la Convención por la que se crea un Tribunal Penal Internacional. Esta Convención, que aún no está en vigencia (agosto de 1998), tipifica los delitos que serán objeto de la competencia del Tribunal. No es, estrictamente, un régimen de responsabilidad penal individual por violación de Derechos Humanos, ya que sólo se aplica a los delitos tipificados en la Convención. Pero es una etapa más, en principio positiva, hacia la penalización internacional de los violadores de los Derechos Humanos, que no hayan sido objeto de castigo por la jurisdicción interna.

^(**) Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Héctor Gros Espiell, “Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno”, en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo II, México 1988.

chos Humanos y el Derecho Interno”.¹

II

El tema de la responsabilidad del Estado en relación con los sistemas existentes, a nivel universal y regional,² en materia de protección internacional de los derechos humanos, es una cuestión de trascendental importancia para comprender lo que han sido estos sistemas de protección, de su naturaleza, fundamentos y limitaciones. Este asunto ha generado un interés muy grande en la doctrina,³ y la práctica internacional y la jurisprudencia han contribuido a precisar sus caracteres.

La aplicación de la teoría y de la práctica de la responsabilidad internacional a los casos de violación de los derechos humanos, en especial como consecuencia del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969) y de la elaboración jurisprudencial y doctrinaria basada en estos dos textos, significó una nueva conceptualización de muchos aspectos de la responsabilidad internacional, cambiando, para su aplicación al Derecho de los Derechos Humanos, criterios tradicionales, en cuanto a las obligaciones de los Estados, cuya violación apareja responsabilidad y las conductas de sus agentes *de jure* o *de facto*

2 Héctor Gros Espiell, “Universalismo y Regionalismo en Materia de Protección Internacional de los Derechos Humanos”, en *Estudios de Derechos Humanos*, Vol. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica de Venezuela, San José-Caracas, 1985.

3 Hay que citar, desde el inicio, la obra fundamental de Asdrúbal Aguiar Aranguren, *Derechos Humanos y la Responsabilidad Internacional del Estado*, Editorial Monte Avila, Caracas 1997, que había sido precedida de varios trabajos monográficos del autor sobre el tema, en especial el titulado “La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos” (Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, enero-febrero 1993 y Revista de Derecho Público, N° 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993). A la extensa bibliografía que él cita, y a los trabajos generales sobre la responsabilidad internacional del Estado, entre los que ocupan un lugar destacado los de Eduardo Jiménez de Aréchaga en el *Manual de Derecho Internacional Público* de Max Sorensen, FCE, México 1985; en el *Derecho Internacional Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1991 y en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, publicado en español en Madrid en 1980 con el título *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Tecnos, Cap. X, “La Responsabilidad Internacional”. En su evolución hasta llegar a la situación actual, con tantas diferencias con el Derecho Internacional Clásico, podrían agregarse los trabajos de Karl Zemanek, “Responsability of States”, en Bernhardt (ed) *Encyclopedia Of Public International Law*, 10, 1987, (cap. International Crimes); K. Marek, “Criminalizing State Responsibility”, *Revue Belge de Droit International*, Vol 14. (1978-1979); Theodor Meron (On the Relationship between Settlement of Disputes Procedures and Remedies in Human Rights Treaties and other Procedures and Remedies); Georges Perrin (*Le problème de la faute dans la responsabilité internationale de l'Etat*); Christians Tomuschat (Some Reflection on the Consequences of a Breack of an Obligation under International Law), en *Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schindler*, Verlag Helbing & Lichtenhanhn, Basel/Frankfurt, 1989; Rodolfo Mattarollo, *Responsabilidad por Violaciones de los Derechos Humanos y la Obligación de Indemnizar según el Derecho Internacional*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1991; Mónica Pinto, “Responsabilidad Internacional por la Violación de los Derechos Humanos y los Entes no Estatales”, *Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber, cit.*, Tomo II. Véase asimismo, informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996, Informe 47/96, pág. 151 y siguientes.

4 Véase, por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, parágrafo 170 - 173 (págs. 70-71).

-de cualquier tipo o naturaleza- cuyos actos, imputables al Estado, generan responsabilidad.⁴

No es el objeto de este trabajo analizar los nuevos enfoques a la teoría de la responsabilidad del Estado que ha aportado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sólo queremos señalar el punto, sin duda de importancia capital.

Pero esta forma de encarar la protección internacional de los Derechos Humanos, que ha sido la manera de enfrentar la materia desde que se inició el proceso de su regulación convencional internacional con el Tratado de Roma en 1950, relativo a la cuestión en el marco del Consejo de Europa, con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1966,⁵ y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José) en 1969, y que ha tenido una significación enorme en el proceso abierto y progresivo para defender y garantizar internacionalmente los derechos de la persona humana, no agota las posibilidades y las formas a que puede recurrir el Derecho Internacional para asegurar, mejorar y ahondar esta protección.

En efecto, el actual sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, coadyuvante o complementaria de la protección interna, se basa en la responsabilidad de los Estados por la violación de sus deberes de respetar estos derechos y de imponer y asegurar las condiciones que hagan posible ese respeto, de acuerdo con lo dispuesto con los tratados en vigor.⁶ Es una responsabilidad que puede nacer de un hacer de cualquier autoridad, funcionario, agente o persona, integrante, *de jure* o *de facto*, del aparato estatal o de una omisión de cualquier naturaleza u origen del deber del Estado de hacer respetar y asegurar las condiciones para que ese respeto sea efectivo, general y discriminatorio.^{6bis}

Esto sin perjuicio, en el caso de la Convención Americana, enunciado de manera expresa, de que cuando se decide que hubo violación de un derecho o libertad protegido, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de esos derechos y el pago de una justa indemnización (art. 63).⁷

Esta responsabilidad no es de naturaleza penal.⁸ No busca la sanción de las personas, de

5 Héctor Gros Espiell, "La Adopción en 1966 de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos y del Protocolo Facultativo al de Derechos Civiles y Políticos, Recuerdos y Reflexiones", en *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, Tomo XIII, Madrid 1997.

6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos, art. 1 y 2; Convención Europea, art. 1, Véase: Julio Barberis, "Una Reflexión sobre el Art. 1, inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber*, Vol I, Bruylant, Bruxelles, 1997.

6bis Alejandro Montiel Argüello, "Los sujetos de las violaciones de los derechos humanos", en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber, cit.*, Tomo I, pág. 879.

7 Convención Americana, Art.2; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC/6; Eduardo Jiménez de Aréchaga, "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno", en *Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, FCU, Montevideo, 1988.

8 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, dijo: "134. En efecto, la protección internacional de los Derechos Humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El

los individuos, que materialmente realizan la violación del o de los Derechos Humanos conculcados. Está dirigida, como dice claramente el artículo 63 de la Convención Americana de los Derechos Humanos: a garantizar el ejercicio de los derechos violados, a reparar e indemnizar.⁹

Esta responsabilidad del Estado, por obvia aplicación de un principio general, no se individualiza sólo en el gobierno o respecto de las autoridades, agentes o ejecutores de hechos o actos jurídicos del gobierno durante cuyo ejercicio se cometió la violación.¹⁰ Se imputa siempre al Estado, a la persona jurídica Estado, que continúa invariablemente en el tiempo, cualesquiera que sean los cambios gubernamentales, aunque el gobierno sea otro, distinto, incluso opuesto política o ideológicamente a aquel durante el que se conculcaron los Derechos Humanos, en virtud del principio fundamental de la continuidad del Estado y de la diferenciación de los conceptos de Estado y Gobierno.

III

El Derecho Penal Internacional ha tenido un proceso de lento desarrollo en el Siglo XX, caracterizado por la muy fuerte influencia de factores políticos, su carácter polémico y por la incapacidad de la Comunidad Internacional hasta hoy para crear un sistema jurídico general,

Derecho Internacional de los Derechos Humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones” (pag. 51). En la Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, la Corte dijo: “56. En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecida por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos. Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste (*Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 170; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 179). Si constituyese, adicionalmente, un delito internacional generará, además, responsabilidad individual. Pero la Corte entiende que la Comisión no pretende que se le absuelvan las interrogantes que surgen de esta hipótesis”. En otro párrafo reiteró el mismo concepto y agregó: “En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos” (El tema está encarado en los párrafos 53-56).

⁹ Convención Europea art. 50.

¹⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988: “184. Según el principio de Derecho Internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, consecuentemente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los Derechos Humanos aunque desde un punto de vista ético o político la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en que las violaciones se produjeron” (pags. 75-56).

¹¹ A pesar de diversas iniciativas, de los textos redactados por comisiones de las Naciones Unidas, en 1951 y 1954 y de los proyectos posteriores elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, considerados por la Asamblea General en los últimos años, y en especial en 1997, no se ha logrado aún la adopción de ningún tratado creando una Corte Penal Internacional y estableciendo un Código de Delitos y Crímenes Internacionales. Sólo se han obtenido resultados parciales con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

justo y eficaz.¹¹

Si tomamos como punto de partida los artículos 227-230 del Tratado de Versalles, relativos a la responsabilidad del Káiser Guillermo II por las violaciones delictivas del Derecho Internacional que estuvieron en el origen y en el desarrollo de la Primera Guerra Mundial, artículos que no pudieron ser aplicados por la negativa del Gobierno de los Países Bajos a conceder la extradición¹² la etapa siguiente estuvo constituida por los juicios de Nuremberg y Tokio, luego de la Segunda Guerra Mundial -ejemplo de justicia de los vencedores- para hacer efectivas las responsabilidades penales de algunos dirigentes alemanes y japoneses por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes contra la paz.¹³

Las Naciones Unidas iniciaron luego el largo y difícil proceso para instituir una Corte Penal Internacional y para elaborar un código de delitos contra la paz y contra la humanidad. Ese proceso, sumamente interesante desde el punto de vista teórico, no ha podido culminar aún.¹⁴

Pero, en cambio, los hechos políticos ocurridos en la ex Yugoslavia y en el África Central, particularmente en Ruanda, a partir de 1991, llevaron a la creación por las Naciones Unidas, no por vía convencional, sino por medio de resoluciones del Consejo de Seguridad -resoluciones 808 (1993) y 955 (1994)- adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta, de sendos Tribunales Penales Internacionales para juzgar las violaciones graves del Derecho Internacio-

12 S. Glueck, *War Criminals, Their Prosecution and Punishment*, 1948; H. Lauterpach, "The Law of Nations and Punishment of War Crimes", *British Yearbook of International Law*, Vol. 21, 1944.

13 Declaración de Moscú sobre los Crímenes de Guerra (30/XI/43) y Tratado entre Gran Bretaña, Estados Unidos y la URSS del 8 de agosto de 1945; Hans - Heinrich Jescheck, "Nuremberg Trials", in Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public Law*, Instalment 4, 1982; Bert V.A. Röling, "Tokyo Trial", in Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public Law*, Instalment 4, 1982; Michel Dobkine, *Crimes et Humanité*. Romillat, París, 1992; Jean Marc Varaut, *Le Procès de Nuremberg*, Pluriel, París, 1992; Frederick Berg, *El Proceso de Nuremberg*, Buenos Aires 1947; Vicente Gimeno Sendra, "La Experiencia de los Juicios de Nuremberg y la Necesidad de Crear un Tribunal Penal Internacional", *La Ley*, Revista Jurídica Española, Año XIX, No. 4457, 14 de enero de 1998.

14 Jean Graven, *Principes Fondamentaux d'un Code Represif des Crimes contre la Paix et la Sécurité de l'Humanité*, Genève, 1950; Vespasian Pella, *Une Cour Penale Internationale* (A/CM.4/39); Cherif Bassione, *International Criminal Law*, Sitthoff & Noordhoff, 1980; Héctor Gros Espiell, "Gilberto Amado y la Jurisdicción Penal Internacional", *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Río, 1987; Edmundo Vargas Carreño, "Una Corte Penal Internacional, Aproximación a un Proyecto de Estatuto Preparado por la Comisión de Derecho Internacional", en: *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, cit., San José, 1994. M. Cherif Bassuoni, "The Time has Come for an International Criminal Court", en *Indiana International Law Review*, vol. 1, no. 1, 1991; Joao Marcelo de Araujo Junior, "O Tribunal Penal Internacional, Instrumento de Garantía dos Direitos Humanos", Curso del Comité Jurídico Interamericano, XXIII, 1996.

15 Bruna Molina, "The Establishment of an International Criminal Tribunal", en Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles 1997, Vol I; María del Luján Flores, "La Corte Penal Internacional: Utopía o Realidad", en Héctor Gros Espiell *Amicorum Liber*, cit., Vol. I; Michel Mercier, *Crimes sans Chatiment, Ex Yugoslavia, 1991 -1993*, Bruylant, Bruxelles, 1994; Jean -Francois Duparquier (ed), *La Justice Internationale face au Drame Rwandais*, Karthala, París 1996; *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente*, Università di Roma La Sapienza - Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, Editoriale Scientifica, Napoli, 1996. Alain Pellet, "Le Tribunal Criminel International pour l'ex Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?", *Revue Générale de Droit International Public*, 1994 no. 1; M. Mubiala, "Le Tribunal International pour Rwanda, vrai ou fausse copie du Tribunal Penal International pour l'ex Yougoslavie", *Revue Générale de Droit International Public*, 1995, no. 4.

nal Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia y en el territorio de Ruanda.¹⁵

IV

La protección internacional de los Derechos Humanos se caracteriza por su progresividad.

Avanza lentamente en su esfuerzo para asegurar por medio de esa progresión la mejor protección internacional de los Derechos Humanos, para universalizarla, para que el Estado esté sometido al Derecho Internacional, y para superar nociones obsoletas relativas al dominio reservado y a la soberanía. Avanza para lograr la armónica coordinación de la protección internacional de tipo universal, según los diferentes regímenes existentes en la familia de las Naciones Unidas y la protección internacional regional, en los casos que ella exista, como en Europa, América y África.

Ha avanzado, asimismo, para profundizar y mejorar el sistema actual basado en la aplicación y adaptación a la cuestión de los Derechos Humanos, de los principios de la responsabilidad internacional del Estado.

Pero estos avances, -expresión de la progresividad que, repetimos, caracteriza la materia de los Derechos Humanos, su defensa y protección desde el punto de vista internacional-, no impiden que se busquen otros caminos u otras formas internacionales complementarias de protección. Por el contrario, impulsan a pensar en otras vías y en otros criterios.

La progresividad obliga a hacer un balance de los progresos y a evaluar si el camino recorrido es el único o si, por el contrario, puede ser útil buscar otras sendas distintas, que profundicen y hagan más eficaz la protección.

Es evidente que la manera actual de encarar la protección internacional de los Derechos Humanos, en base a la aplicación de los principios de la responsabilidad internacional, debe mantenerse. Es una forma correcta de enfrentar la cuestión. Ha producido resultados muy positivos y debe seguir siendo aplicada, ampliada y profundizada, es decir mejorada.¹⁶

¿Pero es suficiente? ¿Puede decirse hoy, luego del ejemplo de lo ocurrido en Ruanda, en Burundi, en el Congo, en muchas partes de la ex Yugoslavia y también en otros continentes, que esta forma tradicional alcanza como respuesta internacional al tema de las violaciones de los Derechos Humanos?

Evidentemente no.

La creación de los Tribunales Internacionales, por el Consejo de Seguridad, para los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda es ya una manifestación inicial, limitada, parcial, circunscrita y provisional, de la respuesta general que se impone y que todo hace pensar que habrá de ve-

¹⁶ Antonio Cançado Trindade, "Consolidação e Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Proteção Internacional dos Direitos Humanos", en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber, cit.*, Vol. I.

nir en los próximos años, fundada en fórmulas de naturaleza convencional.

V

La responsabilidad del Estado debe ser complementada con la responsabilidad penal internacional, en ciertos casos, de los autores de determinadas violaciones, particularmente graves y trascendentes, de los derechos humanos.

La impunidad¹⁷ penal internacional de los criminales que han atentado contra los Derechos Humanos, como ejecutores materiales de las violaciones, no debe ni puede ser un principio internacional. Estos criminales, que naturalmente deberían, en principio, ser siempre castigados por el Derecho interno, no deben poder regocijarse si este castigo no se produce, si el Estado es omiso o reticente en cumplir su deber penal o si la autoridad estatal no existe, es inoperante o ineficaz. No deben esos criminales impunes, contemplar cómo la cuestión se reduce al pago de una indemnización a las víctimas por parte del Estado, cuando el asunto llegue a ser objeto de una decisión internacional.

Esta forma parcial, organizada sólo en base de la responsabilidad internacional del Estado, de encarar el tema de las consecuencias de las violaciones de los Derechos Humanos, fomenta además dichas violaciones, ya que los agentes, funcionarios o personas que las cometen, -a veces ejecutando órdenes, a veces por propia iniciativa, a veces como parte de una política- saben que si escapan, o no se produce su juzgamiento interno -no siempre posible, fácil ni positivo-, no serán objeto de responsabilidad penal individual internacional y escaparán así a todo castigo personal.

Naturalmente, pensar, elaborar y lograr la entrada en vigencia de este nuevo régimen internacional -que necesariamente deberá tener base convencional- no será fácil. Habrá que remover obstáculos políticos, jurídicos y mentales.

Será preciso adoptar, por un tratado multilateral, en el marco de las Naciones Unidas, un Código de Delitos contra la Paz y la Humanidad, capaz de encarar la situación que planteamos. Será necesario crear, también por medio de un tratado, una Corte Penal Internacional.

Se requerirá pensar toda esta materia con un nuevo enfoque conceptual. Esto será, probablemente lo más difícil. Pero esta exigencia de pensar el tema y delimitarlo conceptualmente, es el presupuesto necesario de su regulación normativa convencional.

VI

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha comprendido y evaluado esta situación.¹⁸

¹⁷ Allain Pellet, "Le Projet de Statut de la Cour Criminelle Internationale Permanente, vers la fin de l'impunité". en *Héctor Gros Espiell. Amicorum Liber*, Vol. 2, Bruxelles, 1997.

¹⁸ Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafos 52, 53, 54, 55 y 56; Carolina Loayza y Nicolás de Piérola, "Efectos

En su opinión consultiva OC-14/94, luego de señalar, en el párrafo 56, el régimen vigente, que “se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos”, evocó la cuestión de la responsabilidad individual que “puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio que, naturalmente, afectan también derechos humanos específicos (párrafo 53). Desarrolló y fundó su pensamiento al respecto en los párrafos 54 y 55 teniendo en cuenta la situación existente en 1992 y 1993.

Esta interesante y correcta afirmación de la Corte Interamericana demuestra que aunque el problema que nos preocupa ya se avizora y comprende, no hay aún ni en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, ni en el Sistema Regional Americano, un tratamiento autónomo y específico de la cuestión de la responsabilidad penal individual por la violación de los Derechos Humanos.

VII

En el actual Derecho de Gentes la protección internacional de los Derechos Humanos, fundada en la responsabilidad del Estado, es subsidiaria de la protección interna.

Si el Estado no respeta los derechos de la persona humana y no garantiza su libre y pleno ejercicio, y, ante su violación, no ha actuado para que la conculcación cese y se reparen las consecuencias de los actos o hechos ilícitos cometidos, habiéndose agotado los recursos de jurisdicción interna (art. 41, 1, c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos),¹⁹ se abre la posibilidad de la protección internacional, sea de carácter universal o regional.

Este elemento de subsidiariedad respecto de la protección interna es caracterizante de la protección internacional en la situación actual del Derecho Internacional.

El mismo elemento, inteligentemente adoptado, habrá de ser recibido y regulado, cuando se elaboren el o los instrumentos relativos a la responsabilidad penal internacional de carácter individual y personal, por la violación de los Derechos Humanos. En efecto esta responsabilidad, por lo menos en su primera o inicial expresión, teniendo en cuenta la evolución progresiva que habrá de sufrir, tendrá que ser subsidiaria, complementaria y posterior del castigo pe-

jurídicos internacionales por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, Vol. XIII, 1997, págs. 237-251.

¹⁹ Antonio Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1983 y los numerosos trabajos posteriores del autor sobre el tema, algunos de los cuales están citados en el trabajo referido en la nota 16 (págs. 160-166).

nal por el Derecho Interno de los sujetos activos, de esas violaciones. Sólo si esa acción punitiva estatal no se realiza, y luego de haberse agotado los recursos de la jurisdicción interna para lograr el objetivo de la sanción penal, se habrá de poder recurrir a la jurisdicción penal internacional.

Naturalmente la experiencia que resulta de los más evolucionados y mejores instrumentos internacionales actuales en la materia (como es el caso, por ejemplo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1 y 46), de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la doctrina mejor y más reciente, tendrán que ser adecuadamente considerados, para que la protección penal internacional no resulte una ficción y sea capaz de actuar, con eficacia y acatamiento, cuando el Estado no ha podido o no ha querido sancionar penalmente a los responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos, por incapacidad política, por complicidad, por retardo, por omisión o por la inexistencia de adecuadas normas internas.

VIII

El Derecho Internacional conoce ya diversos instrumentos que han calificado o tipificado conductas o acciones que constituyen violaciones de derechos humanos como crímenes o delitos internacionales o nacionales.

Tal es el caso de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 y en vigor desde 1951) y de la Convención contra la Tortura y otros tratos y penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas (adoptada en 1984 y en vigor desde 1987).

Existen asimismo instrumentos internacionales, en el ámbito de las Naciones Unidas, respecto de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Convención de 1968, en vigor desde 1970) y a los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad (Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General del 3 de diciembre de 1973).

Pero ninguna convención internacional, ningún tratado adoptado en el ámbito de las Naciones Unidas, hasta el día de hoy, ha tipificado conductas criminosas o delictivas que constituyan violaciones de los Derechos Humanos, como crímenes y delitos internacionales sometidos -sin perjuicio de las competencias sancionadoras del Derecho Interno- a una jurisdicción penal internacional. Se han limitado a establecer obligaciones de los Estados partes al respecto, a regular la cooperación internacional para la aprehensión y castigo nacional de los criminales y delincuentes y, en algún caso, a organizar un procedimiento, a cargo de un órgano de expertos internacionales, para examinar el cumplimiento por parte de los Estados partes en la convención pertinente de los deberes que, en relación con ese o esos crímenes y delitos, les impo-

ne el Derecho Internacional.

Pero nada más.

En el sistema regional americano la situación es esencialmente igual. Veamos algunos ejemplos:

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, abierta a la firma en 1985 y en vigor desde 1987, obliga a los Estados partes a prevenir y sancionar la tortura (arts. 1 y 6), califica a la tortura como delito (arts. 2, 3 y 13), que los Estados partes deben tipificar en su Derecho Interno (art. 9), regula todo lo relativo al régimen jurídico relativo a la tortura (arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10 y 11), a la jurisdicción punitiva (art. 12) y al funcionamiento de la extradición (arts. 13 y 14). No se crea un órgano encargado de vigilar el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados partes y sólo existe un vago y genérico deber de informar a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 17).

Esta Convención Interamericana no califica a la tortura como crimen o delito internacional y, naturalmente, no contiene nada relativo a la responsabilidad penal internacional, ante un órgano jurisdiccional internacional, de los torturadores.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, fue abierta a la firma en 1994 y entró en vigor en 1996.

El fenómeno de las desapariciones forzadas constituye “una forma compleja de violación de los derechos humanos”. Estas desapariciones han sido calificadas “como un delito contra la humanidad”, como “un crimen de lesa humanidad”.²⁰

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos usó estas expresiones, en 1986, la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas no había sido aún elaborada y ni siquiera proyectada. Sin duda las sentencias de la Corte en los tres casos sobre Honduras mucho influyó para que la Convención se proyectara, se elaborara, se adoptara, se abriera a la firma y se ratificara.

La Convención califica la desaparición forzada de personas como “un crimen de lesa humanidad”.

Pero la Convención limita la sanción a los autores, cómplices y encubridores de este delito a la jurisdicción del Estado (art. I, b), considerándose delitos en cualquier Estado parte (art. IV), enumerándose las medidas que los Estados partes deberán adoptar para establecer su jurisdicción (art. IV, a, b, c). Asimismo establece que no será considerado delito político y que en consecuencia cabe la extradición (arts. V y VI). La acción penal y la pena en este delito no estarán sujetas a prescripción (art. VII). No se admite la eximente de obediencia debida (art. VII)

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez, Sentencia 29 de julio de 1988, párrafos 149-158, págs. 60-66.

y los presuntos responsables sólo pueden ser juzgados por la jurisdicción común, con exclusión de los militares (art. IX) no procederá invocar circunstancias excepcionales como el estado de guerra, amenaza de guerra, o cualquier otra emergencia pública (art. X).

Las denuncias por desapariciones forzadas se procesarán ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (arts. XIII y XIV).

Pero al igual que en el caso de la Convención sobre la tortura, no hay ningún atisbo de una posible jurisdicción penal internacional para juzgar este “crimen de lesa humanidad”. Y si en virtud del no ejercicio o ejercicio defectuoso de la jurisdicción interna el o los criminales quedan impunes sólo habrá la posibilidad de una petición ante la Comisión Interamericana que, en el mejor de los casos, canalizará el asunto por la vía que conduce a la responsabilidad internacional del Estado y que deja a los delincuentes al margen y libres de toda sanción penal.

Plantear la situación es comprender las terribles consecuencias del sistema actual.

IX

El Derecho Penal Internacional ha llegado ya, de una manera parcial y limitada, en los casos generados por la situación en la ex Yugoslavia y en Africa Central, y podría llegar mañana de una manera general, a calificar como crímenes o delitos generadores de responsabilidad penal internacional a ciertas conductas delictivas vinculadas con la paz, con las acciones bélicas y con actividades que afecten a los deberes ante la Humanidad.

Incluso cuando esta consideración esté, en el futuro, realizada de una manera general, y con una base convencional en cuanto al castigo de delitos y en cuanto al órgano internacional que ha de juzgarlos, y teniendo asimismo en cuenta que esas conductas se relacionan necesariamente con violaciones de derechos humanos, es evidente que no toda violación de los derechos humanos, declarados y protegidos como tales por el Derecho Internacional, podrá dar origen a una responsabilidad penal internacional, individual y concreta, de quienes realizan o ejecutan esas violaciones.

X

En efecto, no toda violación de los Derechos Humanos podrá estar en la base de una responsabilidad penal internacional. Para muchas violaciones el medio adecuado de protección ha de seguir siendo el actualmente existente. Pero para otros casos, los más graves y los más repudiables para la conciencia ética de la Humanidad, la eventual sanción penal internacional individual es necesaria, para castigar a los responsables directos y a los ejecutores materiales de las violaciones criminales de los Derechos Humanos.

Pero eso, sin perjuicio de señalar desde ya la vinculación entre un sistema de protección

internacional de los Derechos Humanos, basado en la responsabilidad internacional del Estado y otro fundado en la responsabilidad penal individual internacional de quienes realizan materialmente esas violaciones, es necesario tener conciencia de que no puede ser posible que co-existan en base a una superposición completa. No puede pensarse, como ya dijimos, que toda violación a los Derechos Humanos ha de dar origen a un caso de responsabilidad penal internacional. Pero a la inversa, es claro que muchas violaciones muy graves generarán una responsabilidad del Estado cuyas autoridades o agentes cometieron las violaciones y una responsabilidad penal, también internacional, pero individual, respecto de las personas que como funcionarios, agentes o a cualquier título, *de jure* o *de facto*, las cometieron.

Lo que hay que estudiar desde ahora es la forma de relacionar ambos sistemas, de distinguirlos y de armonizar su coexistencia.

Es un tema que planteará análogas, y posiblemente mayores, dificultades e interrogantes que los que en las décadas de los cuarenta y cincuenta generó la organización actual, existente a nivel universal regional, para proteger los Derechos Humanos.

Este desafío, político, intelectual y jurídico, es necesario enfrentarlo para encarar el requerido progreso. Eso es lo que queremos provocar. Es un asunto difícil, tanto en lo jurídico como en lo político. Obligaré a pensar fórmulas nuevas e innovadoras y a proyectar nuevos textos, tanto en el ámbito universal como en los sistemas regionales.

La complementariedad, adecuadamente organizada por el Derecho Internacional, de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad penal internacional individual, es uno de los desafíos a que nos enfrentamos hoy, si queremos alentar y acelerar la progresividad y la mejor y creciente eficacia de la protección internacional de los Derechos Humanos, en base a ineludibles criterios de justicia.

Este nuevo enfoque ha de llegar. No sólo para complementar el sistema actual, sino para que la inmoral impunidad de los grandes violadores de los derechos humanos que es, en los hechos, una triste realidad, deje de existir.

El enfoque ético y la consideración del necesario efecto preventivo de la sanción penal internacional terminarán por imponerse.

EL ESTADO DEMOCRÁTICO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

Rafael Nieto Navia^(*)

ALGUNOS ANTECEDENTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

La Organización de los Estados Americanos (OEA) fue creada en mayo de 1948 en Bogotá, por la Novena Conferencia Internacional Americana.¹ Reemplazó a la Unión Panamericana, como empezó a llamarse en 1910² la Oficina internacional de las Repúblicas americanas. La misma Conferencia de Bogotá adoptó, siete meses antes de que se aprobara la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, diciembre de 1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes³ del Hombre.⁴

(*) Juez del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. Antigo Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Antigo Presidente del Tribunal Arbitral Argentino-chileno para el Trazo del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy.

1 Entró en vigor en diciembre de 1951 y ha sido modificada por los Protocolos de Buenos Aires (1967), Cartagena de Indias (1985), Washington (1992) y Managua (1993). La Carta reformada entró en vigor el 25 de septiembre de 1997. Utilizamos la “publicación provisional” de la Secretaría General de la OEA (OEA/Ser. G. CP/INF.3964/96 rev.1 del 6 de octubre de 1997).

2 Cuarta Conferencia Internacional Americana (Buenos Aires 1910). En la Primera Conferencia (Washington 1889) se creó una Oficina Comercial. El nombre de Unión Panamericana se da hoy a la Secretaría General de la OEA.

3 De acuerdo con el Preámbulo de la Declaración, “[e]l cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”. ¡Cuántas veces olvidamos este elemental principio y reclamamos nuestros derechos sin haber cumplido con nuestros deberes!

4 Los trabajos para la Declaración Universal estaban bastante avanzados y la Americana utilizó varios de sus elementos. La Novena Conferencia adoptó también, entre otros documentos, una Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y una Convención sobre Concesión de Derechos políticos y civiles a la Mujer.

Aunque la Declaración Americana fue anterior a los otros documentos de la misma índole en otras esferas geográficas,⁵ fue solamente en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago, 1959) cuando se aprobó una Resolución sobre Derechos Humanos, en cuya primera parte se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de “un proyecto de Convención sobre derechos humanos y otro u otros proyectos de Convención sobre la creación de una Corte Interamericana para la protección de los derechos humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos” y en cuya segunda parte se creó el primer órgano del sistema para esos efectos, la Comisión interamericana de Derechos humanos “encargada de promover el respeto de tales derechos”. La Comisión fue elevada a órgano de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires (1967).

Después de muchas vicisitudes jurídicas, el Consejo de la Organización citó a una Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos que se reunió en San José, Costa Rica, y que culminó con la firma, el 22 de noviembre de 1969, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que entró en vigor al ser depositado el instrumento de ratificación de Grenada, el 18 de julio de 1978.

EL SISTEMA DEMOCRÁTICO EN AMÉRICA

En 1815 se creaba en Viena, gracias al genio de Metternich, la Santa Alianza, que representó un sistema oligárquico que tenía el propósito de defender el orden que se reconstituía en Europa después de las guerras napoleónicas. Del principio del equilibrio de las naciones de los tratados de paz de Westfalia (1648) se pasa al control y a la dirección absoluta de Europa, con un sistema donde las potencias se adscriben la prerrogativa de decidir y solucionar todos los problemas internacionales.⁶

El fundamento de esta política se encuentra en la convicción de que la paz internacional no existe sin la paz interna de cada Estado. Si la paz interna se halla amenazada por las revoluciones liberales, éstas son incompatibles con la paz internacional. La Santa Alianza tiene, entonces, la facultad de intervenir en los Estados donde una insurrección amenace su paz interna. Esto era precisamente lo que sucedía en las provincias españolas que buscaban su independencia, lo que motivó el intento de enviar tropas de reconquista, fracasado gracias a la revolución del general Rafael de Riego en 1820.

Es a esa idea a la que se opone la Doctrina de Monroe, propuesta por el presidente de los Estados Unidos en su mensaje anual al Congreso el 2 de diciembre de 1823. Después de declarar que su país no ha intervenido ni intervendrá en los conflictos europeos, manifiesta que “con-

5 La Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales es dos años y medio posterior y entró en vigor en 1953.

6 Lo que es, por cierto, como una de esas grandes paradojas de la historia, lo mismo que deriva de los corolarios de la doctrina de Monroe, surgida precisamente para oponerse a la Santa Alianza.

sideramos peligroso para nuestra paz y seguridad, cualquier tentativa de parte [de la Santa Alianza] para extender su sistema a cualquier porción de este hemisferio". El raciocinio monroísta es igual al de Metternich, variando únicamente los factores: si para el príncipe la legitimidad se ve amenazada por las revoluciones liberales, para Monroe la democracia republicana lo está por el sistema monárquico e imperialista.⁷

En estos principios de la democracia en América, los conceptos de forma política de gobierno son diametralmente opuestos en uno y en otro continentes. Para la Santa Alianza, las democracias republicanas eran una errónea forma de gobierno y representaban un peligro para la paz. En el terreno filosófico y político lo que para unos era esencia de vida es invocado por los otros en forma oportunista. Justicia y representación, por ejemplo, no significaban para los regímenes europeos sino palabras vacías de sentido que pueden invocarse de vez en cuando, pero que no pueden reemplazar la voluntad real o la fuerza como sistema de gobierno.

Esto fue lo que entendieron los delegados al Congreso Anfictiónico de Panamá, convocado por Bolívar en 1826. Por ello el artículo 29 del Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetuas que se firmó en tal asamblea estipuló que "[s]i alguna de las Partes variase esencialmente sus formas de gobierno quedará por el mismo hecho excluida de la Confederación y su Gobierno no será reconocido ni ella readmitida en la dicha Confederación sino por el voto unánime de todas las partes que la constituyen o la constituyan entonces". El Congreso comprendió que el cambio del sistema político en cualquiera de las potencias partes significaría también un cambio en sus puntos de vista y constituiría, por consiguiente, un riesgo para los demás confederados.⁸

7 Es interesante conocer la génesis de esta posición. Bolívar había enviado a los Estados Unidos, primero como representante de Venezuela y luego de la Gran Colombia al español don Manuel de Torres. El diplomático envió el 18 de marzo de 1820 al Secretario de Estado de Mr. Monroe, John Quincy Adams, un mensaje en el que, entre otras cosas, le decía, refiriéndose a los gobiernos europeos, que "[e]llos conocen que los intereses de Europa, como las instituciones políticas de la última, son distintas de las de los primeros [los países de la América española]". Añadía que vislumbraba "una guerra de parte de los soberanos que compon[ían] la Santa Alianza, con el objeto de atajar la propagación de los principios republicanos en el Nuevo Mundo". En un informe fechado en Filadelfia el 20 de mayo de 1820 y dirigido al Secretario de Estado y Relaciones Exteriores de Colombia, José Rafael Revenga, después de relatar una entrevista con J.Q. Adams, dice que "le volví a recordar que tanto los intereses como las instituciones políticas de Europa y América son diametralmente opuestos". Sus ideas fueron respaldadas en el Congreso por Henry Clay y condujeron primero al reconocimiento por los Estados Unidos de las repúblicas recién independizadas de España (Torres fue recibido oficialmente como representante de Colombia el 18 de junio de 1820, siendo el primer diplomático latinoamericano acreditado oficialmente ante el gobierno de los Estados Unidos) y luego a la doctrina de Monroe que las recoge casi textualmente. Las itálicas son nuestras. V. en general, NIETO-NAVIA, Rafael, *La Doctrina de Monroe, Presencia Histórica*, Ediciones Americanas, Bogotá, 1962, esp. 28-32 y 49-51.

8 Como es bien sabido, el Tratado de Panamá nunca entró en vigor pero constituyó el antecedente de los tratados suscritos en Lima (1848), Santiago y Washington (1856). "Aunque en el tratado de Lima no se encuentra la explícita declaración del de Panamá acerca de la expulsión para el miembro que adoptase un cambio esencial en su sistema de gobierno, se basa áquel en el mismo principio, aunque ya su sistema de alianza no se oponía a una forma de gobierno determinada" (CAVELIER, Germán, *La Política internacional de Colombia*, Bogotá, 1959, vol. I, 183).

Un siglo más tarde las cuestiones habían cambiado mucho en materia del derecho de los Estados a gobernarse por otros sistemas. En efecto, la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados (Montevideo 1933), luego de definir los elementos esenciales para que pueda hablarse del Estado como persona de Derecho internacional (artículo 1), señala que “la existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados” y puntualiza dentro de sus derechos, cuyo ejercicio “no tiene otros límites que el ejercicio de los derechos de otros Estados, conforme al Derecho Internacional”, el de “organizarse como mejor lo entendiere” (artículo 3), lo cual probablemente no significaba un abandono de la democracia republicana como sistema de gobierno sino la aceptación de que en estas cuestiones podían presentarse variaciones de acuerdo con las respectivas idiosincrasias.

En la VIII Conferencia (Lima, 1938) se aprobó una Resolución sobre Enseñanza de la Democracia para “difundir el conocimiento de los principios democráticos sobre los cuales descansan las instituciones políticas, sociales y económicas de las naciones de América”, para que ellas “defiendan la integridad ideológica de sus instituciones contra las tentativas o actividades extrañas que puedan amenazar su estabilidad”.

Cuando estalló la Segunda Guerra Mundial, las Reuniones de Consulta (Panamá, 1939, La Habana, 1940, Río de Janeiro, 1942),⁹ abordaron de nuevo el conflicto entre el sistema democrático y el de las potencias del Eje y aprobaron sendas Resoluciones en las que hicieron expresa referencia al “ideal democrático” prevaleciente en el Hemisferio.

Cuando se acercaba el final de la guerra, la Conferencia interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz (Chapultepec, 1945) dijo, en la Resolución XI (Declaración de México), que “[l]os Estados americanos reiteran su ferviente adhesión a los principios democráticos, que consideran esenciales para la paz de América” y agregó que “[e]l fin del Estado es la felicidad del hombre dentro de la sociedad. Deben armonizarse los derechos de la colectividad con los del individuo. El hombre americano no concibe vivir sin justicia. Tampoco concibe vivir sin libertad”.¹⁰

LA DEMOCRACIA EN LA CARTA DE LA OEA

Según la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre “[l]os derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por

⁹ En la que los Estados americanos tuvieron que abordar la realidad de que al menos los Estados Unidos eran parte en la guerra, aunque también otras naciones americanas la declararon o rompieron relaciones diplomáticas con las potencias del Eje.

¹⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo una referencia expresa a este aparte de la Declaración de México, en su opinión consultiva sobre *La Expresión ‘Leyes’ en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A. No. 6, párr. 33.

las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.¹¹ También incluye específicamente dos referencias a los derechos y deberes electorales.¹²

Pero, en cambio, aunque en la Carta de la OEA se incluyó en 1948 un artículo¹³ literalmente copiado del artículo 3 de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados citados arriba, se hicieron en aquella varias referencias explícitas a las instituciones democráticas. En el Preámbulo se dice:

Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

El artículo 5.d)¹⁴ se refiere específicamente al tipo de organización política de los Estados americanos, así:

La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa.

La reforma hecha por el Protocolo de Cartagena en 1985 reiteró en el Preámbulo el mismo criterio de la manera siguiente:

Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región.

En el artículo 2, que contiene los propósitos de la Organización, el Protocolo añadió:

b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención.

Igualmente se agregó al artículo 3 (Principios), el siguiente literal:¹⁵

11 Artículo XXVIII. El artículo 32.2 de la Convención Americana lo transcribe casi literalmente.

12 Artículo XX

Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

Artículo XXXII

Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello.

13 Hoy 13 de la Carta reformada.

14 Hoy 3.d) de la Carta reformada.

15 Este párrafo está inspirado en la Declaración sobre los Principios referentes a las Relaciones entre

e) Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social y a organizarse en la forma que más le convenga y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados Miembros cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales.

Como puede verse, la idea es la de permitir a los Estados cualquier sistema de gobierno sin que ello afecte la “solidaridad” y la “cooperación” que ellos esperan de los demás.¹⁶

El Protocolo de Washington agregó un nuevo artículo 9¹⁷ según el cual,

Un miembro de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado.¹⁸

los Estados americanos (Res.AG/RES. 128 {III-0/73, aprobada en el Tercer Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea}, la que, adicionalmente, se refirió a la pluralidad de ideologías dentro de la Carta [como] presupuesto de la solidaridad regional”. En la Declaración de La Paz (Noveno Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General) la “pluralidad de ideologías” se transformó en “pluralismo ideológico”, aunque se destacó “la importancia de que los Estados Miembros restablezcan o perfeccionen los sistemas democráticos de gobierno”, lo cual, en alguna forma, constituye una contradicción.

16 Lo cual es, en nuestra opinión, una clara referencia a los Estados Unidos, en realidad el único Estado con capacidad y posibilidad de cooperar, y que lo ha hecho con ciertas dictaduras que se presentaron como anticomunistas y, en cambio, no ha dudado en intervenir, militarmente o a través de bloqueos económicos, para derrocar regímenes procomunistas. En la evolución del sistema interamericano en general y en el de la democracia en particular no pueden, entonces, perderse de vista los problemas generados por una compleja relación entre América Latina y los Estados Unidos, en la que el comunismo no ha sido el problema menor.

17 Por Resolución sobre “Democracia Representativa” {AG/RES. 1080 (XXI-0-91)}, la Asamblea General (Santiago 1991) había instruido “al Secretario General que solicit[ara] la convocación inmediata del Consejo Permanente en caso de que se produj[eran] hechos que ocasion[aran] una interrupción abrupta e irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo en cualquiera de los Estados miembros de la Organización para, en el marco de la Carta, examinar la situación, decidir y convocar una reunión *ad hoc* de Ministros de Relaciones Exteriores o un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, todo ello dentro de un plazo de 10 días”, todo ello para “analizar colectivamente los hechos y adoptar las decisiones que se estimen apropiadas, conforme a la Carta y al derecho internacional”. Debe anotarse que la reunión *ad hoc*, que no es la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de que habla la Carta en su artículo 61 para “considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados americanos”, no es uno de los órganos mencionados en el Capítulo X de la misma. Como antecedente de la nueva norma incorporada en el Protocolo de Washington ha de citarse igualmente la Declaración de Nassau que se menciona más adelante.

18 Siguen g) literales que reglamentan el ejercicio de este derecho, los que incluyen la necesidad previa de que (a) “las gestiones diplomáticas que la Organización haya emprendido con el objeto de propiciar el restablecimiento de la democracia representativa en el Estado miembro afectado” “hayan sido infructuosas” y (d) no excluyen el emprendimiento de “nuevas gestiones diplomáticas tendientes a coadyu-

En la Novena Conferencia se había aprobado una Resolución sobre Preservación y Defensa de la Democracia en América, en la que se urgió la proscripción en el Continente de “tácticas de hegemonía totalitaria, inconciliables con la tradición de los países de América”, especialmente las del comunismo internacional que consideró “incompatible[s] con la concepción de libertad americana”.¹⁹

La IV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Washington, 1951), inspirada en la Resolución anterior, aprobó otra sobre Fortalecimiento y Ejercicio efectivo de la Democracia, en la que declaró “[q]ue la solidaridad de las Repúblicas Americanas requiere el ejercicio efectivo de la democracia representativa, la justicia social y el respeto y la vigencia de los derechos y deberes del hombre, principios que deberán fortalecerse cada vez más en el campo internacional” y que “es indispensable que en cada país exista un sistema efectivo de democracia representativa que ponga en práctica los derechos y deberes del hombre y la justicia social”.²⁰

Esta Reunión de Consulta, “determinada por la necesidad de una acción expedita de las Repúblicas del Hemisferio para la defensa común contra las actividades agresivas del comunismo internacional”,²¹ aprobó otras Resoluciones enderezadas a “asegurar el respeto a las libertades fundamentales del Hombre y a los principios de justicia social como base de su sistema democrático”.²²

Con estos antecedentes la Décima Conferencia (Caracas, 1954) aprobó una Resolución “contra la Intervención del Comunismo Internacional” en la que se reiteró “[l]a fe de los pueblos de América en el ejercicio efectivo de la democracia representativa como el mejor medio para promover su progreso social y político” y se declaró “[q]ue el dominio o control de las instituciones políticas de cualquier Estado americano por parte del movimiento internacional comunista, que tenga como resultado la extensión hasta el Continente americano del sistema político de una potencia extracontinental, constituiría una amenaza a la soberanía e independencia política de los Estados americanos que pondría en peligro la paz de América y exigiría una Reunión de Consulta para considerar la adopción de las medidas procedentes de acuerdo con los tratados existentes”.²³

var al restablecimiento de la democracia representativa en el Estado miembro”. Como puede apreciarse se trata de defender los gobiernos “democráticamente elegidos” independientemente de su comportamiento. La mención a “la fuerza” es bastante indeterminada pero parece referirse al uso de fuerza militar. Un buen test de este artículo hubiera sido el derrocamiento de Bucharam en el Ecuador o la victoria electoral conseguida gracias a dineros del narcotráfico como en Colombia, pero estos acontecimientos son anteriores a la entrada en vigor del Protocolo. En todo caso, esta norma trae una clara remembranza del artículo 29 del Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetuas de 1826.

19 Res. XXII.

20 Res. VII.

21 Res. I, Declaración de Washington.

22 *Id.*

23 Res. XCIII. Una aplicación de esta Resolución tuvo lugar cuando la VIII Reunión de Consulta (Punta del Este, 1962) resolvió que “la adhesión de cualquier miembro de la Organización de los Estados

La Asamblea General (Santiago 1991) adoptó el Compromiso de Santiago con la Democracia y la Renovación del Sistema Interamericano²⁴ y aprobó una Resolución {AG/RES. 1080 (XXI-0/91)} para el fortalecimiento de la democracia representativa y encomendó al Secretario General que estableciera una Unidad para la Promoción de la Democracia en la región. Por su parte, la Asamblea en su XXII periodo de sesiones (Nassau 1992) adoptó la Declaración de Nassau²⁵ en la que declaró “[s]u compromiso renovado e indeclinable con el fortalecimiento, la defensa y la promoción de la democracia representativa y los derechos humanos en el Hemisferio, y el imperio de la ley dentro del marco de los principios de autodeterminación, no intervención y solidaridad, consagrados en la Carta de la OEA” y “[s]u decisión de desarrollar mecanismos de la OEA para proporcionar a los Estados miembros la asistencia que soliciten para promover, preservar y fortalecer la democracia representativa, a fin de complementar y desarrollar lo previsto en la resolución AG/RES. 1080 (XXI-0/91)”.²⁶ Con base en estas reiteradas declaraciones, el Consejo Permanente adoptó el Programa de Apoyo para la Promoción de la Democracia y el Plan de Trabajo de la Unidad para la Promoción de la Democracia en la Secretaría General,²⁷ todo lo cual ha contado con el apoyo de la Asamblea General.²⁸

En el Vigésimo Tercer Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General (Managua, 1993) se aprobó una Declaración,²⁹ que lleva el nombre de la capital de Nicaragua, para

Americanos al marxismo-leninismo es incompatible con el Sistema Interamericano y el alineamiento de tal gobierno con el bloque comunista quebranta la unidad y la solidaridad del Hemisferio”, por lo cual “excluy[ó] al actual gobierno de Cuba de su participación en el Sistema Interamericano” (Res. VI). La Resolución IV de esta misma Reunión, luego de considerar cómo la Carta de la OEA se refiere a los derechos fundamentales del hombre y a la democracia representativa como su base, recomendó “a los gobiernos de los Estados Americanos cuya organización o funcionamiento no sea compatible con el ejercicio efectivo de la democracia representativa, que procedan a la celebración de elecciones libres en sus respectivos países como el medio más eficaz de consulta a la soberana voluntad de sus pueblos para garantizar la restauración de un régimen de derecho, fundado en la autoridad de la ley y en el respeto a los derechos de la persona humana”.

24 En el que expresó “su compromiso indeclinable con la defensa y promoción de la democracia representativa y de los derechos humanos en la región, dentro del respeto a los principios de libre determinación y no intervención”.

25 AG/DEC. 1 (XXII-0/92).

26 *Cit. supra.*

27 Res. CP/RES. 572 (882/91) y CP/RES. 583 (904/92). La Unidad fue creada con base en la Resolución AG/RES. 1063 (XX-0/90) del vigésimo periodo de sesiones de la Asamblea (Asunción 1990) que solicitó al Secretario General establecerla. Por su parte el Consejo estableció un Grupo de Trabajo sobre Democracia Representativa, al cual se le ha encomendado, con base en la Resolución sobre Promoción de la Democracia Representativa {AG/RES. 1475 (XXVII-0/97)}, adoptada en Lima en 1997, la vigilancia, estímulo y desarrollo de la Unidad, así como la elaboración y aprobación del Plan Anual de Trabajo de la misma. La misma Resolución encomendó al Consejo el análisis de los documentos preparados por la Secretaría General sobre el tema: *La Democracia representativa en las Américas: propuesta de marco de acción para el sistema interamericano* (CP/doc. 2899/97) y Programa Centro de Estudios sobre la Democracia (PCED) (CP/doc. 2900/97).

28 Por ejemplo, Resolución AG/RES. 1402 (XXVI-O/96) de la Asamblea General celebrada en Panamá.

29 AG/DEC. 4 (XXIII-O/93).

la Promoción de la Democracia y el Desarrollo que, “inspirada en el precepto de que la solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”, invoca la Declaración de Santiago, la Resolución AG/RES. 1080 (XXI-O/91) y la Declaración de Nassau y se refiere extensamente al papel que la democracia representa en la solidaridad de los países americanos y la necesidad de consolidarla, y al que la Organización y los gobiernos deben jugar en su preservación.

LA DEMOCRACIA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

El Sistema ha establecido una estrecha relación entre los derechos fundamentales de la persona y el ejercicio efectivo de la democracia representativa. La Convención Americana no podía ser ajena a ella y por eso en su preámbulo “[r]eafirma su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Por su parte los artículos 29 y 32 dicen, en su parte pertinente:

Artículo 29. Normas de interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

...

c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

...

Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos.

...

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.³⁰

Tanto la Comisión interamericana como la Corte han hecho en sus trabajos frecuentes referencias a la democracia.

La Comisión se ha involucrado cada vez más, con el paso de los años, en el tema de la democracia en América, que mantuvo durante muchos años relativamente en segundo lugar.³¹ Por supuesto, el tratamiento que le da es el de los derechos electorales o vinculados con éstos, a la luz de la Convención, sin muchos análisis teóricos.

³⁰ V. artículo XXVIII de la Declaración Americana.

³¹ Sin perjuicio de que en sus informes hiciera referencias periódicas a los gobiernos *de facto* que eran cosa corriente, o al origen de los mismos en la actividad terrorista y de la guerrilla, o a problemas de carácter electoral. V., por ejemplo, Informe Anual 1971, 35.

En la Parte III de su Informe Anual (1990-91), la Comisión destacó la relación directa que existe, de acuerdo con los documentos del Sistema,³² entre el ejercicio de los derechos políticos y la democracia representativa, lo que conlleva o presupone la observancia de otros derechos políticos, destacando la necesidad de un estado de derecho o un estado constitucional, en el que los actos de ciertos órganos del Estado estén sujetos a vigilancia por otros,³³ para asegurar que se preserve la integridad de la voluntad popular. Trayendo apartes de otros informes³⁴ analiza los aspectos esenciales asociados al ejercicio de los derechos políticos en una democracia representativa: la organización de partidos y asociaciones políticas; el debate amplio sobre los asuntos del desarrollo socioeconómico; la celebración de elecciones generales y libres que garanticen la expresión de la voluntad popular; la garantía a las libertades de expresión, asociación y reunión que permitan expresar la existencia de un pluralismo político; la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales;³⁵ el control institucional sobre las actuaciones de los poderes del Estado; y la supremacía de la ley dentro del estado de derecho.

La Comisión ha analizado, igualmente, algunos de los problemas específicos que, en determinado momento, afectan el ejercicio de los derechos políticos en un Estado concreto. Así, por ejemplo, en el caso de El Salvador³⁶ estudió el hecho de que los partidos de oposición consideraban que el sistema electoral no daba suficientes garantías y encontraban muchos obstáculos para organizarse en el interior del país, de donde concluyó que los derechos electorales no eran efectivos. En cuanto a Cuba³⁷ ha destacado como contraproducente el control que ejerce el gobierno sobre los mecanismos electorales y la preponderancia del partido comunista que hace de la oposición algo inexistente. Respecto de Chile,³⁸ cuando se organizaba el plebiscito al término del gobierno de Pinochet, consideró como requisitos indispensables para un ejercicio maduro y razonado de los derechos electorales, el levantamiento del estado de excepción, un registro o inscripción suficiente de votantes, un acceso equitativo de los partidos y asociaciones políticas a los medios de comunicación y la ausencia de cualquier forma de presión sobre los electores. Al referirse a ciertos casos sobre México,³⁹ expresó cómo un análisis de la situación electoral requiere el estudio de toda la regulación electoral para verificar si garantiza los derechos, incluyendo aspectos prácticos como el registro o inscripción de electores, la composición de las mesas de votación, la existencia de tarjetas claras y entendibles para los electores, y la

32 La Comisión hace referencia expresa a la Declaración de Santiago adoptada en 1959 por la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Resolución AG/RES. 890 (XVII-0/87) de la Asamblea General, entre otros.

33 Concepto reiterado en casi todos sus documentos. V., p. e., párr. 44 del Informe Anual (1989-1990) que analiza el caso mejicano al que nos referiremos adelante.

34 P.e. los Informes Anuales 1979-80, 151; 1980-81, 122-123; 1985-86, 191; y el Informe sobre la Situación de Derechos humanos en el Paraguay (1987).

35 La Convención tiene un Protocolo anexo para la protección de estos derechos.

36 Informe sobre la Situación de Derechos humanos en El Salvador (1978).

37 Séptimo Informe sobre la Situación de Derechos humanos en Cuba (1983), 44-48. Es importante destacar que, no obstante que el gobierno cubano ha sido excluido de la OEA, la Comisión ha continuado con sus informes sobre ese país.

38 Informe Anual 1987-1988, 306-308.

39 Informe final sobre los Casos 9768, 9780 y 9828, Informe Anual 1989-1990, 98 y ss.

composición de los poderes electorales. Destacó dentro de las condiciones generales en las que se llevan a cabo los procesos electorales, la actividad de grupos vinculados informalmente a los partidos participantes, “usualmente el partido de gobierno”,⁴⁰ que a través de actos de violencia tienden a intimidar a los opositores.

Los casos mexicanos referidos se suscitaron por denuncias del Partido de Acción Nacional sobre el desarrollo de los procesos electorales de 1985-1986 en dos de los estados miembros de la federación. Los peticionarios alegaron violación del artículo 23 de la Convención, al acusar a miembros del PRI de haber cometido fraude mediante maniobras de falsificación, alteración de las urnas de votación, cancelación de algunos puestos y el empleo de presión sobre los electores a través de la policía y las fuerzas militares.

El gobierno mexicano consideró que la Comisión carecía de competencia porque, de acuerdo con las Constituciones nacional y estatales, las determinaciones sobre los resultados de elecciones, son “finales” e “irrevocables” y no pueden ser sometidas a revisión internacional posterior; porque si el proceso electoral estuviera sometido a tales revisiones “el Estado dejaría de ser soberano”; porque una decisión adversa de la Comisión infringiría la autonomía política mexicana y el principio de la autodeterminación de los pueblos; porque la Convención de ninguna manera limita los poderes soberanos de los Estados para elegir sus corporaciones políticas; y porque México jamás se imaginó al ratificar la Convención que un órgano internacional pudiera revisar sus elecciones internas. Por otra parte el gobierno consideró que la necesidad de legitimar las elecciones impone al Estado una obligación de hacer: la de desarrollar progresivamente, “de acuerdo con las circunstancias y condiciones de cada país”, la libre expresión del consentimiento de los votantes.

La Comisión destacó la importancia que la Convención atribuye a los derechos políticos y cómo son esenciales en la democracia representativa que es considerada por los Estados americanos como un elemento fundamental del Sistema y como la base de la autoridad del Gobierno.⁴¹

Al ratificar la Convención un Estado se compromete no solamente a garantizar los derechos y libertades consagrados en ella sino su existencia y ejercicio.⁴² El gobierno mexicano no hizo ninguna reserva o limitación al depositar su instrumento de ratificación con miras a limi-

40 Esta afirmación no se puede hacer con carácter general. En las elecciones municipales colombianas de octubre de 1997, las fuerzas subversivas de las Farc y el Eln secuestraron candidatos, asesinaron a muchos, intimidaron a los electores y de hecho impidieron las votaciones en muchos poblados. Es de esperarse que tales actos sean también condenados por la Comisión y las Organizaciones no gubernamentales de derechos humanos. La actividad continúa con vistas a las elecciones parlamentarias y presidenciales de marzo y mayo de 1998.

41 La Comisión menciona también la Declaración universal de Derechos humanos y el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos.

42 Como respecto de los artículos 1 y 2 de la Convención, lo puntualizó la Corte en su sentencia del caso *Velásquez Rodríguez*, *cit. infra*.

tar los poderes y atribuciones que la Convención otorga a la Comisión. Por su parte, el principio de no intervención, estrechamente ligado al principio de autodeterminación de los pueblos y a su independencia, debe ser interpretado con base en los derechos humanos y las libertades fundamentales y es aplicable solamente a Estados y no a organismos internacionales.⁴³

En lo que a la Corte se refiere, son innumerables las referencias que ha hecho en sus opiniones y sentencias a la democracia. Vale la pena destacar algunas.

En su opinión consultiva sobre *La Colegiación obligatoria de Periodistas*⁴⁴ la Corte hizo una comparación del régimen de la libertad de expresión del artículo 13 de la Convención con el artículo 10 de la Convención europea para la Protección de los Derechos humanos y Libertades fundamentales y con el artículo 13 del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos, el primero de los cuales permite “ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública [...]” mientras el segundo no contiene referencia alguna a la estructura democrática.⁴⁵

La Corte dijo que “[l]as justas exigencias de la democracia deben [...] 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”.⁴⁶

Como según el artículo 13.2.b., “el orden público” y, según el artículo 32.2.,⁴⁷ “el bien común” justifican limitaciones a la libertad de expresión en el primer caso y a los derechos en general en el segundo, la Corte debió referirse a esos conceptos, tan estrechamente relacionados con la democracia.

43 Hay quienes sostienen la “facultad” internacional de intervenir para, por ejemplo, reinstalar un gobierno democráticamente elegido que ha sido derrocado, sin que esto implique una violación de la soberanía del Estado y de su derecho de gobernarse a sí mismo. Cualquiera que sea el concepto de “soberanía” –y varía substancialmente de un autor a otro– o, lo que es más complicado, de “soberanía popular” y aceptando que la comunidad internacional penetra cada vez más en asuntos que, como los derechos humanos, eran considerados de jurisdicción reservada, todavía queda la pregunta de quién decide cuándo se puede o se debe intervenir de forma distinta a la que contemplan los tratados de derechos humanos y si eso se va a dejar exclusivamente en manos de las grandes potencias. V. REISMAN, M., *Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law*, 84 *American Journal of International Law* (1990), 866. La afirmación de la Comisión sobre la facultad de intervenir de los organismos internacionales, aunque basada en un proyecto del Comité Jurídico Interamericano de 1972, no coincide con las reglas generales del derecho internacional que solamente permiten la intervención de los órganos internacionales en los casos de acción colectiva. Pero, por otra parte, es claro que la decisión que tome la Comisión sobre un caso sometido a su conocimiento no comporta intervención y el lenguaje de la Convención le da amplios poderes para examinar y evaluar hasta qué punto la legislación interna de un Estado coincide con las obligaciones que asume frente a aquella.

44 OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5.

45 La expresión “necesarios en una sociedad democrática” aparece en el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en tres de las seis cláusulas limitativas del Pacto: artículo 14.1 (derecho al debido y público proceso), 21 (derecho a reunión pacífica) y 22.2 (libertad de asociación).

46 OC-5/85, párr. 44.

47 *Correlación entre Deberes y Derechos*.

La Corte dijo que “una posible acepción del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”.⁴⁸ En cuanto al bien común, “[e]s posible entender[lo] [...] como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”.⁴⁹ Añadió: “No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’ ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a. de la Convención).⁵⁰ Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y el fin de la Convención”.⁵¹

En su opinión consultiva sobre *La expresión “leyes”...*,⁵² la Corte reafirmó la necesidad de interpretar la Convención alrededor del concepto de “Estado democrático” que gravita sobre ella y añadió: “El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del ‘bien común’ (art.32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es ‘la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente para alcanzar la felicidad’ (Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, considerandos párr. 1)”.⁵³ “La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (art. 23)⁵⁴ que son aquellos que, en los términos del artículo 27, no se

48 OC-5/85, párr. 64.

49 V. Corte I.D.H., *La expresión “leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 30 y 31.

50 *Cit. supra*.

51 OC-5/85, párr. 67.

52 *Cit. supra* nota 49.

53 OC-6/86, párr. 29.

54 Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema”.⁵⁵

De acuerdo con lo anterior, en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos, la democracia representativa es determinante porque no es posible lograr esa protección sino dentro de ese contexto. En efecto, los derechos humanos tal como están contemplados en la Declaración y la Convención americanas, no son comprensibles sino en un Estado democrático, que implica, por definición, la existencia de un estado de derecho. Es posible que en un Estado totalitario se consagren varios de los derechos individuales contemplados en los pactos internacionales. Pero es el estado de derecho el que pone un límite al poder de las autoridades y representa una garantía del respeto a la dignidad del ser humano y a sus derechos esenciales, límite y garantía que no existen en el Estado totalitario.

Los artículos 1 y 2 de la Convención americana consagran las obligaciones o deberes fundamentales de los Estados y condicionan la interpretación de los derechos individuales consagrados en la misma. Un Estado viola la Convención cuando viola esos artículos. Al ratificar o adherir a la Convención los Estados dan a los órganos de control, Comisión y Corte,⁵⁶ la facultad de vigilar el estricto cumplimiento de las obligaciones que de ellos surgen. Y eso es, precisamente, y no se puede olvidar, lo que hace que los procesos ante los órganos de control sean procesos internacionales (usualmente Comisión v. Estado) y no procesos criminales internacionales,⁵⁷ como los del Tribunal penal internacional para la ex-Yugoslavia que se entablan contra individuos. Dicho de otra manera, lo que los Estados aceptaron en la Convención y lo que esperan que los órganos de control decidan es si han violado esos artículos, es decir, si se dan las condiciones para que un acto que lesiona un derecho reconocido en la Convención puede ser imputado a un Estado y comprometido su responsabilidad internacional.⁵⁸ Dijo la Corte en el *Caso Velásquez Rodríguez*⁵⁹ que “[e]l artículo 1.1 [de la Convención] es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho impu-

c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

55 OC-6/86, párr. 34.

56 En este último caso, tal como lo dispone el artículo 62 de la Convención, previa aceptación facultativa de la competencia de la Corte.

57 V. Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C. No. 4, párrs. 134 y 135. V. igualmente, Corte I.D.H., *Caso Caballero Delgado y Santana*, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22, *Voto disidente del juez Nieto Navia*.

58 *Caso Velásquez Rodríguez*, párrs. 160 y 169 y Corte I.D.H., *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-14/94 del 16 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 56.

59 Párr. 164.

table al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”.

“Las reglas de derecho internacional” a que se refiere la Corte tienen que ver, por supuesto, con los principios que rigen la responsabilidad internacional de los Estados en general y en materia de derechos humanos en particular, que han ido evolucionando desde la *teoría de la falta*, en la que se atribuyen al Estado elementos psicológicos propios de los seres humanos, producto de la identidad del Estado con su gobernante, hasta la de la *falta de cumplimiento* en la que los hechos generadores de responsabilidad no solamente deben ser ilícitos sino imputables al Estado, pasando por aquella *teoría del riesgo* de acuerdo con la cual la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el acto del Estado sería suficiente para generar su responsabilidad. Los trabajos de codificación adelantados en el seno de la Comisión de Derecho Internacional no aceptan esta última teoría y exigen como presupuesto para atribuir al Estado la responsabilidad internacional, la imputabilidad.

Tampoco en la suscripción de tratados de derechos humanos los Estados han llegado a aceptar que la mera relación de causalidad entre el acto del Estado y la violación de un derecho protegido genere su responsabilidad internacional y, por consiguiente, el análisis de un caso concreto no puede apartarse de las obligaciones que los Estados asumieron en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, tal como los ha interpretado la Corte.

Es obvio que ciertos derechos protegidos tienen una íntima vinculación con el acto del Estado y no pueden ser violados sino por él. Por ejemplo, la expedición de una ley contraria a las obligaciones asumidas al aceptar la Convención, es un acto del Estado que le es imputable, ya que sólo los Estados pueden expedir leyes. Pero aún en esta hipótesis, como ya lo dijo la Corte,⁶⁰ la sola expedición de la ley no genera responsabilidad internacional, sino que se requiere su aplicación y que por ella se afecten “derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados”.

Según los artículos 1.1 y 2, los Estados “se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en [la Convención] y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” sin discriminación alguna y a “adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.⁶¹

En su sentencia de fondo del 29 de julio de 1988 en el caso Velásquez Rodríguez,⁶² el primero de los casos resueltos por la Corte, ésta tuvo oportunidad de pronunciarse *in extenso* respecto de los deberes que los Estados asumen en virtud del artículo 1.1. Los derechos huma-

⁶⁰ *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, cit., párr. 58.1.

⁶¹ Itálicas añadidas.

⁶² Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988.

nos son, según la Corte, superiores al poder del Estado y, por esa razón, se trata de “atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público”. “Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar muy limitadamente[.] [E]n la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”.⁶³ La Corte añadió que “es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención”⁶⁴ y que la Convención “se viola en toda situación en la cual el poder público sea utilizado para lesionar los derechos humanos en ella reconocidos”.⁶⁵ El deber de garantía “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esa obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁶⁶

Según el artículo 2, los Estados deben adoptar las medidas internas “legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Es una obligación de hacer, vital en el Estado democrático que necesita siempre una norma legal en la cual fundar sus acciones. Pero los deberes asumidos por los Estados en virtud del artículo 1 son más amplios, más inmediatos y más directos que los del artículo 2.

Los Estados asumen, pues, de acuerdo con tales artículos tres deberes fundamentales, a saber: *respetar* los derechos y libertades, *garantizar* su libre y pleno ejercicio a todas las personas sujetas a su jurisdicción y sin discriminación alguna y *adoptar* las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

EL ESTADO DEMOCRÁTICO

No pretendemos aquí hacer una discusión teórica sobre la democracia, trabajo que dejamos a los expertos en ciencia política. Los conceptos de democracia varían en forma muy importante⁶⁷ y no es una buena idea importarlos de una cultura a otra con raíces históricas muy diferentes.⁶⁸ E incluso en la cultura occidental hemos caminado desde la clásica democracia li-

63 *Ibid.*, párr. 165.

64 *Ibid.*, párr. 169.

65 *Ibid.*, párr. 171.

66 *Ibid.*, párr. 167.

67 El Informe Anual 1979-1980 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destaca la “amplia variedad de formas de gobierno” y las “muchas alternativas constitucionales” relativas al grado de descentralización de los poderes del Estado, así como la elección y atributos de los órganos responsables del ejercicio de tales poderes. Pero se requiere un marco democrático que haga posible el derecho de organizar partidos o asociaciones políticos que puedan participar en la discusión ideológica alrededor de los asuntos importantes de la vida pública.

68 A propósito de la importación de factores extraños a culturas diferentes, vale la pena mencionar lo siguiente: la Constitución colombiana permite a las comunidades indígenas administrar justicia según sus propias leyes. Un indígena, acusado de asesinar a un cacique de su comunidad, fue sentenciado a extraña-

beral de los mil ochocientos, la del *Estado gendarme* con poderes y actividad gubernamental muy limitados y una división muy marcada entre el Estado y la sociedad; hasta la social democracia con muy amplios poderes gubernamentales, principal pero no exclusivamente en materias sociales y económicas -con sus debates sobre la libertad de mercado e incluso la propiedad privada-, en la que la participación popular a través de elecciones puede, según el caso, ser amplia o muy limitada. Esto sin mencionar el tema de participación directa o a través de representantes en los asuntos de gobierno, o la participación popular en los niveles locales y no solamente nacionales.

Un Estado democrático no puede entenderse como un mero sistema de gobierno en el que exista la posibilidad de elegir y ser elegido en elecciones secretas, libres, genuinas y periódicas, que consagre un gobierno de mayorías y tolere la posibilidad de disentir y el debido respeto a las minorías. Es mucho más que eso.

El concepto de democracia tiene que ver, además, con el fin propio del Estado y su actitud frente a la comunidad. El Estado no es, como peligrosamente se entiende a veces, un fin en sí mismo. Es el medio que los asociados tienen para lograr la felicidad. Esa felicidad⁶⁹ de los asociados se denomina *bien común*⁷⁰ y condiciona totalmente la función del Estado y de sus poderes,⁷¹ crea límites al ejercicio de los mismos y exige la existencia de ramas independientes que respeten y garanticen eficazmente la dignidad y los derechos fundamentales del hombre. El Estado se legitima a partir de la dignidad del hombre, que es un valor anterior al propio Estado.⁷² La sociedad se organiza en Estado para defender la libertad del hombre y no para limitarla y este criterio debe privar sobre la idea de que se trata simplemente de organizarse para lograr una mayor facilidad en el ejercicio del poder.

miento y a ser azotado. Las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos consideraron que la flagelación era un trato cruel, inhumano y degradante. En definitiva se ejecutó la sentencia de la comunidad indígena, por cierto con una flagelación puramente nominal. Pero, frente a la alternativa propuesta por el Código penal colombiano de varios años en una cárcel con hacinamiento de detenidos de 3 o 4 por cada uno de capacidad, sin celdas privadas, con condiciones higiénicas muy precarias, donde impera la ley de la fuerza bruta, en la que las violaciones son cosa normal y los asesinatos frecuentes, cabe preguntarse dónde se presentan, verdaderamente, los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

69 El individuo, como ser social, no solamente defiende sus intereses particulares sino que trata de que su felicidad y su libertad funcionen en el contexto de una sociedad. Su decisiones son, por supuesto, libres pero están ligadas al bien *común*.

70 Se dirá que aquí también cabe preguntarse quién determina qué es el bien común. Pero si el bien común hubiera que determinarlo ya no sería *común*. Simplemente la comunidad sabe cuál es.

71 El Estado no es una mera competencia organizada formalmente de intereses particulares. Requiere una formulación obligatoria del bien *común* de los asociados. Y esa es la función de las autoridades.

72 El art. 1 de la Constitución de la República Federal Alemana que, por consiguiente, condiciona toda su estructura, dice: "La dignidad humana es inviolable; es deber de todo poder estatal es el de respetarla y amarla". Como dijo Maritain, "... sin bondad, amor y caridad, todo lo mejor de nosotros -incluyendo la fe en Dios y, por supuesto, las pasiones y la razón- se transforman en nuestras manos en infelicidad". MARITAIN, Jacques, *Christianisme et démocratie*, versión inglesa en *Christianity and democracy*, Ignatius Press, San Francisco, 1986, 53.

SANTO TOMÁS dio una definición de ley que es clásica: “Ley es la ordenación de la razón al bien común, dictada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad”.⁷³ La ley, entonces, como producto de la razón del hombre,⁷⁴ tiene el bien común como propósito fundamental, es decir, no existe “para un bien privado, sino para utilidad de todos los ciudadanos”.⁷⁵ La ley existe en la medida en la que exista una comunidad, una *civitas maxima* en la que los intereses de la comunidad estén por encima de los individuales, en el sentido en que las partes se ordenan a la totalidad. De acuerdo con la filosofía tomista, la virtud ordenada al bien común es la justicia, de donde la ley tiene como materia la justicia.

La cita que se hizo atrás⁷⁶ de la Declaración de México armoniza con lo hasta aquí expuesto y prueba cómo el concepto de democracia aplicable en el Sistema está tomado de las prístinas y puras fuentes del derecho natural. “La filosofía democrática del hombre y de la sociedad tienen sus raíces en los recursos y en la vocación de la naturaleza humana”.⁷⁷

Desde el punto de vista de los derechos humanos en la Convención americana y, en particular, cuando se trata de leyes encaminadas a restringirlos, “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el poder legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconfomidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder”.⁷⁸

La ley en el Estado democrático hay que entenderla, entonces, vinculada al *principio de legalidad*, mandato de autoridad revestido de elementos formales, y al *principio de legitimidad*, “que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común”.⁷⁹ Los individuos tienen derecho, además, a una ley justa.⁸⁰

73 *Summa Theologiae*, Ia., IIae., q. 90, a.4 ad. resp.

74 Santo Tomás diría que la ley natural está implantada en el corazón del hombre.

75 SAN ISIDORO, *Etymologiae*, L.5., c. 21.

76 *Supra* nota 10.

77 MARITAIN, *op. cit.*, 56.

78 OC-6/86, párr. 22.

79 *Ibid.*, párr. 32.

80 Habría que decir, parafraseando a Santo Tomás (*La ley contraria al derecho natural no es ley, sino corrupción de la ley*), que la ley injusta simplemente no es ley.

Lo anterior es válido, *mutatis mutandis*, para los demás órganos del Estado, pues el bien común también condiciona la acción del órgano ejecutivo y la independencia y eficacia del órgano jurisdiccional, a los que corresponde la función de prevenir y sancionar las violaciones a los derechos humanos, sea que provengan del Estado y que asuman el carácter de delitos cometidos por los particulares. Dice el Concilio Vaticano II que “el ejercicio de la autoridad política, así en la comunidad en cuanto tal, como en las instituciones representativas, debe realizarse siempre dentro de los límites del orden moral para procurar el bien común, concebido dinámicamente, según el orden jurídico legalmente establecido o por establecer. Es entonces cuando los ciudadanos están obligados en conciencia a obedecer”.⁸¹

Por otra parte, la democracia asume que hay un gobierno de mayorías, surgido de la discusión de diferentes opiniones sobre las cuestiones del gobierno. La autoridad se constituye legítimamente por medio de unas elecciones secretas y libres en las que se gana limpiamente el poder. Pero no elimina, de por sí, los derechos de las minorías hasta la próxima elección, porque ello implicaría la imposibilidad para la oposición de presentar alternativas distintas que le permitan ganar el poder más adelante. Dicho de otro modo, la creación de una suerte de dictadura de las mayorías o de la votación más numerosa, constituiría algo así como el despotismo democrático que socavaría las bases mismas de la democracia.⁸² De allí que sea tan importante que las minorías tengan oportunidad en el proyecto político futuro, lo cual no se logra sino dándoles oportunidad de expresarse como alternativa, función en la que los medios de comunicación juegan un papel tan importante.⁸³

Si el Estado democrático se entiende de esta manera, hay un marco adecuado para el respeto de los derechos humanos fundamentales. Pero si la democracia es meramente nominal, es decir, hay un sistema electoral aparente pero no realmente independiente y eficaz, o la separación de los poderes no es clara,⁸⁴ o las autoridades olvidan su función de servicio a la comunidad y el bien común, o no se sancionan adecuadamente las violaciones a los derechos humanos cualquiera que sea su origen, o no se da a las minorías el derecho de disentir y expresar su disenso, en igualdad de condiciones, a través de los medios de comunicación, el Estado tiene caracteres de totalitario.⁸⁵

81 *Gaudium et Spes*, 74.4.

82 En efecto, si un régimen totalitario no puede ir contra los derechos y las libertades del hombre, tampoco lo puede hacer una democracia, aunque para ello se invoque el principio de la mayoría.

83 Es casi imposible que los medios de comunicación no asuman actitudes políticas, muy frecuentemente de partido. Pero ellos tienen la gran responsabilidad moral frente a la opinión pública a la cual, al fin y al cabo, se deben, de servir de canal para transmitirle las ideas y proyectos de la oposición. Dado el gran liderazgo de los medios, llamados con razón el *cuarto poder*, la función de respeto al bien común les es claramente aplicable.

84 Un lamentable ejemplo de lo anterior fue la actitud del Congreso colombiano, cuyas mayorías políticas se mostraron claramente dependientes del ejecutivo, en el proceso al presidente Samper con motivo del ingreso de dineros ilícitos a la campaña presidencial. Las funciones universalmente reconocidas al poder legislativo son las de hacer las leyes y controlar al ejecutivo. Pero si el órgano legislativo no legisla sino lo que el gobierno le presenta y carece de independencia para controlarlo, puede cuestionarse si se está frente a una democracia genuina.

85 De nuevo, lamentablemente, tenemos que poner un ejemplo referente a Colombia. Allí existe un

Pero aún si la democracia es formal y existe la separación de poderes y sistemas electorales razonablemente seguros, pero el bien común no es lo determinante en toda la acción del Estado, éste será tiránico en cuanto representa imposiciones contrarias al interés de la comunidad, y el mero sistema electoral no le quitará esa característica.

No basta, sin embargo, un esquema teórico democrático como el planteado, si es ineficaz. Una sociedad civilizada es la que tiene un orden jurídico y lo respeta. Solamente una sociedad civilizada y democrática representa el marco adecuado para el respeto de los derechos humanos en general, en el que las personas puedan disfrutar, además, de sus libertades fundamentales y, dentro de ellas, buscar la felicidad. El papel del Estado es coadyuvar a ese fin, poniendo por encima el interés de la comunidad, pero sin alterar los valores para convertirse él mismo en el fin de todo, porque eso es el totalitarismo.

control muy acentuado del Estado sobre las ondas electromagnéticas y, en consecuencia, sobre los medios radiales y de televisión que operan por concesión graciosa del gobernante de turno. Con ocasión del proceso contra Samper a que se refiere la nota anterior, en el que algunos de esos medios se mostraron decididamente en favor de un proceso claro y abierto, ese gobierno abusó de sus atribuciones y procedió a hacer adjudicaciones, por supuesto a sus amigos, de las frecuencias disponibles de FM, incluyendo a algunos periodistas que, hasta ese momento, se habían mostrado independientes y que, a partir del privilegio que se les otorgó, prefirieron cerrar la boca. Pero, además, patrocinó una ley mediante la cual el Congreso, dócil y obsecuente, desconoció los contratos de concesión con los noticieros de televisión, que tenían varios años de vigencia por delante, cuyos espacios fueron adjudicados a los amigos del gobierno. Con algunos se quisieron salvar las apariencias dejándolos operar, pero fueron, entonces, trasladados de horarios triple A a horarios B o C. Adicionalmente, esos cambios fueron hechos al acercarse una campaña presidencial (elecciones en mayo de 1998) en la que el gobierno tiene candidato. Valga la pena citar aquí unas frases de Rafael Santos, uno de los columnistas del diario El Tiempo de Bogotá, un diario nacional que, no obstante, profesa y defiende las ideas del partido de gobierno, pero que las publicó bajo el título *Ventajas Oficiales* el 15 de febrero de 1998: “Es una amenaza para la democracia que la televisión juegue un papel tan pernicioso y dañino en elecciones. Ha sido y será una tradición mientras los gobernantes de turno sigan manejándola como vara de premios. Más ahora que el presidente Samper, con su infinita astucia y sus fichas en el Congreso, demostró que la información en TV le pertenece única y exclusivamente al Gobierno y a los políticos y no a la comunidad... Ni hablar del manejo de la información en los noticieros regionales. Entregados algunos por intermedio de testaferros a varios de los más prominentes barones políticos, es inevitable pensar en lo desigual que será la pelea... Asqueante el manejo de la televisión. Y descorazonadora la impotencia para hacer algo”. Valga la pena recordar que el artículo 13.3 de la Convención americana prohíbe “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”.

EL MANEJO DEL PASADO Y LA CUESTIÓN DE LA IMPUNIDAD EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS DE EL SALVADOR Y GUATEMALA

Pedro Nikken^(*)

Los conflictos centroamericanos dejaron una huella profunda en la sociedad, decenas de miles de muertos y desaparecidos, centenares de miles de violaciones a los derechos humanos, a veces rodeadas de atrocidades inconcebibles, la completa indefensión de la población civil frente a las medidas represivas o de contrainsurgencia o los ataques y actos terroristas de las fuerzas guerrilleras, sumadas a las penurias de millones de desplazados y refugiados, representaron un escenario de tragedia que imponía como objetivo de primer orden de la post guerra la creación de las condiciones necesarias para la reconciliación nacional dentro de un nuevo orden democrático.

Se explica así que, tanto en el proceso de negociación de la paz en El Salvador como en el de Guatemala, se hayan expresado claramente dos aspiraciones: verdad y justicia. Sólo cuando se hubiera descubierto la verdad y se hubiera puesto fin a la impunidad que cubrió la infinidad de crímenes cometidos, se estaría en condición de otorgar el perdón a los responsables y de alcanzar una verdadera reconciliación.

La mayor urgencia la representaba el conocimiento de la verdad, que es el requisito previo a cualquier sanción. Más aún, incluso si tal sanción es imposible, el derecho a la verdad subsiste. Como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la desaparición forzada de personas:

El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circuns-

(*) Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

tancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondiente a quienes sean individualmente responsables de delitos de esa naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con todos los medios a su alcance.¹

Tanto en el proceso de paz salvadoreño como en el guatemalteco, la aspiración nacional de conocer la verdad sobre el pasado, y particularmente sobre las violaciones a los derechos humanos y los graves hechos de violencia acaecidos durante la guerra, tuvieron expresa manifestación.

Así, en el Preámbulo del acuerdo por el que se creó la Comisión de la Verdad, el Gobierno de El Salvador y el FMLN expresaron;

Reiterando su propósito de contribuir a la reconciliación de la sociedad salvadoreña;

Reconociendo la necesidad de esclarecer con prontitud aquellos hechos de violencia de singular trascendencia, cuyas características y repercusión, así como la conmoción social que originaron, reclaman con mayor urgencia *el conocimiento cabal de la verdad*, así como el fortalecimiento de la voluntad y de los medios para establecerla;² (énfasis añadido).

En el caso de Guatemala, en el Preámbulo del Acuerdo sobre el Establecimiento Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que Han Causado Sufrimientos a la Población Guatemalteca, el Gobierno y la URNG afirmaron:

Considerando *el derecho del pueblo de Guatemala a conocer plenamente la verdad* sobre estos acontecimientos cuyo esclarecimiento contribuirá a que no se repitan estas páginas tristes y dolorosas y que se fortalezca el proceso de democratización en el país; (énfasis añadido).

En el Acuerdo de Paz Firme y Duradera, las mismas partes proclamaron:

Es un derecho del pueblo de Guatemala conocer plenamente la verdad sobre las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia ocurridos en el marco del enfrentamiento armado interno. Esclarecer con toda objetividad e imparcialidad lo sucedido contribuirá a que se fortalezca el proceso de reconciliación nacional y la democratización en el país³ (énfasis añadido).

1 Corte I.D.H. *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, N° 4, § 181.

2 Acuerdos de México: Comisión de la Verdad.

3 §4.

I. EL ESCLARECIMIENTO DE LA VERDAD

Tanto en el caso de El Salvador como en el de Guatemala se idearon mecanismos, que operarían una vez logrado el fin de las hostilidades, con el fin de esclarecer el pasado. Se trató de la “Comisión de la Verdad” en El Salvador y la “Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que Han Causado Sufrimientos a la Población Guatemalteca” en Guatemala. En seguida se hará, sucesivamente, una presentación sobre la composición, funciones y poderes de ambas comisiones. Inmediatamente después se abordará la cuestión de la impunidad por las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia hechos acaecidos durante los dos conflictos armados, refiriéndola especialmente a las leyes de amnistía que se han dictado en uno y otro país.

1. *La “Comisión de la Verdad” en El Salvador*⁴

En los Acuerdos de México del 27 de abril de 1991, se creó la Comisión de la Verdad, integrada por tres personas designadas por el Secretario General de las Naciones Unidas, oída la opinión de las Partes. La Comisión tuvo a su cargo la investigación de graves hechos de violencia⁵ ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclamaba con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad.

El Secretario General nombró a los señores Belisario Betancur, ex Presidente de Colombia, quien fue el Presidente de la Comisión, Reinaldo Figueredo, ex Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, y Thomas Buergenthal Presidente Fundador del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y ex Decano de la Escuela de Derecho de American University. Se configuró así otra experiencia inédita, al menos en América Latina, en la cual tres ciudadanos extranjeros, designados por el Secretario General de las Naciones Unidas, debían investigar “graves hechos de violencia” ocurridos durante una guerra civil y revelar la verdad sobre ellos.⁶

4 Un muy valioso estudio sobre los trabajos de la Comisión de la Verdad ha sido publicado por BUERGENTHAL, Th: “La Comisión de la Verdad para El Salvador”, en Buergenthal Th. y Cañado Trindade A. A.: *Estudios Especializados en Derechos Humanos*. IIDH. San José, 1996. Tomo I, pp.11-62. Además de la reconocida autoridad científica del autor en el campo del Derecho internacional y del Derecho de los derechos humanos, el profesor Buergenthal integró la Comisión, de modo que el mencionado trabajo tiene un excepcional valor testimonial.

5 El Acuerdo no hace referencia a las violaciones de derechos humanos, sino a “hechos graves de violencia”, que es una expresión más amplia bajo cuya cobertura caen tanto aquellas violaciones como otras lesiones contra los atributos de la persona humana atribuibles al FMLN y que no son técnicamente, como se ha dicho en la Introducción de la segunda parte de este trabajo, violaciones a los derechos humanos.

6 En el pasado inmediato se conocían los ejemplos de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, nombrada por el Presidente Alfonsín para investigar las desapariciones forzadas que se produjeron en la Argentina a partir del golpe militar de 1976; y la Comisión de Verdad y Reconciliación creada por el Presidente Patricio Aylwin para investigar las violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante la dictadura militar presidida por el General Pinochet. En ambos casos se trataba de Comisiones integradas por ciudadanos de esos países y emanadas de actos de sus gobiernos constitucionales. Con pos-

Para el cumplimiento de su cometido, se encomendó a la Comisión tener en cuenta:

- a) la singular trascendencia que pueda atribuirse a los hechos a ser investigados, sus características y repercusión, así como la conmoción social que originaron; y
- b) la necesidad de crear confianza en los cambios positivos que el proceso de paz impulsa y de estimular el tránsito hacia la reconciliación nacional.⁷

Esto indicaba que la Comisión no debía investigar *todos* los casos de hechos graves de violencia, sino únicamente aquellos que, según su criterio, reunieran las características antes descritas. Ello obedeció, no sólo al volumen de casos, cuyo examen exhaustivo habría desbordado las posibilidades materiales de la Comisión, sino igualmente al origen de la misma. Es significativo uno de los párrafos del Preámbulo del acuerdo por el que se creó la Comisión de la Verdad:

Considerando que, si bien la necesidad de superar la impunidad se ha planteado en la discusión del tema “Fuerza Armada” de la Agenda para las negociaciones aprobada en Caracas el 21 de mayo de 1990, los medios de investigación que las mismas Partes han estado dispuestas a establecer abarcan situaciones cuya complejidad aconseja un tratamiento autónomo.

El tema de la impunidad se planteó en el punto de agenda referente a la Fuerza Armada, particularmente por la demanda del FMLN que se asegurara el “castigo ejemplar” para los autores de cuatro casos que, en su opinión, habían causado especial conmoción ante la opinión pública nacional e internacional. El Gobierno, a su vez, ripostó que la impunidad no era un fenómeno que pudiera imputarse sólo al sector oficial, pues había numerosos crímenes, actos de terrorismo y otros hechos de violencia cometidos por el FMLN que permanecían sin castigo; y además presentó igualmente un grupo de cuatro de esos casos que también merecían un castigo ejemplar. Como una mesa de negociación política no es la instancia apropiada para investigar hechos de esa naturaleza, ni muchísimo menos para aplicar “castigos”, el resultado de esa contraposición fue la creación de un mecanismo de investigación en cuyo seno se resolviera, con base en los criterios esbozados por las partes, qué casos habrían de ser investigados.

terioridad a la experiencia salvadoreña se han creado varias comisiones similares: la *Commission de Justice et Verité*, instaurada en Haití por el Presidente Aristide, con integración mixta de nacionales y extranjeros, la *Truth Commission*, establecida en Sudáfrica por el Presidente Mandela, que contemplaba un componente internacional pero que fue finalmente integrada sólo por sudafricanos. Más recientemente, se estableció la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y de los Hechos de Violencia que han causado Sufrimiento a la Población Guatemalteca, también fruto de un acuerdo de paz entre un gobierno y un movimiento insurgente, pero de integración mixta. Con fines parcialmente distintos el Consejo de Seguridad decidió la creación de una *Commission Internationale d'Enquête* para investigar el intento de golpe de estado de octubre de 1993 y las masacres que lo siguieron, la cual estaba integrada sólo por extranjeros. Al respecto puede verse: HAYNER, P. “Fifteen Truth Commissions 1974-1994: A Comparative Study”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, N° 4, p 655.

⁷ Acuerdos de México: Comisión de la Verdad, §2.

La Comisión fue dotada de amplios poderes para ejercer sus funciones. Podía organizar libremente sus trabajos⁸ así como:

- a) Recoger, por los medios que estime adecuados, toda información que considere pertinente. La Comisión tendrá plena libertad para utilizar las fuentes de información que estime útiles y confiables. Recibirá dicha información dentro del plazo y en la forma que ella misma determine.
- b) Entrevistar, libre y privadamente, a cualesquiera personas, grupos e integrantes de entidades o instituciones.
- c) Visitar libremente cualquier establecimiento o lugar sin previo aviso.
- d) Practicar cualquier otra diligencia o indagación que estime útil para el cumplimiento de su mandato, incluso la solicitud a las partes de informes, antecedentes, documentos o cualquier otra información a autoridades y servicios del Estado.⁹

A pesar de algunas dificultades iniciales, la Comisión recibió valiosos y contundentes testimonios así como información limitada de los archivos reservados del Gobierno de los Estados Unidos.¹⁰

Una de las materias que hubo de resolver la Comisión y que despertó mayor polémica antes y después de la presentación de su Informe era si debía o no identificar por sus nombres a quienes encontrase como autores o encubridores de los hechos investigados. Los miembros de la Comisión pensaron, desde el primer momento que así debían hacerlo, lo cual se vio reforzado por la petición que les hizo el Gobierno de que se responsabilizara a los particulares que hubieran incurrido en esos hechos, pero no a las instituciones. Sin embargo, ya avanzada la investigación, el Gobierno emprendió una ofensiva diplomática dirigida a convencer a la Comisión de que omitiera los nombres.¹¹ La Comisión, a este respecto, se hizo el siguiente razonamiento:

Las partes en los Acuerdos de Paz dejaron muy claro que era necesario llegar “al conocimiento cabal de la verdad” y fue por eso que se creó la Comisión. Sin embargo, no se puede decir toda la verdad omitiendo nombres. Al fin y al cabo, a la Comisión no se le encomendó redactar un informe académico sobre El Salvador. Se le pidió investigar y describir hechos de violencia de singular trascendencia y recomendar medidas destinadas a evitar la repetición de tales hechos en el futuro. Este cometido no se puede lograr en abstracto, suprimiendo información (como, por ejemplo, los nombres de los responsables de es-

8 §7.

9 §8.

10 *Cfr.* BUERGENTHAL, Th.: *cit.*, pp. 23 y 31-33.

11 *Ibid.*, pp. 34-38.

tos hechos) cuando se cuenta con testimonio fidedigno sobre la misma, sobre todo cuando las personas identificadas ocupan altos cargos y desempeñan funciones oficiales que guardan relación directa con las violaciones o su encubrimiento. *El dejar de mencionar nombres reforzaría ese mismo manto de impunidad que las partes encargaron a la Comisión levantar* (énfasis añadido).¹²

La Comisión llegó a esa conclusión a pesar de que “su metodología de investigación no cumple con los requisitos tradicionales del debido proceso”.¹³ En efecto, la Comisión a la hora de decidir cómo iba adelantar sus investigaciones pronto notó que si las mismas no estaban rodeadas de total confidencialidad estarían condenadas al fracaso. La Comisión pudo apoyarse en la previsión del §5 del acuerdo que la creó, según el cual “las actuaciones de la Comisión no son jurisdiccionales”. El Comisionado BUERGENTHAL ofrece el siguiente comentario al respecto:

El mandato también dispone que “las actuaciones de la Comisión no son jurisdiccionales”. Al analizar estas disposiciones y la realidad que enfrentaba la Comisión en El Salvador, los Comisionados quedamos convencidos de que tendríamos que confiar en información confidencial, a pesar de las repercusiones que tal proceder tendrían sobre el debido proceso. Dos consideraciones nos llevaron a esta conclusión. Primero, el mandato de la Comisión autorizaba este procedimiento, y lo autorizaba precisamente porque las partes en los Acuerdos de Paz estaban perfectamente conscientes de que cualquier otro camino llevaría al fracaso. En otras palabras, las partes dieron por sentado que serían muy pocos los salvadoreños, si los hubiere, que se presentarían a dar testimonio en público por temor a represalias por parte de las personas que ellos podrían identificar. Segundo, los Comisionados no tardaron en reconocer que ese temor era justificado y que la Comisión no tenía otra forma de proteger a quienes traían información que no fuera la de mantener sus identidades en secreto.¹⁴

Sin embargo, ese proceder, impuesto por las circunstancias dentro de las cuales la Comisión debía trabajar, no fue óbice para que los presuntos hechores o encubridores pudieran ejercer su derecho de defensa.¹⁵ Según apunta el mismo Comisionado:

12 *De la Locura a la Esperanza: la guerra de 12 años en El Salvador*. Es el título que la Comisión dio a su Informe, el cual está publicado en “Las Naciones Unidas y El Salvador”. Introducción del Secretario General de las Naciones Unidas, Sr. Boutros Boutros-Ghali. Serie de Libros Azules de las Naciones Unidas, Volumen IV. Departamento de Información Pública. Naciones Unidas. Nueva York 1995, pp. 307-437. La cita es de la página 317 de dicho Volumen.

13 *Ibíd.*

14 BUERGHETHAL, Th.: *cit.*, pp 24 y 25.

15 El tema de la mención de los nombres de los presuntos responsables de los hechos esclarecidos por una comisión de la verdad es polémico. ZALAUETT opina que dicha mención implica una intromisión en la esfera del Poder Judicial. MÉNDEZ, con quien coincido, al menos parcialmente, sostiene que es preciso hacer una distinción. Si el Poder Judicial goza de la independencia necesaria para que se libren procesos justos a dichos presuntos responsables, es razonable que la Comisión reserve esos nombres y los someta a la justicia. En cambio si el caso es el contrario, -como, agregó yo, era el caso de El Salvador, donde el sistema judicial era una de las piezas claves del sistema de impunidad- y no va a haber posibili-

La Comisión también adoptó la política de no acusar a nadie de graves hechos de violencia sin dar antes a la persona implicada la oportunidad de ser oída y de refutar los cargos.¹⁶

El encargo de la Comisión también comprendió el de recomendar las disposiciones de orden legal, político o administrativo que puedan colegirse de los resultados de la investigación que realizaría. Dichas recomendaciones podían incluir medidas destinadas a prevenir la repetición de tales hechos, así como iniciativas orientadas hacia la reconciliación nacional.

La Comisión presentó su Informe el 15 de marzo de 1993. Es un Informe escalofriante que, más allá de los casos individualmente esclarecidos, revela cómo se ejerció despiadadamente la violencia y el terrorismo de Estado sobre la sociedad civil. A veces de manera directa, con actos imputables a militares en actividad, a veces a través de los siniestros escuadrones de la muerte, organizados por civiles bajo la protección del ejército y responsables de miles de desapariciones y asesinatos. Por lo demás, el conflicto armado multiplicó la violencia social, a la que se sumó la generada por el FMLN, el cual, además de las acciones militares, también dispuso el asesinato de civiles indefensos por razones políticas, otras formas de ejecuciones extrajudiciales y la colocación de bombas y minas. El Informe esclarece hechos que ya habían sido denunciados y nunca seriamente investigados. Entre ellos hay dos que conmovieron al mundo. El asesinato del Arzobispo Romero, cometido por un escuadrón de la muerte al mando del fundador del partido ARENA y el asesinato de los padres jesuitas y sus empleadas, ordenado por la mayor parte de la cúpula militar.

Las recomendaciones de la Comisión se orientaron en diversas direcciones. Algunas de entre ellas, que se coligen directamente del resultado de la investigación y cuya atención ha señalado como la más urgente, están orientadas hacia el inmediato apartamiento de factores directamente relacionados con los hechos investigados o con la circunstancia de que los mismos no hayan sido oportunamente esclarecidos. Destaca el requerimiento de baja de la Fuerza Armada de los oficiales señalados como responsables de los crímenes y la exhortación a la renuncia de los miembros de la Corte Suprema de Justicia. Otro grupo de recomendaciones busca encontrar remedio a ciertos males estructurales directamente vinculados con los hechos examinados por la Comisión. El tercer grupo se refiere a reformas institucionales para la prevención de la repetición de hechos semejantes. Por último, la Comisión formuló sus consideraciones y recomendaciones en orden a la reconciliación nacional. Según el acuerdo que creó la Comisión, las partes se comprometieron a cumplir con sus recomendaciones,¹⁷ compromiso que no fue honrado cabalmente.

dad real de enjuiciamiento y castigo, es procedente la revelación de los nombres como único medio para evitar el perfeccionamiento del ocultamiento implícito en la impunidad. Sin embargo, en todo caso se debería arbitrar algún medio para dotar a los así nombrados de un mínimo de debido proceso para ser escuchados antes de sufrir una condena moral. Cfr. MÉNDEZ J.E.: "Derecho a la Verdad frente a las graves violaciones a los Derechos Humanos", en *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*. p. 530.

16 *Ibid.*, p. 26.

17 §10.

En verdad, como lo ha apuntado el Secretario General de las Naciones Unidas, Señor Kofi Annan expresa una profunda insatisfacción por el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad:

“Las recomendaciones de la Comisión de la Verdad que se cumplieron se aplicaron con notable demora”. “En general, las recomendaciones relativas a la reconciliación nacional fueron desoídas”. “En resumen, es inevitable hacer una valoración poco positiva de las medidas adoptadas en relación con las recomendaciones más importantes de la Comisión de la Verdad que no pueden ser objeto de una evaluación menos que positiva. Es realmente desalentador que no se haya aprovechado la oportunidad singular que representaba la Comisión y su labor para alcanzar progresos importantes en la eliminación de la impunidad y el fomento de un clima de reconciliación nacional”.¹⁸

2. *La “Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que Han Causado Sufrimientos a la Población Guatemalteca” en Guatemala*

La Comisión, tiende a satisfacer la misma necesidad del proceso que cumplió la Comisión de la Verdad en El Salvador, como lo es el esclarecimiento de graves violaciones a los derechos humanos en el pasado. El acuerdo reconoce el derecho del pueblo de Guatemala a conocer plenamente la verdad sobre graves hechos de violencia, de irrespeto de los derechos fundamentales de la persona y sufrimientos de la población vinculados con el enfrentamiento armado ocurridos en el pasado, cuyo esclarecimiento contribuirá a que no se repitan estas páginas tristes y dolorosas y que se fortalezca el proceso de democratización en el país. Con todo, la Comisión guatemalteca tiene diferencias de cierta relevancia con la salvadoreña.

La Comisión está integrada por tres personas, las cuales, en el concepto original del Acuerdo que creó la Comisión, debían seleccionarse así:

- I. El actual moderador de las negociaciones de paz, cuya designación se solicitará al Secretario General de las Naciones Unidas;
- II. Un miembro, ciudadano de conducta irreprochable, designado por el moderador, de común acuerdo con las Partes;
- III. Un académico elegido por el moderador, de común acuerdo con las Partes, de una terna propuesta por los rectores universitarios.

¹⁸ *LA SITUACIÓN EN CENTROAMÉRICA: PROCEDIMIENTOS PARA ESTABLECER LA PAZ FIRME Y DURADERA Y PROGRESOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UNA REGIÓN DE PAZ, LIBERTAD, DEMOCRACIA Y DESARROLLO. Evaluación del proceso de paz en El Salvador. Informe del Secretario General. A/51/917. 1º de julio de 1997. §§ 25 y 26.*

Sin embargo, como el Moderador, Sr. Jean Arnault, pasó a ocupar la Dirección de la MINUGUA después de la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera, las partes convinieron, aunque sin formalizarlo por escrito, en que la designación del Secretario General recayera en otra persona, que fue el Sr. Christian Tomuschat, quien había sido Experto Independiente para Guatemala de la Comisión de Derechos Humanos, con el rango de Representante del Secretario General entre 1990 y 1993. El Sr. Tomuschat, en comunicado de prensa del 22 de febrero de 1997, anunció que, en común acuerdo con las partes, la Comisión estaría integrada además por la Sra. Otilia Inés Lux García de Cotí, profesora universitaria, y el Sr. Edgard Balsells Tojo, abogado y notario de reconocida trayectoria, ambos guatemaltecos.

Las funciones de la Comisión son:

- I. Esclarecer con toda objetividad, equidad e imparcialidad las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, *vinculados con el enfrentamiento armado* (énfasis añadido).
- II. Elaborar un informe que contenga los resultados de las investigaciones realizadas y ofrezca elementos objetivos de juicio sobre lo acontecido durante este período abarcando a todos los factores, internos y externos.
- III. Formular recomendaciones específicas encaminadas a favorecer la paz y la concordia nacional en Guatemala. La Comisión recomendará, en particular, medidas para preservar la memoria de las víctimas, para fomentar una cultura de respeto mutuo y observancia de los derechos humanos y para fortalecer el proceso democrático.

La competencia de la Comisión pareciera sufrir así una limitación *ratione materiae*: sólo han de investigarse de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca que puedan considerarse “vinculados con el enfrentamiento armado”. Se ha considerado que “la redacción de este punto es poco afortunada al dejar incierto qué pasaron aquellos actos que causaron el dolor y luto de la población, y cuyas víctimas (estudiantes, campesinos, líderes sindicales, políticos, etcétera) nada tuvieron que ver con la oposición armada o con el Ejército”.¹⁹

En realidad, la expresión, aunque no es la más afortunada, contiene cierta dosis de ambigüedad y abre márgenes de interpretación de su mandato por la propia Comisión, como es principio de Derecho universalmente reconocido.²⁰ Si los términos del mandato son interpreta-

¹⁹ En esos términos se ha expresado el Sr. Ronal OCHAETA, Director Ejecutivo de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala en el prólogo de “Metodología para una Comisión de la Verdad en Guatemala: memoria del taller internacional”. Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado (compiladora). Diciembre de 1996, p. 4.

²⁰ Es a la Comisión y no a las partes a quien corresponde interpretar el alcance de su propia competencia. Por lo demás, las partes ya han mostrado, en privado, discrepancias sobre la interpretación de esta

dos restrictivamente sólo podrían investigarse hechos ocurridos dentro de operaciones de combate, lo cual carecería de sentido si se tiene en cuenta que el mismo texto alude a “violaciones a los derechos humanos” siendo que, las agresiones a la dignidad humana que se producen en combate son más bien infracciones contra el Derecho humanitario que contra el Derecho de los derechos humanos.

En cambio, si se interpreta ese texto teniendo presente el categórico reconocimiento del “derecho del pueblo de Guatemala de conocer plenamente la verdad sobre las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia *ocurridos en el marco del enfrentamiento armado interno*” que se hace en el Acuerdo de Paz Firme y Duradera, difícilmente puede arribarse a semejante interpretación restrictiva. En efecto, dentro del cuadro político militar que vivía Guatemala sería difícil encontrar operaciones militares, de inteligencia y, mucho menos, de contrainsurgencia cumplidas por unidades regulares del Ejército, por cuerpos de inteligencia o de seguridad o por paramilitares que puedan situarse totalmente fuera del marco del enfrentamiento armado interno o estén enteramente desvinculados de él. Lo mismo puede decirse de las acciones violentas o el cobro del “impuesto de guerra” de parte de la URNG.

Por otra parte, a la ambigüedad del mandato de la Comisión *rationæ materiæ* se agrega otra, esta vez *rationæ temporis*, puesto que, según el Acuerdo, “el período que investigará la Comisión será a partir del inicio del enfrentamiento armado hasta que se suscriba el Acuerdo de Paz Firme y Duradera”. Ahora bien, tampoco parece haber consenso sobre la fecha que debe ser tomada como la del *inicio del conflicto armado interno*. Se indican fechas que van de 1954 a los años ‘60.²¹ También corresponderá a la Comisión pronunciarse sobre este punto.

En mi opinión, algunos casos resultarán claramente descartables del ámbito del mandato de la Comisión, mientras que otros caerán en él, sin ninguna duda. Pero seguramente habrá un grueso volumen de situaciones en las que no será posible determinar *a priori* si se sitúan dentro del marco del enfrentamiento armado ni qué grado de vinculación guardan con él. En estos casos, la posición más adecuada de la Comisión de Esclarecimiento, debería ser la de abrir una investigación de cuyo resultado se concluirá qué vínculo tiene con el enfrentamiento armado. También deberá concluir la Comisión en esos casos hasta qué punto la publicación de sus hallazgos es necesaria para satisfacer el derecho del pueblo de Guatemala de conocer *plenamente* la verdad.

expresión. Según unos, un asesinato por razones ideológicas puede ser investigado por la Comisión, mientras que según otros un asesinato por razones ideológicas nada tiene que ver con el conflicto armado y no debe ser investigado. Cfr. HAYNER, P.: “Una visión comparativa de la Comisión Esclarecedora de Guatemala”, en *Metodología para una Comisión de la Verdad...*, cit. p. 27.

21 *Ibid.*, pp. 30 y 31. El término de referencia de 1954 viene dado por la invasión capitaneada por el coronel Castillo Armas con el apoyo de los Estados Unidos. El de los años ‘60, con conflictos internos en el Ejército de Guatemala, tras el cual algunos militares disidentes, como Yon Sosa y Turcios Lima encabezaron, a partir de 1961 un movimiento guerrillero llamado “Movimiento Rebelde 13 de Noviembre” (MR-13N), que inicia operaciones con la ocupación de la población de Izabal. Cfr. AGUILERA PERALTA, G. y ROMERO IMERY, J: *Dialéctica del Terror en Guatemala*. EDUCA, 1981, p. 106.

Por otra parte, si bien se afirma que corresponde a la Comisión aclarar plenamente y en detalle las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia, también se precisa que “los trabajos, recomendaciones e informe de la Comisión no individualizarán responsabilidades, ni tendrán propósitos o efectos judiciales”.

Esta redacción parece prohibir a la Comisión publicar, como lo hizo la Comisión de la Verdad en El Salvador, la identidad de los autores intelectuales y materiales de los hechos investigados, así como los de sus encubridores y cómplices. No he encontrado, en los comentarios al Acuerdo ni en entrevistas con personas relacionadas con el proceso, ninguna interpretación distinta de esta, que ha sido, por lo demás, notoriamente la del Presidente de la Comisión. Sin embargo, si se diera una interpretación estricta a la expresión “responsabilidad” como las consecuencias *jurídicas* adversas que debe soportar quien infringe una norma jurídica, y se tiene presente que se ha reconocido sin ambages el “derecho del pueblo de Guatemala a *conocer plenamente la verdad* sobre las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia ocurridos en el marco del enfrentamiento armado interno”, quizás podría construirse una interpretación más flexible del Acuerdo.

Sin embargo, aun si prevalece la interpretación imperante, es obvio que la Comisión no podrá trabajar sin considerar los nombres de quienes estuvieron involucrados en los hechos investigados, y aun cuando concluya que su mandato le impide publicarlos, esos nombres estarán en sus archivos hasta que se decida destruirlos o tacharlos. Por otra parte, la omisión de la mención individual de los nombres de los participantes en los eventos investigados nunca podría interpretarse como una prohibición de señalar la unidad militar o guerrillera, con toda la precisión posible, que cometió un hecho determinado, aun si esa identificación conduce de manera inmediata a la de las personas que, en aquel momento estaban a cargo de esa unidad.²²

Donde definitivamente resulta más notoria la debilidad de la Comisión de Esclarecimiento de Guatemala respecto de la Comisión de la Verdad de El Salvador se sitúa en el ámbito de las recomendaciones que los respectivos acuerdos demandan de ellas, lo mismo que en los compromisos que las partes asumen frente a las mismas. En el caso de El Salvador la Comisión de la Verdad tuvo el mandato de “recomendar las disposiciones de orden legal, político o administrativo que se puedan colegir de los resultados de la investigación”, las cuales podrían “incluir medidas destinadas a prevenir la repetición de tales hechos, así como iniciativas orientadas hacia la reconciliación nacional”. Todo ello, con el compromiso de ambas partes de cumplir con las recomendaciones de la Comisión.

En cambio, la Comisión de Esclarecimiento de Guatemala sólo está facultada para “formular recomendaciones específicas encaminadas a favorecer la paz y la concordia nacional en Guatemala” y, en particular, para recomendar “medidas para preservar la memoria de las víctimas, para fomentar una cultura de respeto mutuo y observancia de los derechos humanos y pa-

22 *Ibid.*, pp. 28-30.

ra fortalecer el proceso democrático”. Además, aunque las partes se han comprometido a colaborar con la Comisión en todo lo que sea necesario para el cumplimiento de su mandato, no existe compromiso alguno respecto del cumplimiento de sus recomendaciones. En ese contexto, aun cuando la Comisión de Esclarecimiento haga la interpretación más amplia de su mandato, no hay muchas razones para ser optimista sobre el impacto institucional que tendrán sus recomendaciones.²³

II. IMPUNIDAD, VERDAD Y AMNISTÍA

Una característica común en los conflictos centroamericanos ha sido la impunidad que ha acompañado a gravísimas violaciones a los derechos humanos y hechos de violencia de diversa naturaleza los cuales, a pesar de configurar delitos sujetos a severas penas, no eran ni tan siquiera investigados seriamente. En ambos países se concedieron varias amnistías, aun bajo los gobiernos electos de José Napoleón Duarte y de Vinicio Cerezo, lo cual, lejos de desalentar la violencia contribuyó a alimentar el sentimiento de impunidad, tanto del lado de los perpetradores, quienes no encontraban obstáculo para mantener el clima de violencia, como del de la sociedad, más afectada por el miedo y la frustración.

No entra dentro del propósito de este trabajo hacer una demostración empírica de este fenómeno, sino destacar que la preocupación por erradicar la impunidad estuvo presente en los procesos de negociación de la paz de El Salvador y de Guatemala.

En el caso salvadoreño, como ya se ha citado antes, entre los Acuerdos de México del 27 de abril de 1991 estuvo el que creó la Comisión de la Verdad, cuyo Preámbulo indicaba que el tema de la impunidad se planteó inicialmente con referencia a la Fuerza Armada, pero que las partes habían resuelto darle un tratamiento autónomo, estrechamente vinculado con la Comisión de la Verdad. En concordancia con ese precedente, el Acuerdo de Paz firmado en Chapultepec el 16 de enero de 1992, estipuló:

SUPERACIÓN DE LA IMPUNIDAD

Se reconoce la necesidad de esclarecer y superar todo señalamiento de impunidad de oficiales de la Fuerza Armada, especialmente en casos donde esté comprometido el respeto a los derechos humanos. A tal fin, las Partes remiten la consideración y resolución de este punto a la Comisión de la Verdad. Todo ello sin perjuicio del principio, que las Partes igualmente reconocen, de que hechos de esa naturaleza, independientemente del sector al que pertenecieran sus autores deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia, a fin de que se aplique a quienes resulten responsables las sanciones contempladas por la ley.²⁴

23 Estas incógnitas quedarán seguramente despejadas cuando la Comisión de Esclarecimiento presente su Informe, probablemente a fines de 1998.

24 Cap. I, §5.

Dentro de ese contexto, la Ley de Reconciliación Nacional del 23 de enero de 1992, que permitió “la reincorporación de los integrantes del FMLN, dentro de un marco de plena legalidad, a la vida civil, institucional y política del país”,²⁵ estableció una amnistía a favor de todas las personas incurso en delitos políticos, delitos comunes conexos con los políticos o delitos comunes cometidos por un grupo no inferior a veinte personas.²⁶ La Ley, empero, expresamente excluyó de esta gracia a las personas que, según el informe de la Comisión de la Verdad, hubieren participado en graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad.

Sin embargo, a pesar de los muy graves delitos consignados en su Informe, la Comisión de la Verdad se encontró en una grave disyuntiva a la hora de recomendar la aplicación de sanciones a los presuntos responsables de esos crímenes, pues una de las piezas más importantes para asegurar la impunidad de esos criminales fue, precisamente, el aparato judicial. La Comisión expresó:

No cree la Comisión que pueda encontrarse una salida a los problemas que ha examinado reintroduciéndolos en lo que es una de sus causas más relevantes. El cuadro que presenta este informe no se habría configurado si el sistema judicial hubiera funcionado adecuadamente. Es obvio que aún dicho sistema judicial no se ha transformado lo bastante como para cimentar un sentimiento de justicia que impulse la reconciliación nacional. Por el contrario, un debate judicial en el actual escenario, lejos de satisfacer un honesto anhelo de justicia, podría servir para revivir viejas frustraciones y entorpecer así ese cardinal objetivo que es la reconciliación. Siendo ése el contexto presente, es claro que en este momento la Comisión sólo confía en una administración judicial renovada a la luz de los Acuerdos de Paz, para que sea ella la que aplique cumplida y oportuna justicia.²⁷

A pesar de esos antecedentes, apenas una semana después de haberse publicado el informe de la Comisión y a iniciativa del mismo Presidente Cristiani, la Asamblea Legislativa decretó una amnistía general, que generó numerosas protestas y que implicaba calificar como delitos políticos o conexos con estos crímenes gravísimos investigados y esclarecidos por la Comisión de la Verdad.²⁸

En el caso guatemalteco, en los acuerdos de paz también hubo expresión sobre la necesidad de erradicar la impunidad. Así, en el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos se estipuló:

25 Acuerdo de Ginebra, §1.

26 Según la Constitución salvadoreña, es atribución de la Asamblea Legislativa “conceder amnistías por delitos políticos o comunes conexos con éstos. O por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte”.

27 *Cfr.* “Las Naciones Unidas y El Salvador...”, *cit.* p. 403.

28 Incluso el Secretario General de las Naciones Unidas emitió una declaración expresando su preocupación por la celeridad que se había adoptado la medida y la opinión de que hubiera sido preferible que la amnistía se hubiera concedido después de que se hubiera logrado un amplio consenso sobre ella. *Cfr.* “Las Naciones Unidas y El Salvador”, *cit.*, p. 43.

III. COMPROMISO EN CONTRA DE LA IMPUNIDAD

1. Las Partes coinciden en que debe actuarse con firmeza contra la impunidad. El Gobierno no propiciará la adopción de medidas legislativas o de cualquier otro orden, orientadas a impedir el enjuiciamiento y sanción de los responsables de violaciones a los derechos humanos.

2. El Gobierno de la República de Guatemala promoverá ante el organismo legislativo las modificaciones legales necesarias en el Código Penal para la tipificación y sanción, como delitos de especial gravedad, las desapariciones forzadas o involuntarias, así como las ejecuciones sumarias o extrajudiciales. Asimismo, el Gobierno promoverá en la comunidad internacional el reconocimiento de las desapariciones forzadas o involuntarias y de las ejecuciones sumarias o extrajudiciales como delitos de lesa humanidad.

3. Ningún fuero especial o jurisdicción privativa puede escudar la impunidad de las violaciones a los derechos humanos.

Por su parte, el Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática dispuso:

La reforma y modernización de la administración de justicia deben dirigirse a *impedir que ésta genere y encubra un sistema de impunidad y corrupción*. El proceso judicial no es un simple procedimiento regulado por códigos y leyes ordinarias, sino el instrumento para realizar el derecho esencial de las personas a la justicia, el cual se concreta mediante la garantía de imparcialidad, objetividad, generalidad e igualdad ante la ley (énfasis añadido).²⁹

...

Con miras a favorecer la reconciliación nacional, *sin desatender las necesidades de combatir la impunidad*, la Ley de Reconciliación Nacional incluirá una figura legal que permita la incorporación de los miembros de la URNG a la legalidad (énfasis añadido).³⁰

Sin embargo, también las negociaciones de Guatemala condujeron a una amnistía parcial que favorece a agentes del poder público, y que no estaba prevista en el Acuerdo de Tamarit firmado en México el 26 de abril de 1990, el cual sólo contemplaba un punto referente a las “Bases para la incorporación de la URNG a la vida política del país”. Pues bien, como ante quedó dicho, en el “Acuerdo sobre Bases para la Incorporación de la URNG a la Legalidad” firmado en Madrid el 12 de diciembre de 1996, se incluyó tal amnistía parcial, que luego quedó plasmada en antes mencionada Ley de Reconciliación Nacional sólo seis días más tarde con abrumadora mayoría en el Congreso de 65 votos contra 8. El Presidente la promulgó el día 23 y el 27 de diciembre fue publicada.

29 §9.

30 §20.

El Acuerdo de Madrid señala:

Extinción de la responsabilidad penal

20. Con miras a favorecer la reconciliación nacional, sin desatender las necesidades de combatir la impunidad, la Ley de Reconciliación Nacional incluirá una figura legal que permita la incorporación de los miembros de la URNG a la legalidad.

Delitos políticos

21. En relación con la figura legal indicada en el párrafo anterior, la Ley de Reconciliación Nacional declarará la extinción de la responsabilidad penal por los delitos políticos cometidos en el enfrentamiento armado interno, hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley, y comprenderá a los autores, cómplices y encubridores de los delitos contra la seguridad del Estado, contra el orden institucional, y contra la administración pública, comprendidos en los artículos 359, 360, 367, 368, 375, 381, 385 a 399, 408 a 410, 414 a 416, del Código Penal, así como los contenidos en el Título VII de la Ley de Armas y Municiones. En estos casos, el Ministerio Público se abstendrá de ejercer la acción penal y la autoridad judicial decretará el sobreseimiento definitivo.

Delitos comunes conexos

22. En relación a la misma figura legal indicada en el párrafo 20, la Ley de Reconciliación Nacional declarará igualmente la extinción de la responsabilidad penal por los delitos comunes conexos cometidos en el enfrentamiento armado, entendiéndose por tales aquéllos que directa, objetiva, intencional y causalmente tengan relación con la comisión de los delitos políticos a que se refiere el párrafo anterior y respecto de los cuales no se demuestre que tuvieron como móvil un fin personal. Los delitos comunes que se entienden conexos con los políticos señalados en el párrafo anterior corresponden a aquéllos tipificados en los artículos 214 a 216, 278, 282 a 285, 287 a 289, 292 a 295, 321, 325, 330, 333, 337 a 339, 400 a 402, 404, 406 y 407, del Código Penal.

Otras extinciones de la responsabilidad penal

23. Para quienes por mandato institucional estuvieron involucrados en el enfrentamiento armado interno, la Ley de Reconciliación Nacional contendrá disposiciones específicas y equivalentes a las anteriores, en el sentido de que declararán la extinción de la responsabilidad penal por los delitos comunes perpetrados con la finalidad de impedir, frustrar, reprimir o sancionar la comisión de delitos políticos y comunes conexos, cuando directa, objetiva, intencional y causalmente tengan relación con dicha finalidad, siempre que no fuere probado que no existe relación entre el hecho delictivo y la finalidad preceptuada.

Restricciones

24. Las disposiciones contenidas en la referida Ley de Reconciliación Nacional, que declaren la extinción de la responsabilidad penal, *en ningún caso incluirán aquellos delitos que son imprescriptibles o que no admiten la extinción de la responsabilidad penal*, de acuerdo al derecho interno o a los tratados internacionales ratificados o suscritos por Guatemala (énfasis añadido).

La Ley de Reconciliación Nacional recoge, en sus artículos 2, 3 y 4 casi textualmente, con ligeras modificaciones, los párrafos 21 y 22 del Acuerdo de Madrid, antes transcritos. Donde se observan modificaciones de cierta entidad es en los párrafos 23 y 24, plasmados en los artículos 5 y 8 de la Ley de Reconciliación Nacional en los términos siguientes:

Artículo 5.- Se declara la extinción total de la responsabilidad penal por los delitos que hasta la entrada en vigencia de esta ley, hubieran cometido en el enfrentamiento armado interno, como autores, cómplices o encubridores, las autoridades del Estado, miembros de sus Instituciones o cualquiera otra fuerza establecida por ley, perpetrados con los fines de prevenir, impedir, perseguir o reprimir los delitos a que se refieren los artículos 2 y 4 de esta Ley, reconocidos por la misma como delitos políticos y comunes y conexos. Los delitos cuya responsabilidad penal se declara extinguida en este artículo se conceptúan también de naturaleza política, *salvo en los casos en que no exista una relación racional y objetiva*, entre los fines antes indicados y los hechos concretos cometidos, o que éstos obedecieron a un móvil personal. En estos casos, la autoridad judicial declarará el sobreseimiento definitivo, en un procedimiento como el establecido en el artículo 11, a menos que demuestre la inexistencia de la relación o el móvil antes señalado (énfasis añadido).

Artículo 8.- La extinción de la responsabilidad penal a que se refiere esta ley, no será aplicable a los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, así como a aquellos delitos que sean imprescriptibles o que no admitan la extinción de la responsabilidad penal, de conformidad con el derecho interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala.

Sin entrar a considerar por ahora los problemas éticos y jurídicos que plantea la amnistía que favorece a quienes han cometido delito, particularmente cuando configuran violaciones graves a los derechos humanos, en el ejercicio de funciones públicas, cabe destacar dos aspectos en los que el ámbito de la amnistía parcial acordada en Madrid se ha ampliado. En primer lugar, los beneficiarios de la amnistía no son ya *“quienes por mandato institucional estuvieron involucrados en el enfrentamiento armado interno, (omissis) e incurrieron en delitos comunes perpetrados con la finalidad de impedir, frustrar, reprimir o sancionar la comisión de delitos políticos y comunes conexos”* (énfasis añadido), cometidos por su enemigo militar. El artículo 5 de la Ley, en cambio, alcanza a quienes *“hubieran cometido en el enfrentamiento armado interno, como autores, cómplices o encubridores, las autoridades del Estado, miembros de sus Instituciones o cualquiera otra fuerza establecida por ley, perpetrados con los fines de preve-*

nir, impedir, perseguir o reprimir los delitos a que se refieren los artículos 2 y 4 de esta Ley, reconocidos por la misma como delitos políticos y comunes y conexos". Desaparece la mención al "mandato institucional" y parece que se protegiera a cualquier autoridad pública, aun si sus funciones no tenían que ver con el enfrentamiento armado. Se incluye además a "cualquiera otra fuerza establecida por Ley" con lo cual se está protegiendo a los paramilitares integrantes de los CVDC o Comités Voluntarios de Defensa Civil, a quienes se atribuyen las más graves ofensas a los derechos humanos.

Por otra parte, según el acuerdo de Madrid, los delitos cometidos por agentes del Estado cuya responsabilidad penal se declararía extinguida, fueron calificados directamente como "*delitos comunes*", mientras que la Ley de Reconciliación Nacional expresamente declara que "*los delitos cuya responsabilidad penal se declara extinguida en este artículo se conceptúan también de naturaleza política*". Es francamente chocante que los excesos en la represión y las violaciones a los derechos humanos que se hayan cometido dentro de ese marco por fuerzas militares, policiales o paramilitares que actuaban bajo la cobertura del Estado, puedan ser calificados como "*delitos políticos*"; sin embargo no tenían otro camino los legisladores, si querían revestir formalmente de constitucionalidad a su decisión política, que lo era también del Gobierno y de la URNG, de extender la amnistía a los agentes del poder público, puesto que, de acuerdo con el literal "g" del artículo 171 de la Constitución Política de Guatemala, corresponde al Congreso "decretar amnistía por delitos políticos y comunes conexos cuando lo exija la conveniencia pública" (énfasis añadido),³¹ de tal modo que no resultaba constitucionalmente viable decretar amnistía por delitos que, así fuera de una manera poco afortunada, no fueran considerados por la Ley como delitos políticos o conexos con éstos.

La Ley, en fin, establece un procedimiento sumarísimo, que podría afectar el derecho al debido proceso de quienes pudieran oponerse a que la ley se aplique en determinados casos, y, además, depende en su interpretación y puesta en práctica, de un sistema judicial cuya fuerza, capacidad e independencia han sido cuestionados más de una vez.³²

No puede negarse, con todo, y dentro de la discusión legítima que plantea la concesión de amnistías por violaciones a los derechos humanos, en especial en el escenario horrible don-

31 El 21 de enero de 1997 un importante grupo de activistas de derechos humanos, encabezados por Helen Beatriz Mack y Rigoberta Menchú, interpuso demanda de nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 5, 6 y 11 de la Ley de Reconciliación Nacional. Asimismo, otro grupo de personas, encabezadas por la misma Helen Beatriz Mack, introdujo una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por considerar que las mismas disposiciones cuya inconstitucionalidad se ha demandado violan también la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, Ronald Ochaeta, cabeza de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, ha introducido una demanda de inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley.

32 Recuérdese que en el "Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática", firmado en la Ciudad de México el 19 de septiembre de 1996, el Gobierno de Guatemala y la URNG habían coincidido en afirmar que "una de las más grandes debilidades estructurales del Estado guatemalteco reside en el sistema de administración de Justicia" (§8).

de se desarrolló el conflicto armado guatemalteco, que la ley contiene restricciones útiles para reducir los efectos aberrantes de una amnistía general e indiscriminada.³³

Debe tenerse presente, en primer lugar, que los delitos cuya responsabilidad penal se ha declarado extinguida, deben haberse cometido dentro del marco del enfrentamiento armado. Al respecto, en una declaración Pública de la MINUGUA, se ha dicho que la expresión *en el conflicto armado* “es suficientemente clara para excluir de la amnistía aquellas violaciones de los derechos humanos que ocurrieron fuera del estricto marco del conflicto armado interno”.

Esto sugiere una suerte de doble estándar sobre la interpretación del alcance de las acciones cumplidas dentro del marco del enfrentamiento armado. A los efectos de los trabajos de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, la interpretación más congruente con los fines que las partes se propusieron al crearla, es la de interpretar el enfrentamiento armado interno como un fenómeno de convulsión social general, que le permita investigar el mayor número de casos de violaciones a los derechos humanos y otros hechos de violencia que han causado sufrimiento al pueblo guatemalteco. En cambio, para evitar el pernicioso efecto de una amnistía que deje sin posibilidad de penar crímenes muy graves contra la dignidad humana, los hechos cometidos dentro del marco del conflicto armado requerirían de una interpretación restrictiva del alcance de éste y, por ende, de los hechos cometidos en esa confrontación.

En mi opinión ese doble estándar, si se le puede calificar de tal, es legítimo y obedece a la voluntad de las partes que negociaron los acuerdos, con el propósito, no sólo de poner fin a una guerra civil, sino de devolver a la sociedad bienes que han deteriorado gravemente su salud. Las partes, en numerosos pasajes de sus acuerdos que se han citado, han proclamado de manera inequívoca el derecho del pueblo de Guatemala a conocer plenamente la verdad. El mandato de la Comisión de Esclarecimiento Histórico no puede desviarse de ese objetivo cardinal, que le impone observar con amplitud la escena del conflicto armado interno y los hechos que allí se cometieron.

Por su lado, los tribunales, a la hora de decidir si un caso entra o no dentro de los supuestos de la Ley de Reconciliación Nacional, tampoco pueden dejar de lado el propósito también muchas veces reiterado en los acuerdos de paz y expresado de todas las formas por la sociedad civil, de combatir la impunidad, lo cual requiere que las acciones vinculadas con el enfrentamiento armado interno, que pueden ser objeto de la aplicación de la amnistía, sean objeto de interpretación restrictiva, como medio de satisfacer la necesidad nacional de que se ponga cese a la impunidad por las violaciones a los derechos humanos. A este respecto, es interesante citar la carta que dirigió el 21 de enero de 1997 el Licenciado Oscar Barrios Castillo, Pre-

³³ MÉNDEZ, con quien nuevamente coincido, destaca que “en Guatemala, la ley de amnistía dictada en 1996 para culminar el proceso de paz, es la primera en su género que contiene excepciones a su aplicabilidad a crímenes gravísimos. Además, las organizaciones no gubernamentales de ese país han presentado acciones judiciales, hasta ahora exitosas, para impedir su extensión a algunos de los crímenes más notorios de los últimos años”. En *Derecho a la Verdad...*, cit. p. 535.

sidente en Funciones de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, a los Magistrados y Suplentes de la Corte de Apelaciones (Ramo Penal).

La responsabilidad del Organismo Judicial por la Ley de Reconciliación Nacional es de las mayores que éste haya recibido en los últimos tiempos...(omissis)

De una parte, la puesta en práctica de la Ley permitirá la reincorporación de quienes estuvieron alzados en armas y optaron por dejarlas, para firmar el Acuerdo de Paz firme y duradera. De esta manera, el hacer efectivo un punto importante de los acuerdos depende de la adecuada aplicación de la Ley.

De otro lado, la idea misma de la reconciliación -que anima la Ley- requiere una compatibilización, nada fácil por cierto, con otro objetivo de mayor importancia: *el combate a la impunidad. Objetivo éste que no sólo es también parte central de los acuerdos de paz sino que comparte todo el pueblo de Guatemala* (énfasis añadido).

A tal efecto, la Ley ha trazado una línea fina y compleja entre aquellos delitos respecto de los cuales extingue la responsabilidad penal, y aquellos otros que no quedan incluidos en sus beneficios. Cabe a los juzgadores la enorme responsabilidad de concretar el sentido de esa línea trazada por la Ley y resolver de qué lado debe ser situado cada caso sometido a su conocimiento.

En otro orden de ideas, el artículo 5 de la Ley excluye de la amnistía aquellos delitos cometidos en la represión del enfrentamiento armado a aquellos “casos en que no exista una relación racional y objetiva, entre los fines antes indicados y los hechos concretos cometidos, o que éstos obedecieron a un móvil personal”. Una correcta apreciación judicial de esta limitación a la hora de concretar el sentido de la *línea fina y compleja entre aquellos delitos respecto de los cuales extingue la responsabilidad penal, y aquellos otros que no quedan incluidos en sus beneficios* puede reducir sensiblemente lo que serían efectos inadmisibles de la Ley de Reconciliación Nacional, en los cuales la relación entre los crímenes cometidos y el enfrentamiento armado dista de ser “racional y objetiva”. Así, creo que sería difícil establecer que existe una relación “racional y objetiva” entre ejecuciones sumarias extrajudiciales de personas indefensas y la prevención, frustración, persecución o represión de delitos cometidos por la guerrilla dentro del estricto marco del enfrentamiento armado. No sería concebible que un tribunal afirmase que resultaba “racional y objetivamente” necesario asesinar a una persona indefensa para combatir la insurgencia. Lo mismo puede decirse de otros hechos, como las masacres de campesinos o ataques a aldeas que no estaban en poder de unidades de la URNG.³⁴

Por último, el artículo 8° de la Ley de Reconciliación Nacional, excluye del ámbito de la amnistía a ciertos delitos. En tres casos se refiere a crímenes precisos, pues declara que la ex-

³⁴ Hasta la fecha de este artículo, no puede señalarse ningún caso en el que los tribunales hayan aplicado la Ley de Reconciliación Nacional apartándose de esos lineamientos.

tinción de la pena prevista en la Ley “, no será aplicable a los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada”.³⁵

En otros casos el enunciado es más general, pues se extraen del ámbito de aplicación de la amnistía aquellos delitos “que sean imprescriptibles o que no admitan la extinción de la responsabilidad penal, de conformidad con el derecho interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala”.³⁶ Sin duda, esta restricción al campo de aplicación de la amnistía habría tenido mayor relevancia de haber sido Guatemala parte en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968,³⁷ que no es el caso.³⁸

Sin embargo, la Constitución Política de Guatemala, en el último párrafo de su artículo 21, establece

El custodio que hiciere uso indebido de medios o armas contra un detenido preso, será responsable conforme a la Ley Penal. El delito cometido en esas circunstancias es *imprescriptible* (énfasis añadido).

Esta norma agrega un elemento digno de ser tomado en consideración por el Organismo Judicial de Guatemala, a la hora de determinar si en el caso de ciertos delitos se ha extinguido la responsabilidad penal. Obviamente, los criterios de interpretación que guíen al juez para determinar qué es un custodio, en un país donde los cuerpos paramilitares y los grupos irregulares que actuaban bajo la cobertura del aparato estatal, eran parte de la realidad cotidiana, como

35 Quizás no falte quien afirme que la tortura o la desaparición forzada no están, como tales, tipificados en el ordenamiento penal interno. Se trata, sin embargo y de modo evidente, de delitos complejos que atentan contra la integridad, la seguridad, la libertad y la vida de sus víctimas y que caen bajo varios tipos penales universalmente recogidos en el ordenamiento penal interno de países de las más diversas culturas. Por lo demás, la “*Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992, en su Preámbulo afirma que la “práctica sistemática” de desapariciones forzadas “*representa un crimen de lesa humanidad*”. En el mismo sentido, el Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada por la Asamblea General de la OEA en Bellem do Pará en 1994, reafirma “que la práctica sistemática de la desaparición forzada de *personas constituye un crimen de lesa humanidad*”. Esta calificación confirma numerosas manifestaciones previas de la misma Asamblea General y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y se corresponde asimismo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte I.D.H. *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, N° 4, §§149-158. Guatemala suscribió, pero no ha ratificado aún la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la cual, por lo demás, no ha entrado todavía en vigor.

36 Nótese que en el Acuerdo de Madrid se hacía referencia a “tratados internacionales ratificados o suscritos por Guatemala”.

37 Res. 2391 (XXIII), 26 de noviembre de 1968.

38 Tampoco Venezuela la ha ratificado. Para el 1° de noviembre de 1995, del Grupo Latinoamericano y del Caribe, sólo Bolivia, Cuba, Nicaragua y Saint Vincent & Grenadines habían ratificado dicho tratado.

también lo eran las capturas ilegalmente practicadas por tales grupos. Es de nuevo, como lo enfatizó el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, crucial el papel que en este proceso está llamado a llenar el sistema judicial guatemalteco.

Esta Ley ha despertado fuertes reacciones de parte de algunas organizaciones no gubernamentales, las cuales, como se ha dicho antes, han demandado la inconstitucionalidad de la misma, así como han denunciado que viola la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esa reacción no es inesperada. Primero, como una cuestión de fondo, no se puede poner en el mismo plano la impunidad de quien ha cometido un hecho punible pero no ha podido ser identificado o capturado a pesar de todo el esfuerzo del aparato estatal en aprehenderlo, de la situación de quien goza de impunidad porque ese mismo aparato estatal ha sido el medio que le ha servido para incurrir en los hechos sancionables y para encubrir a sus autores. Segundo, porque, como se dijo, lo que se encontraba en el Acuerdo de Temario era la reincorporación de los miembros de la URNG a la legalidad, y nunca se planteó, en las discusiones que tuvieron las distintas organizaciones de la sociedad civil, que los acuerdos de paz incluyeran una amnistía para agentes estatales. Tercero, quizás haya influido que ha sido éste uno de los únicos puntos en los acuerdos de paz donde los únicos beneficiarios sean los negociadores y, más particularmente, los militares de uno y otro bando, sin aportar nada a la sociedad civil, alguno de cuyos sectores aspiraba a que el cese a la impunidad fuera completo, incondicional y sin excepciones.

En realidad es difícil abordar el tema de la reconciliación, especialmente cuando éste se sitúa dentro del marco de un proceso de búsqueda de la solución a un conflicto armado por medios políticos. Como he expresado antes, en ambos procesos, se manifestaron claramente dos aspiraciones: verdad y justicia. Sólo cuando se hubiera descubierto la verdad y se hubiera puesto fin a la impunidad que cubrió la infinidad de crímenes cometidos, se estaría en condición de otorgar el perdón a los responsables y de alcanzar una verdadera reconciliación.

El derecho a la verdad es un derecho autónomo, que porta en sí mismo una virtualidad resarcitoria parcial, en cuanto pone fin al sufrimiento que, en especial para los familiares de las víctimas pero también para la sociedad entera, implica la incertidumbre sobre las circunstancias en que se ejecutaron graves violaciones a los derechos humanos y sobre la suerte de las víctimas.³⁹ El Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ha afirmado que el familiar de una víctima tiene derecho a saber lo que a ella le ha ocurrido y que, la violación de ese derecho convierte a aquel familiar, a su vez, en víctima de la violación del Pacto.⁴⁰ Más aún, está planteada en este momen-

39 El tema del derecho a la verdad está sistemáticamente expuesto en el *Memorial en Derecho Amicus Curiae* presentado por varias organizaciones no gubernamentales ante la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Argentina), en apoyo a la demanda introducida por el Sr. Emilio Mignone, cuya hija fue desaparecida durante la dictadura militar que padeció ese país. Publicado en 21 *Revista IIDH* (enero-junio 1995), pp. 149-171. Cfr. Igualmente ABREGU, M: "La Tutela Judicial del Derecho a la Verdad en la Argentina", en 24 *Revista IIDH* (julio-diciembre 1966), pp 11 y ss.

40 Caso N° 107/1981 (*Quinteros vs. Uruguay*).

to la discusión, en grupos de trabajo de las Naciones Unidas, sobre si el derecho a la verdad ha “cristalizado” como costumbre jurídica y se ha incorporado al derecho internacional consuetudinario.⁴¹

No basta, sin embargo la verdad para transitar el camino de la verdadera reconciliación. La erradicación de la impunidad no se agota en la revelación de la verdad sino que requiere satisfacer los imperativos de la justicia. Como con gran claridad lo ha expresado un tratadista:

... las organizaciones de derechos humanos deberían introducir la reconciliación en su agenda, insistiendo en su verdadero significado. En primer lugar, la verdadera reconciliación no puede imponerse por decreto; tiene que construirse en la mente y el corazón de todos los miembros de la sociedad a través de un proceso que reconozca el valor y la dignidad de cada ser humano. En segundo lugar, la reconciliación requiere del conocimiento de los hechos. No se puede demandar (ni esperar) el perdón a menos de que la persona quien debe perdonar sepa exactamente qué es lo que está perdonando. Tercero, la reconciliación sólo puede venir después del arrepentimiento. Exigir a las víctimas que perdonen sin ofrecer a cambio un gesto de contrición o sin reconocer que se ha obrado incorrectamente, es como añadir mayor vileza a los crímenes del pasado.⁴²

Es cierto que la reconciliación pasa por el perdón. También que el mismo Derecho internacional humanitario prescribe la conveniencia de una amnistía, concluido un conflicto armado interno:

A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.⁴³

Sin embargo, una disposición como esa no puede leerse aisladamente y considerarla como una patente para otorgar amnistías por delitos de extrema gravedad. La ya citada Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los

41 Cfr. Reunión de Expertos convocada por L. Despouy, Relator Especial sobre Estados de Emergencia (UN Doc. E/CN4/sub. 2 1995. Sin embargo, estando de acuerdo con la afirmación de la existencia de un “derecho a la verdad”, deducido de los instrumentos nacionales e internacionales de protección a los derechos humanos y proclamado por jurisprudencia nacional e internacional, con el respeto y la rectitud de intención que merece esta apreciación, creo que todavía es muy pronto para afirmar que se ha incorporado al Derecho internacional consuetudinario. Cfr. MÉNDEZ, J.E.: *Derecho a la Verdad frente a graves violaciones...*, cit. p. 523, nota 8.

42 MÉNDEZ, J.E: “Responsabilización por los Abusos del Pasado”, en *Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez*, IIDH, San José, 1997, pp. 93 y 94. También en: *Accountability for Past Abuses*, cit. p. 274.d.

43 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II) del 8 de junio de 1977, Artículo 6 §5.

Crímenes de Lesa Humanidad, en su artículo I.a considera como imprescriptibles *inter alia* “sobre todo las ‘infracciones graves’ enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra”.

A título de ejemplo el artículo 147 del Convenio de Ginebra (IV) del 23 de agosto de 1949 Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en tiempo de guerra, señala que son infracciones graves si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio:

el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificada por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito o arbitrario.

En la misma dirección, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, aplicable a todo conflicto armado no internacional, entre otras cosas dispone que se prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, respecto de las personas que no participen directamente en las hostilidades⁴⁴

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos crueles y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

La conveniencia de promover una amnistía como vehículo de reconciliación, tal como lo señala la citada disposición del Protocolo II, no puede leerse fuera del contexto de otras reglas básicas del derecho internacional humanitario. Vale decir que, establecida la verdad y la fórmula apropiada para el resarcimiento de la víctima o sus familiares, queda abierta la posibilidad del perdón, siempre que no se trate de delitos que por su gravedad constituyan una verdadera afrenta para la civilización y puedan ser considerados como crímenes de guerra o de lesa humanidad.

⁴⁴ Entre quienes se incluyen “los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa...”.

Ese fue el camino que, aparentemente, pretendió seguirse en El Salvador cuando la Ley de Reconciliación Nacional del 23 de enero de 1992 expresamente excluyó de la amnistía a las personas que, según el Informe de la Comisión de la Verdad, hubieren participado en graves hechos de violencia ocurridos desde 1980. Sin embargo, como ya se ha relatado, ese propósito quedó burlado cuando, apenas una semana más tarde de publicado el Informe de la Comisión de la Verdad, la Asamblea Legislativa, lejos de reforzar los medios que permitieran hacer justicia en relación con los terribles hallazgos de la Comisión de la Verdad, procedió a conceder una amnistía general, que hacía caso omiso de la gravedad de los hechos reseñados en el informe y procedía de manera indiscriminada a un perdón sin justicia. Acaso la única ventaja de semejante proceder estuvo en que la amnistía no precedió a la verdad, como ocurrió con las autoamnistías acordadas en algunos países del Cono Sur. Por otra parte, el precipitado perdón otorgado a los indiciados por los delitos reseñados por la Comisión de la Verdad, confirma la razonable apreciación de ésta cuando, a pesar de las presiones del sector oficial, decidió publicar los nombres de quienes aparecían como autores, cómplices o encubridores de los hechos investigados. Ya lo he citado: “*El dejar de mencionar nombres reforzaría ese mismo manto de impunidad que las partes encargaron a la Comisión levantar*” (énfasis añadido).⁴⁵

En el caso guatemalteco, las cosas podrían presentarse de modo diferente. En primer lugar, porque no se ha decretado una amnistía general; porque, además, se han dejado por fuera de manera expresa delitos gravísimos como el genocidio, la desaparición forzada de personas⁴⁶ (verdadero flagelo en ese país) y la tortura; en tercer término, porque también está prohibido a los jueces otorgar amnistía en aquellos casos en que los hechos punibles cometidos por agentes del Estado a los fines de prevenir, impedir, perseguir o reprimir los delitos por los que se otorgó amnistía a la insurgencia, en todo caso en que no exista una relación *racional y objetiva*, entre los fines antes indicados y los hechos concretos cometidos. Por último, han quedado también excluidos de la Ley guatemalteca, los delitos imprescriptibles, los cuales, aunque no son en el presente de una vasta gama, comprenden los abusos cometidos contra las personas presas o detenidas. Corresponderá ahora a los tribunales aplicar con severa rectitud esas disposiciones, como un medio de cumplir un paso de avance hacia una verdadera reconciliación nacional.

⁴⁵ *De la Locura a la Esperanza... cit. supra*, p. 317.

⁴⁶ A falta de otra directriz en el Derecho interno guatemalteco, deberían servir de orientación a los jueces las definiciones contenidas en el Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, y el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Según el primero de dichos textos, la desaparición forzada consiste en que “*se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados, o por particulares que actúen en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley*”. Según la Convención Interamericana “*se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*”.

CONCLUSIÓN

1. El establecimiento de una comisión de la verdad es un medio plausible dentro de una mesa política de negociación de la paz en un conflicto interno, como un primer paso y, quizás, la contribución más tangible que pueda hacerse dentro de ese escenario para el combate contra la impunidad. En efecto, por un lado es conceptualmente difícil de sostener que un gobierno esté facultado para comprometer políticamente al sistema judicial de su país a una determinada actuación. En segundo lugar, un cuadro generalizado de impunidad por delitos gravísimos contra la vida, integridad, seguridad o libertad de las personas, normalmente no habría sido posible sin la condescendencia y hasta la complicidad del sistema judicial, por lo cual la parte insurgente verá con reservas y resistencia toda solución que remita la cuestión del castigo a los culpables al mismo sistema judicial que en el pasado los encubrió. En tercer lugar -y en esto el caso de la Comisión de Verdad y Reconciliación sudafricana se aparta del modelo centroamericano- el establecimiento de la verdad no debe comportar la inhibición de los órganos jurisdiccionales para juzgar y castigar a los responsables, pero fuera del contexto de una negociación política. Finalmente, como se trata de un mecanismo *ad hoc*, de estructura no preconcebida, es susceptible de adaptarse a las condiciones de cada proceso, a sus necesidades y a la correlación existente entre las partes.

2. Como complemento a la anterior observación, cabe destacar que la eficiencia final de una comisión de la verdad como instrumento de lucha contra la impunidad está vinculada con la aptitud del órgano judicial para juzgar debidamente los hechos. De allí que todo acuerdo sobre una comisión de esa naturaleza que no vaya acompañado de una reforma profunda del aparato judicial para garantizar su pulcritud e independencia, es incompleto.

3. Una Comisión de la Verdad no sustituye a la justicia.⁴⁷ Es un instrumento para esclarecer la verdad, no para hacer justicia. No en vano tanto en el caso de la Comisión de la Verdad en El Salvador como en la de Esclarecimiento Histórico en Guatemala se estipuló expresamente que la función de dichos cuerpos no es jurisdiccional. Más aún, la verdad más convincente es la que puede surgir de un proceso judicial, donde se respeten todas las garantías al acusado y donde el debate contradictorio haga más evidente su culpabilidad o su inocencia. Esto, de nuevo, supone que el sistema judicial que en el pasado entró en el engranaje de la impunidad sea objeto de una profunda transformación. De lo contrario se corre el riesgo, no sólo de que no se haga justicia, sino que se haga justicia desigual, que continúe amparando a los agentes del Estado responsables por violaciones a los derechos humanos, pero que, en cambio, aplique todo el rigor de la ley a los antiguos insurgentes, comprometiendo así todo el proceso de pacificación.

4. Una comisión de la verdad, empero, puede ser un medio útil para el combate contra la impunidad. La impunidad por crímenes cometidos por agentes del Estado o bajo la cobertura de

⁴⁷ Cfr. MÉNDEZ, J.E: *Accountability for Past Abuses*, cit. p. 267 y ss. Del mismo autor, *Derecho a la Verdad...*, cit, pp 536 y ss.

éste no se agota en la falta de castigo a los responsables de dichos crímenes. Un componente inseparable de esa impunidad es la omisión de toda investigación, el encubrimiento y hasta la falsificación de los hechos para proteger a los responsables. No cabe duda que el descubrimiento de la Verdad, a cargo de personas independientes destruye este elemento, lo cual, si bien no es útil por sí mismo para erradicar la impunidad, cumple, por lo menos, una doble función. En primer término, sirve para que la sociedad conozca, objetivamente, lo ocurrido en el seno de su propia realidad, que se traduce en una suerte de catarsis colectiva. En segundo lugar, contribuye a crear una conciencia colectiva sobre la necesidad de impedir la repetición de hechos semejantes y muestra a quienes son capaces de incurrir en ellos que, aun si pueden escapar a la acción de la justicia, no son inmunes a que se les reconozca públicamente como responsables de gravísimos atentados contra otros seres humanos. En este sentido, aun cuando no se trate de mecanismos punitivos, pueden cumplir una función preventiva de no poca utilidad en un proceso de construcción de la paz y de transición hacia la democracia.⁴⁸

48 La revelación de la verdad sobre cuadros graves y sistemáticos de violaciones de los derechos humanos como instrumento útil para iniciar la erradicación de la impunidad ha sido demostrada antes de la creación de las comisiones de la verdad. Por ejemplo, el *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina*, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicado en 1980 (OEA/Ser.L/V/II49 doc 20, 11 de abril de 1980, tras una observación *in loco* a ese país, durante la dictadura militar, fue contundente contra ésta y reveló la gravedad de sus actuaciones ante la sociedad civil y ante la comunidad internacional, de manera que desde allí se marcó el inicio de la declinación del gobierno militar. Se trataba también de un Informe emanado de una Comisión cuya independencia estaba fuera de toda discusión, presidida por Andrés Aguilar, cuya credibilidad dentro del Sistema Interamericano era excepcional. A pesar de su trascendencia, sin embargo, se trató de una actividad puntual de la CIDH, que no estaba dotada de la misión específica de ocuparse exclusivamente de la Argentina, ni tenía los medios y poderes que normalmente, con sus variantes, se reconocen a las comisiones de la Verdad.

EL VALOR DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO Y LA JUSTICIA INTERNOS EL EJEMPLO DE COSTA RICA

Rodolfo E. Piza Escalante^(*)

A MODO DE INTRODUCCIÓN

01. Ya es un tópico -lugar común- que el tema de nuestro tiempo es, y seguirá siendo, el de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, 'derechos constitucionales' en el Derecho interno, 'derechos humanos' en el Internacional, en los cuales ha alcanzado carta de naturaleza, en el primero, en el corazón del Derecho de la Constitución, característico del Estado Democrático de Derecho;¹ en el segundo, en lo más novedoso del 'contemporáneo', propio de la verdadera 'comunidad internacional' que, por fin, se ha venido consolidando desde el término de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) y, sobre todo, de la Segunda (1939-1945);² a pesar de que su principal problema, y su primera esperanza de protección y garantía se centran en el primero, en el sentido de que, en esta materia como en tantas otras, el segundo sólo opera 'subsidiariamente', en defecto suyo y precisamente cuando fallan su protección y garantía

(*) Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1 Sobre los conceptos 'Derecho de la Constitución', 'Estado Democrático de Derecho', 'Justicia Constitucional' y 'Jurisdicción Constitucional', v. esp. mi "Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución", ed. III Aniv. de la Sala Constitucional, San José, 1992; también mi "Legitimación Democrática y Justicia Constitucional" en el Libro Homenaje a Eduardo Ortiz Ortiz, Col. Sto. Tomás de Aquino, San José, 1994, pgs. 655ss.; también en "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", #1, ed. Fund. Konrad Adenauer *et alt.*, Diké, Col., 1995, pgs. 113ss.

2 El tema lo desarrollo extensamente en mi ponencia "La Opinio Juris como Fuente Autónoma del Derecho Internacional (Opinio Juris y Jus Cogens)", ante el XIV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (I.H.L.A.D.I.), San José, agosto de 1985, publicada en los "Anales" del mismo, Madrid, 1987; también en Revista "Relaciones Internacionales" #39, Escuela de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica, 2º trim. 1992, pgs. 55-83.

por omisión o por obra del Estado, o en virtud de conductas que le sean imputables, por incumplimiento de su deber de respetarlos -él mismo-, o de garantizarlos frente a los actos u omisiones de personas investidas o amparadas por el poder público, o incluso de terceros frente a los que ha fracasado en su responsabilidad de protegerlos.

02. De allí que, en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, el amigo, el compañero de luchas en la Corte y en el Instituto Interamericanos de Derechos Humanos, el Jurista excepcional, cuya contribución en este y otros campos torales del Derecho Internacional queda muy por encima de toda ponderación, haya escogido especular un poco sobre la necesidad de entrañar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de la mano también de su creciente aparato jurisdiccional, extra o supraestatal, en la vivencia misma del ordenamiento interno, valga decir, del Derecho y la Justicia Constitucionales, que forman, precisamente, el ámbito inmediato de su protección y garantía.

03. Voy a ocuparme, pues, dentro de las limitaciones de este ensayo:

- a) De recoger algunos de los ejemplos y circunstancias del tránsito del Derecho Internacional tradicional al contemporáneo;
- b) De reseñar las implicaciones especiales del Derecho de los Derechos Humanos en ese tránsito y en la relación Derecho Internacional-Derecho interno; y
- c) De explicar las consecuencias de lo anterior en lo que hace, específicamente, al valor que se otorga al Derecho y Jurisprudencia Internacionales de derechos humanos en el Derecho de la Constitución y en la Justicia Constitucional, con especial alusión a la forma en que se trata la cuestión en la legislación y en la práctica jurisdiccional de algunos Estados europeos y americanos, principalmente en España y Costa Rica, los que mejor conozco y me resultan más cercanos.

I. DEL DERECHO INTERNACIONAL CLÁSICO Y TRADICIONAL AL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

10. Para que esta primera cuestión no me consuma por sí sola el espacio que se me ha asignado, tengo que remitirme al antecedente que presenté, en agosto de 1985, ante el XIV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (I.H.L.A.D.I.), bajo el título de “La Opinio Juris como Fuente Autónoma del Derecho Internacional” y el subtítulo de “Opinio Juris y Jus Cogens”³, con el propósito de sustentar mi tesis de que el Derecho Internacional contemporáneo, al impulso, sobre todo, del Derecho de los Derechos Humanos, ha venido a significar toda una revolución, tanto cuantitativa como cualitativa, respecto del clásico o tradicional, afirmándose progresivamente, frente a éste, como un auténtico orden jurídico autónomo, emanado cada vez menos de la voluntad subjetiva de los Estados soberanos, y cada vez

3 V. ref. en nota 2 *supra*.

más de la necesidad objetiva de una auténtica ‘comunidad internacional’ superior a la simple suma de sus partes.⁴

11. En efecto: el Derecho Internacional clásico y el propio Derecho Constitucional tradicional se sustentaban, cada uno, en el dogma de la ‘soberanía’ de los Estados, soberanía bodiniana, como poder originario y absoluto que se legitima a sí mismo y legitima toda otra realidad política o jurídica;⁵ de manera que el único Derecho ‘originario’ era el interno, fruto el más genuino de esa soberanía, de la que el Internacional adquiriría su única posible validez mediante una fórmula típicamente contractual, de autolimitación: los pactos y la propia costumbre internacionales constituían Derecho y, por ende, vinculaban a los Estados solamente en cuanto eran producto, expreso en los tratados, tácito en la costumbre, de su libre y soberana voluntad, en la medida en que lo fueran y mientras lo fueran; con las consecuencias, esquemáticamente expuestas, entre otras:

- a) De que sólo obligaban a lo que obligaban inequívocamente; es decir, los compromisos y las obligaciones internacionales eran de rigurosa interpretación y aplicación restrictivas, sin poder extenderse por analogía *legis ni*, mucho menos, por analogía *juris*;⁶

4 La respuesta parece darla, mejor que ninguna, la “teoría de la institución” (v. especialmente, además de las obras originales de HAURIUO, MAURICE, “Principios de Derecho Público y Constitucional”, Madrid, 1927, y SANTI ROMANO, “El Ordenamiento Jurídico”, Inst. Est. Polít., Madrid, 1962; v. también LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, “Filosofía del Derecho”, Bosch, Barcelona, 1979. pgs. 141 ss., y, en su aplicación al Derecho Internacional, DIEZ DE VELASCO, MANUEL, “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Tecnos, Madrid, 1980, tomo 1 pg. 43).

En síntesis: toda sociedad humana genera la necesidad de un orden, es decir de una estructura de relaciones de coordinación, de subordinación o de integración, que se imponen a los miembros de la sociedad como *debidas*, es decir, como normas de conducta social (*ubi societas, ibi jus*). Lo que ocurre es que esa estructura puede darse: (i) en el plano de las relaciones *intersubjetivas*, que llamaremos, siguiendo a HELLER, simple *sociedad*, unida por lazos básicamente de coordinación, más o menos transitorios, fundados en la conciencia de una *utilidad común* y, por ende, eminentemente voluntarios, o (ii) en un haz de verdaderas relaciones de *comunidad*, de integración en un orden permanente y global, fundado en una *conciencia de comunidad*, desarrollado por el grupo social como un orden necesario, no creado, sino descubierto; no acordado, sino reconocido. En el orden interno, son ejemplos típicos de simples sociedades las asociaciones, las sociedades mercantiles, etc., y de comunidades, la familia, la profesión, la vecindad, el municipio y el Estado mismo. El concepto que he escogido de comunidad alude, pues, a los grupos sociales en los que el hombre se encuentra inmerso de una manera natural, no querida ni consciente, inclusive contra su voluntad, porque corresponden a las esferas vitales en que se desenvuelve. Nadie escoge pertenecer, por ejemplo, a una familia, pero el pertenecer a ella le impone lazos de *solidaridad* de los que no puede zafarse; lo mismo pasa con la vecindad y con la profesión: podemos, ciertamente, mudarnos de vecindario o cambiar de actividad profesional, pero mientras no lo hagamos estamos obligados, querámoslo o no, por esas dos comunidades que nos abrazan, igual que cuando lo hagamos estaremos atados a nuevos vecindarios y profesiones. La Nación, más que El Estado, es la forma más evidente de comunidad en el sentido expuesto. En contraste, para la simple sociedad, v. lo que sigue; en gral. HELLER, HERMANN, “Teoría del Estado”, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1971, pgs. 105-106. (Cfr. mi “Opinio Juris...”, cit. #13.3c).

5 Recuérdese que Bodino definió la ‘souveraineté’, en beneficio específicamente del Monarca absoluto, después heredado por el poder público democrático, sobre todo en Europa, como “la puissance absolue et perpétuelle d’une République” -el poder absoluto y perpetuo de una República- (BODIN, J., “Les Six Livres de la République”, 1583, I, 8, p. 122).

6 Lo recoge claramente una célebre sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en

- b) De que sólo podían oponerse a los Estados que los habían suscrito o contribuido positivamente a su formación, o, a lo sumo, aceptado pasivamente sus efectos, nunca a los que se hubieren reservado u opuesto a su vinculación;⁷
- c) De que la potestad de los Estados para denunciar los tratados en que se hubieran comprometido se consideraba de principio, y casi que irrenunciable, aunque ya en los últimos períodos aceptaban limitaciones a esta potestad libremente consentidas por ellos mismos al suscribirlos o adherirlos;⁸
- d) De que los pocos e incipientes organismos internacionales eran meros foros de concertación y, por ende, cuyas decisiones importantes habían de ser tomadas por unanimidad, incapaces de obligar a los Estados contra su voluntad;⁹
- e) De que se reservaba celosamente una esfera de ‘dominio exclusivo’ de cada Estado, en la cual ni los demás Estados ni la propia comunidad internacional podían penetrar o interferir.¹⁰

12. Cité entonces una serie de novedosos ejemplos para demostrar la emergencia de esa revolución, en que han venido sucumbiendo los dogmas más preciados del Estado tradicional y de la clásica sociedad internacional: la propia definición de la soberanía del Estado, incluso a su interior, y, por ende, también en el orden del Derecho de la Constitución, que se tenía por supremo, ilimitado y absoluto;¹¹ su corolario, el principio ‘pacta sunt servanda’, del cual deriva-

el caso “Lotus” (1927), cuando dijo: “El derecho internacional rige las relaciones entre Estados independientes. Las normas jurídicas obligatorias para los Estados emanan por consiguiente de su libre voluntad propia tal como es expresada en convenciones o en usos generalmente aceptados como expresión de principios de derecho y establecidos para regular las relaciones entre esas comunidades independientes coexistentes o con miras al logro de objetivos comunes. Por consiguiente, las restricciones a la independencia de los Estados no se presumen” (T.P.J.I., Ser A, # 10; 18).

7 Paradójicamente, aun el propio Tribunal Internacional de Justicia, ya en 1951, en el asunto de las “Pesquerías”, después de llegar a la conclusión de que la regla de las diez millas para las bahías no era una costumbre establecida, añadió la observación de que en todo caso dicha regla “no aparece imponible a Noruega, en cuanto se ha opuesto siempre a su aplicación a la costa noruega” (T.I.J., Rep. 1951, pg. 131).

8 V. *supra*, nota 6.

9 Esa regla de la unanimidad fue, obviamente, una de las causas del fracaso de la Sociedad de las Naciones.

10 Definición que, en su expresión gramatical textual, supone la supervivencia de un ‘dominio exclusivo’ del Estado, aun frente a la intervención colectiva de la Organización, pero que con esta implicación radical ya sólo se defiende por las dictaduras y despotismos de los que lamentablemente algunos todavía subsisten. Todavía es el texto del art. 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, que prohíbe a la Organización “intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados”, y todavía se invoca por todos los Estados y Gobiernos sometidos a escrutinio de la Organización, pero se ha soslayado cada vez con el argumento de que ya no se trata de cuestiones del ‘dominio exclusivo’ de los Estados, sino propios de la jurisdicción internacional.

11 Una muestra interesante de cómo, en este sentido, viene evolucionando trabajosamente el pensamiento se encuentra, por ejemplo, en dos obras del mismo autor, separadas por unos pocos años: de CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, su excelente monografía sobre “Soberanía del Estado y Derecho Internacional” (Tecnos, Madrid, 1969 y 1976), aunque atisba la innegable transformación del concepto de ‘soberanía’ en el Derecho Internacional y Constitucional contemporáneos, después de recoger la sentencia del Prof. CHAUMONT, CHARLES (“Recherche du Contenu Irréductible du Concept de Souveraineté”

ba el derecho de gentes toda su fuerza vincular, nacida de la voluntad subjetiva de los Estados soberanos, expresa en los tratados, presunta en la costumbre;¹² y la política del “equilibrio europeo”, fundada sobre la idea eurocentrista de que en el Viejo Continente reposa la civilización y, por ende, la máxima garantía de contención y de paz.

Nada de esto puede predicarse seriamente del Derecho Internacional contemporáneo, aunque a veces en sus instrumentos nuevos todavía se cuelen algunas expresiones clásicas, sólo expresiones, y hasta parezca que persistan, como por inercia, algunas viejas instituciones y principios, como la aun definición formal del llamado principio de ‘no intervención’ en la Carta de las Naciones Unidas.¹³

té Internationale de l’Etat”, en “Hommage d’une Génération de Juristes au Président Basdevant”, París, 1960, pgs. 114 ss.), en el sentido de que “puede hablarse a la vez de muerte y transfiguración de la soberanía del Estado, siempre que no confundamos los deseos con la realidad, y no es real hacer de la soberanía estatal ni una idea sagrada ni un concepto desaparecido o en vías de extinción; en cierto modo, insiste, la soberanía sigue vinculada a la noción internacional del Estado” (CARRILLO SALCEDO..., pg. 77), sin embargo, no llegaba a optar francamente por la necesidad de reemplazarla como desideratum del Derecho Internacional, al concluir en que “Atributo exclusivamente reservado a los Estados, la soberanía expresa una realidad básica del orden internacional: cada Estado es, además y a la vez que sujeto del Derecho Internacional, órgano del mismo e intérprete, razonablemente y de buena fe, del alcance de sus obligaciones y de las consecuencias jurídicas de las situaciones que le conciernen. La relevancia del Estado resulta así clara, pero, al mismo tiempo, esto es algo muy distinto a concebir la soberanía del Estado como poder arbitrario, no sujeto a norma jurídica alguna... La soberanía del Estado expresa, por consiguiente, tanto el carácter descentralizado del Derecho Internacional, esto es el hecho de que el Estado no tiene sobre él ninguna otra autoridad salvo la del Derecho Internacional, como el derecho de todo Estado a ejercer sus competencias soberanas en un plano de independencia e igualdad respecto de otros Estados...” (cit., pgs. 95 y 103); en cambio, ya en su “Curso de Derecho Internacional Público” (Tecnos, Madrid, 1991, 1992, 1994), después de reseñar la clásica opinión de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en cuanto a que “el Derecho Internacional rige las relaciones entre Estados... a fin de regular la coexistencia entre estas comunidades independientes o para la prosecución de fines comunes” (C.P.J.I., Série A, num. 10, pg. 18), y de citar, no me parece que de modo muy feliz, conceptos de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 17-VI-1986, en el caso de las “Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua”, concluye, con un poco más de audacia, en que “el barco de la soberanía parece estar hundándose y la misma noción se encuentra progresivamente erosionada, aunque no eliminada... lo que ocurre es que todavía no tenemos clara conciencia de estos hechos, y de ahí que una de las mayores contradicciones del sistema internacional contemporáneo radique en la tensión dialéctica existente en su seno entre las independencias nacionales, de una parte, y las exigencias de la interdependencia, de otra” (cit. pgs. 17 y 19).

¹² La superación del principio ‘pacta sunt servanda’ en el Derecho Internacional contemporáneo está bien argumentada, entre otros, por VARGAS CARREÑO, EDMUNDO, “Introducción al Derecho Internacional”, Juricentro, San José, 1979, cuya tesis resume en el sentido de que “verdaderamente no podría concebirse la obligatoriedad del derecho internacional si éste descansara únicamente en el mero consentimiento de los Estados” (pg. 45); asimismo, MONROY CABRA, MARCO G., “Manual de Derecho Internacional Público” (Temis, Bogotá, 1982), en una conclusión que no me satisface plenamente, porque sigue haciendo gravitar la validez del Derecho Internacional, ya que no sobre la mera ‘voluntad subjetiva’ de los Estados, siempre sobre su realidad, como Derecho básicamente ‘interestatal’, expresa: “la norma ‘pacta sunt servanda’, si bien podría explicar el derecho convencional, no puede explicar la validez de otras fuentes del derecho internacional, como la costumbre o los principios generales del derecho, por cuanto en estos casos es inadmisibles recurrir al subterfugio de que se trataría de acuerdos tácitos. Por último, existe una comunidad internacional, porque hay una pluralidad de Estados que mantienen entre sí relaciones recíprocas que han expresado en normas destinadas a regularlas y a las que reconocen carácter obligatorio en cuanto son fuentes de derechos y obligaciones. Pero esta comunidad internacional se rige por principios generales fundamentados en la naturaleza del hombre y en la justicia” (cit. pg. 46).

¹³ V. nota 10, *supra*.

En realidad, ese Derecho Internacional contemporáneo emerge de una providencial confrontación entre los extremos increíbles de barbarie de regímenes totalitarios que, de un modo u otro, persiguieron, destruyeron o humillaron a pueblos enteros y condujeron a la humanidad a las dos guerras más cruentas de su historia, y la convicción de un conjunto de Naciones y personas comprometidas con la herencia espiritual y moral del cristianismo, y con la madurez de los ideales de la democracia, la libertad, la igualdad y la justicia; así como de una serie de circunstancias históricas, las principales: la necesidad de preservar la paz frente al riesgo de destrucción total que la tecnología de la guerra moderna representa; la convicción de que la dignidad de la persona humana, sus derechos y libertades fundamentales son iguales para todos, indivisibles, universales y absolutamente necesarios; y la experiencia de que frecuentemente son los detentadores del poder en los propios Estados los más graves violadores de aquella misma dignidad, derechos y libertades, o los encubridores y beneficiarios de sus actuales violaciones; por lo que la necesidad objetiva de protegerlos y garantizarlos en instancias más allá del alcance de los propios Estados se ha tornado en preocupación principal de la comunidad internacional y, por ende, en un cometido esencial del Derecho de Gentes.¹⁴

13. Además, algunas causas concurrentes de ese tránsito del Derecho Internacional clásico al contemporáneo, podrían ser:

- a) El proceso vertiginoso de la codificación del Derecho Internacional contemporáneo y el nacimiento de nuevas instituciones desconocidas para el tradicional, como el Derecho de las Organizaciones Internacionales, los sistemas regionales, el Derecho de los Tratados, el Derecho del Mar, el emergente Derecho Espacial, y, sobre todo, por su esencial vinculación con el ser humano, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, todos estos claramente desbordantes de la estrechez de un Derecho concebido como simple ordenamiento interestatal,¹⁵ dotados de principios propios que hasta parecen estar reclamando autonomía frente a su tronco matriz, como ocurre particularmente con los dos últimos, englobables genéricamente en el Derecho de los Derechos Humanos y siempre necesitados de una redefinición de conceptos básicos que hasta hace poco se tenían por incommovibles, como los de los sujetos del Derecho Internacional, de la delimitación de éste con base en un criterio material -de contenido-, del fundamento, más o menos voluntario, de sus normas, de sus criterios de interpretación, y del concepto mismo de la comunidad internacional que los sustenta;¹⁶

14 En este sentido, v. PEREZ LUÑO, ANTONIO E., "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución", Tecnos, Madrid, 1995, esp. pgs. 125ss.

15 Me valgo especialmente de las obras de LEGAZ Y LACAMBRA *cit.* GARCÍA MAYNES, EDUARDO, "Filosofía del Derecho", Porrúa, México 1977, en la Teoría General del Derecho; de VERDROSS, ALFRED, "Derecho Internacional Público". Aguilar, Madrid. 1980, OPPENHEIM, L., "Tratado de Derecho Internacional Público", Bosch, Barcelona, 1961, tomo 1, vol. I, y DIEZ DE VELASCO *cit.*, en la Teoría General del Derecho Internacional; de JIMÉNEZ DE ARECHAGA, EDUARDO: "El Derecho Internacional Contemporáneo", Tecnos, Madrid, 1980, en cuanto a los rasgos característicos del Derecho Internacional contemporáneo; y de GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO: "Le jus cogens International: sa Genèse, sa Nature, ses Foctions", Académie du Droit International, "Recueil des Cours", Sithoff, The Hague, 1982 (III, 1981, 172), en relación con el *ius cogens* concretamente.

16 V. *infra*, c) y nota 16.

- b) La creación de grandes bloques económicos y, por qué no, políticos transnacionales, con la consiguiente aparición de un Derecho “Comunitario” que vincula y agrupa a grupos de Estados más o menos afines, sobre todo, pero no solamente, en el orden económico; Derecho Comunitario cada vez más independiente y autónomo, como que ya no se postula siquiera como un verdadero Derecho Internacional, sino más bien ‘Supranacional’, fuera ya de las manos, y del control, de los propios Estados que lo constituyen, de su legislación y de su jurisdicción;
- c) En todo caso, el surgimiento de una comunidad internacional cada vez más organizada e interdependiente, la cual ha dado lugar, a su vez, al de un Derecho de las Organizaciones Internacionales, que multiplica y ensancha constantemente las normas meramente creadas por los Estados, mediante decisiones normativas y no normativas emanadas de órganos internacionales, con o contra su voluntad; por ejemplo, por votaciones mayoritarias que obligan a las minorías disidentes, e incluso muchas veces hasta vinculantes, de derecho o de hecho, sin siquiera su participación, como las decisiones del Consejo de Seguridad y hasta de la Asamblea General de las Naciones Unidas que se han aplicado con relativa eficacia contra terceros Estados;¹⁷
- d) La creación progresiva de órganos judiciales y jurisdicciones internacionales capaces de resolver las controversias entre los Estados, de sancionar eficazmente las violaciones al Derecho Internacional e incluso de garantizar más o menos directamente los derechos de los propios ciudadanos, sobre todo en los campos del Derecho Comunitario y del Derecho de los Derechos Humanos;
- e) Además, un profundo cambio de mentalidad y de conciencia, que ha permitido por una parte, e impuesto por la otra, comprender que la humanidad es, al fin de cuentas, una sola, que se rige mucho más por valores y creencias del espíritu que por meros intereses materiales y que tiene, efectivamente, una serie de valores y creencias comunes -mucho más comunes de lo que se pensaba- sobre el orden, la justicia y el derecho, la libertad, la caridad y la honradez, y que es cada día más capaz de pensar y reaccionar en función de esa humanidad como un todo, por encima de chauvinismos o de nacionalismos trasnochados... los cuales, ciertamente, no han desaparecido del todo, y continúan dando ejemplos bochornosos, el más crudo de todos en la antigua Yugoslavia, pero que por lo menos son universalmente repudiados como anacronismos deleznales.

¹⁷ El concepto que he escogido de comunidad alude, pues, a los grupos sociales en los que el hombre se encuentra inmerso de una manera natural, no querida ni consciente, inclusive contra su voluntad, porque corresponden a las esferas vitales en que se desenvuelve. Nadie escoge pertenecer, por ejemplo, a una familia, pero el pertenecer a ella le impone lazos de *solidaridad* de los que no puede zafarse; lo mismo pasa con la vecindad y con la profesión: podemos, ciertamente, mudarnos de vecindario o cambiar de actividad profesional, pero mientras no lo hagamos estamos obligados, querámoslo o no, por esas dos comunidades que nos abrazan, igual que cuando lo hagamos estaremos atados a nuevos vecindarios y profesiones. La Nación, más que El Estado, es la forma más evidente de comunidad en el sentido expuesto. En contraste, para la simple sociedad, v. lo que sigue (y nota 15). *Cfr.* HELLER..., pgs. 105-106.

14. De todo esto, creo que hoy debe reconocerse, como signos del cambio:
- a) Que el añejo principio “pacta sunt servanda”, fundamento clásico principal de las obligaciones internacionales, ha cedido su posición preponderante ante lo que puede llamarse el “Derecho de la necesidad”, en cuya virtud el Derecho Internacional es cada día menos el nacido de los compromisos adquiridos voluntariamente por los Estados mismos, y cada día más el impuesto por una Comunidad Internacional que, a su vez, se presenta cada día menos como simple agregado de las voluntades de Estados “soberanos” ligados por la conveniencia de una especie de comercio internacional de intereses concurrentes -“mera sociedad internacional”, podría decirse, utilizando la expresión de Heller-, y cada día más como un todo que supera la suma de sus partes, siempre los Estados, pero ahora ligados por una verdadera “comunidad” vital, necesaria y, por ende, involuntaria, “natural” y, por ende, irracional -de la misma manera que, en el orden personal, la familia es una “comunidad de vida”, a la que pertenecemos porque sí y con la cual nos ligan necesidades y deberes comunes, ni racionales ni voluntarios, a diferencia de nuestras empresas económicas, por ejemplo, meras “sociedades de intereses” en la que ni nos integramos, sino solamente nos concitamos racional y voluntariamente para satisfacer mejor nuestros intereses más o menos coincidentes con los de nuestros socios-;
 - b) Que, de este mismo modo, el principio que en el Derecho Internacional clásico ha venido dando validez al Derecho “consuetudinario”, conjunción de una práctica internacional conforme con normas no escritas generalmente aceptadas como Derecho y la convicción misma de que éstas lo son -que yo me he permitido sintetizar como una “opinio juris sive utilitatis”-, viene siendo reemplazado en el Derecho Internacional contemporáneo por la sola convicción -lo que me he permitido también definir como verdadera “opinio juris sive necessitatis”-, si acaso unida a una mera “práctica retórica”, que ha venido a reemplazar la “conducta reiterada conforme a Derecho” significada en el “corpus” de la *consuetudo* del Derecho romano, por la retórica “expresión de una convicción” del Derecho, una “opinio juris” pura y simple;¹⁸
 - c) Al impulso de esa misma evolución, la aparición, indiscutible sobre todo después de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (C.D.T., Viena, 23-V-69, vigente 20-I-80), reconocida en lo fundamental como codificación del Derecho Internacional General,¹⁹ de dos categorías diferenciadas de normas de Derecho Internacional: por un lado, las ordinarias, en las que por lo general no se ve un orden de jerarquías pre-

18 En este sentido, v., p. ej., mi ponencia “La Opinio Juris como Fuente Autónoma del Derecho Internacional; Opinio Juris y Jus Cogens”, 1987 *cit.* en nota 1 *supra*.

19 El T.I.J. ha declarado repetidas veces que al menos algunas normas de la Convención “pueden, en muchos aspectos, ser consideradas como una codificación del Derecho consuetudinario existente” (T.I.J., Op. Consult. s/ “Namibia”, Rep. 1971, pg.47, y caso “Consejo de la OACI”, Rep. 1972, pg. 67, sobre art. 60; “Pesquerías Islandesas”, Rep. 1073, pg. 18, sobre art. 62; “Plataforma Continental del Mar Egeo”, Rep. 1978, pg. 39, sobre arts. 2,3 y 11; todos anteriores a la entrada en vigor de la Convención, el 2-I-80).

determinado, sin primacía especial de unas u otras, admitiéndose entonces, por ejemplo, que ni puede la costumbre resistir a su derogación por tratado, ni el tratado a su derogación por costumbre, ni ambos a los principios generales, o viceversa; por el otro, las llamadas normas imperativas de Derecho Internacional General o 'jus cogens';

- d) La circunstancia de que una serie de instrumentos no surgidos de una convención ni de una costumbre propiamente dicha, en su sentido riguroso de conducta conforme a derecho, sean capaces de adquirir y hayan adquirido ya, unos más, otros menos, carta de naturaleza como verdaderas normas de Derecho Internacional, a veces incluso con valor de 'jus cogens', como ocurre en los casos de algunas Declaraciones adoptadas en el marco general de las Naciones Unidas;²⁰
- e) Finalmente, el replanteamiento de los principios generales del derecho "reconocidos por las naciones civilizadas", no sólo en su posición jerárquica dentro del ordenamiento jurídico internacional, sino en su propio contenido y fundamento. En efecto, el desarrollo del Derecho Internacional contemporáneo ha impuesto la necesidad de superar la concepción tradicional de estos principios generales como un conjunto de criterios puramente técnicos de interpretación (la simple analogía que decía ANZILOTTI), y de reconocer que son mucho más: una verdadera trama de verdades fundamentales que se inscriben en la conciencia jurídica común de los pueblos civilizados -entiéndase, de todos los pueblos, civilizados en tanto que capaces de compartir precisamente esa conciencia de civilización-, y que forman en conjunto el criterio de validez de todo el Derecho. Principios que, a mi juicio no son todavía normas, sino criterios de las normas, pero que, de todos modos, tienen un verdadero contenido material capaz de generar una "trama de normas fundamentales" (en expresión de VERDROSS) de todo el orden jurídico internacional.²¹

15. La idea dicha, de que hay ciertos principios y normas fundamentales excluidos, como tales, de la autonomía de la voluntad de los Estados, me parece ser la prueba principal, ya que no

20 P. ej. Res. "Unidad pro Paz" (AG. #377 (V), 1950), que extendió las potestades de la Asamblea General; "Declaración sobre Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales" (AG. #1514 (XV), 1960) justamente llamada "Carta Magna de la Descolonización"; "Declaración sobre los Principios Jurídicos que Deben Regir la Utilización del Espacio Ultraterrestre" (AG. #1962 (XVII1), 1963); "Declaración de los Principios de Derecho Internacional sobre las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados" (AG. #2625 (XXV), 1970), que proclamó *urbi et orbe* el "derecho de libre determinación de los pueblos", entre otros; "Declaración sobre los Fondos Marinos y Oceánicos" (AG. #2749 (XXV), 1970), que consagró los recursos de los fondos marinos como "patrimonio común de la humanidad"; y, sobre todo, "Declaración Universal de los Derechos Humanos" (AG. #217-A (III), 10-XI-48), sobre la que volveré.

El T.I.J. ha reconocido expresamente, p. ej., que la Res. #1514 (XV), sobre Descolonización, forma parte del Derecho Internacional General (que llama *consuetudinario*) (T.I.J., Op.Consult. s/"Namibia", Rep. 1971, pg. 31; también Op. Consult. s/"Sahara Occidental", Rep. 1975, pgs. 31 ss.).

21 Cfr. VERDROSS, *cit.* pg. 26.

exclusiva, de que el Derecho Internacional pasó a ser, de la mera regulación consensual entre Estados soberanos, el producto de aquella ‘trama de normas fundamentales’ que se imputan a una verdadera ‘comunidad internacional’ diversa y superior a la suma de sus Estados miembros.²²

La idea no parece tan nueva, desde el punto de vista meramente doctrinario; pero no es sino en el presente siglo, y de la mano precisamente de la evolución del Derecho Internacional tradicional al contemporáneo, que el concepto de las normas imperativas o de ‘jus cogens’, con una formulación precisa, aunque todavía no exenta de limitaciones, ni, por cierto, de detractores, se incorpora a un Derecho que ha logrado por fin liberarse de los condicionamientos de la soberanía absoluta del Estado, para sustentar la totalidad del sistema en la realidad de la dicha verdadera ‘comunidad internacional’ (la “república”, el “totus orbis” vitorianos), sin la cual aquél sería hoy poco menos que impracticable.²³

16. Lo cierto es que ya en nuestros días el ‘jus cogens’ es Derecho legislado, precisamente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que, como se dijo, ha sido reconocida en muchos aspectos como codificación del Derecho Internacional General -o consuetudinario-, y que en sus artículos 53 y 64 lo establece y garantiza, como sigue:

Art. 53 (Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens):

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición de una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Conven-

22 En verdad, han hecho falta más de trescientos años para la maduración de esta idea, pese a que, como concepción, ya estaba contenida, por ejemplo, en la formulación del que yo considero, más que Padre del Derecho Internacional clásico, verdadero profeta del contemporáneo, cuando dijo impecablemente: “El derecho de gentes no tiene solamente fuerza de pacto o de convención entre los hombres, sino que posee igualmente fuerza de ley. El mundo entero, en efecto que en cierto modo es una república, tiene el poder de establecer leyes justas y ordenadas al bien de todos, tales como son las de derecho de gentes. En consecuencia, cuando se trata de asuntos graves, ningún Estado puede considerarse desligado frente al derecho de gentes, porque este último reposa en la autoridad del mundo entero” (F. DE VITORIA, “De Potestate Civile”).

23 La evolución se muestra dramáticamente en dos textos jurisprudenciales, separados por una corta distancia de veinticuatro años: el primero, una sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el caso “Lotus” (1927), que no niega la posibilidad de la existencia de principios o normas imperativos, pero los ve con clara reticencia: “El derecho internacional rige las relaciones entre Estados independientes. Las normas jurídicas obligatorias para los Estados emanan por consiguiente de su libre voluntad propia tal como es expresada en convenciones o en usos generalmente aceptados como expresión de principios de derecho y establecidos para regular las relaciones entre esas comunidades independientes coexistentes o con miras al logro de objetivos comunes. Por consiguiente, las restricciones a la independencia de los Estados no se presumen” (T.P.J.I., Ser A, # 10; 18); la segunda, en la opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre “Reservas a la Convención sobre Genocidio” (1951): “Los principios básicos de la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, aun fuera de toda obligación convencional” (T.I.J., Rep. 1951; 23).

ción, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.²⁴

Art. 64 (Aplicación de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*):

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

17. De lo expuesto hasta aquí se desprende: (i) que las dichas normas imperativas se originan, como causa mediata, en un orden objetivo de valores también objetivos, que se encuentran más allá de la libre disposición de los hombres y, por ende, que éstos no crean ni inventan, por razones de utilidad, sino que se limitan a descubrirlas como imperativos de necesidad; (ii) que ese orden de valores ideales se entroniza en la conciencia de los seres humanos en virtud de su capacidad para percibirlos y de su vocación para realizarlos (yo no tengo inconveniente en llamarlas razón y vocación ‘naturales’); (iii) que la reconocida igualdad y sociabilidad entre todos los hombres hace que esos órdenes de valores entronizados en la conciencia de cada uno se comuniquen entre sí, decantando una conciencia colectiva (cabría llamarla ‘*opinio communis necessitatis*’), que, además, se actualiza como necesidad de una ordenación social en virtud de la cual cada uno conozca claramente sus deberes y derechos, con lo cual la conciencia colectiva se hace conciencia de lo jurídico (de lo jurídicamente necesario, es decir, ‘*opinio juris communis necessitatis*’).

Esta conciencia jurídica colectiva es la que, no solamente origina el Derecho como un todo -ordenamiento jurídico- y confía su garantía y desarrollo a una autoridad, que puede ser el propio grupo social, como órgano de la comunidad, mediante una mayoría o algún otro mecanismo de unidad, sino también se reserva e impone ciertos valores sociales fundamentales, que no pueden violarse legítimamente por los miembros de la comunidad, ni tampoco por la auto-

24 El artículo 53 de la C.D.T. tiene en este sentido textos diferentes en sus versiones en castellano, inglés y francés, que no son conciliables. Así, mientras el texto en castellano da a las normas de *jus cogens* un efecto limitado a la nulidad de las convenciones (una “norma que no admite acuerdo en contrario...”), las versiones en inglés y francés lo generalizan, definiéndolas como aquellas que no admiten ninguna derogación (en inglés, “a norm from which no derogation is permitted...” en francés, “norme a la quelle aucune dérogation n’est permise...”). Sin entrar en el problema de que las palabras “derogation” y “dérogation” tienen ciertas diferencias de significado entre sí, y no encuentran equivalente en la correspondiente castellana de “derogación”, lo cierto es que, a mi juicio, el texto válido es el del inglés y francés, y el castellano parece más bien ser una mala traducción, ya que el sentido claro del *jus cogens* es el de prevalecer sobre toda norma de Derecho Internacional, convencional, consuetudinaria o de cualquier otro orden. Sin embargo, en el contexto de la Convención, que se refiere específicamente a la nulidad de los tratados, una tal diversidad de sentidos pierde importancia sobre contradicción del texto en castellano con los textos en inglés y francés.

25 En este sentido, puede hacerse el parangón con las normas constitucionales del Derecho interno,

ridad.²⁵

18. Una última observación: el ‘jus cogens’ se pregona usualmente de las ‘normas imperativas’ del Derecho Internacional General, reconocido por la comunidad internacional ‘universal’, en el sentido de ‘mundial’. Resulta lógico, entonces, que la sola existencia de ese Derecho Internacional universal natural y normalmente depende de la costumbre internacional y, desde luego, que, tanto por *universal* como por *común*, excluye la posibilidad de derivarlo de la voluntad subjetiva de los Estados, a los cuales se impone, por definición, en virtud de una comunidad que los excede.²⁶

19. Por otra parte, pareciera que, por su mismo atributo de ‘universal’, excluya la posibilidad de un ‘jus cogens’ regional, como lo atestigua el hecho de que sus detractores, incluso sistemáticos, sean aun mayoría.²⁷ Sin embargo, considero evidente que cada ordenamiento es capaz de desarrollar sus propios principios y de fundarse en sus propios sistemas de valores, que no pueden, o no deben, entrar en contradicción con los ordenamientos superiores, pero cuya ‘universalidad’ es innegable, en el sentido de totalidad dentro del ámbito de su propia comunidad internacional, y que incluso pueden llegar a mucho mayor concreción, por lo mismo que

que al fin y al cabo las normas de *jus cogens* eso es lo que son: normas constitucionales de la comunidad internacional. Sin embargo, la similitud que a mí personalmente más me satisface, por la naturaleza misma del *jus cogens* y la falta de centralización del Derecho Internacional, es precisamente con las llamadas *cláusulas pétreas* de la Constitución (en el Derecho interno). Reconozco que este concepto es todavía polémico, pero a mi juicio indispensable, sobre todo después de la universalización de los derechos humanos. Sobre *cláusulas pétreas* cfr. ORTIZ ORTIZ, EDUARDO: “De las Reformas Constitucionales Inconstitucionales”. Rev. Cs. Jurídicas, San José, 1977; y PIZA ESCALANTE, RODOLFO E.: “Régimen de Tratados Internacionales en el Derecho de la República de Costa Rica”, Rev. Cs. Jurídicas, San José, 1967 (también glosado por FACIO, GONZALO J., en un Cap. Final s/ Relaciones con el D. Interno, en la obra de VARGAS CARREÑO, *cit.*, pgs. 204 ss.); “Draft Exemplary Formulation of the Basic Principles of Human Rights Law”, proyecto presentado a la Conferencia Anual Armand Hammer, Hyde Park, N.Y., 1982; “El Derecho de los Derechos Humanos”, Lec. Esp. en el II Curso Interdisciplinario s/ Derechos Humanos IIDH, San José, 1984. En contra. R. HERNÁNDEZ en la obra conjunta de GUTIÉRREZ, CARLOS JOSÉ; VOLIO, FERNANDO; MUÑOZ, HUGO; MÉNDEZ, ODILON y HERNÁNDEZ, RUBÉN: “Derecho Constitucional Costarricense”, Ensayos, Juricentro, San José, 1983.

En todo caso, entiéndase que de lo que se trata no es sencillamente de anular los actos de *jus dispositivum* realizados por los Estados como *súbditos* de la comunidad internacional, que es lo que montaría a su equivalente con las simples normas imperativas del Derecho interno, sino de limitar en general su autonomía normativa, en tanto que *legisladores ordinarios* de esa comunidad internacional: las normas de *jus cogens* no solamente anulan los llamados *tratados-contratos* que se les opongan, sino todo tratado internacional, es decir, incluso los llamados *tratados-leyes*. Por eso, cuando los autores admiten la posibilidad de reformar las normas de *jus cogens* mediante convenciones multilaterales, les ponen condiciones, como p. ej. WALDOCK, quien propuso expresamente que “toda modificación o supresión de normas anteriores deberla ser expresamente declarada en el nuevo tratado” (*cit.* GÓMEZ ROBLEDO... pg. 111).

26 Salvo, acaso, mediante algunos tratados colectivos en cuya promulgación haya participado un gran número de Estados, y que por su naturaleza multilateral, su contenido normativo imperativo y sus propósitos institucionales, deban considerarse más que como acuerdos de voluntades subjetivas de los Estados soberanos, reconocimiento de valores, principios y normas ‘necesarias’ de una tal comunidad internacional superior a la suma de sus partes.

27 Este tipo de negación sistemática es el que se encuentra, p. ej., en OPPENHEIM..., pgs. 54-55 y nota 14.

abarcan comunidades menos numerosas y más homogéneas y coherentes. GÓMEZ ROBLEDO, *cit.* pgs. 95-96, prudentemente, deja en el aire la pregunta; pero yo prefiero aventurarme a contestarla, dentro de mis evidentes limitaciones, en el sentido de que, además de que un Derecho Internacional absolutamente General, en tal sentido, no es más que una ilusión: la verdad es que de hecho nunca ha existido una convención ni un ordenamiento propiamente *universales*... ni siquiera los de las Naciones Unidas, de las cuales no son miembros algunos Estados, como Suiza, las dos Coreas, la República de China, el Vaticano, en todo caso, no sólo él puede en contener toda clase de normas aplicables a una 'universalidad' de Estados, sino que también pueden hacerlo los llamados '*sistemas regionales*' respecto de los suyos, en la medida en que, además, sus ordenamientos comunes puedan calificarse como *autónomos*, porque posean su propio *sistema de principios* y correspondan a una verdadera *comunidad internacional* más o menos homogénea y permanente; la cuestión es polémica, pero estoy convencido de que tales Derechos universales autónomos existen; por ejemplo, el llamado *Sistema Interamericano* y el Derecho de la Comunidad Europea.

Me parece que este es justamente el caso, en el Sistema Interamericano, de ciertos valores consagrados por él como fundamentales, por ejemplo el *sistema democrático representativo* (que comparte con los Estados europeo-occidentales pero no con otros muchos), el *asilo territorial y diplomático* y una cierta concepción particular de los *derechos humanos* que incluyendo todos los del sistema universal, los especifica y completa (p. ej. la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" -2-V-1948- y la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" -22-XI-69- son más amplias y definidas que sus equivalentes globales, la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" -10-XII-1948- y los "Pactos Internacionales, de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales" -16-XII-66-). En realidad, negar la posibilidad de un *jus cogens* regional equivale en el fondo a negar el

28 En el Sistema Interamericano se pueden identificar muchos rasgos característicos más: por un lado, muchas instituciones del Derecho Internacional contemporáneo tuvieron sus primeras manifestaciones en el Continente Americano, especialmente en las naciones iberoamericanas que son las que forman una verdadera *comunidad*, p. ej., además del derecho de asilo territorial y diplomático, de la democracia representativa y de la protección internacional de los derechos humanos, que nacieron en nuestro Hemisferio mucho antes que en el resto del mundo (aunque hayan encontrado más baches en su camino), los principios de libre determinación, de no intervención y el actualismo del llamado *mar patrimonial*, son de clara estirpe iberoamericana. Algunos otros no han logrado todavía eco suficiente, como el de la directa legitimación del ser humano ante los tribunales internacionales (que ya existió en la Corte de Justicia Centroamericana de 1908 a 1918). Un principio que, para mí, claramente señala la especificidad, inclusive agresiva, de nuestro Sistema, es el contenido en el artículo 23 de la Carta de la OEA según el cual: "Todas las Controversias Internacionales que surjan entre los Estados Americanos serán sometidas a los procedimientos pacíficos señalados en la Carta, antes de ser llevados al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas".

Que la Organización de los Estados Americanos se haya debilitado, que el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (T.I.A.R.) no se haya podido reformar y esté resquebrajado, dice menos del fracaso del sistema regional que del problema planteado entre las naciones pobres iberoamericanas y el coloso del Norte, y en los últimos tiempos la penetración de la otra superpotencia. Librándonos de ambos, la cohesión y la unidad culturales y espirituales de nuestros pueblos asombrarían al mundo. Sobre el Sistema Interamericano hay una obra muy completa del INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES, "El Sistema Interamericano..."; también tengo presente la obra clásica de ÁLVAREZ...y a la vista el excelente estudio monográfico de A. BORRAS RODRÍGUEZ... esp.

carácter autónomo de los Derechos Internacionales regionales.²⁸

II. DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

20. Sobre toda la complejidad introducida por la emergencia del Derecho Internacional contemporáneo y su insoslayable incidencia en el ordenamiento interno, y posiblemente detrás de ellas, como una de sus causas principales, la emergencia de un Derecho de los Derechos Humanos cada vez más autónomo, con principios y criterios propios no reductibles ni al Derecho Interno ni al Internacional, sino más bien como una especie de Derecho 'Transnacional', a horcajadas sobre ambos, en una especie de interacción simbiótica, en que cada uno penetra en el otro, lo condiciona y lo transforma, obliga a replantearse, no solamente los conceptos básicos de ambos, en su relación recíproca, sino también los cambios profundos que aquél ha venido a provocar en esa misma relación y, especialmente, en las definiciones más fundamentales sobre sus rangos respectivos.

21. En este sentido, y sobre todo por obra del Derecho de los Derechos Humanos, me parece evidente, además de las implicaciones generales del Derecho Internacional contemporáneo, lo siguiente:

- a) Por ejemplo, el principio clásico de '*no intervención*', el cual se continúa definiendo como la prohibición a los Estados de intervenir en los asuntos que caigan dentro de la exclusiva jurisdicción doméstica de los demás, pero que incluso el artículo 2,7 de la Carta de las Naciones Unidas hacía extensivo en cierto modo a la '*intervención colectiva*',²⁹ no obstante hoy se reconoce, y cada día más, que no puede oponerse a esta última, mediante la comunidad internacional organizada -O.N.U., O.E.A., T.I.A.R., etc.-, e inclusive que es el propio Derecho Internacional el que define qué materias quedan o van quedando excluidas de esa exclusividad, al punto de autorizar en ciertos casos aun la intervención individual de los Estados: así, por ejemplo, frente a las violaciones, al menos las sistemáticas y masivas, de los derechos humanos en el interior de los Estados y contra sus propios súbditos o los de terceros Estados, que antes no trascendían del dominio exclusivo de la soberanía de cada uno, y que han venido a sumarse a los únicos casos aceptados por el Derecho Internacional clásico, de denegación o retardo injustificado de justicia u otras graves violaciones de los derechos de los extranjeros, por ejemplo, notablemente, las confiscaciones, vías de hecho, expropiaciones sin justa indemnización, deshonra de compromisos contractuales, abuso de poder etc.
- b) Otro ejemplo patente es el de toda una serie de sentencias internacionales, a diferencia de las anteriores, por ejemplo, de la Corte Permanente de Justicia Internacional que precedió al actual Tribunal de la Haya, han venido imponiendo progresivamente a los Estados obligaciones derivadas del Derecho Internacional consuetudinario o general que ellos ni contribuyeron a forjar o incluso han rechazado expresamente, muchas de ellas desarrolladas en tratados en los que aquéllos no son Partes, como ha ocurrido con varias

pgs. 205-210.

- disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o de las Convenciones de las Naciones Unidas contra el Genocidio o la Discriminación Racial.
- c) Los contenidos, tradicionalmente diversos e independientes, del Derecho Internacional y del Derecho interno, como ordenamientos, el primero hacia afuera, el segundo hacia adentro de los Estados, se han venido confundiendo, al extremo de converger, si es que no de coincidir, en las mismas materias, obligando, de este modo, a los Juristas a encontrar soluciones nuevas a las antinomias que esta concurrencia provoca inevitablemente; al punto de que hoy el ordenamiento interno no se puede desentender más de las exigencias del internacional, sólo sea para resolver el problema de qué norma aplicar, cuando hay contradicción o incompatibilidad insalvable entre una del primero con otra del segundo, ambas destinadas a regir las mismas situaciones, conductas o relaciones;³⁰
- d) Esto mismo, unido a la naturaleza universal e indivisible de los derechos humanos, caracterizados precisamente por su atribución a todo ser humano por el sólo hecho de serlo, sin distinción de sexo, edad, color, riqueza, origen nacional o social, nacionalidad o ninguna otra condición social, impone definitivamente la superación de toda pretensión dualista para explicar la relación entre el Derecho interno y el Derecho Internacional. Porque, efectivamente, la coexistencia de dos órdenes jurídicos distintos sobre un mismo objeto resulta lógicamente imposible; con lo cual va perdiendo a su vez, todo sentido, no sólo la clásica alternativa ‘monismo’ y ‘dualismo’ en la consideración de las relaciones entre el Derecho interno y el Internacional, sino incluso la discusión sobre la prevalencia de uno u otro, en caso de conflicto, por lo menos en lo que se refiere a los derechos humanos; con la consecuencia absolutamente obligada de que, o en esta materia prevalece el Derecho Internacional, o bien, como debe, a mi juicio, decirse mejor, en realidad no prevalece ni uno ni otro, sino, en cada caso, aquél que mejor proteja y garantice al ser humano, en aplicación, además, del ‘principio pro homine’ propio del Derecho de los Derechos Humanos.³¹
- e) Hoy ya no puede negarse más, como se hacía precisamente en las concepciones clásicas, el reconocimiento, cada vez más intenso, de la personalidad y legitimación jurídicas del ser humano como sujeto directo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos e inclusive como titular de la potestad de accionar ante sus órganos de garantía; a diferencia del Derecho Internacional clásico o tradicional, en el que sólo los Estados y otras entidades asimiladas, como la Santa Sede, la Orden de Malta, etc., gozaban de esa subjetividad, incluso respecto de las normas que, como las de protección de nacionales en el extranjero y las mismas del Derecho Internacional Humanitario, se mentaban específicamente para el amparo de seres humanos concretos, en los que, sin embargo, se les negaba la titularidad de los derechos y acciones para exigirlos.

29 Ver nota 10.

30 Las soluciones ideadas por la legislación interna son insuficientes, y las de la jurisprudencia interna están lejos de ser uniformes, como se dirá.

31 Sobre los ‘principios’ del Derecho de los Derechos Humanos, me remito a mi trabajo citado, “Prin-

No es que esta nueva subjetividad del ser humano en el orden internacional esté lograda a plenitud, ni siquiera en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que se marcha hacia ellas a grandes pasos como ha venido ocurriendo, sobre todo, en los casos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de su reforma reglamentaria de 1983, que reconoció a las víctimas un *locus standi* independiente, y, finalmente, aunque todavía con timidez, ante la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su reforma reglamentaria más reciente;³² todo esto, aunado al progresivo desarrollo de una jurisdicción penal internacional, que, sobre el modelo original del Tribunal de Nuremberg al cabo de la Segunda Guerra Mundial, ya comienza a consagrarse, por lo menos paso a paso, por ejemplo con el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia.

22. Generalmente, tanto los autores como los tribunales internacionales tratan de vincular los criterios de validez del Derecho de los Derechos Humanos de algún modo a la Carta de las Naciones Unidas, a otras convenciones internacionales o a la costumbre; pero la verdad es que las referencias de la Carta a los derechos humanos son muy vagas como para fundamentar directamente su obligatoriedad, y los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales todavía no habían entrado en vigor cuando el Tribunal Internacional de Justicia declaró que

Los principios básicos de la Convención [sobre Genocidio] son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, aun fuera de toda obligación convencional (T.I.J. opinión consultiva sobre “Reservas a la Convención sobre Genocidio”, Rep. 1951)³³;

de manera que lo único disponible en concreto era la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en sí misma no era un tratado y, por ende, no tenía cabida entre las fuentes formales expresas del Derecho Internacional. Sin embargo, no cabe duda de que esa simple ‘Declaración’, acaso contra los deseos de muchos de los que la aprobaron como simple ‘obligación moral’, ha penetrado por la puerta grande del Derecho, de una manera y con una intensidad que no tiene parangón.³⁴

cipios” (“Draft Exemplary Formulation of the Basic Principles of Human Rights Law”) v. nota 23 *supra*.

32 Para mí la cuestión nunca tuvo problema, como consta de mi voto salvado en el caso de Viviana Gallardo *et al.* contra Costa Rica, de 1981.

33 La sentencia es de 1951; los Pactos no se habían emitido siquiera, y, en todo caso, no entraron en vigencia hasta 15 años después, el 30-1-76 y el 23-11-76, respectivamente.

34 La Declaración ha sido citada expresamente por innumerables otros instrumentos internacionales, inclusive convenciones vigentes, algunas veces mencionando expresamente que determinadas conductas constituyen una *violación de la Declaración*. Fue aprobada originalmente por 48 votos con 8 abstenciones (ninguno en contra). De todos ellos, seis -de la órbita socialista- que se abstuvieron, la han reconocido expresamente (entre otros documentos, en el Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación Europeas, o *Acta de Helsinki*, de 1-VIII-1975, lo mismo que todos los nuevos Estados que han accedido a la independencia (y a las Naciones Unidas) con posterioridad; sólo quedan dos Estados sin reconocerla, de un modo u otro: la Unión Sudafricana y Arabia Saudita. En el Derecho interno, muchas Consti-

23. Si se adopta, en este campo, una rigurosa posición lógica, habrá que reconocer que la Declaración Universal, que no es, obviamente, un tratado, dista mucho de contar con una práctica conforme de los Estados en los términos estrictos de una verdadera *consuetudo* internacional: no hay quizás un instrumento más elogiado en palabras, pero más violado en los hechos. Sin embargo, es, sin duda, la Carta Magna del Derecho de los Derechos Humanos, el cual, a su vez, parece haber alcanzado, o estar alcanzando, las características del ‘jus cogens’, al menos en su conjunto.³⁵

24. Lo anterior interesa también desde el punto de vista de los ‘sistemas regionales’ de derechos humanos; notablemente, el Europeo y el Interamericano, que cuentan con un conjunto impresionante de normas, de instituciones e incluso de jurisprudencia internacionales de las que puede extraerse, no sólo un verdadero ‘sistema normativo’ con toda la autonomía y universalidad como para participar también, en el orden internacional, de los atributos propios del ‘jus cogens’, y, en el interno, del rango y exigibilidad que el Derecho Internacional y Constitucional contemporáneos parecen exigir.

En efecto, el ámbito continental americano evidencia, si se quiere con más intensidad, la misma conciencia jurídica colectiva que funda y explica, no sólo la emergencia de un Derecho Internacional contemporáneo, con las características que he señalado, en general, sino también, muy especialmente, un Derecho Interamericano de los Derechos Humanos que se impone, tanto en el orden interno, como imperativo e intangible, incluso para la Constitución, cuanto en el internacional, también como imperativo e intangible, incluso sobre los tratados y la propia costumbre internacional, con la fuerza del ‘jus cogens’, por lo menos en su conjunto. No pretendo afirmar, de una vez, que todas las normas de derechos humanos, o que todos los derechos humanos sean ‘jus cogens’, *per se*; pero, aparte de que algunos sí parecen serlo, por ejemplo, los llamados *inderogables*, en realidad *insuspendibles*, en todo caso el Derecho mismo de los Derechos Humanos sí lo es.

25. Resulta, pues, a mi juicio, irreversiblemente superada toda pretensión, lamentablemente todavía no apurada en su profunda significación, sobre todo en el Derecho interno, de resolver las inevitables antinomias entre ambos órdenes jurídicos dando prelación a normas del Derecho interno, ya se trate de las de la legislación ordinaria, como ocurre en los regímenes que reconocen a los tratados y otras fuentes del Derecho Internacional el mismo rango de la ley, aplicándoles, por lo tanto, principios como el de ‘*lex posterior derogat priori*’, ya inclusive de las de la propia Constitución, en el supuesto de que se reconozca a aquéllos, como en el sistema costarricense, rango superior a la ley pero inferior a la Constitución (art. 7); o aun en el de que les otorgue rango constitucional, como sucede, también en Costa Rica, con los instrumentos inter-

tuciones le otorgan reconocimiento expreso como Derecho vigente.

35 Cfr: especialmente R.E.PIZA E. “Principios...” *op. cit.*, PIZA ROCAFORT, RODOLFO y MONTERROSA, HERNAN: “Mecanismos Internos de Protección de los Derechos Humanos a la Luz del Derecho Internacional”. tesis de grado, tres vols, U. de Costa Rica. 1983, t. I, pgs. 306 ss. y 362 ss. (estos últimos hacen un extenso y documentado desarrollo sobre el carácter de *jus cogens* del Derecho de los De-

nacionales de derechos humanos (art. 48 id.), si de esto quisiera implicarse que sí podrían verse afectados por una posterior enmienda constitucional.

26. En verdad, me parece que la única conclusión consecuente con el Derecho Internacional contemporáneo, en general, y con el Derecho de los Derechos Humanos, en especial, es la que resulta, en el orden internacional, hoy positivamente, del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, de conformidad con el cual:

Art. 27 - 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...³⁶

27. En cambio, la solución en el Derecho interno es, no sólo muy variada, sino francamente incierta y normalmente reticente. En el Capítulo siguiente, trataré de esbozar la solución concreta, constitucional, legal y jurisprudencial, que se ha dado a la cuestión en el caso específico del Derecho y la Justicia Constitucionales costarricenses, en lo que hace, tanto al Derecho de los Derechos Humanos -‘sustantivo’- como al valor de la jurisprudencia internacional ante la jurisdicción interna, que resultan, a mi juicio, las más generosas de que tenga conocimiento, dentro y fuera del Continente Americano.

III. EL VALOR DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO - EL CASO DEL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COSTARRICENSES

30. La extensión inusitada a que ha llegado este trabajo me impide considerar en detalle la cuestión del tratamiento que, en los diversos ordenamientos internos, sobre todo de América y de Europa, se viene dando al problema de las relaciones Derecho Internacional–Derecho Interno, o Jurisdicción internacional Jurisdicción interna, o, más en concreto, de la inserción y valor de los primeros en los segundos, y en el campo específico del Derecho de los Derechos Humanos, tema en el cual yo lamento descubrir en casi todos los ordenamientos un doble discurso, detrás del cual apenas se disimulan el temor y la pereza que produce el tener que echar a andar de la mano de un desarrollo internacional que no siempre nos resulta comprensible y casi nunca manejable; aunque sí debo enfatizar el hecho de que, si no en lo que se refiere al Derecho Internacional en general, por lo menos en lo que hace al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cualesquiera que sean las soluciones que en el orden jurídico de cada Estado se den ‘formalmente’, la imperatividad misma de esos derechos está imponiendo soluciones revolucio-

rechos Humanos).

36 Dejo de lado el texto con que la norma continúa, en el sentido de que “Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46”, porque éste se refiere a los casos en que el consentimiento del Estado en obligarse esté grave y manifiestamente viciado, en virtud de la violación de una “norma de importancia fundamental de su derecho interno” y siempre que la violación “resulte objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”; lo cual, ob-

narias y nuevas, como la que se ha consagrado en Costa Rica, no tanto de la mano formal de la Constitución, cuanto de la mucho más dinámica y moderna de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de su Corte Suprema de Justicia, cuyos precedentes y jurisprudencia son vinculantes *erga omnes*, como reza textualmente el artículo 13 de su Ley de la Jurisdicción Constitucional.

31. En efecto, puedo decir, de la mano de varios precedentes de nuestro Tribunal Constitucional, suficientes como para marcar una dirección jurisprudencial irreversible, que en Costa Rica se ha logrado vencer, en la materia específica del Derecho de los Derechos Humanos, tanto la disyuntiva bastante artificial entre ‘monismo’ y ‘dualismo’ que estancaba las posibilidades de una solución integral, como la discusión sobre el rango y valor que en el orden interno haya de darse a las normas y principios internacionales, discusión en la que nuestra Sala Constitucional ha descubierto, en resumen, una tercera vía, profundamente anclada en la naturaleza misma de ese Derecho de los Derechos Humanos, ni interno ni internacional, sino auténticamente universal.

32. Concretamente, el Tribunal Constitucional costarricense ha establecido, a través de su jurisprudencia:

- a) Que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es inmediatamente ejecutivo y ejecutorio en el orden jurídico interno, y no sólo el resultante de los tratados o convenciones de los que Costa Rica sea parte, entre los cuales destaca, por su importancia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, de 22-XII-1969 (vigente desde el 18-VII-1978), sino también de la costumbre internacional y de cualquier “instrumento” de Derecho Internacional General, notablemente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10-XII-1948, en el ámbito de las Naciones Unidas, y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 5-V-1948, en el regional de la Organización de los Estados Americanos, a las cuales la Sala ha reconocido valor vinculante y de rango constitucional, al interpretar de este modo el artículo 48 de la Constitución Política, que reza:

Artículo 48 - Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos sobre derechos humanos aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

- b) La Sala, a lo largo de sus ocho años y medio de existencia, ha dado a ese texto formal una interpretación inclusive más generosa, en una serie impresionante de sentencias, de las cuales destaco tres, en lo conducente:

En la sentencia #343592 de 16:20 hrs. del 11 de noviembre de 1992, se trató de un recurso de amparo planteado contra la Dirección General del Registro Civil por un ciuda-

dano extranjero casado con costarricense, a quien se le negó, precisamente por ser varón, la 'naturalización privilegiada' que el artículo 15 inciso 5° confiere a:

La mujer extranjera que habiendo estado casada durante dos años con costarricense, y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense.

A pesar de tratarse de una norma de la propia Constitución Política, con un texto que no parece dejar lugar a dudas en cuanto a que no se refiere al varón extranjero que case con mujer nacional, no obstante, la Sala estimó el amparo y ordenó la inscripción del recurrente como costarricense por naturalización, al interpretar que el dicho artículo 15 inciso 5° no podía aplicarse en su tenor literal, porque éste implicaría una violación de las normas y principios de igualdad y de no discriminación por razón de sexo, consagrados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Después de citar, expresamente, los diversos textos constitucionales e internacionales que garantizan la igualdad y la no discriminación, específicamente, entre los segundos, los artículos 2° y 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 11 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, 3° y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1° y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 51 y 52 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos declaró, textualmente:

De conformidad con las normas transcritas, es incuestionable que el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política contiene una disposición que resulta inaplicable por ser contraria a los valores fundamentales de la Carta en cuanto a igualdad jurídica y su complemento de no discriminación, tutelados con igual trascendencia por las normas internacionales, cuyo efecto *erga omnes* es de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional por su misma naturaleza y por imperativo del artículo 48 de la Constitución.

La simple comparación de las normas transcritas con la disposición cuestionada demuestra que el beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con costarricense, constituye una discriminación en perjuicio del hombre extranjero casado con una ciudadana costarricense, contra quien crea artificialmente una desventaja pues le sustrae beneficios por razones de género, contraviniendo con ello el espíritu constitucional y universal de igualdad y no discriminación.

Además, invocando la autoridad de los artículos 51 y 52 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17 de la Convención Americana, que protegen la unidad de la familia, agregó:

Dicha disposición (constitucional) atenta, además contra la igualdad y unidad matrimoniales que, también son valores tutelados por el ordenamiento interno e internacional...

Adviértase que en la especie la desigualdad que hiere los intereses del recurrente

no es una simple diferenciación razonable y objetiva, sino un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado, producto de condicionamientos sociales, culturales, económicos y políticos felizmente superados, tratamiento que actualmente resulta lesivo para la dignidad humana en lo particular, como derecho subjetivo positivo concreto a la igualdad, y para la unidad familiar como derecho social objetivo, desde el momento en que establece una restricción odiosa que atenta, por discriminación, contra el equilibrio jurídico y espiritual de la familia, también tutelado por la Constitución y por el ordenamiento internacional y por ello patrimonio subjetivo del ofendido.

La norma impugnada crea una especie de marginación que afecta al núcleo familiar y por ende a la sociedad en su conjunto desde el momento en que un integrante de esa comunidad es tratado de manera diferente, cercenando sus derechos igualitarios y colocándolo en situación social de desventaja, frente a su esposa, sus hijos y demás familiares; con ello se resiente el sentido de justicia.

De acuerdo con lo expuesto, la disposición cuestionada, que no establece, criterios fundamentales de convivencia, carece de vigencia y aplicabilidad frente a los principios fundamentales que establece la Constitución Política y los Convenios Internacionales, para quienes la igualdad y no discriminación son derechos genéricos, y por ello piedra angular, clave, de nuestro ordenamiento; son valores superiores que configuran e impregnan la convivencia democrática de la Nación y del estado social de derecho vigente. La discriminación señalada cede frente a principios de rango superior dado que la desigualdad en comentario no tiende a proteger una finalidad superior, concreta, dirigida a crear, proteger o fomentar intereses comunes superiores sino a discriminar contra derechos subjetivos.

En consecuencia, y

[E]n aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de la facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos “hombre” o “mujer”, deberán entenderse como sinónimos del vocablo “persona”, y con ello eliminar toda posible discriminación “legal” por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados...

Por las razones anteriores procede acoger el recurso y concederle al recurrente los derechos denegados por aplicación del inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política, en cuanto reúna los requisitos legales y constitucionales aplicables, normativa que las autoridades deberán acatar en situaciones similares a la recurrida.

Por Tanto:

Se declara con lugar el recurso, en consecuencia el recurrente debe ser inscrito como costarricense si satisface los demás requisitos constitucionales y legales para la naturalización privilegiada del extranjero que se case con costarricense sin distinción de género. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios

que se liquidarán, en su caso, en la vía de ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

33. La Sala Constitucional, no solamente ha reconocido el rango constitucional de los derechos humanos internacionalmente consagrados, sino que incluso les ha dado una trascendencia todavía mayor, en el desarrollo de la tesis de que, a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, pero notablemente de la irrupción de los derechos humanos en el Derecho Internacional, carecen de sentido las clásicas disputas de “monistas” y “dualistas” sobre las relaciones entre el Derecho Interno e Internacional, y aun entre los primeros, de la preeminencia de uno sobre el otro, ya que, por lo menos en esta materia de los derechos fundamentales, el Derecho que prevalece es el que mejor proteja al ser humano; o, como dijo expresamente en un fallo reciente, que declaró inconstitucional la ley que condicionaba el ejercicio de la profesión del periodista a su colegiación obligatoria:

como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución (sentencia #2313-95 de 16:18 hs. del 9-V-1995, Considerando VI, que recuerda además una anterior, #3435-92 y su aclaración, #5759-93).³⁷

La Sala ha derivado de todo esto incluso una revolucionaria conclusión, al interpretar que una disposición de la propia Constitución, que otorgaba una naturalización privilegiada a “la mujer extranjera que estando casada durante dos años con costarricense, y habiendo residido en el país durante el mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense” (art. 14 inc. 5°), debía entenderse aplicable también al varón extranjero en las mismas condiciones, ordenando inscribir como tal al amparado.³⁸

34. En lo que hace al valor que en el Derecho interno costarricense se reconoce a la jurisdicción y jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales internacionales, específicamente en relación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de la Convención Americana, valga destacar que ya en la Convención Americana que le sirve de texto constitucional, se advierte que

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado.

lo cual, en Costa Rica, se ha generalizado totalmente, al disponerse, en su Convenio de Sede

viamente, interesa aquí.

³⁷ Sentencia #2313-95 de 16:18 hs. del 9-V-1995, Considerando VI, que recuerda además una anterior, #3435-92 y su aclaración, #5759-93 y sentencia # 3435-92 de 16:20 hs. de 11-XI-1992.

con la 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 y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses (art. 27).

La Sala Constitucional, no sólo ha reconocido ese supremo valor vincular a las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, sino incluso a sus “opiniones consultivas”, al menos cuando la consulta haya sido formulada por el Gobierno de Costa Rica. Así, en la sentencia ya citada que declaró la inconstitucionalidad de la colegiación obligatoria de periodistas, dijo textualmente:

*...si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 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 -de principio- el mismo valor de la norma interpretada...*³⁹

...fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia torna inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mantenerse una colegiatura -obligatoria- para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. En otras palabras, la tesis de ‘la fuerza moral de la opinión consultiva’, si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente respecto de otros países -Estados- que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta, pero aplicada al propio Estado consultante, la tesis suena un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta -Opinión Consultiva- la puede archivar aquél lisa y llanamente...⁴⁰

38 Sentencia #3435-92 de 16:20 hs. de 11-XI-1992.

39 V. la sentencia #2313-95 *cit.* en nota anterior.

EL DERECHO INTERNO Y LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Alejandro Montiel Argüello^(*)

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, este Derecho prevalece en todos los casos sobre el Derecho interno de los Estados. La adopción de un sistema monista o dualista sólo tiene trascendencia para los tribunales internos pero no para los internacionales.

Lo anterior se encuentra consignado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que dice: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de un Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...” y tiene amplio fundamento en la jurisprudencia internacional.

Los tribunales arbitrales ya habían aplicado esa doctrina a partir del caso Alabama en 1872.¹

La Corte Permanente de Justicia Internacional había consagrado el principio en varias sentencias y opiniones consultivas a partir del caso Wimbledon en 1923² y su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, lo ha aplicado en decisiones posteriores.

Mas si el principio no admite duda alguna, sí la admite la oportunidad en que un tribunal puede aplicarlo. Brownlie³ dice:

Basándose en la naturaleza de las obligaciones contractuales y de la ley consuetudinaria, hay un deber general de poner la ley interna en conformidad con las obligaciones bajo el

(*) Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1 Moore, “History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party”, I, p. 653.

2 (1923) PCIJ Ser. A No. 1, p. 29.

3 Brownlie, Ian. “Principles of Public International Law”, 4th edition, p. 36.

derecho internacional. Sin embargo, en general la falta de llevar a cabo esa conformidad no es en sí misma una violación directa del derecho internacional, y la violación sólo surge cuando el Estado respectivo deja de cumplir sus obligaciones en una ocasión específica. En algunas circunstancias la legislación puede por sí misma constituir una violación de las disposiciones de un tratado y se puede pedir a un tribunal que emita una declaración a ese efecto.

* * *

Todas las consideraciones anteriores se refieren al Derecho Internacional general y son plenamente aplicables al Derecho de los Derechos Humanos, al cual nos referiremos exclusivamente en adelante. Otra precisión que debemos hacer es que nos referiremos solamente a los tribunales internacionales con funciones de carácter jurisdiccional que emiten decisiones obligatorias y no a otros órganos como las Comisiones Europea y Americana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, etc. Por el hecho mismo de que esos órganos emiten recomendaciones no vinculantes y que su función es la de promover la observancia de los derechos humanos, tienen una mayor amplitud en el examen de la legislación interna de los Estados y en las excitativas que pueden dirigir a estos para la derogación o reforma de esa legislación.

* * *

En una de sus primeras sentencias la Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre su competencia para conocer de las leyes internas de un Estado, y al pronunciarse sobre el retiro del asunto, de común acuerdo entre la Comisión y el Gobierno, dijo: "...el Tribunal no está obligado a decidir sobre un problema abstracto de compatibilidad de esta Ley con las disposiciones del Convenio (Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales), sino sobre el caso concreto de la aplicación de tal Ley al demandante, y en la medida que este se encuentra, por ese hecho, lesionado en el ejercicio de uno de los derechos garantizados por el Convenio".⁴

En otro caso la Corte examinó varias disposiciones de las leyes belgas relativas a la enseñanza y llegó a la conclusión de que esa ley era contraria a la garantía de no discriminación "en la medida en que impide a ciertos niños, con el solo fundamento de la residencia de sus padres, acceder a las escuelas de lengua francesa existentes en los seis municipios de la periferia de Bruselas".⁵

Mas en cuanto a la prohibición de la homologación de ciertos estudios secundarios no conformes con las prescripciones lingüísticas en materia de enseñanza, la Corte resolvió que:

4 Caso De Becker. Sentencia de 27 de marzo de 1962. Serie A No. 4, párr. 14.

5 Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de Bélgica. Sentencia de 23 de julio de 1968. Serie A No. 5, parte resolutive I.

Un tal resultado en la medida en que pueda derivarse de la aplicación de la ley, debería inspirar serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el derecho a la instrucción, cuyo ejercicio el Convenio y el Protocolo aseguran a todos sin discriminación alguna. En este caso, sin embargo, no ha sido establecido ni incluso alegado, que se haya llegado a tal resultado en el caso de cualquiera de los hijos de los demandantes.⁶

En el caso llamado del “*Little Red Book*”, la Corte se pronunció sobre la confiscación y destrucción de ese libro por ser considerado obsceno, en aplicación de leyes inglesas de 1959 y 1964, y resolvió en el sentido de que esa aplicación no había violado las garantías de la propiedad y de la libertad de expresión.⁷

Una sentencia sumamente importante, ya que hace diferencia entre los casos iniciados por un Estado y los iniciados por particulares, es la dictada en el caso de Irlanda contra el Reino Unido, que es el único que ha llegado al Tribunal mediante demanda estatal. Según el Estado demandante las leyes vigentes en los seis condados de Irlanda del Norte violaban el Convenio porque no prohibían expresamente la violación de varios de los derechos y libertades consagrados en éste, en particular la prohibición de la tortura y la garantía de la libertad personal. En esa sentencia la Corte dijo:

El problema que hay que resolver en este caso consiste fundamentalmente en si un Estado contratante está legitimado para impugnar ‘in abstracto’ una legislación en relación al Convenio. La solución se deduce no tanto del artículo 1 como del artículo 24. Este precepto permite a cualquier Estado contratante denunciar a la Comisión ‘cualquier incumplimiento’ de cualquiera de las disposiciones de... la Convención que crea que puede imputarse a otro Estado, mientras que para que ‘una persona física’, una ‘organización no gubernamental’ o un ‘grupo de particulares’ pueda formular válidamente una demanda tiene que pretender ser víctima de una violación de los derechos reconocidos.⁸

Para resolver el fondo de la pretensión de Irlanda la Corte consideró:

La falta de un precepto legal que prohíba expresamente tal o cual violación, no basta para demostrar el incumplimiento, porque una prohibición así no es el único medio de asegurar el disfrute de los derechos y libertades garantizados.⁹

En una oportunidad posterior la Corte cita el caso Irlanda v. Reino Unido y agrega:

No instituye (el artículo 25 del Convenio) en beneficio de los particulares una suerte de ‘acción popular’ en la interpretación del Convenio; no lo autoriza a demandar ‘in abstracto’ una ley por el solo hecho de parecerle contraria al Convenio. En principio no es sufi-

6 *Ibid*, párr. 42.

7 Caso Handyman. Sentencia de 7 de diciembre de 1976. Serie A No. 24, parte resolutive.

8 Caso Irlanda v. Reino Unido. Sentencia de 18 de enero de 1978. Serie A No. 25, párr. 240.

9 *Ibid*.

ciente para un individuo demandante sostener que una ley viola por su simple existencia los derechos que él disfruta en los términos del Convenio; ella debe haber sido aplicada en su detrimento. Al menos, así ha sido subrayado por el Gobierno y la Comisión; la ley puede violar por sí misma los derechos de un individuo si él sufre directamente los efectos, en la ausencia de medidas específicas de aplicación...¹⁰

En este caso se trataba de una demanda basada en medidas de vigilancia autorizadas por la ley alemana y la Corte consideró que dado el carácter secreto de las medidas, todo individuo está sometido a la posibilidad de que ellas le sean aplicadas y en ese caso no podrá saberlo para recurrir a ellas.¹¹

En el caso *Marckx* la demandante recurrió contra la discriminación que establecía la ley belga contra los hijos naturales y las madres solteras en relación a los derechos sucesorios, y la Corte dijo:

El artículo 25 del Convenio legitima a los particulares para impugnar una ley que por sí misma vulnera sus derechos, incluso a falta de medidas de ejecución, siempre que corran el riesgo de ser directamente afectados por aquella... Tal es en este caso la actitud de las recurrentes y estas impugnan varios artículos del Código Civil que se les aplican automáticamente. Alegando que los mismos vulneran el Convenio y el Protocolo número I, las recurrentes no están invitando al Tribunal a formular un enjuiciamiento abstracto de normas jurídicas incompatible con el artículo 25... sino que se están refiriendo a una situación legal, (la de madres solteras y los niños extramatrimoniales) que las afecta directa y personalmente.¹²

En el caso *Guzzardi*, que se refería a medidas de vigilancia que habían sido aplicadas con base en leyes italianas de 1956 y 1965, la Corte dijo: “[c]onsecuentemente la misión del Tribunal no es revisar según el Convenio las leyes de 1956 y 1965 como tales, cuyos principios, por otro lado no son impugnados por el demandante, sino el modo en que le han sido aplicados, y en concreto su residencia forzosa en Asinara...”¹³

En el caso *Adolf* la controversia versaba sobre si el artículo 42 del Código Penal de Austria que ordena poner final procedimiento en ciertos casos, era contrario al debido proceso, y la Corte dijo: “[p]or lo que se refiere a la compatibilidad del artículo 42 del Código Penal con el Convenio, el Tribunal recuerda su jurisprudencia constante en procedimientos que tienen su origen en una demanda individual, el Tribunal debe limitarse, en lo posible, a examinar los problemas que plantea el caso concreto...”. Por lo cual la tarea del Tribunal no es la de apreciar “*in abstracto*” a la luz de Convenio el texto del ordenamiento jurídico interno austriaco recurrido por el interesado sino la forma en que le ha sido aplicado en el caso concreto.¹⁴

10 Caso *Klass* y otros. Sentencia de 8 de septiembre de 1978. Serie 17 No. 28, párr. 33.

11 *Ibid.*, párrs. 35 a 38.

12 Caso *Marckx*. Sentencia de 13 de junio de 1979. Serie 17 No. 31, párr. 27.

13 Caso *Guzzardi*. Sentencia de 6 de noviembre de 1980. Serie A No. 39, párr. 88.

14 Caso *Adolf*. Sentencia de 26 de marzo de 1982. Serie A No. 49, párr. 36.

En un caso bastante reciente, en que se trataba de la muerte de tres miembros del IRA (Ejército Irlandés Republicano) por miembros de las fuerzas de seguridad, la Corte reitera su jurisprudencia constante al decir: "...[a]demás, no es la función de las instituciones de la Convención examinar 'in abstracto' la compatibilidad de las disposiciones nacionales legislativas o constitucionales con los requerimientos de la Convención".¹⁵

En apoyo de esa afirmación la Corte cita el caso Klass ya relacionado.

La jurisprudencia de la Corte Europea ha ligado su competencia para conocer sobre la compatibilidad de una legislación interna con el Convenio, con la existencia de una víctima, es decir de una persona que haya sido afectada por la legislación, sea por ser esta de aplicación inmediata, por haberle sido aplicada en el caso concreto o por estar en el riesgo de que le sea aplicada.

No se requiere la existencia de un perjuicio, pues la palabra víctima usada en el artículo 25 del Convenio significa según la Corte, "la persona directamente afectada por el acto u omisión en cuestión"; la existencia de una violación es concebible aún en ausencia de perjuicio; y el perjuicio es relevante únicamente en el contexto del artículo 50,¹⁶ es decir, al tratar de la reparación de la violación. Esta interpretación ha sido confirmada en muchas otras sentencias.

La posibilidad del riesgo de la aplicación de la ley, la enuncia la Corte al decir que: "[l]a Corte ha sostenido que el artículo 25 de la Convención habilitó a los individuos a alegar que una ley viola sus derechos por ella misma, en ausencia de una medida individual de aplicación, si ellas corren el riesgo de ser directamente afectados".¹⁷ Esa sentencia cita en su apoyo el caso Marckx mencionado arriba.

En un caso que tuvo una gran resonancia, el caso Soering, la Corte también se refirió al riesgo. Se trataba de un alemán detenido en Inglaterra y cuya extradición solicitaban los Estados Unidos para enjuiciarlo por asesinato en el Estado de Virginia. La Corte dijo:

[s]in embargo, a juicio de la Corte, teniendo en consideración el muy largo período de tiempo pasado en la fila de condenados a muerte, y las circunstancias personales del solicitante, especialmente su edad y estado mental al tiempo del delito, la extradición del solicitante a los Estados Unidos le expondría a un riesgo real de un tratamiento más allá del límite señalado en el artículo 3 (referente a torturas y a penas o tratos inhumanos o degradantes)... En conclusión, la decisión ministerial de entregar el solicitante a los Estados Unidos violaría el artículo 3 si ella recibiere ejecución.¹⁸

Más adelante la Corte dijo: "... no ha ocurrido una violación del artículo 3. Sin embar-

15 Caso McCann and others. Sentencia de 27 de septiembre de 1995, Serie A No. 324, párr. 153.

16 Caso Eckle. Sentencia del 15 de julio de 1982, Serie 17 No. 51, párr. 66.

17 Caso Norris. Sentencia de 26 de octubre de 1988, Serie A No. 142, párr. 31.

18 Caso Soering. Sentencia del 7 de julio de 1989, Serie A No. 161, párr. 111.

go, la Corte, habiendo encontrado que la decisión del Secretario de Estado de extraditar a los Estados Unidos de América daría lugar, si fuere implementado, a una violación del artículo 3, el artículo 50 (relativo a la reparación de las consecuencias de la medida) debe ser considerado aplicable a los hechos en el presente caso”.¹⁹

Naturalmente, el riesgo de la aplicación de una ley admite grados y queda a la discreción del tribunal. En un caso anterior la Corte había dicho:

En el presente caso la orden de la Corte Suprema prohibió a los solicitantes y a sus empleados y agentes el proveer cierta información a las mujeres embarazadas. Aunque no se ha afirmado que la señora X y la señora Geraghty están embarazadas no se niega que ellas pertenecen a una clase de mujeres de edad apta para la procreación, que pueden ser afectadas adversamente por las restricciones impuestas por la orden. Ellas no buscan impugnar ‘in abstracto’ la compatibilidad de la ley irlandesa con el Convenio, ya que ellas corren el riesgo de ser perjudicadas directamente por la medida de que se quejan. Ellas pueden, así, pretender ser ‘víctimas’ en el sentido del artículo 25, párrafo 1.²⁰

Aun cuando hay otras sentencias de la Corte Europea que tratan de la cuestión, se considera suficiente la cita de las resumidas en los párrafos anteriores o sean las primeras que tratan de la cuestión y las dictadas en los casos más recientes, para dejar sentada la jurisprudencia de la Corte Europea sobre su competencia en los casos en que se plantea la compatibilidad de la legislación interna con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

* * *

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ocupó de la cuestión en su Opinión Consultiva OC-13/93 en que dijo “[q]ue la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que este ha asumido al ratificarla o adherir a ella...”²¹

De acuerdo con eso dijo en su Opinión Consultiva OC-14/94: “[c]omo consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conoci-

19 *Ibid.*, párr. 126.

20 Caso Open Door y Dublin Wll Woman. Sentencia del 29 de octubre de 1992. Serie A, No. 246-A, párr. 44.

21 Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93, Serie A No. 13, parte resolutive.

22 Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 39.

miento, haya sido o no aplicada en un caso concreto...”²²

Lo anterior sería aplicable a la propia Corte, en el ejercicio de su función consultiva, cuando sea el propio Estado quien ha sometido la cuestión de la compatibilidad de su legislación con la Convención de acuerdo con el artículo 64.2 de esta.²³ La Corte Europea carece de esa competencia por ser su función consultiva mucho más limitada.²⁴

Mas si se trata de la competencia contenciosa de la Corte, esta ha hecho una distinción entre las leyes de aplicación inmediata y las que no lo son, entendiéndolo por las primeras las que afectan a las personas por la sola vigencia de las mismas²⁵ y en que la violación de los derechos humanos se produce por el solo hecho de su expedición.²⁶

En cuanto a las otras leyes, no puede someterse un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley sino cuando ésta ha sido aplicada y para evitar la aplicación la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales.²⁷

La exigencia de la aplicación de la ley la basa la Corte en que los procedimientos indispensables para que un caso pueda llegar a su conocimiento requieren una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados y esto se deduce de los artículos 46.1.b y 46.2.b de la Convención que se refieren al “presunto lesionado”.²⁸

En apoyo de esa tesis la Corte invoca la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos a partir de los casos *Klass and others*, *Marckx* y *Adolf* al interpretar la palabra “víctima” que usa el Convenio Europeo y que han sido analizados arriba.²⁹

En esa opinión consultiva la Corte Interamericana no menciona la sentencia de la Corte Europea en el caso *Irlanda contra Reino Unido* a que anteriormente hicimos referencia. Cabe señalar que en esa sentencia se establece una diferencia en el caso de que la acción haya sido entablada por un Estado con base en el artículo 24 del Convenio Europeo o por una persona física, organización gubernamental o grupo de particulares con base en el artículo 25, mas en la Convención Americana no existe una disposición equivalente al artículo 24, de modo que no cabría hacer diferencia entre uno y otro caso. Más bien, los artículos 46 y 47 de la Convención Americana que contienen los requisitos de admisibilidad expresamente se dicen aplicables a las peticiones presentadas conforme los artículos 44 y 45, es decir, tanto a las peticiones particulares como a las estatales.

Hay otra importante diferencia entre el Convenio Europeo y la Convención Americana

23 *Ibid.*, párr. 40.

24 Protocolo No. 2 al Convenio Europeo del 6 de mayo de 1963.

25 *Ibid.*, párr. 41.

26 *Ibid.*, párr. 43.

27 *Ibid.*, párrs. 42 y 44.

28 *Ibid.*, párrs. 45 y 46.

29 *Ibid.*, párr. 47.

y es que el artículo 25 del primero requiere que el denunciante se considere víctima de la violación, es decir, que la denuncia sería improcedente si la víctima es un tercero. La Corte Europea ha interpretado estrictamente ese requisito, y en un caso reciente, siguiendo a la Corte Internacional de Justicia³⁰ rechazó la calidad de víctimas de los peticionarios, accionistas de una sociedad dueña de varios inmuebles que habían sido expropiados, basándose en que el carácter de víctima correspondería a la sociedad expropiada.³¹

En cambio, el artículo 44 de la Convención Americana permite a cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados de la OEA, denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado Parte. De la redacción de ese artículo parecería que la denuncia puede referirse, sin limitación alguna, a la emisión de una ley contraria a la Convención, mas como arriba se dijo, es un requisito de admisibilidad de la denuncia el que ella se refiera a una violación concreta de los derechos humanos respecto de individuos determinados conforme a los artículos 26.1.b y 26.2.b, que se refieren al “presunto lesionado”.

El hecho de que la Convención Americana permita que el denunciante sea una persona distinta de la víctima o presunto lesionado, no significa que no sea indispensable la existencia de éste, pues de otra manera no podría indicarse su identidad en la denuncia y esta vendría a ser inadmisibile conforme al artículo 47.a.

Lo anterior ha sido expresado por la Comisión en un caso reciente en que dijo, refiriéndose al artículo 44 de la Convención Americana:

Sin embargo, no debe interpretarse que la liberalidad del sistema interamericano en este aspecto pueda admitir la interposición de una acción *in abstracto* ante la Comisión. El peticionario no puede instituir una *actio popularis* o impugnar una ley sin establecer cierta legitimación activa que justifique su recurso a la Comisión. El peticionario debe presentarse como víctima de una violación de la Convención o debe comparecer ante la Comisión como representante de una víctima putativa de una violación de la Convención por un Estado Parte. No basta que el peticionario sostenga que la mera existencia de una ley viola los derechos que le otorga la Convención Americana, sino que es necesario que dicha ley haya sido aplicada en su detrimento. Si el peticionario no establece su legitimación activa, la Comisión debe declarar su incompetencia *ratione personae* en la materia.³²

Pasando al examen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se encuentra que en una sentencia tomó nota del reconocimiento que había hecho Venezuela de su responsabilidad en el caso El Amparo y decidió que las reparaciones e indemnización serían fijadas por las partes y, de no llegarse a él, por la propia Corte, la cual se reservó la facultad de revisar el acuer-

30 Caso Barcelona Traction (Segunda fase), ICJ Reports (1970).

31 Caso Agrotexim and others. Sentencia del 24 de octubre de 1995. Serie A No. 330-A, párrs. 59-72.

32 CIDH, Informe No. 48/96, Caso 11,553, 16 de octubre de 1996, párr. 28.

33 Caso El Amparo. Sentencia de 18 de enero de 1995. Serie C No. 19, parte resolutive.

do.³³ A esta decisión se agregó un voto razonado en el sentido de que la Corte también debió reservarse la facultad de decidir sobre la alegación de la Comisión de que los incisos 2 y 3 del artículo 54 del Código de Justicia Militar de Venezuela eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esas disposiciones otorgan al Presidente de la República la facultad de ordenar que no se abra juicio militar en casos determinados cuando lo estime conveniente al interés de la Nación y ordenar el sobreseimiento de los juicios militares en cualquier estado de la causa.

Posteriormente, al no haberse llegado a un acuerdo entre las partes, la Corte dictó sentencia decidiendo las reparaciones e indemnizaciones y al referirse a la mencionada alegación de la Comisión dijo: "...[L]a Corte considera que, efectivamente, el artículo 54 del citado Código... no ha sido aplicado en el presente caso. Las autoridades militares iniciaron y siguieron un proceso contra los responsables del caso El Amparo y el Presidente de la República nunca ordenó que no se siguiera proceso ni que se sobreseyera".³⁴

La Corte cita su Opinión Consultiva OC-14/94 antes mencionada y agrega: "La Corte, de acuerdo con lo expresado en la Opinión Consultiva citada, se abstiene de pronunciarse en abstracto sobre la compatibilidad del Código de Justicia Militar de Venezuela y sus reglamentos e instrucciones con la Convención Americana, y por lo tanto no cabe ordenar al Estado de Venezuela la reforma solicitada por la Comisión".³⁵ A esta sentencia también hay agregado un voto disidente.

Los familiares de las víctimas y la Comisión solicitaron una interpretación o aclaración de esa sentencia alegando que sí se había aplicado el citado artículo 54, pero la Corte, resolvió que la aplicación había sido en un caso distinto que no llegó a su conocimiento y que por lo tanto su sentencia estaba estrictamente fundada en los hechos del proceso.³⁶ A esa resolución se agregó un voto concurrente en el sentido de que debió declararse la improcedencia, y uno disidente sobre que debió examinarse la compatibilidad del Código Militar en la Convención.

En este caso El Amparo se trataba de un grupo de pescadores que había sido atacado a tiros por miembros del Ejército venezolano ocasionando la muerte de 14 personas.

En el caso Genie Lacayo la Corte decidió en su sentencia sobre excepciones preliminares que era incompetente para conocer de un punto de la demanda en que se pedía declarara que la vigencia de los Decretos 591 y 600 -"Ley de Organización de la Asesoría Militar y Procedimiento Penal Militar" y "Ley Provisional de los Delitos Militares"- eran incompatibles con el objeto y fin de la Convención, pero que examinaría en el fondo del asunto los efectos de la apli-

34 Caso El Amparo. Reparaciones. Sentencia de 14 de septiembre de 1996, párr. 58.

35 *Ibid.*, párr. 60.

36 Resolución del 16 de abril de 1997.

37 Caso Genie Lacayo. Excepciones Preliminares. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21, párrs. 47 a 51 y No. 1 parte resolutive.

cación de los citados Decretos en relación con los derechos humanos involucrados en el caso.³⁷

Este caso se refería al proceso seguido con motivo de la muerte de una persona, que se decía había sido a manos de una escolta militar y en el cual figuraba como acusador el padre de la víctima, pero no a la muerte de ésta por haber ocurrido antes de la aceptación de la competencia de la Corte por Nicaragua, que era el Estado demandado.

En su sentencia de fondo la Corte consideró que el examen de la compatibilidad de los citados Decretos con la Convención debía examinarse exclusivamente en relación con el acusador que era el afectado en el asunto y que esos Decretos no restringieron sus derechos procesales; que las disposiciones sobre integración y la posible utilización de elementos ideológicos como “la conciencia jurídica sandinista” no fueron aplicados en el caso concreto; que la expresión “legalidad sandinista” contenida en la sentencia militar de primera instancia sólo tiene en apariencia una connotación ideológica si se toma en cuenta su contexto; y que no se ha demostrado que el acusador se hubiere encontrado en condición de inferioridad ante los tribunales castrenses, por lo que no se ha demostrado la violación del principio de igualdad.

En forma general la Corte consideró que la jurisdicción militar no viola *per se* la Convención y que respecto a la alegada incompatibilidad de algunos artículos de los Decretos con ella, tales artículos no fueron aplicados, “[e]n consecuencia la Corte no emite pronunciamiento sobre la compatibilidad de esos artículos con la Convención ya que proceder en esa forma constituiría un análisis en abstracto y fuera de las funciones de esta Corte”.³⁸

Por último en el caso Caballero Delgado y Santana la Comisión solicitó, en la etapa de reparaciones la reforma de la legislación colombiana respecto al recurso de hábeas corpus, la tipificación legislativa del delito de desaparición forzada de personas y que los procedimientos judiciales sobre la desaparición de las dos personas a que se refiere el caso permanezcan en la competencia de la justicia ordinaria y no sean transferidos al fuero militar.

La Corte consideró que en su sentencia de fondo del 8 de diciembre de 1995 decidió que Colombia no había violado los artículos 2, 8 y 25 de la Convención, por lo que no podía entrar de nuevo a considerar lo relativo al hábeas corpus, además de que el examen de la legislación interna no fue planteado en la demanda y no era materia apropiada para ser considerada en la fase de reparaciones de un proceso y que al no haber informaciones sobre el paradero de los desaparecidos no pudieron las autoridades judiciales haber impedido su muerte.

Sobre la falta de tipificación del delito de desaparición de personas la Corte consideró que no había obstaculizado los procesos para investigar los delitos cometidos por los autores de la desaparición, y en cuanto a la no transferencia de esos procesos a la jurisdicción militar, la Corte consideró que esa cuestión implicaría el examen de la legislación colombiana que no era apropiado hacer en forma incidental y en la fase de reparaciones y menos aún cuando había si-

38 Caso Genie Lacayo. Sentencia del 29 de enero de 1997, párrs. 82 a 88 y 91.

39 Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones. Sentencia de 29 de enero de 1997, párrs. 53 a 57.

do presentada en forma hipotética.³⁹

En este caso se trataba de la desaparición de dos personas efectuada por miembros del Ejército colombiano y de civiles que colaboraban con ellos.

* * *

En conclusión, puede decirse que haciendo una comparación entre la jurisprudencia de la Corte Europea y la Corte Interamericana se encuentra que las dos son equivalentes. La diferencia sólo estaría en que ante la Corte Interamericana no se ha presentado un sólo caso en que una ley violatoria de la Convención haya sido aplicada en un caso concreto, que ella viole por su sola emisión un derecho protegido sin necesidad de un acto de aplicación o que haya un riesgo de que sea aplicada. Cuando este caso llegare a presentarse, la Corte seguramente examinará la compatibilidad de la ley interna con la Convención Americana, tal como lo ha hecho ya la Corte Europea.

NOTA

En sentencia del 12 de noviembre de 1997, en el caso Suarez Rosero, la Corte Interamericana declaró contrario a la Convención el párrafo tercero del artículo 144 *bis* del Código Penal del Ecuador. En esa disposición se incluye a los encausados por delitos sancionados por la Ley sobre Substancias Estupefacientes y Psicotrópicas del derecho de ser liberados cuando hubiesen permanecido detenidos sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuviesen encausados o por un tiempo igual o mayor a la mitad de esa pena máxima sin haber recibido sentencia.

PERFILES ÉTICOS Y NORMATIVOS DEL DERECHO HUMANO A LA PAZ

Asdrúbal Aguiar^(*)

*A Rafael Caldera y Federico Mayor,
artesanos de la paz. Ex corde.*

SUMARIO: I. Introducción. II. De la paz de los armisticios a la paz de la tolerancia. III. Dimensión normativa de la paz. IV. Paz y globalización. V. Cultura de paz y derechos humanos. VI. El derecho humano a la paz y las Naciones Unidas. VII. La Declaración de Oslo y su revisión. VIII. Consulta de París (I). IX. Consulta de París (II). X. Réplica sobre el derecho humano a la paz. XI. Las Américas y el derecho a la paz: *Reafirmación de Caracas*.

I

El pasado mes de marzo, por mandato de la 29^o Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, se realizó en París la Consulta Internacional de Expertos Gubernamentales¹ encargada del examen del Proyecto de Declaración Universal sobre el Derecho Humano a la Paz, conocido como la “Declaración de Oslo”. En consonancia con la idea central de que la paz es compromiso con la vida y servicio a su

(*) Relator de la Consulta Internacional sobre el Derecho Humano a la Paz (UNESCO). Ministro de Relaciones Interiores de la República de Venezuela. Doctor en Derecho (*Summa cum laude*). Profesor Asociado de Derecho Internacional. Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1 Resolución de la Conferencia General 29C/43 aprobada por la 27^o sesión plenaria, el 12 de noviembre de 1997.

promoción, esta Declaración, al igual que la versión revisada por el Director General de la UNESCO,² establece, sin desviaciones de ningún género, que “*la paz, bien común de la Humanidad, es un valor universal al que aspiran todos los seres humanos y los pueblos*”. Y, a renglón seguido, prescribe que “*todo ser humano tiene un derecho a la paz que es inherente a su dignidad de persona humana*”³ (cursivas nuestras).

La diversidad y pluralidad de los criterios esbozados por los expertos invitados a la Consulta -y por qué no decirlo, la tensión controversial acopiada por éstos durante los debates- hizo evidente la sensibilidad del argumento de la paz y también la suma de “intereses” que todavía conspiran en su contra. Se comprende, de esta manera, lo que escribió hace pocos años el jurista hispano Antonio Enrique Pérez Luño,⁴ quien, al referirse a la paz como valor fundamental y destacarla, por su endeblez, como “tarea abierta cuyo logro responsabiliza a todos y, en especial, a quienes ejercen el poder”, cita de entrada que “pese a las civilizaciones, doctrinas morales y confesiones religiosas que se han sucedido en la historia de la Humanidad, ésta sigue debatiéndose por el reconocimiento de algo tan primario y esencial como su propia supervivencia”.⁵

La Consulta de París abrió la fase crucial de un proceso complejo y desafiante, nada fácil para la construcción y consolidación de una paz positiva en el mundo y su revelación como “necesidad connatural” a la existencia del hombre; mismo proceso que encuentra su respaldo intelectual no solo en la inminente efemérides del 50º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, antes bien en el cambio de sentido que acusa la Historia Universal luego de la caída del Muro de Berlín. Estas son circunstancias que, sin lugar a dudas, les dan un nuevo y renovado impulso a las tareas moralizadoras de la UNESCO y, dentro de éstas, a la fragua de la *Cultura de Paz*⁶ como nuevo paradigma del orden internacional contemporáneo.

Dentro de este contexto, el derecho humano a la paz y su proclamación, aun cuando tiene raíces en el Proyecto de Pacto sobre los Derechos Humanos de la Tercera Generación, relacionado con los derechos de solidaridad y preparado por la *Fondation Internationale pour les*

2 Las observaciones de los Jefes de Estado y de Gobierno enviadas a la UNESCO, antes de celebrarse la 29º Conferencia General, dieron lugar al *corrigendum* del Director General. Véase, al respecto: Consulta Internacional de Expertos sobre el Derecho Humano a la Paz. París. UNESCO. Documento de trabajo SHS-98/Conf.201/3 del 16 de febrero de 1998.

3 *Cfr.* Rapport du Directeur General sur le Droit de l'être humain a la paix. Paris. UNESCO (Doc. 29 C/59 de 29 octobre 1997). Annexe II. Asimismo, Comunicación del Director General de la UNESCO CL/3479 del 23 de febrero de 1998 (Anexo I).

4 Antonio Enrique Pérez Luño. *Derechos humanos*, Estado de Derecho y Constitución. Madrid. Tecnos, 1995.

5 *Idem*, p. 501.

6 El Proyecto Transdisciplinario “Hacia una cultura de paz” fue adoptado por la 28º Conferencia General de la UNESCO, en 1995. Posteriormente, la Asamblea General de la ONU lo hizo suyo, al declararlo compatible con el Plan de Acción para el Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la esfera de los derechos humanos (Resolución 50/173 del 22 de diciembre de 1995).

Droits de l'Homme ⁷ (K. Vasak, R. J. Dupuy, J. Robert, Diego Uribe-Vargas, E. Pettiti, entre otros), responde genuinamente a los cometidos esenciales de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en tanto que Casa Moral e Intelectual de la Humanidad. De suyo, el Acta Constitutiva de la UNESCO, al proclamar la dignidad del hombre y exigir la educación de todos en la paz, dispone que aquella debe “contribuir a su mantenimiento estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales...”⁸

La iniciativa asumida por el Director General de la UNESCO, Federico Mayor, en su mensaje institucional sobre *El derecho humano a la paz*,⁹ no podría, entonces, evidenciar mayor pertinencia. Ella convoca a “toda” la sociedad y a todos sus actores, para que asuman como compromiso hacia el nuevo milenio la renuncia generalizada a la violencia, con el propósito de favorecer “la gran transición desde la razón de la fuerza a la fuerza de la razón; de la opresión al diálogo; del aislamiento a la interacción y la convivencia pacífica”.¹⁰

II

La paz, bueno es señalarlo, nunca ha estado ausente como idea y fuerza motriz de la existencia humana. Por la paz y su conquista lucharon, a su modo, los romanos (*Pax Romana*), los actores del mundo medieval al auspiciar la doctrina de la Guerra Justa y la sujeción jerárquica del orden feudal a la diarquía Papa-Emperador (*Pax Ecclesiae*), y en la modernidad, los mismos teóricos de la *Paz Perpetua* -como el Abad de Saint Pierre y Emmanuel Kant, entre otros- los hacedores de la *Paz de los Equilibrios*, nacida esta última luego del fenecimiento de la

⁷ Vid. Diego Uribe Vargas. “El derecho a la paz”. En la obra colectiva *Derecho internacional y derechos humanos*, editada por Daniel Bardonnet y A. A. Cançado Trindade. San José/La Haya. Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Académie de Droit International de La Haya, 1996, pp.177-195. El anteproyecto de Pacto mencionado, en algunos de sus artículos pertinentes, reza como sigue: *Artículo 1*. Todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente, tienen derecho a la paz, tanto en el plano nacional como en el plano internacional. *Artículo 2*. El derecho a la paz implica el derecho para todo hombre, sin discriminación alguna: i) De oponerse a toda guerra (*Omissis*); ii) Demandar y obtener, (*Omissis*) el estatuto de objeto de conciencia; iii) De negarse a ejecutar durante el conflicto armado una orden injusta que viole las leyes de Humanidad; iv) De luchar contra toda propaganda a favor de la guerra; v) Y de obtener asilo cuando la solicitud esté justificada por la persecución por actividades ligadas a la lucha por la paz y contra la guerra...(*Omissis*)”(Cfr: *op.cit.*, pp.184-185). En este orden, para el estudio de las fuentes doctrinales del derecho humano a la paz, téngase presente el proyecto de *Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras*, adoptado en La Laguna (Canarias, España) el 26 de febrero de 1994, cuyo artículo 11 prescribe el derecho de “*les personnes appartenant aux générations futures ... d’être épargnées du fléau de la guerre*”.

⁸ Artículo 1,1.

⁹ Federico Mayor. *El derecho humano a la paz*. Declaración del director general. París. UNESCO, 1997.

¹⁰ *Idem*, pp. 11-12.

Republica Christiana y en permanente fragua desde la Paz de Westfalia (1648) hasta el período de la Sociedad de las Naciones, una vez agotado.¹¹

Lamentablemente, sin que esto sugiera un juicio de valor acerca de las llamadas zonas oscuras de la conducta o nuestra improbable adhesión a las teorías realistas de Maquiavelo o de Hobbes,¹² sí debemos observar que a la conquista cotidiana de la paz, ley primaria y fundamental de la naturaleza, condición y propósito de la asociación humana y, en las palabras de San Agustín, ordenamiento armónico de las partes y concordia bien ordenada de los hombres en sus mandos y en su obediencia (*La ciudad de Dios*, XIX, 13)¹³- le precedió, siempre, una validación discrecional de la violencia (*Homo homines lupus*).

Desde la antigüedad hemos redituado ideologías e instituciones modeladas sobre el yunque de la guerra y el armamentismo de la Historia. En la práctica, aquella no ha sido, como lo indicaban los principios del dominico Vitoria (1480-1546), "... *la última ratio de la política*"¹⁴ (cursivas nuestras). "Durante un período tan largo como el que separa a nuestros días del siglo XIII -dice Howard-, la paz en Europa, esa paz por la que oraban tan sinceramente las congregaciones en las iglesias cristianas, existió solamente en algunos excepcionales y limitados oasis de tiempo y de lugar".¹⁵ Y la razón no podría ser más concluyente: La guerra hizo posible, en buena medida, la acumulación del poder material y político detentado en distintas épocas por los repartidores supremos e intermedios del orden internacional. Fue y ha sido, en opinión de Clausewitz (1780-1831), no otra cosa que "una simple continuación de la política por otros medios"¹⁶ y, asimismo, el fundamento originario de la identidad estatal en Occidente.¹⁷

La violencia alcanzó, de esta manera y en sus distintas formas, rango y estatuto propio. La paz en el mundo, por consiguiente, devino en paz de los armisticios y de las capitulaciones. De modo que, en el marco de una sociedad internacional de estructura paritaria como la conocida hasta hace medio siglo, el uso de la fuerza representa un acto legítimo de soberanía, ape-

11 Consúltese, entre otras obras, a Juan Carlos Puig. *Derecho de la comunidad internacional (I)*. Buenos Aires. Depalma, 1975, pp. 41 ss.

12 Arthur Nussbaum. *Historia del derecho internacional*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, pp. 57 ss. y 121 ss.

13 René Coste. *Moral internacional*. Barcelona. Herder, 1967.

14 Valentín Tomberg. *La problemática del derecho internacional a través de la historia*. Barcelona. Bosch, 1961, p. 76.

15 Michael Howard. *La guerra en la historia europea*. México. FCE/Breviarios, 1983, p. 13.

16 Apud. Maxime Lefebvre. *Le jeu du droit et de la puissance*. Paris. PUF, 1997, p. 14. Para una mayor información, vid. Karl von Clausewitz. *De la guerra*. Buenos Aires. Need, 1987, *passim*.

17 Según Johan Galtung, ella explica la tendencia -originada en los conceptos grecorromanos de *Eirene* y *Pax*- de definir "la paz como la unidad interior contra una amenaza exterior, de lo que se deduce que la amenaza exterior fomenta la unidad interior, de la unidad política o Estado, se entiende. Surge así, [entonces] la idea de "nosotros contra ellos", que es la razón de la fuerza armada". Cfr. Celestino Del Arrenal. "Paz y derechos humanos". En la *Revista del IIDH*, n° 5. San José, C.R., p. 8. Asimismo, vid. Michael Delon (Directeur). *Dictionnaire européen des Lumières* (Voix: Guerre, paix). Paris. PUF, 1997, p. 527.

nas restringible en sus efectos “superfluos”. Así fue posible, por lo mismo, el florecimiento del Derecho de la Guerra en los finales del pasado siglo y comienzos del presente¹⁸ y, posteriormente, la búsqueda de la denominada *Paz por el Derecho*, que impone resolver por métodos pacíficos, diplomáticos y adjudicativos, las controversias entre los Estados.¹⁹ En suma: la paz -suprema aspiración de todos los tiempos- llegó a ser entendida como paz negativa, como ausencia y también producto de la agresión: *Si vis pacem, para bellum*, decían los clásicos.

La ruptura de la dependencia horizontal e histórica entre la guerra y la paz, todavía está en espera de solución. Los referentes institucionales e integradores de la comunidad humana contemporánea evolucionan en tal sentido y dan testimonio de esta realidad en tránsito, que quizá nunca escape a la insatisfactoria y siempre perfectible relación “conciencia-mundo”, que ha sido objeto de análisis críticos por el pesimismo metafísico, el dualismo teológico de Zaratustra o el filosófico de Platón, y también por el llamado optimismo bíblico. Todas a una, en tanto que corrientes filosóficas, se han preocupado por descubrir el enigma de la recíproca dependencia que ata el alma a la materia y viceversa. En otras palabras, a la animalidad y la racionalidad del hombre, determinando sus actitudes ante la vida.²⁰

Sin embargo, lo verificable, más allá del fenómeno manifiesto de conflictividad presente en todos los espacios y tiempos de la Historia de los Hombres, es la ausencia de un criterio intercultural acerca de la paz y de su consolidación. Nos debatimos sin avanzar, desde tiempo atrás, entre el pacifismo heroico de Ghandi pasando por los tipos de pacifismo cristiano, utilitario, legalista, imperial, etc., hasta aquel que pregona la vigencia de un “pacifismo cultural cosmopolita” y de origen estoico, sustentado en la reforma educativa y moral de la gente.²¹ Pero, la concertación y el establecimiento de un punto de convergencia humana entre los extremos, parece ser la premisa indispensable para la cristalización de una comunidad universal “totalizante”, tal como la visualizó Luis María Olasso²² durante su activa militancia en favor de los de-

18 Fue éste, justamente, el objeto de las convenciones adoptadas durante las Conferencias de Paz de La Haya, en 1899 y 1907, y asimismo, hace relación, en lo contemporáneo, con el denominado Derecho humanitario de Ginebra (1949/1977). En cuanto a las Conferencias de La Haya, consúltese a Nussbaum, *op. cit.*, pp. 264 ss.

19 Lefebvre, *op.cit.*, pp.135 ss. Acerca del pacifismo jurídico o de derecho, *vid.* Raymond Aron. *Paz y guerra entre las naciones* (II). Madrid. Alianza Editorial, 1985, p. 836.

20 Al respecto, véase a Miguel Benzo Mestre. *Teología para universitarios*. Madrid. Ediciones Guadarrama, 1963, pp. 57 y 99.

21 Sobre las tesis diversas (realistas, liberales, neorealistas, solidaristas, etc.) que explican o interpretan la dinámica de las relaciones internacionales, léanse a Lefebvre, *op. cit.*, pp. 16 ss.; Esther Barbe. *Relaciones internacionales*. Madrid. Tecnos, 1995, pp. 56 ss. Sobre las modalidades de “pacifismo” explicadas por Max Scheler, en 1927, véase a Aron, *op. cit.*, pp. 836-837. De la misma manera, Vernon Bogdanor (Ed.). *Enciclopedia de las instituciones políticas*. Madrid. Alianza Editorial, 1987, p. 505.

22 La tesis totalizante del humanismo integral, magistralmente expuesta por dicho autor, corresponde a Maritain y predica la relación activa de la persona con cada una de las partes que, junto a ella, se resumen en la idea de la humanidad totalizante. Véanse, de Asdrúbal Aguiar: *La protección internacional de los derechos del hombre*. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1987, p. 88; “Derechos humanos y humanismo cristiano”. Separata de *Nuevo Mundo*, Revista de Estudios Latinoamericanos. Caracas. Universidad Simón Bolívar/Instituto de Altos Estudios de América Latina, 1990, nota 13.

rechos de la persona. En esta línea de pensamiento, siguiendo las enseñanzas de Moreno Lara, que reclaman no confundir a los orientales como místicos puros ni a los occidentales como materialistas a ultranza,²³ se afirma, sin embargo, que para los primeros lo esencial es la armonía interior, es decir, la adecuación del hombre al *dharma*, en el decir de los hindúes.²⁴ Para los herederos de la civilización occidental, en la práctica, la paz se “concibe más proyectada hacia el exterior, hacia la simple ausencia de guerra”,²⁵ lograda por mediación de las formas de organización social y política; “el arte social –lo decía el Barón de Beaujour- es tan necesario a los hombres [de este Hemisferio] que sin él no se podrían vencer la mayor parte de los males anejos a la condición, ni conservarse”.²⁶

No se olvide, en el marco de esta aproximación, que durante los siglos XVI y XVII tuvo lugar un interesante movimiento antropocéntrico y racionalista que va más allá de las prédicas de los teólogos de Salamanca. Éste reivindica al individuo como poseedor de derechos inalienables “anteriores a toda sociedad”, que se resumen, en tanto que derechos básicos a “la vida, la libertad y la propiedad”.²⁷ La evolución de esta Escuela Clásica del Derecho Natural alcanza hasta el mismo siglo XVIII, en el que Kant formula su tesis sobre la Paz Perpetua (1785) al “considerar a hombres y Estado, en sus relaciones externas, como ciudadanos de un Estado universal de la humanidad (*ius cosmopoliticum*)”.²⁸ La emergencia factual y el fortalecimiento –en los siglos XVII y XVIII- del Estado-Nación y su soberanía; la forja de la *Raison d’Etat* y el advenimiento, con la Revolución de 1789, de la noción de ciudadanía junto a su incidencia en la exaltación del fervor patriótico, en alguna medida debilitaron la autoridad del credo natural producto de la razón y de la relación dominante y subyacente entre el hombre (individuo y persona) y la Humanidad, planteándose la necesaria reconciliación y armonización entre una y otra tesis.²⁹

El *Siglo de las Luces*, sin embargo, predicó como idea central el Humanismo racionalista, pero aceptando que “la guerra es inherente al ser humano”.³⁰ De allí la necesidad planteada a sus representantes de estudiar sus causas y proponer, según lo dicho, fórmulas orgánicas que la limitasen por su inconveniencia. En este período se condena a la guerra por ser “moralmente injustificable, estratégicamente incierta y económicamente ruinosa”.³¹ También se promueve la responsabilidad individual de los monarcas y Jefes de Estado por las guerras de su autría, y se discute sobre las opciones para una *Paz Perpetua* europea y universal, fundada, bien

23 Xavier Moreno Lara. *Las religiones orientales*. Bilbao. Mensajero, 1980, p. 9.

24 “El *dharma* se cumple inexorablemente a todos los niveles y de su acomodación a él [a través del conocimiento] individuo y sociedad recibirán la felicidad y la salvación. O lo contrario en caso de perturbación... El *dharma* es la estructura fundamental dentro del devenir cósmico”. *Idem.*, pp. 31 ss.

25 Del Arenal, *op.cit.*, p. 7.

26 Luis Feliz de Beaujour. *Teoría de los gobiernos*. París. Imprenta de Bruneau, 1839, tomo primero, p. 7.

27 Edgar Bodenheimer. *Teoría del Derecho*. México. FCE, 1942, pp. 150-155.

28 *Loc. cit.* También, Hernando Valencia Villa. *Derechos humanos*. Madrid. Acento Editorial, 1997, p. 40.

29 *Idem.* Así mismo, Delon, *op. cit.*, p. 529.

30 La expresión se debe a Kant, apud. Delon, *op.cit.*, p. 528.

31 *Idem.*, p. 527.

sobre el restablecimiento de los equilibrios en el decir de Vatell, bien sobre la organización de un pacto o alianza federal a cuya cabeza operaría un tribunal internacional o una “dieta de Estados”, disponiéndose de un ejército común y de una presidencia [electiva o rotativa].³²

En extracto, los pensadores de las Luces consideraron que la razón humana conduce por necesidad o por utilitarismo a estas fórmulas de organización externa predispuestas para la eliminación de la guerra; mas no dejaron de reconocer que entre las causas de ésta mediaba una perversa combinación de la debilidad psicológica del hombre con la idea germinal y patrimonialista del Estado.³³

Para la Doctrina social de la Iglesia, los planos culturales e históricos descritos no se excluyen, antes bien, expresan dimensiones plurales de una misma y única realidad que converge en el Ser: “*C’est en lui-même que l’homme est divisé. Voici que toute la vie des hommes, individuelle et collective, se manifeste comme une lutte, combien dramatique, entre le bien et le mal, entre la lumière et les ténèbres*” (Gs, 13, §2).³⁴ René Coste, exponente autorizado del pensamiento católico, se apoya en “la célebre definición agustiniana: *Pax omnium rerum, tranquillitas ordinis*: La paz universal es la tranquilidad del orden”, para señalar que “dos elementos rigen, pues, la vida social: la convivencia en el orden, la convivencia en la tranquilidad”.³⁵

Al respecto, dice Coste: “El verdadero orden en las relaciones interhumanas no es un arreglo artificial impuesto por jefes a un rebaño de esclavos: sólo sería su caricatura. Es la expresión armoniosa de las relaciones interpersonales e intercomunitarias que se establecen entre personas y entre comunidades que se respetan en el marco de la comunidad mundial... [A su vez] la tranquilidad (o la calma) es algo... distinta del estancamiento perezoso o del inmovilismo social...”³⁶ en el hombre, llamado como ha sido al cumplimiento de su vocación dentro del programa divino.

La idea contemporánea de una paz animada por la “seguridad en común” y por el valor preceptivo de la dignidad de la persona humana, es coincidente con la visión intelectual de la Carta de San Francisco, bajo cuya égida nace la Organización de las Naciones Unidas. Sin embargo, mal podríamos aducir que la paz de nuestro tiempo es un hecho logrado. Se han sucedido innumerables conflictos “periféricos”, internacionales e internos, tan inmorales en cuanto a pérdidas de vidas humanas como lo fueron, en su momento, las dos grandes guerras europeas.³⁷ Cabría preguntarse, sin que disminuya la fuerza del argumento precedente, si esta paz todavía

32 *Ibidem*, p. 528. Igualmente, *vid.* Beaujour, *op. cit.*, tomo segundo, pp. 417 ss. “La sujeción del hombre y sus pasiones a sus deberes –dice este último autor- o la paz del corazón, deben, pues, ser el fin de la moral y, como la política no es sino el complemento de ésta, debe la política interior tener por objeto la paz entre los individuos, y la exterior (*sic*) la paz entre las naciones, a fin de que exista en cada uno y en todos los estados una paz perpetua...” (*Idem*, p. 427).

33 Delon, *op. cit.*, p. 528.

34 Cathequisme, *op. cit.*, p. 446.

35 Coste, *op. cit.*, p. 441.

36 *Loc. cit.*

37 Lefebvre, *op. cit.*, p. 20.

precaria se debe más a la supranacionalidad y al ideario fundacional de la ONU que a una prórroga real en los equilibrios de antaño, renovados en la bipolaridad de la Guerra Fría. O si, mejor aún, esta paz de la resignación, lejana de la paz de la concordia, es acaso un provento del diabólico “juego suma cero” diseñado por la tecnología de la muerte, que en sus avances incommensurables es capaz de conducirnos hacia el sendero de la guerra terminal.³⁸

El sentido común, suprema guía de lo humano, nos dice que a fin de cuentas cualquier fórmula -técnica, orgánica o funcional- para la conquista y consolidación de la paz, nada vale sin el acuerdo de los corazones: Sólo posible cuando unos y otros nos disponemos al diálogo fecundo, obra del respeto y la tolerancia mutuas. Fue sabia y pertinente, en este sentido, la reflexión de Octavio Paz al recibir, de manos del Presidente alemán, el Premio Internacional de la Paz de la Asociación de Editores y Libreros, en Francfort: “...una y otra vez [el] diálogo ha sido roto por el ruido de la violencia o el monólogo de los jefes. La violencia exacerba las diferencias e impide que unos y otros hablen y oigan; el monólogo anula al otro; el diálogo mantiene las diferencias pero crea una zona en la que las alteridades coexisten y se entretajan. El diálogo excluye al ultimatum y así es una renuncia a los absolutos y a sus despóticas pretensiones de totalidad: somos relativos y es relativo lo que decimos y lo que oímos. Pero este relativismo no es una dimisión. Para que el diálogo se realice, debemos *afirmar lo que somos y, simultáneamente, reconocer al otro en su irreductible diferencia*. El diálogo nos prohíbe negarnos y negar la humanidad de nuestro adversario”³⁹ (Cursivas nuestras).

Al amparo de la explicada visión occidental y cristiana, renovada en el pensamiento pontificio,⁴⁰ podríamos sentenciar: Si la paz es el producto del diálogo y de la tolerancia, y si el diálogo nace del reconocimiento del otro y del nosotros, con lo cual todos hemos de acomodar nuestros intereses a las necesidades de los demás haciendo posible el respeto del Bien Común, la paz es, por lo mismo, aspiración y “perpetuo quehacer” (Gs, 78), también valor preceptivo para el orden y, sin excluirse, derecho humano *in totus*. “La paz -sentencia la *Redemptor Hominis*- se reduce al respeto de los derechos inviolables del hombre”.⁴¹

III

En el ámbito de lo jurídico formal, las normas internacionales y la doctrina -cuando menos hasta la Segunda Guerra Mundial- reconocieron a la paz y a la guerra como situaciones legítimas que se llaman en reciprocidad. Ambas fueron ordenadas por el Derecho, según lo dicho, dentro de una percepción de complementariedad. El Derecho constitucional interno de los Es-

38 *Loc. cit.* De la misma manera, Aron, *op. cit.*, pp. 835 ss.

39 Octavio Paz. *Pequeña crónica de grandes días*. México. FCE, 1990, p. 92.

40 Jesús Iribarren y J. L. Gutiérrez (editores). *Ocho grandes mensajes* (en lo particular *Pacem in terris*). Madrid. BAC, 1981, pp. 201 ss.; Pedro Jesús Lasanta. *Diccionario social y moral de Juan Pablo II*. Madrid. Edibesa/Documentos 2, 1995, pp. 477-499.

41 Juan Pablo II. *Encíclicas de Juan Pablo II*. Madrid. Edibesa/Documentos 1, 1995, p. 62.

tados refleja, en variados matices y a pesar de las reformas introducidas en la última posguerra, la señalada tendencia institucional dualista.⁴² Así, por ejemplo, la Constitución Argentina (1994) atribuye al Presidente de la Nación “declara[r] la guerra y ordena[r] represalias con autorización y aprobación del Congreso”.⁴³ La Constitución de Uruguay (1989) otorga al Presidente, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, la potestad de “decretar la ruptura de relaciones y, previa resolución de la Asamblea General, declarar la guerra, si para evitarla no diesen resultado el arbitraje u otros medios pacíficos”.⁴⁴

En un ángulo diferente del anterior, la actual Constitución de Venezuela (1961), al prever que en los tratados que la República celebre se insertará una cláusula que obligue a la solución de las controversias por las vías pacíficas reconocidas en el Derecho internacional, dispone que el Presidente “adoptar[á] las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y de la soberanía, en caso de emergencia internacional”.⁴⁵

La Constitución de Costa Rica (1995), que es la de mayor vocación pacifista en el Hemisferio, no tiene disposiciones equivalentes a ninguna de las anteriores, salvo la atribución al Presidente junto al respectivo Ministro de Gobierno, de la competencia para “disponer de la fuerza pública [a fin de] preservar el orden, defensa y seguridad del país”.⁴⁶ Finalmente, la vigente Constitución de Colombia (1993), que es la consecuencia de una realidad social de violencia institucionalizada, es la primera en reconocer a la paz como “un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”.⁴⁷

El nacimiento y la formación de la Sociedad de las Naciones y, sucesivamente, de la Organización de las Naciones Unidas, junto a la definitiva proscripción del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la declaratoria de éste como ilícito susceptible de comprometer la responsabilidad de los Estados y, en sus derivaciones, la obligación impuesta a éstos de resolver *pacíficamente* las controversias, abrieron un camino para la reversión progresiva de la nefasta cuanta viciosa tendencia del *bellum omnium contra omnes*.⁴⁸

El Pacto de la Sociedad de las Naciones, en lo particular, no proscribió y, por el contrario, estableció un sistema de moratoria de la guerra, todavía reconocida como medio para la solución de los conflictos internacionales. Empero, apuntó tímidamente hacia la formación de una sociedad mundial organizada, en procura de una paz mundial estable. Los redactores del Pacto, quizá como reflejo y en emulación de la experiencia evolutiva interna de los propios Estados o influidos por la tesis de Locke (1632-1704) que describe al estado de guerra como “la ausencia

42 Luis A. Ortiz-Alvarez y Jacqueline Lejarza A. (Comp.) *Constituciones Latinoamericanas*. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1997, *passim*.

43 Artículo 99, numeral 15°.

44 Artículo 168, numeral 16°.

45 Artículo 190, numeral 7°.

46 Artículo 140, numeral 16°.

47 Artículo 22.

48 Tomas Hobbes (1588-1679). Apud. Bodenheimer, *op. cit.*, p. 157.

de un soberano común al que pueda acudir en demanda de que intervenga como juez”,⁴⁹ advirtieron lo indispensable de sustituir el régimen primitivo y disolvente de la autotutela por otro en el que la fuerza estuviese organizada de manera colectiva y en apoyo a las exigencias superiores de la comunidad internacional. Esto, *mutatis mutandi*, lo sugiere el texto del artículo 8 de dicho Pacto: “Los miembros de la Sociedad reconocen que el *mantenimiento de la paz* exige la *reducción de los armamentos* nacionales al mínimo compatible con la seguridad nacional y con la ejecución de las obligaciones internacionales impuestas por una *acción común*” (Cursivas nuestras).⁵⁰

La primera guerra mundial demostró que no bastaba una percepción “sistémica” de la paz, sostenida en el equilibrio de potencias entre los actores de la comunidad internacional, para declarar su conquista final. Tampoco fue suficiente el mecanismo del aplazamiento conflictual dentro de un régimen de poder orgánicamente desconcentrado como el que mantuvo la Sociedad de las Naciones, ni la proscripción nominal de la guerra como lo hizo el Pacto Briand-Kellog, en 1928. Ambos, como iniciativas para la paz, fallaban por lo sustancial: El avance desde el régimen primitivo de responsabilidad colectiva o grupal y de seguridad individual hacia otro de responsabilidad personal y de seguridad orgánica y colectiva.⁵¹

Sin ser suficiente, lo anterior suponía una cultura de la asociación como contrapartida a la cultura del clan. Esta, a diferencia de la primera, no acata ni respeta la libertad de iniciativa, la alteridad, la subsidiariedad, la participación, el aseguramiento del Bien Común, la responsabilidad individual y, por vía de recapitulación, la finalidad intrínsecamente humana de las sociedades intermedias.⁵²

Desde 1945, Naciones Unidas se esforzó en el diseño de un nuevo modelo para la paz internacional basada en los valores de tolerancia, convivencia pacífica e interdependencia entre los Estados. Las normas de la Carta de la Organización le han opuesto, a la anomia interestatal y al “realismo” político que le acompaña, el ensamblaje de las exigencias propias del ordenamiento jerárquico y funcional del poder internacional con los objetivos que le justifican desde el vértice de la ética humana y su estimativa.

49 John Locke. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Barcelona. Aguilar, 1990, p. 25. Para Locke, sin embargo, a diferencia de Hobbes, el estado de naturaleza es de igualdad, regido por un Derecho natural que enseña al hombre “que... nadie debía perjudicar a otro en su vida”. Reconoce, sin embargo, que tal estado “era inseguro y estaba constantemente expuesto a las invasiones de los demás”. *Cfr.* Bondenheimer, *op. cit.*, pp. 169 ss.

50 *Vid.* numeral 1 de dicho artículo y el texto integral del Pacto, de 28 de abril de 1919, en Rubens Ferreira de Melo. *Textos de direito internacional e de história diplomática de 1815 a 1949*. Rio de Janeiro. Coelho Branco, 1950, p. 237.

51 Hans Kelsen. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. México. FCE, 1986, *passim*. También, Juan Carlos Puig. *Derecho de la comunidad internacional (I)*. Buenos Aires. Depalma, 1975, pp. 17 ss.

52 Dominique Méda, *El trabajo: Un valor en extinción*. Barcelona. Gedisa, 1998, *passim*; Ralph Linton. *Estudio del hombre*. México. FCE, 1942, pp. 232 ss.

Sin embargo, la Carta de San Francisco no oculta su preferencia indirecta, en procura del mantenimiento o restablecimiento de la paz, por la aplicación de medidas coercitivas que, en última instancia, podrían incluir el uso de la fuerza armada.⁵³ No obstante, el Capítulo IX de la misma explica que las condiciones de estabilidad y de bienestar requeridas para la paz dependen de tres factores interdependientes y complementarios del anterior: La promoción y realización del desarrollo económico y social, la cooperación cultural y educativa, y el respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales.⁵⁴

Estos, subestimados por la ordenación sustantiva de la Carta y las circunstancias de la coexistencia pacífica, son las que mejor interpretan las finalidades genuinas (v.gr. "... practicar la tolerancia y la convivencia en paz como buenos vecinos")⁵⁵ del sistema "onusiano", explicitados en el Preámbulo de aquella y en su artículo 1°. Es manifiesta y no discutida, en efecto, la exigencia a los miembros de las Naciones Unidas de preservar a las generaciones futuras del flagelo de la guerra. La guerra de agresión y las distintas formas de uso de la fuerza por los Estados, en supuestos distintos a la legítima defensa, son manifiestamente contrarias al Derecho internacional y, por ende, susceptibles de comprometer la responsabilidad de los Estados e incluso la de los individuos, cuando media la comisión de crímenes contra la Humanidad.⁵⁶

Esta interpretación teleológica de la Carta en su concordancia con la práctica de la Organización de las Naciones Unidas, mal se hubiese podido defender sin la oportuna complementación que, en el ámbito normativo, conllevó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948 y a cuyo tenor "la paz en el mundo [tiene] por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".⁵⁷

En refuerzo de lo anterior, importa destacar que la Carta condena *ab initio* el flagelo de la guerra, mas no por su inutilidad como afirmaban los escritores del Siglo de las Luces, sino por los sufrimientos indecibles que ésta le ha infligido a la Humanidad. De allí, el valor de la declaración de los Estados miembros al reafirmar su fe en los derechos fundamentales del hombre y, más específicamente, en la creación de las "condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional".⁵⁸

Cuando la Carta de Naciones Unidas define normativamente los propósitos de la Organización y cita, como base para la actuación de sus mecanismos de policía, las amenazas o quebrantamientos de la paz y de la seguridad de los Estados, no olvida señalar de manera diferen-

53 Artículos 1,1; 2,7; 11 y Capítulos V y VII, etc.

54 Artículo 55.

55 Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, hecha en San Francisco, el 26 de junio de 1945.

56 Asdrúbal Aguiar. *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*. Caracas. Monte Avila Editores Latinoamericana / Universidad Católica Andrés Bello, 1997, *passim*.

57 Primer considerando del preámbulo.

58 Párrafo tercero del preámbulo.

ciada a las tareas de fomento de las relaciones de amistad entre los Estados, de desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las “*otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal*”⁵⁹ (Cursivas nuestras).

La Declaración 290 (IV) adoptada por la Asamblea General el 1º de diciembre de 1949, bajo el título *Essentials of Peace* (Bases esenciales de la paz),⁶⁰ es ilustrativa de esta tendencia. Interpretando a la Carta de San Francisco, intuye a la paz como “valor programático” y fundacional del orden postbélico, por ende traducible a normas generadoras de pretensiones y deberes humanos correlativos. Dicha Declaración, de suyo hace constar la urgencia de unas condiciones mínimas capaces de liberar a las personas de la angustia y de la miseria, y favorecer la realización de sus derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, todos interdependientes y correlativos al estadio esperable de “paz duradera”.⁶¹

La *Essentials of Peace* fue, a mayor abundamiento, el resultado de una iniciativa conjunta de los Estados Unidos y el Reino Unido, conducente a suplantarse la propuesta de la URSS denominada “*Condenación de los preparativos para una nueva guerra, y conclusión de un acuerdo de las Cinco Potencias para el fortalecimiento de la paz*”⁶²(cursivas nuestras). Los textos de estos dos instrumentos, por revelar posiciones señaladamente contrapuestas, son importantes para el adecuado conocimiento del modelo de paz “onusiana” y su evolución posterior.

El proyecto ruso, desechado por la 1ª Comisión de la Asamblea General, sujetaba el sostenimiento de la paz a compromisos de orden esencialmente externo y operativos, relacionados con la idea de la “seguridad”. De alguna manera, dicha tesis, postulaba una prórroga de la noción funcionalista Occidental, que tuvo vigencia desde el nacimiento y consolidación de los Estados Nacionales como unidades paritarias y actores principales del sistema internacional moderno. Según el texto referido, la paz depende de los siguientes elementos: a) Condena de la propaganda de guerra, la carrera armamentista y la inflación de los presupuestos militares; b) Prohibición incondicional del uso de armamentos atómicos, bajo control internacional, por constituir un crimen contra la Humanidad; y, c) Proscripción del uso de la fuerza y obligación de resolver pacíficamente las controversias internacionales.⁶³

Felizmente, la resolución *Essentials of Peace* puso de manifiesto el carácter complejo de la consecución de la paz mundial y la de los Estados y, a diferencia de la propuesta que substituyó, hizo caso omiso de la versión mecánica, coercitiva e interestatal, que tanto peso tiene para los exponentes de la *realpolitik* norteamericana y eurooccidental. En consonancia con el espíritu

59 Artículo 1,2 *in fine*.

60 Resolución 290(IV) del 1º de diciembre de 1949, adoptada en la 261ª. Sesión plenaria.

61 Numerales 6 y 7.

62 En cuanto a los alcances y el contenido de los debates sobre la Resolución 290 (IV), véase, *in extenso*, *Yearbook of the United Nations*, 1949 (O. *Essentials of Peace*), pp. 336 ss.

63 *Loc. cit.*

de la Carta, hoy pendiente de su renovación, la Asamblea General desarrolló los principios para el aseguramiento de una “paz duradera”, tomando en cuenta las prescripciones negativas y positivas indispensables para la organización “social” internacional de la posguerra, sin descuidar el objeto y la finalidad de tal estructura: Preservar la dignidad y el valor eminente de la persona humana.

La citada Resolución 290 (IV), en consecuencia, hizo un llamado a todas las naciones y a los Estados Miembros de la Organización, advirtiéndoles que el menosprecio de los principios contenidos en la Carta explica la presencia de tensiones en el ambiente internacional. A los Estados miembros les invitó, de manera puntual, a “participar plenamente en toda la obra de las Naciones Unidas”.⁶⁴ Instó abstenerse a las naciones de amenazar o usar la fuerza, en oposición a la Carta, o de realizar cualquier acto atentatorio contra la integridad o soberanía de un Estado u orientado a fomentar la discordia civil o subvertir la voluntad del pueblo en cualquier Estado,⁶⁵ e igualmente, les llamó a resolver sus controversias por los medios pacíficos establecidos y a cumplir de buena fe las obligaciones internacionales (*Pacta sunt servanda*). Seguidamente, les recordó promover, mediante la cooperación, el desarrollo de niveles de vida más altos para todos los pueblos, y a *eliminar los obstáculos que impiden la libre información y el intercambio de ideas*, “esencial para la comprensión y la paz internacionales”.⁶⁶

Entre otras exigencias, junto a invitarlas al desarme general y al control internacional del uso de la energía atómica, la Resolución hizo un llamado “a promover, en reconocimiento de la primordial importancia de preservar la dignidad y el valor de la persona humana, plena libertad para la expresión pacífica de la oposición política, plena posibilidad para el ejercicio de la libertad religiosa y pleno respeto para todos los demás derechos fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos del Hombre”.⁶⁷

La paz, dentro del ámbito conceptual y jurídico descrito viene a ser, entonces, condición y consecuencia de factores múltiples que se refuerzan mutuamente. Y por ello, en expresión de una línea consecuente con este desarrollo intelectual, Boutros Boutros-Galli, anterior Secretario General de la ONU a quien rendimos nuestro homenaje, sentenció que a la diplomacia preventiva, al establecimiento de la Paz y al mantenimiento de la Paz, debe añadirse un “concepto que le es muy afín: la consolidación de la Paz (*Omissis*)” (p. 3), para lo cual, “la única manera de dar[le] una base duradera a la Paz (*Omissis*) es desarrollar, aunadamente, una labor sostenida para hacer frente a problemas básicos de tipo económico, social, cultural y humanitario (*Omissis*)”.⁶⁸

En una perspectiva universal y de conjunto de la última posguerra, puede argumentarse que la paz es proscripción de la violencia y aseguramiento del orden que la hace posible y al

64 Declaración 290 (IV), cit., numeral 9.

65 *Id.*, numeral 3.

66 *Idem*, numeral 8.

67 *Ibidem*, numeral 6.

68 Boutros Boutros-Ghali. *Agenda pour la paix*. New York. Nations Unies, 1992, párrs. 5 y 57.

cual tienen derecho todos y cada uno de los hombres: el orden de la paz. “Toda persona -cita el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos- *tiene derecho* a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados (*Omissis*) se hagan plenamente efectivos” (Cursivas nuestras). Pero, tal orden no es sólo eso, mero orden, cual si fuese un orden de “seguridad”; es, en cumplimiento de su finalidad intrínsecamente humana, *Paz de satisfacción*,⁶⁹ cifrada en la confianza recíproca y en la cooperación mutua. Es, en la interpretación contextual de la mencionada norma, derecho a una paz separada de la paz situacional, de la paz de dominación o de meros equilibrios, ineficaz por tributaria del *over kill power*.

Ante la expectativa de un Nuevo Orden Mundial, la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución del 12 de diciembre de 1996,⁷⁰ se hizo intérprete de la corriente que nos conduce, ineluctablemente, hacia el establecimiento de una paz positiva en el mundo. En tal sentido, luego de destacar, en el Preámbulo de aquella, “la necesidad de un enfoque práctico que permita, por medio de un desarrollo humano sostenible y de la promoción de la tolerancia, el diálogo y la solidaridad, lograr la cooperación y la prevención de la violencia, consolidando de ese modo la paz”, formuló un “llamamiento para la promoción de una *Cultura de Paz* basada en los principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas, el respeto de los derechos humanos, la democracia, la tolerancia, el diálogo, la diversidad cultural y la reconciliación, (*Omissis*) como planteamiento integral para prevenir la violencia y los conflictos y contribuir a las condiciones de Paz y su *consolidación*”⁷¹ (Cursivas nuestras). La validación por la Asamblea General, además, del proyecto transdisciplinario “Hacia una cultura de paz” como parte del *Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la esfera de los Derechos Humanos*,⁷² dice mucho a este respecto.

IV

Al margen de las consideraciones axiológicas y normativas precedentes, tómesese en cuenta que la historia relacionada con el agotamiento reciente de la experiencia comunista y el fenómeno de la mundialización, desnuda nuestra existencia y nos interpela, esta vez con mayor razón, sobre la empresa de la paz y las exigencias que se imponen para su final y humana consecución. Y no podría ser de otro modo. El agotamiento del “socialismo real” alivió en la conciencia de las generaciones actuantes la probabilidad de una Tercera Guerra Mundial, que se venía alimentando de la confrontación ideológica y el equilibrio nuclear entre Washington y Moscú. Pero, la severa crisis de identidad acusada por las sociedades de Occidente en esta década final, viene desarrollando variadas y peligrosas formas de conflictividad estamental, étnica, racial, cultural y religiosa, cuya naturaleza escapa a la lógica tradicional y geopolítica de los Estados.

69 A ella se refiere Raymond Aron. *Paix et guerre entre les nations*. Paris. Calman-Lévy, 1962, pp. 159 ss., apud. Pérez Luño, *op. cit.*, p. 506.

70 Resolución 51/101 adoptada en la 82ª sesión plenaria.

71 *Idem*, numeral 3.

72 Resolución 50/173 del 22 de diciembre de 1995.

El choque que provoca el mercado global y la subcultura que le acompaña, al devaluar al Estado y entronizar como elemento sucedáneo de integración social a la opinión pública y sólo a ella, ha dado lugar a dos tendencias disolventes de la concordia humana, antagónicas y perniciosas por carentes de todo ánimo crítico: (a) La parálisis y el autismo de los más como respuesta a la tempestad de la “mercadología planetaria”, según el valioso criterio de Alain Minc;⁷³ y (b) el repliegue de los huérfanos de la posguerra fría hacia el calor de las cofradías y otras estructuras primarias que, al atraparles su personalidad, reeditúan odios y exclusiones sólo conocidas en el mundo primitivo y en el Medioevo. Todo esto, a fin de cuentas, revela que “está en juego [nuestra actual] capacidad para [re]constituir un lugar de anclaje para las identidades individuales”,⁷⁴ idóneo, como la asienta la *Pacem in Terris*, para asegurar la tranquilidad de un orden fundado en la verdad, guiado por la justicia, movido y moderado por la caridad, y desarrollado en la libertad (PT, 35-38).⁷⁵

La cosmovisión que se gesta en nuestras narices, todavía huérfana de definiciones apropiadas, le da amplia cabida a paradigmas comunes en su ineditez. La suma entre los trastornos sociales señalados y la reciente revolución de los conocimientos y de la tecnología, a la que se agrega la convicción compartida en cuanto al paulatino agotamiento del valor estratégico del poder militar convencional, nos conminan, por lo mismo, a un replanteamiento integral del proyecto civilizatorio del hombre.

En el interinato, preocupa que la persona humana medre tan precaria en su soledad, sin las sujeciones indispensables para la convivencia. Estas, en el inmediato pasado y bajo la preeminencia del colectivismo marxista y de sus derivaciones, ciertamente que le diluyeron u ocultaron como criatura premunida de unidad y de unicidad. Mas, hoy, en el otro extremo, se le reivindica en la anomia social y en la regresión del “todo” hacia formas primarias de mera agregación humana y disolventes del sentido trascendente del vínculo social.

De ordinario, sólo en la comunión con sus semejantes, el hombre se muestra capaz de desplegarse en razón y voluntariedad. De allí que, como lo aprecia Méda, el vínculo social exprese reciprocidad: “Mientras aporto mi contribución a la sociedad, desarrollo mi sentimiento de pertenencia, quedo ligado a ella, porque la necesito y le soy útil”.⁷⁶ La verdad fundante, en efecto, sólo se puede mantener en el seno de la vida social, si aceptamos que “el hombre alcan-

73 Alain Minc. *La mondialisation heureuse*. France. PLON, 1997, p. 163.

74 Méda, *op. cit.*, p. 207. Téngase presente, a manera de aclaratoria de lo dicho, que la referencia al fenómeno estamental y disolvente de lo social que privó durante el Medioevo y el cual dio paso al fenómeno del Estado Nación durante la modernidad, en modo alguno olvida el valor inestimable ejercido por la cultura cristiana como factor de integración y de universalización social en la época. Esta materia, ciertamente, requeriría de un análisis detenido que escapa a los límites de estas apuntaciones. Sin embargo, consúltese a Christopher Dawson. *Historia de la cultura cristiana*. México. FCE, 1997, *passim*.

75 *Vid. Pacem in terris*, en Iribarren y Gutiérrez, *op. cit.*, 219-221. Adicionalmente, *Catéchisme de L'Église Catholique*. Manchecourt. Mame/Plon, 1992, p. 574.

76 Méda, *op. cit.*, p. 21.

za su propio nivel por el proceso de cultivo de su humanidad, que tiene lugar en la vida social, comenzando en la familia para desplegarse en la sociedad civil”.⁷⁷

En definitiva, creemos que por una u otra vía -como al inicio de todo lo que existe- es predecible que el *humanum* intente otra vez alejar los temores que le acechan desde el lado oculto de su Ser y se enfrente, si es que ya no lo hace, consigo mismo y en su dimensión como persona. Y, quizás vuelva a descubrir -alguien lo ha dicho- que la vida humana tiene como límite la vida misma y no la muerte. “Lo que importa [en efecto] no es el sentido de la vida en términos generales, sino el significado concreto de la vida de cada individuo en un momento dado”.⁷⁸

Para tal desafío, aquél cuenta con la dignidad que le es intrínseca y que lo supone dotado de inteligencia, de capacidad de abstracción y de libre albedrío. Ella le permite descubrir el orden natural, en el que se reconoce luego de sus caídas y del cual deriva los derechos y deberes que le son consustanciales. Sin embargo, dada la dinámica competitiva del momento, el hombre también puede revertirse y quedar transitoriamente atrapado en su animalidad primigenia, desarrollando instintos elementales de supervivencia.

A lo mejor sí, o quizás no, podrá abrirse en esta *témpora* una fisura capaz de filtrar un “estado de armonía del hombre con la naturaleza, consigo mismo y con el artífice” de todo lo que es y existe, según los términos descriptivos que a la paz le asigna el Vocabulario de Teología Bíblica.⁷⁹ Esta vez, como lo reclamaba Maritain, a buen seguro que el hombre apelará al despertar de su conciencia y participará en la edificación real de la paz, “aunque sólo sea por el honor de nuestra especie”.⁸⁰

En el imperativo de examinar y de analizar alternativas que favorezcan el propósito de otorgarle a la paz su dimensión personal y, en el propósito obligante de reivindicar al hombre en su condición de sujeto moral, poseedor de libertad y, por tanto, capaz de actuar de manera deliberada y ser, “*pour ainsi dire, le père de ses actes*”,⁸¹ no se puede hacer caso omiso de las prácticas renovadas que conspiran al respecto.

Al comentar, en su oportunidad, las incidencias de la guerra por la invasión iraquí a Kuwait, dijimos que sería trágico para la Humanidad si, convencional o heterónomamente, las normas establecidas por la institucionalidad mundial en cierne, llegasen a expresar una mera descripción, sin referencias axiológicas, de otra lucha de poderes por el poder mismo. Agregamos,

77 Rafael Tomás Caldera. *Visión del hombre: La enseñanza de Juan Pablo II*. Caracas. Centauro, 1995, p. 99.

78 Viktor Frankl. *El hombre en busca de sentido*. Barcelona. Herder, 1996, p. 107.

79 X. Léon-Dufour. *Vocabulario de teología bíblica*. Barcelona. Herder, 1966, pp. 582 ss., apud. Coste, *op cit.*, p. 439.

80 Maritain, s/r.

81 Catéchisme..., *op cit.*, p. 454.

entonces, que si los beneficiarios de la *perestroika*, influidos por el “neoiluminismo” occidental, convalidan una concentración monopólica de poder en paralelo a las Naciones Unidas y a despecho de su indispensable fortalecimiento y democratización, puede suponerse que el orden sucesáneo mantendrá vigencia dentro de un limitado espacio temporal y hasta tanto la fuerza arbitraria que le sustente no sea sustituida, de manera igualmente arbitraria y violenta, por quienes en la encrucijada logren situarse como gobernantes medios del sistema internacional.⁸²

En otras palabras: de reducirse el Nuevo Orden a una mayor influencia de Washington en el destino político de la Humanidad, no estaríamos, en propiedad, ante un nuevo orden. Nos acompañaría, como lo anunció Fraga Iribarne, una nueva situación que reclamará de urgentes contrapesos y de su canalización positiva, para evitar la hecatombe.⁸³

En consonancia con las premisas de estas apuntaciones, hemos de repetir que un nuevo Estado de Derecho para el mundo ha de suponer una reflexión renovada sobre sus valores fundamentales y sobre los medios para organizar la paz. Y, para que sea justo y, sobre todo, permanente, el Orden Mundial esperado deberá conciliar las admisibles y legítimas aspiraciones de quienes ahora intentan actuar como sus “repartidores supremos” con el derecho a la esperanza de quienes, en el curso de los últimos cincuenta años, fueron víctimas morales y materiales del antagonismo Este-Oeste.

En este sentido, asegurada como se dice (¿?) la estabilidad en Occidente, queda pendiente, entre otras muchas tareas de humanización de la vida en el Planeta, resolver el desencuentro milenar del Oriente Medio por indigno de la civilización que se levanta. De animarnos un sincero tránsito desde la Paz de los Equilibrios hacia la Paz de la Concordia, ello exigirá la mutua comprensión entre los valores seculares de nuestra civilización y los que se desprenden de las otras corrientes culturales en boga, entre éstas el islamismo, cuyas categorías religiosas y políticas no han cesado de mantener una admirable unidad funcional durante casi dos milenios de historia: *Ex Oriente lux, ex Occidente lex*.⁸⁴

V

“Una paz fundada exclusivamente en acuerdos políticos y económicos entre gobiernos -según reza el Preámbulo de la Constitución de la UNESCO- no podría obtener el apoyo unánime, sincero y perdurable de los pueblos (*Omissis*); la paz debe basarse en la solidaridad moral e intelectual de la Humanidad”.

A tenor de este mandamiento y, en la convicción, como lo apunta el mencionado Preámbulo, de que “las guerras nacen en las mentes de los hombres, [y] es en la mente de los hom-

82 Asdrúbal Aguiar. *El nuevo orden mundial y las tendencias direccionales del presente*. Caracas. El Centauro, 1997, pp. 61 ss.

83 Manuel Fraga Iribarne. *ABC*. Madrid, 16 de abril de 1991.

84 Aguiar, *El nuevo orden...*, *op. cit.*, p. 74.

bres donde deben erigirse los baluartes de la paz”, Federico Mayor, Director General de dicha Organización, nos propuso a todos, con la lucidez del visionario, asumir el maravilloso reto de pasar *de una cultura de guerra a una cultura de paz*.⁸⁵

Las premisas de la convocatoria promovida por Mayor no podían ser más contundentes: “Un sistema se hundió en 1989 porque, basado en la igualdad se olvidó de la libertad. El sistema presente, basado en la libertad, correrá igual suerte si se olvida de la igualdad. Y de la solidaridad”. Y para ello, a fin de erradicar la violencia, no existe alternativa que ir “a las fuentes mismas del rencor, la radicalización, el dogmatismo, el fatalismo”. “La pobreza, la ignorancia, la discriminación, la exclusión... son formas de violencia que pueden conducir -aunque no la justifiquen nunca- a la agresión, al uso de la fuerza, a la acción fratricida”.⁸⁶

Después de la decepción del materialismo y del servilismo al mercado, comenta el Director General de la UNESCO, podemos fraguar la paz “en el regreso a la libertad de pensar y de actuar, sin fingimientos, a la austeridad, a la fuerza indomable del espíritu, clave para la paz y para la guerra”, que se resume en el derecho a nuestra soberanía personal, al respeto a la vida y su dignidad. En otras palabras: en *el derecho a la paz*, que condiciona a todos los derechos, porque, como dijo Mayor al inicio de su mensaje institucional de enero de 1997: “La paz duradera es premisa y requisito para el ejercicio de todos los derechos y deberes humanos”.⁸⁷

El derecho humano a la paz y su reconocimiento como paradigma moral e intelectual, en consecuencia, viene a ser el fundamento necesario de la Cultura de Paz, y la motivación que subyace en la Resolución 52/13 de la Asamblea General de la ONU del 11 de noviembre de 1997. Esta, justamente, “pide al Secretario General que, en coordinación con el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y teniendo en cuenta el debate celebrado en la Asamblea General, las sugerencias concretas de los Estados Miembros y las observaciones, si las hubiere, de los Estados miembros en el 29º período de sesiones de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, presente un informe consolidado que contenga un *proyecto de declaración y programa de acción sobre una cultura de Paz* a la Asamblea General en su quincuagésimo tercer período de sesiones”⁸⁸ (Cursivas nuestras).

La Cultura de Paz, sin excluir ni contravenir “las situaciones de emergencia [que] deben tratarse con procedimientos de toma de decisión y de acción diseñados especialmente...”,⁸⁹ se propone, exactamente, acometer todo aquello que no puede hacerse en un contexto de guerra y apenas es posible en la tarea diaria pero obligante de la convivencia y de la tolerancia. El dere-

85 Es éste “...le défi majeur, en cette fin de XXe. Siècle”, como lo expresa la Resolución 28C/0.12 de la UNESCO del 13 de noviembre de 1995 (Stratégie à moyen terme pour 1996-2001). En este mismo orden, Mayor, *op. cit.*, p. 6.

86 *Idem*, pp. 11-12.

87 *Ibidem*, pp. 5 y 12.

88 *Cfr. supra*, nota 6.

89 Mayor, *op. cit.*, p. 6.

cho a la paz y su cristalización, por su parte, supone el reconocimiento del señorío de la persona humana sobre toda obra terrena, así como la afirmación de la interdependencia entre los derechos humanos, la libertad, la práctica de la democracia con equidad y la vigencia de un orden natural sin el cual, aquellos y éstas, serían letra muerta.

Ya lo dice Mayor, con verbo entusiasmado: “Paz, desarrollo y democracia forman un triángulo interactivo. Sin la democracia no hay desarrollo duradero: las disparidades se hacen insostenibles y se desemboca en la imposición y el dominio”.⁹⁰ Se desemboca en la violencia, diríamos nosotros, que, por lo arbitrario de sus dictados no es otra cosa que ausencia de la paz. En su complejidad como noción, hemos de admitir que la paz responde a una necesidad humana sustancial y, por ello mismo, es susceptible de ser definida como derecho humano. Si se quiere, como lo alega con lucidez Uribe-Vargas, es “derecho humano síntesis”,⁹¹ mas no una caricatura de los derechos, según afirmara algún experto durante la reseñada Consulta de París. Sin la paz no existen los derechos humanos. Sin la paz no sólo reina la violencia, antes bien se degrada la obra humana y la vida pierde su carácter trascendente. Es la paz una aspiración como lo son todos los derechos humanos, sin que por ello dejen de ser tales, pues se conquistan cotidianamente y cotidianamente se ven limitados o frustrados en su total realización.

Para la genuina cultura occidental y cristiana -ya lo hemos visto- esta idea de la paz como inherente al ser humano y constitutiva de un derecho humano fundamental, no admite vacilaciones en su alegación. La vida sólo se entiende, en el plano de lo racional, cuando es algo más que mera subsistencia física, puesto que, si ésta, la vida, es presupuesto necesario, requiere, para ser vida humana, de la vida espiritual y de la vida de relación.

Según el testimonio de la Iglesia Católica -debemos repetirlo hasta la saciedad- “el respeto y el crecimiento de la vida humana exigen la paz... La paz –según observa el Nuevo Catecismo- no se puede obtener sobre la tierra sin la salvaguarda de los bienes de las personas, la libre comunicación entre los seres humanos, el respeto a la dignidad de las personas y de los pueblos, la práctica asidua de la fraternidad”.⁹² Bástenos con apreciar, en cuanto a lo dicho, que “en todos sus niveles, el orden de la vida, de toda vida, tiene como evidente objetivo, aunque a veces no se cumpla, su plena y completa realización [; y así,]... se destaca como norma básica de la Ley Universal, en su aplicación al hombre, la de *no matar* (Mt.5,21), que, expresada en otros términos, significa: “Debes respetar la vida humana” como uno de los mayores bienes del orbe”.⁹³

Para la UNESCO -*alma mater* de todas las culturas- proclamar el derecho humano a la paz y defender ante sus miembros la necesidad de su urgente cristalización, responde a un imperativo de base: Si la paz significa diversidad cultural, conciencia crítica, prevención como fa-

90 *Idem*, p. 5.

91 Uribe Vargas, *op. cit.*, p. 188. Además, del mismo autor, *El derecho a la paz*. Bogotá. Instituto para el Desarrollo de la Democracia/Universidad Nacional de Colombia, 1996, *passim*.

92 Catéchisme..., *op. cit.*, pp. 573-574.

93 Jorge Iván Hübner Gallo. *Los derechos humanos*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 83.

cultad distintiva de lo humano, es evidente que deben garantizarse los intangibles: esos recursos sin los cuales el hombre apenas sería especie biológica;⁹⁴ debe proveerse lo necesario, en suma, para que el rostro humano aparezca en la ordenación de todos los bienes terrenos, porque el hombre es “centro y cima de todos ellos” (Gs,12).⁹⁵

En cierto modo, con lo dicho parece coincidir Pérez Luño, cuando escribe que “la guerra podría considerarse como un intermitente retorno a la barbarie ancestral en la que el progreso no sucumbe gracias a esa Providencia divina, que en Vico anticipa la “astucia de la razón” (*die list der Vernunft*) hegeliana. De aquí el peligro constante de autodestrucción que gravita sobre la especie humana, y el ineludible compromiso de quienes apuestan por la supervivencia de coadyuvar al providencialismo y a la astucia racional para evitar la hecatombe”.⁹⁶

VI

La calificación y el reconocimiento de la paz como derecho humano y fundamento de la cultura de paz, tiene antecedentes de especial significación dentro el ámbito jurídico internacional. Tantos, que bien podría sostenerse el bizantinismo o la inutilidad de un debate como el que planteó la Consulta Internacional de París. Se citaron *supra* algunas disposiciones de tratados y declaraciones diversas que ya dan cuenta de la relación sustancial entre la paz y la vigencia de los derechos humanos, la cual no se reduce a una mera vinculación del continente con su contenido. Es imprescindible subrayar, sin embargo, que la paz ha sido objeto de una específica y progresiva “juridificación” que le confiere, además, contextura propia. Mejor aún, ha sido descrita como un derecho humano fundamental, si bien su portada y contenido no han sido lineales en el curso de los años.

Hasta el presente y en tanto que propósito de las Naciones Unidas (1945/1949),⁹⁷ a la paz se la ha descrito como orden social (1948);⁹⁸ como garantía principal y también como ideal (1965);⁹⁹ como objeto del derecho a la educación (1966);¹⁰⁰ como *desideratum* de la seguridad internacional y de sus medidas “efectivas” (1970);¹⁰¹ como antípoda del crimen internacional de agresión (1974);¹⁰² como bien “indivisible” e inseparable de la seguridad (1977/1978);¹⁰³ como derecho inmanente de toda nación y todo ser humano (1978);¹⁰⁴ como

94 *Loc. cit.*

95 *Cfr. Gaudium et Spes*, en la obra de Iribarren y Gutiérrez, Ocho mensajes..., *op. cit.*, p. 399.

96 Pérez Luño, *op. cit.*, p. 502.

97 Artículo 1 de la Carta de San Francisco; asimismo, *Essentials of Peace* (Resolución 290/IV), *cit.*

98 Artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

99 Preámbulo de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos* (Resolución AG/2037-XX del 7 de diciembre de 1965).

100 Artículo 13 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

101 *Declaración de las Naciones Unidas sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional* (Resolución AG/2734-XXV del 16 de diciembre de 1970).

102 Resolución AG/3314-XXIX (*Definición de agresión*) del 14 de diciembre de 1974.

aspiración de la Humanidad, derecho sagrado de los pueblos y obligación de los Estados (1984);¹⁰⁵ como “elemento esencial” del derecho al desarrollo (1986);¹⁰⁶ como objeto de la educación en la esfera de los derechos humanos (1995);¹⁰⁷ y, finalmente, como razón de una nueva cultura sustitutiva de la cultura de guerra y violencia dominante (1998).¹⁰⁸

En la caracterización de la paz como derecho humano debe mencionarse -como lo hicimos *supra*- la norma del artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que prevé *el derecho de toda persona a un orden social e internacional “en el que los derechos y libertades proclamados... se hagan plenamente efectivos”*. Aparentemente, los hacedores de este orden social y, por ende, destinatarios del mandato contenido en la Declaración, serían los Estados y la comunidad internacional. En su respectivo núcleo, el derecho a la paz, concebido como orden, de suyo deriva en derecho humano “colectivo”, difuso, carente de inmediatez en cuanto a su realización. Por consiguiente, para concretarse su irrespeto habría de mediar una relación directa con el incumplimiento de otro derecho humano específico, que haga parte de aquellos indispensables para el sostenimiento del comentado “orden de la paz”: *V.gr.* el derecho de toda persona a un recurso expedito y sencillo, capaz de ampararle en el ejercicio de sus derechos fundamentales, civiles y políticos, económicos, sociales o culturales.

En la Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos, de 1965, se prescribe la obligación de los Estados y el cometido de la UNESCO en cuanto al *deber de educar a la juventud* en el espíritu de la paz.¹⁰⁹ El derecho a una educación para la paz sería, en tal sentido, la contrapartida de dicha prescripción, cuya naturaleza le reduce a una obligación de hacer de efectos mediatos y de cumplimiento diligente. Dicho derecho se encuentra reforzado, como derecho a la educación, por el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) cuyo texto dispone que “la educación *debe capacitar a todas las personas para participar* efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad..., [e igualmente] promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

El contenido del derecho a la educación, según los términos del indicado Pacto, es compatible con la concepción integral y dualista que, como criterio práctico, asumió la Carta de San Francisco, es decir: (a) Aseguramiento de la *paz positiva*, en tanto que disposición personal y

103 *Declaración de las Naciones Unidas sobre la afirmación y consolidación de la distensión internacional* (Resolución AG/32/155 del 19 de diciembre de 1977; Documento final del X Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de NN.UU. (Resolución 5-10/2 del 30 de junio de 1978), párr. 1.

104 *Declaración de las Naciones Unidas sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz* (Resolución AG/33/73 del 15 de diciembre de 1978), I, 1.

105 *Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los pueblos a la paz* (Resolución AG/39/11 del 11 de noviembre de 1984).

106 Preámbulo de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al desarrollo* (Resolución AG/41/128 del 4 de diciembre de 1986).

107 Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos: *Hacia una cultura de paz* (Resolución AG/50/173 del 22 de diciembre de 1995).

108 Resolución AG/52/13 del 15 de enero de 1998 (*Cultura de paz*), *cit.*

109 *Cit. supra* nota 96 (Preámbulo y principio I).

social a la tolerancia y al favorecimiento de la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos, sin discriminaciones; y, (b) garantía de la *paz negativa*, expresada en el concurso de los mecanismos de seguridad colectiva internacional competentes para el mantenimiento de la paz externa y funcional entre los Estados.

En la Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz (1978), la paz adquiere, por vez primera, su plena contextura como derecho humano, individual y colectivo, al disponerse que “toda nación y todo ser humano, independientemente de su raza, convicciones, idioma o sexo, tiene el derecho inmanente a vivir en paz”.¹¹⁰

De cara al propósito para establecer, mantener y fortalecer una paz justa y duradera, la Declaración fija diversos principios ordenadores de la paz, dentro de los cuales cita el respeto a los “demás derechos humanos”¹¹¹ correlativos, es decir, los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos. Los obligados al respeto de los señalados derechos, por razones obvias y a tenor de lo establecido en los mismos Pactos Internacionales sobre la materia, son esencialmente los Estados y, de manera subsidiaria, también los individuos, por razón de los deberes que les incumben frente a los otros individuos y ante la colectividad de la que formen parte. Nada dice la Declaración, sin embargo, sobre el eventual vínculo entre los “otros” principios enunciados por la misma y el señalado derecho a vivir en paz, si bien se les menciona a propósito de éste.

Estos otros principios, en orden enunciativo, tienen que ver ora con la seguridad del orden (e.g., la proscripción de la guerra de agresión y su propaganda, el respeto a la soberanía e integridad territorial de los Estados, la eliminación de la amenaza de la carrera de armamentos, el desestímulo tanto del colonialismo y de sus prácticas como del *apartheid* o la promoción del odio y de los prejuicios entre los pueblos, etc.), ora con la cooperación para la paz (política, económica, social y cultural), cuya realización se sitúa, inexorablemente y dada la esencia de los compromisos que aquellos involucran, dentro de los deberes que corresponden primordialmente a los Estados.¹¹²

La Declaración anterior establece, por otra parte, como medios para la consecución de los cometidos a que se contraen sus principios, un conjunto de tareas que, afortunadamente, dicen más en cuanto al criterio *supra* mencionado de la *paz positiva* y de su cristalización. Así, se insta a los Estados a respetar los derechos constitucionales y la función integradora de la familia y de otras sociedades intermedias, facilitando la cooperación entre éstas y favoreciendo, al respecto, la implementación de políticas pertinentes, que incluyan la consideración de los procesos educativos y el valor inestimable de la información.¹¹³

En cuanto a este último aspecto, no se olvide que los editores y los directores de diarios

110 *Cit. supra* nota 101 (I, 1).

111 *Loc. cit.*

112 *Idem, passim.*

113 *Loc. cit.*

de América Latina, reunidos en Puebla (México, 1997) bajo los auspicios de la UNESCO, declararon que “la armonía interna en las sociedades y el entendimiento pacífico entre las naciones demandan transparencia informativa y de opinión, para superar las diferencias y construir los acuerdos”. De ahí deriva, exactamente, el sentido y la relación que con la ética de la paz y de la democracia tiene la protección del llamado derecho a la información (veraz) de los ciudadanos.

En 1984, la Asamblea General de la ONU, adoptó una nueva Declaración, esta vez sobre el *Derecho de los pueblos a la paz*,¹¹⁴ que bien podría interpretarse como regresiva en cuanto a los alcances de la precedente Declaración de 1978. La referencia exclusiva a los “pueblos”, vocablo jurídico internacional propio del mundo en desarrollo y acogido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al referirse al derecho humano a la autodeterminación (Artículo 1º), fortalece, por una parte, el vínculo de la paz con el Bien común y con el hombre-ciudadano; mas, diluye, por otra parte, la relación de la paz con el hombre-individuo, que es la que le otorga a la paz, justamente, su dimensión personal y su carácter moral.

Esta Declaración, al postular el *derecho sagrado* de los pueblos a la paz y fijar la obligación de los Estados en cuanto a su realización, destaca el interés por asegurar el desarrollo de políticas públicas orientadas a prevenir “una catástrofe mundial nuclear”.¹¹⁵ La circunstancia de que los destinatarios de este derecho difuso no sean, en lo puntual, todos y cada uno de los seres humanos, en adición a los Estados; el que las obligaciones de cumplimiento correspondan sólo a éstos; y que, en el mismo renglón, las políticas reclamadas por la Declaración estén restringidas a la parte conductual externa de los miembros de la comunidad internacional (eliminación de la amenaza de la guerra nuclear, renuncia al uso de la fuerza en las controversias internacionales y arreglo pacífico de las controversias),¹¹⁶ muestra que la susodicha Declaración se apoya en una idea restrictiva de la paz, como *paz negativa*, y en la visión según la cual el tema de la paz es materia reservada a la gestión colectiva de las sociedades políticamente organizadas, es decir, los Estados.¹¹⁷

VII

La UNESCO, de concierto con la Universidad de Las Palmas y el Instituto Tricontinental de la Democracia Parlamentaria y de los Derechos Humanos, celebró, en febrero de 1997, un primer encuentro de expertos para discutir, de manera abierta y sin prevenciones, la propuesta de Mayor Zaragoza sobre el derecho humano a la paz como fundamento de la cultura de paz. En su declaración final, los expertos hicieron ver que “el mantenimiento y el restablecimiento

114 *Cit. supra*, nota 105.

115 *Idem*, Preámbulo y numeral 3.

116 *Ibidem*, numeral 3.

117 Sobre la relación del derecho de los pueblos con los derechos humanos, v. Alain Papaux et Eric Wiler. *L'Étique du droit international*. Paris. PUF (Que sais-je ?), 1997, pp. 59-60.

de la paz entre los Estados y al interior de éstos, encuentran obstáculos -a la vez- políticos, económicos, sociales y culturales, que conviene superar a través de *medidas apropiadas*, especialmente *de carácter ético y jurídico*".¹¹⁸

Lo que es más importante, al reconocer que "todo hombre tiene un derecho a la paz que es inherente a su dignidad de persona humana", estimaron que "la puesta en práctica [de un derecho de esta naturaleza] exige que los deberes correspondientes sean asumidos de manera plural por los individuos, los Estados, las organizaciones internacionales y todos los demás actores de la vida en sociedad".¹¹⁹ La indivisibilidad de la paz -bien lo dice Mohammed Bedjaoui- tiene como corolario "la solidaridad de todos los actores del juego social concebido en su dimensión cosmogónica".¹²⁰

En acuerdo con lo anterior y por iniciativa del mismo Director General de la UNESCO, un grupo de profesores y expertos reconocidos -Karel Vasak (Francia), R. Ben Achour (Túnez), A. Eide (Noruega), H. Gros-Espiell (Uruguay), R. Ranjeva (India/CIJ), E. Roucouas (Grecia), A. A. Cançado-Trindade (Brasil/CIDH), E. Zenghi (Italia), J. Symonides (Polonia/UNESCO) y A. Aguiar (Venezuela)- asumió la tarea de redactar el Proyecto de Declaración Universal sobre el *Derecho Humano a la Paz*, siguiendo las orientaciones del Encuentro de Las Palmas y ayudados por el lúcido anteproyecto del Profesor Vasak. La sesión respectiva se realizó en Oslo, en la sede del Instituto Noruego de Derechos Humanos, dependiente del Senado de la Universidad de Oslo, en junio de 1997.

El proyecto de Declaración conocido como la "Declaración de Oslo",¹²¹ y la versión luego revisada por Federico Mayor ("Proyecto Mayor"),¹²² enuncian los antecedentes normativos internacionales de la relación inescindible entre la paz y los derechos humanos, y destacan -en lo particular el "Proyecto Mayor"- que la ausencia de la paz "perjudica gravemente el respeto de la vida humana, la dignidad y la puesta en práctica de todos los derechos humanos".¹²³ Una y otra, seguidamente, levantan toda su ingeniería normativa sobre un concepto matriz: "*La paix, bien commun de l'humanité, est un valeur universelle et fondamentale à laquelle aspirent tous les êtres humains et tous les peuples et en particulier la jeunesse du monde*".¹²⁴

Visto, entonces, que el respeto a la vida convoca naturalmente y desde lo íntimo de la conciencia a todo el Género Humano, al margen de las diversas conductas antropológicas que éste haya asumido en el curso de su existencia; y, siendo que la paz, por ello mismo, se le im-

118 Cfr. Rapport du Directeur General sur le droit...(29C/59), *op. cit.*, anexo I.

119 *Loc. cit.*

120 De dicho autor, "Introducción al Derecho de la paz". En *Diálogo*, publicación trimestral de la UNESCO, n° 21, junio 1997, p. 7.

121 Rapport...(29C/59), *cit.*, annexe II.

122 Comunicación del Director General..., *cit.*, anexo I.

123 *Loc. cit.*

124 Rapport... (29C/59), *cit.*, annexe II, Numeral 6 del Preámbulo de la "Declaración de Oslo"; Comunicación..., *cit.*, anexo I, numeral 7 del Preámbulo del Proyecto de Declaración ("Proyecto Mayor").

pone como necesidad legítima al hombre y a todos los hombres, ella es, en consecuencia, susceptible de ser formalizada como norma de conducta, cuando menos en el ámbito de lo moral. Toda “necesidad” humana esencial da lugar, en efecto, al derecho o a los derechos que permitan su satisfacción. De manera que, el presupuesto del que arrancan los textos comentados -la “Declaración de Oslo” y su versión revisada- están revestidos de una lógica impecable. Los dos, en efecto, declaran la existencia de un derecho humano a la paz que sirve de fundamento al arbitrio de las vías y recursos capaces de superar, como reclamo impostergable de la dignidad humana, los obstáculos que actúan como fuentes primarias de la violencia: Las disparidades sociales, la situación de los sectores vulnerables de la población, las exclusiones, la ausencia de educación y de participación política democráticas, el armamentismo y, en general, las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos.

Por tal motivo, el pronunciamiento de Las Palmas, sugirió distinguir entre las medidas de carácter ético, carentes de fuerza vinculante externa, y las medidas jurídicas, sólo viables mediante el concurso expreso del voluntarismo estatal o interestatal, según los casos.¹²⁵ La “Declaración de Oslo”, en línea con esta apreciación, al consagrar el derecho a la paz y prevenir sobre sus requerimientos morales y prácticos, enuncia, por ello mismo, tanto el marco conceptual cuanto los medios y las medidas de uno u otro género que deben ser dictadas para su aplicación: “Medidas... , de carácter constitucional, legislativo y administrativo, en los planos económico, social y cultural, y en las esferas de la enseñanza, la ciencia y la comunicación...”¹²⁶

Esta distinción no peca de trivial. En efecto, recuérdese con Kelsen (1881-1972) que “el Derecho -en su versión unidimensional normativa- proporciona sólo una paz negativa...”. Si la solución de los problemas que ésta plantea se considera estrictamente política y regulatoria, la paz, en tanto que situación en la que no existe el uso de la fuerza, deriva, ciertamente, en una tarea de carácter estrictamente técnico.¹²⁷

En el “Proyecto Mayor”, por cierto, se descargan los considerandos que en la “Declaración de Oslo”, dada su propensión al tratamiento de los perfiles jurídicos del derecho a la paz, constatan la necesidad de establecer medidas apropiadas dentro del contexto de la Declaración Universal de 1949, de los Pactos Internacionales de 1966 y concertadas entre los distintos actores sociales (Estados, organizaciones internacionales, ONG’s e individuos, entre otros) para superar los obstáculos que dificultan el mantenimiento y el restablecimiento de la paz entre los Estados.¹²⁸ No por ello, sin embargo, obvia lo que es indispensable, central y común *mutatis mutandi* tanto a éste como al proyecto original de la Declaración: “*Tout être humain a le droit à la paix qui est inhérent à sa dignité de personne humaine*”¹²⁹ (cursivas nuestras).

La paz es considerada por la “Declaración de Oslo” como un derecho y como un deber.

125 Informe... (29 C/59), *cit.*, anexo I, 2.

126 *Idem*, anexo II, II, 2.

127 Kelsen, *op. cit.*, pp. 34 y 51. Del mismo autor, *Teoría general del Derecho y del Estado*. México. Imprenta Universitaria, 1958, p. 25.

128 *Supra*, nota 126, numerales 8 y 9 del Preámbulo.

129 *Id.*, Artículo 1, a; Comunicación... *cit.*, Proyecto de Declaración, I, 3.

Como tal derecho, inherente a la persona humana, es susceptible de delimitación mediante el conocimiento de las modalidades que pueden contravenirle: “*La guerra y cualquier forma de conflicto armado, la violencia en todas sus formas y cualquiera sea su origen, así como la inseguridad de las personas son intrínsecamente incompatibles con el derecho humano a la paz*” (cursivas nuestras). En consecuencia, “*le droit de l’homme à la paix doit être garanti, respecté et mis en oeuvre sans discrimination...*”¹³⁰ (cursivas nuestras).

Se entiende, obviamente, que el reconocimiento del *derecho humano a la paz*, en la idea de los proyectistas de la Declaración, tiene lugar con la proclamación y adopción de ésta; siendo potestad de los Estados y de los otros miembros de la comunidad internacional con capacidad de autodeterminación, conforme a lo señalado *supra*, disponer las “medidas apropiadas” y de contenido jurídico tendentes a cristalizar los objetivos indicados. De manera específica, la Declaración llama a los Estados para “promover y fomentar la Justicia Social tanto en su territorio como en el plano internacional, en especial mediante una política adecuada encaminada al desarrollo humano sostenible”,¹³¹ en forma tal de que puedan cauterizarse las fuentes subyacentes de la violación de la paz interna e internacional.

Como deber y según los términos de la Declaración, el derecho humano a la paz compromete, igualmente, a “todo ser humano, todos los Estados y los otros miembros de la comunidad internacional, y todos los pueblos”.¹³² Es decir, todo actor social tiene, cuando menos, la obligación de *contribuir* en las tareas de prevención, mantenimiento y construcción susceptibles de promover la paz y evitar tanto los conflictos armados como cualesquiera otras formas de violencia. “Les incumbe en particular favorecer el desarme y oponerse por todos los medios legítimos a los actos de agresión y a las violaciones sistemáticas, masivas y flagrantes de derechos humanos [pues] constituyen una amenaza para la paz”.¹³³

Sin renunciar al principio básico, que afirma la existencia del derecho de todo ser humano a la paz en tanto que fundamento del compromiso de “erigir cada día, mediante la educación, la ciencia, la cultura, la educación y la comunicación, los baluartes de la paz en la mente de los seres humanos”,¹³⁴ el “Proyecto Mayor”, por su parte, cuida prevenir sobre el objetivo que interesa a la UNESCO en esta materia y que justifica la iniciativa de una Declaración Universal al respecto: “Afirmar los valores comunes de la cultura de la paz y darles base jurídica”.¹³⁵

La versión revisada de la “Declaración de Oslo” es manifiesta en cuanto a su intención de no establecer obligaciones vinculantes para los Estados. De allí el contenido escueto de sus párrafos y la forma meramente declarativa y principista que asume en su texto la proclamación

130 Rapport... (29C/59), *cit.*, annexe II, I, article 1, a) et b).

131 *Ib.*, I, art. 2, b).

132 *Idem*, I, art. 2, a).

133 *Loc. cit.*

134 Rapport..., *cit.*, annexe II, I, art. 3, a); Comunicación..., *cit.*, Proyecto..., I, 1.

135 Discurso inaugural del Director General de la UNESCO, Federico Mayor, en la *Consulta Internacional de Expertos Gubernamentales sobre el Derecho Humano a la Paz*. París, 5 de marzo de 1998.

del derecho humano a la paz. No desestima, eso sí, su finalidad en cuanto a “asegurar”, mediante un consenso de ideas, la adhesión de todas las culturas en torno a los ideales de la Constitución de la UNESCO. Y, por virtud de tal compromiso, favorecer “que las religiones, cuyo fundamento es el amor, no [nos lleven] al enfrentamiento y al odio, y que las ideologías, en la libertad de expresión y de participación, [estén] al servicio de la democracia y no de la dominación, de la imposición y de la fuerza”.¹³⁶

Aquella, que sirvió de soporte o material de trabajo para la Consulta Internacional de París, luego de definir la razón de la cultura de paz declara que el derecho a la paz “constituye [su] fundamento...”.¹³⁷ Dentro de este contexto, apenas se limita a formular un llamado a “todos” los actores sociales para que promuevan y apliquen el derecho de todo ser humano a la paz, por ser el mismo “fundamento de una verdadera cultura de paz”.¹³⁸ En cualquier hipótesis, si bien evita, por las razones enunciadas, toda especificidad acerca de las formas diversas de agresión o las otras modalidades señaladas por el derecho internacional como atentatorias contra la paz, la versión revisada de la Declaración de Oslo no deja de mencionar de modo general y a título de principios ordenadores, que (a) la violencia en todas sus formas es incompatible con el derecho humano a la paz; y, (b) que las desigualdades, la exclusión y la pobreza pueden aparejar violaciones de la paz internacional e interna, que obligan a la promoción de la Justicia Social y el desarrollo humano sostenible.¹³⁹

La aproximación y el enfoque que le da el “Proyecto Mayor” al derecho humano a la paz son, a fin de cuentas, los más adecuados a los objetivos institucionales de la UNESCO. Además, se sitúan dentro del mismo riel de evolución de la Declaración Universal de 1948 en su relación con los Pactos Internacionales de 1966. Recuérdese que la primera apenas enunció los derechos humanos reconocidos para la época. A los segundos, casi veinte años después, les correspondió definir el núcleo de los respectivos derechos y de las obligaciones a cargo de los Estados, de las organizaciones internacionales y no gubernamentales y de los individuos, con vistas a garantizar y asegurar, en el orden interno e internacional, el respeto de los derechos proclamados.

VIII

En lo atinente a la caracterización de la paz como “aspiración” y como “valor” universal, hubo plena coincidencia entre las apreciaciones de los Jefes de Estado y de Gobierno¹⁴⁰ y las de los expertos reunidos en la Consulta de París.¹⁴¹ Su definición como “bien común de la

136 *Loc. cit.*

137 Comunicación..., *cit.*, proyecto de Declaración, I, 2.

138 *Idem*, II, 1.

139 *Ibidem*, I, 4.

140 Documento de trabajo SHS-98/Conf.201/3 de la Consulta..., *cit.*, nota 1, *supra*.

141 Rapport final (SHS-98/Conf.201/4 le 18 mars 1998). *Consultation Internationale d'Experts Gouvernementaux sur le Droit de l'être humain à la paix*. Paris, 5-9 mars 1998.

Humanidad” no fue motivo de controversia específica, quizá por la poca influencia que tal noción, de señalada raigambre “comunitaria”, podría tener -según el juicio de alguna tendencia positivista- en la conformación “asociativa” de un derecho humano a la paz con incidencias jurídicas y metamorales.¹⁴² Sin embargo, a partir de esta coincidencia inicial de criterios sobre el contenido de la Declaración de Oslo y de su versión revisada, tiene lugar el subsiguiente divorcio entre quienes rechazan o apoyan, sin más reservas, el reconocimiento de la paz como derecho humano fundamental o quienes, matizando sus discursos, atribuyen a ésta la categoría de un mero “deber ser”.

Cabe destacar que, con anterioridad a la Consulta de París, la Representación de Luxemburgo ante la UNESCO y el Secretario de Estado para Asuntos Extranjeros de Suiza, adelantaron sus observaciones al proyecto de Declaración sobre el derecho humano a la paz. Luxemburgo, incluso antes de celebrarse la 29ª Conferencia General de la Organización, destacó que la paz es tarea de los Estados y no de las personas, lo cual haría imposible otorgar un derecho de este tipo como legal (*sic*). Agregó, además, que las menciones a las dificultades económicas, desigualdad, exclusión y pobreza contenidas en el Proyecto de Declaración pertenecían al denominado derecho al desarrollo.¹⁴³

Suiza, por su parte, asintió sobre la necesidad de clarificar algunos puntos de vista sobre el tema de la paz que juzgó de “importancia mayor”, y en razón de lo cual hizo constar su deseo de encontrar una línea común entre los Estados antes de que se adoptase el texto de la Declaración *in comento*. A manera de ejemplo, se preguntaba la Secretaría de Estado suiza si la paz ¿acaso no toca el dominio reservado de la Asamblea General de la ONU? Igualmente, advirtió sobre una ausencia de precisión en cuanto al contenido, portada y consecuencias del pretendido derecho a la paz, y acerca de la forma en que se podría hacer efectivo dicho derecho, sobre sus relaciones con los demás derechos humanos ya reconocidos, y sobre las consecuencias que tendría una Declaración de esta naturaleza para el mismo sistema de protección y de garantías internacionales e internas.¹⁴⁴

El escenario planteado por estas interrogantes y la conveniencia de despejarlo en términos absolutamente constructivos, reafirmó, indiscutiblemente, la validez y oportunidad de la Consulta propuesta por la Conferencia General de la UNESCO, así como el esfuerzo de adaptación del proyecto original de la “Declaración de Oslo”, que en buena hora hizo el Director General de la UNESCO, Federico Mayor.¹⁴⁵

En general, los representantes de los países que durante el curso de los últimos cincuenta años fueron víctimas del antagonismo Este-Oeste y, junto a éstos, buena parte de los preteri-

142 De suyo, olvidaban que “la sociedad no solo [es] obra de los individuos, sino [que también] existe con el fin de permitirles perseguir en paz sus objetivos particulares”. Acerca de esto y de las diferencias, *vid. Méda, op. cit.*, pp. 210 ss.

143 Memorandum de la reunión Unesco/Luxemburgo, de 1º de agosto de 1997.

144 Nota verbal del 5 de febrero de 1998.

145 Comunicación del Director (CL-3479)..., *cit.*, anexo I.

dos de la comunidad internacional contemporánea, manifestaron, apoyados en sus particulares experiencias nacionales, un admirable y militante apoyo a la Declaración de Oslo, en su versión revisada. Otro tanto hicieron Portugal y la mayoría de los expertos de Europa oriental y de las nuevas repúblicas nacidas del desmembramiento soviético. Al constatar esto, salvamos algunas sugerencias particulares, como las de Brasil, Chile o Perú, en el caso de América Latina, que admitiendo la viabilidad del proyecto hicieron valer algunos argumentos coincidentes, de manera parcial, con los esgrimidos por quienes rechazaron durante la Consulta la iniciativa de la UNESCO.¹⁴⁶ Brasil consideró que la proclamación del derecho humano a la paz, si procedente debe cuidarse de no invadir las áreas de competencia del Consejo de Seguridad y tampoco incorporar la violencia o las perturbaciones internas dentro de los supuestos de vulneración de la paz. Chile, a su vez, recomendó actuar con prudencia en la creación de nuevos derechos humanos, en tanto que, Perú, sugirió sustituir la denominación “derecho humano a la paz” por otra menos polémica, que pudiese satisfacer el requerimiento común de fundamentar el Proyecto Transdisciplinario de Cultura de Paz.

Los países árabes, en lo especial, demandaron la mención en el proyecto de las formas varias y específicas de violencia (agresión, ocupación de territorios, asistencia a grupos armados, bloqueo y sanciones económicas, etc.) de las que han sido o son víctimas por obra de sus “enemigos”, que les niegan -en el dicho de estos expertos- conocer la paz, menos todavía aproximarse a la misma como derecho fundamental e inalienable de los pueblos. Israel, antes que oponerse a la iniciativa del derecho humano a la paz y luego de aplaudir las acciones de la UNESCO en el Medio Oriente, manifestó su firme voluntad de propiciar un consenso alrededor del proyecto de Declaración.

Por lo demás, a lo largo del debate suscitado por la Consulta, este amplio espectro de países acuñó conceptos o expresiones de verdadera significación, en modo de propender al mejoramiento del texto del proyecto o contribuir al debate de sus aspectos neurálgicos: La declaración -en opinión de estos expertos- expresa un enfoque intelectual y ético, no es una proposición jurídica y vinculante (Uruguay); es una declaración de principios con un peso moral equivalente a la Declaración Universal de 1948 (Benin). Responde a las competencias de UNESCO, pues no debe olvidarse que el hombre está en el centro de sus preocupaciones en todo cuanto tiene que ver con la paz (Madagascar) y, como lo dijo Mayor en su discurso inaugural, es propósito compatible con la misión ética de la organización sustituir el círculo vicioso de la fuerza y de la dominación por un círculo “virtuoso”, interactivo, que llene el vacío humano de las abundantes declaraciones y resoluciones internacionales que se refieren a la paz. A este fin, el experto de Gabón mencionó que es necesario tener en cuenta la trilogía paz, justicia y demo-

146 Los comentarios y apreciaciones de los expertos gubernamentales que participaron en la Consulta no constan, de manera expresa y detallada, en los documentos oficiales de la UNESCO, excepción hecha del resumen de actividades contenido en la Relación Final de la Consulta (*Cit. supra*, nota 136). En consecuencia, las citas y menciones recogidas en el presente trabajo hacen parte de las apuntaciones de su autor, vertidas bajo su única y exclusiva responsabilidad. En modo alguno, por consiguiente, constituyen una posición oficial de los países o expertos mencionados.

cracia y, de la misma manera, la relación entre la democracia y los derechos humanos como fundamento de la paz (Portugal).

La paz -agregaron los expertos gubernamentales- no es un concepto abstracto, es un requisito para la vida de toda persona. Hay que preguntarse, antes de hablar del derecho a la paz, si estamos dispuestos a pagar el precio de la paz ante la amenaza de la uniformidad y el descuido de la justicia y el desarrollo, que son los pilares de aquella (Irán). No se puede hablar, en efecto, de derecho humano a la paz en un mundo amenazado por la agresión y por las violaciones flagrantes de derechos humanos (Siria). La paz es un derecho dinámico (El Salvador), se articula con la Declaración Universal para servir de marco ético a la promoción de la paz. Y, por ello mismo, es un derecho y no un nuevo derecho (República Dominicana). Es, en esencia, un derecho humano síntesis, porque condiciona el respeto de los otros derechos humanos (Colombia); “...c’est [le droit de l’être humain à la paix] la construction des valeurs éthiques comme des défenses et non la destruction par les armes suivie d’une reconstruction garantie par un contingent des casques bleus” (Benin). El derecho humano a la paz, en resumen, es parte de los derechos de solidaridad y no se puede concebir sin el derecho al desarrollo, además de que es necesario para el disfrute de los otros derechos (Senegal) y viceversa. Tanto que, a manera de ejemplo, siendo la pobreza una de las razones de la violencia, su eliminación es condición para la paz (Zimbabwe), en otras palabras, el desarrollo contribuye a la consolidación de la paz (Brasil).

IX

Durante la Consulta de París, expresaron sus reservas al reconocimiento del derecho humano a la paz buena parte de los expertos de los países miembros de la Unión Europea, en particular los de Gran Bretaña -recién incorporada como miembro de la UNESCO-, Alemania, Francia, Suiza e Italia, a la cual se sumaron el representante de Japón y algunos de los países nórdicos.¹⁴⁷ Salvo algunas frases poco acertadas y nacidas en la misma dinámica de la Consulta, hemos de reconocer que los argumentos esbozados por dichos expertos concitaron un debate de verdadera significación para la Historia, por el contenido mismo de sus revelaciones. Durante el desarrollo de la Consulta afloraron las razones y sinrazones de quienes, diciéndose no totalmente convencidos de la “juridicidad” del proyecto de Declaración, hicieron manifiesto, antes bien, un arraigo creciente del credo neoliberal y del neorealismo político en los escenarios de dirección de los países aludidos.¹⁴⁸

¹⁴⁷ A manera de antecedentes, ténganse presentes las reservas y correcciones introducidas por un grupo de países, en su mayoría miembros de la Unión Europea (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia), a los párrafos fundamentales de la Resolución 29C/43 *cit. supra*, nota 1, la cual fue presentada a la Conferencia General de la UNESCO con el voto afirmativo de noventa de sus Estados miembros.

¹⁴⁸ Sin perjuicio del significado teórico que le puedan atribuir los especialistas y la doctrina de las relaciones internacionales, llamamos neorealismo, dentro del contexto de nuestra exposición, al señalado

La principal reserva sobre el proyecto, esgrimida por Finlandia, atacó lo fundamental y común a las dos versiones de la “Declaración de Oslo”: *El concepto de derecho humano a la paz*. Para el experto finés, si fácil puede resultar la proclamación del aludido derecho, no existe consenso posible sobre su contenido; por lo cual prefería hablar de aspiración a la paz y no de derecho. El experto francés, quien a la sazón fuera co-redactor del Proyecto de Pacto de Derechos de la Tercera Generación,¹⁴⁹ para sorpresa de todos reconvino sobre los riesgos que -en su juicio- aparejaba una declaración sobre el derecho humano a la paz, por capaz para debilitar y trivializar la aplicación de los derechos humanos existentes y por tratarse de una noción carente de tal contextura en la Carta de San Francisco. El representante de Italia, en su honesta búsqueda de una fórmula de avenimiento, insistió con firmeza en el carácter ético de la paz, lo cual impedía derivar de ella alguna categoría jurídico formal; tanto más cuanto que, según su opinión, el derecho común alude a las personas “morales” en oposición al individuo y a sus derechos personales. Quizá intentó decir, para no decirlo, que en apego al credo natural clásico, superado por las circunstancias de la globalización, la “moral social” deja de existir y regresa a ser, como lo es en la moral kantiana, “moral íntima e individual”.

Las alegaciones más extremas de cuestionamiento al objeto de la Consulta de París se situaron en la óptica de quienes denuncian la incompetencia de la UNESCO para el abordaje de tareas “normativas”,¹⁵⁰ menos aún en el campo de la paz. En el decir de los defensores de esta tesis, correspondería a las Naciones Unidas, a su Asamblea General y al Consejo de Seguridad, el manejo de este sector del ordenamiento jurídico internacional así como el establecimiento de las nuevas categorías de derechos humanos que puedan sumarse a los ya reconocidos y garantizados. En este orden, Austria, Suecia y Canadá recordaron que la UNESCO apenas debía ocuparse de tareas de difusión en el ámbito de la educación y la cultura de los derechos humanos.

El experto gubernamental japonés, luego de sostener que la paz y los derechos humanos no son conceptos interdependientes, advirtió a sus colegas de la Consulta sobre las graves implicaciones internacionales de la propuesta en consideración; siendo que, como lo había comentado el representante suizo, los “individuos” mal pueden garantizar lo que es tarea exclusiva de los Estados.

El experto de Alemania, cuyo liderazgo en el seno de los expertos euro-occidentales se hizo sentir durante el curso de la Consulta de París, fue preciso en sus alegatos de fondo. Enun-

retorno hacia las políticas de poder en detrimento de los principios morales; dentro de una línea de evolución que parte, en un ángulo, desde los años ‘70 con el *impeachment* a Nixon y la llegada al poder de Carter, hasta el otro ángulo que se sitúa en el período internacional que abrió la Administración Reagan. Véase, en este sentido, Jean-Jacques Roche. *Théories des relations internationales*. Paris. Montchrestien, 1997, pp. 86 ss.

149 *Supra*, nota 7.

150 Con independencia de las atribuciones normativas otorgadas en el ámbito de la paz mundial a la UNESCO por su Constitución (IV, b), no se olvide que la Conferencia General, en su Resolución 28C/0.12 (*Stratégie à moyen terme pour 1996-2001*) adoptada en la 18° sesión plenaria del 13 de noviembre de 1995, le ratificó que debe “*en tant qu’organe normatif en favorisant l’adoption et l’applications de normes et instruments internationaux...*” (*cf.* en la Res cit., II, 7).

ció seis principios fundamentales que, a su entender, no podrían ser abandonados en la evaluación crítica del proyecto de declaración en estudio: Primero, el grado de coherencia que ésta debería tener con la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de 1948, a cuyo tenor el reconocimiento de los derechos inalienables y la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana es el que fundamenta a la paz; segundo, la coherencia con lo dispuesto en la Declaración de Viena de 1993, que si bien reafirmó el derecho al desarrollo no hizo lo mismo en cuanto al así llamado derecho a la paz, contenido en las Declaraciones de 1978 y 1984; tercero, la distinción necesaria entre la tarea de promoción de los derechos humanos reconocidos y la incorporación de algún nuevo derecho, sobre todo si carece, como el derecho a la paz, de asidero en el derecho y la jurisdicción internacionales vigentes; cuarto, la completa concertación e integración del proyecto con el sistema de Naciones Unidas, que al adoptar la cultura de paz asignó su realización a “todos” sus órganos dentro de sus respectivas competencias, correspondiéndole a la Asamblea General adoptar la Declaración que servirá de fundamento al programa de cultura de paz; quinto, su consistencia con los procedimientos establecidos por la misma UNESCO, que al no haber adoptado su 29º Conferencia General el proyecto de la “Declaración de Oslo” y, habiendo sobrevenido el mandato de la Asamblea General de Naciones Unidas en cuanto a que se le presente una Declaración fundamentando la Cultura de Paz, mal podría aquella pronunciarse aisladamente sobre ésta; y, sexto: el reconocimiento del principio del consenso, que se abrió campo en el ámbito de los derechos humanos luego de la Conferencia de Viena de 1993.

A manera de corolario y en un intento para formalizar su divergencia sostenida con el propósito de la Consulta, virtualmente finalizada con un consenso crítico, el Reino Unido, en defecto de este logro de contenido parcial, consignó un proyecto alternativo de Declaración que, repitiendo los demás considerandos y normas dispositivas del “Proyecto Mayor”, elimina de él toda referencia al derecho humano a la paz. En el mismo se dice, al efecto que: “The aspiration of every human being to peace and respect for human rights constitute foundations of the culture of peace”.¹⁵¹

El texto del consenso alcanzado por la Consulta Internacional de París, en verdad, no alcanzó a despejar la pregonada antítesis entre la tendencia que reconoce a la paz como derecho inherente a la dignidad de la persona humana y la que le atribuye el carácter de mera aspiración, realizable dentro de un orden de seguridad cuyo mantenimiento correspondería a los Estados y a la comunidad internacional organizada. Sin embargo, de manera oblicua el consenso citado reforzó, eso sí, la validez del “Proyecto Mayor”, descubriendo las motivaciones distintas y subyacentes de la oposición a su contenido y vigencia.

El Comité de Redacción de la Consulta fijó un criterio tolerado a disgusto por los europeos occidentales, en lo particular por Alemania, Gran Bretaña, Francia e Italia, y nada satisfac-

151 Ver comunicación de la Presidencia de la Unión Europea (Reino Unido) y anexo (I, 2), dirigidos al Secretario de la “UNESCO International Consultation of Governmental Experts on Human Rights to Peace”. Paris, 6 march 1998.

torio pero aceptado a regañadientes por los defensores del proyecto de Declaración sobre el derecho humano a la paz. El texto del *corrigendum*, emanado de la Consulta sin acuerdo sobre su título y faltándole la parte II (artículos 1 y 2) de sus dispositivos, sancionó lo siguiente: “*L’engagement en faveur de la paix est un principe général, dans l’esprit de l’article 38,1,c du Statut de la Cour Internationale de Justice, qui est inhérent à la personne humaine et qui constitue avec le respect de tous les droits de l’homme le fondement de la culture de la paix. Ce principe doit être reconnu, respecté et mis en oeuvre sans discrimination aucune, tant au plan interne qu’au plan international*” .¹⁵²

El ilustre experto del Uruguay, Embajador Héctor Gros Espiell, co-redactor de la Declaración de Oslo, fue respetuoso y, en todo momento, firme favorecedor del consenso durante la Consulta Internacional. Pero, en legítima expresión del sentimiento “mayoritario” de los expertos gubernamentales entre quienes se contaba el autor de estas apuntes, no pudo obviar una emocionada y legítima protesta final que recogemos *in extensu* como testimonio de gratitud a este incansable forjador de la paz humana:

El Comité -apreció Gros- ha hecho el mayor esfuerzo para poder llegar a la elaboración de un texto, es decir, de un proyecto de Declaración. Ha obtenido, sobre la base de un difícil y frágil consenso, un resultado que hoy está sometido al plenario de la Reunión de Expertos Gubernamentales. Quiero rendir un homenaje al Relator y Presidente del Comité de Redacción,... , que con devoción e inteligencia dirigió nuestros trabajos... El Uruguay acompañó, con reticencias, en el Comité de Redacción, ese consenso... Pero no puede ocultar que hubiera preferido -y sigue prefiriendo- una Declaración que proclame el Derecho Humano a la Paz. Esta proclamación vendrá. El camino está abierto. No se puede ir contra la opinión pública internacional, ni contra el progreso moral y ético de la Humanidad. Así como nada pudieron los que se horrorizaban ante el sacrilegio de la Declaración de 1789, ni los que entre 1946 y 1948 trataron de evitar la Declaración Universal de 1948, ni los que pretendieron negar el carácter jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales, ni los que se debatieron contra el derecho al desarrollo, nada podrán ahora esas mismas mentes, que no miran hacia el futuro,... Me enorgullezco de la actitud progresista de América Latina. Nuestra América, sin complejos ni miedos, ha iluminado intelectualmente el debate y ha señalado el camino. La antorcha que ha esgrimido aclara una senda que de manera ineludible y necesaria, conducirá en un futuro no lejano a la Declaración del derecho del ser humano a la paz, a la defensa activa de la paz integrada en la idea de Justicia y a la condena de todas las formas inmorales de fomento de la guerra...¹⁵³

Sin perjuicio de lo anterior, el consenso demostró, a fin de cuentas y, según su propio texto, que “la paz es inherente a la persona humana”; de donde se sugiere y admite la existencia de una necesidad que, como tal, postula derechos y es susceptible de descripción normati-

¹⁵² Rapport final (SHS-98/Conf.201/4)..., *cit.*, Annexes.

¹⁵³ Intervención en la sesión de clausura de la Consulta Internacional de Expertos Gubernamentales. París. UNESCO, 9 de marzo de 1998.

va. Tanto que, unos y otros expertos aceptaron que la misma, cuando menos, es un principio general de derecho y, por ello, fuente de obligaciones jurídicas a tenor de lo prescrito en el Estatuto de la Corte de La Haya y en las interpretaciones reiteradas de la doctrina internacional. Es también la paz, como principio de Derecho y según reza el consenso, “fundamento de la cultura de paz” y, en consecuencia, tal principio “debe ser reconocido, respetado y puesto en práctica”. Siendo de esta manera, entonces, mal se puede como se hizo cuestionar el valor prescriptivo de la paz, que tampoco es incompatible con su esencia de aspiración o predicado moral. Además, su realización ha tener lugar, según lo dicho en el consenso, “tanto en el plano interno como en el internacional”, con lo que también se conviene en que la ruptura de la paz puede tener lugar por causas endógenas y exógenas que no se circunscriben al ámbito de las relaciones entre los Estados; y ello es así, justamente, por ser la paz indivisible y, como se afirma al inicio del texto del consenso, “inherente a la persona humana”.¹⁵⁴

En consecuencia, podría preguntarse cualquier analista avisado ¿por qué, siendo todo esto así, no se dijo o quiso decir en la Consulta lo que resulta, obviamente, de los postulados anteriores? ¿Por qué no se reconoció, expresamente, que *la paz es derecho humano*, si al fin y al cabo se la declaró como inherente a la persona humana y, además, fuente de derechos y de obligaciones jurídicas en su calidad de principio general de Derecho?

A los expertos eurooccidentales y nórdicos les fue difícil diluir sus reservas manifiestas en cuanto a los probables efectos “prácticos” e internos, más que conceptuales, del pregonado *derecho humano a la paz*. Como derecho humano, en efecto, mal hubiesen podido desconocer su universalidad, integralidad, imperatividad y validez *erga omnes*, por ser estas características comunes a todos los derechos humanos y compatibles, además, con el movimiento constitucional que les inserta automáticamente desde lo internacional hacia el derecho interno de los Estados. La incapacidad de medir los efectos inmediatos del ejercicio individual del derecho humano a la paz (*V.gr.* la posibilidad de requerimientos de amparo por los objetores de conciencia, o la oposición y protesta personal de los ciudadanos al comercio sostenido y creciente de armamentos por parte de los Estados, etc.) fue, justamente, en nuestra percepción, el factor desencadenante de la resistencia ejercida por quienes negaron, durante la Consulta, todo apoyo a la moción contenida en el “Proyecto Mayor”.

X

Los perfiles a que se contraen estas breves páginas, de suyo contienen una respuesta más que sustancial al compendio de interrogantes y de criterios esbozados acerca del proyecto para la proclamación y el reconocimiento del derecho humano a la paz. La misma no atenúa, lamentablemente, aquellas preocupaciones implícitas(¿?) o reservadas que se alimentan de la idea “hobbesiana” del *estado de naturaleza*. Si algunos elementos de juicio, por vía repetitiva, valen a manera de replica personal, son los siguientes:

154 Cfr. párrafo *supra*, texto del *corrigendum* emanado de la Consulta.

- (1) La paz es uno de los “valores” esenciales en que se soporta el sistema internacional nacido de la última postguerra. Podría argumentarse que ella, la paz, en tanto que valor ordenador, sirve como concepto o idea para la interpretación teleológica de la dimensión normativa y de los derechos consagrados o descritos por ésta y que, como tal valor, es valor pero no derecho. La fuerza normativa de los valores ha dividido a buena parte de la doctrina jurídica interna e internacional de los Estados. Sin embargo, la propuesta de Declaración *in comento* se sitúa en un plano que debería excluir cualquier controversia con relación a lo anterior. Desde cuando la Declaración Universal de 1948 dispuso el derecho de todo ser humano a un orden social e internacional (léase un orden de paz, justicia y libertad) en el que los derechos proclamados se hagan plenamente efectivos, la paz, como valor del ordenamiento y como expresión del mismo orden, devino *per se* en el derecho humano “integrador” de los demás derechos. Es, por tanto, una categoría con fuerza normativa propia, capaz de cristalizar derechos (humanos) e imponer obligaciones cuyos destinatarios son, inevitablemente, los mismos a quienes se dirigen los Pactos Internacionales de 1966.

- (2) Los derechos humanos son interdependientes y así lo establece de manera categórica la referida *Declaración de Viena* adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993.¹⁵⁵ No se pueden yuxtaponer o interpretar separadamente unos derechos de los otros. Unos y otros se necesitan, se complementan en reciprocidad. Y, dado el criterio interpretativo de la progresividad aceptado por la mencionada Conferencia intergubernamental, el sistema de derechos humanos no tiene carácter estanco. Es previsible y no cuestionable, de esta manera, el nacimiento de *nuevos* derechos que se agregan a los anteriores -como aconteció en su oportunidad con el derecho al desarrollo- y que al sumarse a los precedentes les refuerzan y actualizan en su sentido y finalidad. El desarrollo no puede separarse de la paz como aspiración y como derecho, de la misma manera que los derechos políticos mal se podrían conquistar y desarrollar en un “orden” signado por la violencia.

- (3) Finalmente, en cuanto a la tesis clásica que asegura como tareas propias de los Estados las relacionadas con la paz, es pertinente repetir con Boutros-Galli que una cosa es el mantenimiento de la paz, otra la prevención de la violencia y diferente cuanto exigente la consolidación de la paz.¹⁵⁶ Además, es un hecho, de cara a los cometidos sociales emergentes de la mundialización, el fortalecimiento de la subjetividad jurídica del individuo en el ámbito de los derechos y de las obligaciones, en especial las internacionales. Piénsese, apenas, en las iniciativas convalidadas por el propio mundo euro-occidental y norteamericano conducentes al establecimiento de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda,¹⁵⁷ o también en la convocatoria de la Conferencia Diplomáti-

¹⁵⁵ Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (A/Conf.157/24, de 25 de junio de 1993), párr. I, 26. En la obra de Naciones Unidas. *Las Naciones Unidas y los derechos humanos 1945-1995*. Serie de Libros Azules, Vol. VII. Nueva York, 1995, p. 487.

¹⁵⁶ Boutros-Galli, *op. cit.*, párrs. 20-21.

ca que tendrá a su cargo el establecimiento de una Corte Penal Internacional,¹⁵⁸ con vistas al juzgamiento, de acuerdo con las normas del derecho internacional, de los individuos comprometidos en actos de agresión o la comisión -entre otros- de crímenes contra la Humanidad. La ruptura de la paz, en suma, los transforma en sujetos pasivos de la acción jurisdiccional de los Estados. La lucha por la paz, ¿acaso no reclama, a favor de los mismos individuos, la posibilidad de que tengan derecho al estadió que les prevenga en cuanto a la comisión de los crímenes por los cuales se les puede juzgar internacionalmente? A fin de cuentas, la obligación de comportamiento “fraternal” de “los unos con los otros”, prevista en el primer artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se le impone directamente a “todos los seres humanos”... libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia.

XI

El *derecho humano a la paz*, cuyos perfiles ideológicos y normativos hemos reseñado hasta aquí, no es una neta aspiración moral o intelectual, supuestamente vacía de contenido. La paz, por inherente a la persona humana, es, indudablemente, norma de rango moral, y, a propósito de la iniciativa adoptada por la UNESCO, fundamento ético necesario de la cultura de paz. Pero, como tal derecho humano, es derecho y también avanza hacia su “positivación” y a la conquista progresiva de su eficacia plena. La Carta Africana de Derechos Humanos, en su artículo 23 ya postula que “*1. Los pueblos tienen el derecho a la paz (Omissis) tanto en el plano nacional como internacional*” (cursivas nuestras). La Constitución española, en diversas disposiciones, hace de la Paz uno de sus valores esenciales. La Constitución de Colombia, quizá la más actual de sus equivalentes y a la cual hicimos mención *supra*, señala en el artículo 22 del capítulo sobre los Derechos Fundamentales que “*la Paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento*” (cursivas nuestras).

La proclamación de paz, en resumen, expresa un *desideratum* de la más viva actualidad. Su reclamo crece en la misma medida en que la orfandad moral del hombre adquiere severas dimensiones, en proporción a las carencias igualmente demenciales que provoca la “uniformidad” de la globalización. Las Declaraciones de Mabako y de Maputo,¹⁵⁹ ambas adoptadas en el curso del pasado año por los pueblos africanos, son un claro testimonio de esta tendencia ineluctable: “El derecho del ser humano a la paz es un derecho fundamental sin el cual es ilusorio el respeto de los derechos humanos”;¹⁶⁰ “[el] derecho de los seres humanos a la paz es un derecho inalienable, sin el cual no se puede garantizar el respeto de ningún otro derecho”;¹⁶¹ dicen los dispositivos de los mencionados textos.

157 Lefebvre, *op. cit.*, pp. 128-129.

158 Naciones Unidas. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (A/51/10). Nueva York, 1996, pp. 10 ss. Asimismo, Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios (A/Conf.183/2/Add.1). Roma, 14 de abril de 1998.

159 Rapport du Directeur..., *cit.*, annexes III y IV.

160 *Idem*, annexe III.

De cara al movimiento indetenible de la historia y en vísperas de otro milenio de la Cristiandad, la comunidad internacional americana vuelve a ser anticipadora de los desafíos universales.¹⁶² En el preámbulo de la *Reafirmación de Caracas*, declaración final de la XXVIII Asamblea General de la OEA celebrada el pasado mes de junio, las Américas se manifestaron expresamente “*conscientes de que el afianzamiento de la democracia, la paz y el pleno goce de los derechos humanos son aspectos centrales de la agenda hemisférica y constituyen fines fundamentales de la Organización*” (cursivas nuestras). Proclamaron, asimismo, “*que los ideales de paz, justicia social, desarrollo integral y solidaridad son retos permanente para nuestras democracias*”. Por lo mismo, en ocasión de conmemorarse el 50° aniversario de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos asumieron solemnemente “el compromiso de afirmar la profundización de una cultura de paz, desarrollo y no violencia, *reconociendo el derecho a la paz como inalienable e inherente a la dignidad de la persona humana*” (Cursivas nuestras).¹⁶³

Isaías, hijo de Amós, tuvo esta visión acerca de Judá y Jerusalén: El Señor gobernará a las naciones y enderezará a la Humanidad. Harán arados de sus espadas y sacarán hoces de sus lanzas. Una nación no levantará la espada contra otra, y no se adiestrarán para la guerra (Is.2,1-4).

161 *Ibidem*, annexe IV.

162 Antonio Remiro Brotons *et al. Derecho internacional*. Madrid. McGraw-Hill, 1997, p. 20.

163 Declaración “Reafirmación de Caracas”, aprobada en la segunda sesión plenaria del Vigésimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA (AG/DLC-16-XXVIII-0/98). Ca-

CONSIDERACIONES SOBRE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO TRATADO INTERNACIONAL

Julio A. Barberis^(*)

1. La mayor parte de los estudios sobre la Convención americana tiene por objeto los derechos humanos que los Estados contratantes se obligan a respetar y que están enunciados en los artículos 3 a 25. Es posible que algunos de estos artículos o su totalidad sean obligatorios para los Estados en virtud de una costumbre internacional. Aún en esa hipótesis, esos artículos valdrían como norma convencional para los Estados contratantes pues la enunciación de una norma consuetudinaria en proposiciones lingüísticas implica una cierta modificación de aquélla.¹ Los artículos 33 a 73 de la Convención americana se refieren a los dos órganos del sistema interamericano de derechos humanos, a saber: la Comisión y la Corte. Estas disposiciones regulan la estructura fundamental de estos órganos y contienen las principales reglas de procedimiento. Por último, los artículos 74 a 78 indican las disposiciones generales propias de todo tratado multilateral: firma, ratificación, entrada en vigor, reservas, enmienda y denuncia.

La Convención americana fue suscripta el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber obtenido la ratificación de once países.

2. La Convención americana posee las tres características que, según la jurisprudencia y la doctrina, son propias de todo tratado internacional.

Un tratado se caracteriza, en primer lugar, por consistir en una declaración de voluntad común de dos o más sujetos internacionales con capacidad suficiente.² En el caso de la Con-

(*) Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1 BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, 1994, p. 116.

2 Conf.; KUNZ, "The Meaning and the Range of the Norm Pacta sunt servanda", *American Journal of International Law*, 1945, p. 183.

vencción americana, sus Partes contratantes coinciden en obligarse a respetar los derechos humanos enunciados en ella y en crear un sistema institucional que consta fundamentalmente de la Comisión y la Corte.

En algún momento, la Convención americana fue definida como un instrumento jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción.³ Esta idea de que el Estado se compromete “unilateralmente” puede ser interpretada aquí como que se trata de actos unilaterales en los que los Estados asumen obligaciones paralelas de respetar cada uno los derechos humanos en su territorio. Esto no es exacto. La obligación de cada Estado de respetar los derechos humanos en su territorio puede ser exigida ante la Corte por otro Estado y por la Comisión (art. 61, inc. 1). Por ejemplo, si un Estado viola los derechos humanos de una persona extranjera, el Estado de la nacionalidad de ésta puede plantear una acción ante la Corte contra el Estado infractor y obtener su condena. Lo mismo puede realizar la Comisión.

Esta voluntad común propia del tratado ha de provenir de dos o más sujetos internacionales con capacidad suficiente. En el caso de la Convención americana, esta característica se cumple pues recién entró en vigor cuando once Estados la ratificaron.

La noción de que un tratado no es un conjunto de actos unilaterales paralelos y que se requiere al menos la declaración de voluntad común de dos sujetos internacionales no parece haber sido bien comprendida en la O.E.A. En efecto, la organización regional considera que el Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte del 8 de junio de 1990 entró en vigor el día en que se depositó el primer instrumento de ratificación.⁴ Se trataría de un tratado internacional suscripto por un solo contratante...

La segunda característica propia del tratado es que la declaración de voluntad común ha de tender a establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional.⁵ La Convención americana cumple también este requisito y no se han presentado problemas al respecto.

Por último, la declaración de voluntad común ha de estar regida directamente por el derecho internacional.⁶ También la Convención americana reúne esta característica y la cuestión no ha presentado dificultades en el plano teórico y en la práctica.

I. LAS RESERVAS A LA CONVENCIÓN AMERICANA

3. Una vez comprobado que la Convención americana posee las características de todo tratado internacional, conviene ahora analizar algunas cuestiones propias de aquélla. Ellas son las

3 Corte IDH, Serie A, N° 2, párrafo 33.

4 Organización de los Estados Americanos – Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano* (actualizado a abril de 1997), 1997, p. 75.

5 BARBERIS, *op. cit.*, p. 36 ss.

6 BARBERIS, *op. cit.*, p. 45 ss.

siguientes: *a)* reservas, *b)* la cláusula federal y *c)* las Partes contratantes.

4. La Convención americana dispone en su artículo 75 que ella sólo podrá ser objeto de reservas “conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969”. Las normas a las cuales remite la Convención americana son los artículos 19 a 23 del convenio de Viena.⁷ La interpretación del artículo 75 presenta un interés particular porque fue objeto de una opinión consultiva de la Corte interamericana de Derechos humanos.

El 28 de junio de 1982 la Comisión interamericana de Derechos humanos solicitó a la Corte que, mediante una opinión consultiva, responda a la pregunta siguiente: “¿Desde qué momento se entiende que un Estado es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando ha ratificado o se ha adherido a dicha Convención con una o más reservas?”.⁸

La Comisión sugiere a la Corte una alternativa de eventuales respuestas: la fecha del depósito del instrumento de ratificación o adhesión, o al cumplirse el término previsto en el artículo 20 de la convención de Viena.

5. La Corte dio respuesta a la pregunta planteada mediante la opinión consultiva N° 2 del 24 de septiembre de 1982.

El Tribunal considera primeramente el artículo 19 de la convención de Viena, que establece como regla general la libertad de formular reservas. La misma disposición establece luego tres excepciones a la regla, las cuales son examinadas por la Corte para averiguar cuáles son los límites a la formulación de reservas en la Convención americana. Las tres excepciones a la libertad de formular reservas son las siguientes:

- a)* que la reserva esté prohibida por el tratado,
- b)* que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figura la reserva en cuestión,
- c)* que la reserva sea incompatible con el objeto y fin del tratado.

Teniendo en cuenta el texto de la Convención americana, la Corte llega a la conclusión de que aquélla es susceptible de reservas que no sean contrarias a su objeto y fin, o sea, que es aplicable a la Convención americana el artículo 19, inciso c), del convenio de Viena.⁹

6. Una vez efectuado este razonamiento, la Corte considera que debe analizar el artículo 20 del convenio de Viena y determinar en cuál inciso de esa disposición corresponde ubicar a la

⁷ Estas disposiciones de la convención de Viena reconocen como antecedente principal la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 28.V.1951 sobre las reservas a la convención sobre la prevención y la represión del genocidio (*C.I.J.*, Recueil 1951, p. 15 ss.).

⁸ El texto de la opinión consultiva que hace fe es el inglés. Ver el texto de la pregunta en el idioma original en *Corte IDH*, Serie A, N° 2, p. 6.

⁹ *Corte IDH*, Serie A, N° 2, párrafo 22.

Convención americana. El artículo 20 mencionado se refiere a la aceptación y a la objeción de las reservas. La Corte estima que la conclusión a que llegue en esta cuestión dará respuesta implícita a la pregunta formulada por la Comisión interamericana.

La Corte no juzga necesario examinar cada una de las hipótesis previstas en el artículo 20 y se limita a considerar las indicadas en los incisos 1 y 4.

El artículo 20, inciso 1, del convenio de Viena prescribe que una reserva expresamente autorizada por un tratado no requiere la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes.

El inciso 4, por su parte, dispone que si un Estado manifiesta su consentimiento de obligarse por un tratado y formula una reserva, aquél será tenido por Parte contratante desde el momento en que al menos otro Estado ha aceptado la reserva. Este inciso añade que la objeción que un Estado hace a la reserva formulada por otro Estado no impide la entrada en vigor del tratado entre ambos Estados, salvo que el autor de la objeción manifieste inequívocamente su opinión en contrario.¹⁰

El artículo estipula que una reserva se tendrá por aceptada por parte de un Estado si éste no ha formulado objeción en el plazo de doce meses de haber recibido notificación de la reserva. A su vez, para los Estados que se adhieren al tratado, se considera que aceptan las reservas hechas con anterioridad por los demás Estados si no formulan objeción en el momento de la adhesión.

7. Después de la exposición acerca del régimen de reservas en la convención de Viena, parecería que la Corte dispone de todos los elementos para dar la respuesta adecuada. En efecto, si la Corte ha admitido en su razonamiento que la Convención americana es susceptible de reservas que no sean incompatibles con su objeto y fin, y dado que ella no autoriza en su texto ninguna reserva en particular, la conclusión que se impone es afirmar que el Estado que ha formulado una reserva a la Convención americana es Parte en ella desde el momento en que dicha reserva ha sido aceptada al menos por otro Estado.

8. Sin embargo, ésta no fue la conclusión de la Corte. El Tribunal, por unanimidad, fue de opinión que “la Convención entra en vigencia para un Estado que la ratifique o se adhiera a ella con o sin reservas, en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión”.¹¹

Los argumentos expuestos para llegar a tan singular conclusión merecen un breve comentario.

¹⁰ Este artículo constituye una de las bases de la convención de Viena en materia de objeción a las reservas. Cuando un Estado objeta simplemente una reserva, el tratado entra en vigor entre el Estado autor de la reserva y el que la objetó, pero sin la cláusula objeto de la reserva (art. 21, inc. 3). Pero, si un Estado objeta una reserva y manifiesta que ella es incompatible con el objeto y fin del tratado, éste no entra en vigor entre el Estado autor de la reserva y el que la objetó.

¹¹ Ver el texto en su versión original en *Corte IDH*, Serie A, N° 2, p. 25.

En primer lugar, la Corte enfatiza que la Convención americana no es un tratado multilateral de tipo tradicional. Dice que se trata de un tratado especial porque no genera obligaciones respecto de los otros Estados sino que, las Partes contratantes, por razones de bien común, se obligan respecto de los individuos que se hallan bajo su jurisdicción.¹² Subraya también que es preciso tener en cuenta que el objeto de la Convención es la protección de los derechos humanos.

En segundo término, la Corte invoca precedentes del derecho humanitario. Cita, en este sentido, la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el genocidio y el artículo 60, inciso 5, de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

La Corte sostiene, por último, que la Convención americana debe ser vista “como lo que ella es en realidad”, esto es, “un instrumento jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción”.¹³

Después de exponer estos hechos, la Corte efectúa el razonamiento siguiente: la referencia del artículo 75 de la Convención americana al convenio de Viena se entiende como una autorización expresa (*express authorization*) destinada a permitir a los Estados cualquier reserva que consideren apropiada, siempre que no sea incompatible con el objeto y fin de aquélla. Ahora bien, dado que se trata de reservas “expresamente autorizadas”, se debe aplicar el artículo 20, inciso 1, de la convención de Viena que prescribe que dichas reservas no requieren aprobación ulterior. Por lo tanto, la Convención americana entraría en vigor, para un Estado que formula una reserva, desde el momento del depósito del instrumento de ratificación o adhesión.¹⁴

9. Los hechos que la Corte menciona antes de efectuar su razonamiento no son relevantes pues no aportan ningún elemento que lo aclare o lo mejore desde el punto de vista lógico. El argumento de que hay tratados multilaterales que merecen un tratamiento especial porque tienden al bien común y no crean derechos y obligaciones en interés particular de cada Estado contratante, no se ajusta a la realidad. En efecto, la mayoría de los tratados multilaterales que los Estados suscriben actualmente (y lo mismo ocurría en 1982 cuando la Corte emitió su opinión consultiva) presentan una estructura semejante a la de la Convención americana. Así, los tratados sobre protección de especies animales y vegetales, contaminación ambiental, lucha contra epidemias y epizootias, trata de mujeres y niños, circulación de publicaciones pornográficas, la tortura, el tráfico de drogas, etc. persiguen fundamentalmente un bien común. Los tratados sobre derechos humanos no son una excepción y el hecho de que protegen derechos fundamentales no puede ser invocado para justificar cualquier razonamiento, aún cuando sea contrario a principios lógicos.

12 Corte IDH, Serie A, N° 2, párrafo 29.

13 Corte IDH, Serie A, N° 2, párrafo 33.

14 Corte IDH, Serie A, N° 2, párrafos 35 y 37.

En cuanto a la mención del artículo 60, inciso 5, de la convención de Viena, cabe aclarar que esa disposición se refiere al derecho humanitario y no a los derechos humanos, que es el objeto específico de la Convención americana. La cita de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia es algo difícil de explicar porque lo que allí se afirma no coincide con la conclusión de la Corte interamericana.¹⁵

El argumento acerca de la naturaleza de la Convención americana ya ha sido examinado al comienzo de este artículo y nos remitimos a lo allí expresado.

El razonamiento efectuado por la Corte para llegar a la conclusión no parece acertado. Parte de un error pues admite que la Convención americana autoriza expresamente ciertas reservas, cuando ello no es así. Además, su interpretación peca contra la regla del efecto útil porque si se la aceptara, algunas disposiciones de la convención de Viena no se aplicarían nunca. Además, la Corte no explica qué ocurrirá, dentro de su concepción, si un Estado se opone a la reserva formulada por otro y expresa que ella es incompatible con el objeto y fin de la Convención americana.

En resumen, la interpretación del artículo 75 de la Convención americana y de la convención de Viena a la cual él reenvía excede el marco de la mera interpretación y constituye una revisión del texto. Alguna vez la Corte de La Haya manifestó que ella estaba llamada a interpretar los tratados y no a revisarlos.¹⁶ Sería conveniente, pues, que la Corte interamericana no traspasara el límite fijado por la interpretación respecto de los textos sometidos a su consideración.

10. La interpretación del artículo 75 de la Convención americana efectuada por la Corte no ha sido seguida por la O.E.A. En efecto, los documentos oficiales de la organización regional informan que las reservas oportunamente formuladas por Barbados y por México y el retiro de una reserva hecha por Guatemala fueron considerados según la convención de Viena y no de acuerdo con la interpretación hecha por la Corte interamericana en su opinión consultiva N° 2.¹⁷

II. LA CLÁUSULA FEDERAL

11. El derecho internacional se ha ocupado particularmente acerca de cómo se aplican sus normas a los Estados que presentan una estructura federal. Esta cuestión comprende distintos capítulos pero, a los fines de la Convención americana, hay dos temas que ofrecen interés, a sa-

15 Ver particularmente, *C.I.J.*, Recueil 1951, pp. 25, 26 y 27.

16 *C.I.J.*, Recueil 1950, p. 229.

17 Organización de los Estados Americanos – Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano* (actualizado a abril de 1997), 1997, pp. 52, 54 y 55.

ber: la celebración de los tratados y la responsabilidad en el caso de incumplimiento.

La celebración de tratados internacionales por parte de un Estado federal está vinculada con el modo cómo se distribuyen el *treaty making power* el Estado federal y los Estados miembros (provincias, cantones, Länder). En general, la distribución de competencias entre ellos está regulada por la Constitución. En algunos Estados federales, el Estado central posee competencia exclusiva en materia de concertación de tratados internacionales y los Estados miembros no tienen participación alguna. Se pueden citar como ejemplos en este sentido Austria, Brasil y Venezuela.

En otros Estados federales, sus miembros disponen de cierta competencia en la conclusión de tratados como, por ejemplo, los cantones suizos, según el artículo 9 de la Constitución federal y los Länder alemanes de conformidad con el artículo 32, inciso 3, de la Ley fundamental de la República federal. El artículo 124 de la Constitución argentina reformada en 1994 faculta también a las provincias a celebrar tratados internacionales en materias que son de su competencia, en tanto no sean incompatibles con la política exterior del Estado federal ni afecten el crédito público de la Nación. En el Canadá, varias provincias, particularmente Quebec, sostienen que así como existe una distribución en materia legislativa entre el Estado central y sus miembros, esa misma distribución debe servir para distinguir entre el *treaty making power* del Estado central y el de los miembros. Esto significa que una provincia canadiense podría celebrar tratados internacionales sobre todas aquellas cuestiones para las que posee competencia legislativa.

12. Pese a la competencia que pueden tener ciertos miembros de un Estado federal para concertar tratados internacionales, la Convención americana no prevé la posibilidad de que un miembro de un Estado federal sea Parte contratante de ella. En su lugar, ha introducido en el artículo 28 una disposición especial para los Estados federales llamada generalmente “cláusula federal”. Según esta disposición, un Estado federal, en el cual la competencia sobre derechos humanos pertenece total o parcialmente a los Estados miembros, puede ser Parte en la Convención. En este caso, el Estado federal asume todas las obligaciones que la Convención le impone, en la medida de su competencia, y se obliga además a “tomar de inmediato las medidas pertinentes” a fin de que los Estados miembros adopten las disposiciones para el cumplimiento de la Convención. La “cláusula federal”, que tiene sus orígenes en algunos tratados de comienzos de este siglo,¹⁸ establece una desigualdad entre los Estados Partes en la Convención. En efecto, mientras un Estado unitario que ratifica la Convención se obliga a cumplir todas sus cláusulas, puede ocurrir que un Estado federal sea Parte en la Convención y sólo asuma la obligación de tomar las medidas pertinentes para que las autoridades de las provincias adopten las disposiciones para el cumplimiento de la Convención.

Si no se permite a los miembros de un Estado federal ser Partes de la Convención americana, el modo razonable cómo un Estado federal que no posee competencia plena en materia

¹⁸ La cláusula federal aparece en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, que forma parte del tratado de Versailles (art. 405, inc. 9).

de derechos humanos podría acceder a ser Parte en dicha Convención es el siguiente: *i*) el Estado federal firmaría la Convención americana, *ii*) luego trataría de que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para poder cumplir con aquélla, y *iii*) una vez dictadas esas medidas, ratificaría el tratado y depositaría el instrumento de ratificación. De esta manera, se garantizaría que todos los Estados que han ratificado la Convención tengan los mismos derechos y obligaciones.

Hasta ahora, ningún Estado federal ha ratificado la Convención americana prescribiéndose de la “cláusula federal” contenida en su artículo 28.

13. El otro tema vinculado con los Estados federales que aquí interesa es el de la responsabilidad. La cuestión no está prevista en el artículo 28 de la Convención americana, sin embargo él ha sido invocado en materia de responsabilidad.

En el caso Garrido y Baigorria, la Comisión interamericana sostuvo que la Argentina era responsable de la desaparición forzada de dos personas ocurrida en abril de 1990 en la provincia de Mendoza y promovió una demanda ante la Corte contra ese país. La Argentina reconoció los hechos articulados en la demanda, pero alegó que la entidad responsable era la provincia de Mendoza y no el Estado federal, fundándose para ello en el artículo 28 de la Convención. Un día antes de dictarse la sentencia, la Argentina reconoció su responsabilidad internacional y entonces la Corte se limitó a tomar nota del reconocimiento efectuado por ese país.¹⁹ La Comisión y la Argentina solicitaron el otorgamiento de un plazo determinado para llegar a un acuerdo en materia de reparaciones, a lo cual accedió la Corte. El acuerdo a que llegaron las partes se halla contenido en un convenio del 31 de mayo de 1996, suscripto por la provincia de Mendoza y no por la Argentina, y en otros documentos que son su consecuencia. Cuando el convenio y los otros documentos fueron sometidos a la consideración de la Corte, ésta decidió que aquél no había sido suscripto por las partes en el litigio, pues una de ellas era la Argentina y no la provincia de Mendoza, y, en consecuencia, no le adjudicó ninguna relevancia jurídica.²⁰

El artículo 28 de la Convención americana se refiere a su ratificación o adhesión, pero no a la cuestión de responsabilidad. En esta última materia, en principio, el Estado federal responde por los actos realizados por los Estados miembros.²¹ Ello ocurre así incluso en aquellos casos en que el Estado federal no tiene control sobre los actos del Estado miembro.²²

III. LAS PARTES CONTRATANTES EN LA CONVENCION AMERICANA

14. Según su artículo 74, inciso 1, la Convención americana es un tratado abierto. Se entien-

19 Corte IDH, caso Garrido y Baigorria, sentencia del 2 de febrero de 1996.

20 Corte IDH, caso Garrido y Baigorria, resolución del 31 de enero de 1997.

21 Conf. decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del 7.VI.1929 en el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, U.N., *Report of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 536.

22 Conf. sentencia arbitral del 26.VII.1875 en el caso del Montijo, LA PRADELLE-POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, 1954, t. III, p. 675.

de por tal, aquél que permite el ingreso de otras Partes contratantes además de las que lo suscribieron originariamente. En el caso que nos ocupa, el ingreso puede realizarse de dos maneras: mediante la firma y ratificación o por adhesión.

Los tratados pueden estar abiertos a toda la comunidad internacional o a alguna parte determinada de ella. Así, la Convención americana se halla abierta a “todo Estado miembro de la Organización de los Estados americanos”. Según las publicaciones de la O.E.A. al mes de abril de 1997, la Convención estaba en vigor entre veinticinco Estados miembros. Diecisiete de éstos han aceptado la jurisdicción de la Corte interamericana.

La Convención fue concertada con el objeto de garantizar la vigencia de los derechos humanos en toda América. La primera frase de su Preámbulo invoca precisamente el “propósito de consolidar en este Continente... un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Por esa razón, la Convención americana es un tratado abierto.

15. De acuerdo con el espíritu de los autores de la Convención, en el momento en que todos los Estados americanos la hayan ratificado, quedarán asegurados los derechos humanos en el Continente. Sin embargo, es preciso tener en cuenta la aparición cada vez más creciente de organizaciones internacionales en América. Cuando varios Estados persiguen un fin que no pueden alcanzar separadamente, pues depende de la cooperación internacional, optan por negociar y suscribir un tratado entre ellos que crea una organización de este tipo. La explotación hidroeléctrica de un río internacional contiguo, la lucha contra los incendios forestales y ciertas plagas de la agricultura, los sistemas de pronósticos meteorológicos, la distribución de frecuencias para radio y televisión y la protección de animales migratorios son ejemplos, entre muchos otros, de fines que los Estados sólo pueden alcanzar mediante la cooperación internacional y para lo cual han creado organizaciones internacionales. Para dar una idea de la importancia de este proceso de creación de organizaciones internacionales, cabe mencionar que sólo en el ámbito de la cuenca del Plata existen hoy siete comisiones fluviales internacionales.²³

Las organizaciones internacionales son creadas por un tratado internacional suscripto por los Estados miembros, quienes generalmente indican en él los fines de la nueva entidad, la competencia que cada uno delega en ella y la estructura interna que tendrá.²⁴ Los Estados

23 Estas son las siguientes: Comisión técnica mixta de Salto Grande, creada por el tratado del 30.XII.1946 entre la Argentina y el Uruguay; Comisión mixta del río Paraná, creada por el tratado del 16.VI.1971 entre la Argentina y el Paraguay; Comisión administradora del Río de la Plata, creada por el tratado del 19 de noviembre de 1973 entre la Argentina y el Uruguay; Comisión administradora del río Uruguay, creada por el tratado del 26 de febrero de 1975 entre la Argentina y el Uruguay; Comisión binacional administradora de la cuenca inferior del río Pilcomayo, creada por el acuerdo por cambio de notas del 14.IX.1993 entre la Argentina y el Paraguay; Comisión trinacional para el desarrollo de la cuenca del río Pilcomayo, creada por el tratado del 9.II.1995 entre la Argentina, Bolivia y el Paraguay, y Comisión binacional para el desarrollo de la alta cuenca del río Bermejo y el río Grande de Tarija, creada por el tratado del 9.VI.1995 entre la Argentina y Bolivia.

24 En cuanto a la estructura interna de las principales organizaciones internacionales en América latina, ver John, *Gemeinsame zwischenstaatliche Unternehmen in Lateinamerika*, München, 1994.

miembros designan también las autoridades principales de la organización. Estas, a su vez, se ocupan de la conformación interna de la entidad y de la designación del personal, tanto de los funcionarios como de los empleados. La organización suele dictar un Estatuto de personal que regula la relación de trabajo entre ella y sus funcionarios y empleados.

La organización internacional fija su sede en un determinado país con el cual concierta generalmente un acuerdo de sede. Este consiste en un tratado internacional en el que se otorga a la entidad y a sus funcionarios las inmunidades, exenciones y privilegios necesarios para poder cumplir eficazmente su función.

16. Como consecuencia de las normas que dicta la organización internacional para regular su estructura y sus actividades, se constituye un *orden jurídico interno* de la entidad, que es independiente del orden jurídico de cada Estado. Así, los funcionarios y empleados de la organización no dependen del derecho administrativo o laboral del país sede o de cualquier otro Estado, sino exclusivamente del derecho interno de la organización internacional.

Se ha discutido, en la teoría jurídica la naturaleza específica de estas normas.²⁵ Hoy día existe unanimidad en considerarlas como el orden jurídico de la organización internacional. Así como cada Estado tiene su orden jurídico estatal, la Iglesia Católica el derecho canónico, el Comité internacional de la Cruz Roja su orden jurídico propio, las organizaciones internacionales poseen también el suyo.

Dado que en la mayoría de los casos, la organización internacional goza de inmunidad de jurisdicción en el país sede, cuando se produce una controversia entre ella y uno de sus funcionarios o empleados, éstos no pueden acudir a los tribunales locales. Por esa razón, algunas organizaciones internacionales han instituido sus propios tribunales para decidir este tipo de controversias. En cuanto al continente americano, la O.E.A., la Comisión técnica mixta de Salto Grande y la Comisión administradora del río Uruguay cuentan con tribunales propios. A su vez, la Organización panamericana de la Salud ha reconocido la competencia del Tribunal administrativo de la O.I.T., que tiene su sede en Ginebra.

Las decisiones de estos tribunales son irrecurribles ante un tribunal nacional porque no pertenecen al orden jurídico de ningún Estado.²⁶

17. En estas circunstancias, puede ocurrir que un funcionario de una organización internacional alegue la violación de uno de sus derechos humanos por parte de aquélla. Esta situación

25 Sobre la jurisprudencia de este tribunal, ver Armas Pfirter, "Le Tribunal arbitral international de Salto Grande et sa jurisprudence", *Annuaire Français de Droit International*, 1993, p. 540 ss.

26 En el caso "Fibraca constructora s.c.a.", una decisión del Tribunal arbitral internacional de Salto Grande fue atacada de inconstitucional ante la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, pero ésta rechazó el recurso declarando que se trataba de la decisión de un tribunal que no formaba parte del orden jurídico argentino (Tribunal arbitral internacional de Salto Grande, *Origen-Normativa-Jurisdicción*, Parte general, pp. 108 y 109).

se encontraría fuera del ámbito de garantía de la Convención americana porque la organización en cuestión, que es un sujeto internacional distinto de los Estados, no es Parte contratante en dicha Convención. Recientemente el Tribunal administrativo de la O.I.T., que tiene competencia en controversias que se susciten entre unas cuarenta organizaciones internacionales y sus respectivos funcionarios o empleados, debió ocuparse de un litigio en el que el demandante alegaba “una grave violación de los derechos fundamentales”.²⁷ En este caso, el Tribunal llamó la atención de la Organización mundial de la propiedad intelectual (O.M.P.I.), que era la entidad imputada, sobre la gravedad de los hechos alegados por el demandante, pero éste no pudo llevar su causa a la Corte europea de derechos humanos porque la O.M.P.I. no es Parte contratante del tratado de Roma.

18. Existen diversas formas para poner fin a esta situación y hacer que las organizaciones internacionales de la región puedan adherirse a la Convención americana. Una podría ser la enmienda del artículo 74 que tendría por objeto añadirle la fase siguiente: “y de toda organización internacional creada por alguna o todas ellas”. Otra forma más práctica, y que ha sido empleada en casos análogos, consiste en efectuar una interpretación amplia de los términos “Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos” de modo de comprender también las organizaciones internacionales creadas por dichos Estados. En este sentido, cabe mencionar que existen varios precedentes de tratados internacionales abiertos sólo a la adhesión de los Estados y que, no obstante ello, se ha permitido que otros sujetos internacionales se constituyen en Partes contratantes. A título de ejemplo, se pueden citar los cuatro convenios de Ginebra de 1949 sobre derecho humanitario, los que sólo están abiertos a la adhesión de las “Potencias” (arts. 60, 59, 139 y 155 respectivamente,²⁸ pero de los que se constituyeron como Partes contratantes la Santa Sede y dos comunidades beligerantes: el Gobierno provisorio de la República argelina en 1960 y el Gobierno provisorio de la República de Vietnam en 1973. Otros ejemplos son las convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas (1961) y sobre el derecho de los tratados (1969) las que, pese a estar abiertas sólo a la adhesión de los Estados, tienen como Parte contratante a la Santa Sede, y el tratado que crea la F.A.O, que no prevé la adhesión de organizaciones internacionales, pero en el cual se admitió como Parte desde 1991 a la Comunidad económica europea.

Desde el punto de vista teórico, esta cuestión puede explicarse de varias maneras: En primer lugar, puede considerarse que se efectúa una interpretación amplia del término “Estado”, tomándolo como sinónimo de “sujeto internacional”. Otra explicación posible es considerar que se produce un acuerdo tácito entre las Partes en el tratado, quienes convienen en aceptar la nueva Parte contratante. En efecto, en todo tratado multilateral hay siempre una entidad que cumple la función de depositario: puede ser un Estado, una organización internacional, etc. Cuando

27 *Affaire Pary (N° 6), Jugements du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail rendus lors de la 84e session, jugement N° 1710 du 29.I.1998.*

28 Se interpreta generalmente que el término “Potencias” designa solamente a los Estados. Conf. en este sentido: PICTET, *La convention de Genève pour l'amélioration des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Genève, 1952, t. I, p. 459.

un Estado u otro sujeto internacional desea ser tenido como Parte, presenta al depositario su instrumento de ratificación o de adhesión, según lo prescriba el tratado en cuestión. El depositario notifica entonces a todas las Partes contratantes. Ahora bien, si ninguna de ellas objeta el ingreso, el solicitante es admitido. La notificación por parte del depositario y el silencio de las Partes contratantes configura, en rigor de verdad, un acuerdo tácito que consiste en aceptar a la entidad solicitante como Parte contratante.

Si las organizaciones internacionales creadas por los Estados americanos entre sí tuvieran acceso como Partes a la Convención americana, se habría dado otro paso a fin de que se concrete en este Continente el respeto pleno de los derechos esenciales del hombre.

VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DERECHOS HUMANOS

Rigoberto Espinal Irías^(*)

Confucio visualizó a los seres celestiales que dirigían el orden y el destino de todo el universo como si fueran una familia, esa misma estructura la concibió para el género humano. Más allá de toda duda, la unidad familiar constituye el elemento básico tanto de la sociedad como del estado. Podemos concebir a una nación como el conjunto de familias que viven en el territorio de un estado. Por ello, la promoción y el respeto a los derechos humanos, para llegar a convertirse en un hábito colectivo nacional, es menester que tal práctica se inicie y se mantenga en el seno de cada unidad familiar. Los padres encarnan la autoridad y el centro de irradiación de normas domésticas, inspiradas en principios de equidad y de justicia. En realidad, todo hogar, independientemente de toda consideración social o económica es una escuela de aprendizaje y aplicación de los valores que habrán de orientar a sus miembros en su vida política y social, en sus actividades cotidianas y en sus relaciones con los seres humanos que viven en su entorno. Así, pues, los límites del poder paterno reflejan los límites del poder público, la observancia del orden jurídico nacional viene a ser una resultante de la disciplina que se observa en la vida familiar.

En consecuencia, podemos establecer como una hipótesis de trabajo para una investigación social futura, que en la mayor medida en que el respeto a los derechos humanos en el seno de cada familia dará como resultado el mayor respeto a esos mismos derechos en la vida de una nación determinada.

(*) Ex Juez *Ad hoc* Corte Interamericana de Derechos Humanos.

EL CASO DE HONDURAS

La constitución hondureña establece en el artículo 59 que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del estado e impone a todos la obligación de respetarla y protegerla, además que la dignidad del ser humano es inviolable. Este principio constitucional es socavado de modo constante a través del ejercicio de la violencia de los varones hacia las mujeres que con ellos conviven y, en adición, son víctimas de ese comportamiento brutal los niños y los demás miembros de la familia. Nada justifica esa violencia intrafamiliar. Ni siquiera la opinión de psicoanalistas como Alfred Adler,¹ quien llegó al convencimiento de una relación estrecha entre el complejo de inferioridad, ya fuera por deficiencias físicas o económicas, y la conducta agresiva de los padres contra sus esposas y sus hijos se podía explicar por aquellas circunstancias. Pero esta explicación simplista, podemos estimarla superada mediante los estudios de Gordon Willard Allport, quien destacó como factores de la conducta los siguientes: reflejo condicionado, hábito, actitud, rasgo y personalidad.

Para el caso de Honduras, pudiera ser más provechoso hacer una investigación de la personalidad de los varones examinando la relación de los factores indicados por Allport con el fenómeno de la violencia intrafamiliar. En efecto, algunas encuestas de opinión² practicadas demuestran que sin importar los niveles de educación y los recursos económicos, las mujeres hondureñas sufren violencia por parte de los varones, un 15.31% son mujeres con carrera universitaria en derecho, 12.31% en medicina, 12.05% en administración de empresas. Lo cual induce a estimar que estas mujeres profesionales sufren los efectos de reflejos condicionados durante una vida intrafamiliar igualmente violenta. Los hábitos de violencia masculina, los rasgos de una personalidad machista que los niños adquieren imitando a sus padres y compañeros de juego y de escuela. También es importante hacer notar que los agresores pueden ser hombres con formación académica quienes posiblemente crecieron en un hogar donde los insultos y los castigos físicos fueron fenómenos constantes en el entorno familiar.

También es muy probable que en Honduras de no producirse una profunda transformación de las relaciones intrafamiliares que permitan el paso de un hogar autoritario a uno con relaciones de igualdad y respeto a la dignidad humana, las violaciones a los derechos humanos continuarán siendo objeto de preocupación nacional e internacional.

Por su parte, las experiencias obtenidas en el Consultorio Jurídico Popular,³ en el período de junio 95 a junio 96, demuestran que recibieron un total de 400 casos de violencia y encontraron que el 96% contenía denuncias de mujeres, se observa que un 90% estaban relacionados con problemas de violencia intrafamiliar. De esos casos un 91.9% derivaban de las relaciones de pareja, también las agresiones incluyeron directamente a hijos e hijas las formas de violencia se referían a maltrato físico, emocional y sexual.

1 Discípulo de Sigmund Freud, que enfatizó el complejo de inferioridad.

2 Véase: "ENTRE AMIGAS", AÑO 6 REVISTA No. 31. Tegucigalpa 1997, pp 14-15.

3 *Idem*, pp 25-26.

De la misma fuente reproducimos el siguiente:

CUADRO No. 1
TIPO DE CASOS RECIBIDOS POR EL CONSULTORIO JURÍDICO POPULAR
Junio 95-Junio 96

CASOS	NÚMERO
-Casos relacionados con violencia en las relaciones de pareja	79
-Violencia de hijos hacia sus madres/ de hermano contra hermana	3
-Violencia ejercida por patronos en relaciones laborales	5
-Violación	1
-Disputas entre vecinas	2
-Casos no relacionados con la violencia	10
TOTAL	100

El cuadro elaborado por Cecilia L. Sánchez y Ana María Pineda que hemos tomado de la fuente ya citada, es muy significativo por cuanto nos muestra que la mayor incidencia de casos se relaciona con violencia entre la pareja, de hijos hacia sus madres y de hermano contra hermana, es decir, violencia intrafamiliar.

Por otra parte, el Ministerio Público, en el Informe sobre las Actividades de las Fiscalías Especiales, del 20 de enero al 22 de junio de 1997, reporta 1109 casos de la Fiscalía de la Mujer, 1232 del Menor y 184 de Derechos Humanos. No obstante, es evidente que, según lo hemos afirmado, todos estos casos demuestran un irrespeto a los derechos humanos, originados en la baja moral vivida en el seno familiar.

Manteniendo nuestra tesis de la relación existente entre la violencia familiar y un clima general en la sociedad de irrespeto a los derechos fundamentales de la persona humana, podemos asegurar que se requiere un cambio profundo de los hábitos, aptitudes y valores en la unidad familiar.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES

La comunidad jurídica internacional ha dado aprobación a diversos instrumentos normativos que promueven cambios esenciales en la conducta de los estados, la sociedad y las personas.

Según nos informa el documento publicado por las Naciones Unidas, la Asamblea General aprobó la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra*

la mujer, el 18 de Diciembre de 1979, en vigor como tratado internacional desde el 3 de Septiembre de 1981, al ser ratificado por 20 países. En 1989, 10 años después de su aprobación, casi 100 naciones se consideran obligadas por los preceptos contenidos en la convención citada.

La misma fuente nos informa que la convención fue el producto de más de 30 años de trabajo realizado de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, que fue creada en 1946 con el objeto principal de promover sus derechos.

Es de hacer notar que “La Convención se concentra en 3 aspectos de la condición de la mujer. Por una parte el de los derechos civiles y la condición jurídica y social de la mujer que se abordan pormenorizadamente pero además y a diferencia de otros tratados de derechos humanos, la Convención se ocupa de los que tienen que ver con la reproducción humana y con las consecuencias de los factores culturales en las relaciones entre los sexos”.⁴

Precisamente la reproducción humana y los factores culturales en las relaciones entre los sexos, son factores que tienen como fuente primigenia las interacciones intrafamiliares.

También la comunidad jurídica internacional ha manifestado su preocupación “por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades”.⁵

En Honduras los niveles de pobreza son alarmantes. De 5.6 millones de habitantes, unos 1.5 millones viven en situación extrema. Esta condición socioeconómica afecta decenas de millares de familias. No obstante, el bajo perfil que muestra la conducta humana generalizada en menoscabo de la dignidad humana también se observa en las clases medias y aún en las altas se producen situaciones de violencia intrafamiliar, culminando en alguna ocasión con la muerte trágica de los cónyuges.

Creo firmemente que las interacciones humanas solamente pueden generalizarse en una sociedad políticamente organizada cuando la vida hogareña se fundamenta en relaciones justas y equitativas. Es el hogar el lugar más propicio para fomentar la real igualdad entre el hombre y la mujer. Por ello insisto en la necesidad de hacer llegar a cada familia aquellas aspiraciones manifestadas en instrumentos internacionales. Cada resolución, acuerdo o decisión tomada por los Estados que integran la comunidad jurídica, que se relacionan directamente con la promoción y el respeto a los derechos humanos, tendrán que trascender los límites de los poderes públicos y alimentar en lo pertinente la vida cotidiana en el hogar.

El bienestar de la familia y el desarrollo de la sociedad, si se quiere decir mejor, cambiando la calidad de vida familiar, fomentando el crecimiento económico y propiciando un au-

4 “CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER”, Introducción, publicado por las Naciones Unidas, página 1.

5 Igual fuente, página 4.

téntico desarrollo humano, son una condición necesaria para asegurar el respeto a los derechos humanos reconocidos en convenciones regionales como lo es el Pacto de San José, fundamento del sistema interamericano de protección a los derechos humanos.

El 9 de Julio de 1994, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó el texto de la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*. José Ochoa y Martínez en su artículo *No más violencia doméstica*,⁶ nos advierte que “Junto al Centro de Derechos de la Mujer, catorce organizaciones femeninas se unieron para convertir en realidad un viejo sueño que partió de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) cuya presidenta Dilma Quezada Martínez, trabajó para que Honduras ratificara la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer emitida en Belén Do Pará, Brasil, y la que sirvió de marco para que las mujeres del mundo conocieran las aspiraciones de las latinoamericanas en Beijin, en septiembre de 1995”, nos informa el distinguido periodista de dos aspectos importantes: La preocupación internacional y la acción de individuos en procura de que los objetivos perseguidos por la comunidad internacional se traduzcan en hechos concretos. Esto en mi concepto es de vital importancia si se quiere romper con el tradicionalismo paternalista de algunos de nuestros pueblos. Para mí, cualquier ideal concebido en cónclaves internacionales, solamente serán fríos testimonios adormecidos dentro de los archivos que contienen los documentos producto del esfuerzo realizado por representantes de los estados. Es la acción individual, la actividad personal de cada miembro de una comunidad lo que constituye el método o el camino para convertir aquellas aspiraciones en realidades concretas. Así fue como las mujeres organizadas en Honduras lograron presentar ante el Congreso Nacional el proyecto de una ley contra la violencia doméstica, que fue discutida y aprobada a finales del año de 1997.

NATURALEZA Y ALCANCE DE LA LEY

La ley en referencia procura garantizar la igualdad entre hombres y mujeres. Tiene por objeto proteger la integridad física, psicológica, patrimonial y sexual de la mujer, contra cualquier forma de violencia por parte de su cónyuge, ex-cónyuge, compañero, ex-compañero de hogar o cualquier relación afín a una pareja en la que medie, haya mediado o no cohabitación, incluyendo aquellas relaciones en las cuales se sostiene o se ha sostenido una relación sentimental.

El interés para los propósitos del presente trabajo, descansa en que el estado continúa en sus esfuerzos para asegurar la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, cuando la mayor preocupación debería de provenir de la sociedad en su conjunto, de cada comunidad nacional y de cada hogar formado sobre el suelo patrio. Los actos de discriminación y violencia doméstica no solamente tienen como víctima a la mujer, sino que también a los hijos y a los demás miembros que se integran en la familia en su concepto más amplio.

6 EL HERALDO, 25 de agosto de 1997, página 7.

El establecimiento público procura prevenir, sancionar y en definitiva erradicar la violencia doméstica contra la mujer. Pero se abstiene de poner su mirada vigilante en la formación que reciben los niños y las niñas en la escuela fundamental. Tampoco pone mayor atención en las inquietudes y los problemas que los jóvenes de educación media viven durante el período más crucial de sus vidas, cual es el de la adolescencia. Nunca las leyes por sí mismas son capaces de erradicar un mal social. La pena de muerte no es un obstáculo para la comisión de crímenes, las leyes contra la pobreza no sustituyen el esfuerzo, el trabajo, el ahorro y la inversión necesarias para crecer económicamente.

Llama a curiosidad la circunstancia de que la ley para la prevención, sanción y erradicación de la violencia doméstica contra la mujer, cuya iniciativa de ley fue introducida por la honorable diputada, Victoria Margarita Contrera Meléndez, conlleva la adopción de medidas, compromisos o lineamientos de política pública, cuales son las que a continuación en resumen se señalan:

- a) Promover y ejecutar medidas interrelacionadas y globales que incluyan soluciones a corto y al largo plazo.
- b) Brindar asistencia y protección inmediata a las mujeres que sufran violencia doméstica, impulsando la creación de nuevos servicios públicos y fortaleciendo los ya existentes.
- c) Formular con la participación directa de los gobiernos locales o municipales, planes gubernamentales de acción, los cuales deberán ser concertados con las distintas organizaciones de la sociedad civil hondureña, acogiendo sus iniciativas y recuperando sus experiencias; y,
- d) Las demás que sean necesarias para garantizar el pleno goce de los derechos y libertades de las mujeres.

Sin embargo, la familia, los hijos y los parientes que se integran a la misma quedan comprendidos de un modo tácito, ninguna medida expresa para asegurar un cambio de valores actitudes y rasgos de la personalidad que inciden en gran medida para la producción de actos de violencia intrafamiliar. Quedan escondidas aquellas acciones que tanto el gobierno nacional como los gobiernos locales devendrían obligados a realizar con el propósito de que la lucha contra la violencia sobre la mujer se convierta en una batalla enérgica en la promoción y la defensa de la dignidad humana y de los derechos que le son inherentes a cada persona integrada en un núcleo familiar.

SOBRE LAS DEFINICIONES DE LA VIOLENCIA

Uno de los aportes que llaman nuestra atención es aquel en el cual el legislador hondureño incorpora definiciones relativas a la naturaleza de la ley. Por *Violencia Doméstica* se entiende todo patrón de conducta asociado a una situación de abuso de poder que se manifiesta en

el uso de la fuerza física, violencia psicológica, patrimonial, sexual, intimidación o persecución contra la mujer.

Sin embargo, esos conceptos nos permiten mirar un ámbito sociocultural más amplio. No solamente son víctimas las mujeres, es muy frecuente el uso de la fuerza física, tanto del hombre como de la mujer, contra los niños. La violencia psicológica también se ejerce contra los menores. Y con mucha frecuencia, en el campo y la ciudad, se producen hechos de violencia sexual contra niños y niñas, quienes además también son víctimas de intimidación o persecución.

La violencia psicológica es tenida como toda acción u omisión cuyo propósito es degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de la mujer por medio de la intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento, encierro o cualquier otra conducta u omisión que implique un perjuicio en la salud psicológica, el desarrollo integral o la autodeterminación de la mujer. De igual manera podemos ampliar nuestra visión y poder constatar que de esa violencia psicológica sufren más los hijos. A veces llevando traumas a lo largo de su vida, que los hace ser, cuando ya son mayores, igualmente violentos contra sus semejantes, sus compañeros, sus compatriotas. En cada persona con autoridad y abusando de ella en perjuicio de los ciudadanos, posiblemente hubo un niño que vivió un trauma y no pudo superar formas de comportamiento o actitudes que le hacen ejercer esa violencia psicológica.

La *Violencia Sexual* hace referencia a conductas que de manera directa dañan no solo la integridad o la autodeterminación sexual de la mujer, sino que en una gran cantidad la sufren niños y niñas.

Así, pues, la ley en mención nos motiva para dar pasos más allá a las formas propias de discriminación contra la mujer y observar fenómenos negativos en relación a las lesiones que sufren otras personas humanas cuales son los niños y los minusválidos.

MEDIDAS DE SEGURIDAD

En el proyecto que más tarde se convirtió en ley, para tutelar o restituir los derechos de las mujeres víctimas de violencia doméstica, se concibieron medidas de seguridad con el propósito de evitar males mayores:

- a) Separar temporalmente al agresor del hogar que comparte con la mujer agredida.
- b) Prohibir al agresor transitar por la casa de habitación y centro de trabajo o lugares habitualmente frecuentados por la agredida siempre y cuando esta medida no interfiera en las relaciones laborales o de estudio del agresor.
- c) Detener por un término no mayor de 24 horas al agresor *in-fraganti*.

- d) Advertir al agresor que realice actos de intimidación o perturbación contra la mujer o contra cualquier miembro del núcleo familiar, incurrirá en el delito previsto en el código penal.
- e) Retener temporalmente las armas encontradas en poder del agresor.
- f) Reintegrar al domicilio a petición de la mujer que ha debido salir del mismo por razones de seguridad personal, debiendo aplicarse de inmediato la primera medida en referencia.

Las medidas mencionadas fueron concebidas por los proyectistas con carácter de temporal, no inferior a dos semanas ni mayor de dos meses pero al ser aplicadas por el Ministerio Público no excederán de 24 horas.

MEDIDAS PRECAUTORIAS

Las medidas precautorias están orientadas a prevenir la reiteración de la violencia doméstica mediante la reeducación del agresor y la elevación de la autoestima de la mujer:

- a) Disponer la asistencia obligatoria del agresor a servicios para su reeducación, impartidos por la consejería de familia más cercana, u organización no gubernamental especializada en este tipo de atención.
- b) Disponer la remisión de la mujer y en su caso de su familia cercana, a una consejería de familia o a una organización no gubernamental.

Estas medidas poseen el carácter de temporales.

MEDIDAS CAUTELARES

Como medidas cautelares se proyectaron las siguientes:

- a) Fijar de oficio una pensión provisional de alimentos, cuya cuantía estará en correspondencia con la capacidad económica del agresor y las necesidades del alimentario o alimentaria.
- b) Establecer un régimen de guarda provisional a cargo de terceras personas, de los hijos e hijas menores de edad, en caso debidamente comprobado de que se pusiera en riesgo la integridad de los menores y las menores de edad. En todo caso se establecerá un plan o régimen especial de visitas; y,
- c) Garantizar el ejercicio de las acciones legales en materia de alimentos o formación de patrimonio familiar, prohibiendo al agresor la celebración de actos y contratos sobre bienes muebles e inmuebles, así como el desplazamiento de los bienes muebles de la residencia común

hacia otro lugar cualquiera. El juez o jueza realizará un inventario de dichos bienes tanto al momento de dictar esta medida como de suspenderla.

Estas medidas son aplicables a las medidas cautelares, en lo conducente, las mismas disposiciones establecidas para las de seguridad y las precautorias, sin perjuicio del derecho de la agredida de promover la acción correspondiente para garantizar en forma permanente la responsabilidad familiar del agresor.

La resolución en cuya virtud el juez o tribunal ordene la aplicación de las medidas cautelares son apelables solo en efecto devolutivo.

DE LAS SANCIONES

Es de importancia hacer notar que las sanciones establecidas por el legislador superan los conceptos clásicos del derecho penal, sin perjuicio de aquellas acciones u omisiones ya tipificadas por el ordenamiento penal, en consecuencia se establecieron las siguientes:

- a) Con la prestación de servicios a la comunidad de uno a tres meses por el no acatamiento de uno de los mecanismos de protección impuestos.
- b) Con la prestación de servicios a la comunidad de tres meses a un año si nuevamente incurre en actos de violencia doméstica, siempre que hubiese acatado los mecanismos de protección impuestos.

La prestación de servicios a la comunidad será de cuatro y seis horas diarias. De incurrirse nuevamente en actos de violencia doméstica y no se hubiese acatado los mecanismos de protección impuestos su conducta será considerada como delito y sancionada con reclusión de dos a cuatro años.

La imposición de la pena corresponde a los juzgados y tribunales competentes en materia penal.

JURISDICCIÓN, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

Una ley como la que venimos comentando requiere por supuesto la creación de una jurisdicción especial para el conocimiento y aplicación a casos concretos de los preceptos contenidos en la ley, por medio de juzgados y tribunales especializados. Mientras tanto su aplicación, lógicamente corresponderá a los juzgados de letras departamentales o seccionales y a los juzgados de paz. En su caso conocerán las cortes de apelaciones.

El Ministerio Público posee la facultad de aplicar medidas de seguridad precautorias o cautelares. Para una correcta aplicación de la ley mencionada se requieren adecuadas acciones

de coordinación entre los jueces, los policías y el ministerio público. Por supuesto, las medidas deberán ser solicitadas por: 1.- La mujer directamente agredida. 2.- Cualquier miembro del grupo familiar 3.- Los funcionarios o empleados públicos que por razones de su cargo tengan contacto con la mujer directamente afectada o con los integrantes del grupo familiar. 4.- Las organizaciones no gubernamentales que asuman la defensa de los derechos fundamentales de la mujer y las organizaciones que, en general, atiendan la problemática familiar y los derechos humanos; y, 5.- Cualquier persona que conozca del caso.

Superando los formalismos que a menudo vienen a ser obstáculos para el respeto absoluto de los derechos fundamentales, la solicitud de aplicación de las medidas mencionadas puede iniciarse a petición verbal o escrita, formulada por cualesquiera de las personas arriba nombradas.

Naturalmente, las medidas a dictarse tendrán que ser notificadas personalmente al agresor, en atención a la inviolabilidad del derecho de defensa. Por su parte a los jueces les corresponde remitir de inmediato las actuaciones al juzgado de letras penal competente, cuando los actos de violencia doméstica sometidos a su conocimiento constituyan delito.

Resultó congruente con la aspiración hondureña de instaurar procedimientos orales y públicos, la propuesta de aplicar las medidas precautorias, señalando audiencias en las 24 horas siguientes al conocimiento de la solicitud pertinente. Dicha audiencia habrá de realizarse con la comparecencia de la ofendida y del agresor. Es lógico que si el agresor no se presenta habrá de considerarse válida con la sola comparecencia de la ofendida, siempre y cuando el agresor hubiese sido notificado en debida forma.

CONSIDERACIONES FINALES

El fenómeno de la violencia familiar y su relación con los derechos humanos, desde el punto de vista normativo va más allá que el control de la violencia contra la mujer, puesto que el universo de las víctimas por violaciones a los derechos garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos es mayor al del género femenino y comprende a todos los habitantes del territorio de los estados partes del Pacto de San José.

No obstante, una ley que procure hacer realidad a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, configura un punto de partida de importancia vital para los cambios profundos que deberán producirse en el seno del núcleo familiar con el objeto de fomentar actitudes, valores, hábitos y rasgos de la personalidad que conduzcan de un modo sustancial a los grandes cambios de la sociedad políticamente organizada, capaz de convertirse en una real garantía de la protección y defensa de los Derechos Humanos.

Las garantías constitucionales, los preceptos contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos, podrán ser realmente cumplidos cuando la unidad familiar se convierta en un foco de irradiación del respeto a la dignidad humana.

HÁBEAS CORPUS Y LIBERTAD INDIVIDUAL: SU VIGENCIA EN UNA DÉBIL DEMOCRACIA

Samuel B. Abad Yupanqui^(*)

La Constitución peruana de 1993, de manera similar a lo dispuesto por la Carta anterior (1979), reconoce al hábeas corpus como un instrumento procesal destinado a proteger la libertad individual vulnerada o amenazada por cualquier autoridad, funcionario o persona.

Cabe recordar que luego de la ruptura del régimen constitucional, ocurrida el 5 de abril de 1992, el hábeas corpus sufrió severas restricciones -que impedían, por ejemplo, su empleo a favor de las personas detenidas por la policía bajo el cargo de terrorismo- y que fueron paulatinamente eliminándose con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, el 31 de diciembre de 1993.

Sin embargo, recientes acontecimientos han abierto el debate respecto a su procedencia en ciertas materias -consideradas por algunos como un espacio cerrado para el empleo de esta garantía-, y a las limitaciones que presenta en aquellas democracias que aún no se encuentran consolidadas.

Precisamente, a través del presente artículo pretendemos examinar algunos de estos casos que han generado intenso debate a nivel de la opinión pública, de los círculos judiciales y académicos, en la mira de aportar puntuales argumentos que puedan contribuir a fortalecer a este proceso esencial de tutela de la libertad personal y, en definitiva, garantizar la vigencia de un Estado democrático.

Debemos anotar que este proceso constitucional se encuentra presente en casi todos los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica bajo el influjo del hábeas corpus angloameri-

^(*) Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

cano.¹ Si bien existe un tronco común éste presenta algunas variantes, incluso respecto a su denominación pues algunos lo conocen como recurso de exhibición personal (Honduras, El Salvador y Guatemala) y otros como recurso de amparo, por ejemplo en Chile.² La diferencia más notable se aprecia en México pues su amparo comprende al hábeas corpus. Asimismo, en los países que distinguen el amparo del hábeas corpus, el objeto de protección no siempre es el mismo. En Colombia, por ejemplo, el hábeas corpus sólo protege la libertad personal (derecho a no ser detenido en forma arbitraria o ilegal); la integridad personal se defiende a través de la tutela o amparo. En cambio, en Argentina, Costa Rica y Perú, el hábeas corpus protege tanto la libertad física como la integridad personal. Se trata, pues, de diferencias que hay que tomar en cuenta para evaluar los alcances de algunos de los problemas que plantearemos en las líneas siguientes.

1. HÁBEAS CORPUS Y JUSTICIA MILITAR

Con motivo de diversas sentencias dictadas por la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declararon fundadas sendas demandas de hábeas corpus presentadas contra el Consejo Supremo de Justicia Militar a favor del General EP, en situación de retiro, Rodolfo Robles y del Capitán, en situación de retiro, Gustavo Cesti, no sólo se suscitó un debate sobre la vigencia de este proceso constitucional ante la justicia militar sino también se cuestionó la actuación de los magistrados de dicha Sala. En concreto, se discutía si procedía acudir a este proceso cuando un tribunal militar ordenaba la detención de una persona a quien constitucionalmente no podía juzgar.

Algunos sostuvieron que conceder el hábeas corpus en tales supuestos constituía no sólo un grave error jurisdiccional sino, incluso, podía configurar un delito. En esto fueron muy enfáticos los estamentos militares que se consideraban inmunes al hábeas corpus adoptando un concepto absoluto de autonomía que los colocaba al margen del control constitucional.³ No compartimos una interpretación de esta naturaleza; es más, consideramos que ella colisiona con la Constitución. En efecto, somos de la opinión que el hábeas corpus sí procede en tales circunstancias.

a) Conforme al artículo 200° inciso 1) de la Constitución, el hábeas corpus procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. Desde esta perspectiva, el citado dispositivo comprende a

1 FIX-ZAMUDIO Héctor, "La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdiccionales nacionales", Madrid: UNAM, Civitas, 1982, p. 71 y ss.

2 GARCÍA BELAUNDE Domingo, "El Hábeas Corpus en América Latina", Lima, Revista IUS ET VERITAS, N° 9, 1994, p. 72.

3 CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR, "Justicia Militar. Órgano Informativo del Fuero Privativo Militar", N°1, Lima, 1997, p. 2. En el mismo sentido, PEZUA VIVANCO David, "Fuero militar: jurisdicción independiente", diario El Sol, Lima, 23 de marzo de 1997; CHIRINOS SOTO Enrique, "Fuero civil contra fuero militar", diario El Sol, Lima, 31 de marzo de 1997.

“toda autoridad” incluyendo, por cierto, a los miembros de los tribunales militares. En efecto, una adecuada interpretación de la Constitución no puede permitir la existencia de “autoridades”, órganos o instituciones exentas del control jurisdiccional.

b) El cuestionamiento de una decisión jurisdiccional no cierra automáticamente la puerta al hábeas corpus, sencillamente porque aquel sí procede contra las resoluciones judiciales emanadas de un “procedimiento irregular”, conforme lo señala en forma expresa el artículo 6º inciso 2) de la Ley N° 23506, Ley de hábeas corpus y amparo, que data de 1982.

La jurisprudencia nacional ha interpretado dicha expresión entendiendo que alude a la existencia de un “debido proceso”, es decir, si una resolución judicial no ha emanado de un debido proceso procede acudir a las llamadas acciones de garantía. Así por ejemplo, la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada una demanda de hábeas corpus iniciada por Lauso Sartorelli y otro contra el 12º Juzgado Civil de Lima;⁴ igualmente, el Tribunal Constitucional declaró fundada una demanda de hábeas corpus contra una resolución judicial arbitraria.⁵ En consecuencia, si se vulnera en forma manifiesta la libertad individual en un proceso judicial “irregular” o “indebido”, procede acudir al hábeas corpus.

Cabe recordar que el derecho al juez natural o derecho al juez predeterminado por la ley -reconocido por el artículo 139º inciso 3) de la Constitución y el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos- que forma parte del debido proceso, puede verse afectado cuando asume competencia un juez militar sobre un supuesto delito que corresponde a la justicia civil. Así lo ha reconocido constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en diversas sentencias, como por ejemplo en la sentencia 105/1985, de 7 de octubre al precisar:

Sin embargo, conviene señalar -y así lo ha hecho este Tribunal en sus sentencias 75/1982, de 13 de diciembre, y 11/1984, de 28 de noviembre- que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley resulta vulnerado si se atribuye a una jurisdicción especial un asunto que corresponde conocer a la ordinaria, y que el conocimiento por parte de la jurisdicción militar de una cuestión que cae fuera del ámbito de su competencia supone no sólo la transgresión de las reglas definidoras de dicho ámbito, sino también la vulneración del mencionado derecho constitucional.⁶

De esta manera, se puede concluir que cuando se afecta la libertad individual a través de una resolución judicial que en forma manifiesta vulnera el debido proceso -por ejemplo, el derecho al juez natural-, procede acudir al hábeas corpus. Esto es lo que sucedió en el caso del Capitán (r) Gustavo Cesti pues al ser un oficial en retiro, los tribunales militares carecían de competencia para juzgarlo y ordenar su detención. Más aún, porque el delito que se le imputaba -defraudación de una suma de dinero- es un delito común y no uno de función.

4 Exp. N° 0721-94, El Peruano, Lima, 10 de octubre de 1995.

5 Exp. N° 037-96, El Peruano, Lima, 12 de noviembre de 1996.

6 Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Madrid, 1985, N° 54-55, p. 1169.

c) Algunos han sostenido que en estos casos el hábeas corpus no procede pues para cuestionar asuntos de competencia entre “fueros”; la vía pertinente es la contienda de competencia. No es exacto. En primer lugar, pues antes de acudir al hábeas corpus no existe obligación legal -ni constitucional- de agotar instancias previas, ni siquiera de índole administrativa. Y, en segundo lugar, pues en el hábeas corpus tampoco existe obligación de que el quejoso acuda a otra vía judicial -paralela- como podría ser la contienda de competencia. De esta manera, queda claro que el acceso al hábeas corpus es libre, y la decisión de utilizarlo recae solamente en el justiciable.

d) Cabe agregar que la finalidad del hábeas corpus no consiste en determinar la responsabilidad penal de la persona a favor de quien se interpone. A través de este proceso constitucional sólo se verifica si existe amenaza o violación de la libertad individual y, en caso que ésta se constate, disponer judicialmente se repongan las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho en cuestión.

No debe interpretarse que la vigencia de la libertad individual y la eficacia de una sentencia de hábeas corpus dictada contra la orden de un tribunal militar trata de exonerar al quejoso del juzgamiento correspondiente por los presuntos delitos cometidos. Lo único que pretende es que la responsabilidad penal la determine el juez ordinario competente.

e) Por lo demás, el artículo 139° inciso 1) de la Constitución reconoce la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, precisando que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. Agrega el artículo 173° del texto constitucional que en caso de “delito de función” los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. De esta manera, los referidos dispositivos definen la competencia de los tribunales militares a partir de la noción de delito de función. Las normas citadas no se refieren en forma expresa al proceso de hábeas corpus y, evidentemente, no establecen que éste no proceda frente a las decisiones de la justicia militar.

f) Asimismo, tratándose del hábeas corpus carece de sustento constitucional sostener que la Corte Suprema es la instancia que debe determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente, es decir, si conocer de éste proceso le corresponde a la justicia ordinaria -en rigor, constitucional- o a la justicia militar. Sencillamente porque el hábeas corpus sólo puede ser tramitado ante el Poder Judicial y, cuando la resolución es denegatoria, ante el Tribunal Constitucional. Y es que en el ordenamiento jurídico peruano, los tribunales militares carecen de competencia para tramitar el hábeas corpus.

g) Adicionalmente, la experiencia comparada evidencia que la justicia militar no se encuentra ajena a la procedencia del hábeas corpus cuando en forma manifiesta se afecte la libertad individual. Así lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia norteamericana al precisar que:

las condenas de las cortes marciales militares están sujetas a la revisión colateral por los

tribunales civiles federales en las peticiones de mandamientos de hábeas corpus, cuando se sostiene que la corte marcial procedió sin jurisdicción, o que fueron violados derechos constitucionales básicos, o que se han presentado circunstancias excepcionales que son tan invalidantes que determinan una flagrante injusticia.⁷

Por tanto, las resoluciones dictadas por los tribunales militares pueden ser cuestionadas a través del hábeas corpus: Dichos organismos no se encuentran al margen del control constitucional y, por ende, deben acatar las resoluciones de hábeas corpus. Su incumplimiento vulnera el artículo 200° inciso 1) de la Constitución, que reconoce al hábeas corpus como garantía constitucional, así como el respeto al debido proceso reconocido por el artículo 139° inciso 3) de la Constitución. En efecto, como lo indicó el Tribunal Constitucional,⁸ “¿Tendría razón de ser un debido proceso cuando no se va a poder aplicar ni ejecutar la sentencia? No sería un debido proceso”. Asimismo, la inobservancia de una sentencia de hábeas corpus afecta la vigencia del principio democrático que exige que todas las instituciones estatales respeten las decisiones judiciales firmes.

Este incumplimiento, también vulnera expresas declaraciones y tratados internacionales aprobados por el Estado peruano que, de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, deben ser obligatoriamente tomados en cuenta para interpretar los derechos que la Constitución reconoce. Estos instrumentos internacionales garantizan que toda persona cuente con un recurso efectivo ante los tribunales para la tutela de sus derechos. Así lo dispone el artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 2° inciso 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 7°, párrafo 6) y 25°, párrafo 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

h) De esta manera, carece de base constitucional cerrar la puerta al proceso de hábeas corpus contra aquellas resoluciones de los tribunales militares que afecten en forma manifiesta la libertad individual y el debido proceso. Por el contrario, autorizarlo en estos casos, contribuirá a acercarnos a una justicia militar respetuosa de los derechos constitucionales y comprometida con los valores democráticos. Precisamente las garantías constitucionales, como el amparo y el hábeas corpus, vienen contribuyendo a ello, en países como España y Colombia. Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia en la acción de tutela -o amparo- T-275/94 de 15 de junio de 1994, consideró que en los procesos ante la justicia militar procedía la constitución en parte civil, pese a que el Código Penal Militar no lo contempla en forma expresa, a fin de garantizar la vigencia del debido proceso:

No se puede aducir que tratándose de los procesos que cursan ante la justicia penal militar no hay lugar a la constitución de parte civil porque cualquier posible perjuicio podría ser resarcido mediante la acción de reparación directa que se tramita ante los Tribunales Contencioso Administrativos. Esta opinión restringiría el ejercicio del derecho de acceder

⁷ CORWIN, Edward. “La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual”, Buenos Aires: 1987, p. 158.

⁸ Exp. N°006-97-AI/TC, Sentencia de 30 de enero de 1997, acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 26599, El Peruano, Lima, 7 de marzo de 1997.

a la justicia en una etapa útil cual es la de la instrucción y en la etapa crucial: el juicio, lo cual impediría, además, apelar de la sentencia que se dictare (derecho fundamental establecido en el artículo 31 de su Constitución). No se puede argumentar tampoco que en la justicia penal militar no cabe la acción civil por no contemplarlo expresamente el Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988). En efecto, el mencionado decreto es anterior a la Constitución de 1991, por lo cual debe ser interpretado conforme a la Carta fundamental y, en particular, a los derechos constitucionales. Ahora bien, esta Corporación ha establecido que el derecho de acceso a la justicia está profundamente relacionado con el derecho al debido proceso. En ese orden de ideas, si la Constitución determinó que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (art. 29 C.P.)”, sería paradójico sostener que habiéndose ampliado el debido proceso a lo administrativo se restringiera en cuanto tocara con una expresión de la justicia penal: la militar. Por eso, constituye una discriminación injustificada que quienes son víctimas o perjudicados de delitos investigados por la justicia penal ordinaria puedan acceder al proceso penal, mientras que quienes son víctimas o perjudicados de ilícitos investigados por la justicia penal militar no puedan hacerlo. Si alguien ha sido víctima o perjudicado por un hecho investigado por la justicia penal militar, tiene derecho a acceder al proceso penal. La manera de tener este acceso a la justicia, cuando se trata de la madre del muerto, es constituyéndose, si ella lo desea, y en el momento oportuno, como parte civil dentro del proceso penal correspondiente.

El aporte de las garantías constitucionales al proceso de democratización de la justicia militar que se aprecia en países como España y Colombia, se enfrentó con la lamentable negativa de los tribunales militares del Perú de acatar la orden judicial de hábeas corpus y las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo en el caso del Sr. Gustavo Cesti.⁹ En la actualidad, el caso se encuentra ante las instancias internacionales de protección, concretamente, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2. HÁBEAS CORPUS Y RECLUTAMIENTO MILITAR IRREGULAR

Desde inicios de nuestra vida republicana, la leva o reclutamiento forzoso para cumplir con el Servicio Militar Obligatorio (SMO), ha sido una práctica que ha afectado a un elevado número de personas. Así por ejemplo, en 1855 el diputado Bustamante expresó:

es imposible pintar con colores aparentes cuando se asoman los reclutadores a un pueblo; ni el cólera, ni la fiebre amarilla, ni el incendio, causan más temor a los habitantes.¹⁰

⁹ La Defensoría del Pueblo a través de la Resolución Defensorial N° 012-97/DP de fecha 24 de marzo de 1997 recomendó al Consejo Supremo de Justicia Militar cumplir con la sentencia estimatoria de hábeas corpus dictada a favor del señor Gustavo Cesti.

¹⁰ *Cit.* por Pareja Paz Soldán, Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979, Lima 1981, Justo Valenzuela Editores, p. 640.

Detrás de conductas de esta naturaleza, existen derechos y deberes en juego -como la libertad, integridad y la defensa nacional- que inspiran un régimen democrático y que debemos tomar en cuenta si aspiramos construir un Estado de Derecho que cuente con respaldo ciudadano. Si bien nadie puede discutir que el cumplimiento del SMO sea una expresión del deber de participar en la defensa nacional; ello, en una sociedad civilizada, no debe dejar de lado el respeto de los derechos humanos, así como los procedimientos y garantías que los protegen.

a) La legislación peruana vigente establece que todas las personas en el año que cumplen diecisiete años deben inscribirse en las llamadas Oficinas de Reclutamiento o, de ser el caso, en las Municipalidades. Al hacerlo adquieren su boleta de inscripción. Luego, serán clasificadas por las Juntas de Calificación y Selección, las que determinarán quienes serán o no seleccionados para el servicio activo y quienes se encuentran exceptuados. Un sorteo definirá el orden en que los seleccionados serán incorporados siempre que su número exceda las necesidades requeridas. Más adelante, a través del llamamiento, los seleccionados serán convocados para su incorporación a filas. De esta manera, se establece un procedimiento que brinda garantías a los ciudadanos para evitar posibles arbitrariedades.

Sin embargo, éstas se presentan. Uno de los argumentos que suele esgrimirse es la falta del personal militar requerido, produciéndose la leva ante la necesidad de cubrir las plazas necesarias para el cumplimiento de la función de defensa que la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas.

b) ¿Es la leva la única forma para cubrir la falta del personal? Ciertamente no pues la ley, como hemos visto, marca otro camino. Aunque puede resultar muy sencillo disponer que los miembros de las Fuerzas Armadas -o de la Policía Nacional- detengan a un número indeterminado de jóvenes y, sin autorización judicial, los conduzcan a un cuartel para cumplir ahí o en otro lugar -por ejemplo, una zona de emergencia o de frontera- el SMO.

Esta práctica, no sólo está al margen de la Ley sino que, además de predisponer a los ciudadanos en contra de las instituciones militares, desconoce que toda persona tiene derecho a la libertad individual y que por tanto no puede ser privado de ella, salvo por mandato judicial o por decisión policial en caso de flagrante delito. Así lo establece el artículo 2º inciso 24 literal f) de la Constitución.¹¹

c) ¿Qué hacer para evitar situaciones de este tipo? Tanto la ley como el Código de Justicia Militar establecen pautas claras para que los omisos a la inscripción, al canje o al llamamiento cumplan con el servicio. En efecto, quien incurra en estos supuestos comete un delito -deserción simple-, que trae como consecuencia su inmediato alistamiento y, además, ser acreedor a una sanción penal por incumplir con el deber de participar en la defensa nacional. Por tratarse de un delito, quien debe disponer la detención será un juez, que en estos casos sería un juez mi-

¹¹ Defensoría del Pueblo "Informe sobre las levas y el Servicio Militar Obligatorio", Serie Informes Defensoriales N° 3, Lima, agosto 1997.

litar. Con ello se busca un punto de equilibrio entre la libertad y la defensa nacional. Así la detención de los omisos contaría con la garantía de una orden emanada de una autoridad jurisdiccional evitándose la arbitrariedad de las levas.

Sin embargo, no es extraño verificar que la leva se ha convertido en el mecanismo para reclutar, llegando a situaciones extremas en las que no se discrimina a los obligados a cumplir con el SMO de aquellos que estarían exceptuados, permitiendo incluso situaciones de corrupción.

d) Por lo demás, si una persona ha sido levada, cualquiera podría iniciar a su favor un proceso de hábeas corpus; pues la leva constituye una privación arbitraria de la libertad. Este podría presentarse ante cualquier juez penal, gratuitamente, sin necesidad de abogado, e incluso en forma verbal, y debería ser resuelto en el más breve plazo disponiéndose la inmediata libertad del detenido. El desarrollo del hábeas corpus en estos casos no sólo podría cumplir esta misión, sino a la vez podría contribuir a elevar sus niveles de legitimidad social.

Sin embargo, esta vía procesal no ha sido muy utilizada, y en los pocos casos en que se ha acudido a ella los resultados no han sido satisfactorios. Así por ejemplo sucedió en el hábeas corpus interpuesto a favor del menor de edad Jorge Briones Ramírez (17 años) contra el Jefe de la Oficina de Reclutamiento Militar de San Juan de Miraflores, quien fue detenido por la policía en Villa María del Triunfo (Provincia de Lima) y conducido a la 10ª División Blindada del Rímac donde fue reclutado y llevado al departamento de Ayacucho -zona de emergencia- a cumplir con el SMO. En este caso, el hábeas corpus interpuesto a su favor no pudo evitar su alistamiento indebido, pues aún no le correspondía cumplir con el SMO y éste se había efectuado obviando las formas establecidas.¹²

e) Es conveniente anotar que el cumplimiento del SMO debe llevarse a cabo con respeto de los derechos y principios constitucionales. Para evitar que los excesos que se cometan puedan perpetuarse, el empleo de las garantías constitucionales -hábeas corpus y amparo- resulta de especial relevancia. Cabe indicar que en otros países, como Colombia, se viene efectuando un interesante desarrollo jurisprudencial, como el que se presentó en la acción de tutela SU-200/97 de fecha 17 de abril de 1997 cuando consideró que:

... el Ejército Nacional sí violó, o al menos puso en grave e injustificado peligro los derechos a la vida y a la integridad personal de los bachilleres menores de edad que envió a las denominadas zonas rojas; y en cuanto a los soldados bachilleres mayores de edad, es necesario reiterar que, si bien su obligación va más allá que la de los menores, sólo pueden ser enviados a zonas denominadas del orden público, siempre que hayan recibido un entrenamiento suficiente que les permita enfrentar en igualdad de condiciones al enemigo.

¹² Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, diario oficial "El Peruano", Lima, 22 de agosto de 1987, p. 13.

Los derechos de la persona y su protección a través de las garantías constitucionales encuentran en la citada sentencia una muestra de sus posibilidades de contribuir al encuadramiento del SMO en un ordenamiento respetuoso de los derechos y principios constitucionales.

3. HÁBEAS CORPUS CORRECTIVO Y DERECHOS DE LOS RECLUSOS

La doctrina ha bautizado al tipo de hábeas corpus destinado a corregir el trato indebido en prisión y, de ser el caso, disponer el cambio de lugar de la detención cuando no fuera el adecuado, como hábeas corpus correctivo.¹³ En el derecho comparado lo admiten entre otros países, Argentina, Costa Rica y Perú.

a) Uno de los casos polémicos se suscitó con motivo de la incomunicación de las personas detenidas por delito de terrorismo pertenecientes al Movimiento Revolucionario Túpac Amaru que se encontraban en los Establecimientos Penales de Máxima Seguridad “Miguel Castro Castro” y de mujeres de Chorrillos. Esta situación se presentó en el contexto de la toma de la Embajada del Japón -y la vigencia de un régimen de excepción- precisamente por miembros de dicha agrupación terrorista. Los familiares del líder de tal movimiento que se encontraba en prisión presentaron la demanda de hábeas corpus pues la orden de incomunicación y la cancelación de todo tipo de visitas carecía de base legal.

b) El Juez Penal que conoció el caso declaró infundada la demanda. La Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima que resolvió la apelación, en votación dividida, declaró fundada la demanda.¹⁴ La Corte sostuvo que:

si bien se desprende de lo actuado que existiría un hecho generador de la medida de suspensión de visitas, como es el de una probable toma de personalidades, motín o huelga de hambre por parte de los internos, también lo es que dadas las condiciones de seguridad y control existentes en los Penales en que se encuentran los sentenciados y procesados por delito de terrorismo, se puede establecer de conformidad con lo señalado en el artículo 200° inciso 6 de nuestra Carta Magna, el cual señala que cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación a derechos restringidos o suspendidos el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, que, la medida adoptada en el sentido de suspender el régimen de visitas, resulta no razonable ni proporcional a la situación existente, ya que las medidas adoptadas como parte de un régimen de máxima seguridad, que se aplican en estos Establecimientos Penitenciarios se presentan en todo caso como suficientes para contrarrestar probables acciones de fuerza que pudieran realizar los miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, por lo que

13 SAGÜÉS Néstor, “Derecho Procesal Constitucional, Hábeas Corpus”, Tomo 4, Buenos Aires: Astrea, 1988, p. 211.

14 Exp. N° 265-97-HC, Lima, 18 de abril de 1997.

restringir aún más los ámbitos vitales de la persona humana, resulta atentatorio contra su propia dignidad, privándole de los más elementales espacios de socialización y comunicación con los demás seres humanos, atentando no sólo contra el interno, sino también contra su familia, acto que contraviene derechos fundamentales consagrados por los artículos 1º, 2º inciso 24 numeral g) y 4º de nuestra Constitución Política del Estado, que establece que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; que nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito en la forma y por el tiempo previstos por la Ley, y que la comunidad y el estado protegen a la familia, reconociéndola como instituto natural y fundamental de la sociedad.

c) La referida sentencia, que adquirió firmeza pues en estos casos la resolución no llega al Tribunal Constitucional si declara fundada la demanda, demostró las posibilidades de acudir con éxito al hábeas corpus correctivo con independencia de quien sea la persona afectada y al margen del contexto en el que el país se encontraba, pues por encima de ello resultaba prioritario reconocer la especial protección que requieren los derechos humanos. Cabe en ello resaltar la labor de los magistrados de dicha Sala quienes luego por una lamentable intervención de la propia Corte Suprema fueron reemplazados.

d) Un caso diferente se presentó con motivo de la implementación de un Establecimiento Penitenciario de alta seguridad conocido como Challapalca en el departamento de Puno, que se encuentra a 4,400 metros sobre el nivel del mar. Diversos especialistas se opusieron al traslado de los internos a dicho penal pues debido a su ubicación no era apto para un adecuado tratamiento de los reclusos; es más, el traslado atentaba contra su integridad.

La Defensoría del Pueblo recomendó al Ministro de Justicia la clausura de dicho penal por afectar los derechos de los internos. Los principales cuestionamientos se basaban en que la lejanía del penal y su difícil acceso restringían en la práctica el derecho de defensa de los detenidos, así como el acceso de los familiares para la visita del interno, y que debido a la elevada altura y condiciones climáticas se afectaba la salud de los internos constituyendo todo ello una situación más grave no dispuesta en la sentencia.¹⁵

e) Ante esta situación, diversas organizaciones de derechos humanos presentaron sendas demandas de hábeas corpus para evitar el traslado y permanencia de los internos en dicho penal, quienes empezaron a ser trasladados a partir del mes de agosto de 1997.

Todas las demandas de hábeas corpus interpuestas fueron desestimadas por el Poder Judicial. En estos casos, por cierto, no intervinieron los magistrados que antes integraban la Sala de Derecho Público pues fueron designados por la Corte Suprema para integrar otras Salas. Ello puede explicar que pese a que en este caso también hubiera resultado viable acudir al hábeas

¹⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, "Los primeros quince meses. Resumen de actividades 1996-1997", Lima, pp. 41-42.

corpus correctivo, el Poder Judicial haya desestimado las demandas presentadas.

4. HÁBEAS CORPUS E INDEPENDENCIA JUDICIAL

Uno de los problemas más serios que se han presentado contra aquellos magistrados que a través del proceso de hábeas corpus se enfrentaban a diversos estamentos de poder, por lo general a las Fuerzas Armadas, han sido las posteriores amenazas de sanción que han recaído sobre ellos. En este contexto, las denuncias públicas por prevaricato contra ciertos magistrados han sido temas de agenda cotidiana, básicamente contra quienes declararon fundadas sendas demandas de hábeas corpus contra los tribunales militares.

a) Con fecha 13 de agosto de 1997, se publicó en el diario oficial “El Peruano” la Resolución Ministerial N° 0595-97-IN-010101000000 de fecha 7 de julio de 1997. A través de ella, se autorizaba al Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio del Interior y encargado de los Asuntos Especiales del Ministerio del Interior relativos al terrorismo, para que en representación y defensa del Estado proceda a formular denuncia contra la Juez del 37° Juzgado Penal de Lima, Dra. Elba Greta Minaya Calle, por los presuntos delitos de violencia y resistencia a la autoridad, contra la función jurisdiccional y terrorismo.¹⁶

La parte considerativa de dicha resolución administrativa señalaba que su expedición se debía a la intervención de la citada magistrada ante la detención de Máximo Alberto Avila Reyes y Carmen Cáceres Hinostroza, comprendidos en una investigación por delitos de terrorismo y traición a la patria.

Precisaba que el 9 de junio de 1997, la jueza provisional del 37° Juzgado Penal de Lima, se apersonó a la jefatura de la DINCOTE alegando llevar a cabo un “hábeas corpus de oficio”, para verificar la situación de los detenidos y, “adoptando una actitud prepotente”, levantó el acta correspondiente, luego de lo cual dispuso la inmediata liberación de Carmen Cáceres al haber sido detenida mediante una “mala intervención policial”.

Añadía la referida resolución administrativa que la conducta y decisión de la Juez constituye un acto contrario a la ley considerando que la persona que ordenó liberar estaba sujeta a una investigación por terrorismo y/o traición a la patria sin que se hubiera vencido el plazo de 15 días constitucionalmente previsto para la detención preventiva por estos delitos.

b) La referida resolución constituye un acto arbitrario pues desconoce los preceptos constitucionales que regulan los casos en que se puede disponer la detención de las personas y la forma de actuación jurisdiccional al respecto. En efecto, los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas constituyen los supuestos de excepción respecto al plazo de detención preventiva a que se refiere el literal f) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución de 1993. En estos casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos

¹⁶ Cabe recordar que esta magistrada declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta a favor del General, en situación de retiro, Rodolfo Robles Espinoza por detención arbitraria.

implicados por un término no mayor de quince días naturales. Añade este literal en su tercer párrafo que “Deben dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término”.¹⁷

De esta manera, se advierte que el término legal de quince días en que se ampara la resolución no constituye un plazo de exclusión de cualquier actuación jurisdiccional respecto de las personas detenidas. Por el contrario, si un juez toma conocimiento de la detención de alguna persona bajo cualquier cargo y antes del vencimiento del plazo previsto, será competente para intervenir a fin de verificar que se hubiera configurado alguno de los dos supuestos posibles de detención legal -mandamiento escrito y motivado del juez o flagrante delito-.

c) Cabe agregar que el hábeas corpus puede, incluso, ser formulado en forma verbal, tal como lo dispone el artículo 14° de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley N° 23506. En efecto, podría ocurrir que un juez se apersona a una dependencia policial y que en tal ocasión un detenido le pida verbalmente su intervención porque considera que sufre una privación arbitraria de su libertad. En este caso, el juez podría acoger el hábeas corpus, investigar, y si lo considera necesario disponer la libertad de la persona.

d) De lo expuesto se aprecia la legitimidad de la actuación de la Juez que resolvió el hábeas corpus respecto a los delitos que se le imputaban ya que, conociendo la detención de dos personas, verificó la legalidad de dichas intervenciones y, ante la arbitrariedad de la detención de una de ellas, dispuso su inmediata liberación en cumplimiento del mandato constitucional. Para ello, no constituía impedimento alguno que no se hubieran vencido los quince días naturales con que contaban las autoridades policiales por cuanto el origen de dicha investigación era un acto arbitrario revocado por la juez. Resultaba evidente, además, que este comportamiento no importa la comisión de delito alguno y, menos aun, del delito de terrorismo.

Consideramos que los argumentos esgrimidos por el Ministro del Interior contenidos en la Resolución Ministerial N° 0595-97-IN-010101000000 carecen de sustento jurídico alguno. Es más, podemos afirmar que la mencionada resolución constituye un acto inconstitucional que afecta la autonomía e independencia de los jueces. Así lo entendió la Defensoría del Pueblo al solicitar al Ministro del Interior que deje sin efecto la citada resolución administrativa. Posteriormente, ante los intensos cuestionamientos, se expidió la Resolución Ministerial N° 0703-97-IN-010101000000 que dejó sin efecto la anterior resolución.

e) De otro lado, lo sucedido con los magistrados integrantes de la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Lima fue algo similar, pues se denunció a sus integrantes, los doctores Sergio Salas -Presidente-, Elizabeth Mc Rae y Juan Cancio Castillo por haber cometido delito de prevaricato y porque se consideraba que habían interferido con el ejercicio de la jurisdicción militar. Todo ello por haber resuelto sendas demandas de amparo y hábeas corpus en contra de los tribunales militares.

¹⁷ Cfr. EGUIGUREN PRAELI Francisco, “Libertad personal, detención arbitraria y hábeas corpus: las novedades en la Constitución de 1993”, *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 11, Lima: CAJ, p. 13 y ss.

Es más, el Fiscal de la Nación cuando consideró que quien estaba cometiendo delito era precisamente el Consejo Supremo de Justicia Militar al no acatar una orden judicial firme y definitiva, fue amenazado de ser denunciado ante el Congreso de la República por el Presidente de dicho Consejo Supremo por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

En la actualidad, la denuncia penal contra los magistrados ha sido desestimada, pero quedó sentado un grave precedente de afectación a la independencia judicial de quienes resolvían al margen de la opinión de ciertos sectores de poder y de una evidente ausencia de apoyo de parte de la Corte Suprema respecto de sus propios jueces. Cabe recordar que la Sala Constitucional de dicha Corte al amparo de una resolución administrativa de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, cambió la composición de la Sala de Derecho Público y sustituyó a los magistrados injustamente denunciados por otros.

5. HÁBEAS CORPUS, CAMBIO DE JUECES Y RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL

Con motivo del proceso de reforma judicial que se viene llevando a cabo, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial dictó la Resolución Administrativa N° 399-CE-PJ, publicada el 14 de octubre de 1997, que dispuso que el Juez Especializado Transitorio en Derecho Público sería el órgano jurisdiccional encargado de conocer en primera instancia los procesos de hábeas corpus.

Cabe anotar que, actualmente en el distrito judicial de Lima existen dos Jueces Especializados Transitorios de Derecho Público, los cuales a partir de la vigencia de dicha resolución administrativa serían los únicos encargados de conocer y resolver los procesos de hábeas corpus.

Además, en aplicación de dicha resolución que autorizaba a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema a designar y/o ratificar a los magistrados de derecho público, se dispuso una nueva conformación de las salas, cambiando a los jueces que habían declarado fundada sendas demandas de hábeas corpus y designando a magistrados cuya independencia ha sido severamente cuestionada.

Al respecto, se han planteado severos cuestionamientos respecto a la validez de una resolución de tal naturaleza.

a) En efecto, conforme lo dispone el artículo 15° de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, y el artículo 21° de la Ley N° 25398, Ley que complementa a la anterior, cualquier juez penal tiene competencia para conocer de un proceso de hábeas corpus.

Es decir, tales dispositivos consideran que el acceso al hábeas corpus no está circunscri-

to a determinados jueces -ni siquiera al de turno- sino que cuentan con competencia todos los jueces penales. La racionalidad del citado dispositivo descansa en la necesidad de brindar el más amplio acceso a todas las personas para obtener una tutela judicial efectiva de su derecho a la libertad individual.

b) Por tal razón, consideramos que la Resolución dictada por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial no sólo afecta el principio de legalidad -pues una resolución administrativa no puede modificar una ley-, sino además restringe el libre acceso al hábeas corpus.

c) Esta situación, motivó la intervención de la Defensoría del Pueblo a través de la Resolución Defensorial N° 052-97-DP de fecha 14 de octubre de 1997, mediante la cual se recomendó a la Comisión Ejecutiva que precise la resolución que había dictado en el sentido que todos los jueces penales pueden conocer y resolver los procesos de hábeas corpus. En efecto, se resolvió

RECOMENDAR a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial que aclare el sentido de la Resolución Administrativa N° 399-CME-PJ precisando que los procesos de hábeas corpus pueden iniciarse no sólo ante los Juzgados Transitorios Especializados en derecho Público, sino también ante cualquier juez penal.

De esta manera, se efectuaron puntuales recomendaciones a fin de establecer que el proceso de reforma administrativa del Poder Judicial debía ser respetuoso del derecho al debido proceso y no podía restringir el acceso al hábeas corpus.

6. REFLEXIÓN FINAL

Hemos querido plantear uno de los temas centrales en la agenda de derechos humanos; nos referimos a la vigencia de la libertad individual y la dificultad con que el proceso de hábeas corpus se encuentra al momento de tratar de protegerla en el marco de una democracia debilitada.

Y es que aún continúa el desencuentro entre lo previsto por la Constitución y lo que sucede en la vida cotidiana, ejemplos concretos lo constituyen los temas aquí planteados. No ha sido extraño que su empleo haya generado críticas indebidas y que algunos sectores se hayan negado a respetarlo, como ha sucedido con la arrogante actitud de los tribunales militares, propiciando enfrentamientos innecesarios y cuestionando de raíz su vigencia.

Esta situación debe renovar la necesidad de fortalecer el proceso de hábeas corpus, no sólo en el plano normativo sino fundamentalmente en la forma como ha de ser resuelto por las autoridades judiciales, y acatado por las autoridades políticas, militares y policiales. No debe olvidarse que su eficacia constituye un decisivo indicador de la existencia de un régimen democrático. Enfrentar colectivamente estos temas contribuirá a garantizar no sólo la vigencia de la libertad individual, sino a la vez paulatinamente irá fortaleciendo nuestra frágil institucionalidad.

LA DECISIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE ENJUICIAMIENTO PENAL MÚLTIPLE (*NON BIS IN IDEM*) EN EL CASO LOAYZA TAMAYO

Domingo E. Acevedo^(*)

1. INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia que dictó el 17 de septiembre de 1997 en el caso *Loayza Tamayo*¹ declaró que el Perú violó, entre otros derechos, la garantía judicial que prohíbe la persecución penal múltiple por los mismos hechos (*non bis in idem*), y ordenó al Estado peruano que, en un plazo razonable, ponga en libertad a la reclamante María Elena Loayza Tamayo.²

El pronunciamiento de la Corte Interamericana fue emitido a raíz de una demanda que presentó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a ese tribunal, en enero de 1995, contra de la República del Perú por violación de la garantía que, en los términos que se transcriben a continuación, prohíbe el doble -o múltiple- enjuiciamiento penal:

El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.³

(*) “Visiting Fellow” Universidad de Cambridge.

1 Véase *CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO LOAYZA TAMAYO: SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1997*. El texto completo de la sentencia en INFORME ANUAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1997), OEA/Ser. L/V/III 39, Doc. 5 de 21 de enero 1998, págs. 197-220.

2 Párrafo dispositivo 5 de la sentencia. En el presente trabajo se emplea la expresión *non bis in idem*. Sin embargo, como señala el profesor J.B. Maier, el principio es más conocido como *ne bis in idem*. Véase, *DERECHO PROCESAL PENAL*, Tomo I. Fundamentos (1996) pág. 595, y la bibliografía que este autor cita al respecto en la nota No. 234. En el mismo sentido, Ramón García Alberó en “*NON BIS IN IDEM*” *MATERIAL Y CONCURSO DE LEYES PENALES*, Barcelona (1995) pág. 23 nota No.1.

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 8, párrafo 4.

Por muchas razones, la sentencia de la Corte Interamericana constituye un excelente ejemplo de lo que Alf Ross ha denominado “el pulso de la vida del derecho”.⁴ Entre esas razones cabe destacar el hecho de haber dispuesto que el Estado demandado debía reponer a María Elena Loayza en la situación material y jurídica en que se encontraba con anterioridad a su detención, por resultar ello necesario a la restitución de los derechos y libertades fundamentales que la Corte encontró vulnerados.

Además de suscitar numerosos comentarios, y elogios, la decisión de la Corte Interamericana fue calificada como “histórica” por algunos medios de prensa,⁵ y por distinguidos juristas del Perú.⁶

Pocos días después de recibir la notificación, el Gobierno peruano anunció, por su parte, que el Consejo de Ministros “encabezado por el Presidente de la República”, había dispuesto “dar pleno cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.⁷ En esa misma ocasión el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú formuló el siguiente comentario con referencia al fallo de la Corte:

La Corte ha dictado su sentencia declarando que no procede la sentencia de los tribunales ordinarios por cuanto a una misma persona no se le puede procesar dos veces por el mismo asunto, temperamento que por supuesto comparto.⁸

4 Véase “*A TEXTBOOK OF INTERNATIONAL LAW, General Part*” (1947) pág. 80.

5 El diario *LA REPÚBLICA*, por ejemplo, expresó que “hay que calificar [el fallo de la Corte] por una vez sin exageración de histórico (pues marca un precedente para toda América Latina)”. Véase, “Inocentes en prisión” nota Editorial, 2 de octubre de 1997. Por su parte, el diario *EXPRESO* ha señalado que la liberación “de la profesora María Elena Loayza, injustamente sentenciada por terrorismo y sobre cuyo caso se pronunciara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acompañó la desactivación también esta semana de los tribunales sin rostro”, véase “Cuidado con la ley de arrepentimiento”, nota Editorial, octubre 18, 1997.

6 El Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Lima calificó el fallo como “una decisión histórica de la Corte Interamericana, pues es la primera vez en la historia judicial del Perú, que esta importantísima institución dispone la inmediata libertad de una ciudadana y, a su vez, el pago de una indemnización”. Véase, “Colegio de Abogados de Lima reclama libertad de detenida”, *LA REPÚBLICA*, 26 de septiembre de 1997.

7 Véase, “Canciller Ferrero afirma que Gobierno cumplirá sentencia de la CIDH”, *GESTIÓN*, 2 de octubre de 1997; asimismo, “Gobierno acatará fallo de Comisión [sic] Interamericana de Derechos Humanos”, *EL COMERCIO*, publicado en el Web: 2 de octubre de 1997; Doris Hinojosa: “El Gobierno acata fallo internacional y ordenará libertad de profesora María Loayza” *LA REPÚBLICA*, publicada en el Web: 2 de octubre de 1997.

El 17 de octubre de 1997, María Elena Loayza, fue puesta en libertad en un acto que contó con la cobertura de una multitud de medios de comunicación nacionales e internacionales.

8 Véase las fuentes indicadas en el párrafo anterior. En una actuación que no se compadecería con la posición que adoptaron las autoridades peruanas al más alto nivel, tres meses después de notificada la sentencia de la Corte Interamericana, el Agente del Estado en el caso presentó una “demanda de interpretación” en la cual se repetían planteos ya resueltos, se introducían otros nuevos y se solicitaba a ese Tribunal internacional, *inter alia*, “que deje sin efecto en todos sus extremos lo dispuesto en el punto resolutorio 5 de la sentencia” de 17 de septiembre, es decir el que ordenó poner en libertad a María Elena Loayza. La CIDH, al formular sus observaciones a esa “demanda” sostuvo que se trataba de una forma encubierta de cuestionar el fallo de la Corte que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 67 de la Convención

Con referencia al caso *Loayza Tamayo* la Corte Interamericana se pronunció asimismo sobre la violación de otros derechos fundamentales⁹ que, por la gravedad e importancia de los mismos, requerirían un análisis mucho más detallado del que sería posible efectuar en el marco, bastante reducido, del presente trabajo cuyo propósito es referirse en forma breve a la garantía que prohíbe el enjuiciamiento penal múltiple “por los mismos hechos”, a la luz de las consideraciones que hizo la Corte en el fallo antes mencionado.

2. ANTECEDENTES DEL CASO

a. *Detención ilegal y arbitraria de María Elena Loayza por la Policía Nacional del Perú*

María Elena Loayza, de nacionalidad peruana, profesora de la Universidad San Martín de Porres, fue arrestada el 6 de febrero de 1993 en un inmueble de su propiedad, en la ciudad de Lima, por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) de la Policía Nacional del Perú, quienes no presentaron orden judicial de arresto ni mandato alguno de autoridad competente,¹⁰ en desconocimiento de los procedimientos y requisitos esenciales que prevé la Constitución peruana. La profesora Loayza permaneció detenida en las dependencias de la DINCOTE desde el 6 al 26 de febrero de 1993, e incomunicada entre el 6 y el 15 del mismo mes y año, y fue objeto de apremios ilegales y de otros tratos crueles y degradantes por parte de los agentes de la policía.¹¹

En el Informe que aprobó la Comisión sobre este caso en octubre de 1994,¹² y en el escrito de demanda ante la Corte, la CIDH expresó que María Elena Loayza era una de las muchas personas privadas de su libertad sobre la base de acusaciones falsas de una terrorista militante en el Partido Comunista del Perú (PCP-SL) quien, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Arrepentimiento, optó por “arrepentirse”.¹³

Americana, es *definitivo e inapelable*.

Mediante resolución de 8 de marzo de 1998 la Corte Interamericana desestimó, por improcedente, la denominada “demanda de interpretación” interpuesta por el Agente del Estado peruano.

⁹ Derecho a la libertad personal, a la integridad personal, violación de garantías judiciales, y protección judicial que garantizan, respectivamente, los artículos 7, 5, 8 [párrafos 1, 2, 3 y 5] y 25 de la Convención Americana, todos ellos en concordancia con el artículo 1.1 de la Convención. En su sentencia la Corte Interamericana confirmó la violación de la mayoría de estos derechos por agentes del Estado peruano.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, sección X, párrafo 46 a. y sección XII, párrafo 49 a.

¹¹ *Idem*, párrafos 57 y 58.

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 87 período de sesiones, *INFORME No. 20/94, Caso 11.154*, (Perú), OEA/Ser.L/V/II.87, Doc 12, 26 de septiembre 1994.

¹³ La “Ley de Arrepentimiento”, aprobada mediante Decreto Ley No. 25499, de 16 de mayo de 1992, por el Gobierno de Reconstrucción Nacional del Perú surgido el 5 de abril del mismo año, establecía que, según los casos, las personas interesadas en beneficiarse de la misma debían comprometerse a abandonar la actividad terrorista, o proporcionar información veraz y oportuna que permita descubrir la organización y funcionamiento de grupos terroristas, o establecer la identidad de sus cabecillas, jefes, dirigentes y/o principales integrantes, a fin de facilitar la captura de los mismos. El texto de esa Ley [actualmente derogada] en *LEGISLACIÓN SOBRE TERRORISMO Y PACIFICACIÓN*. Edición Oficial, Ministerio de Justicia del Perú, (1993), pág. 89.

Al contestar la demanda el Agente del Estado peruano reconoció que:

La detención de María Elena Loayza se produjo a raíz de la acusación de una terrorista “arrepentida”, llamada Mirta, quien dio el nombre de María Elena Loayza a las autoridades policiales como integrante del grupo subversivo Sendero Luminoso.¹⁴

La ley de arrepentimiento entonces vigente era utilizada, particularmente por miembros del PCP-SL [en muchos casos coaccionados por los propios integrantes de las fuerzas de seguridad del Estado peruano] para acusar a personas inocentes que con frecuencia eran declaradas culpables exclusivamente sobre la base de la declaración de la persona “arrepentida”, por jueces propensos a condenar sin pruebas, amparados en la irresponsabilidad e impunidad que garantizaba el hecho de actuar “sin rostro”.¹⁵ Un prestigioso periódico peruano, muy identificado con el régimen que aprobó la ley de arrepentimiento, ha sostenido, en fecha reciente que:

[E]n numerosos casos las sentencias injustas tuvieron como origen, antes que en el anonimato de los magistrados, en las denuncias de estos terroristas [arrepentidos], como en el caso de María Elena Loayza. Circunstancia que se explicaba por el temor de aquellos o bien por un deseo de venganza sobre personas que, precisamente, les salieron al frente.¹⁶

b. *Actuación del Fuero Privativo Militar*

Con referencia al juzgamiento de María Elena Loayza en el *Fuero Privativo Militar* cabe mencionar que el Decreto Ley 25.659, que regula el delito de traición a la patria, dispone que las personas acusadas de ese delito serán juzgadas por jueces militares. Este es uno de los dos temas en que la Corte ha mantenido una posición muy tímida,¹⁷ que contrasta con el resto de la sentencia, al no pronunciarse sobre la falta de independencia e imparcialidad de los jueces militares.¹⁸

14 Escrito de 28 de abril de 1995, párrafo 13: ARRESTO Y ENJUICIAMIENTO DE MARÍA ELENA LOAYZA TAMAYO, I. HECHOS. Sin embargo, al tratar de refutar la alegación de la CIDH en el sentido que el Estado peruano no efectuó la verificación de información que exigen tanto la Ley de arrepentimiento como los artículos 19 y 20 del Reglamento de esa Ley, el Estado demandado incurrió, en el mismo escrito, en una inexplicable contradicción al afirmar que “la detención [de Loayza] no se debió a las falsas acusaciones de María Angélica Torres y, más aún, que no se trataba de una terrorista arrepentida. Y por lo tanto, no era necesario observar el procedimiento de verificación que alude la Ley de Arrepentimiento”. *Idem*, párrafo 14.

15 Véase, por ejemplo, *INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1993*, documento OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 Rev. (1994), pág. 526.

16 Véase, “Cuidado con la Ley de Arrepentimiento”, nota Editorial, *EXPRESO*, octubre 18, 1997.

17 El otro se refiere a la violación sexual de la reclamante por agentes de la Policía Nacional del Perú (DINCOTE) en el cual, a pesar de la abundante prueba presentada al respecto por la CIDH, la Corte consideró que “dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado”. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 58.

18 La mayoría de los miembros de la Corte consideró que era “innecesario pronunciarse por cuanto la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por dicha jurisdicción castrense y, por tanto, la posible ausencia de estos requisitos no le causaron perjuicio jurídico en este aspecto”. *Idem*, párrafo 60.

Una consideración fundamental que cabe formular sobre ese punto es que, al hacer extensiva la jurisdicción militar a civiles, la vigencia -y aplicación- del mencionado Decreto Ley constituye, independientemente del resultado del juicio en un caso concreto, una violación al artículo 8.1 de la Convención Americana, cuyo “contenido esencial” es el de asegurar el debido respeto a las garantías de la administración de justicia y, particularmente, el derecho a ser juzgado “por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”. El Juez [y actual Vicepresidente de la Corte] A. A. Cançado Trindade ha expresado que la determinación de la incompatibilidad de las leyes nacionales con la Convención Americana y de sus consecuencias jurídicas debe efectuarse:

[A] partir de la propia existencia y aplicabilidad de las leyes nacionales (impugnadas en un caso concreto de violaciones de derechos humanos), y a la luz del deber de prevención que incumbe a los Estados Parte en la Convención Americana.

No hay necesidad -agrega el Magistrado- de tener en cuenta el llamado elemento del “daño” -resultante de la aplicación subsiguiente de una ley- para determinar la configuración de un acto -u omisión- internacionalmente ilícito y *per se* violatorio de los derechos humanos.¹⁹

El autor del presente trabajo está, por supuesto, completamente de acuerdo con lo expresado por dos de los jueces que integraron la Corte en el caso *Loayza Tamayo*, al dejar constancia del alcance que debe atribuirse al artículo 8.1 de la Convención Americana:

Si bien es cierto que, en este caso, dichos tribunales absolvieron a la detenida, pensamos que tribunales militares especiales, compuestos por militares nombrados por el Poder Ejecutivo y subordinados a los cánones de la disciplina militar, asumiendo una función que compete específicamente al Poder judicial, dotados de jurisdicción para juzgar no sólo a militares sino también a civiles, que emiten sentencias -como en el presente caso- desprovistas de motivación, no alcanzan los estándares de las garantías de independencia e imparcialidad requeridos por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elemento esencial del debido proceso legal.²⁰

19 Véase, “Las obligaciones legislativas de los Estados Partes” en: Voto disidente del Juez A. A. Cançado Trindade, RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: CASO EL AMPARO, 16 de abril de 1997, párrafos 12 y 26, respectivamente. El Juez Cançado Trindade ha sostenido, con abundantes fundamentos jurídicos, esa misma tesis en su voto disidente en la sentencia de REPARACIONES del mismo caso al señalar, *inter alia*, “Que un órgano de protección internacional de los derechos humanos no debe... partir de la premisa de que una ley, por su propia existencia, ‘no ha afectado aún’ los derechos protegidos, debiéndose por lo tanto aguardar medidas de ejecución que acarreen la ocurrencia de un daño. No debe hacerlo aún más cuando toda la evolución del ordenamiento jurídico de protección se orienta... hoy día, claramente en otro sentido”. [párrafo 10]. En el mismo sentido, véase el Voto disidente del Juez Cançado Trindade en el caso *Caballero Delgado y Santana*, Reparaciones, Sentencia de 29 de enero de 1997, y en el caso *Genie Lacayo*, Resolución de la Corte sobre Solicitud de Revisión de la Sentencia de 29 de enero de 1997 [párrafos 10 a 28 inclusive].

20 Véase, “Voto concurrente conjunto de los Jueces Cançado Trindade y Jackman” en: Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

María Elena Loayza Tamayo fue sometida al Fuero Privativo Militar y enjuiciada tres veces en el ámbito de ese Fuero por el supuesto delito de traición a la patria. En primera instancia fue enjuiciada y absuelta por el Juzgado Especial de Marina el 5 de marzo de 1993. Al mes siguiente el Consejo Especial de Guerra de la Marina, mediante resolución de 2 de abril de 1993, revocó la decisión del Juzgado de primera instancia y decidió condenarla, sin considerar prueba adicional alguna, a treinta años de prisión por delito de traición a la Patria en aplicación de los Decretos Leyes No. 25.659, 25.708 y 25.728.²¹

Cuatro meses más tarde, el Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM), órgano máximo en el Fuero Privativo Militar peruano, por sentencia de 11 de agosto de 1993, absolvió a María Elena Loayza del delito de traición a la patria. Esta sentencia fue materia de recurso de revisión extraordinaria a petición del Fiscal Especial Supremo del Fuero Militar, habiéndose dictado una nueva sentencia el 24 de septiembre de 1993 mediante la cual se confirmó la absolución de María Elena Loayza. No obstante haber sido absuelta del delito de traición a la Patria, el Consejo Supremo de Justicia Militar dispuso que se remita copia de lo actuado al Fuero Común por existir, según el tribunal militar, “evidencia” de comisión del delito de terrorismo. La sentencia del CSJM no mencionó, en modo alguno, cuál sería esa evidencia.²²

La Corte Interamericana, al referirse a este tema, ha expresado que:

[A]l dictar sentencia firme absolutoria por el delito de traición a la patria del cual fue acusada la señora María Elena Loayza Tamayo, la jurisdicción militar carecía de competencia para mantenerla en detención y menos aún para declarar, en el fallo absolutorio de última instancia, que “*existiendo evidencia de la comisión del delito de terrorismo dispone remitir los actuados pertinentes al Fuero Común y poner a disposición de la autoridad competente a la referida denunciada*”. Con esta conducta los tribunales castrenses actuando *ultra vires* usurparon jurisdicción e invadieron facultades de los organismos judiciales ordinarios”.²³

Es importante mencionar que la calificación del ilícito penal por el cual se enjuició a María Elena Loayza en el Fuero Privativo Militar del Perú y, según se indica más adelante, en el Fuero Común, fue hecha por la unidad especializada de la Policía Nacional del Perú que tiene a su cargo las funciones de investigar, denunciar y combatir el terrorismo, y no por un órgano

21 Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafos 46 f. y 61, 67 y 68. Los Decretos 25.659 y 25.708 regulan, respectivamente, el delito de Traición a la Patria y los procedimientos en los juicios a los acusados de esos delitos; y el Decreto 25.728 (derogado por ley No. 26.248 de 12 de noviembre de 1993) facultaba a los órganos jurisdiccionales a condenar en ausencia a los responsables de los delitos de terrorismo y de traición a la patria. El Decreto Ley 25.659 hace extensiva la jurisdicción militar a civiles, al disponer que las personas acusadas del delito de traición a la patria serán juzgadas por jueces militares. El texto completo de los Decretos en LEGISLACIÓN SOBRE TERRORISMO Y PACIFICACIÓN, citado *Supra* nota No.13.

22 Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 46 f. y g.

23 *Idem*, párrafo 61.

o tribunal independiente, competente e imparcial.²⁴ Es decir, en la práctica, un organismo policial carente de preparación técnico-jurídica calificó la conducta de la persona imputada. Esta calificación tuvo una importancia muy grande porque determinó el sometimiento del asunto a jurisdicciones diferentes y a procedimientos judiciales diversos.²⁵

Por otra parte, cuando el caso se planteó en el Fuero Militar no hubo una acusación alternativa por parte del Estado peruano: se acusó pura y simplemente de delito de traición a la patria. Concluido el procedimiento y declarada absuelta María Elena Loayza de dicho delito, se la acusó de un nuevo delito de la misma naturaleza, por los mismos hechos.

c. *La persecución penal por los mismos hechos en el Fuero Común*

En el Fuero Común, el 43o. Juzgado Penal de Lima, sin abundar en fundamentos, excepto repetir en forma mecánica los argumentos contenidos en el atestado que elaboró la policía, inició, el 8 de octubre de 1993, la instrucción contra María Elena Loayza por delito de terrorismo, por los mismos hechos que fueron materia del proceso en el fuero militar. El 10 de octubre de 1994 el Tribunal Especial sin rostro dictó sentencia condenando a María Elena Loayza por el delito de terrorismo, por los mismos hechos que tuvo en cuenta el Fuero Privativo Militar para absolverla (algunos de esos hechos, si bien figuraban en el Atestado Policial No. 049, no fueron materia de la acusación fiscal), imponiéndole 20 años de pena privativa de la libertad, en violación de la garantía judicial que prohíbe la doble persecución penal (*non bis in idem*), y del principio de congruencia entre acusación y sentencia.²⁶ Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de justicia del Perú, el 6 de octubre de 1995.

La CIDH alegó en su demanda que a María Elena Loayza se le atribuyeron como existentes ciertos hechos que no fueron probados en el ámbito del Fuero Privativo Militar, hechos hipotéticamente afirmados como reales en el Atestado Policial, que la jurisdicción militar de-

24 Cuando la DINCOTE finaliza la investigación debe elaborar un informe, [o “Atestado”] que remite al representante del Ministerio Público (Fiscal) quien, de conformidad con el Decreto Ley 25.475, es el que formula la denuncia ante el juez respectivo. El Fiscal goza, en abstracto, de autoridad para evaluar en forma independiente los cargos que serán presentados contra un detenido. El examen de las denuncias de los fiscales que actuaron en el caso Loayza, tanto en el Fuero Militar como en el Fuero Común, demuestra que esos representantes del Ministerio Público se limitaron, como de costumbre, a reproducir mecánicamente los hechos y cargos mencionados en el Atestado Policial que elaboró la DINCOTE. Véase al respecto: DEMANDA ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CONTRA LA REPÚBLICA DEL PERÚ: Caso 11.154 (María Elena Loayza Tamayo), 12 de enero de 1995. (párrafos 113-114).

25 Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 46 i.

26 En el marco de la Convención Americana el “principio de congruencia” cumple la función de asegurar el correcto ejercicio del derecho genérico de defensa consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana. La CIDH sostuvo a este respecto que “la defensa debe ejercitarse dando respuesta a los hechos que son materia de la acusación. Esta última determina los hechos sobre los que ha de versar el debate y, por tanto, la sentencia”, *Alegato Final: Hechos Alegados y Probados por la Comisión*, párrafo 17, nota No. 4.

sestímó en la acusación que se le formuló a la reclamante por el delito de traición a la patria. El proceso en el Fuero Común, por delito de terrorismo, se basó en imputaciones que tuvieron como fundamento exactamente esos mismos hechos.

El abogado de la reclamante dedujo excepción de cosa juzgada en el Fuero Común, de acuerdo con lo previsto en la legislación interna del Perú, pero el Tribunal Especial sin rostro expresó, en su sentencia, que:

Con respecto a la excepción de Cosa Juzgada deducida no se dan los presupuestos de identidad que exige la ley, por lo que esta excepción debe ser declarada infundada.²⁷

Las razones en que se fundamentó el rechazo de la excepción interpuesta por la reclamante no figuran en parte alguna de la sentencia.

3. EL NON BIS IN IDEM COMO GARANTÍA JUDICIAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a. Información sucinta sobre la garantía en general

El principio enunciado por el aforismo latino “*non bis in idem*”, o “*ne bis in idem*”, puede ser traducido literalmente como “no dos veces en lo mismo” o “no dos veces en la misma cosa”.²⁸

Como garantía judicial en los ordenamientos jurídicos modernos significa que nadie puede ser perseguido ni condenado penalmente sino una sola vez por los mismos hechos o, en algunos casos, por los mismos delitos.²⁹

Según el Profesor Giovanni Leone la formulación de este principio ya existía en el derecho Romano y en el Canónico “tanto en cuanto a las sentencias de condena como en cuanto a las sentencias de absolución”³⁰ y Rocco ha dicho que formaba parte del antiguo derecho Judío y del Griego. Este autor desarrolla en forma extensa la evolución del principio en el derecho romano y en los ordenamientos posteriores.³¹ Con respecto al Derecho Común [Common Law],

27 Véase, sentencia del tribunal sin rostro del Fuero Común, de 10 de octubre de 1994, en *Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República del Perú*, Caso 11.154 (María Elena Loayza), Anexo XII.

28 Esta es la traducción que utiliza A. Cuerda Riezu en “El concurso de delitos en el borrador de anteproyecto de Código penal [Español] de 1989” en: *ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES* (1991) pág. 836.

29 Así por ejemplo la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de América establece que “Nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces a un juicio que pueda causarle la pérdida de la vida o de algún miembro”.

30 TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Tomo III, *op. cit.* pág 339.

31 Véase U. Rocco. *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi* (1917), pág. 30 y ss.; y

según Sigler, existen indicios que este principio, conocido en el idioma Inglés como “double jeopardy”, habría aparecido en el derecho inglés en el siglo XIV, pero la primera comprobación efectiva de su existencia figura en los escritos de Hale y de Coke en el siglo XVII, y en los escritos de Blackstone, en el siglo siguiente.³²

El *non bis in idem* es, según algunos autores, uno de los efectos de la sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y ésta -se dice- “*significa decisión inmutable e irrevocable; significa la inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia*”.³³

La doctrina penal moderna reconoce en el *non bis in idem* dos perspectivas o “fórmulas” diferentes: una sustantiva (o material) y otra de índole procesal. En sentido material el principio prohíbe la doble -o múltiple- “imposición de consecuencias jurídicas sobre una misma infracción”³⁴ o delito. Desde una perspectiva procesal el principio prohíbe reiterar un nuevo proceso y enjuiciamiento con bases en los hechos respecto de los cuales ha recaído sentencia firme o auto de sobreseimiento libre, por ello, como señala Maier:

Se extiende como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal; por esta razón, tiene también *sentido procesal* y cubre el *riesgo* de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite... La fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesal, declarando inadmisibles tanto el regreso sobre una persecución penal ya agotada, en el sentido del aforismo *res iudicata pro veritate habetur*..., como la persecución penal simultánea ante distintas autoridades, y no tan solo por razones meramente formales relativas a cuestiones de competencia.³⁵

El profesor español Ramón García Albero sostiene que “la determinación del alcance de la cosa juzgada no resulta, sin embargo, pacífica en lo que concierne a la configuración del ‘hecho’ objeto de enjuiciamiento”, y añade que:

Únicamente existe acuerdo en considerar la improponibilidad de una ulterior acción por delito en concurso de leyes con el hecho objeto de enjuiciamiento. Más allá de este planteamiento, las opiniones se escinden entre quienes consideran suficiente la mera *identidad*

“*Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell’azione penale*” en *Opere Giuridiche*, Tomo II, (1932). Véase asimismo la bibliografía citada por Maier, Julio B.J. en *EL DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO*, Tomo Ib (1989) pág. 368 nota 401. En el Digesto p. 44, 2, 3 se dice: “*exceptio rei iudicatae obstat quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur*” (la excepción de la cosa juzgada se opone en cuantas veces la misma cuestión se plantea de nuevo entre las mismas personas).

32 Jay A. Sigler “A History of Double Jeopardy” en: *7 American Journal of Legal History*, (1963), pág. 283. Asimismo: “TWICE IN JEOPARDY” Nota en *75 Yale Law Journal* (1966) pág. 262; y Marlyn E. Lugal “Criminal Law, Double Jeopardy and Res Judicata” en *39 Iowa Law Review*, (1954) pág. 346-347.

33 Giovanni Leone, *TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL*, Tomo III. [Traducción de Santiago Santís Melendo] (1963) págs. 320 y 327.

34 García Albero, “*NON BIS IN IDEM*” *MATERIAL Y CONCURSO DE LEYES PENALES*, (1995) pág. 24.

35 *DERECHO PROCESAL PENAL*, Tomo I. Fundamentos (1996) págs. 599-600.

de acción,... quienes parten de un concepto normativo-valorativo específicamente jurídico procesal... o quienes asumen las denominadas '*teorías de la combinación*'.³⁶

Para que proceda la garantía judicial del *non bis in idem* en materia penal son necesarios, en principio, dos requisitos fundamentales, a saber: identidad de la persona perseguida y la identidad del objeto de la persecución (o identidad de los hechos). Con relación a estos últimos Maier dice que:

Supuesto de que se trata del mismo hecho, lo que se persiguió como estafa no se puede volver a perseguir bajo el pretexto de que se trate de un libramiento de un cheque sin provisión de fondos o en cuenta cerrada, o viceversa; lo que se persiguió como hurto, no puede perseguirse otra vez como apropiación de cosa perdida; a quien se lo persiguió como autor no se lo puede volver a perseguir como cómplice; lo que se persiguió como un hecho punible consumado no soporta una nueva persecución como tentativa.³⁷

Por otra parte, la prohibición del doble juzgamiento con base en los mismos hechos rige no sólo en función de una nueva decisión sino inclusive de una decisión idéntica.

b. *El reconocimiento de la garantía en documentos internacionales de alcance universal*

El principio *non bis in idem* como garantía judicial goza de reconocimiento universal, no sólo en los ordenamientos internos³⁸ sino también en múltiples instrumentos internacionales. En su proyección internacional a nivel universal esta garantía ha sido incorporada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³⁹ cuyo artículo 14, párrafo 7, establece que:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Como podrá apreciarse de la lectura del párrafo transcrito, la incorporación de la garantía del *non bis in idem* en el Pacto Internacional, se efectuó tomando como presupuesto de operatividad *no* la identidad del hecho sino la identidad de infracción o de delito. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a la diferencia que existe entre esta disposición del Pacto y el artículo 8.4 de la Convención Americana, ha señalado que esta última "utiliza la expresión 'los mismos hechos', que es un término más amplio en beneficio de la víctima".⁴⁰

En 1987 el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas declaró inadmisibile

36 "*NON BIS IN IDEM*" MATERIAL Y CONCURSO DE LEYES PENALES, pág. 24. nota No. 5.

37 *DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO*, Tomo 1b. (1989) pág. 381.

38 Esta garantía está prevista en forma expresa en la Constitución y en otros instrumentos legales del Perú.

39 Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2200 de 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 23 de marzo de 1976.

40 Caso Loayza Tamayo: Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 66.

la petición de un ciudadano Italiano que invocó en su defensa la garantía que consagra el artículo 14.7 del Pacto Internacional, al alegar que el Tribunal de Casación, en Roma, lo había condenado, en 1985, a cuatro años de prisión por un delito respecto del cual ya había sido condenado, por un tribunal penal de Lugano (Suiza), a dos años de cárcel en septiembre de 1979. El Estado italiano alegó que no se trataba del mismo delito y el Comité de Derechos Humanos, sin abundar en fundamentos jurídicos, se pronunció en favor de la inadmisibilidad de la petición.⁴¹ No ha sido ésa la primera vez que el Comité de Derechos Humanos se ha abstenido de aplicar la garantía que consagra el artículo 14.7 del Pacto. El Profesor Faúndez cita un caso en el cual “*el Comité tuvo una magnífica oportunidad (que lamentablemente desperdició) de comentar el propósito y contenido de esta garantía*” en 1981.⁴²

Además del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cabe mencionar que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al aprobar el Estatuto del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia⁴³ incorporó, en forma expresa, la garantía del *non bis in idem* y, al mismo tiempo, incluyó una excepción a la misma en favor del Tribunal Internacional. El artículo 10 del mencionado Estatuto expresa, en sus dos primeros párrafos, lo siguiente:

1. Ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto, respecto de los cuales ya haya sido juzgado por el Tribunal Internacional.
2. Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal solamente si:
 - a. el acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o
 - b. la vista de la causa por el Tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.

Se ha sostenido que esta excepción es “una consecuencia directa del principio de autonomía”⁴⁴ y tiene, según lo expresado por la Comisión de Derecho Internacional, un doble fun-

41 Véase, *United Nations Human Rights Committee*, (A.P. v. Italy). Communication No. 204/1986, Inadmissibility Decision of November 2nd. 1987, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 (1990) pag. 67.

42 Héctor Faúndez Ledesma: ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, (1993). El autor se refiere en la página 345 de esta obra al caso No. 92/1981, *Juan Almirati Nieto c. Uruguay* que aparece en el Informe del Comité de Derechos Humanos, Suppl. No. 40 (A/38/40), 1983, pp. 209-216.

43 Aprobado por resolución 827 de 25 de mayo de 1993. El texto del Estatuto aparece como anexo al Informe que el Secretario General de la Organización presentó al Consejo de Seguridad de conformidad con lo previsto en la resolución 808 (1993), Documento S/25704 de 3 de mayo de 1993.

44 Véase, F. Javier Quel López, “Los efectos de la creación del Tribunal Internacional Penal para la

damento. En primer término la distinta consideración del bien jurídico protegido; el Tribunal Internacional tiene competencia para juzgar a personas acusadas de crímenes internacionales, en cuyo castigo está interesada toda la comunidad internacional; en segundo lugar la resistencia a aceptar, en forma absoluta, el valor preclusivo de las sentencias dictadas por los tribunales nacionales en casos de violaciones graves del derecho internacional, como serían, por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad. Ello a efecto de no limitar la capacidad de actuación del Tribunal Internacional y de eludir, en la medida de lo posible, la impunidad resultante de sentencias de tribunales nacionales carentes de independencia e imparcialidad, y predispuestos a proteger a las personas acusadas de tales crímenes.

En la decisión de 2 de octubre de 1995 [“*Decision on Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*”] en el caso *Tadic* (IT-94-I-T) el Tribunal de Apelación [integrado por los jueces Cassese, Li, Abi-Saab y Sidhwa] sostuvo que el derecho de un acusado a ser juzgado por los tribunales nacionales de su país, en aplicación del derecho interno, no precluía el juzgamiento del mismo acusado por un tribunal internacional.⁴⁵

Posteriormente, en el mismo caso, en respuesta a una moción de la defensa sobre la aplicación del principio *non bis in idem*, el Tribunal de primera instancia II (integrado por los jueces Mc. Donald, Stephen and Vohrah) sostuvo que el principio *non bis in idem* se aplica únicamente en los casos en que una persona ya ha sido juzgada. Y agregó, más adelante, que la disposición contenida en el artículo 10.2 del Estatuto reflejaba una circunstancia especial, que opera únicamente como una excepción parcial al principio.⁴⁶

El Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda contiene, en su artículo 9, una disposición idéntica a la del artículo 10 del Estatuto del Tribunal para la Antigua Yugoslavia.

Mediante sentencia interlocutoria de 17 de mayo de 1996, la Sala I del Tribunal de primera instancia para Rwanda [integrada por los jueces Kama, Aspegren y Pillay] sostuvo que el principio *non bis in idem* limita la posibilidad de enjuiciar, ante el Tribunal Internacional, a personas que ya han sido juzgadas por violaciones graves del derecho internacional humanitario. El Tribunal consideró, con referencia a un caso concreto, que al no existir en el derecho penal Belga normas que tipifiquen el genocidio o los crímenes de lesa humanidad, las autoridades de ese país podían enjuiciar y condenar a una persona por asesinato y por violaciones graves al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y a los Protocolos Adicionales I y II, de 8 de junio de 1977. Es ese caso, dijo el Tribunal, no sería permisible perseguir a una persona ante el Tribunal Internacional por crimen de genocidio o de lesa humanidad, con base en los mismos hechos.⁴⁷

Antigua Yugoslavia en el ordenamiento Español”, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL (REDI), Vol. XLVI (1994) No. 1, págs. 61 y sig.

45 Véase, John R.W.D. Jones: *The practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda* (1998), pág. 76.

46 *Idem*, págs. 75-76 [Párrafos 9, 10 y 33 de la decisión del Tribunal].

47 “Decision on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral” de 17 de ma-

c. *El reconocimiento del non bis in idem en el sistema europeo*

En el ámbito del sistema europeo de derechos humanos esta garantía está prevista en el Protocolo No.7, suscrito en Estrasburgo, el 22 de noviembre de 1984, cuyo artículo 4 expresa:

1. Ninguna persona podrá ser enjuiciada o castigada nuevamente en un proceso penal bajo la jurisdicción del mismo Estado, por una ofensa por la cual ya ha sido absuelto o condenado de conformidad con la ley y el procedimiento penal de ese Estado.
2. La disposición a que alude al párrafo anterior no impedirá la reapertura de un caso, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal del Estado interesado, si existe prueba de nuevos hechos o de hechos recientemente conocidos o si ha habido defectos fundamentales en el procedimiento anterior, que pudieran haber afectado el resultado del caso.⁴⁸

En 1994 la Corte Europea aplicó el artículo transcrito en el caso *Gradinger*.⁴⁹ En mayo de 1989 el reclamante en este caso recurrió ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y alegó la violación del artículo 6, párrafo 1 de la Convención Europea [en lo relativo a su derecho a ser oído “por un tribunal independiente e imparcial”]. Denunció asimismo que la autoridad distrital y el gobierno regional violaron el principio *non bis in idem*, al imponerle una multa en aplicación de la sección 5 de la ley de tránsito (“Road Traffic Act”) y sancionarlo por los mismos hechos en que se basó el tribunal regional (“Regional Court”) para eximirlo de la responsabilidad penal que prevé el Código Penal austríaco en su artículo 81, párrafo 2.⁵⁰ La Corte Europea expresó al respecto:

yo de 1996 en el Caso *Théoneste Bagasora*, (ICTR-96-7-D), en *Idem*, págs. 77-78. El Tribunal aplicó el mismo razonamiento en el caso *Musema* (ICTR-96-5-D) y en el caso *Radio Télévision Libre des Mille Collines* (ICTR-96-6-D) de 12 de marzo de 1996.

48 [Traducción no oficial, del autor]. En el ámbito regional Europeo el *non bis in idem* ha sido incorporado en diversos otros tratados multilaterales, como por ejemplo EL CONVENIO EUROPEO SOBRE TRANSMISIÓN DE PROCEDIMIENTO EN MATERIA PENAL, del año 1972, cuyo artículo 35, expresa:

1. Una persona contra la que se haya pronunciado sentencia final firme y ejecutoria no podrá ser perseguida ni condenada, ni quedar sometida a la ejecución de una sanción en otro Estado Contratante
 - a) si hubiera sido absuelta;
 - b) si la sanción impuesta:
 - i) Hubiese sido cumplida por completo o estuviese en curso de ejecución;
 - ii) Si se hubiese beneficiado de un indulto o una amnistía que se aplique a la totalidad de la sanción o la parte no ejecutada de la sanción;
 - iii) No fuese ya ejecutable por haber prescrito.
 - c) Cuando el órgano judicial le hubiese declarado culpable de la infracción, pero sin imponerle ninguna sanción.

49 European Court of Human Rights, *Case of Gradinger v. Austria* (33/1994/480/562), sentencia de 23 de octubre 1995. (1997), in particular Chapter 8, págs. 135-145.

50 *Idem*, párrafo 48.

Al igual que la Comisión [Europea de Derechos Humanos] la Corte observa que la finalidad del artículo 4 del Protocolo No. 7 es prohibir la repetición de un proceso criminal que ha concluido en virtud de una sentencia firme.⁵¹

La Corte Europea declaró que en este caso se había violado, en perjuicio del señor Gradinger, la garantía del *non bis in idem* que consagra el artículo 4 del Protocolo No. 7 [y el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial que consagra el artículo 6.1 de la Convención Europea]. La Corte Europea, al resolver este caso, sostuvo asimismo que un nuevo juicio penal sólo sería procedente cuando existan pruebas supervinientes que acrediten que una persona ha sido condenada injustamente. Resulta, por lo demás, razonable que proceda el recurso de revisión en caso de una condena injusta. Revisar la condena para lograr la absolución, o una sanción más benigna, no implica doble persecución penal.

d. *El non bis in idem en el artículo 8.4 de la Convención Americana*

En el sistema regional americano, según se ha indicado al comienzo, el artículo 8 de la Convención Americana establece que “el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos”. De la lectura de esta disposición se aprecia que la prohibición del doble enjuiciamiento es procedente si se cumplen los siguientes requisitos:

- que se trate del mismo inculcado, es decir que exista identidad de la persona perseguida.

- en segundo lugar que se haya dictado una sentencia absolutoria. Este requisito, como puede observarse, contiene una cláusula limitativa que, de interpretarse literalmente, resultaría permisible iniciar una nueva acción penal en contra de una persona que ya ha sido perseguida [y condenada] por los mismos hechos que se invocan en la nueva acción, lo cual constituiría un absurdo jurídico. La prohibición que establece el artículo 8.4, cuando se trate de los mismos hechos, debe incluir no sólo a las personas “absueltas” sino también a las condenadas.

- otro requisito que exige la Convención Americana es que la sentencia absolutoria sea “firme”. La sentencia absolutoria “firme” tiene, de acuerdo con el artículo 8.4 de la Convención Americana, efecto vinculante *erga omnes* contra cualquier persecución que intente el Estado “por los mismos hechos”. Ello es así porque se trata de una obligación que deriva de una garantía “fundamental de la persona humana” respecto de la cual todos los Estados partes en la Convención Americana tienen un interés jurídico en su protección.⁵²

51 *Idem*, párrafo 53.

52 Sobre el concepto de obligación *erga omnes* véase Corte Internacional de Justicia, “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited,” I.C.J. Reports, (1970), pág 32. Asimismo, A. Aguiar Aranguren “Responsabilidad Internacional del Estado por violación de derechos humanos” en *Revista de derecho Público*, No. 53-54, Caracas (1993) pag.76, y Maurizio Ragazzi: THE CONCEPT OF INTERNATIONAL OBLIGATIONS *ERGA OMNES* (1997) particularmente el capítulo 8, págs. 132-163.

- por último, el nuevo juicio debe tener por objeto “los mismos hechos”. La Convención Americana reconoce la garantía del *non bis in idem* en función exclusiva del concepto de *hecho punible* y no en atención al concepto de delito. Es decir, el artículo 8.4 impide el enjuiciamiento por los mismos hechos, independientemente de la calificación de la figura abstracta que define la ley. La Convención prohíbe enjuiciar *ex novo* bajo una calificación jurídica diferente de los mismos hechos. Por ejemplo, lo que fue absuelto como delito de terrorismo en la figura de traición a la patria no puede ser, con base en los mismos hechos, materia de un nuevo proceso por delito de terrorismo. Dicho en otros términos, la garantía judicial que consagra el artículo 8.4 de la Convención Americana prohíbe el enjuiciamiento de una persona por el comportamiento específico que *ya* ha sido objeto de un procedimiento anterior, sin que importe la calificación abstracta que se asigne a tal comportamiento en el segundo proceso.

4. LA DECISIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CASO LOAYZA

En el caso de la señora Loayza se cumplían todos los requisitos que exige el artículo 8, párrafo 4, de la Convención Americana. Se trataba de la misma persona inculpada.

Existían, según se ha visto, dos sentencias absolutorias por el *delito de terrorismo en la figura de traición a la patria* dictadas en el fuero militar, por el juzgado Especial de Marina y por el Consejo Supremo de Justicia Militar, esta última confirmada por sentencia del mismo Consejo de 24 de septiembre de 1993. La sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar que absolvió a María Elena Loayza tenía la calidad de “firme”, porque no cabe recurso alguno contra esa sentencia. La Corte, de acuerdo con la prueba aportada por la CIDH, consideró que la sentencia que dictó el Juzgado Especial de Marina el 5 de marzo de 1993 “quedó firme después de haberse ejercido contra la misma los recursos respectivos”.⁵³ En el mismo sentido se pronunció la Corte respecto de otras sentencias de los “tribunales militares y ordinarios” con referencia a María Elena Loayza al señalar que en las mismas “no se precisan los hechos sobre los cuales se fundamentan para absolver en primer lugar y condenar luego”.⁵⁴

La reclamante fue enjuiciada y condenada, por exactamente los mismos hechos, en el Fuero Común, por *delito de terrorismo*.

La defensa del Estado demandado en este caso, lamentablemente, se limitó a plantear, en forma reiterada y sin fundamento, aspectos estrictamente procesales, como la falta de agotamiento de la jurisdicción interna,⁵⁵ el recurso de nulidad contra la sentencia sobre excepciones

53 Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 69.

54 *Idem*, párrafo 73.

55 Así por ejemplo el Agente del Estado peruano insistió, en todas las etapas del proceso, en la falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna por parte de la recurrente, cuando en realidad no existía acción de garantía alguna que la señora Loayza pudiera invocar para lograr el respeto de sus derechos. El Decreto Ley 25.659 que regula el delito de traición a la patria disponía que “en ninguna de las etapas de la investigación policial y del proceso penal proceden las Acciones de Garantía [amparo o ha-

preliminares -que no es impugnabile- y la “demanda de interpretación” de la sentencia sobre el fondo, a la cual ya se hizo referencia. En realidad el Estado demandado nunca se refirió ni refutó la alegación de la CIDH en el sentido que la reclamante, después de haber sido absuelta por sentencia “firme”, fue condenada “por los mismos hechos”.

En el único párrafo en que el Estado se refirió a este tema fundamental, expresó lo siguiente:

La CIDH insiste a través de su extensa demanda en el pretendido doble enjuiciamiento de María Elena Loayza Tamayo argumentando que fue absuelta de la Justicia Militar y que sin embargo, ha sido nuevamente *procesada por los mismos hechos en el Fuero Común*.

En este punto es importante detenerse y hacer un análisis de la confusión que trata de crear el razonamiento aparentemente lógico del escrito de demanda.

El delito de terrorismo está tipificado por el Decreto Ley 25.475, y disposiciones complementarias, norma legal que señala cuáles son los actos que hacen incurrir a una persona en este ilícito penal así como a quienes alcanza la responsabilidad. Por un lado, el delito de Traición a la Patria que sanciona actos subversivos de naturaleza terrorista, ha sido tipificado con el Decreto Ley 25.659. Tan distintos son uno de otro, que el primero es juzgado y sentenciado por los jueces y tribunales del fuero ordinario o común, en tanto que el segundo su juzgamiento es exclusivo de la Justicia Militar. No puede ser materia de confusión que existan ciertas peculiaridades de ambas figuras delictivas que son *parecidas* entre sí, pero de allí a sostener que son la misma cosa es algo totalmente incorrecto.⁵⁶

En la primera parte el párrafo transcrito resume en forma adecuada el planteo que hizo la CIDH. Sin embargo, al responder al mismo cambia los términos y explica que *no se trata de los mismos delitos* porque están legislados en dos decretos diferentes y, además, porque están sujetos a dos fueros distintos.

El hecho que un delito se encuentre legislado en leyes que llevan números diferentes y que, además, su juzgamiento se efectúa por dos fueros distintos es irrelevante a los efectos de lo que prevé el artículo 8, párrafo 4, de la Convención Americana, que impide el doble enjuiciamiento de una persona *por el mismo hecho*.

beas corpus] de los detenidos o procesados por delito de terrorismo”. Esa disposición, claramente incompatible con el artículo 7, párrafo 6 de la Convención Americana, además de eximirla de la obligación de agotar los recursos internos, constituyó una violación manifiesta del artículo 25 de la Convención Americana al privarla del “derecho a un recurso sencillo, rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes” que la amparase contra actos que violaban sus derechos fundamentales, y del artículo 27, párrafo 2, de conformidad con el cual quedan excluidos de los derechos derogables “las garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos inderogables.

56 Escrito de contestación a la demanda, 28 de abril de 1995, párrafo 29.

El simple cambio de calificación sin un correspondiente cambio de los hechos no autoriza a un Estado parte en la Convención, a iniciar una nueva acción en contra de una persona absuelta por una sentencia firme.

En el caso de María Elena Loayza el Estado peruano hizo precisamente eso: cambiar la calificación de los hechos a que se refiere el Atestado Policial que sirvió de base para que se enjuiciase y absolviese en el Fuero Privativo Militar con base a un argumento que en realidad resultó ficticio, puesto que el proceso en el Fuero Común se basó no sólo en los mismos hechos sino también en el mismo delito, como ha observado la Corte Interamericana en su sentencia:

[L]a señora María Elena Loayza Tamayo fue procesada en el fuero privativo militar por el delito de traición a la patria que está estrechamente vinculado al delito de terrorismo, como se deduce de una lectura comparativa del artículo 2, incisos a, b, y c del Decreto-Ley No. 25.659 (delito de traición a la patria) y de los artículos 2 y 4 del Decreto-Ley No. 25.475 (delito de terrorismo).⁵⁷

Por su parte, la Comisión de Juristas Internacionales que en 1993 evaluó las características del sistema judicial peruano ya había señalado que:

[L]a definición del delito de traición a la patria sufre de la misma imprecisión y ambigüedad atribuible al delito de terrorismo en el Decreto Ley 25.475. En efecto, cuando son comparados, ambos delitos establecen conductas prácticamente idénticas que pueden ser fácilmente confundidas y por lo tanto generan errores de interpretación altamente perjudiciales para la parte afectada.⁵⁸

Cualquiera sea el *nomen iuris* que se utilice para tipificar los hechos (traición a la patria, terrorismo, delito contra la tranquilidad pública, etc.) el artículo 8.4 de la Convención Americana impide enjuiciar a una misma persona absuelta mediante sentencia firme, con base en los mismos hechos.

Respecto a la identidad de los hechos la Corte Interamericana ha establecido que el enjuiciamiento de María Elena Loayza en el Fuero Común se basó en los hechos que tuvo en cuenta el Fuero Militar para enjuiciarla y absolverla, es decir, los hechos contenidos en el Atestado Policial de 26 de febrero de 1993, como ha expresado la Corte, *inter alia*, en los párrafos que se transcriben a continuación:

Por cuanto en las sentencias firmes pronunciadas por los tribunales militares y ordinarios en relación con la señora María Elena Loayza Tamayo no se precisan los hechos sobre los cuales se fundamentan para absolver en primer lugar y condenar luego, es necesario acudir al atestado policial y a las acusaciones respectivas para identificarlos.⁵⁹

57 Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 67.

58 Véase, *Informe de la Comisión de Juristas Internacionales sobre la Administración de Justicia en el Perú. (1994)*, Capítulo II, pág. 50.

59 Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 73.

Ante la jurisdicción común la instrucción se inició mediante auto dictado por el 43o. Juzgado Penal de Lima, el 8 de octubre de 1993, el cual se apoyó en el mismo atestado policial ampliatorio.

Igualmente en dicho auto se requirió a la DINCOTE que remitiera los documentos, manifestaciones policiales y anexos al atestado policial mencionado, entre estos las manifestaciones de la señora María Elena Loayza Tamayo, la notificación de su detención, su ficha biográfica, el acta de registro domiciliario de su residencia y los documentos que en ésta fueron incautados.⁶⁰

El caso de María Elena Loayza Tamayo con referencia a la aplicación de la garantía del *non bis in idem* era muy simple: No se trataba de un concurso de delitos; no se la acusó de un delito de los denominados continuados y, en tercer lugar, el delito por el que se le acusó es de acción pública. En vista de esta última consideración el Fuero Común, tratándose de una garantía constitucional en favor de la imputada, debió inhibirse de oficio *in limine*. En su escrito de contestación a la demanda el Estado demandado sostuvo que:

Quando el Tribunal Supremo Militar Especial expidió la sentencia de 11 de Agosto de 1993, no hizo otra cosa que inhibirse al conceptuar que los actos que se imputan a María Elena Loayza no constituyen delito de traición a la patria, sino delito de terrorismo.⁶¹

La Corte no aceptó esa afirmación del Estado. Entre otras razones consideró que si la intención judicial hubiese sido la de inhibirse, habría empleado la misma fórmula que, al referirse a otras personas, utilizó en la propia sentencia de 5 de marzo de 1993, cuando expresó que “*se inhibe del conocimiento del presente caso con respecto a...*”. Además, dijo la Corte, el juez “decidió ‘*sin lugar el pago de reparación civil*’ que sólo procede cuando se absuelve a una persona y no cuando se declara una incompetencia”.⁶²

Más adelante el Tribunal formuló una consideración adicional sobre el mismo punto, al expresar que la señora Loayza fue absuelta del delito de traición a la patria en el fuero militar:

[N]o sólo en razón del sentido técnico de la palabra “absolución”, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla.⁶³

60 *Idem*, párrafo 75.

61 Escrito de 28 de abril de 1995, párrafo 29 (tercera parte).

62 Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafos 70 y 72.

63 *Idem*, párrafo 76.

5. OBSERVACIONES FINALES SOBRE LA SENTENCIA

La sentencia de la Corte Interamericana, en la cuestión fundamental relativa a la prohibición del enjuiciamiento penal múltiple por los mismos hechos, está bien motivada y fundada en las disposiciones aplicables de la Convención Americana.

En primer lugar, la sentencia refleja un avance importante en la interpretación progresiva de la Convención Americana al declarar que los decretos-leyes N° 25.659 [que regula el delito de traición a la patria], y 25.475 [sobre delito de terrorismo] son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana, en vista de que ambos decretos “se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la *propia policía (DINCOTE)*”.⁶⁴

En este mismo orden de ideas el autor del presente trabajo no puede dejar de destacar, porque constituye una medida verdaderamente determinante para el desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el pronunciamiento ulterior de la Corte Interamericana en el caso *Suárez Rosero* al concluir que el denominado artículo 114 *bis* del Código penal del Ecuador viola *per se* el artículo 2 de la Convención Americana.⁶⁵

Como se indicó antes⁶⁶ los fundamentos conceptuales de esas dos conclusiones han sido ampliamente expuestos y desarrollados en los Votos Disidentes que emitió el juez Cançado Trindade en los casos *El Amparo* [Sentencia sobre Reparaciones y Resolución sobre Solicitud de Interpretación], *Caballero Delgado y Santana* [Sentencia sobre Reparaciones], y *Genie Lacayo* [Resolución sobre Revisión de la Sentencia de 29 de enero de 1997].

También cabe destacar la coherencia con que la Corte concluye que:

[A] ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana.⁶⁷

64 *Idem*, párrafo 68. En un Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, que la CIDH preparó en 1993, ese órgano señaló que “*varios decretos leyes dictados después del 5 de abril de 1992 [entre los cuales se mencionan los dos decretos a que alude la Corte Interamericana en su sentencia] como parte de la estrategia antisubversiva, establecen procedimientos manifiestamente incompatibles con el respeto a muchos de los compromisos internacionales suscritos por el Perú, porque violan derechos fundamentales garantizados por la Convención Americana y la Declaración Universal*”. Véase INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1993), pág. 513.

65 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrafos 98 y 99.

66 *Supra* Nota N° 19.

67 *Idem*, párrafo 77.

La Corte consideró que la absolución por el delito de traición a la patria en el fuero militar debió conducir necesariamente, de acuerdo con el artículo 8.4 de la Convención Americana, a la inhibición del fuero común.

Cuando el Estado, mediante el procedimiento penal, hace uso de la pretensión punitiva en contra de una persona, el asunto que motivó el enjuiciamiento y la respectiva sentencia sobre el caso constituyen, desde el punto de vista de la justicia material, una situación definitivamente concluida.

El *non bis in idem* implica, así, una opción en favor de la seguridad jurídica. Por ello se dice que el fundamento último del *non bis in idem* se halla en el Estado de derecho de una sociedad democrática. Como señala el profesor García Albero:

El ciudadano no puede encontrarse permanentemente bajo la espada de Damocles de una nueva persecución penal y una eventual imposición de pena. Se hace hincapié en la imposibilidad de la justicia absoluta, problema en el que subyace la siguiente cuestión: ¿qué garantía existe para reconocer mayor adherencia a la justicia al segundo y no al primer juicio?⁶⁸

El artículo 1° de la Constitución del Perú establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Pero el Estado que erige a la dignidad de la persona humana en fin supremo de la sociedad y del Estado no puede degradar a sus ciudadanos a la condición de meros objetos de los fines estatales. Como ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su alegato final:

Nada justifica la violación de los derechos de un ser humano por el Estado, responsable de garantizar su respeto y ejercicio. Como no se justifica tampoco la violación de los derechos humanos por los grupos terroristas, conducta que cae bajo la acción del Estado, que tiene el derecho y el deber de sancionar, aunque observando sus obligaciones internas e internacionales. El respeto de los derechos humanos tampoco es una cuestión de números: los derechos de un inocente son tan válidos como los de la sociedad peruana en su conjunto, como son válidos los derechos humanos de cualquier persona en el marco de un Estado de derecho.⁶⁹

Otro aspecto de especial importancia en la sentencia es el que dispuso que el Estado demandado debía ordenar la libertad de María Elena Loayza Tamayo en un plazo razonable, es

68 “NON BIS IN IDEM” MATERIAL Y CONCURSO DE LEYES PENALES (1995) pág. 25 nota N° 6.

69 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Alegato Final*, Caso María Elena Loayza Tamayo, 30 de abril de 1997, párrafo 40.

decir el regreso de la reclamante a la situación en que se encontraba con anterioridad al hecho que configuró la violación de la Convención Americana. Esto implicó dejar sin efecto la decisión judicial interna, por resultar ello necesario a la restitución de los derechos y libertades que la Corte consideró se habían violado en perjuicio de la señora Loayza Tamayo.

En su “demanda de interpretación” el Agente del Estado demandado expresó que:

Ordenar la libertad de MARÍA ELENA LOAYZA TAMAYO en la forma dispuesta por la sentencia... resulta no sólo irregular, sino ilegal desde todo punto de vista, pues la Sra. LOAYZA TAMAYO fue condenada a 20 años de pena privativa de la libertad por la justicia peruana y mientras no cumpla esa sanción o sea indultada en alguna de las modalidades que prevé la legislación del Perú no puede ser excarcelada... lo ordenado por la Corte no se ajusta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y constituye una intromisión innecesaria en un asunto de carácter interno porque afecta la soberanía del Perú.⁷⁰

La apreciación que se formula en el párrafo transcrito carece de fundamento. La restitución de la víctima a la situación en que se encontraba con anterioridad al hecho ilícito es material y jurídicamente correcta. En primer lugar, la *restitutio in integrum* constituye una forma de reparación internacional prevista en el artículo 63.1 de la Convención Americana, en cuanto expresa que la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. La Corte Permanente de Justicia Internacional ha dicho que “*la reparación debe, hasta donde sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiera existido de no haberse cometido el acto*”.⁷¹ De modo que lo ordenado por la Corte sí se “ajusta” a lo que dispone la Convención Americana.

En segundo lugar, el Estado -cualquier Estado- es responsable por los actos del Poder Judicial, como ha observado Jiménez de Aréchaga, “*la sentencia dictada por una autoridad judicial, emana de un órgano del Estado en la misma forma en que una ley se sanciona por el órgano legislativo o el órgano ejecutivo toma una decisión*”.⁷²

Una vez establecida la responsabilidad del Estado demandado, la Corte debe indicar al Estado la forma en que éste debe restablecer el orden jurídico infringido. Ello no significa en modo alguno, en un caso como el de la señora Loayza, que la Corte Interamericana actúe como un tribunal de “cuarta instancia”. Como ha dicho el juez Cançado Trindade:

⁷⁰ Demanda de Interpretación de la Sentencia de 17 de septiembre de 1997, 12 de diciembre de 1997, párrafo 3.4.

⁷¹ Reclamación de indemnización por la fábrica de Chorzow, C.P.J.I., Serie A, N° 17, pág. 47. Asimismo, “The principles of international law with respect to *restitutio in integrum*”, en *International Arbitral Tribunal: Award in the Merits in Dispute Between Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company and The Government of The Libyan Arab Republic*, en *International Legal Materials*, Vol. XVII, N° 1, January 1978, págs. 32-36, párrafos 97 a 112.

⁷² EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO (1980), pág. 331.

Una cosa es actuar como tribunal de apelaciones o casación de las decisiones de los tribunales en el marco del derecho interno, lo que la Corte Interamericana no puede hacer. Otra cosa, enteramente distinta, es proceder, en el contexto de un caso contencioso concreto (en el cual se estableció la existencia de víctimas de violaciones de los derechos humanos), a la determinación de la compatibilidad o no con las disposiciones de la Convención Americana de actos y prácticas administrativas, leyes nacionales y decisiones de tribunales nacionales, lo que la Corte Interamericana sí puede, y debe hacer.

No existe impedimento jurídico alguno para que una sentencia o decisión de un tribunal nacional, que infrinja derechos o garantías que el Estado denunciado se comprometió internacionalmente a respetar y garantizar, pueda ser evaluada por la Corte Interamericana a efecto de establecer su compatibilidad -o incompatibilidad- con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La garantía última de muchísimas personas en el ámbito interamericano “está constituida por los sistemas de control internacionales de derechos humanos, es en este campo donde se deben proteger los derechos reconocidos”⁷³ como mecanismo de substitución ante la ausencia de protección en sede interna.

73 Susana Albanese: *DERECHOS HUMANOS: Estudio de Casos y Opiniones Consultivas*, Tomo II (1997) pág. 877.

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Luis Aguiar de Luque^(*)

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El análisis de los derechos fundamentales¹ en el ámbito de la Unión Europea desde la perspectiva comunitaria² exige partir de una constatación obvia y sobradamente conocida: el MCE, más tarde CEE, hoy Unión Europea, carece de una declaración formal de derechos como las que habitualmente se contienen en el orden interno en los textos constitucionales estatales. Los Tratados constitutivos se limitan a proclamar las cuatro libertades básicas (libertad de circulación de trabajadores, capitales, bienes y servicios) y ciertos derechos conexos a aquellos (prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, igual remuneración a igual trabajo, etc).

Las razones de esta ausencia han sido también frecuentemente estudiadas: el funcionalismo que inspiró los primeros pasos de la construcción europea (me refiero obviamente a la

(*) Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Carlos III, Madrid.

1 La expresión “derechos fundamentales” se utiliza aquí en un sentido genérico (o si se prefiere material) para referirse a aquellas posiciones jurídicas de orden fundamental reconocidas como tales en la totalidad de los ordenamientos de los países integrantes de la Unión Europea en la actualidad y que, en buena medida, coinciden con los derechos tradicionales de libertad reconocidos por el Convención Europea de Derechos Humanos. No tiene por tanto pretensiones de asociarse dicha noción con ningún particular mecanismo de protección, ni ningún reconocimiento formal y solemne de carácter especial, por cuanto esa es precisamente la peculiaridad de los “derechos fundamentales” en el orden jurídico comunitario.

2 Al aludir a la perspectiva comunitaria quiero significar que otra posible perspectiva de dicha cuestión, aquí no contemplada, sería la de la incidencia de la actuación comunitaria en los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales estatales, así como la hipotética reacción de las correspondientes instituciones de garantía de éstos, lo que nos llevaría inexcusablemente al análisis de las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades y los Tribunales Constitucionales nacionales.

construcción de la actual Unión Europea, porque sabido es que por aquellas fechas se gesta también con una orientación distinta el Consejo de Europa) y, en conexión con ello, los limitados y pragmáticos objetivos de los primeros años (solo los agentes económicos eran verdaderos destinatarios del orden comunitario, que en ningún caso tenía como objetivo la protección de los derechos humanos),³ la innecesariedad en los primeros momentos de acometer la elaboración de una tabla de derechos en el marco de unas instituciones comunitarias dotadas de unas competencias muy limitadas, etc.

El hecho es que pese a las diferentes actuaciones reiteradamente emprendidas por los órganos comunitarios más inmediatamente políticos en los importantes años de la década de los 70 (me refiero al Consejo, la Comisión y el Parlamento),⁴ fue el Tribunal de Justicia de las Comunidades el que en esos años asumió la responsabilidad de garantizar el respeto de los derechos fundamentales por parte de las instituciones comunitarias. No fue así desde el comienzo, toda vez que durante una primera etapa el Tribunal adoptó una actitud pasiva e inhibicionista en torno a esta cuestión que alcanzó su formulación más explícita en las sentencias a los casos *Stork* (1959), *Nold I* (1959) y *Cartel de Carbón del Rhur* (1960), entre otras, como si la garantía de los derechos fundamentales fuese cosa ajena al ordenamiento comunitario. No obstante esta actitud pasiva e inhibicionista del Tribunal, como es sobradamente conocido, cambia totalmente de signo a partir de 1969 con la sentencia del caso *Stauder* que abre la puerta a la denominada etapa activa y proteccionista en materia de derechos fundamentales, etapa en la que todavía, y esperemos que por mucho tiempo, nos encontramos.

Weiler ha mostrado como este giro doctrinal del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea fue obligada consecuencia del intento del Tribunal por afirmar y mantener la supremacía del derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales, que venía constituyendo uno de los ejes de la jurisprudencia del Tribunal en el período fundacional (desde 1958 hasta 1973), en buena medida ordenado a la constitucionalización de la estructura de la Comunidad. Si en un primer momento la afirmación de aquella supremacía le lleva al Tribunal a desconocer la protección nacional de los derechos fundamentales a fin de proclamar la primacía del derecho comunitario, esa misma idea le lleva inexcusablemente a mostrar en un segundo momento, ante los riesgos de ver quebrar el efecto unificador del derecho comunitario por la rebelión de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano, que el orden comunitario también satisface los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales. “La aceptación de la supremacía del derecho comunitario sin cierta garantía de que este derecho supremo no vulneraría los derechos fundamentales del patrimonio jurídico de cualquier Estado miembro, hubiera sido

3 El ordenamiento comunitario carece de una expresión análoga a la que aparece en el Preámbulo de la Constitución española cuando indica que “la Nación española proclama su voluntad de ... proteger a todos los españoles en el ejercicio de los derechos humanos...”.

4 Me refiero entre otros textos a la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de abril de 1973, el Informe de la Comisión de 4 de febrero de 1976, la Resolución conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo Europeo y de la Comisión de 5 de abril de 1977, el Memorándum de la Comisión respecto a la adhesión a la Convención Europea de Derechos Humanos de 2 de mayo de 1979, la Resolución del Parlamento Europeo de abril de 1988, etc.

imposible”, dirá Weiler.⁵ Es significativo en tal sentido la sintomática coincidencia de fechas entre esta jurisprudencia proteccionista del Tribunal de Luxemburgo y las sentencias más beligerantes de los Tribunales Constitucionales antes citados, que recaban para sí la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos alemanes e italianos en sus respectivos ámbitos (sentencia de 29 de mayo de 1974 en el denominado caso “Solange” -en realidad caso Internationale Handelsgesellschaft- para el Tribunal Constitucional Alemán y sentencia de 27 de diciembre de 1973 para el Tribunal Constitucional Italiano).

Es cierto, en todo caso, como ha indicado L. M. Díez Picaso, que ese activismo judicial fue posible gracias a una triple circunstancia: Por una lado porque el Tribunal no tuvo que afrontar grandes cuestiones; por otro, la actuación del Tribunal no comportó una introducción de nuevos derechos a nivel estatal; por último, la estructura no democrática de los órganos comunitarios más inmediatamente políticos enervaba el contraargumento de ser una actuación antimayoritaria.⁶

Lo que en todo caso es incuestionable es que a partir de 1969 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se constituyó, en el ámbito de las Comunidades europeas, en el instrumento por excelencia para conferir operatividad a los derechos fundamentales en el actuar comunitario mediante una jurisprudencia en constante proceso de expansión. Sin embargo, en estos últimos años, tanto por el desencadenamiento de una serie de acontecimientos de orden jurídico-político (Maastricht, Informe del Comité de Sabios en el marco de diversas propuestas en favor de la elaboración de una Constitución Europea, Informe del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 28 de marzo de 1996, Amsterdam, etc) como por las propias dificultades (e inseguridades) que desde una estricta perspectiva jurídica (e incluso meramente procesal) parece poder ofrecer esta protección exclusivamente judicial de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario europeo, aconsejan acometer una nueva reflexión. Porque lo que parece evidente es que volver una y otra vez a lamentar, en un cierto ejercicio de autocomplacencia crítica, la ausencia de una declaración de derechos de ámbito comunitario, carece de sentido. La pregunta hoy es cómo pueden quedar mejor garantizados los derechos humanos en el espacio de la Unión Europea y eso creo que pasa por una de las dos alternativas siguientes: (i) bien elaborar o reconocer una tabla de derechos de ámbito comunitario dotada de una fuerza jurídica superior respecto a las normas ordinarias y que por tanto confiera a los derechos fundamentales un estatuto formal específico, (ii) o bien mantener el status jurídico actual y dejar en manos de la prudente actuación del Tribunal de Justicia la protección de los derechos fundamentales, permaneciendo estos como una categoría básicamente material. Obviamente una u otra alternativa gozan de pros y contras, tanto en el plano jurídico, como desde una perspectiva política. Mi pretensión no obstante, no es realizar un acabado análisis de una y otra posibilidad, tarea que desbordaría ampliamente las posibilidades y pretensiones del presente trabajo, sino más modestamente analizar, sobre la base de la operatividad del régimen actual, algunas de las ventajas e inconvenientes de orden jurídico que ofrecen cada una de ambas alternativas.

⁵ J. Weiler. *Europa, fin de siglo*. CEC. Madrid. 1995. pág. 33.

⁶ Díez Picaso, L., “¿Una constitución sin declaración de derechos?”. REDC. nº 32.1991. pág 140.

2. EL ÁMBITO CUBIERTO POR EL ACTUAL SISTEMA DE PROTECCIÓN JUDICIAL; ACTOS COMUNITARIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Como ya ha quedado dicho, desde 1969 en el orden jurídico comunitario la garantía de los derechos fundamentales es asumida por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo sobre la base de entender que estos “forman parte integrante de los principios generales del derecho comunitario cuyo respeto es asegurado por el Tribunal de Justicia” (caso Koster, sentencia de 17.XII.1970).

Obviamente esa protección ha de proyectarse sobre los actos emanados de los poderes e instituciones comunitarias y ello por un doble tipo de razones; de un lado porque en el interior de los Estados miembros los ordenamientos jurídicos nacionales cuentan con sus propios y específicos mecanismos de aseguramiento suficientemente consolidados y operativos que, en principio, son ajenos a las instancias comunitarias; en segundo lugar porque, como también ya ha quedado dicho, las antiguas Comunidades Europeas eran organizaciones sectoriales que no tenían como objetivo explícito el aseguramiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos de los estados miembros (al contrario, por ejemplo, de lo que sucedía con el Consejo de Europa).

Pues bien, a fin de valorar adecuadamente el actual régimen de protección de los derechos un buen elemento de juicio es analizar los diferentes tipos de actos comunitarios frente a los que la garantía judicial puede operar residenciándolos ante el Tribunal de Justicia de la Unión. Veamos las principales categorías al respecto.

A. *Actos comunitarios de rango normativo*

Es esta una ocasión en la que el Tribunal opera, salvando las distancias, al modo como los Tribunales Constitucionales nacionales cuando desempeñan la función de control de constitucionalidad. En el contexto comunitario este peculiar *normenkontrolle* se ve particularmente dificultado por la ausencia de principio de una superioridad formal de las normas en las que se hallan recogidos los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario. No obstante el Tribunal, por el cauce de la cuestión prejudicial del art. 117 del Tratado, no ha tenido inconveniente desde muy temprano en pronunciarse acerca de la adecuación de determinados Reglamentos comunitarios a los derechos fundamentales contenidos en los principios generales del Derecho. Así por ejemplo en la muy conocida sentencia de 17 de diciembre de 1970 que resolvió el caso *Internationale Handelsgesellschaft* (en el que se cuestionaba el Reglamento 120/67 CEE del Consejo referente a la organización de los mercados en el sector de cereales), la dictada en el caso Koster de esa misma fecha o la que resolvió el caso Auer de 13 de diciembre de 1979.

B. *Actos comunitarios de carácter organizativo interno*

Es este el supuesto teóricamente más propicio para que el Tribunal pueda operar como garante de los derechos fundamentales frente a actos de órganos comunitarios que presuntamen-

te lesionan directamente y por sí mismos derechos fundamentales de ciudadanos comunitarios. Este sería, por ejemplo, el caso resuelto por el Tribunal mediante la sentencia de 5 de octubre de 1994, dictada en el recurso promovido por X y apoyado por la Unión Sindical de Bruselas y la Federación Internacional de Derechos Humanos. En dicha ocasión el Sr. X recurre frente a la decisión de la Comisión que le negó su contratación como agente temporal al servicio de la misma, por su falta de aptitud física en base a unas pruebas médicas para detectar si era portador del virus del SIDA, pruebas a las que el Sr. X se había negado expresamente a ser sometido. La sentencia anula la sentencia del Tribunal de Primera Instancia y la decisión de la Comisión de no contratarle ya que -y cito textualmente- “el derecho al respeto de la vida privada exige respetar la negativa del interesado en toda su extensión”.

C. *Actos de órganos comunitarios realizados en ejecución de actos normativos de la propia Comunidad*

Es este el tipo de actos, junto con el que se analizará a continuación, que más frecuentemente ha comportado la actuación del Tribunal en defensa de derechos fundamentales. El marcado carácter intervencionista con que a veces se reviste la actuación comunitaria provoca en ocasiones que esa intervención se realice mediante actos que pueden implicar hipotéticas lesiones de derechos fundamentales de los destinatarios de tales actos. Así, la anteriormente citada sentencia del caso Stauder puede representar un ejemplo paradigmático de este tipo de actos. En aquella ocasión el Sr. Stauder cuestiona una Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas que condicionaba la venta de mantequilla a precio reducido a los beneficiarios de ciertos regímenes de asistencia social, a que el beneficiario facilitase su nombre al vendedor. Sin perjuicio de la decisión de fondo del Tribunal, el Sr. Stauder alegará, y el Tribunal reflexionará, que la divulgación de ese dato atentaba a su derecho a la intimidad.

D. *Actos de poderes públicos nacionales (normativos o de ejecución) realizados en ejecución de actos comunitarios*

La ausencia en la Comunidad Europea de lo que podríamos denominar una administración periférica comporta que, de modo ordinario, los poderes públicos estatales lleven a cabo la ejecución de decisiones que tienen su origen en las instancias comunitarias y que eventualmente pueden entrañar la vulneración de derechos fundamentales de los destinatarios de tales actos.

Son estos unos actos que se sitúan ya en la frontera, en los confines de donde en principio puede conocer el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y, en la medida en que son realizados por órganos incardinados en el ámbito estatal, han sido con frecuencia residenciados ante los Tribunales Constitucionales nacionales, provocando en el pasado (y no tan en el pasado) las ya aludidas tensiones entre estos y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Dichas tensiones se encuentran hoy en buena medida, sino superadas en cuanto a los problemas y planteamientos de fondo (en verdad son difícilmente superables desde planteamientos dogmáticos estrictos), si en la práctica aparcadas, cabe pensar que con carácter casi definitivo; buena prueba de ello, desde la perspectiva del Tribunal Constitucional español es el denominado caso Apesco, resuelto por nuestro Alto Tribunal mediante la sentencia 64/1991 de 22 de mar-

zo, en que textualmente se dice: “en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional”, sin que deba olvidarse a este respecto “que la cesión de competencias en favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español”.

Ejemplos de este tipo de actos, residenciados ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea por presuntas lesiones de derechos fundamentales, son numerosos y el Tribunal ha recabado para sí dicha competencia con carácter general primero en la sentencia ERT de 18 de junio de 1991 (“El Tribunal no puede enjuiciar, en relación con la Convención Europea de Derechos Humanos, una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario. Por el contrario, desde el momento en que semejante normativa entre en el campo de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia que conozca de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia”), y más tarde en la sentencia de Clifford Bostock de 24 de marzo de 1994 (“las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben tales exigencias”).

Quedan en principio fuera del ámbito de control del Tribunal de Justicia de la Unión (como no podría ser de otro modo) los actos de orden interno por más que estos pudiesen presuntamente implicar violación de derechos fundamentales que, en los supuestos anteriormente mencionados, si son garantizados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades. Tales actos, como es obvio, habrán de ser garantizados a través de los procedimientos que los diversos ordenamientos de los Estados miembros tengan previstos a tal efecto.

El Tribunal lo ha expresado con rotundidad a título de principio en la sentencia Demirel de 13 de septiembre de 1987 (“El Tribunal debe velar por el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario, pero no puede verificar la compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de una reglamentación nacional que no se sitúa dentro del marco del Derecho comunitario”).

No obstante no han faltado algunas sentencias recientes en las que el Tribunal de Luxemburgo se ha enfrentado con actos jurídicos de orden estrictamente interno, realizados por poderes públicos nacionales o por personas jurídicas de naturaleza no pública, y en los que estaba latente un problema directamente conectado con una presunta lesión de derechos fundamentales o, al menos, indirectamente en cuanto conectado con el principio de igualdad. Recordaré co-

mo más significativos los Casos Grogan (resuelto por la sentencia de 14 de octubre de 1991), Bosman (sentencia de 15 de diciembre de 1995) y Perfili (sentencia de 1 de febrero de 1996).

Esta ampliación del ámbito de conocimiento del Tribunal hacia territorios aparentemente alejados de su competencia no es más que el correlato de:

- la extensión horizontal que alcanza el derecho comunitario a través del principio de primacía que obliga a los Estados miembros (o a entidades privadas) a adecuar su actuación a las exigencias del ordenamiento comunitario que cada día cubre mayores ámbitos materiales, y
- puede verse ampliada por la paulatina extensión del Derecho Comunitario en el plano subjetivo, superando primero con el Acta Única el tradicional marco de referencia de “los agentes económicos insertos en el proceso productivo”, más tarde con la extensión de la libertad de circulación a los denominados inactivos laborales mediante tres directivas de 1990 y, finalmente, con la creación de la ciudadanía europea.

El Tribunal en tales excepcionales ocasiones ha fijado unos ciertos límites que condicionan su posible conocimiento, de este tipo de actos, exigiendo que exista lo que el denomina “factor de conexión”, esto es, que no se trate de hechos o situaciones de orden puramente interno, sino que en ellos han de verse de algún modo afectados:

- bien la misión y objetivos de la Comunidad, en particular la creación de un mercado común en el que las mercancías, las personas, los servicios y los capitales puedan circular libremente en condiciones de competencia no falseada” (sentencia Grogan),
- bien, más precisamente, algunas de las libertades básicas contempladas por el derecho comunitario, en particular “el principio de no discriminación por razón de nacionalidad” (la sentencias Bosman o Perfili).

Dicho en otros términos, el objeto de conocimiento del Tribunal de Justicia comunitario en tales ocasiones no es un acto vulnerador de un derecho fundamental, sino un acto vulnerador de los objetivos y misiones de la Comunidad o de una de sus libertades básicas, vulneración que tiene lugar mediante la restricción de un derecho fundamental. Exponente típico de lo que se acaba de decir es el Caso Grogan en el que un Estado miembro (Irlanda), donde está prohibida la interrupción voluntaria del embarazo, impide a una asociación de estudiantes difundir información sobre la denominación y emplazamiento de clínicas establecidas en otro Estado miembro que practica la interrupción del embarazo. El Tribunal elude pronunciarse sobre la presunta vulneración de la libertad de expresión que hubiera podido producirse porque en la medida en que las citadas clínicas “no son en absoluto responsables de la difusión de dichas informaciones” y no habiendo relación entre quien difunde la información y quien presta el servicio, no puede considerarse que la prohibición de difusión como un acto de restricción de la libertad de prestación de servicios en el ámbito de la Comunidad. Consecuentemente con ello, la protección que brinda el Tribunal en tales supuestos, no se proyecta directa e inmediatamente sobre el conjunto de facultades que habitualmente conocemos como derechos fundamentales, sino a garantizar la misión y objetivos de la Comunidad y las libertades básicas contempladas por el derecho comunitario y de modo particular el principio de igualdad de disfrute de tales facultades entre nacionales y no nacionales comunitarios.

El Tribunal ha realizado en este punto una interpretación del principio de igualdad ampliamente conocida en España en el marco del Estado de las Autonomías. En efecto, como es sabido, el Tribunal Constitucional español, al interpretar el principio de igualdad que en el plano territorial consagra el art. 139 de la Constitución (“Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”), entiende que el mismo no puede consagrar un mandato de uniformidad entre todos los españoles cualquiera que sea la Comunidad Autónoma a que pertenezcan, sino que en cualquier parte del territorio del Estado los españoles han de ser igualmente tratados por los diversos poderes públicos.

Extrapolando tal construcción al ámbito de la Unión Europea diríamos que no se trata de que todos los ciudadanos europeos disfruten en cualquier Estado de los mismos derechos, sino que, insertos en un ordenamiento, no pueden ser discriminados en el disfrute de sus derechos fundamentales por razón de nacionalidad.

Así en la ya citada sentencia Perfile de 1 de febrero de 1996, que solventa una presunta lesión del derecho al proceso debido, se dirá que “es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que, al prohibir a cada Estado miembro aplicar su Derecho de modo diferente por razón de la nacionalidad, los arts. 6, 52 y 59 no se refieren a las posibles desigualdades de trato que pueden resultar, entre un Estado miembro y otro, de las divergencias que hay entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros, siempre que estas afecten a todas las personas sujetas a su aplicación, según criterios objetivos y sin tener en cuenta su nacionalidad”.

3. BREVE RECAPITULACIÓN ACERCA DE LAS ALTERNATIVAS ACTUALES EN ORDEN A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

Analizados los rasgos esenciales del modelo operante en la actualidad, podemos retomar las dos alternativas que en materia de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea se abren profuturo.

De cara al futuro parece conveniente incrementar la fuerza y significado con que cuentan los derechos fundamentales en el ámbito comunitario en la actualidad, dotándoles de una seguridad y certeza de la que hoy carecen, y ello por una doble tipo de razones. De un lado el paulatino incremento y protagonismo de unas instituciones comunitarias cada día dotadas de mayores competencias hace más necesario garantizar a los ciudadanos europeos que aquella incidencia en su estatuto jurídico individual no se va a acometer con perjuicio de unas posiciones jurídicas fundamentales de las que viene gozando en su calidad de nacional de un Estado miembro. De otro lado es inexcusable reconocer la fuerza legitimadora de los derechos fundamentales de modo que bien puede afirmarse que no habrá unión política sino es porque los europeos cuentan con unas posiciones jurídicas fundamentales sustancialmente idénticas; el progreso hacia mayores cotas de integración en pos de una verdadera unión política europea solo será posible en la medida en que dicho proceso descansa en la protección y aseguramiento de unos valores de libertad que, por lo demás, han sido tradicionalmente patrimonio de la idea de Europa;

como ha escrito L. M. Diez Picaso, “si la Comunidad quiere legitimarse a través de un auténtico contrato social de los europeos, ese pacto habrá de basarse en el previo reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos”.⁷

Esa adopción por las instancias comunitarias de una propia declaración de derechos puede alcanzarse, según se viene barajando desde hace años, por una triple vía:

- Elaborando una Constitución europea mediante la apertura del correspondiente proceso constituyente.
- Aprobando por el instrumento formal que fuese procedente una declaración de Derechos *ad hoc* (tesis que por ejemplo ha sido preconizada por el Informe de febrero de 1996 del Comité de Sabios presidido por la Sra. Pintasilgo), y
- Adhiriéndose a la Convención Europea de Derechos Humanos, opción con notables dificultades de orden técnico-procesal, como hace ya años pusiera de manifiesto entre otros J. A. Carrillo Salcedo,⁸ y que recientemente ha sido objeto de un Informe en contra elaborado por el Tribunal de Justicia (28 de marzo de 1996) en razón de que la protección de los derechos fundamentales no forma parte de los objetivos de la Unión y, por tanto, representa una modificación de los Tratados Fundacionales que no tiene cabida en el art. 235 del Tratado CEE.⁹

Cada una de las mencionadas vías adolece de ventajas e inconvenientes, fundamentalmente de índole política, que una eventual ampliación de la Unión hacia el Este no hará más que incrementar. Sin embargo, más allá de esas consideraciones de orden político, desearía llamar la atención acerca de las implicaciones de carácter jurídico que una actuación en tal sentido puede representar. Dicha alternativa supone superar la situación actual de los derechos fundamentales en el sistema jurídico comunitario, que descansa en la consideración de estos como una categoría material, sustituyéndola por la vinculación de los citados derechos a una fuente o documento formal. Pero más allá de esta innovación de orden jurídico una opción en tal sentido representa un salto cualitativo en la naturaleza de la Unión Europea, que abandonaría su con-

7 L. M. Diez Picaso. *Ob. cit.* pág. 155.

8 J. A. Carrillo Salcedo. “La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas”, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* dirigido por E. García de Enterría, J. González Campos y S. Muñoz Machado. Cívitas. Madrid. 1986, tomo II, págs. 17 a 26.

9 Algunos comentaristas consideran que ese reconocimiento del Convenio de Roma en el ámbito de la Unión Europea ya se ha producido mediante el artículo F del Tratado de Maastricht (“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 firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950”). Así, E. Pérez Vera (“El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”. *RIES*. Nº. 2, 1993) ha escrito: “De este modo se produce, en nuestra opinión, la recepción o incorporación por referencia de la parte normativa del Convenio al derecho originario europeo, constitucionalizando su contenido en el plano comunitario”. Sin embargo, en la medida en que el citado precepto de Maastricht carece de aplicabilidad inmediata por el Tribunal de Justicia, la situación no creo que represente un cambio sustancial respecto a la etapa precedente en la que el Convenio de Roma, junto con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros nutrían los principios del orden jurídico comunitario según ha venido entendiendo el Tribunal de Luxemburgo. Sobre esta última cuestión véase G. C. Rodríguez Iglesias. “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*. UCIIM. Madrid. 1993. pág. 201 y siguientes.

dición de organización de alcance sectorial acotada a la satisfacción de unos objetivos limitados y vendría a sustituir al Estado como categoría universal por excelencia. En ese sentido me parecen plenamente acertadas (y aplicables al tema que nos ocupa) las palabras de D. J. Liñán Nogueras cuando escribe: “el modelo comunitario está construido sobre una dominante de carácter económico. El estatuto jurídico de la persona en el derecho comunitario está sujeto a esta dominante en el sentido de que los derechos y obligaciones que lo sustentan solo operan cuando la actividad del sujeto está comprendida en el marco de la dominante y en la medida en que se afecta por ella. Los innegables desarrollos del derecho derivado y, en especial, las progresivas interpretaciones del Tribunal de Justicia han ampliado ese estatuto abarcando actividades indirectas hasta los límites de lo compatible con las normas constitucionales del sistema comunitario. La inversión de los términos de la relación, de tal modo que el estatuto personal fuese la dominante y la actividad económica la variable condicionada y limitada por ese estatuto, pasa, inexorablemente, por la modificación sustancial del soporte jurídico-constitucional comunitario”.¹⁰ Pero no se trata ya tan solo de que un cambio en el sentido de reconocer una explícita declaración comunitaria de derechos entrañe un cambio de naturaleza de la Unión como organización supranacional e implique “una modificación sustancial del soporte jurídico-constitucional comunitario”, es que además ese desplazamiento del centro de gravedad en el sistema de protección de los derechos fundamentales de la persona (del Estado nacional a la Unión Europea) no tiene necesariamente que representar una sustancial mejoría en unos sistemas de garantía que tanto en el plano estatal, como en el ámbito comunitario parecen haber alcanzado un satisfactorio nivel de operatividad como instrumentos de aseguramiento de tales derechos.

En este sentido, la otra de las alternativas más atrás apuntadas, esto es, el mantenimiento del *statu quo* actual y dejar en manos de la prudente actuación del Tribunal de Justicia la protección de los derechos fundamentales, permaneciendo éstos como una categoría básicamente material, adolece indudablemente de limitaciones: se trata de una vía casuística, asistemática, imprecisa y que comporta, al menos en teoría, unas ciertas dosis de falta de certeza e inseguridad. Pero la práctica ha mostrado, como he intentado desarrollar más atrás, que se trata en todo caso de un sistema de protección de los derechos fundamentales que ha resultado operativo y que, pese a su falta de certeza, carece de fisuras y cuenta con resortes y mecanismos de respuesta como para que el ciudadano comunitario se sienta a resguardo de actuaciones negadoras de sus derechos fundamentales, permitiendo flexibilidad, pragmatismo y ponderación de los valores en presencia. En suma, el actual nivel de protección de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea no es idéntico al que brindan los sistemas nacionales de protección, entre otras razones porque no puede nunca serlo sin negar la idea misma de “integración supranacional”,¹¹ pero sí que ha alcanzado unas cotas y grados equivalentes y parangonables con

¹⁰ D. J. Liñán Nogueras. “La ciudadanía de la Unión Europea” en *AAVV Derecho Comunitario Europeo*. Civitas. Madrid. 1983.

¹¹ Véase P. Pérez Tremps. *Constitución Española y Comunidad Europea*. Civitas. Madrid. 1994. págs. 160 y siguientes en un capítulo explícitamente dedicado a “la equivalencia en la protección de derechos, valores y principios fundamentales” y donde escribe: “el contenido jurídico de la integración supranacional exige una equivalencia entre el ordenamiento que se abre al ente supranacional y el ordenamiento receptor de determinadas competencias; dicha equivalencia, como es obvio, no puede significar

aquellos, como bien muestra la evolución jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano, en su día los más renuentes a dejar al Tribunal de Luxemburgo el protagonismo en dicha cuestión.

A mayor abundamiento, esta protección judicial de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, cuenta en los momentos actuales con un elemento nuevo, todavía insuficientemente exprimido por el Tribunal de Justicia, que puede abrir nuevas posibilidades. Me refiero a la noción de ciudadanía.

Ciertamente las facultades hoy incorporadas al estatuto de ciudadanía son muy limitadas (Libertad de circulación y residencia, Derecho de sufragio activo y pasivo en el lugar de residencia en elecciones locales y al Parlamento europeo, Derecho de petición y protección diplomática común), y no parece que haya voluntad política para avanzar hoy por hoy mucho más. Pero lo más significativo de dicha nueva categoría es el principio de generalidad que la inspira; a partir de este nuevo estatus, los destinatarios -pero también los sujetos- del derecho comunitario son los europeos sin distinción; pese al parco contenido de esta nueva categoría, es lo cierto que todos los ciudadanos europeos son iguales para el derecho comunitario y sabido es hasta que punto el principio de igualdad ante la ley es el fundamento de los derechos fundamentales. La práctica jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo puede encontrar así un nuevo asidero para prolongar, extender y, en última instancia, intensificar su papel como garante de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario.

Evidentemente a medio o largo plazo la elaboración de una Constitución europea, que sea el fundamento de una organización de nuevo cuño llamada Unión Europea (texto constitucional que habrá de contar entre sus apartados con un capítulo dedicado a los derechos fundamentales) parece inexcusable. Pero mientras las circunstancias políticas no permitan ese salto cualitativo hacia una verdadera unión política, parece preferible -en lo que al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea- profundizar en el modelo actual, que, con todas sus deficiencias, ofrece un régimen de garantías suficientemente adecuado, y que cuenta, además, con la presencia de todo un abanico de instrumentos de protección a escala estatal que, llegado el caso, pueden saltar a modo de última válvula de protección. Por el contrario, comenzar el proceso de unión política europea estableciendo una declaración de derechos, cuyo aseguramiento exigiría toda una ingeniosa labor de ingeniería constitucional, corre el riesgo de transformar la naturaleza de la Unión, alejar los instrumentos de protección de los derechos del ciudadano medio¹² y, en última instancia, frustrar las esperanzas de los ciudadanos en el sistema en su conjunto. Al menos esa es mi opinión.

identidad ya que ello implicaría, entre otras cosas, exigir lo imposible, que el ordenamiento supranacional fuera igual a todos los ordenamientos supranacionales... lo que supondría tanto como negar la integración” (pág. 162).

12 Es cierto que el sistema judicial comunitario se sirve de las estructuras judiciales nacionales, lo que aproxima la administración comunitaria de Justicia al ciudadano medio, pero dada la naturaleza de los asuntos a los que aquí nos estamos refiriendo, parece evidente que habría de ser el Tribunal de Luxemburgo el que, en última instancia, conociese de tales asuntos; al menos con el régimen procesal actual.

SISTEMA PARLAMENTARIO, SISTEMA PRESIDENCIALISTA Y DINÁMICA ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO. ANÁLISIS COMPARADO

Manuel Aragón^(*)

*En homenaje al admirado
amigo y maestro Héctor Fix-Zamudio*

SUMARIO: 1. Objeto de la ponencia. 2. Democracia y control del poder. 3. Parlamentarismo y presidencialismo, hoy. 3.1. Aproximación y distanciamiento entre parlamentarismo y presidencialismo. 3.2. El rechazo europeo del presidencialismo. 3.3. La emulación presidencialista en el parlamentarismo europeo. 4. La necesidad de “parlamentarizar” el régimen parlamentario. 5. El significado actual del control parlamentario. El control parlamentario en sentido amplio. “Competencias” de control y “derechos” de control. 6. La relación actual entre los poderes del Estado. Poderes políticos y poder jurisdiccional. 6.1. Relaciones entre los jueces y el legislador. 6.2. Relaciones entre los jueces y el gobierno.

1. OBJETO DE LA PONENCIA

Los organizadores de estas Jornadas han dado a mi ponencia un título muy amplio. Debo concretar, pues, de qué voy a tratar. Dedicaré la primera parte del trabajo a la relación entre la democracia y el control de los poderes públicos, la segunda a las diferencias actuales entre parlamentarismo y presidencialismo, la tercera al papel del parlamento en la actualidad, la cuarta al significado del control parlamentario como elemento fundamental de la forma de Estado

^(*) Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid.

democrático parlamentario y la quinta y última a la relación actual entre los poderes públicos o, dicho con otras palabras, a la situación presente de la división de poderes. Como puede observarse no he reducido, ni mucho menos, la amplitud, sólo he intentado aclararla. Se me había encomendado una ponencia de tipo general y ello es una obligación que debo cumplir o, si se quiere, una carga que debo soportar.

2. DEMOCRACIA Y CONTROL DEL PODER

Como la práctica ha demostrado y la razón reconoce, la libertad de los ciudadanos sólo puede garantizarse si el poder se encuentra limitado. De ahí que esa libertad sea incompatible con el poder absoluto, aunque éste se atribuya al pueblo. La democracia directa, que quizás pueda ser un complemento eficaz de la democracia representativa, no es capaz, sin embargo, de organizar, por sí sola, un sistema de gobierno respetuoso con la libertad, ya que ésta no es producto de la identidad, sino de la distinción. Por ello, el Estado constitucional, cuya base es la democracia representativa y cuya estructura descansa en la división del poder, ha sido la única forma histórica, hasta hoy, capaz de garantizar al mismo tiempo la libertad y la democracia (ambos términos, en realidad, se requieren mutuamente, puesto que la libertad de los ciudadanos sólo está asegurada si la soberanía pertenece al pueblo y éste es soberano únicamente si está compuesto por personas libres).

Siempre al dividir se distribuye, por eso la división del poder significa su distribución: una distribución de potestades y de competencias, esto es, de capacidad de actuar, que supone la asignación de medios, pero también de ámbitos para ejercitarlos. Si no hay distribución, obviamente no hay limitación. De ahí la ineficacia de una división que distribuya con arreglo a criterios exclusivamente formales. Para que la distribución (y con ello la limitación) sea efectiva ha de articularse, además, a través de criterios materiales. Y así ocurre en el conjunto de divisiones que caracterizan al Estado constitucional.

En primer lugar en la división más básica o primaria: la que distingue el poder constituyente del poder constituido. Distinción que da el ser a la Constitución misma y que se basa tanto en ingredientes formales (el modo de actuar del poder constituyente -aquí vale decir del poder de emanar la Constitución y de cambiarla- ha de tener unas formalidades diferentes al modo de actuar del poder constituido), como en ingredientes materiales (el poder constituido no puede hacer lo mismo que el poder constituyente, esto es, ha de ser un poder materialmente limitado). En segundo lugar en la división del propio poder constituido, organizado por la constitución en un entramado de órganos a los que están asignados formas y ámbitos distintos de actuación. Al margen de que el entendimiento clásico de la división de poderes haya sufrido transformaciones, lo cierto es que el esquema básico de tal división es la que distribuye en órganos diferentes las potestades de legislar, gobernar y juzgar, potestades que para estar respectivamente aseguradas (reservadas) han de incluir tanto elementos formales como materiales. De igual manera, ambos tipos de elementos deben darse en la división territorial del poder y, por lo mismo, en la correspondiente distribución territorial de competencias.

Poder dividido es, pues, poder limitado (formal y materialmente), pero las limitaciones sólo pueden ser efectivas si está garantizadas, esto es, si van acompañadas de los correspondientes instrumentos de control. No hay democracia sin limitación y no hay limitación sin control. De ahí que el control sea elemento inescindible de la democracia, o hablando en términos jurídicos, en cuanto que el Estado constitucional no es otra cosa que la democracia juridificada, que el control sea elemento inseparable del concepto de Constitución.

No es preciso que me extienda más sobre este asunto, cuyo tratamiento detallado he hecho en otros lugares, a los que me remito.¹ Sólo pretendía enmarcar en estas reflexiones tan genéricas las consideraciones que a continuación se formulan.

3. PARLAMENTARISMO Y PRESIDENCIALISMO, HOY

3.1. *Aproximación y distanciamiento entre parlamentarismo y presidencialismo*

Es muy frecuente, en la actualidad, la opinión de que se está produciendo, como consecuencia de la democracia de partidos, una gran aproximación entre el parlamentarismo y el presidencialismo. Es difícil negarlo, pero es preciso aclarar que tal aproximación, que lo es más desde el punto de vista politológico que jurídico, no es un fenómeno completamente generalizado y convive en algunos casos, paradójicamente, con su opuesto, es decir, con un mayor distanciamiento entre uno y otro sistema, o en términos jurídicos, entre una y otra forma de gobierno. El problema no es nada simple y por ello conviene tratarlo con cierto detenimiento.

Lo primero que cabe observar es la coexistencia, al menos en Europa, de dos movimientos contradictorios en relación con el presidencialismo. De un lado, de apreciación y emulación y, de otro, de crítica y rechazo. El primero es más reciente, creo, y tiene que ver con la extensión del fenómeno personalista en la política (acrecentado por el impacto televisivo-electoral, el liderazgo en el interior de los partidos, la pérdida de sustancia de los parlamentos y la peculiar forma de gobierno de la Unión Europea). El segundo es más antiguo y tiene que ver con la polémica parlamentarismo-antiparlamentarismo en el período de entre-guerras, pero aunque ha pasado tanto tiempo aún perdura, conviviendo, como antes se dijo, con su opuesto y emergente.

3.2 *El rechazo europeo del presidencialismo*

No tiene sentido repetir aquí lo que aquella polémica, a que acaba de aludirse, entre parlamentarismo y presidencialismo significó en la teoría y en la práctica.² Me referiré sólo a la

¹ En especial en “Constitución y democracia”, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, y en “Constitución y control del poder”, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.

² Lo he tratado en otros trabajos, a los que me remito, especialmente en “Estudio preliminar” a la obra de Carl Schmitt, “Sobre el parlamentarismo”, Edit. Tecnos, Madrid, 1990, pp. IX-XXXVI, y en “Parlamentarismo y antiparlamentarismo en Europa: sus repercusiones en España”, en la obra colectiva “Las Cortes de Castilla y León 1188-1988”. Edit. Cortes de Castilla y León, 1990, vol. II, pp. 387-405.

general identificación de la democracia con el parlamentarismo en el pensamiento democrático europeo anterior a la Segunda Guerra Mundial.

Tomado el parlamentarismo como forma de Estado, esto es, como sinónimo de la democracia parlamentaria, la identificación era correcta, por supuesto, y ese fue, además, el sentido más profundo de la polémica, de manera que bajo el enfrentamiento parlamentarismo-antiparlamentarismo se encontraba realmente el enfrentamiento democracia-antidemocracia. Efectivamente, los enemigos del parlamentarismo o bien propugnaban directamente la dictadura (personal, de clase o de partido) o bien a veces (incluso sin desechar al mismo tiempo la pretensión anterior) apostaban por una forma de democracia “real” (frente a la “formal”) en la que la libertad se disociaba teóricamente (y se erradicaba prácticamente) de la propia democracia, lo que venía a suponer, en verdad, no “otro” tipo de democracia sino, sencillamente, su negación.

Sin embargo, tomado el parlamentarismo como forma de gobierno (como una especie, pues, del género democracia parlamentaria) la identificación sería incorrecta, puesto que el régimen presidencialista puede ser tan democrático como el parlamentario. Precisamente por esto último resulta llamativo que en la polémica europea de entre guerras los defensores del parlamentarismo frente a la antidemocracia realicen esa defensa, casi sin excepciones, desde la exclusiva óptica del régimen parlamentario desentendiéndose de la solución presidencialista. Aunque podría acudir a sobrados ejemplos de autores extranjeros, sobre todo alemanes o franceses, no hace falta irnos fuera para encontrar una muestra bien significativa de esa actitud política e intelectual: “Nosotros [diría Manuel Azaña] somos republicanos y todos, o la mayor parte, profundamente parlamentarios; pero yo, personalmente (si me es permitido hablar así) no soy más que parlamentario dentro de la República y no concibo una República que no lo fuese”.³

Las razones de esa exclusión del presidencialismo y, por lo mismo, de la reducción de la democracia parlamentaria a la forma parlamentaria de gobierno son muy variadas. De una parte, las pasadas experiencias de gobiernos personales fuertes (“cesarismo” en el primero y segundo Imperio francés, jefaturas del Estado basadas en el “principio monárquico” en Alemania, entre otros ejemplos) habían creado en Europa un recelo comprensible ante cualquier forma de “presidencialismo”. De otra parte, ese mismo recelo se veía acentuado por las experiencias contemporáneas del fascismo, las apelaciones formuladas por las doctrinas “regeneracionistas” cuando no puramente autoritarias a la eficacia de la acción de gobierno mediante la ocupación del poder por un “cirujano de hierro”, un “hombre fuerte” o un “caudillo”, situado por encima del parlamento, o el recuerdo de alguna reciente dictadura militar (como en España).

A todo ello se sumaba una concepción europea de la democracia basada en la unidad de la representación política, esto es, en el monopolio parlamentario de la legitimidad popular, que admitía muy difícilmente una dualidad de representación capaz de operar independientemente en el legislativo y en el ejecutivo; y junto a ese impedimento teórico se encontraba un obstácu-

3 “Obras completas”, Edit. Oasis, México, 1966-68, t. II, p. 704.

lo de naturaleza práctica: la escasa tradición europea de un sistema de “equilibrios” entre poderes del Estado y entre poderes “políticos” y poderes “sociales” que es consustancial con la democracia norteamericana, como ya había señalado con sagacidad Tocqueville. No es de extrañar entonces la exclusión de la solución presidencialista en la III República francesa, en la República de Weimar o en la II República española y la consiguiente identificación, por la teoría jurídica y política de la democracia, dominante en Europa de aquel tiempo, entre democracia y forma parlamentaria de gobierno.

La coherencia de esta postura quedaba demostrada justamente por la actitud que se adoptaba en el campo contrario: la apuesta a favor del presidencialismo realizada desde el frente antiparlamentario no se basaba en la propuesta de un presidencialismo democrático, sino antidemocrático, esto es, dictatorial, como el propugnado en Alemania como remedio a la crisis del sistema de Weimar y teorizado, principalmente, por Carl Schmitt. Para unos (los defensores del parlamentarismo) y para otros (los afectos al antiparlamentarismo) estaba claro que la solución presidencial resultaba en Europa (a diferencia de lo que ocurría en los Estados Unidos de América) una solución poco conciliable con la democracia.

Al margen de esta equiparación, podría decirse que coyuntural y bien comprensible, entre democracia parlamentaria y forma parlamentaria de gobierno, la otra, y sustancial, equiparación entre la democracia y la democracia parlamentaria (esto es, entre la democracia y el parlamentarismo como forma de Estado) a la que nos referíamos al comienzo de este epígrafe queda perfectamente expuesta en la certera afirmación de Kelsen:⁴ “Aunque la democracia y el parlamentarismo no son términos idénticos, no cabe dudar en serio -puesto que la democracia directa no es posible en el Estado moderno- que el parlamentarismo es la única forma real en que puede plasmarse la idea de la democracia dentro de la realidad presente. Por ello, el fallo sobre el parlamentarismo es, a la vez, el fallo sobre la democracia”.

Y así fue en el panorama europeo de aquellos años: donde triunfó el antiparlamentarismo se instaló la dictadura (de derechas o de izquierdas) y donde se conservó (o restauró) la democracia ésta siguió observando su forma parlamentaria y, además, en el doble sentido: forma parlamentaria de Estado y forma parlamentaria de gobierno. Esta identificación europeo-occidental de la democracia con la forma parlamentaria de gobierno se prolongó en los años siguientes con la única excepción (al menos hasta los años setenta), relativa y que por ello tampoco se escapa totalmente de la regla general de la equiparación: el semi presidencialismo francés de la V República, que es, por supuesto, una democracia parlamentaria, pero que sólo posee algunos rasgos de la forma parlamentaria de gobierno. En los últimos decenios se sumaría también Portugal a esta solución semi presidencial.

3.3 *La emulación presidencialista en el parlamentarismo europeo*

Como antes se dijo, éste es un fenómeno reciente, que no tiene nada que ver con la ten-

⁴ “Esencia y valor de la democracia”, 1920, *cit.* de la edición española, Edit. Ariel, Barcelona, 1977, p. 50.

tación presidencialista-autoritaria (cuando no dictatorial) del período de entre guerras. Ahora no se trata de separarse de la democracia parlamentaria, sino de mantenerse en ella como forma de Estado, tampoco de abandonar la forma parlamentaria de gobierno instalando directamente un régimen presidencial, ni de extender el semi presidencialismo (que en otras latitudes se intenta, así en la última reforma constitucional argentina, pero que en Europa occidental sigue reducido como experiencia a los casos francés y portugués, sin que las polémicas surgidas en Italia en los últimos años hayan originado nada en la práctica). El supuesto al que nos estamos refiriendo es, sencillamente, el que se produce cuando se mantienen formalmente las estructuras de la forma parlamentaria de gobierno (aunque en algunos países con las reformas derivadas del llamado “parlamentarismo racionalizado”) pero se introduce una práctica política presidencialista, pasándose de un parlamentarismo de canciller o de primer ministro a lo que podría denominarse un parlamentarismo “presidencial”.

Como consecuencia de una diversidad de factores, entre los que se cuentan la excesiva burocratización de los partidos, el aumento de la dimensión personalista en la política, el papel fundamental que en ella desempeñan los medios de comunicación de masas, el tipo de propaganda electoral que todo ello comporta, la multiplicación de las tareas del poder público (que siempre se traducen en un fortalecimiento del poder ejecutivo), e incluso (como más atrás ya se apuntó) la peculiar forma de gobierno de la Unión Europea (que otorga un protagonismo casi absoluto a los poderes ejecutivos nacionales), se ha ido generando en Europa una forma de gobierno que, sin transformación sustancial de las estructuras de la forma parlamentaria de gobierno, ha dejado en muy segundo plano a las cámaras y otorgado la primacía indiscutible no ya al gobierno, sino a la persona que lo dirige (canciller, primer ministro, presidente del consejo, presidente del gobierno, en sus distintas denominaciones).

Ahora bien, ante esa “presidencialización” del régimen parlamentario cabe formular determinadas observaciones.⁵ La primera está referida exclusivamente a los países con monarquía parlamentaria y consiste en poner de manifiesto la difícil compatibilidad entre el “presidencialismo” y la monarquía. Un primer ministro, o en el caso de España un presidente del gobierno, políticamente “separado” del parlamento, apoyado en una legitimidad democrática representativa propia (directa, originaria o, en fin, no derivada), convertido, pues, en el máximo “dirigente” del país, dejaría muy poco (por no decir ningún) espacio institucional al rey, que si bien en la monarquía parlamentaria no debe gozar de poder jurídico efectivo, sí que ha de tener preservado un ámbito de influencia para desplegar su necesaria función simbólica. En tal sentido, aunque aquella “separación” entre el presidente del gobierno y la cámara sea más de hecho que de derecho, no deja de ser perturbadora para la monarquía parlamentaria. Claro está que más perturbador aún, y enteramente criticable, sería el intento de fomentarla a través de normas jurídicas o de reglas políticas.

La segunda observación es de carácter más general y se refiere a la ambigua y deforme

⁵ Vid. M. Aragón, “Gobierno y Cortes”, Edit. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1993, y J. J. Solozábal Echavarría, “El régimen parlamentario y sus enemigos (Reflexiones sobre el caso español)”, en Revista de Estudios Políticos, no. 93, monográfico sobre “Parlamento y política en la España contemporánea”, julio-septiembre, 1996.

situación que se produce en esos supuestos de “presidencialización” del régimen parlamentario. Precisamente porque se trata de un “presidencialismo” encubierto, lo que suele suceder es que este híbrido reúne los defectos del presidencialismo y del parlamentarismo sin ninguna de sus virtudes.⁶ Así, la conexión (y no separación) entre ejecutivo y legislativo, propia del parlamentarismo, queda sin el contrapeso (también consustancial al régimen parlamentario) de una cámara capaz de servir de freno al gobierno; de otro lado, la legitimación popular directa del ejecutivo y la autonomía política de su actuación, propias del presidencialismo, quedan sin el contrapeso (también consustancial al régimen presidencial) de la separación entre ejecutivo y legislativo.

En resumen, el híbrido a que nos estamos refiriendo tiende a convertirse en una forma de gobierno que descansa casi exclusivamente en el control electoral, pero no en el que resulta del equilibrio institucional, perdiéndose (o debilitándose) así el sistema de frenos y contrapesos en que se basa el Estado constitucional. Con lo cual se daría la paradoja de que en ese tipo de régimen parlamentario el legislativo pueda ser más débil y el ejecutivo más fuerte que en el régimen presidencial. El riesgo que para la libertad de los ciudadanos supone un sistema en el que no habría más separación de poderes que la garantizada por la independencia judicial no hace falta subrayarlo. Por lo demás, y aún admitiendo que esa independencia se encuentre objetiva y no sólo subjetivamente preservada, en cuanto que los jueces deben aplicar las leyes emanadas del parlamento, realmente la preservación de la libertad quedaría casi exclusivamente reducida al ejercicio de la función de control de constitucionalidad de los actos del poder. Parece razonable entender que el Estado democrático no puede sostenerse mucho tiempo si descansa exclusivamente en la distinción, por muy básica e importante que sea, entre el poder constituyente y el poder constituido.

4. LA NECESIDAD DE “PARLAMENTARIZAR” EL RÉGIMEN PARLAMENTARIO

Si aceptamos, y la práctica no ha hecho más que confirmar esta afirmación de Kelsen, que la democracia no puede ser más que parlamentaria, parece claro que su suerte está ligada, entonces, a la del propio parlamento, que es, sin duda, la pieza capital del sistema. El parlamento constituye (o debe constituir) la institución central de la democracia como forma de Estado, es decir, del Estado constitucional democrático, sea su forma de gobierno parlamentaria o presidencial. Y ello es así, en primer lugar, porque la representación política tiene allí (en una cámara de composición plural) su más fiel expresión, en segundo lugar porque el control político del ejecutivo sólo en el parlamento puede ejercerse de manera permanente u ordinaria y, en tercer y último lugar, porque únicamente a través de los debates parlamentarios pueden alcanzar suficiente legitimación democrática las decisiones del poder público (difíciles de predecir en el momento del voto popular y más difíciles aún de cubrir con el genérico y periódico mandato

⁶ Obviamente cuando hablamos de régimen parlamentario y de régimen presidencial nos referimos a sus modelos de correcto funcionamiento, no a sus desviaciones patológicas. Así, por no quedarnos sólo en modelos ideales, el régimen parlamentario puede estar bien representado por las monarquías parlamentarias europeas y el régimen presidencial por los Estados Unidos de América.

electoral).

En los Estados Unidos de América, ejemplo de país presidencialista, la fortaleza del parlamento no la pone nadie en duda. Más aún, es razonable sostener que no puede haber un presidencialismo que funcione correctamente sin el contrapeso de un fuerte parlamento. De ahí que hoy se esté planteando, en algunos países, por ejemplo iberoamericanos, después de la experiencia de presidencialismos problemáticos, la necesidad de “parlamentarizar” el sistema no sólo para vigorizar la democracia sino también para hacer funcionar correctamente al propio presidencialismo. Pues bien, algo muy parecido ocurre en el régimen parlamentario, que en muchos países ha experimentado un debilitamiento de las cámaras parlamentarias como consecuencia de los factores a que más atrás ya aludimos, es decir, como resultado del llamado “Estado de partidos”. Sin partidos no hay democracia, ello es claro, y en ese sentido la democracia lo es “con partidos políticos”, pero con igual claridad ha de decirse que eso es una cosa y otra bien distinta que el Estado (y la totalidad de la vida pública) sea patrimonio de los partidos. La defensa de la democracia incluye, sin duda, la defensa de los partidos, pero no pueden dejar de ocultarse que un mal entendimiento del papel y el significado de éstos ha generado consecuencias muy nocivas para la democracia parlamentaria. Una de esas consecuencias, entre las más graves, es precisamente la atonía del parlamento.⁷

Si el régimen presidencial no puede funcionar correctamente sin un parlamento fuerte, mucho menos lo puede hacer, obviamente, el régimen parlamentario. Por ello el fortalecimiento de las cámaras se presenta hoy como una de las necesidades primordiales de muchos países, entre ellos España, aquejados de esa atonía parlamentaria a que acabamos de referirnos. Aquí, para vigorizar la democracia y para hacer funcionar con mayor corrección al propio sistema de gobierno, en lugar de “presidencializar” el parlamentarismo (ya suficientemente “racionalizado” por diversas técnicas constitucionales y por la disciplina de partido) lo que se necesita es “parlamentarizarlo”. Hoy los medios de comunicación de masas y los tribunales de justicia están ocupando, en detrimento del parlamento, el lugar central de la vida política. Y no precisamente por un exceso de aquéllos, sino por un defecto de éste. Es preciso, pues, que la vigorización del parlamento haga posible que sea la prensa la que habitualmente trate de lo que se dice en el parlamento en lugar de que, como ahora ocurre, sea el parlamento el que habitualmente trata de lo que se dice en la prensa.

El fortalecimiento del parlamento pasa por la adopción de diversas medidas normativas, entre ellas las relacionadas con el sistema electoral, la organización de las elecciones, la organización y financiación de los partidos y la organización y funcionamiento interno de las cámaras. También pasa por la adopción de determinadas reglas de conducta, que no normas jurídicas, por parte de los políticos encaminadas a la dignificación institucional de la vida pública. Ni

⁷ Vid. A. Garrorena, “Representación política y Constitución democrática”, Edit. Civitas, Madrid, 1991, pp. 57 y ss.

⁸ Vid. para un tratamiento general acerca de los problemas actuales de los parlamentos, la colección de trabajos recogida en A. Garrorena (dir.). “El parlamento y sus transformaciones actuales”. Edit. Tecnos, Madrid, 1990.

unas ni otras pueden ser objeto de examen, por obvias razones de espacio, en esta ponencia.⁸ Sin embargo, cualesquiera medidas encaminadas a fortalecer el parlamento alcanzarían poco resultado si no se tiene claro el tipo de parlamento que se puede tener, o mejor dicho, el cometido que hoy el parlamento puede realizar.

Al parlamento no puede pedírsele lo que el parlamento, hoy, no puede dar. Por muchas razones, entre ellas, las relacionadas con la internacionalización (y en España supra nacionalización) de la política, sería imposible (y pernicioso) gobernar desde el parlamento. En la actualidad el gobierno de un país no puede dirigirse desde la cámara parlamentaria, de tal manera que el ejecutivo no puede ser, de ningún modo, un comité delegado del legislativo (lo que por otro lado, tampoco lo ha sido siempre en el pasado del “parlamentarismo clásico”). En el presente, complementariamente a la división de poderes o competencias jurídicas (legislar de un lado, reglamentar y ejecutar de otro), existe una división de funciones políticas entre ejecutivo y legislativo bastante clara: el gobierno dirige la política y el parlamento la controla.

Es la función de control la que caracteriza (es decir, singulariza) al parlamento. Función de control ligada a la consideración de la representación parlamentaria como representación plural, al entendimiento del parlamento como institución y no sólo como órgano, en fin, a la concepción de la democracia como democracia pluralista. Ahora bien, si lo que puede y debe pedirse al parlamento es que ejerza con la mayor plenitud posible la función de control, es preciso aclarar previamente lo que el propio control parlamentario significa, dada la diversidad de entendimientos que sobre ese término ha habido.

5. EL SIGNIFICADO ACTUAL DEL CONTROL PARLAMENTARIO. EL CONTROL PARLAMENTARIO EN SENTIDO AMPLIO. “COMPETENCIAS” DE CONTROL Y “DERECHOS” DE CONTROL

En la doctrina española (y en la italiana) se mantuvieron en algún momento ciertas posiciones que o bien identificaban el control parlamentario exclusivamente con la exigencia de responsabilidad política, sosteniendo que sólo cabía hablar de control si éste iba acompañado de sanción (remoción del gobierno o derogación de la medida objeto del control), o bien separaban ambas categorías (control y responsabilidad) de manera tan absoluta que únicamente entendían por control la actividad de mera comprobación, desligada de la capacidad de sanción, con lo cual la exigencia de responsabilidad política (y su principal instrumento, la moción de censura) no sería actividad de control parlamentario. Sin embargo, en la actualidad, la generalidad de la doctrina, con algunas excepciones,⁹ acepta un concepto amplio de control parlamentario, entendido como toda actividad de crítica del gobierno con publicidad que en la cámara se

⁹ Pues aún quedan representantes de la segunda posición antes aludida: así, recientemente, L. López Guerra. “Control parlamentario y minorías”. Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, No. 8, 1996.

realiza.

Las razones, teóricas y prácticas, que avalan este entendimiento amplio del control parlamentario son bastante concluyentes y no hace falta exponerlas aquí. Son suficientemente conocidas y, por lo demás, las he tratado extensamente en diversas publicaciones a las que me remito.¹⁰ Esa concepción amplia del control parlamentario es, claro está, la que permite entender que hay (como es cierto) control parlamentario en el régimen presidencial, o que en el Senado español (y en otras segundas cámaras donde no quepa la exigencia de responsabilidad política) puede haber actividad de control parlamentario, o que la actividad de información parlamentaria no puede desligarse de la actividad de control, o que, en fin, una cosa son los instrumentos y procedimientos específicos de control parlamentario y otra cosa la función de control parlamentario, que si bien se realiza particularmente a través de dichos instrumentos y procedimientos, no deja de poder realizarse también de manera general a través de todas las actividades de la cámara. En realidad es hoy la función de control la que más genuinamente caracteriza al parlamento en cuanto que es también la más general y la más “propia” (el parlamento está sobre todo para “debatir”, por ello, entre otras razones, sigue teniendo un significado crucial la reserva de ley pese a la fusión gobierno-mayoría parlamentaria ocasionada por la disciplina de partido). Justamente porque esa función de control tiene capacidad potencial para manifestarse en la totalidad de las actividades de las cámaras, es por lo que cabe hablar¹¹ de una “polivalencia funcional” del control parlamentario.

Esa concepción amplia del control parlamentario es la que permite distinguir el control “por” el parlamento del control “en” el parlamento,¹² siendo el primero el que puede realizar la cámara “como órgano”, y por lo mismo expresando su voluntad por mayoría, y siendo el segundo el que pueden realizar, en la cámara “como institución”, los parlamentarios individuales y los grupos parlamentarios. En el primer tipo hay, por supuesto, control, ya que sería absurdo sostener que si la crítica la realiza la mayoría de la cámara (situación improbable, pero no imposible, y no sólo en gobiernos de minoría) no convalidando una medida gubernamental o lle-

10 Entre otras, “El control parlamentario como control político”, *Revista de Derecho Político*, No. 23, 1986; “Gobierno y Cortes”, *cit.*: “Información parlamentaria y función de control”, en el libro colectivo “Instrumentos de Información de las cámaras parlamentarias”. Centro de Estudios Constitucionales, colección “Cuadernos y debates”, no. 52, Madrid, 1994; “Constitución y control del poder”, Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995. En dichos trabajos se cita doctrina extranjera y española que ahora no hace falta repetir, aunque sí debe destacarse en esta última, por su excelente defensa de la concepción amplia del control parlamentario, el artículo de F. Rubio Llorente “El control parlamentario”, en “*Revista Parlamentaria de Habla Hispana*”, Cortes Generales, Madrid, no. 1, 1985, recogido posteriormente en “La forma del poder”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 241-258.

11 Por utilizar literalmente la misma expresión que ya formulé en “El control parlamentario como control político”, *cit.*

12 Como vengo sosteniendo desde mi trabajo “El control parlamentario como control político”, *cit.*, donde por vez primera utilicé esos términos que después parecen haber alcanzado cierta fortuna en la doctrina española. Se me deben perdonar las reiteradas autocitas, pero no tengo más remedio que acudir a ellas para excusarme de tratar con detenimiento esta materia y para evitar repetir ahora lo que ya he dicho en el pasado y con lo cual continúo de acuerdo.

gando incluso a derribar al gobierno, no se esté entonces en presencia de una actividad de control parlamentario (al contrario, la moción de censura debe considerarse como la máxima expresión del control parlamentario, lo que ocurre es que se trata de una expresión de difícil práctica en el parlamentarismo del presente).

En el segundo tipo (control “en” el parlamento) hay también, por supuesto, control, aunque éste no lo realice la mayoría, sino la minoría. Y hay control porque hay capacidad de crítica, de información y de investigación y todo ello acompañado de debate con publicidad. El resultado del control no lleva aparejada la sanción inmediata para el gobierno, por supuesto (que sólo la mayoría y nunca la minoría podría imponer como exigen las reglas de la democracia), pero puede ocasionar una sanción indirecta, una responsabilidad “difusa” (como dice algún sector de la doctrina italiana), esto es, convertirse en instrumento de presión, de fomento del control social del poder y de incitación a un futuro control electoral de los gobernantes. Los titulares de esta actividad de control son, pues, los parlamentarios individuales y sobre todo las minorías, es decir, generalmente en nuestras cámaras (aunque no exclusivamente, ya que puede establecerse un agrupamiento puramente numérico para ejercer determinada actividad de control, y ejemplos hay) los grupos parlamentarios.

Quizás lo que habría que plantearse es la necesidad de distinguir entre la “competencia” de control (como tal competencia sólo atribuible a órganos, y ejercitable entonces sólo como control “por” el parlamento) y los “derechos” de control (no atribuibles a órganos, ya que no tienen derechos, sino a personas, esto es a los parlamentarios a título individual, o a agrupaciones de personas, esto es a las minorías, más comúnmente a los grupos parlamentarios, y ejercitables entonces como control “en” el parlamento). E incluso cabría formular el elenco más básico de estos derechos de control como derechos a la “información”, a la “investigación”, al “debate” y al “tiempo”, entendiéndose por este último el “tiempo” en que deben tratarse los asuntos en la cámara, o más correctamente, al derecho a la celebración de debates y a la inclusión de puntos en el orden del día de las reuniones parlamentarias.¹³

Tales derechos de control debieran garantizarse a las minorías e incluso algunos de ellos a los parlamentarios a título individual. Es probable, y razonable, que los derechos a la investigación y al tiempo (al “turno de asuntos actuales”, por emplear la terminología del “Bundestag” alemán) sólo deban estar atribuidos a los grupos parlamentarios o a minorías numéricas, pero sería conveniente que los derechos de información y debate, al menos en algunas de sus facetas, también estén atribuidos a los parlamentarios a título individual (y no sólo el estricto derecho a formular preguntas, como ahora ocurre en nuestras cámaras).

¹³ Sobre este último derecho llamó la atención, con su sagacidad y ponderación habitual, el Prof. A. Garrorena en la reunión celebrada acerca de los instrumentos de información de las cámaras parlamentarias en el Centro de Estudios Constitucionales el 14 de marzo de 1994. Su intervención, recogida en el libro publicado al efecto por el propio Centro (“Instrumentos de información de las cámaras parlamentarias”, ya citado, pp. 143-148), constituye, pese a su brevedad, una de las aportaciones más lucidas, junto con la de Rubio Llorente (“El control parlamentario”, ya citada) producidas entre nosotros acerca del control parlamentario.

Considerar como derechos estas capacidades de realizar el control “en” el parlamento es, creo, una buena manera de dotar de agilidad y vigor a las cámaras, esto es, de acrecentar el papel y la legitimidad del parlamento en los sistemas democráticos.¹⁴ Al ser concebidos como derechos gozarían de garantías frente a la mayoría, y por ello, al menos en Alemania y en España, pueden ser tutelados jurisdiccionalmente por el Tribunal Constitucional. Esta concepción sobrepasa, pues, en su generalidad y amplitud a la de mera identificación del control parlamentario con unos específicos procedimientos. Es cierto que respecto de ellos el control parlamentario como “derecho” viene a potenciarlos y asegurarlos. Pero los derechos de control pueden también ejercitarse con ocasión de cualquier procedimiento (legislativo, de nombramiento o designación de personas, etc.) de actuación de las cámaras.

En el fondo, la concepción amplia del control parlamentario está íntimamente unida a la consideración de las cámaras como lugares donde se expresa, como en ningún otro “espacio” del aparato estatal, el pluralismo político. El parlamento es el único órgano estatal donde está representada la totalidad del pueblo y no sólo la mayoría, donde se concibe a la sociedad no como una unidad homogénea sino como una unidad heterogénea, integrada por una variedad de ideales, posiciones e intereses que deben ser representados y respetados. Y donde por ello ha de asegurarse, esto es, garantizarse jurídicamente a todas las “representaciones” parlamentarias del pluralismo político de la sociedad, el derecho (ejercitable en la cámara y con publicidad) a la expresión de sus ideas y programas, al debate, a información, a la investigación, a la crítica, en fin, de los gobernantes y de la totalidad de los asuntos públicos. Por todo ello, el parlamento no es sólo un órgano, sino también una “institución”,¹⁵ y por ello tanto la teoría clásica de la personificación jurídica estatal (que sólo admite órganos dentro del Estado) como la teoría clásica de la democracia (que sólo admite, al modo “rousseauiano”, una voluntad general homogénea, o más propiamente una representación general homogénea), son incapaces, por sí solas, de comprender el significado y funciones actuales del parlamento y por derivación del control parlamentario.

6. LA RELACIÓN ACTUAL ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO. PODERES POLÍTICOS Y PODER JURISDICCIONAL

6.1. Relaciones entre los jueces y el legislador

Es cierto que la estructura de la división de poderes ha cambiado desde que se formuló en el siglo XVIII: el Estado constitucional del presente está organizado de manera mucho más compleja que en sus orígenes, claro está, además de que la “democracia de partidos” ha introducido modificaciones patentes en el sistema de la división del poder. Sin embargo, y como se dijo al comienzo mismo de este trabajo, pese a tales transformaciones lo que no puede admitir-

14 Me remito para mayor desarrollo a mi trabajo, “Información parlamentaria y función de control”, *cit.*, pp. 13-35.

15 Ha sido F. Rubio Llorente el primero que llamó la atención sobre ello en su trabajo “El control parlamentario”, ya citado.

se es que la división de poderes haya desaparecido, ya que sin ella, sencillamente, no es posible el Estado constitucional. En la forma parlamentaria de gobierno, la relativización de la distinción entre poder legislativo y poder ejecutivo, que es una de las características propias de dicho régimen, no puede llegar al extremo de hacerla desaparecer, convirtiendo la división en confusión. De ahí la necesidad, más atrás ya aludida, de revitalizar el parlamento y el control parlamentario. Y de ahí también la necesidad (requisito para lo anterior) de “reformular” el papel de los partidos en el Estado constitucional democrático.

De todos modos, de la división y relaciones entre los poderes “políticos” ejecutivo y legislativo (con las diferencias, que se mantienen, pese a ciertas aproximaciones, entre las formas parlamentarias y presidencial de gobierno) ya se ha tratado más atrás. Ahora, en la última parte de este trabajo, lo que pretendemos es referirnos a otra división: la que existe entre los poderes políticos, de un lado, y el poder jurisdiccional, de otro. Ahí sí que ha de darse una separación neta entre ambos poderes (sea parlamentaria o presidencial la forma de gobierno), ya que en esa separación descansa la existencia misma del Estado constitucional en cuanto que éste es, sobre todo, Estado de Derecho.

El problema más agudo que hoy esa separación plantea no es el de la independencia judicial, que se encuentra garantizada (salvo situaciones patológicas) en todos los Estados constitucional-democráticos, sino el del equilibrio entre los poderes, que tiende a desnivelarse unas veces a través de la introducción del juego de los partidos en el gobierno de la administración de justicia (en España hemos tenido algunos ejemplos acerca de ello en el funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial) y otras veces a través de la judicialización de la política mediante el activismo judicial. Respecto de lo primero (la “politización” de la justicia) lo único que ahora podemos apuntar (por razones de espacio) es que probablemente el actual sistema español de designación de miembros del Consejo General del Poder Judicial no sea el más acertado, aunque, por otro lado, la elección parlamentaria de esos miembros no tiene por qué ser de peor condición (ni de inferior legitimidad, por supuesto) que la procedente de otros órganos del Estado. No es, pues, el elector, sino la forma de elegir la que quizás esté planteando entre nosotros problemas de desequilibrio entre el poder político y poder jurisdiccional.

Mayor calado (desde luego teórico) tiene la otra fuente de desequilibrio institucional: la “judicialización” de la política. La consideración a todos los efectos de la Constitución como norma jurídica y la modificación del primitivo sistema kelseniano de justicia constitucional hacen que en varios países europeos y entre ellos España los jueces estén doblemente sometidos a la ley y a la Constitución, en cuanto que han de aplicar las dos conjuntamente. El establecimiento de la cuestión de inconstitucionalidad que, en principio, parecería que resuelve los problemas derivados de esa doble vinculación (que les impide inaplicar la ley pero que les obliga a no aplicarla si la consideran inconstitucional), no puede ocultar, sin embargo, las muchas complejidades teóricas y prácticas que ese modelo de la doble vinculación encierra.

Complejidades que se derivan de las peculiaridades mismas de la interpretación constitucional que es una tarea a realizar por todos los órganos jurisdiccionales (tanto de la jurisdic-

ción constitucional propiamente dicha como de la jurisdicción ordinaria); de la difícil vinculación (por falta de instituciones precisas) de los jueces y tribunales ordinarios a la doctrina del Tribunal Constitucional no sólo cuando interpreta la Constitución, sino, sobre todo, cuando interpreta constitucionalmente la ley; y, en definitiva, de los problemas que origina un sistema como el nuestro, de vinculación de los jueces a la ley pero, al mismo tiempo, de aplicación por los jueces de un ordenamiento cuyos principios y valores, “constitucionalizados”, han de ser integrados, a través de la práctica judicial, en la totalidad del sistema normativo infra constitucional. No es este el lugar para extenderse en el tratamiento de tales problemas,¹⁶ pero sí, al menos, de llamar la atención sobre su existencia.

6.2 *Relaciones entre los jueces y el gobierno*

La distinción entre poder político y poder jurisdiccional no puede estar referida únicamente, claro está, a las relaciones entre el parlamento y los jueces, sino también a las que median entre los jueces y el gobierno. Es cierto que el Estado constitucional de Derecho significa que todos los actos del poder han de estar sometidos a las normas y, en primer lugar, a la Constitución, lo que supone un sometimiento al control que ejercen órganos judiciales independientes. Por ello, el Estado de Derecho es también, y necesariamente, Estado jurisdiccional de Derecho. No hay inmunidades, pues, ni del legislador ni, claro está, de los gobernantes (ni tampoco, por supuesto, de los propios jueces). En consecuencia, el llamado, en terminología clásica, “poder ejecutivo” no puede estar exento del control judicial.

Ahora bien, por admitir todo ello, difícil de negar en el plano de la teoría,¹⁷ no significa que se pase del “gobierno de las leyes” al “gobierno de los jueces”, como a veces, con simpleza, se ha querido sostener por algunos. Tampoco, por supuesto, debe conducir a que se sustituya la “discrecionalidad” (que no arbitrariedad, claro está), constitucionalmente lícita, de ciertos actos del gobierno, por la “discrecionalidad”, ilícita (en tales supuestos), de determinadas sentencias judiciales. El Gobierno ha de ser controlado “jurídicamente”, pero no “políticamente”, por los jueces (aparte de que determinados actos y normas del Gobierno no están sometidos al control de los jueces ordinarios sino del Tribunal Constitucional).

La defectuosa comprensión de esas relaciones entre Gobierno y jueces está conduciendo, de manera casi inevitable, a la tan comentada “judicialización de la política”, que acaba siendo también la “politización de la justicia”. Ante esa situación los remedios no son fáciles de determinar, pero al menos si cabe apuntar algunos, entre ellos el de la distinción, con todos sus efectos, entre controles políticos y controles judiciales, lo que significa que unos y otros no son sustituibles, de tal manera que ni la depuración de la responsabilidad política supone la desaparición de la responsabilidad jurídica ni, por el contrario, aquélla ha de quedar supeditada a la

¹⁶ Sobre todo ello me remito a mi trabajo “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, no. 1, septiembre de 1997.

¹⁷ *Vid.* por todos, E. García de Enterría, “Democracia, jueces y control de la Administración”, Edit. Civitas, 2a. edic., Madrid, 1996.

verificación de ésta.

En el fondo, como es bien sabido, el problema reside en que el Estado de Derecho no puede suplir, con sus sólo instrumentos, al Estado democrático. Por ello, la acumulación en los juzgados de la mayor parte de la labor de control de la actividad de los Gobiernos suele ser una consecuencia de la falta de agilidad o la falta de instrumentos del control político sobre dicha actividad, en especial, del control parlamentario. Sin que se produzca merma de los controles jurisdiccionales, puesto que el Estado lo es de Derecho, es indispensable, al mismo tiempo, ya que el Estado lo es también (es su forma) de democracia parlamentaria, que se refuerce el control que las cámaras deben realizar. La división de poderes no consiste en el control de uno sobre los demás, sino en el control recíproco de todos ellos.

EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE ENMIENDAS A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Jean Michel Arrighi^(*)

I. EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 76 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. *El texto*

Luego de un largo proceso, cuyos hitos decisivos fueron la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948) y la resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959) por la que se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y se solicita al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de Convención sobre derechos humanos,¹ fue adoptada, en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en ocasión de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos,² en base al proyecto que le sometiera el Consejo de la O.E.A.

(*) Director del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría General de la O.E.A. Las opiniones aquí expresadas son de carácter exclusivamente personal.

1 La bibliografía sobre el tema es muy amplia. Una buena síntesis de esta evolución puede ser consultada en “*La Organización de los Estados Americanos y los Derechos Humanos. Actividades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1960-1967*”, Secretaría General de la O.E.A., Washington D.C., 1972.

2 Con anterioridad pueden señalarse las resoluciones que al respecto de dotar a la región de un instrumento internacional en materia de derechos humanos fueron adoptadas por la VIII Conferencia Internacional Americana (Lima, 1938) y por la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz (México, 1945).

La Convención dispone, en su artículo 76, que,

1. Cualquier Estado parte directamente o la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.
2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados miembros ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados partes de esta Convención. En cuanto al resto de los Estados partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Son numerosos los problemas que plantea la interpretación de este artículo. El primer párrafo refiere a dos órganos de otro tratado, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, aunque a ambos órganos -Asamblea General y Secretaría General- hay reiteradas referencias en la Convención. En particular, y en lo que refiere a la Asamblea General, el lector debe tener presente que ella está integrada por representantes de todos los Estados miembros de la O.E.A., algunos de los cuales, como realmente ocurre, pueden no ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³ Este mismo primer párrafo del artículo 76 expresa que la propuesta de enmienda debe ser sometida a la Asamblea General “para lo que estime conveniente”, expresión de por sí poco precisa⁴ y sobre la que retornaremos más adelante, al analizar los antecedentes del artículo 76.

Por otra parte, el párrafo 2 presenta una dificultad que encontramos, también, en los procedimientos de enmienda de la Carta de la O.E.A., ya que se sigue el criterio de la entrada en vigor de las enmiendas sólo para los Estados ratificantes de las mismas, generando así la posibilidad de obligaciones y derechos distintos según se trate de Estados ratificantes o no de dicha enmienda. El problema se plantea, en especial, cuando la reforma afecta a órganos del tratado, a su denominación, a su composición, a sus atribuciones.

A ello agreguemos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es, a la vez, órgano tanto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como de la Carta de la O.E.A., por lo que las enmiendas adoptadas en alguno de estos instrumentos puede tener efectos sobre el otro texto.

3 Hoy, de los 35 Estados miembros de la O.E.A. 25 Estados son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4 Dejemos de lado un problema que se pudo haber planteado pero ya superado. En 1969, fecha de adopción de la Convención aún no estaban en vigor las reformas a la Carta de la O.E.A. adoptadas en Buenos Aires, en 1967, y por las que se sustituían a la Unión Panamericana y a la Conferencia Interamericana por la Secretaría General y la Asamblea General. Estas reformas entraron en vigor en febrero de 1970. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, entró en vigor el 18 de julio de 1978, por lo que el problema no se planteó en la realidad.

No analizaremos, en este trabajo, el procedimiento previsto en el artículo siguiente de la Convención, el artículo 77, relativo a la posibilidad de adoptar protocolos adicionales “con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”. Como es sabido, este procedimiento fue utilizado en dos ocasiones, adoptándose los Protocolos sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, pero no se trata de un procedimiento para enmendar la Convención, sino para extender su alcance a otros derechos y libertades.

Hasta la fecha, en cambio, no ha sido enmendado el texto de la Convención que fuera adoptado en San José de Costa Rica. Sin embargo, desde el año 1993, está a consideración una propuesta de enmienda presentada por el Gobierno de Nicaragua. En el futuro, nuevas propuestas de enmienda podrían proponerse, todo lo cual obliga, dadas las dificultades que presenta su texto, a un análisis del artículo 76.

2. *Los antecedentes*

El articulado finalmente adoptado en San José de Costa Rica fue el fruto de un largo proceso en que se tuvieron en cuenta numerosos antecedentes y propuestas. El texto sobre el que trabajaron los delegados a la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos fue el proyecto preparado por la Comisión a solicitud del Consejo de la O.E.A. y aprobado por éste, en octubre de 1968.⁵ El artículo 69 de dicho proyecto establecía⁶ que

1. Cualquier Estado parte, la Comisión o la Corte podrán someter a la Asamblea General, por intermedio del Secretario General de la Organización, una propuesta de enmienda a esta Convención.
2. Las enmiendas aprobadas entrarán en vigor en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de la mayoría absoluta de los Estados partes en esta Convención.⁷

El gobierno de Chile manifestó su desacuerdo con la redacción dada al párrafo 2 en este texto, señalando que de él podía desprenderse que la entrada en vigencia de una enmienda lo sería para todos los Estados partes “lo que es manifiestamente inaceptable”.⁸ Esta posición chilena fue recogida en la propuesta formulada por México,⁹ así como en la formulada por los Estados Unidos de América, quienes, a su vez, propusieron una mayoría de dos tercios para la en-

5 El texto puede consultarse en “*Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969*”, Washington D.C., 1973.

6 En el texto anotado del proyecto, la Comisión señala que el artículo 69, redactado por la CIDH, corresponde al artículo 88 del proyecto del CIJ (“*Anotación sobre el Proyecto de Convención*”, preparado por la Secretaría de la Comisión, doc.12 del 22 de setiembre de 1969, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos).

7 “*Actas y documentos...*”, p. 34.

8 “*Actas y documentos...*”, p. 44.

9 “*Actas y documentos...*”, p. 103.

trada en vigor de las enmiendas.¹⁰ Otras delegaciones propusieron un plazo de un año luego de enmendada la Convención para que dicha enmienda fuese aplicable, propuesta que no tuvo acogida. Con estos antecedentes, y al discutirse el artículo en la Comisión II, que le diera la redacción actual, la del hoy artículo 76, la delegación uruguaya fue de opinión, a diferencia de lo sostenido por Chile, que las enmiendas deben entrar en vigor no solamente para los Estados partes que las hayan ratificado, sino, también, para el resto de los Estados partes, en vista de la dificultad de cambiar la estructura o funcionamiento de los órganos de protección de derechos humanos para algunos Estados pero no para otros.¹¹ Sin embargo, la mayoría estimó que no se debe aplicar una enmienda a un Estado sin el previo consentimiento de éste por medio del proceso de ratificación,¹² y así quedó finalmente redactado el artículo que hoy es objeto de nuestro estudio. El problema, entonces, fue visto y analizado por los delegados a la Conferencia, y resuelto en el sentido del mayor apego a los principios generales que regulan el derecho de los tratados, no pudiendo una mayoría ratificante imponer su voluntad a los Estados no ratificantes.

En cuanto al rol a desempeñar en este proceso por la Asamblea General, el proyecto del Consejo señalaba, únicamente, que las propuestas deben serle sometidas, sin más precisiones. La delegación de los Estados Unidos, por su parte, presentó una propuesta sustitutiva de este artículo, y en lo que respecta a este punto, dicho texto decía que la propuesta debía ser presentada a la Asamblea General “para su aprobación”.¹³ En la Comisión II, y sin que hayan quedado constancias de los motivos, no se aceptó dicha propuesta y, en cambio, se incluyó la fórmula actual, es decir “para lo que estime conveniente”, con lo que poco podemos concluir de esta recorrida, salvo que se quizo una intervención de la Asamblea General pero que no quedó claro cuál debía ser ésta.

Esta presencia de la Asamblea General en el proceso se refuerza al recordar que, como antecedentes más lejanos, el proyecto presentado, en 1959, por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en su artículo 88, decía que “a esta Convención todo Estado parte en la Convención puede proponer una enmienda y presentarla al Secretario General de la Organización. El Secretario General comunicará entonces la enmienda propuesta a los Estados partes de la Convención, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de los Estados partes con el fin de examinar y votar la propuesta”. A su vez los Gobiernos de Chile y Uruguay presentaron sus respectivos proyectos de convención en ocasión de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965). Mientras que el proyecto chileno nada decía respecto a las enmiendas, el proyecto uruguayo retomaba un texto similar al del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, es decir, un texto en el cual la posibilidad de presentar enmiendas está limitada exclusivamente a los Estados partes de la Convención y en el cual dicha propuesta puede provocar la reunión de los Estados partes, sin ninguna intervención de la

10 “*Actas y documentos...*”, p. 97.

11 “*Actas y documentos...*”, p. 365.

12 “*Actas y documentos...*”, Informe de la Comisión II, p. 379.

13 “*Actas y documentos...*”, p. 97.

14 El texto de estos tres proyectos puede ser consultado en “*Actas y Documentos*”, Segunda Confe-

Asamblea General.¹⁴

Los antecedentes sobre este punto no aportan, entonces, mayor claridad. Dos de los proyectos iniciales (C.I.J. y Uruguay) refieren el punto a la reunión de los Estados partes exclusivamente, sin mención a la Asamblea General. Dos otros antecedentes (Convención europea de 1950 y proyecto chileno), nada dicen sobre el tema de las enmiendas. El proyecto presentado a la Conferencia por el Consejo de la O.E.A. y preparado por la Comisión propone que la propuesta de enmienda sea sometida a la Asamblea General. Durante la discusión de este punto, la delegación de los Estados Unidos propuso que la propuesta sea sometida a la Asamblea General para que ella la apruebe. Y, en definitiva, la Conferencia adoptó el texto actual en el que la propuesta es sometida a la Asamblea General para lo que ésta estime conveniente.

II. PROBLEMAS EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 76

1. *El párrafo 1*

Recordemos que este primer párrafo del artículo 76 dispone que cualquier Estado parte o la Comisión o la Corte pueden presentar una propuesta de enmienda a la Convención. Estas propuestas deben ser sometidas a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Cuando la propuesta es presentada por un Estado parte de la Convención ésta es sometida directamente a la Asamblea General por dicho Estado; cuando, en cambio, la propuesta es presentada por la Corte o por la Comisión, ésta debe hacerse por conducto del Secretario General. En ambos casos, por supuesto, se deberán seguir los procedimientos que establece el Reglamento de la Asamblea General para la consideración de un tema por dicho órgano.

Si bien la facultad de presentar propuestas de enmienda está restringida a los Estados partes de la Convención o a los órganos por ella previstos, lo que está en un todo de acuerdo con los principios que regulan el derecho de los tratados,¹⁵ el órgano al que estas propuestas deben presentarse para su consideración es un órgano integrado, también, por Estados que pueden no ser parte de la Convención. Es cierto que, en otros artículos, la Convención hace referencia a la Asamblea General de la O.E.A. Pero en todos estos otros casos la participación, en ocasión de la Asamblea General, está restringida a los Estados partes de la Convención, lo que no ocurre en el artículo 76. Así, por ejemplo, el artículo 53 dispone que “los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados partes en la Convención, en la Asamblea General...” y el artículo 58 establece que “la Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados partes de la Convención...”. En cambio, el artículo 76 refiere la consideración de la propuesta de enmienda a la Asamblea General, sin distinguir entre sus miembros, sin excluir -como ocurre en los artículos 53 y 58- a aquéllos que no son parte de la Convención.

rencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, 17 a 30 de noviembre de 1965, volumen IV, Washington D.C., 1965.

¹⁵ Ver el artículo 40 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Y a ello se suma una nueva dificultad, a saber, el papel que le cabe desempeñar a la Asamblea General una vez recibida la propuesta de enmienda. Dice el artículo 76 que las propuestas son sometidas a la Asamblea General “para lo que estime conveniente”. La fórmula es por demás vaga e imprecisa, por decir lo menos. Por una parte, quien debe decidir es un órgano integrado por Estados parte y Estados no parte de la Convención y, por otro lado, es incierto lo que debe decidir. A falta de texto más explícito, el sentido común parecería aconsejar la necesidad de acudir a los principios generales que regulan el derecho de los tratados¹⁶ y que, por lo tanto, la Asamblea General estimase como más conveniente transmitir esta propuesta a los Estados parte para que éstos resuelvan al respecto. Pero, a falta de mayores precisiones, la posibilidad existe de que sea otra la aplicación que de estas facultades haga la Asamblea General. En el capítulo siguiente veremos cuál ha sido la práctica seguida por la Asamblea General y sus Estados miembros en el único caso en que, hasta ahora, ha sido invocado el artículo 76.

2. *El párrafo 2*

Al igual que la Carta de la O.E.A. tanto en su texto original de 1948 como en los sucesivos protocolos de reforma, la Convención prevé, en el párrafo 2 del artículo 76, que las enmiendas entrarán en vigor a partir de que dos tercios de los Estados parte las hayan ratificado, y que estas reformas sólo estarán en vigor para los Estados ratificantes. Para los demás -el tercio restante-, las enmiendas entrarán en vigor a medida que depositen sus instrumentos de ratificación.

Esta solución, ceñida a los principios tradicionales que regulan el derecho de los tratados, no deja de crear, en ciertos casos, serias dificultades. En particular, el problema se plantea cuando la enmienda modifica la estructura o la competencia de alguno o algunos de los órganos establecidos en el acuerdo. Así, por ejemplo, la reforma de Buenos Aires de 1967 a la Carta de la O.E.A. de 1948, modificó sustancialmente la estructura orgánica de la O.E.A. generando una seria dificultad para quienes no la habían aún ratificado, ya que, de ser estrictos en la aplicación del procedimiento previsto, hubiera habido para unos -los dos tercios de los Estados- una Asamblea General y una Secretaría General, en tanto para otros -el tercio restante- hubieran continuado las Conferencias Americanas y la Unión Panamericana. Otro tanto podemos decir de la reforma a los Consejos de la Organización fruto del Protocolo de Managua de 1993. En ambos casos, soluciones transitorias permitieron que los Estados que aún no habían ratificado estas enmiendas las aplicasen, sin embargo, provisoriamente. Más complejo, en cambio, es

¹⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que, para la interpretación de la Convención, “utilizará los métodos tradicionales del derecho internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, como en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982, serie A: Fallos y Opiniones, San José, Costa Rica, 1982.

el caso en que las enmiendas introducen nuevas competencias a alguno o algunos de los órganos, tal como sucediera con los Protocolos de Cartagena de Indias, 1985, y de Washington, 1992, pero su estudio desbordaría los propósitos de esta trabajo.¹⁷

El hecho de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece órganos y determina su estructura puede generar similares dificultades ya que coexistirían dos estructuras, aquella de la Convención enmendada, para dos tercios de los Estados, y aquella de la Convención anterior, para el tercio restante. Este sería el caso, por ejemplo, de una enmienda que modificase la estructura orgánica, creando, eliminando o modificando alguno de los órganos; o, más sencillamente, una enmienda en vigor que disminuyese o aumentase el número de jueces de la Corte o de miembros de la Comisión. Este último fue el caso que veremos en el capítulo siguiente.

Es evidente que distintos problemas podrían plantearse -y exigirían un estudio caso por caso- otro tipo de enmiendas tales como enmiendas a la competencia y funciones de la Comisión o de la Corte. Aunque en un futuro no se puede descartar que se planteen enmiendas a alguno de estos aspectos, la realidad es que, hasta ahora, por lo menos, la única enmienda que se propuso efectivamente fue la relativa a la composición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Y es por lo tanto a ella que dedicaremos el capítulo siguiente.

III. LA PROPUESTA DE ENMIENDA AL ARTÍCULO 34 DE LA CONVENCIÓN

1. *La propuesta del gobierno de Nicaragua*

El artículo 34 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Basado en lo que dispone el párrafo primero del artículo 76, ya visto, el gobierno de Nicaragua -Nicaragua es Estado parte de la Convención- solicitó, por nota de fecha 19 de abril de 1993 dirigida a la Comisión Preparatoria de la Asamblea General, una propuesta de enmienda al mencionado artículo 34 para que sea considerada en ocasión del vigésimo tercero período ordinario de sesiones, a realizarse en Managua, en junio de ese año.¹⁸ La propuesta de enmienda presentada proponía que la integración de siete miembros fuese modificada por una integración de once miembros. La Comisión Preparatoria acogió dicha solicitud la que fue incluida como

¹⁷ Sobre todos estos aspectos nos remitimos a un trabajo nuestro, "*Les réformes à la Charte de l'Organisation des Etats Américains: problèmes de droit des traités*", a ser publicado en el *Annuaire Français de Droit International* de 1997.

¹⁸ AG/CP/doc.539/93.

punto del temario del período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

2. *Particularidades de la propuesta*

A los elementos ya analizados, válidos para todo caso en que se pretenda utilizar el procedimiento previsto en el artículo 76, se sumaba, en esta propuesta, un nuevo factor: la Comisión es, también, un órgano de la Organización de los Estados Americanos, enumerado en el actual artículo 53. Si bien el artículo 106 de la Carta señala que “una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión”, no es menos cierto que corresponde a todos los Estados miembros de la O.E.A. aportar para el presupuesto de la misma, y que, por lo tanto, un aumento en el número de miembros -número éste que está determinado por la Convención y no por la Carta- puede generar un incremento presupuestario que debe ser sufragado por todos los Estados miembros de la O.E.A. sea o no sean parte de la Convención, creándose, así, obligaciones para terceros Estados con relación a la Convención. Debe tenerse presente, también, que el artículo 35 de la Convención señala que “la Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos”.¹⁹

Asimismo, y dado el procedimiento para la entrada en vigor de la enmienda, en caso de ser adoptada, podríamos tener una Comisión de once miembros para algunos Estados -los dos tercios que primero ratifiquen el nuevo texto- y una Comisión de siete miembros para los demás Estados.

Por último debe señalarse que la integración de la Comisión con siete miembros se encuentra reafirmada en el artículo 2 de su Estatuto, instrumento éste que sólo puede ser modificado por la Asamblea General, en la que participan Estados partes y Estados no partes de la Convención, y, entre los primeros, ratificantes y no ratificantes de la enmienda.

Se da, pues, un entrecruzamiento de disposiciones de instrumentos jurídicos multilatera-

¹⁹ En el momento de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se planteó la cuestión de saber si se estaba ante una nueva Comisión que regiría sólo para los Estados partes y otra que continuaría en el marco de la O.E.A. Cabe recordar que la Comisión fue establecida por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959), su primer Estatuto fue aprobado por el Consejo de la O.E.A., en 1960, y fue incorporada a la Carta de la Organización por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, en vigor desde 1971. El Consejo Permanente, por resolución CP/RES.253 (343/78) de 20 de setiembre de 1978, titulada “Transición entre la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, permitió mantener la continuidad de la Comisión. El Estatuto de la Comisión, aprobado en 1979 por la Asamblea General, evitó el problema. En él se reafirma la existencia de una única y misma Comisión y se distingue, en el capítulo de las funciones y atribuciones de la Comisión aquellas referidas a todos los Estados miembros de la O.E.A. (art.18), aquellas referidas a los Estados partes de la Convención (art.19) y aquellas referidas a los Estados miembros de la O.E.A. que no son partes de la Convención (art.20). La adopción de una propuesta como la que analizamos volvería a plantear el problema y exigiría una solución que permitiese no sólo compatibilizar la Comisión de siete miembros para los Estados partes no ratificantes con la de once, sino que requeriría que la Asamblea General ajustase a ello el texto del Estatuto de la Comisión.

les con partes distintas. Si bien todos los Estados parte de la Convención lo son, también, de la O.E.A., no todos los Estados miembros de la O.E.A., y por lo tanto votantes en su Asamblea General, lo son de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. *La resolución de la Asamblea General*

El principal problema al que se vio enfrentada la Asamblea General al tiempo de considerar la propuesta nicaragüense fue el de interpretar su propia competencia. Es decir interpretar aquello de “para lo que estime conveniente”.

A solicitud de la Comisión I (Asuntos Jurídicos y Políticos) de la Asamblea General, la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General presentó un detallado informe al respecto.²⁰ En dicha opinión merecen destacarse los siguientes puntos:

a. con relación a la competencia de la Asamblea General, el informe señala que no compete a la Asamblea General aprobar o rechazar la enmienda presentada; sólo le corresponde pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia de la misma, sin que dicho pronunciamiento obligue a los Estados parte de la Convención;

b. que, luego de cumplida la etapa ante la Asamblea General, y conocido el parecer de todos los Estados miembros de la O.E.A., correspondería que los Estados partes de la Convención acordasen sobre la enmienda propuesta.

En base a ello, la Asamblea General resolvió solicitar al Secretario General que transmita a todos los Estados miembros de la O.E.A. la propuesta de enmienda presentada a fin de recabar sus comentarios al respecto, y solicitar a los Estados partes de la Convención a que, teniendo en cuenta los comentarios y las observaciones recibidos, examinen la forma o los meca-

20 OEA/Ser.P AG/doc.2996/93.

21 Resolución AG/RES.1211(XXIII-O/93). Esta resolución, titulada “Propuesta de enmienda al artículo 34 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, y aprobada el 11 de junio de 1993 en ocasión del vigésimo tercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General (Managua, Nicaragua) dice:

LA ASAMBLEA GENERAL,

VISTA la nota del Gobierno de Nicaragua en la cual solicita enmendar el artículo 34 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 76 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite a cualquier Estado Parte someter a la Asamblea General una propuesta de enmienda a esta Convención, y

Que Nicaragua es Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

RESUELVE:

1. Someter a la consideración de los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la siguiente propuesta de enmienda al artículo 34 de dicha Convención.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de once miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

nismos a ser adoptados para su análisis.²¹ La Asamblea General, entonces, optó por interpretar la fórmula “para lo que estime conveniente” del artículo 76 de la Convención en el sentido de permitir una ronda de comentarios de todos los Estados miembros de la O.E.A. a ser conocidos por los Estados partes de la Convención, pero quedando en manos exclusivamente de estos últimos la determinación de las modalidades para la adopción o rechazo de la propuesta presentada.

Al año siguiente, 1994, la Asamblea General reunida en Belém do Pará, reiteró la solicitud a los Estados miembros de la O.E.A. que aún no lo hubiesen hecho, a que remitan al Secretario General sus comentarios y observaciones a la propuesta de enmienda presentada.²² Una resolución similar también fue adoptada un año más tarde,²³ en ocasión del período ordinario de sesiones de la Asamblea General celebrado en Montrouis, Haití, así como en 1996, en la reunión de Panamá.²⁴ Esta solicitud no fue reiterada en los períodos de sesiones de la Asamblea General posteriores a 1996.

4. *Las respuestas de los Estados a la propuesta de enmienda*

Hasta la fecha en que se escribe este artículo,²⁵ la Secretaría General ha recibido las observaciones y comentarios de diecisiete Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.²⁶ De estos diecisiete Estados miembros de la O.E.A., doce son parte de la Convención, en tanto que cinco de ellos no lo son.²⁷

No procede que entremos a un análisis de estas respuestas en lo que refiere al contenido mismo de la propuesta de enmienda. Baste decir que hay respuestas favorables a la misma, y respuestas que se oponen; respuestas que se limitan a dar su opinión final y otras que las fundamentan más detalladamente. Pocas, en cambio, se refieren a la cuestión de procedimiento seguido y a seguir. La respuesta del gobierno argentino -opuesta en principio a la enmienda que se propone- señala, además, las dificultades que ella entrañaría al posibilitar la existencia de dos

2. Solicitar al Secretario General que transmita a todos los Estados miembros de la OEA la propuesta de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos contenida en el párrafo dispositivo 1 de esta resolución, y que recabe en un plazo razonable sus comentarios respecto a la misma.

3. Solicitar, asimismo, a los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, teniendo en cuenta los comentarios y las observaciones recibidos, examinen la forma o los mecanismos a ser adoptados para su análisis.

22 AG/RES. 1268(XXIV-O/94).

23 AG/RES. 1332(XXV-O/95).

24 AG/RES. 1393(XXVI-O/96).

25 Marzo de 1998.

26 De acuerdo con el orden cronológico en que fueron remitidas estas notas, se han recibido los comentarios de Honduras, El Salvador, Brasil, México, Estados Unidos, Las Bahamas, Antigua y Barbuda, Canadá, Colombia, Uruguay, Dominica, Venezuela, Chile, Jamaica, Argentina, Trinidad y Tobago, y Santa Lucía (ver documentos CP/CAJP-1049/95 y CP/CAJP-1049/95 add. 1).

27 Los cinco Estados que han enviado sus comentarios y observaciones pero no son, a la vez, partes de la Convención son Antigua y Barbuda, Canadá, Estados Unidos, Las Bahamas y Santa Lucía.

28 Nota de 16 de noviembre de 1994 (AG/doc.3070/94 add. 6).

integraciones distintas de la Comisión.²⁸ La respuesta del gobierno mexicano, en cambio, favorable a la enmienda, señala que, una vez adoptada, deberá procederse a la modificación del Estatuto y del Reglamento de la Comisión.²⁹ La respuesta del gobierno brasileño, también favorable a la enmienda, recuerda que, transcurrido un plazo razonable, las observaciones y comentarios deben ser sometidos a la consideración de los Estados parte de la Convención, “conforme lo estipula su artículo 76”.³⁰ En cambio, la respuesta del gobierno estadounidense, contrario a la enmienda presentada, da una interpretación distinta del texto del artículo 76 que, por ser la única expresada en ese sentido, merece ser transcripta: de acuerdo con esta nota, la consideración que, de la propuesta deben hacer los Estados miembros de la O.E.A. “comporta la solicitud, recepción y evaluación de las opiniones de todos los Estados miembros y, además, el derecho de todos los Estados miembros, sean o no partes de la Convención, a votar toda enmienda de fondo a la Convención”, y, más adelante agrega, refiriéndose al primer párrafo del artículo 76 que, “esta disposición prevé claramente que la decisión de enmendar o no la Convención se amplía e incluye a todos los Estados miembros representados en la Asamblea General. Por lo tanto, el Artículo 76 1) no restringe las decisiones relativas a la enmienda de la Convención a los Estados que ya son parte de la misma”.³¹ Estados Unidos reitera, así, los fundamentos de lo que fuera su propuesta al tiempo de elaborarse el texto de la Convención.

IV. CONCLUSIONES

Este artículo no pretende opinar sobre el contenido de tal o cual propuesta de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se haya propuesto o se pueda proponer en un futuro. Nuestra intención va, exclusivamente, a los aspectos procesales a tener en cuenta para encauzarla, atendiendo al confuso tenor del artículo 76.

De la lectura de este artículo, de sus antecedentes, así como de la práctica seguida hasta la fecha en su aplicación³² podemos extraer las siguientes conclusiones:

a.- no hay duda que las propuestas de enmienda sólo pueden ser presentadas por un Estado parte de la Convención o por la Comisión o la Corte;

b.- que dichas propuestas deben ser presentadas a la Asamblea General ya directamente -cuando se trata de un Estado-, ya por intermedio del Secretario General de la O.E.A., cuando se trata de la Comisión o de la Corte.³³

c.- que la Asamblea General ha estimado conveniente, recibida la propuesta, y en el

29 Nota de 30 de setiembre de 1993 (AG/doc.3070/94).

30 Nota de 13 de setiembre de 1994 (AG/doc.3070/94).

31 Nota del 6 de octubre de 1994 (CP/CAJP-1049/95).

32 Artículos 31 y siguientes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, relativos a la interpretación.

33 En estos casos el Secretario General se limita a recibir la comunicación de la Comisión o de la Corte y a transmitirla a la Asamblea General.

único antecedente planteado hasta la fecha, remitir dicha propuesta a la consideración de todos los Estados partes de la Convención sin perjuicio de solicitar comentarios de todos los Estados miembros de la O.E.A. Por último, la Asamblea General ha solicitado a los Estados partes de la Convención que sean éstos quienes, teniendo en cuenta estas observaciones y comentarios, decidan la forma para el análisis de la propuesta.³⁴

d.- que, y pese a los problemas señalados anteriormente y que exigirán caso por caso soluciones transitorias, una vez ratificada una enmienda por la mayoría de dos tercios de los Estados partes de la Convención, ésta entra en vigor pero sólo para ellos. Para los demás Estados la enmienda entrará en vigor a medida que vayan depositando sus respectivos instrumentos de ratificación.

34 Al respecto debe señalarse que dicha resolución de la Asamblea General, así como las posteriores reiteraciones de estas solicitudes, fue adoptada por consenso. En las respuestas enviadas, tanto Estados partes de la Convención como Estados no parte se pronunciaron sobre el fondo de la propuesta, y en cuanto al mecanismo final para su adopción, Brasil -Estado parte- propone la convocatoria de una reunión de los Estados partes mientras que los Estados Unidos considera que una propuesta debe ser adoptada por todos los Estados miembros de la O.E.A. Hasta la fecha sólo se han recibido las respuestas reseñadas, siendo la última del 1ero. de marzo de 1996 (Santa Lucía) sin que se haya considerado el punto en cuestión, es decir, cuál debería ser la próxima etapa, y pese a que podría entenderse que se ha cumplido el “plazo razonable” que menciona la resolución de la Asamblea General de 1993.

DEL AMPARO CONSTITUCIONAL AL AMPARO INTERAMERICANO COMO INSTITUTOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Carlos M. Ayala Corao^(*)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. ORIGEN. II. LA CONFIGURACIÓN DEL AMPARO COMO UN DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DEMÁS DERECHOS. III. EL AMPARO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES. 1. El amparo como mecanismo de protección de todos los derechos y garantías constitucionales. 2. El amparo como mecanismo de protección de los derechos constitucionales, excepto de aquéllos protegidos por otras acciones o recursos constitucionales. 3. El amparo limitado a ciertos y determinados derechos constitucionales. IV. LA JERARQUÍA Y EL VALOR CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1. La técnica interpretativa. 2. La técnica declarativa. A. Declaraciones contenidas en los preámbulos. B. Declaraciones contenidas en el articulado. 3. La técnica de las cláusulas enunciativas. A. Noción. B. La determinación de los derechos inherentes. V. EL AMPARO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1. La jurisprudencia interamericana y sus implicaciones. 2. La inclusión expresa de los derechos humanos como tutelables a través del amparo. 3. La tutela de los derechos humanos como derechos constitucionales. VI. EL AMPARO INTERAMERICANO Y LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL. 1. El amparo interamericano. 2. Los avances en el reconocimiento de la jurisdicción internacional. VII. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Constitucional incluye dentro de su objeto, no solo las regulaciones sustanciales en relación a la organización del poder público y la consagración de los derechos, sino

(*) Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Profesor de Derecho Constitucional en las Universidades Católica “Andrés Bello” y Central de Venezuela.

también desde su origen y cada vez con mayor énfasis, las previsiones adjetivas tendientes a garantizar la vigencia efectiva del ordenamiento constitucional. Este último objeto es lo que se ha denominado recientemente, el “Derecho Procesal Constitucional”. En efecto, el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, se funda en principios dogmáticos y orgánicos, que suponen la existencia de una Constitución (escrita) como norma jurídica suprema, fuente legitimadora, límite del poder y reconocedora de los derechos; Constitución cuya supremacía se refuerza con su rigidez, al requerir de procedimientos agravados o extraordinarios para la modificación formal del texto.

La vigencia de la Constitución supone su capacidad para normativizar la realidad. Sin embargo, ello de por sí no es siempre la regla, por lo que son necesarios los mecanismos adjetivos de naturaleza parlamentaria, ejecutiva y muy especialmente judicial, para garantizar la vigencia de la Constitución, frente a los actos que atenten contra ella. Es precisamente a estos últimos mecanismos judiciales, a los que se contrae el Derecho Procesal Constitucional, como garantía efectiva del Estado de Derecho.

Ahora bien, en la fundamentación de las garantías judiciales para la vigencia constitucional, está un derecho ciudadano a que ello sea así, cual es el derecho a la vigencia de la Constitución. Ese derecho puede tener diversas formas de expresión, fundamentalmente a través de las acciones de inconstitucionalidad contra actos estatales, las excepciones de inconstitucionalidad, y las acciones de amparo y/o *habeas corpus*. En el Derecho Constitucional latinoamericano, las acciones o recursos de amparo, *habeas corpus* o sus equivalentes, constituyen los mecanismos judiciales especializados, para la tutela o protección de los derechos constitucionales. Ahora bien, entre los derechos tutelables por este tipo de acciones, se encuentran no solo los derechos constitucionales consagrados expresamente en el Texto Fundamental, sino además los derechos constitucionales implícitos, y los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. Cuando estos mecanismos se consideran agotados sin éxito reparador, se abre la jurisdicción internacional de los derechos humanos, a través del amparo internacional o del amparo interamericano.

I. ORIGEN

El ejercicio del derecho a la vigencia de la Constitución y en relación a los derechos constitucionales mediante acciones expeditas y especializadas, tiene su origen en Latinoamérica en la institución del amparo constitucional, la cual surgió a nivel constitucional en México, en la Constitución Federal de 1857.¹ Dicha acción surgió con la finalidad de revisar la constitucionalidad de las leyes en los casos concretos que afecten derechos constitucionales, original-

¹ Artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de México 1857. Sobre el origen del derecho de amparo en México, véase: Barragán, José. “*Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo 1812-1861*”. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1987.

mente solo individuales. Sin embargo, en la actualidad el amparo mexicano luego de una compleja evolución, se ha configurado en lo que Fix-Zamudio² ha denominado, una “federación de instrumentos procesales”, a través del amparo de la libertad o *habeas corpus*; el amparo contra leyes, a su vez mediante la acción de inconstitucionalidad y el recurso de inconstitucionalidad; el amparo contra actos administrativos (contencioso-administrativo); el amparo contra sentencias (casación); y el amparo agrario. Ello ha permitido concluir, que el amparo mexicano configura una tutela específica de los derechos humanos, particularmente en los casos de amparo contra leyes, amparo de la libertad y amparo contra actos administrativos.

Si bien el amparo mexicano como tal no ha sido adoptado en el resto de Latinoamérica, ha influido desde el siglo XIX en la creación de las diversas modalidades de amparo constitucional, como fue el caso de El Salvador (1886), Honduras y Nicaragua (1894).

En la actualidad, bajo el nombre de “amparo”, en la mayoría de los casos incluso a nivel constitucional, al menos 13 ordenamientos latinoamericanos han adoptado expresamente este instituto para la protección de los derechos de la persona: Argentina;³ Bolivia;⁴ Costa Rica;⁵ El Salvador;⁶ Guatemala;⁷ Honduras;⁸ México;⁹ Nicaragua;¹⁰ Panamá;¹¹ Paraguay;¹² Perú;¹³ Uruguay¹⁴ y Venezuela.¹⁵

La institución equivalente en términos generales al amparo, adquiere otras denominaciones en Brasil, Chile y Colombia, con previsión expresa a nivel constitucional. En Brasil, desde 1934 y en la actualidad, entre las garantías judiciales de los derechos constitucionales, se consagra en particular una figura equivalente al amparo, denominada “*mandado de segurança*”.¹⁶

2 Ver, H. Fix-Zamudio. *Justicia Constitucional. Ombudsman y Derechos Humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, D.F. 1993, páginas 427 y siguientes.

3 Artículo 43, Constitución de la Nación Argentina, reformada en 1994; (Constitución de Argentina); y Ley Federal de 1967.

4 Artículo 19, Constitución Política de Bolivia de 1967, reformada en 1994 (Constitución de Bolivia).

5 Artículo 48, Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, con reforma de 1989 (Constitución de Costa Rica).

6 Artículo 182, ordinal 1º, Constitución de la República de El Salvador de 1983, (Constitución de El Salvador).

7 Artículo 265, Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, (Constitución de Guatemala).

8 Artículo 183, Constitución de la República de Honduras de 1982, (Constitución de Honduras).

9 Artículo 107, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformada (Constitución de México).

10 Artículo 188, Constitución de la República de Nicaragua de 1995, (Constitución de Nicaragua).

11 Artículo 50, Constitución de la República de Panamá de 1972 con reforma de 1983, (Constitución de Panamá).

12 Artículo 134, Constitución de la República de Paraguay de 1992. (Constitución de Paraguay).

13 Artículo 295, Constitución de la República de Perú de 1979 y artículo 200 de la Constitución de 1993, (Constitución de Perú).

14 A pesar de las declaraciones generales contenidas en los Artículos 7 y 72, Constitución de la República Oriental de Uruguay de 1966, reformada en 1996, (Constitución de Uruguay); en la Ley de 1984 reformada en 1988.

15 Artículo 49, Constitución de la República de Venezuela de 1961, (Constitución de Venezuela).

16 Artículo 5, Secciones LXIX y LXX de la Constitución de la República Federativa de Brasil de

En Chile, desde 1980¹⁷ se consagró el “recurso de protección”; y en Colombia, desde 1991 se consagró la “acción de tutela”.¹⁸

Pues bien, todas estas instituciones de amparo constitucional, algunas de ellas con distintas denominaciones y regulaciones, están diseñadas en términos generales en Latinoamérica, como instrumentos para la protección de los derechos, aunque bajo distintas modalidades, como se verá más adelante.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL AMPARO COMO UN DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DEMÁS DERECHOS

El surgimiento del amparo en el ámbito del Derecho Constitucional latinoamericano como instituto para la protección de los derechos, ha sido reforzado desde 1948 por diversos instrumentos internacionales, mediante los cuales se ha consagrado el derecho humano al amparo constitucional, ello es, el derecho de toda persona a un recurso sencillo, rápido y en definitiva efectivo, que la “ampare” ante jueces o tribunales competentes, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley, o los propios instrumentos internacionales.

Esa evolución se origina en 1948 con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y posteriormente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y se consuma definitivamente en 1969 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No es casual la referencia en dichos instrumentos internacionales a la denominación de ese recurso para que se “ampare” a las personas en sus derechos. Ello se debe según lo ha anotado Fix-Zamudio, a la sugerencia formulada por los representantes mexicanos ante las diversas conferencias y reuniones internacionales que han preparado y aprobado dichos instrumentos.

La consagración del amparo constitucional como derecho humano para la protección de todos los derechos fundamentales, ha sido reconocida en los siguientes instrumentos:

1. *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*:¹⁹

Artículo XVIII: “Toda persona puede ocurrir ante 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 perjuicio suyo, a alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

1988, (Constitución de Brasil).

17 Artículo 21, Constitución Política de la República de Chile de 1980, reformada, (Constitución de Chile).

18 Artículo 86, Constitución Política de Colombia de 1991, (Constitución de Colombia).

19 “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, Bogotá, Abril 30 de 1948, en *Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Secretaría General

2. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos:*²⁰

Artículo 8: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

3. En el ámbito europeo, la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, sin hacer referencia expresa al derecho de la persona a que se le “ampare”, establece que:²¹

Artículo 13: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos por la presente Convención hubiesen sido violados, tiene derecho a que se le conceda un recurso efectivo ante una autoridad nacional, incluso cuando la violación hubiese sido cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

4. *El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos:*²²

Artículo 2, fracción 3ª: “a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

5. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos:*²³

Artículo 25. Protección Judicial: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por

de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1992, páginas 19 a 27.

20 “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, París, 10 de Diciembre de 1948. Ver *Derechos Humanos. Textos Internacionales*, Editorial TECNOS, C.A., Madrid, 1991. Ver, también Nikken, Pedro *Código de Derechos Humanos*. Compilación y Estudio Preliminar. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, páginas 61 a 67.

21 “Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”. Roma, 4 de Noviembre de 1950, en *Derechos Humanos. Textos Internacionales. op. cit.*. Ver, también, García de Enterría, Eduardo, y otros. *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*. Editorial CIVITAS, C.A. Madrid, 1993, páginas 661 a 682.

22 “Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos”, ONU 16 de Diciembre de 1966, en *Derechos Humanos. Textos Internacionales. op. cit.*; y en Nikken Pedro. *op. cit.* páginas 80 a 100.

23 “Convención Americana sobre Derechos Humanos”. San José de Costa Rica 22 de Noviembre de

personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

La relación de los instrumentos mencionados permite afirmar, que la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente en el ámbito americano, ha configurado la consagración y reconocimiento de un derecho humano al amparo que tiene toda persona, a fin de obtener la protección o tutela judicial de sus derechos, ello es, de un derecho-garantía, con los siguientes elementos integrantes:

1. Un recurso sencillo, rápido y efectivo.
2. Ante los tribunales o jueces competentes, que en los términos de dichos instrumentos deben gozar de la condición de independencia.²⁴
3. El acto violatorio o lesivo puede estar constituido indistintamente por actos privados o del poder público. Ello diferencia al amparo latinoamericano del europeo, el cual está circunscrito a los actos del poder público.
4. El objeto tutelado son precisamente todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o en los pactos o convenciones internacionales.
5. La efectividad del recurso comprende la reparabilidad de la violación a través de la garantía de cumplimiento por las autoridades competentes, de toda sentencia en que se haya estimado procedente el recurso.
6. Por último, pero no menos importante, los Estados han asumido una obligación de hacer, consistente en desarrollar, mediante medidas legislativas y de otra naturaleza, las posibilidades del amparo o del recurso en definitiva equivalente.

Lo anterior, nos permite concluir, que en Latinoamérica el amparo constitucional no es solo una garantía judicial de los derechos constitucionales, sino por sobre todo, un derecho humano a la protección judicial de los demás derechos humanos, constitucionales y legales.

III. EL AMPARO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

El amparo constitucional se ha configurado en los ordenamientos latinoamericanos, como un instituto especial para la protección de los derechos consagrados expresa o implícitamente

1969, en *Documentos Básicos ...*, *op. cit.*; páginas 29 a 57 (en lo sucesivo “C.A.D.H.”).

te en la Constitución. Ello, como fue esbozado por Brewer-Carías, ha tenido lugar fundamentalmente a través de tres modalidades: el amparo como mecanismo de protección de todos los derechos y garantías constitucionales; el amparo como mecanismo de protección de los derechos constitucionales, excepto de aquéllos protegidos por otras acciones o recursos (ej. la libertad a través del *habeas corpus*); y el amparo (y otras acciones o recursos) circunscrito exclusivamente a ciertos y determinados derechos constitucionales.²⁵

1. *El amparo como mecanismo de protección de todos los derechos y garantías constitucionales*

En México²⁶ y Venezuela, el amparo es un instituto genérico para la protección de todos los derechos y garantías constitucionales. En estos casos, el *habeas corpus* es un sub-tipo del amparo, para la protección de la libertad y seguridad personales, ello es, el “amparo de la libertad y seguridad personales”.

En México, como se dijo, “supra” el amparo constituye una federación de acciones para la protección de todas las categorías de derechos constitucionales, a través de sus diversas modalidades en los términos expuestos.

En el caso de Venezuela, la Constitución concibe al amparo como el derecho-garantía para la protección del goce y ejercicio de todos los “derechos y garantías que la Constitución establece”. Esos derechos y garantías constitucionales pueden ser los expresamente enunciados en el Texto Fundamental, y los derechos implícitos no enunciados expresamente, que son los inherentes a la persona humana.²⁷ En este sentido, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece que la acción de amparo procede, para la protección del goce y ejercicio de “los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución”. Y en relación a la garantía de la libertad y seguridad personales, la propia ley de amparo establece que su protección a través del *habeas corpus* se regirá por ella. De hecho, el Título V de dicha Ley se denomina, “Del Amparo de la libertad y seguridad personales”, al cual le son aplicables las disposiciones de la Ley pertenecientes al amparo en general.²⁸

2. *El amparo como mecanismo de protección de los derechos constitucionales, excepto de aquéllos protegidos por otras acciones o recursos constitucionales*

Esta modalidad es la más generalizada en Latinoamérica, y consiste en que la protección de los derechos se haya asignada principalmente al amparo; pero la protección de ciertas cate-

24 Artículo 8, C.A.D.H.

25 Ver, Brewer-Carías, Allan R., *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993, páginas 63 a 88.

26 Artículo 107, Constitución de México.

27 Artículo 49 y 50, Constitución de Venezuela.

28 Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. *Gaceta Oficial* No. 33.891

gorías de derechos como la libertad e integridad personales, y la libertad e intimidad informática, se haya asignada a otros recursos o acciones, como son principalmente el *habeas corpus* y el *habeas data*.

En el caso de Costa Rica,²⁹ el *habeas corpus* tiene por objeto garantizar la libertad e integridad personales; mientras que el amparo está destinado a la protección de los otros derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Este es el esquema fundamental que rige la situación en los casos de Guatemala;³⁰ El Salvador;³¹ Bolivia;³² Honduras;³³ y Nicaragua.³⁴ Así mismo, en el caso de Uruguay,³⁵ la acción de amparo tiene por objeto la tutela de los derechos constitucionales expresos e implícitos, mientras que el *habeas corpus* está referido a la protección de la libertad personal.

En los casos de Argentina y Perú, además de las acciones de amparo y *habeas corpus*, se incluye la de *habeas data*. Así tenemos que en Argentina: a) la acción de amparo, tiene por objeto la protección de los derechos reconocidos por la Constitución (un tratado o una ley); así mismo, esta acción puede ser interpuesta contra cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos al ambiente, competencia, usuario, consumidor y los derechos de incidencia colectiva en general; b) el *habeas corpus*, está referido a la libertad física, a las condiciones de detención o la desaparición forzada de personas; y c) la acción de *habeas data*, está destinada a la protección del derecho a la autodeterminación informativa e intimidad informática.³⁶ En Perú la situación es similar a la argentina, ya que: a) la acción de amparo, tiene por objeto la tutela de los derechos distintos a la libertad individual y a los tutelados por el *habeas data*; b) el *habeas corpus*, tiene así por objeto la protección de la libertad individual o los derechos constitucionales conexos; y finalmente, c) el *habeas data*, está destinado a la protección de la libertad e intimidad informática.³⁷

El último caso en esta categoría, aun con mayor diversidad de acciones de protección constitucional, es el de Brasil: a) el “*mandado de segurança* individual” equivalente al ampa-

de 22-1-88. Artículos 1 y 38.

29 Artículo 48, Constitución de Costa Rica.

30 Artículos 263 y 265, Constitución de Guatemala.

31 Artículos 182, ordinal 1º y 247, Constitución de El Salvador.

32 Artículos 19 y 119 g), Constitución de Bolivia.

33 Artículos 182 y 183, Constitución de Honduras.

34 Artículos 188 y 189, Constitución de Nicaragua.

35 Artículo 1, Ley 16011 de 1988 de Uruguay.

36 Artículo 43, Constitución de Argentina. Ver, Sagüés, Nestor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo 2 “Acción de Amparo” y Tomo 4 “Habeas corpus”. Buenos Aires. 1988; y Bidart, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, 1995.

37 Artículo 200 de la Constitución de la República de Perú. Ver, Borea, Alberto. *Evolución de las garantías constitucionales* (Habeas Corpus; Acción de Amparo; Habeas Data; Acción de Cumplimiento). Lima. 1996. Abad, Samuel. “El amparo contra leyes” en *Lecturas Constitucionales Andinas*. Comisión Andina de Juristas. Lima. 1994. *Garantías Constitucionales. Legislación vigente*. Comisión Andina de Juristas. Lima 1995. Ortecho Villena, Víctor Julio. *Derechos y Garantías Constitucionales*. Lima. 1985; y Ber-

ro, tiene por objeto la protección de los derechos líquidos y ciertos no protegidos por el *habeas corpus* o el *habeas data*; b) el *habeas corpus*, está destinado a la protección de la libertad física (de locomoción); c) el *habeas data*, tiene por objeto proteger el derecho a la autodeterminación informativa y la intimidad informática; d) “el *mandato de injeuncao*” tiene por objeto la protección frente a una omisión legislativa que impida o lesione derechos constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía; y e) por último, el “*mandado de segurança* colectivo” tiene por objeto la protección de los intereses de los miembros y asociados de los partidos políticos (con representación en el Congreso Nacional), sindicatos y asociaciones.³⁸

3. *El amparo limitado a ciertos y determinados derechos constitucionales*

Esta clasificación se refiere a aquellos sistemas en los cuales el amparo latinoamericano o sus instituciones equivalentes, no protegen todos los derechos constitucionales sino a ciertos y determinados derechos normalmente denominados como “fundamentales”. Los antecedentes de este tipo pueden encontrarse en el amparo alemán (“*verfasunwesverde*”) limitado a la protección de la categoría de los denominados “derechos fundamentales” (“*grundrechte*”), delimitados e identificados expresamente en la propia Constitución.³⁹ En el mismo sentido, el amparo en España tiene por objeto la tutela de los “derechos fundamentales”, entendidos por tales, los consagrados en el Capítulo Segundo y su Sección Primera.⁴⁰

En Latinoamérica dicho esquema ha sido acogido en las Constituciones de Colombia y Chile, en las cuales la protección del amparo (acción de tutela y recurso de protección, respectivamente) está limitada constitucionalmente a determinada categoría de derechos. Al igual que en la clasificación antes estudiada, en estos dos países convive el *habeas corpus* como mecanismo de protección de la libertad personal.

En Chile incluso se denomina “amparo” al *habeas corpus*, es decir, al recurso destinado a proteger la libertad personal y la seguridad individual. Mientras que el instituto chileno equivalente al amparo latinoamericano, adquiere en Chile la denominación de “recurso de protección”, el cual tiene por objeto la protección de un grupo de derechos determinados y taxativos. Estos derechos están fundamentalmente referidos a: la vida, integridad personal, libertad personal, garantías judiciales del debido proceso, protección a la honra y dignidad, libertad de conciencia, y religión, libertad de pensamiento y de expresión, rectificación y respuesta, reunión, asociación, propiedad, inviolabilidad del hogar, e igualdad ante la ley.⁴¹ A pesar de esta limita-

nales Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, Lima, 1996. páginas 703-728.

38 Artículo 5, Secciones LXVII, LXIX, LXX y LXXII, Constitución de Brasil. Ver, López Meirellos, Hely. *Mandado de segurança e Ação Popular*. Sao Paulo, 1985.

39 Capítulo I “Derechos Fundamentales”, artículos 1 al 19, Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, (originalmente de Bonn) de 23-5-1949, modificada por el Tratado de Unión de 31-8-90. Véase, *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, edición a cargo de Francisco Rubio Llorente y Mariano Daranás Pelaéz. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1996.

40 Artículos 14 al 20, 30 y 53.2., Constitución de España de 1978, (Constitución de España).

ción de texto, la jurisprudencia del recurso de protección emanada de las Cortes de Apelaciones, ha extendido el objeto de la tutela de este recurso a otros derechos, mediante la técnica de su inclusión implícita en alguno de los derechos de protección expresa. De esta forma, distintas situaciones han adquirido curiosamente su protección a través de una interpretación extensiva y amplia particularmente del derecho de propiedad tanto material como inmaterial, relativo al derecho sobre bienes incorporales. Tal ha sido el caso de recursos de protección relativos a materias como la estabilidad en cargos públicos o en institutos educativos, derechos de pensión, salud, etc.⁴²

Por su lado, en el caso de Colombia, la institución equivalente al amparo Constitucional latinoamericano es la “acción de tutela”, la cual tiene por objeto la protección de una categoría determinada de derechos, denominados “derechos constitucionales fundamentales”. Dentro de los “Derechos Fundamentales” consagrados en el Capítulo I del Título II de la Constitución, están comprendidos el recurso de *habeas corpus* que tutela la libertad personal; y el *habeas data* que tiene por objeto el derecho a la intimidad y a la libertad de informaciones, datos y comunicaciones personales. De esta forma, los derechos fundamentales objeto de protección por la acción de tutela, están principalmente referidos a: la vida, reconocimiento de la personalidad jurídica, integridad personal, prohibición de esclavitud y servidumbre, libertad personal (como se vio, a través del *habeas corpus*), garantías judiciales del debido proceso, protección a la honra y dignidad, libertad de conciencia y religión, libertad de pensamiento y expresión, derecho de reunión, libertad de asociación y residencia, derechos políticos, igualdad ante la ley, derecho de petición, derecho al trabajo y derecho a la paz.⁴³ Así mismo, en el caso de Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ampliado los derechos objeto de protección a través de la acción de tutela, a través de la inclusión o cobertura de otros derechos, utilizando el criterio de “conexidad” con los derechos fundamentales, como por ejemplo, la protección de la salud por conexión con el derecho a la vida. Con respecto a la delimitación del concepto de “derechos por conexidad” la Corte Constitucional colombiana ha establecido que:⁴⁴

Los *derechos fundamentales por conexidad* son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, le es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con

41 Artículos 20 y 21, respectivamente. Artículos 19, número 1º, 2º, 3º, inciso cuarto, 4º, 5º, 6º y 9º, inciso final, 11, 12, 13, 15 y 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19, 21, 22, 23, 24 y 25, Constitución de Chile.

42 Ver, Paillas, Enrique. *El recurso de protección ante el Derecho Comparado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1990.

43 Artículos 86, 30, 15 y 11 al 41 respectivamente, Constitución de Colombia. Ver, Dueñas Ruiz Oscar. *Procedimientos en la tutela y control constitucional*. Bogotá. 1996. Charry, J. M. *La acción de tutela*. Bogotá. 1992. Arenas Salazar, Jorge. *La Tutela*. Bogotá. 1992. Tobo Rodríguez, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá. 1996.

44 ST-491 de 1992. Véase, Cifuentes, Eduardo. “Acción de tutela: el constitucionalismo de la pobre-

poner en peligro su vida.

IV. LA JERARQUÍA Y EL VALOR CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el constitucionalismo contemporáneo existe una tendencia marcada a equiparar los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, con los derechos constitucionales. En otras palabras, a otorgarle a los derechos humanos internacionales, el mismo rango y valor de los derechos explícitamente consagrados en la Constitución.

Lo importante de este fenómeno de “constitucionalización de los derechos humanos”, es que el mismo se lleva a cabo, con independencia del problema acerca de la jerarquía en sí de los tratados que los consagran. En consecuencia, el problema jurídico-formal tradicional de la jerarquía de los tratados en el Derecho Interno, deja de tener relevancia e incluso importancia en esta materia, en virtud de que desde el punto de vista material su objeto o contenido (los derechos humanos), va a equipararse al mismo rango de los derechos constitucionales. En otras palabras, los derechos humanos, por esta vía, son igualados a los derechos de la Constitución. De esta manera, los derechos humanos adquieren el rango y valor de los derechos constitucionales, y por tanto, el de la Constitución misma.

Las técnicas constitucionales utilizadas en esta materia para incorporar los derechos humanos al rango constitucional, son diversas: por vía de someter la interpretación de los derechos a los instrumentos sobre derechos humanos; por vía de declarar el reconocimiento expreso de los derechos humanos, contenidos en diversos instrumentos internacionales; y por vía de las cláusulas abiertas (no taxativas) de los derechos constitucionales. Pero las Constituciones no siempre utilizan con claridad estas técnicas, y a veces utilizan más de una de ellas simultáneamente.

1. *La técnica interpretativa*

Esta técnica consiste en incorporar en la Constitución una cláusula, conforme a la cual, las normas sobre los derechos que la propia Constitución reconoce explícitamente, deben interpretarse de acuerdo a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. De esta manera, el Estado a través de sus distintos órganos del Poder Público (legislativo, ejecutivo, judicial, u otros), se encuentra vinculado para interpretar los derechos constitucionales conforme al contenido de los derechos humanos. Ello permite así, la incorporación de los derechos humanos por vía interpretativa al rango y valor de los derechos constitucionales.

La Constitución española representa este modelo, al consagrar el siguiente principio:⁴⁵

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados

za”, en *Lecturas Constitucionales Andinas 3*. Comisión Andina de Juristas. Perú, 1994, página 116.

por España.

En el caso de España, los derechos humanos adquieren además consagración propia y expresa en el Preámbulo de la Constitución, al reconocerse que los mismos constituyen una proclamación de voluntad de la Nación española, de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos...”.

En este mismo sentido, la Constitución de Portugal establece:⁴⁶

Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Así mismo, la Constitución de Colombia contiene una cláusula interpretativa de los derechos constitucionales, pero referida más ampliamente a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Dicha norma establece:⁴⁷

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

2. *La técnica declarativa*

Esta técnica consiste en declaraciones constitucionales de reconocimiento expreso de los derechos humanos, contenidos en diversos instrumentos internacionales. En otras palabras, con prescindencia de normas sobre el rango de los tratados y demás instrumentos internacionales, esta técnica incorpora cláusulas en la Constitución, que declaran el reconocimiento expreso de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La técnica declarativa tiene dos modalidades: A) la primera consiste, en las declaraciones de reconocimiento de los derechos humanos contenidas en los Preámbulos de las Constituciones; y B) la segunda consiste, en las declaraciones contenidas en el texto del articulado de las Constituciones.

A. *Declaraciones contenidas en los Preámbulos*

La mayoría de las Constituciones de la postguerra que contienen Preámbulos, suelen hacer declaraciones de propósito y de reconocimiento universal de los derechos, y algunas de ellas hacen mención expresa a los derechos humanos.

Tal es el caso de la Constitución de Venezuela (1961), la cual declara entre sus propósitos, “...la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana...”

45 Artículo 10.2., Constitución de España.

46 Artículo 16.2., Constitución de Portugal.

(Preámbulo).

De igual manera, la Constitución de Guatemala en su Preámbulo declara expresamente como finalidad de dicha Carta,

...impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho.

B. *Declaraciones contenidas en el articulado*

La técnica declarativa en el articulado es utilizada en las Constituciones de Chile, Ecuador, Nicaragua y Brasil.

En el caso de Chile, la cláusula declarativa fue incorporada a la Constitución de 1980 en las modificaciones introducidas en 1989, entre las cuales se agregó una disposición según la cual:⁴⁸

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Como lo ha expresado Cançado Trindade en relación a esa norma, “de este modo los derechos garantizados por aquellos tratados pasaron a equipararse jerárquicamente a los garantizados por la Constitución chilena reformada”.⁴⁹

En Ecuador, la Constitución declara la garantía de los individuos bajo la jurisdicción del Estado, al libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos enunciados en los diversos instrumentos internacionales. En este sentido, dicha Constitución establece:⁵⁰

El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes.

Por su lado, la Constitución de Nicaragua utiliza una modalidad propia de la técnica declarativa, al integrar en la enumeración constitucional de derechos, para fines de su “protección”, aquellos consagrados en una serie de instrumentos internacionales que se mencionan ex-

47 Artículo 96, único aparte, Constitución de Colombia.

48 Artículo 5, II, Constitución de Chile.

49 Cançado Trindade, Antonio. “La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos”, en *El Juez y la Defensa de la Democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1993, páginas 238 y 239.

50 Artículo 44, Constitución de Ecuador.

presamente. En efecto, dicha Constitución establece:⁵¹

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

El problema de la enumeración expresa de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no es solo su eventual desactualización frente a nuevos instrumentos, sino las dificultades interpretativas que pudieran originar las exclusiones o no inclusiones expresas de determinados instrumentos. No obstante ello, una cláusula de esta naturaleza debería interpretarse en su proyección progresiva, en el sentido de que las enumeraciones de instrumentos son a título meramente enunciativo y no taxativo. Ello resulta evidente como se verá “infra”, máxime cuando la norma en cuestión declara además en términos generales, el reconocimiento de los “derechos inherentes a la persona humana”.

En el caso de Brasil, la Constitución proclama que el Estado se rige en sus relaciones internacionales por el principio “inter alia” de la prevalencia de los derechos humanos. Así el Estado brasileño se configura en Estado Democrático de Derecho, teniendo como fundamento la dignidad de la persona humana.⁵² Específicamente en relación al tema que nos ocupa, la Constitución de Brasil establece:⁵³

Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte.

De esta manera, como lo ha afirmado Cançado Trindade, la Constitución brasileña “se inserta en la nueva tendencia de Constituciones latinoamericanas recientes de conceder un tratamiento especial o diferenciado también en el plano del derecho interno a los derechos y garantías individuales internacionalmente consagrados”. Más adelante agrega dicho autor:⁵⁴

si para los tratados internacionales en general, se ha exigido la intermediación del Poder Legislativo, de acto con fuerza de ley de modo que otorgue a sus disposiciones vigencia u obligatoriedad en el plano del ordenamiento jurídico interno, distintamente en el caso de los tratados de protección internacional de los derechos humanos en que el Brasil es Parte, los derechos fundamentales en ellos garantizados pasan, de acuerdo con los artículos 5(2) y 5(1) de la Constitución Brasileña de 1988, a integrar el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados y directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamien-

51 Artículo 46, Constitución de Nicaragua.

52 Artículos 4 (II) y artículo 1 (III), Constitución de Brasil.

53 Artículo 5(2), Constitución de Brasil.

to jurídico interno.

3. *La técnica de las cláusulas enunciativas*

A. *Noción*

Esta técnica consiste en las cláusulas constitucionales que declaran como derechos (constitucionales) a todos aquellos que sean “inherentes a la persona humana”, aunque no figuren expresamente en el Texto Fundamental. En otras palabras, se trata desde el punto de vista filosófico, de una recepción del Derecho Natural, conforme al cual los derechos son anteriores al Estado; y éste no los crea sino que simplemente los reconoce. Por tanto, cualquier enumeración de derechos contenida en la Constitución, debe entenderse como meramente enunciativa (“*numerus apertus*”), y no limitativa o taxativa. En consecuencia, son igualmente constitucionales todos aquellos derechos que no estén enumerados expresa o explícitamente en el Texto Fundamental, en virtud de que implícitamente son tenidos como tales.

Las Constituciones de diversos Estados latinoamericanos consagran cláusulas tipo en este sentido. Ejemplo de ello es la Constitución de Venezuela, que establece:⁵⁵

La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella ...

En este mismo sentido, de la Constitución de Brasil antes citada, establece:⁵⁶

Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte.

Un ejemplo más elaborado de estas cláusulas constitucionales, es la consagrada en la Constitución de Colombia, el cual incluye además de los derechos enumerados en ella a los contenidos en los convenios internacionales:⁵⁷

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

La consecuencia de esta técnica constitucional de cláusulas enunciativas o incluyentes, es que tanto los derechos explícitos en el Texto Fundamental, como los derechos implícitos (que sean “inherentes a la persona humana”), adquieren el rango y valor de derechos constitucionales, independientemente de la jerarquía de los tratados en el Derecho Interno. Como lo ha ex-

54 Cançado Trindade, A., *loc.cit.*, páginas 238 y 249.

55 Artículo 50, Constitución de Venezuela.

56 Artículo 5 (2), Constitución de Brasil.

57 Artículo 94, Constitución de Colombia.

presado Nikken sobre este particular:⁵⁸

Los derechos humanos reconocidos en tratados en los que participa Venezuela tienen, en el orden jurídico nacional, el rango de los derechos constitucionales. Esta conclusión es independiente de la posición que pueda adoptarse en relación con la jerarquía de los tratados frente a las leyes internas, pues el rango aludido no dimana de que tales derechos sean objeto de una convención internacional, sino de haber sido reconocidos como inherentes a la persona humana.

B. *La determinación de los derechos inherentes*

La determinación de cuándo un derecho debe ser tenido como inherente a la persona humana, plantea el problema relativo a los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. El criterio expuesto por Nikken consiste en “la circunstancia de que determinados derechos sean proclamados internacionalmente como inherentes a la persona humana, constituye un término de referencia objetivo basado en patrones universales”.⁵⁹ En efecto, varias convenciones internacionales referentes a los derechos humanos califican a éstos como “inherentes a la persona humana”. Tal es el caso, por ejemplo, del Preámbulo (común) a los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos, del Preámbulo de la Convención Internacional sobre la Eliminación a todas las Formas de Discriminación Racial, del Preámbulo de la Convención contra la Tortura y Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que los define como “atributos de la persona humana”. Pero además de estas menciones expresas a los derechos humanos como “inherentes” o “atributos” de la persona humana, el mismo principio figura conceptualmente en la generalidad de las convenciones internacionales sobre la materia.⁶⁰

Este criterio es el acogido por la jurisprudencia constitucional en Venezuela, conforme a la cual los derechos inherentes a la persona humana son, en definitiva, derechos naturales o universales. Estos derechos normalmente están contenidos en instrumentos internacionales o nacionales. Dicha jurisprudencia considera a los derechos humanos como inherentes a la persona humana, por ser ellos de la esencia misma del “ser”, y por tanto, de obligatorio respeto y protección. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en sentencia de fecha 31 de enero de 1991, expresó:⁶¹

...Se denuncia por último, la lesión del derecho adquirido que tiene el accionante de ejercer la presidencia de la Comisión Permanente de Vigilancia y Atención de Asuntos Vecinales de la Cámara de Diputados durante el actual período de sesiones, el cual dice se constitucionaliza como un derecho inherente a la persona humana de conformidad con el artículo 50 de la Constitución. A ese respecto la Corte observa que el señalado artículo 50

58 Nikken, P., *op.cit.*, página 44.

59 Nikken, P. *op.cit.*, página 43.

60 Nikken P. *op.cit.* páginas 68 a 79; 219 a 232; 164 a 178.

61 Sentencia de fecha 31 de Enero de 1991. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administra-

tiene por objeto constitucionalizar los derechos inherentes a la persona humana, consagrando la existencia de derechos implícitos que pueden ser igualmente amparados aunque no se encuentren expresamente consagrados en el Texto Fundamental. Tales derechos inherentes de la persona humana son derechos naturales, universales, que tienen su origen y son consecuencia directa de las relaciones de solidaridad entre los hombres, de la necesidad del desarrollo individual de los seres humanos y de la protección del medio ambiente. Dichos derechos comúnmente están contemplados en Declaraciones Universales y en textos nacionales o supranacionales y su naturaleza y contenido como derechos humanos no debe permitir duda alguna por ser ellos de la esencia misma del ser y, por ende, de obligatorio respeto y protección. La Corte es del criterio que el pretendido derecho que alega tener el accionante a presidir la Comisión Permanente de Vigilancia y Asuntos Vecinales, no es uno de esos derechos inherentes a la persona humana a los que alude el artículo 50 constitucional. Por tanto, no puede entenderse como un derecho constitucional implícito, susceptible de convertirse en un derecho subjetivo constitucional a ser amparado por este medio judicial, y así finalmente se declara.

La consecuencia de dicha tesis doctrinal y jurisprudencial es, que los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, gozan del atributo de ser derechos “inherentes a la persona humana”, y por ende, deben ser considerados implícitamente como derechos humanos constitucionales.

Esta jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, como hemos señalado, permite afirmar directamente su rango y valor constitucional, independientemente del rango de los tratados sobre la materia en el Derecho Interno.

Ese impacto o influencia del Derecho Constitucional en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, permite a su vez la recepción directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional. Este fenómeno, el cual hemos denominado “constitucionalización de los derechos humanos”, refuerza el valor y la protección de éstos en el Derecho Interno, a través de los mecanismos de la jurisdicción constitucional.

V. EL AMPARO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El amparo constitucional se ha venido configurando paulatinamente en Latinoamérica, como una garantía para la protección no solo de los derechos constitucionales en sentido estricto, sino además y expresamente, para la protección de los derechos humanos consagrados en los diversos instrumentos internacionales. Dicho movimiento tutelar ha tenido su inspiración en la jurisprudencia interamericana, la cual ha sido recogida no solo por la Constitución costarricense, sino por la jurisprudencia en plena gestación y desarrollo en algunos países de la región.

1. La jurisprudencia interamericana y sus implicaciones

En virtud de que todos los Estados latinoamericanos han ratificado la Convención Ame-

ricana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, el derecho a la protección judicial de los derechos humanos consagrado en ese instrumento internacional, se debe ejercer en la jurisdicción de dichos Estados partes, fundamentalmente a través del amparo constitucional o sus equivalentes, y las demás acciones o recursos judiciales especializados. En efecto, como se vio “supra”, la Convención Americana consagra el derecho de toda persona, a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, para que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Convención.⁶²

Este derecho constituye un “estándar mínimo común” para los Estados partes de la Convención Americana, que consiste en la obligación de garantizar la protección judicial de los derechos consagrados en la propia Convención (además de sus Constituciones y leyes), mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos. Este derecho es en definitiva, una determinación específica, de la obligación internacional asumida por todos los Estados partes de esa Convención, de “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”.⁶³ En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:⁶⁴

La obligación de los Estados partes de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), que deben ser sustanciados con la regla del debido proceso (artículo 8.1.), está comprendida en la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.

En relación al derecho consagrado en el artículo 25.1. de la Convención y su vinculación con la institución de amparo constitucional, la Corte Interamericana ha sostenido que,⁶⁵

El texto citado es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención. Puesto que todos los derechos son susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia.

El hábeas corpus en su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al de-

tiva, caso “Diputado Anselmo Natale vs. Presidente de la Cámara de Diputados”. Consultada en original.

62 Artículo 25, C.A.D.H.

63 Artículo 1.1., C.A.D.H.

64 Corte IDH, caso “Velázquez Rodríguez y otros”, sentencia de fecha 26-6-87, párrafos 90 a 92. Ver, autores varios, *Sistematización de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1981-1991*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 1996.

65 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87. Ver texto en Ventura, Manuel y Zovatto, Daniel. *La fun-*

tenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad. En la Convención este procedimiento aparece en el artículo 7.6... Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos, puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos...

En relación al requisito de “efectividad” exigido por la Convención a las acciones o recursos de amparo y sus equivalentes, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha interpretado su idoneidad y naturaleza reparadora, en los siguientes términos:⁶⁶

Según este principio, la existencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

El amparo y el *habeas corpus* han sido catalogados por la Corte Interamericana, como garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos, en toda época y circunstancia, aún en estado de excepción, pues son también inherentes para la preservación del Estado de Derecho.⁶⁷ Precisamente estas garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos intangibles, no pueden ser “suspendidas”, a tenor de lo dispuesto por la propia Convención Americana.⁶⁸ La Corte Interamericana ha precisado, que esas garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no son suspendibles, ya que no es posible impedir su pleno y efectivo ejercicio, ni siquiera en estados de excepción.⁶⁹

Los razonamientos anteriores llevan a la conclusión de que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2. y sirven, además, pa-

ción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Madrid, 1989, párrafos. 32 y 33.

66 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, sec. 24. Ver, Ventura, M. y Zovatto, D. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. op. cit.*, páginas 458 y 459.

67 Corte IDH OC-8/87, Ver en Ventura, M. y Zovatto, D. *op. cit.* párrafos 25 y siguientes; páginas 459 y siguientes.

68 Artículo 27.2, C.A.D.H.

69 Corte IDH OC-8, párrafos 42 y 43, ratificados en la OC-9, párrafos 37 y 38. Ver en Ventura, M. y

ra preservar la legalidad en una sociedad democrática.

Por otra parte debe advertirse que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.

En consecuencia, el derecho de amparo consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, implica como estándar mínimo común para los Estados partes, la existencia real de un recurso judicial breve, sencillo y efectivo en el Derecho Interno, para la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, la ley, y la propia Convención.

Ello nos plantea dos problemas en relación a concepciones restrictivas del amparo. En primer lugar, en relación a los sistemas de amparo en países como Chile y Colombia, los cuales no están diseñados constitucionalmente para proteger a todos los derechos constitucionales, sino a determinado grupo de derechos taxativamente enumerados. No existe en el texto de la Convención disposición alguna que permita validar la exclusión de derechos consagrados en la Constitución o la ley. Por otro lado, la denominación de “derechos fundamentales” no puede entenderse como un endoso libre a los Estados, para excluir o determinar a su solo arbitrio cuáles derechos pueden ser objeto de protección por vía de amparo, pues tampoco aparece nada en este sentido en el texto de la Convención. Por el contrario, la propia Convención contiene un catálogo mínimo de lo que entiende por derechos fundamentales, y conforme a las normas de la Convención, la misma no puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados partes.⁷⁰ No obstante ello, como hemos anotado, ha sido importante la labor judicial de interpretación extensiva e inclusiva de otros derechos constitucionales, que han realizado las Cortes de Apelaciones en Chile y la Corte Constitucional en Colombia.

En segundo lugar, se plantea el problema de los sistemas de amparo que no incluyen en los derechos tutelables a todos los derechos humanos consagrados en la Convención Americana. Recordemos que el mandato del artículo 25 de la Convención incluye en el objeto de protección del amparo, a (todos) los derechos fundamentales reconocidos por la propia Convención. Así mismo, el catálogo de los derechos objeto de protección por el recurso de protección en Chile y la acción de tutela en Colombia, por disposición de sus propias Constituciones, excluye o mejor dicho, no incluye los siguientes derechos humanos fundamentales, consagrados en la Convención Americana:

1. En el caso de Chile: el reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad penal e irretroactividad; la indemnización por sentencia condenatoria por error judicial; la rectificación y respuesta; la protección a la fa-

Zovatto, D. *op. cit.*

⁷⁰ Artículo 29.b., C.A.D.H.

milia; el nombre; los derechos de los niños; la nacionalidad; y la circulación y residencia.⁷¹

2. En el caso de Colombia: el principio de legalidad penal e irretroactividad; la indemnización por sentencia condenatoria por error judicial; la rectificación y respuesta; la protección a la familia; el nombre; derechos de los niños; la nacionalidad; y la propiedad.⁷²

En esos casos de Chile y Colombia, podría hablarse de una violación por parte de sus respectivas Constituciones a la Convención Americana, y más en concreto, a la obligación internacional contraída por esos Estados, en virtud del derecho a la protección judicial por vías sencillas, rápidas y efectivas, consagrado en el artículo 25 de dicha Convención, para la tutela de todos los derechos fundamentales reconocidos en ella. No obstante como hemos visto, dicha violación ha sido atenuada por los propios Estados partes, a través de sus órganos judiciales, mediante la jurisprudencia expansiva y comprensiva que se ha ido desarrollando en esta materia.

2. *La inclusión expresa de los derechos humanos como tutelables a través del amparo*

Además de las diversas técnicas en las cuales se reconocen constitucionalmente los derechos humanos, en el caso de Costa Rica, su Constitución expresamente dispone entre los derechos objeto de protección por el recurso de amparo (además de los derechos constitucionales), a “los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República”. La competencia para decidir estas materias está asignada a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.⁷³ Dicha Sala en diversos y reiterados casos ha aplicado los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, para resolver los casos de amparo y *habeas corpus*. A título ilustrativo, cabría mencionar el fallo relativo al derecho de nacionalidad de los Guaymíes (tribu nómada indígena que vive entre Costa Rica y Panamá), en el cual se aplicó el Convenio No. 169 de la OIT; y el fallo relativo al derecho del varón a la nacionalidad privilegiada, con referencia directa a la Convención Americana de Derechos Humanos.⁷⁴

3. *La tutela de los derechos humanos como derechos constitucionales*

En la generalidad de los países latinoamericanos, si bien las Constituciones no incluyen expresamente a los derechos humanos en instrumentos internacionales entre los derechos objeto de tutela por el amparo constitucional, sin embargo éstos se encuentran comprendidos -como se vió *supra*- entre las categorías de derechos reconocidos por la Constitución, y por tanto integrantes explícita o implícitamente dentro del plexo de los derechos constitucionales tutelables a través de los mecanismos de amparo.

Así, en el caso de México, como lo afirma Fix-Zamudio, resulta evidente que el juicio

71 Artículos 3, 6, 9, 10, 14, 17, 18, 19, 20, 22, Constitución de Chile.

72 Artículos 9, 10, 14, 17, 18, 19, 20, y 21, Constitución de Colombia.

73 Artículos 10 y 48, Constitución de Costa Rica, y Ley No. 7.135 o Ley de la Jurisdicción Constitucional.

74 Votos No. 1786-93 y No. 3435-92. Ver, Piza Escalante, Rodolfo. *La Justicia Constitucional en*

de amparo no solo procede por violaciones de carácter estrictamente constitucional, sino también respecto a la infracción de derechos establecidos en leyes ordinarias, y “cuando la autoridad pública menoscabe por acción u omisión, los propios derechos establecidos en dichos convenios internacionales, que complementan y enriquecen a los otorgados por la Carta Federal”.⁷⁵

Sin embargo, no suele ser la regla en la práctica de las jurisdicciones latinoamericanas, que los tribunales ejerzan la tutela expresa de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. Las razones para ello son de diversa índole, que van desde el mero desconocimiento de los instrumentos internacionales por los distintos operadores judiciales (abogados, fiscales y jueces), hasta la falta de entrenamiento adecuado sobre el uso y manejo de dichos instrumentos y la jurisprudencia internacional.

A pesar de ello, recientemente se ha iniciado una tendencia a la toma de mayor conciencia sobre la importancia de la tutela judicial por los tribunales nacionales, de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales.

En el caso de Colombia, Francisco Córdoba refiere que entre 435 fallos de tutela revisados que han sido sentenciados por la Corte Constitucional, 8 de ellos se fundamentan o consultan derechos consagrados en la Convención Americana.⁷⁶ Así mismo, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el Derecho Internacional Humanitario, con referencia en particular a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, lo cual representa la importancia de instrumentos como el *corpus iuris* de los Convenios de Ginebra, que refuerzan la protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado interno o interestatal.⁷⁷

En el caso de Venezuela, el desarrollo de la institución del amparo constitucional, por vía jurisprudencial, aún antes de dictarse en 1988 la ley que lo reglamentó, se fundamentó en la necesidad de darle vigencia efectiva al derecho humano al amparo de los demás derechos humanos consagrados en diversos instrumentos internacionales y en particular en la Convención Americana (artículo 25). Ello ocurrió en la decisión del caso “Rondalera” relativo al derecho constitucional a la educación, y en cuya sentencia definitiva de segunda instancia, el tribunal superior al declarar la procedencia de la acción de amparo ejercida en ausencia de una ley que

Costa Rica. San José. 1995.

75 Véase, H. Fix-Zamudio. *Justicia Constitucional, Ombudman y Derechos Humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, D.F. 1993, página 524.

76 Véase, Córdoba Francisco. *La Carta de Derechos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Editorial TEMIS S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995, páginas 179 a 194.

77 Ver entre otras, sentencia C-574/92 de fecha 28-10-92, sentencia C-225/95, sentencia C-225/95 y sentencia C-574/92, en *Gaceta de la Corte Constitucional*, República de Colombia.

78 Sentencia de 10-2-83, Juzgado Superior Octavo en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito federal y Estado Miranda, reproducida parcialmente en Brewer-Carías Allan R. “La Reciente Evolución Jurisprudencial en relación a la admisibilidad del recurso de amparo”, en *Revista de De-*

regulara, expuso la siguiente doctrina:⁷⁸

Ha transcurrido un cuarto de siglo de vida democrática, celebrado con euforia y un análisis de los logros, pero la situación de los derechos humanos sigue siendo la misma, pues no se ha reglamentado *ese recurso efectivo, rápido y eficaz*, para restañar las violaciones, salvo el amparo de libertad personal y las restricciones de que ella pueda ser objeto, mediante el *habeas corpus*, reglamentado por la Constituyente en la Disposición Transitoria Quinta. Son ya leyes vigentes en Venezuela los Tratados Internacionales cuya normativa transcribimos en materia de derechos humanos, políticos, civiles y penales, lo que nos lleva a la conclusión de que la situación jurídica en Venezuela no es la misma de 1970 y la jurisprudencia favorable a la admisión de amparo a nivel de instancia se ha incrementado con los problemas de competencia, por ser llevados a la jurisdicción penal, aun cuando se trate de materias civiles, por la experiencia que se reconoce a dicha jurisdicción en el manejo del *habeas corpus*.

El desarrollo reciente de la jurisprudencia de amparo constitucional, ha comenzado a incluir referencias a la protección de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, particularmente en las sentencias emanadas de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.⁷⁹

Es importante destacar también, que la Corte Suprema de Justicia en Pleno actuando como tribunal de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, ha venido afirmando que los derechos humanos, y en concreto los instrumentos internacionales que los consagran, adquieren “jerarquía constitucional”, y en consecuencia, se convierten en “parámetro de constitucionalidad”. La primera sentencia en este sentido se produjo el 5 de diciembre de 1996, en la cual la Corte anuló una Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas, que había sido dictada por su Asamblea Legislativa sin consultar a con las comunidades indígenas afectadas. A pesar de que el derecho a la participación política directa no está consagrado expresamente en la Constitución venezolana, la Corte lo consideró un derecho constitucional implícito con base en el artículo 50 constitucional, en virtud de estar reconocido en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos:⁸⁰

Ahora bien, tales presupuestos de la mencionada ley, se reitera, requieren de la participación ciudadana-política. En este sentido, el artículo 25 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicada en Gaceta Oficial, número 2146 Extraordinaria, de fecha 28 de enero de 1978 prevé el derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente ele-

recho Público, Editorial Jurídica Venezolana, No. 19, Caracas, 1984, páginas 211 y siguientes.

⁷⁹ Ver, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)”, en *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, editada trimestralmente en Caracas desde 1980.

⁸⁰ Ver texto de la sentencia en Ayala Corao, Carlos M. “Jurisprudencia Constitucional en Venezuela. El derecho a la participación política de los pueblos indígenas” en *Anuario de Derecho Constitucional La-*

gidos. Disposiciones similares se encuentran en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 20) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 23), instrumentos formales de derecho, ratificados por Venezuela y que forman parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano. Esta normativa fue consagrada expresamente en la propia Constitución del Estado Amazonas en su artículo 15: “La Asamblea Legislativa promoverá la realización de referendos en las comunidades para la modificación de los elementos relativos a la organización municipal en la jurisdicción estatal”.

La Corte continuó su razonamiento al aplicar este derecho a la participación política directa al caso concreto, así

Estima este alto Tribunal que en la formación de una ley de división político-territorial del Estado, como lo es el de Amazonas, con la cual se modifican las condiciones económicas y sociales de la región, se cambia el entorno vital del individuo, se establecen los municipios y sus límites, se modifica la normativa jurídica (consecuencia de la mencionada división), se afecta la tenencia de las tierras, se ordena el territorio bajo un nuevo régimen, se cambia la vida cotidiana de la población, no debe desestimarse la expresión de la voluntad de los mismos indígenas. Más aún, su participación debe ser considerada con especial atención, en vista de que los indígenas constituyen uno de los grupos sociales más expuestos a la violación de sus derechos humanos, por sus condiciones socioeconómicas, culturales, y aislamiento, por cuanto en su hábitat intervienen intereses distintos y a veces contrarios a los legítimos derechos de la población autóctona, porque, lamentablemente, la historia de la humanidad, evidencia un largo y triste padecer de las minorías, en algunos casos, por el desconocimiento de sus legítimos derechos, en otros, por la cultura del odio y el perjuicio. Es entonces, en este contexto, que los derechos humanos de los indígenas, cobran mayor fortaleza, y esta Corte así lo reconoce expresamente. Asimismo, precisa el alto Tribunal, que la lesión de los derechos humanos de las minorías no les atañe sólo a esas comunidades sino a la nación entera, en virtud de la solidaridad y protección de los intereses superiores del gentilicio venezolano (artículos 57 y 51 de la Carta Magna).

Finalmente, la Corte concluyó que dicha situación configuraba una “lesión constitucional”, y con base en ello declaró la nulidad absoluta de la ley impugnada, por violar el derecho humano constitucionalizado de participación ciudadana en la fase de su formación:

Según lo expuesto, se circunscribe, la presente decisión a la *lesión constitucional* de los derechos de las minorías, previstos en la Carta Magna y en los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, situación que permite, con fundamento en el artículo 46 del Texto Fundamental: “Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo”, ANULAR el acto impugnado, en sus disposiciones lesivas de los mencionados derechos, con prescindencia del análisis de violaciones de rango legal. Así se declara, conforme al artículo 215 ordinal 4º de la Carta Magna y el artículo 42 ordinal 3º, en concordancia con el artículo 43 de la Ley Orgánica de la

Corte Suprema de Justicia.

Por haberse violado entonces el derecho constitucional de participación ciudadana en la formación de la ley, en el sentido de que no se efectuó la consulta popular, la normativa concerniente a la división político Territorial del Estado Amazonas, decretada por la Ley de División Político-territorial del Estado Amazonas, resulta ser nula de nulidad absoluta, conforme al citado artículo 46, quedando vigente de la misma ley, la delimitación estatal y fronteriza internacional (artículos 1 al 3 inclusive) y las disposiciones referentes a la aplicación de la normativa estatal, nacional y constitucional (artículo 17), la modalidad de solución de las controversias (artículos 18 y 19) y la entrada en vigencia de la ley (artículo 20).

Dicha jurisprudencia se fortaleció y profundizó aún más, en la sentencia también dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha 14-10-97 (publicada el 6-11-97), mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes. Para llegar a ello, la Corte fundó su decisión en argumentos que incluyeron los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, al señalar en el capítulo IV del fallo, titulado “Violación de los Derechos Humanos”, que la Ley impugnada:⁸¹

...omite las garantías establecidas por las normas internacionales para un juicio justo, incluyendo el derecho a la defensa y la presunción de inocencia. Así lo establecen los artículos 9 y 14 del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De manera tajante, la Corte afirmó que los derechos humanos están constitucionalizados en Venezuela, por lo que los instrumentos internacionales que los consagran adquieren la jerarquía constitucional; convirtiéndose como en el caso concreto de la Convención Americana, en parámetro para el control de la constitucionalidad. En palabras de la Corte,

Al quedar constitucionalizados los derechos humanos, conforme a la disposición contenida en el artículo 50 de la Constitución de la República, la Ley sobre Vagos y Maleantes vulnera “Ipsa jure” convenciones Internacionales y Tratados, sobre los derechos del hombre, en la medida en que dichos instrumentos adquieren jerarquía constitucional”.

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) se ha incorporado a nuestro derecho interno como norma ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, la cual le ha dado el carácter de parámetro de constitucionalidad.

Ello entraña la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno del régimen previsto en convenciones internacionales.

VI. EL AMPARO INTERAMERICANO Y LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

tinoamericano. 1997, páginas 348 y siguientes.

81 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha 14-10-97, publicada el 06-11-97, y

Como se ha visto, el amparo constitucional en Latinoamérica y sus equivalentes, está concebido como el mecanismo efectivo para la tutela de los derechos constitucionales incluidos los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. En este sentido, lo natural y lo normal, es que los tribunales nacionales reparen y restablezcan las lesiones o violaciones causadas a los derechos y garantías de la persona humana, a través de las diversas acciones y recursos, en especial, a través de los tipos de amparo constitucional. En este sentido, el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos declara, que la protección internacional de los derechos humanos de naturaleza convencional es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

En Latinoamérica la regla general es la especialización de las altas jurisdicciones de justicia constitucional en dos materias: el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes; y el amparo constitucional (en última o única instancia). Estas altas jurisdicciones están representadas por las Cortes Supremas de Justicia en Pleno (En el caso de México, las recientes reformas constitucionales de 1994 y 1996 tienden a fortalecer su especialización, aún no consolidada); las Salas Constitucionales de las Cortes Supremas de Justicia (El Salvador, Costa Rica y Paraguay); y los Tribunales Constitucionales (Guatemala, Ecuador, Perú, Colombia y Bolivia). El caso de Chile, es atípico, pues el Tribunal Constitucional conoce del control preventivo de la constitucionalidad de las leyes; mientras que la Corte Suprema de Justicia en la Tercera Sala (especializada en asuntos constitucionales) conoce del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, y de las apelaciones en última instancia de las sentencias de las Cortes de Apelaciones sobre recursos de protección. Otro caso atípico es el de Venezuela, donde la Corte Suprema de Justicia en Pleno es competente en materia de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, pero no existe una única o última instancia común en materia de amparo constitucional.⁸²

1. *El amparo interamericano*

Cuando las violaciones a los derechos humanos no son reparadas por los mecanismos de Derecho Interno, como pueden ser en muchos casos los diversos instrumentos de amparo y *habeas corpus*, la jurisdicción nacional debe considerarse agotada, y en consecuencia, se habilita la jurisdicción internacional de los derechos humanos. Este último mecanismo ha sido denominado por Cappelletti, como un “recurso de amparo individual a nivel supranacional” el cual se ejerce con base en un “bill of rights transnacional” ante un organismo también transnacional (la Comisión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos).⁸³ Los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos son mundiales o regionales. En el primer caso, el mecanismo internacional es el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, creado por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políti-

publicada en *Gaceta Oficial* N° 36.330 de fecha 10-11-97.

82 Ver, autores varios, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, (coordinadores: Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde), Madrid. 1997.

83 Ver, Cappelletti, Mauro. *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*. Editorial PO-

cos. Los mecanismos internacionales regionales consolidados son tres: el interamericano, el europeo y el africano.

Gimeno Sendra emplea el término de “amparo internacional”,⁸⁴ para referirse a las reclamaciones individuales de las personas (víctimas) ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, frente a las lesiones a sus derechos humanos o libertades fundamentales, provenientes de los poderes públicos de los Estados integrados al Consejo de Europa y signatarios del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. Dicha jurisdicción la ejercen en primer lugar, la Comisión Europea de Derechos Humanos, y en segundo lugar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ambos con sede en Estrasburgo. Sin embargo, con ocasión de la entrada en vigencia del Protocolo Adicional No. 12, la Comisión y la Corte Europeas se habrán fusionado a finales de 1998 en un solo órgano denominado Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al cual podrán acudir directamente las víctimas de violación de sus derechos humanos bajo el Convenio Europeo.

En términos similares al sistema europeo antes de su fusión, en las Américas podemos hablar de un amparo internacional o mejor, de un “amparo interamericano”, que consiste en el derecho de toda persona humana, víctima de una violación a sus derechos humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, o cualquier otro instrumento internacional sobre la materia, a interponer una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando dicha violación provenga de cualquiera de los órganos del poder público de un Estado Miembro de la OEA.⁸⁵

El amparo interamericano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tiene su base en el caso de los Estados miembros de la OEA que no han ratificado la Convención Americana, en la propia Carta de la Organización, y en el Estatuto de la Comisión y su Reglamento.

Ahora bien, en el caso concreto de los Estados latinoamericanos, en virtud de haber ratificado la Convención Americana, el derecho de amparo interamericano está consagrado expresamente en dicho instrumento como una acción popular, en los siguientes términos:

Artículo 44. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Evidentemente que para que una petición sea admisible es necesario que se hayan ago-

RRUA, C.A. México, 1993. páginas 45 y siguientes.

84 Gimeno Sendra, Vicente y Garberi LL. José. *Los procesos de amparo (ordinario constitucional e internacional)*. Madrid. 1994, páginas 237 y siguientes.

85 Ver, “Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 1979, en *Documentos Básicos ...*, *op.cit.*, páginas 101 y siguientes.

tado los recursos de la jurisdicción interna, o se encuentre ante una de las excepciones previstas en la Convención.⁸⁶

Conforme a la Convención Americana y el Reglamento de la Comisión Interamericana, en el procedimiento se incluyen las fases de admisibilidad, audiencias, ofrecimiento de la solución amistosa, pruebas, informe preliminar del artículo 50, e informes definitivos del artículo 51. Los informes de la Comisión normalmente culminan con dos capítulos: A) Conclusiones, donde se determina si el Estado ha violado los derechos humanos y en consecuencia si ha comprometido por ello su responsabilidad internacional; y b) Recomendaciones, mediante las cuales se le señala al Estado las medidas que debe adoptar para restablecer la situación jurídica infringida, y efectuar las reparaciones e indemnizaciones pertinentes. Durante el plazo de 3 meses a partir de la remisión de Estado del referido informe de la Comisión, si el Estado no ha solucionado el asunto, y dicho Estado ha reconocido la jurisdicción obligatoria contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión (o el Estado parte), puede someter el caso ante ésta.⁸⁷ En el caso de los países latinoamericanos, únicamente México, Brasil y la República Dominicana no han aceptado aún la competencia contenciosa de la Corte.

Si no somete el caso ante la Corte, la Comisión debe emitir un informe con las conclusiones y recomendaciones, el cual dirigirá al Estado, (y a los peticionarios) fijándole un plazo para su cumplimiento. Vencido este plazo, la Comisión debe decidir, por la mayoría absoluta de sus miembros, si el Estado ha adoptado o no las medidas adecuadas y si publica o no su informe.⁸⁸ En todo caso, el proceso ante la Corte se inicia por una demanda introducida por la Comisión con la asistencia de la víctima o familiares y sus abogados, la cual luego de su tramitación procesal, culmina con una sentencia, la cual se pronuncia igualmente sobre la violación de los derechos humanos por parte del Estado, y como consecuencia de declarar su responsabilidad internacional, establece las reparaciones e indemnizaciones compensatorias correspondientes.⁸⁹ La Convención establece el carácter de jurisdicción internacional de la Corte Interamericana, al disponer la ejecutabilidad u operatividad inmediata de sus sentencias en materia de indemnizaciones por el procedimiento interno para la ejecución de sentencias contra el Estado.⁹⁰

La Corte Interamericana posee además una jurisdicción consultiva, para interpretar la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos, a solicitud de éstos, de la Comisión, y los demás órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la OEA.⁹¹

La anterior situación, permite apreciar que la jurisdicción internacional de los derechos humanos puede configurarse bajo ciertas circunstancias, en una verdadera “jurisdicción constitucional internacional en materia de derechos humanos” en los siguientes supuestos:

86 Artículo 46, C.A.D.H.

87 Artículos 51 y 61, C.A.D.H.

88 Artículo 51, C.A.D.H.

89 Artículo 63, C.A.D.H.

90 Artículo 68, C.A.D.H. Ver, “Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, San José de Costa Rica, 1998.

1. Los casos originados en actos o actuaciones (u omisiones) violatorias de derechos humanos, no reparados por los mecanismos de Derecho Interno, es decir, cuando los mecanismos de protección como el amparo constitucional no resulten efectivos o reparadores.

2. Los casos por violaciones de derechos humanos causadas directamente por sentencias, incluso de aquéllas emanadas de las altas jurisdicciones constitucionales.

3. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana sobre la compatibilidad de las leyes internas de un Estado y los mencionados instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

2. *Los avances en el reconocimiento de la jurisdicción internacional*

A pesar de todo el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido sólo recientemente cuando las jurisdicciones constitucionales nacionales han venido reconociendo y aplicando expresamente la jurisprudencia emanada de los distintos órganos internacionales autorizados, como son en el ámbito americano, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto ha sido posible por diversas razones, y aunque aun falta mucho camino por recorrer, el reconocimiento de la obligatoriedad de las decisiones de la Comisión por la Corte Interamericana, así como el reconocimiento del carácter obligatorio de las jurisprudencias de la Comisión y la Corte por las jurisdicciones internas de los Estados, ha significado un importante paso de avance, para la consolidación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En el caso de los Informes de la Comisión, la “obligatoriedad” de sus recomendaciones ha sido establecido por la propia Corte Interamericana, sobre la base de la buena fe en el cumplimiento de los compromisos internacionales libremente adquiridos, en los siguientes términos:⁹²

79. La Corte ha dicho anteriormente que, de conformidad con la regla de interpretación contenida en el artículo 31.1. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término “*recomendaciones*”, usado por la Convención Americana, debe ser interpretado conforme a su sentido corriente (Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C. No. 22, Párr. 67 y Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C. No. 30, párr. 93).

80. Sin embargo, *en virtud del principio de buena fe*, consagrado en el mismo artículo 31.1. de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, *tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana* que es, ade-

91 Artículo 64, C.A.D.H.

más, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

81. Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, por lo que, *al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes*”. (Resaltados nuestros).

En el caso de las sentencias de la Corte, la propia Convención, como vimos, establece el compromiso de los Estados partes de cumplir las decisiones en todo caso en que sean parte; y en materia de indemnizaciones, las sentencias pueden ejecutarse por los procedimientos internos de cada Estado de ejecución de sentencias contra el Estado. Desafortunadamente dichos procedimientos están llenos de excepciones y privilegios públicos, que no sólo violan las Constituciones sino la propia Convención.⁹³

La obligatoriedad de las decisiones tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana, ha venido siendo reconocida expresamente por las propias altas jurisdicciones latinoamericanas, particularmente en casos relativos a Argentina, Costa Rica y Colombia. En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya en 1992 -antes de la reforma del 94 que constitucionalizó tratados sobre derechos humanos- ha venido sentando ese criterio al indicar:⁹⁴

Que la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, artículo 1).

En 1995, dicha jurisprudencia fue consolidada en los siguientes términos:⁹⁵

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer de todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana y artículo 2º, Ley 23.054.

92 Corte IDH, Sentencia de 17-9-97, caso “Loayza Tamayo C. Perú”, consultada en original.

93 La propia C.A.D.H. establece en su artículo 25.2.c., que los Estados se comprometen “a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

94 CS, Julio 7, 1992 “Ekmkdjiam, Miguel A. c Sofovich, Gerardo y otros”. En dicho caso, la Corte aplicó la Opinión Consultiva OC-7/86. Ver referencias en Dulitzky, Ariel E. “La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, libro de autores varios, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Argentina. 1997.

95 CS, “Giroldi H. s/recurso de casación” CS, abril 7, 1995, en “Jurisprudencia Argentina” t. 1995-III, página 571.

La Corte Suprema Argentina ha establecido también la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Comisión Interamericana para los tribunales argentinos, al disponer que:⁹⁶ debe revocarse la resolución impugnada, puesto que la interpretación efectuada por el *a quo* del art. 1 ley 24.390 ha sido incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En Venezuela, la Corte Suprema de Justicia en Pleno al adoptar la antes referida sentencia de 1997 que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Vagos y Maleantes, incluyó expresamente las siguientes consideraciones, referidas a informes y recomendaciones formulados al Estado venezolano:⁹⁷

Existen los informes de instituciones defensoras de los Derechos Humanos. Dichos documentos censuran abiertamente la ley venezolana sobre vagos y maleantes. Son muchas las recomendaciones orientadas a poner fin a su vigencia.

Conviene observar que se ha exhortado al Gobierno venezolano a adoptar e implementar una serie de recomendaciones, a los efectos de reducir las violaciones a los derechos humanos, derivadas de la aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes. Sobre todo se ha hablado de la necesidad de impulsar la discusión de la Ley de Protección a la Seguridad Ciudadana, que supuestamente se encontraba en ese proceso.

En Costa Rica también ha ocurrido un tanto, digno de reseñarse. En 1985 ese mismo Estado solicitó a la Corte Interamericana la Opinión Consultiva número 5 sobre la colegiación obligatoria de periodistas, que fue resuelta determinándose su incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión consagrado en la Convención Americana.⁹⁸ Diez años más tarde, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, sentenció la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas que exigía la colegiación de los periodistas para ejercer sus funciones. La Sala Constitucional costarricense motivó su decisión en la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana en la OC-5, asignándole esas sentencias “el mismo valor de la norma interpretada”,⁹⁹

...si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrán - de principio- el mismo valor de la norma interpretada...

Una solución complementaria interesante, ha sido la dada en Colombia mediante la Ley No. 288 “Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios

96 CS “Bramajo” Sentencia del 12-9-96, en “Jurisprudencia Argentina”, 20-11-96.

97 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha 14-10-97, publicada el 06-11-97, y publicada en Gaceta Oficial N° 36.330 de fecha 10-11-97.

98 Corte I.D.H., OC-5/85 de fecha 13-11-85, en Ventura, M. y Zovatto, D. *op. cit.*, páginas 335 y siguientes.

a las víctimas de violaciones de derechos humanos, en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos”. Conforme a dicha ley, si un informe a la Comisión Interamericana concluye en un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y recomienda que deben indemnizarse los perjuicios correspondientes, el Comité de Ministros al emitir un concepto favorable, hace obligatoria la celebración del trámite indemnizatorio interno previsto en dicha ley.

En fin, observamos que en Latinoamérica, las jurisdicciones constitucionales han iniciado el importante paso de convertirse en parte de un sistema integrado para la protección de los derechos humanos, aplicando no sólo los instrumentos internacionales, sino además la propia jurisprudencia de los órganos internacionales.

VII. CONCLUSIÓN

Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, podemos concluir que en Latinoamérica se ha consolidado constitucional y convencionalmente, un estándar mínimo común en materia de protección efectiva de los derechos humanos, a través de la influencia integradora de la Convención Americana y la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano. Ello ha llevado a la existencia de un núcleo fundamental o esencial de derechos que se impone a los países, constituyendo así una base común, un nuevo *ius commune* para América y concretamente para Latinoamérica. Dicho fenómeno se lleva a cabo, a través de los siguientes institutos:

1. El amparo constitucional, y los mecanismos judiciales equivalentes para la protección de los derechos constitucionales, incluidos los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales.

2. El amparo interamericano o internacional, para la protección de los derechos humanos ante la Comisión Interamericana (o el Comité de la ONU) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en caso de que esos derechos no sean reparados o restablecidos efectivamente en un plazo razonable por las jurisdicciones nacionales, o si las propias decisiones de las altas jurisdicciones constitucionales resultan violatorias de dichos derechos.

Resulta en todo caso evidente, que la tutela de los derechos humanos ya no es posible dejarla al arbitrio soberano de los tribunales nacionales, pues la comunidad internacional ha sido reconocida en su legítimo rol de complementariedad. De allí que por encima de las jurisdicciones constitucionales nacionales, se esté configurando una “jurisdicción constitucional internacional” para la protección de los derechos humanos, a través de los mecanismos de amparo internacional. En el ámbito americano y particularmente latinoamericano, la protección de los derechos humanos a través del mecanismo que hemos denominado el “amparo interamericano”, está permitiendo la configuración de una “jurisdicción constitucional interamericana” de los de-

99 Sentencia No. 2312-95 del 9-V-95, y ver Piza E.R. *op.cit.* página 143.

rechos humanos, que está en vías de consolidarse con el reconocimiento expreso de su jurisprudencia por las jurisdicciones constitucionales nacionales.¹⁰⁰

De allí la importancia de armonizar las jurisdicciones constitucionales (particularmente de amparo), con las jurisdicciones internacionales, a fin de lograr la protección efectiva de los derechos humanos, atendiendo siempre a su progresividad. Ello está permitiendo la confluencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos, para la consolidación de una nueva rama: el Derecho de los Derechos Humanos. Este Derecho es en definitiva el nuevo Derecho global, es decir, un Derecho de gentes, internacional y universal, que descansa sobre los valores del Derecho Natural, como ley suprema de la humanidad que emana de la dignidad de la persona humana.¹⁰¹

100 En relación al equivalente europeo, Ver los comentarios de Cappelletti, M. en *op. cit.*, pág. 65.

101 La jurisprudencia de los órganos europeos y americanos se ha referido a vastas materias sobre derechos humanos, que han incluido entre otras las relativas al derecho a la vida; prisiones preventivas; derechos políticos; prohibición de torturas, tratos degradantes e inhumanos; libertad de expresión; garantías judiciales y debido proceso; tutela judicial efectiva, límites a los Estados de Excepción y a la suspensión de garantías; derechos de los niños; derechos de los pueblos indígenas; derechos de la mujer, y otros. Ver, entre otros, García de Enterría, E. *op. cit.*; Ventura, M. y Zovatto, D. *op. cit.*; y los informes anuales

A PRÁTICA JURÍDICA NO DOMÍNIO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DO HOMEM (A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM)

José Alfredo de Oliveira Baracho^(*)

SUMÁRIO: 1. Tipologia dos Sistemas de Proteção dos Direitos do Homem. Delimitação da proteção da humanidade no Direito Internacional. O direito de ação e os dispositivos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2. Os Princípios e os mecanismos da Convenção. Regras, métodos e princípios de interpretação na jurisprudência da Corte europeia de direitos do homem. 3. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência da Corte europeia de direitos do Homem. 4. Bioética e Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Experimentação Médica e Científica. 5. A Convenção de salvaguarda dos direitos do homem e as liberdades fundamentais. 6. O conteúdo dos artigos da Convenção. 7. Os Protocolos Adicionais. 8. A responsabilidade do Estado por violação dos Direitos do Homem.

1. TIPOLOGIA DOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM. DELIMITAÇÃO DA PROTEÇÃO DA HUMANIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL. O DIREITO DE AÇÃO E OS DISPOSITIVOS DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM.

A doutrina dos direitos humanos e a sua própria conscientização tomou grande relevo, desde o final da Segunda Guerra Mundial, como um verdadeiro fenômeno cultural de nossos dias. É a primeira vez, na experiência da humanidade, que ocorre aceitação universal, da necessidade de um mínimo de normas, no que se refere aos direitos individuais, como uma Declaração Universal, para a comunidade global.

Os direitos humanos não podem ser apenas retóricos, nem muito menos monopólio dos advogados. Suas explicações são multidisciplinares, pelo que podem ser examinados, seguindo

(*) Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais.

diversas perspectivas: a) históricas; b) filosóficas; c) religiosas; d) legais; e) sociais; f) culturais; g) política e h) econômicas.

Em cada uma dessas áreas devemos realizar as necessárias combinações, entre os aspectos conceituais e práticos. É preciso realizar as aproximações entre os direitos humanos e cada uma dessas disciplinas. Os direitos humanos são “multidisciplinares”, por essência. O pensamento histórico, as modificações constitucionais, as diversas correntes filosóficas, os ensinamentos religiosos, os princípios legais, bem como a vida social, cultural, política e econômica mantêm interligações entre os diversos sistemas de direitos humanos. Os direitos humanos não podem ser compreendidos, de maneira isolada.

C. G. Weeramantry, em artigo apresentado no “Internacional Seminar of Teaching of Human Rights” (United Nations, Geneva, 5-7 December, 1.988), dedicado aos estudos dos direitos humanos, apresenta critérios sob os quais podem ser estudados os direitos humanos. Não devemos, no seu entendimento, ensinar o atual conteúdo dos direitos do homem, mas entendê-los. É preciso apreciá-los, de maneira profunda. Os cidadãos devem encorajar os estudos e a prática dos direitos humanos. Indagar a razão da existência deles, suas justificações e qual a utilidade dos mesmos.

Não se deve apenas discutir os direitos humanos e suas violações, em termos apenas de suas origens, mas torna-se necessário consagrar medidas para sua efetivação. Os discursos sobre os direitos humanos têm sido efetivados, em grande parte, em alguns sistemas legais. Nem todas as comunidades têm dado relevância à teoria dos direitos humanos, nem dedicado suficiente apreço no ensino deste assunto. É importante, no ensino dos direitos humanos, que se reconheçam as instituições que denegam os direitos do homem. Existem lugares, em que o desrespeito aos direitos humanos, constitui fonte para denegrir o próprio sistema legal, nos seus aspectos estruturais e conceituais, com repercussões no sistema administrativo, no religioso, no educacional, no de comunicações e no industrial.¹

A Academia de Direito Internacional, através de seu “Centre de droit international”, dedicou-se ao tema geral, da proteção internacional dos direitos do homem. Entendeu-se que não havia apenas um sistema de proteção dos direitos humanos, mas diversos sistemas concretos, variados, criados e aceitos pelos Estados.

Diversos sistemas internacionais de proteção são consagrados no direito internacional convencional ou costumeiro. Os mais importantes foram instaurados por algumas Convenções internacionais, como: a Convenção Européia dos Direitos do homem, de 4 de novembro de 1.950; a Convenção concernente a luta contra a discriminação no domínio do ensino, de 14 de dezembro de 1960; a Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial,

¹ WEERAMANTY, C. G. *The Teaching of Human Rights* (Hayden Starke Professor of Law, Faculty of Law, Monash University, Austrália. This article was first presented at the International Seminar of the Teaching of Human Rights, United Nations, Geneva, 5-7, December, 1988. Sri Lanka Journal of International Law. Publicação da Faculty of Law and the Department of International Relations of the University of Colombo, Sri Lanka, Vol. I, junho, 1989, pp. 79 e ss.

de 21 de dezembro de 1965; os pactos relativos aos direitos do homem, de 16 de dezembro de 1.966; a Convenção Americana, relativa aos direitos do homem, de São José, de 22 de novembro de 1.969.²

Muitos documentos compõem outros sistemas, como os concernentes aos estrangeiros, às vítimas de guerra (Convenção de Genebra), aos trabalhadores (Convenções da O.I.T.) e muitas outras manifestações que foram ampliando e aplicando as diversas maneiras de resguardo e proteção dos direitos humanos.

Os trabalhos que surgiram procuram estabelecer as diversas variáveis que caracterizam cada sistema de proteção, bem como seu conteúdo específico. São apontados quatro variáveis, indispensáveis para definir determinado sistema de aplicação:

- 1 - Quem protege, isto é, a determinação do órgão protetor;
- 2 - Quem é protegido, corresponde à determinação das pessoas protegidas;
- 3 - Em que, consiste a definição dos direitos protegidos;
- 4 - Como, é o problema dos meios e métodos de proteção.³

A determinação do órgão protetor encontra-se, primeiramente, nos termos da soberania nacional, efetivada no Estado no qual a pessoa protegida é domiciliada. Pode ocorrer, também, por intermédio de um terceiro Estado determinado ou não, bem como por meio de uma organização internacional governamental ou não governamental.

O protetor inicial dos direitos do homem deve ou deveria ser, pelo menos, ser, o Estado sobre o território no qual o cidadão se encontra, debaixo da submissão à ordem jurídica consagrada. Henri Rolin, em 1.950, em *La Haya*, disse: o primeiro modo de proteção dos direitos individuais, contra os atos ilícitos de órgãos ou agentes estatais, é o recurso aos órgãos de controle interno.

É uma prerrogativa da soberania territorial, assegurar uma ordem jurídica que confere aos particulares, nacionais ou estrangeiros, os direitos e liberdades fundamentais. Os vários textos, relativos aos direitos do homem, estabelecem para os Estados que os subscreve, a obrigação de outorgar aos particulares recursos efetivos na ordem interna, em caso de violação dos direitos protegidos (Declaração Universal, art. 8º; Convenção Européia, art. 13; Pacto internacional dos direitos civis e políticos, art. 2, § 3º; Convenção sobre a discriminação racial, art. 6; Convenção sobre a discriminação religiosa, art. X; Convenção de San José, art. 27, § 1.

² TRAVIESO, Juan Antonio. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones Consultivas y Fallos. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.996.

³ J. A. SALMON, Jean. *Essai de Typologie des Systemès de Protection des Droits de L'Homme, em La protection internationale des droits de l'homme*. Obra Coletiva. Centre de droit international de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles (Centre Henri Rolin), Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelas, 1.977, p. 174.

Em certos momentos, o objeto da regra é resolver um conflito de jurisdição, entre a ordem interna e a ordem internacional. Pode ocorrer a dupla proteção, através do direito interno e do direito internacional, em decorrência de simultânea violação, em ambas as ordens jurídicas.

A proteção da humanidade é uma instituição jurídica, que na comunidade internacional dos Estados, visa proteger todos os indivíduos, qualquer que seja sua nacionalidade, principalmente os direitos fundamentais, que decorrem da própria natureza do ser humano, antes mesmo de que ele faça parte de uma sociedade política. A proteção da humanidade é independente de todo reconhecimento escrito, em decorrência de seu caráter fundamental e inalienável, proveniente de certas prerrogativas inerentes à natureza humana. Ela não se confunde com o que normalmente se entende como proteção internacional dos direitos do homem, que corresponde apenas aos direitos expressamente reconhecidos pelos textos internacionais.

O conteúdo da noção ou a determinação dos direitos protegidos parte, em princípio, do reconhecimento de dois pressupostos essenciais: a vida e a liberdade. No momento em que o legislador interno objetiva garanti-los, ele deverá considerar como uma espécie de um terceiro direito humano, o princípio da legalidade.

O “direito de ação”, em virtude dos dispositivos da Convenção Européia dos Direitos do Homem,⁴ constitui um aspecto fundamental do Direito Processual Internacional.

A Convenção de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1.950, para entrar em vigor no dia 3 de setembro de 1.953, é caracterizada pelo mecanismo judiciário, que ela instituiu, no plano europeu, com o objetivo de assegurar a garantia coletiva de certos direitos, considerados como fundamentais a toda sociedade democrática. Consagra a todas as pessoas, a jurisdição das “garantias democráticas”, independentemente da nacionalidade e de sua residência.

O preâmbulo da Convenção ressalta o papel dos meios para atender a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

O direito a um recurso individual é a pedra angular do sistema previsto pela Convenção, como a inovação mais importante, consagrada no domínio do direito das gentes. O direito de ação dos particulares (artigos 25 e 48 da Convenção), assenta-se na insuficiência de uma ação, exclusivamente reservada aos Estados, fosse eficaz apenas na proteção diplomática. Ela não é suficiente para assegurar a proteção eficaz dos direitos do homem, muitas vezes, vítima desconhecida de seus próprios governos.

⁴ MÜLLER-RAPPARD, Ekkehart. *Le Droit d'Action en Vertu des Dispositions de la Convention Européenne des Droits de L'Homme*, em *La protection internationale des droits de l'homme*, ob. cit., pp. 31 e ss; GOMIEN, Donna. *Vade-mecum de la Convention européenne des Droits de l'Homme*. Conseil de l'Europe. Les éditions du Conseil de l'Europe. Collection Documents européens. Strasbourg, 1.996.

Quanto à sua natureza, o direito de ação dos particulares, nos termos do artigo 25, caracteriza-se como uma demanda, que não se configura apenas como direito de petição. O requerente individual deve ser vítima de uma violação de direitos, garantidos pela Convenção. O exercício do direito configura-se em um recurso individual, de um titular desse direito. Toda pessoa física, toda organização não governamental ou grupos de particulares, que são vítimas de violação, por uma das Altas Partes Contratantes dos direitos reconhecidos pela Convenção, têm direito de agir. Esta fórmula faz abstração das noções de nacionalidade, residência e capacidade de estar em juízo, pelo que estes direitos tutelam, também, o menor, o apátrida, o alienado e o detento.

O direito de ação, no sistema europeu, considerado como “direito de recurso individual” é da maior importância, para o sistema criado pela Convenção. Mas o recurso individual, em virtude da Convenção, está submetido a condições muito estritas.

O direito a um recurso efetivo, perante a autoridade nacional competente, nas Convenções internacionais, relativas à proteção dos direitos do homem, tem suas origens e fundamentos no artigo 8, da Declaração Universal dos Direitos do Homem: toda pessoa tem o direito a um recurso efetivo, perante as jurisdições nacionais competentes, contra os atos que violam os direitos fundamentais que são reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

A Convenção Européia dos Direitos do Homem, consagrando a proteção dos direitos do homem na ordem jurídica internacional, aboliu a distinção radical entre ordem interna e ordem internacional, sobre a qual estava fundado o Direito internacional clássico. O direito europeu, no que toca aos direitos do homem, visa assegurar em nome dos valores comuns e superiores do Estado, a proteção dos interesses dos indivíduos. Essa idéia, de uma ordem comum, passou a dar plenos efeitos aos direitos e liberdades da pessoa.

Os direitos do homem identificam a pessoa humana em seu caráter objetivo, desde que eles não são atribuídos aos indivíduos, com base em um estatuto jurídico particular revogável, mas na própria qualidade de pessoa humana. O CEDH apresenta o caráter, que a Comissão reconheceu, expressamente, na decisão Áustria/Itália, de 11 de janeiro de 1961: as obrigações subscritas pelos Estados contratantes, na Convenção, têm essencialmente, caráter objetivo, desde que eles visam proteger os direitos fundamentais dos particulares contra as manifestações dos Estados contratantes, atentatórios a estes direitos. O caráter objetivo do sistema convencional transcende os interesses estatais e cria a *solidariedade* comum.

Conforme a Convenção de Viena, de 23 de maio de 1969, sobre o direito dos tratados, a violação, mesmo substancial, por um Estado parte, de uma convenção dos direitos do homem, de disposições relativas à proteção da pessoa humana, não autoriza às outras partes contratantes, a por fim ao tratado ou suspender sua aplicação. A inexecução das disposições protetoras, pode prejudicar os indivíduos.

A *aplicabilidade direta* da Convenção européia tem sua especificidade, decorrente de seu caráter objetivo, de convenção protetora dos direitos individuais. O caráter diretamente aplicável (*self-executing*), da norma convencional deve ser preciso. A aplicabilidade direta envia ao

direito público interno dos Estados, e supõe que a regra internacional não necessita, para ser seguida, de ser introduzida na ordem interna, por uma disposição especial. A Convenção europeia não impõe a integração da mesma no direito interno.

Quanto ao *exercício dos direitos*, o caráter objetivo das normas subscritas pelos Estados parte da Convenção. Surge igualmente, no mecanismo erigido pela Convenção, para garantir o exercício efetivo desses direitos e seu respeito. O mecanismo de controle repousa sobre a noção de *garantia coletiva*. Nos termos do Preâmbulo do Estatuto do Conselho da Europa, bem como o da Convenção, o respeito aos direitos dos homens e das liberdades fundamentais fazem parte do “patrimônio comum ideal e das tradições políticas” dos Estados membros do Conselho da Europa. Tratando-se de um patrimônio comum, a Convenção encarrega os Estados contratantes de assegurar, coletiva e solidariamente a salvaguarda dos direitos enunciados. Essa garantia coletiva e solidária é confiada aos Estados e aos indivíduos. O direito de ação estatal é consagrado pelo artigo 24 da CEDH, que autoriza todo Estado contratante a permitir que a comissão possa atuar em todos os casos em que haja ofensa à Convenção, por um outro Estado parte. A convenção europeia derogou os princípios fundamentais do direito internacional clássico.

O princípio da competência nacional e exclusiva, representado pela proteção diplomática, segundo o qual a vinculação nacional efetiva do indivíduo a um Estado determinado, autoriza uma eventual proteção (CPJI, *arresto Mavrommatis*, 30 de agosto de 1924). A CEDH dá origem a obrigação de os Estados contratantes a compromissos, nos quais a execução não está submetida ao princípio da reciprocidade. O Estado parte não é obrigado apenas a garantir os direitos protegidos para seus próprios nacionais, mas, também, a todos os indivíduos que estão sob sua jurisdição, qualquer que seja sua nacionalidade. Este processo é uma ruptura, no plano teórico, com a proteção diplomática tradicional.

A Convenção europeia consagra, com destaque, o princípio da não ingerência nos negócios interiores (Declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 24 de outubro de 1970, sobre os princípios que devem reger as relações de amizade entre os Estados).

O direito de ação individual consagra a titularidade de direitos e obrigações, conferidos pela Convenção internacional protetora dos direitos do homem, pelo que o indivíduo pode agir diretamente, por meio de procedimentos adaptados, para fazer prevalecer os direitos aos beneficiários e de fazer respeitar o exercício efetivo. A Convenção europeia, em seu artigo 25, confere ao indivíduo um direito de ação direta. Os recursos contenciosos, mencionados nas duas convenções regionais, distinguem as simples previsões, consagradas por outros instrumentos protetores dos direitos do homem. No plano universal a Convenção de 21 de dezembro de 1965, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e o Protocolo facultativo, referem-se ao Pacto internacional dos direitos civis e políticos, de 16 de dezembro de 1966. O direito ao recurso individual tornou-se a pedra angular do mecanismo de salvaguarda instaurado pelo CEDH. A multiplicidade de recursos individuais, facilitados pela gratuidade do processo perante os órgãos de Strasburg e a instauração do sistema de assistência judiciária, deu origem a uma multiplicidade de processos.

A soberania passou por profundas transformações, tendo em vista ser a Convenção europeia, um instrumento convencional de caráter obrigatório. Ele reflete a vontade dos Estados a se engajar, de maneira explícita, no domínio dos direitos humanos e repousa sobre o consentimento definitivo do Estado, expresso pela ratificação (art. 66). A necessidade de um instrumento convencional multilateral, em obter a aceitação dos Estados, levou as novas reflexões sobre as soberanias estatais.

A modulação das participações estatais, opera-se por reservas e disposições facultativas, que conferem a um instrumento convencional (Convenção ou Protocolo). As disposições facultativas compreendem, primeiramente, a aceitação de cláusulas facultativas de aceitação da competência das Comissões (art. 25) e da Corte (art. 46), inspirados na cláusula facultativa de jurisdição obrigatória do Estatuto da CIJ (Art. 36, § 2). Estas disposições sobre o respeito das soberanias nacionais, justificam o controle do respeito da Convenção ao consentimento dos Estados.

A Convenção europeia dos direitos do homem, como a Convenção americana, criam um instrumento internacional de proteção aos direitos do homem. O processo de controle compreende três fases: o recebimento da reclamação, a conciliação e a decisão de fundo. O processo perante a Corte, a decisão de fundo e a execução das decisões levam as questões sobre: a formação do julgamento, o caráter contraditório e à decisão (a constatação da violação, a obrigatoriedade da decisão, sua definitividade e a reparação, com temas sobre o caráter subsidiário da reparação e as modalidades de reparação. A execução da decisão leva aos estudos sobre a solução política, o procedimento, a decisão e a sua execução.

Os direitos garantidos ou protegidos são enunciados pela Convenção, no Título I e nos Protocolos 1, 4, 6 e 7. Eles tratam dos direitos individuais, dos quais o indivíduo é titular. Vinham, esses direitos, assegurar a integridade da pessoa, no que se refere ao aspecto físico e moral, considerados como direitos intangíveis: direito à vida; direito de não ser submetido à tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes; direito de não ser colocado em estado de escravidão ou servidão. O Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, a Convenção europeia e a Convenção americana dos direitos do homem acordaram-se em estipular que estes direitos não podem ser jamais suprimidos ou limitados. Convém ressaltar, ainda, a não retroatividade da lei penal, que como outros princípios constituem atributos inalienáveis da pessoa humana. A CEDH é uma carta viva de direitos e liberdades, que veio acompanhada de ações intergovernamentais, protocolos adicionais, convenção contra a tortura, que se destaca pelo seu aspecto pretoriano.⁵

As reflexões sobre a Comunidade europeia e a Convenção europeia dos direitos do homem, como organizações de integração, revelam que elas foram beneficiadas pela transferência de competências de seus Estados membros. A proporção que certos Estados passaram a aceitar a Convenção europeia dos direitos do homem, com a utilização de suas competências, submetiam-se as obrigações decorrentes da mesma.

⁵ SUDRE, Frédéric. *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*, Coleção "Que sais-je?", nº 2513, Presses Universitaires de France, Paris, 1.992, 2ª edição.

As relações entre a Convenção e o Direito comunitário têm levantado questões sobre o confronto das compatibilidades entre os atos comunitários, com os direitos do homem, particularmente com os direitos garantidos pela Convenção. Ressalte-se, a posição da Corte de Strasbourg, no que toca as relações entre os atos comunitários e os atos nacionais, apreciados pelo Direito comunitário.

A Convenção europeia do direitos do homem não dispõe de um estatuto particular, em matéria de Direito comunitário. Na declaração comunitária, de 5 de abril de 1.977, o Parlamento europeu, o Conselho e a Comissão, reconheceram a importância primordial, no que toca ao respeito dos direitos fundamentais, como resultantes das constituições dos Estados membros, como da Convenção europeia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Esta declaração não visou incorporar a Convenção na ordem comunitária. Também o preâmbulo do Ato Único europeu, ressaltava que os signatários decidiram promover a democracia, sobre as bases dos direitos fundamentais, reconhecidos nas constituições e leis dos Estados membros, na Convenção da salvaguarda dos direitos fundamentais e na carta social europeia, especialmente a liberdade, a igualdade e a justiça social.

A adesão da Comunidade à Convenção foi muito discutida, principalmente no *memorandum* da Comissão, de 4 de abril de 1979. O Tratado de Maastricht, estipulou que a União respeitaria os direitos fundamentais, na medida que fossem garantidos pela Convenção europeia, de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Estão baseados, também, nas tradições constitucionais comuns dos Estados membros e nos princípios gerais do Direito comunitário.

2. OS PRINCÍPIOS E OS MECANISMOS DA CONVENÇÃO. REGRAS, MÉTODOS E PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM.

A Convenção europeia de salvaguarda dos direitos do homem tem propiciado diversos estudos, decisões e comentários sobre seu significado e aplicação. As decisões da Comissão e da Corte europeia, as manifestações das jurisprudências nacionais dos Estados membros, referentes à Convenção europeia, têm acarretado a necessidade de estudos científicos por seus membros, pelos universitários e os praticantes, sobre o desenvolvimento dos trabalhos da Convenção, no interior de cada disposição do tratado, devido a jurisprudência evolutiva e dinâmica dos órgãos de Strasbourg. A adesão ao Conselho da Europa, por parte de novos Estados membros da Europa central e oriental, demonstra que os juristas dessas partes e de outras, devem apreender, cada vez mais, os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, para consolidar, nestes países, o processo democrático. Existem contradições entre escolas de Direito e os sistemas, mas a tendência, para certa harmonização está presente. A vocação da Convenção é criar uma filosofia humanista, a serviço da justiça e da dignidade da pessoa, que se efetivará, progressivamente, com a compreensão da extensão dos direitos protegidos, inclusive pelos protocolos adicionais, que respondem as aspirações dos povos europeus.⁶

⁶ PETTITI, Louis-Edmond (direction). DECAUX, Emmanuel. IMBERT, Pierre-Henri. *La Conven-*

O sistema de controle de Strasboug propiciou rica jurisprudência, transformando a Convenção europeia em documento fundamental, para a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, circunstância que gerou critérios interpretativos complexos.

O colóquio do Centro de direito internacional (CEDIN), de Nanterre, consagrado à prática jurídica francesa, no domínio da proteção internacional dos direitos do homem, propiciou contribuições dos autores de várias procedências, como de juizes da Corte europeia de direitos do homem e membros da Comissão europeia de direitos do homem, magistrados e funcionários europeus, “experts”, diplomatas e universitários, com destaque para a doutrina francesa da Convenção europeia dos direitos do homem, que ultrapassou as fronteiras nacionais, com numerosas contribuições francofonas, bem como das de língua inglesa e alemã.

A Convenção europeia de direitos do homem, que passou a vigorar em 1.953, é considerada como “patrimônio comum” das liberdades democráticas da grande Europa, reunindo trinta Estados partes, que vão desde a Islândia à Bulgária e de Portugal à Finlândia. A jurisprudência da Corte e da Comissão europeias dos direitos do homem é permanente instrumento de enriquecimento da concepção das liberdades fundamentais. Em cada ordem interna, criando uma verdadeira “ordem pública europeia”, consolida-se por meio da jurisprudência estrasburgueana, um sistema de controle, que se verifica em seus aspectos políticos, jurídicos e técnicos. O Protocolo nº 11, da Convenção, assinado pelos Estados membros do Conselho da Europa, em maio de 1.994, tornou possível a reforma radical do sistema, no que se denomina “Europa do direito”.

Os Estados membros do Conselho da Europa ou os Estados partes aceitaram as disposições da Convenção europeia dos direitos do homem, como indissociáveis à plena participação da “família europeia”, que constitui a organização de Strasburg, com a participação dos novos componentes vindos da Europa central como a Hungria, 6 de novembro de 1.990; Checoslováquia, 21 de fevereiro de 1.991; a Polônia, 6 de novembro de 1.991; a Bulgária, em 7 de maio de 1.992; a Estónia, a Lituania e Eslovenia, em 14 de maio de 1.993; a Rumania, em 7 de outubro de 1.993. Assinaram a Convenção, no momento de sua adesão ao Estatuto do Conselho, para ratificar, após um breve período de adaptação, a Checoslováquia (18 de março de 1.992); a Bulgária (7 de setembro de 1.992); a Hungria (5 de novembro de 1.992); a Polónia (9 de janeiro de 1.993); a Rumânia (20 de junho de 1.994) e a Eslovênia (24 de junho de 1.994). Estes marcos constituem a “história legislativa” da Convenção, após quarenta anos depois de entrar em vigor a Convenção, de 3 de setembro de 1.953.

A história legislativa da Convenção vem acompanhada de substanciais mudanças conceituais, após longos períodos de maturação. Estas transformações construíram um sistema inédito, colocando em discussão o primado da soberania nacional, em confronto com a opinião europeia.

tion Européenne des Droits de L'Homme. Commentaire article par article. Préface de Pierre-Henri Teitgen, Secrétariat de rédaction: le Centre de droit international de l'Université de Paris X Nanterre, CEDIN, Economica, Paris, 1.995.

As origens da Convenção estão vinculadas a escolha de princípio, que gerou uma série de compromissos. A idéia da proteção regional dos direitos do homem assenta-se sobre dois grandes movimentos de opinião, que ocorreram após a segunda guerra mundial: o militantismo em torno dos direitos humanos e a idéia européia.

A luta pelos Direitos do Homem tem grande significado a partir de 1.945, quando as Nações Unidas procuram realizar a cooperação internacional, com o encorajamento pelo respeito aos direitos dos homens e as liberdades fundamentais para todos (artigo 1º). A preocupação com o princípio do “respeito universal e efetivo dos direitos do homem e as liberdades fundamentais”, é repetida no artigo 55, com intenção programatória. Após 1947, quando foi colocada em vigor, em virtude do artigo 68 da Carta, a Comissão de direitos do homem deveria elaborar a “Declaração universal dos direitos do homem”, adotada por uma Resolução da Assembléia Geral e votada em Paris, em 10 de dezembro de 1.948. A necessidade de instrumentos jurídicos e de mecanismos de controle eficazes, levou a dois “Pactos das Nações Unidas”, para completar a “Carta de Direitos do Homem”.⁷

A existência da autoridade política européia, já realçada pelo Preâmbulo da Convenção, surge como instrumento que traduziria a vontade dos Estados europeus, por meio de medidas para assegurar a garantia coletiva de certos direitos enunciados na Declaração universal, sublinhando-se a existência de um patrimônio comum ideal e de tradições políticas, concernentes ao respeito da liberdade e a preeminência do direito.

A construção européia foi marcada por um dinamismo excepcional, com iniciativas políticas, fundadas no patrimônio comum das idéias que foram sendo lançados. Essa criação provem de várias iniciativas e momentos como os discursos de Winston Churchill (19 de setembro de 1.946, em Zurich e 14 de maio de 1.947), no “Congresso da Europa”, em La Haya, de 7 a 10 de maio de 1.948. Estas reuniões contêm os germens da futura organização pluralista do continente, por meio do Conselho da Europa e da Comunidade européia, quando foram organizadas três Comissões (política, econômica e cultural). Naquela ocasião surgem as teses federalistas e a Comissão política, presidida por Paul Ramadier, que provocaria a reunião da “Constituinte européia”. De conformidade com o artigo 5 da Resolução política, a futura Assembléia européia previa a criação de uma Corte de Justiça, dedicada a aplicar as sanções necessárias, para ser respeitada. Cada cidadão europeu poderia fazer respeitar pela Corte de justiça européia, seus direitos fundamentais, eventualmente violados por uma justiça nacional. Ao mesmo tempo, propunha-se a criação de uma Corte suprema, para fazer acatar pelos Estados, a Declaração de direitos do homem. A Resolução determinava que os Estados membros da União européia dariam

7 MARIE, J. B. e QUESTIAN N., em *La Charte des Nations Unies*, de J.-P. Cot e A. Pellet, Economica, 1.991, 2ª edição; PHILIP, O. *Le problème de Union Européenne*, La Baconnière, 1.950; DECAUX, Emmanuel. *Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*, Coleção “Que sais-je?”, n° 2.661, PUF, 1.992; DECAUX, Emmanuel. *La genèse de la Déclaration universelle des droits de l’homme*, em Bulletin de Association René Cassin, n° 10, maio, 1989; BOSSUYT, M. *Guide to the “travaux préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nijhoff, 1.987; DECAUX, E. *La mise en vigueur du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, RGDIP, 1.980, n. 2.

um caráter juridicamente obrigatório, às decisões de uma Corte suprema, órgão de controle judiciário, acerca do respeito pelos governantes, dos direitos individuais fundamentais.

O Congresso de Bruxelas, em fevereiro de 1949, com a elaboração de um projeto de “Corte europeia de direitos do homem”, é um passo importante.

A ação diplomática, ao lado de outras iniciativas, completa os esforços dos governos europeus, em torno da cooperação em todos os domínios. Os Estados passaram a negociar o crescimento do “Pacto de Bruxelas”, firmando, em 17 de março de 1948, que associava os dois aliados do tratado de Dunquerque de 1947 (França e Reino Unido), com os três membros do Benelux (Bélgica, Países-Baixos e Luxemburgo). Pelo Preâmbulo do Pacto, os cinco Estados afirmaram a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, bem como outros princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, confirmando a defesa dos princípios democráticos, as liberdades cívicas e individuais, as tradições constitucionais e o respeito à lei, que configurariam o patrimônio comum.

No Comitê consultivo, reunindo os ministros dos Negócios estrangeiros dos cinco membros do Pacto de Bruxelas, devido uma iniciativa franco-belga, apesar da oposição britânica, sobre a criação do Conselho da Europa. Posteriormente em conferência ocorrida em Londres, foram convocados a Irlanda, Itália, Dinamarca, Noruega e Suécia, ocasião em que a Suíça declinou do convite, em nome da neutralidade. A conferência diplomática concluiu-se pela assinatura do Estatuto do Conselho da Europa, em 5 de maio de 1949. Na mesma ocasião, houve a admissão da Islândia, da Grécia e da Turquia.

O Preâmbulo do Estatuto, baseado nos valores espirituais e morais, considerados como patrimônio comum de seus povos, são a origem dos princípios da liberdade individual, da liberdade política e da preeminência do direito, sobre os quais estão assentados toda verdadeira democracia. Os Estados membros consagram, em seu artigo primeiro, que têm como finalidade, a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

A estrutura do Conselho da Europa passou a ser assentada em dois órgãos: um Conselho de Ministros (reunindo os Ministros dos Negócios estrangeiros ou seus representantes) caracterizado pela tradição de conferência intergovernamental e uma Assembléia Consultiva, representada pelos Parlamentos nacionais. O Comitê de Ministros fixou a ordem do dia para a primeira sessão da Assembléia, prevista para 10 de agosto ou 8 de setembro de 1949, em Strasburg. A Irlanda apresentou proposta que objetivava consagrar a defesa dos direitos fundamentais, civis e religiosos do homem à “comissão preparatória do Conselho da Europa”.

A primeira sessão do Comitê de Ministros, de 9 de agosto de 1949, em Strasburg, sob a presidência de Paul-Henri Spaak, apreciou a emenda britânica de “Definição, salvaguarda e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.” Robert Schuman entendeu que seria prematuro destacar a questão da salvaguarda e do desenvolvimento dos direitos do homem, desde que as Nações Unidas já haviam se ocupado do problema. Entendeu-se que

não era necessário fazer nova declaração, mas criar uma Corte de Justiça, desde que as declarações, puramente verbais, estavam desacreditadas. O importante seria estabelecer meios rápidos e eficazes de cumprir a declaração de direitos do homem, com previsão de sanções jurídicas definidas.

A Convenção europeia resultou de vários trabalhos preparatórios, com reuniões entre a Assembléia consultiva e o Comitê de Ministros, com exames dos pontos técnicos das Comissões de especialistas. O projeto deu início ao movimento europeu, com os primeiros trabalhos da Assembléia Consultiva. A Comissão jurídica da Assembléia estabeleceu uma lista de direitos, com referência aos artigos pertinentes da Declaração universal, expressamente citados no projeto. Precisava, igualmente, os mecanismos de “garantia coletiva” desses direitos e a possibilidade de pleitos individuais, sendo necessário a criação da Corte europeia.

A Comissão de justiça propunha a criação do “controle jurisdicional em duas etapas”, com uma primeira fase de investigação e conciliação, seguida de recurso a uma verdadeira jurisdição, com a criação da Corte de Justiça europeia. Além de responder os pressupostos da justiça internacional, entendia-se que a Corte europeia aplicaria as convenções aceitas pelos membros do Conselho da Europa, para garantir, reciprocamente, as liberdades e direitos fundamentais, que fariam parte do patrimônio comum. Debateu-se os litígios entre os Estados membros do Conselho da Europa, que seriam examinados perante a Corte permanente de justiça internacional. Ao mesmo tempo evocava-se a noção de “soberania”, em que não se daria competência a uma jurisdição europeia para controlar as legislações internas, os atos executivos ou judiciais dos governantes da Europa.

Após longos e minuciosos debates na Assembléia, em 8 de setembro de 1949, os projetos elaborados pela Comissão foram adotados, por 64 votos, um contra e 21 abstenções.

Os trabalhos dos Comitês de Ministros, em 5 de novembro de 1949, realizaram, uma vez mais, a discussão sobre a oportunidade de convocar uma reunião de especialistas dos Estados membros. Invocando-se os trabalhos das Nações Unidas, a Comissão de direitos do homem deveria elaborar um texto definitivo, em 1.950.

Diversas propostas e reuniões dedicam-se às formas de elaboração de mecanismo prático e eficiente de proteção jurisdicional, como essencial. As noções de soberania, reforçada pelas diferenças de civilização e de ideologia, sob o plano europeu, seriam superadas. No direito interno, a salvaguarda do direito era condicionada pela existência de tribunais nacionais. Deveria ser dado ao indivíduo o livre acesso à Corte.

A adoção definitiva do Projeto da Convenção, no seio desses trabalhos, em diversas etapas, constava de reunião da Comissão das questões jurídicas da Assembléia parlamentar, que reuniu-se em 23 e 24 de junho de 1.950, para breve debate. Opoz-se à inserção na Convenção, de um artigo assegurando a proteção dessas instituições, pois tal determinação fugiria ao quadro da mesma. Dever-se-ia apoiar no artigo 21 da Declaração universal, que tratava de maneira específica, sobre os direitos e liberdades políticas do indivíduo.

Concluiu-se que os direitos do homem, não se esgotariam, em vagas, generalidades, mas que poderiam ser sancionados perante uma Corte de Justiça.

As etapas da Convenção consolidaram-se na decisão de assina-la, em Roma, sendo que a assinatura solene ocorreu em 4 de novembro de 1950, no palácio Barberini, sob a presidência do Conde Sforza. O pleno desenvolvimento do sistema, não apenas entrou em vigor com a aprovação da convenção, mas, também, por meio da aceitação progressiva de mecanismos facultativos. As ratificações da Convenção por parte do Reino Unido (1951), da Noruega, Suécia e Alemanha (1952), Irlanda, Grécia, Dinamarca, Islândia e Luxemburgo (1953), Turquia e Países Baixos (1954), Bélgica e Itália (1955), Áustria (1958), Chipre (1962), Malta (1967), consolidam o processo. A ratificação francesa ocorreu em 3 de maio de 1974, da Suíça e o retorno da Grécia (28 de novembro de 1974). Novas ratificações vêm em 1978 (Portugal), Espanha (1979), Filândia (1.990).

A Convenção inovou quando ocorreu a aceitação específica, por parte dos Estados, com o compromisso elaborado no seio do Comitê de Ministros, inclusive no que se refere às declarações facultativas. Os “protocolos d’amendement”, modificando as disposições da Convenção, utilizam, também, os “Protocolos adicionais”, acrescentando disposições facultativas, consubstanciados nos Protocolos de números 2, 4, 5, 6, 7, 8 e 9.

Ao lado do desenvolvimento do contencioso, ocorreu a adaptação dos mecanismos de garantia dos direitos, desde suas origens, com emendas pontuais e Protocolos. As transformações jurídicas consolidam-se, também, pelo Protocolo nº 11, de 11 de maio de 1.994.

Os princípios e os mecanismos da Convenção têm sido objeto de reflexões por parte, também, de juizes da Corte europeia de direitos do homem,⁸ que realçam as lições de quarenta anos de aplicação da Convenção. Identificam os valores que inspiraram a Convenção europeia, inclusive com aqueles que emergem no tempo, os princípios cujas origens são substituídas e os que aparecem a partir de 1960. Neste período surge a oposição entre a teoria marxista-leninista dos direitos do homem e a doutrina humanista europeia, até 1989. A desagregação do Império soviético e o abandono da doutrina marxista dos direitos do homem, reforça o sistema da Convenção europeia, que atrai os novos Estados da Europa central e oriental.

As idéias que orientaram o Conselho da Europa, condenação do totalitarismo e salvaguarda das democracias, permaneceram presentes. A Europa da Convenção passou, no pós guerra, por vários perigos, ao lado de crescente tendência à prosperidade econômica, aparentemente, sem maiores perigos para os direitos do homem, em 1.990.

Os autores da Convenção e os governantes, pouco confiantes nas virtudes da democracia, entendiam que os recursos individuais seriam raros, chegando-se, mesmo, a pensar que a

⁸ PETTITI, Louis-Edmond. *Juge à la Cour européenne des droits de l’homme. Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention de l’ideal de 1950 à l’humble réalité d’aujourd’hui*, em La Convention Européenne des Droits de L’Homme, ob. cit., pp. 27 e ss.

criação de uma Corte seria inútil. O recurso individual tornou-se o único mecanismo de controle.

Os grandes fenômenos sociais agravaram-se com: a droga, o proxenetismo, a máfia do crime, as experimentações sobre as pessoas, as políticas de saúde pública, a situação das minorias ou dos refugiados, que não eram objeto de exame exaustivo. Nova categoria de pessoas a proteger, surge na Europa, fugindo às definições clássicas do direito internacional.

A situação real dos direitos do homem deveria passar por corretivos, por meio de recursos interestatais, para combater as violações massivas e sistemáticas dos mesmos.

Os princípios diretores da Convenção podem ser percebidos pelos trabalhos preparatórios. O Preambulo da Convenção, em 1950, mostrava que os Estados deveriam ser mais pragmáticos e menos idealista. Inscreveram na Convenção europeia os princípios, situando-os nas perspectivas de futuras realizações, em decorrência de suas possibilidades. Os governantes dos Estados europeus, animados pelo mesmo espírito e em decorrência de patrimônio comum ideal e de tradições políticas, acerca da liberdade e da preeminência do direito, tomaram as primeiras medidas para assegurar a garantia de certos direitos enunciados na Declaração universal. Quanto aos direitos sociais, mais tarde, adotou-se uma Carta social europeia, sem que sua justiciabilidade seja plenamente, ainda hoje, reconhecida.

Nos primeiros anos de aplicação, os órgãos de controle examinaram aspectos de seu lugar no Direito internacional público. Elaborou-se uma jurisprudência, dando à Convenção um caráter declaratório. Não se apresentou como um direito *sui generis*, no sentido de ser reconhecido pelo tratado de Roma-CEE, mas de um direito comunitário, dotado de aplicação direta e comum aos Estados membros da comunidade. A Convenção, por seu Preambulo e Artigo 1, salienta a primazia que ele deve ter sobre os acordos bilaterais ou multilaterais, quando se trata do respeito aos direitos fundamentais. O artigo 1, diz que as Altas Partes Contratantes reconhecem a toda pessoa, como relevante, uma jurisdição dos direitos e liberdades definidos no Título I da Convenção.

No caso *Austria v. Itália*, a Comissão teve a ocasião de se pronunciar, sobre os princípios diretores da Convenção. Acrescentou que as obrigações subscritas pelos Estados contratantes da Convenção, tem caráter objetivo, visando proteger os direitos fundamentais dos particulares contra as investidas dos Estados contratantes. A noção de garantia coletiva está no coração da Convenção. O engajamento coletivo e solidário dos Estados, propiciou que a Convenção inscrevesse como obrigação positiva, a cargo dos Estados, assegurar a salvaguarda dos direitos fundamentais. A regra clássica da reciprocidade das negociações internacionais bilaterais não foi incorporada ou aplicada, no que toca o respeito dos direitos do homem. A Convenção colocou os direitos do homem como normas de referência ou normas superiores às leis nacionais, na medida em que estas são incompatíveis com os direitos garantidos.

A legitimação do sistema receberia garantia por parte de interpretação autônoma, de órgão jurisdicional europeu. Tem a Convenção caráter declaratório, esclarecido por parte do pro-

cesso interpretativo. As preocupações em torno da segurança jurídica, surgem, inclusive, quando se examina o direito interno, frente à Convenção, em decisões da Corte, frente a legislação nacional e sua compatibilidade frente à Convenção.

O caráter objetivo e declaratório do mecanismo da Convenção, implica igualmente seu caráter subsidiário, que corresponde a uma obrigação de seguridade jurídica, inclusive para os Estados signatários. A Corte adotou certo classicismo em suas análises, situando-se no seio dos princípios gerais de direito internacional. Dessa objetividade interna, no seio do exame da Convenção, no plano jurídico, não se pode desprezar o exame de outros instrumentos internacionais.

A Corte não tentou definir, expressamente, os princípios gerais do direito europeu, mas contribuiu para elaborar certas normas necessárias ao reconhecimento de uma ordem pública européia, paralelamente àquela definida pela Corte de Justiça das Comunidades, no campo do Direito Comunitário. A noção de ordem pública internacional tinha sua expressão no seio das Nações Unidas, mas esta noção se impõe, paulatinamente, no Direito internacional público, depois que os sistemas da CEE e da CEDH levam ao reconhecimento de uma ordem pública européia.

A jurisprudência da Corte fornece elementos para a determinação objetiva e constante, definindo normas de segurança jurídica, na aplicação da Convenção. A Corte observa a regra da objetividade, situando-a sob a ótica da interpretação autônoma dos direitos reconhecidos às vítimas de sua violação, que não podem ser privadas de recursos, em vista da ambigüidade do direito interno. A coesão e coerência das decisões da Corte, particularmente no domínio penal, assegura uma interpretação objetiva da Convenção, distanciando-se das escolas de direitos nacionais ou de controvérsias doutrinárias. A Corte, paulatinamente, afasta-se dos princípios das legislações e das jurisprudências dos Estados membros, que inspiram a escola positivista ou a escola de defesa social.

A Convenção é um instrumento de proteção generalizada, destacando-se o papel das interferências intraestatais da jurisprudência. É um instrumento especificamente europeu, funcionando para os Estados partes e de suas pessoas judiciais, independentemente da nacionalidade.

Os Estados membros do Conselho da Europa pretenderam a universalização dos direitos do homem. Surgiram problemas no que concerne aos terceiros Estados, em torno do Direito internacional, quando não eram membros do Conselho da Europa. As interferências entre os organismos internacionais apresenta, também, problemas, como os das relações entre os “Trinta e dois” do Conselho da Europa e os doze da Comunidade, mas são membros partes da Convenção européia. O *corpus de diretivas e regulamentos comunitários* impõem-se ao direito interno dos Doze. Os Doze no meio dos “Trinta e dois” não têm o mesmo estatuto internacional dos outros membros. A fórmula de adesão da Comunidade à Convenção européia, deve impor-se, apenas das discussões doutrinárias e parlamentares. A influência comunitária é exercida pela jurisprudência, entre as duas Cortes. A Corte de Luxemburgo tem como fonte prioritária do direito, a Convenção européia dos direitos do homem.

Merecem destaque as regras, os métodos e os princípios de interpretação, na jurisprudência da Corte europeia dos direitos do homem, no que toca a ação⁹ intergovernamental do Conselho da Europa, no domínio dos direitos do homem, no que se refere a gestão e a visão, entre a salvaguarda e o desenvolvimento. Também a jurisprudência da Corte europeia dos direitos do homem, relativa à Convenção, oscila entre a prudência e a criatividade, entre a compreensão formalista dos textos e as considerações sobre seu espírito. Vista no contexto social, político e cultural, as decisões procuram as razões de ser entre salvaguardas dos direitos garantidos pela Convenção e seu desenvolvimento. É uma salvaguarda necessária, no que toca os direitos do homem, mas ainda não adquiriu definitividade, desde que se situa na compreensão de seu desenvolvimento indispensável, na lógica da proteção dos direitos fundamentais, partindo da primeira regra nacional e internacional, europeia ou universal, no que toca à ótima proteção dos direitos do indivíduo.

Nas funções próprias à interpretação judiciária, a Corte europeia de direitos do homem tem um objetivo essencial, decorrente do artigo 45 da Convenção, isto é, uma competência contenciosa que se estende a todas as questões concernentes a interpretação e aplicação desse documento. A Corte de Strasburg não se esgota, apenas nesse esforço interpretativo,¹⁰ utiliza-se da Comissão, sua auxiliar natural e inspiradora. No mesmo sentido, assenta-se nas Cortes Supremas dos Estados partes da Convenção e nos observadores, legitimamente exigentes e críticos. Outras jurisdições europeias regionais e internacionais são apreciadas. Nessa metodologia interpretativa, destacam-se, sucessivamente:

- as *regras de interpretação* (regra geral do artigo 31 da Convenção de Viena, com assento no texto, no contexto, objeto e finalidade do tratado, em relação com os artigos 32 e 33 do mencionado instrumento;
- os *métodos de interpretação* que, a partir desse quadro jurídico, caracterizam a produção jurisprudencial da Corte de Strasbourg, notadamente autônoma de certas noções convencionais, a margem de apreciação reservada aos Estados e a existência simultânea de um “controle europeu”;
- finalmente *os princípios de interpretação*, que não aparecem, claramente na jurisprudência, mas são talvez os mais ilustrativos da originalidade da interpretação material da Convenção, por parte da Corte.

9 JACOT-GUILLARMOND, Olivier. *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, em La Convention Européenne des Droits De L'Homme, ob. cit., pp. 41 e ss.

10 IMBERT, P. H. *L'action intergouvernementale du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme: sauvegarde ou développement?*, em Mélanges Wiarda, Carl Heymanns, Verlag, Cologne, 1.988; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en droit espagnol*, Mélanges Wiarda, ob. cit.

As regras de interpretação têm diversas fontes, como a regra geral do artigo 31 da Convenção de Viena. A Corte insiste em repetir que a Convenção e seus Protocolos formam um todo, pelo que devem ser interpretados de maneira geral. Outra regra de interpretação geral é a decorrente do arresto *Golder* de 1.975 de grande importância.

No que se refere ao texto, a jurisprudência da Corte reporta-se ao sentido ordinário das palavras, nos termos utilizados pela Convenção. No *l'affaire linguistique belge*, a Corte recusou de considerar que o artigo 14 da Convenção, interdição de discriminação, combinado com o artigo 2, do Protocolo 1, direito a instrução que tem como efeito a garantia às crianças ou aos seus pais, do direito a uma instrução feita na língua de sua escolha.

Quanto ao contexto, a interpretação sistemática tem papel fundamental na jurisprudência da Corte, sendo praticada em larga escala. O referencial normativo, em certas ocasiões, assenta-se em outro instrumento do Conselho da Europa ou, mesmo em diferenciados instrumentos internacionais. Como ilustração dessas situações, convém mencionar a Convenção americana relativa aos direitos do homem. Outros exemplos de utilização de normas internacionais, pode-se mencionar, o Estatuto do Conselho da Europa, de 1.949, o Pacto Internacional de 1.966, relativo aos direitos civis e políticos.

Examinando-se o objeto e a finalidade, a doutrina ocupa um lugar primordial no sistema jurisprudencial de Strasbourg. É por isso que a Comissão chegou a dizer que a Convenção, por via da interpretação tem como objeto, tornar eficaz a proteção do indivíduo.

Existem meios complementares para aplicação dos temas examinados, pelo que convém mencionar os artigos 32 e 33 da Convenção de Viena. Os intérpretes têm levado em conta que, além do contexto, é necessário examinar o preâmbulo, os anexos, de toda regra pertinente de direito internacional, aplicável nas relações entre as partes. O Estatuto do Conselho, de 25 de maio de 1.949, estabelece a importância de temas como: pluralismo político, preeminência do direito e o respeito dos direitos do homem.

Os métodos de interpretação são examinados à luz do direito comparado, tomando-se inicialmente a temática do seu relacionamento ou outros atos jurídicos internacionais, no que toca ao seu emprego, por parte da Corte européia dos direitos do homem. A Corte de Strasbourg, em diversas decisões, selecionou disposições materiais que convém a Convenção e seus Protocolos. Tomando como base os métodos de interpretação, podemos ressaltar a interpretação ampla e o efeito útil, que objetiva assegurar, de maneira efetiva os direitos garantidos pela Convenção. A jurisprudência relativa ao artigo 6 da Convenção é ilustrativa, quando conclui: em uma sociedade democrática, no sentido da Convenção, ressalta-se o direito a uma boa administração da justiça. Outra forma da consagração de uma interpretação ampla dos direitos garantidos, surgiu no arresto *Klass*. A autonomia de certas noções convencionais, surge nos métodos de interpretação da Corte. As noções de direito comum, apreciadas na Convenção, devem ser interpretadas, de conformidade com os conceitos correspondentes do direito interno. A Corte pode dar um conteúdo normativo próprio ou "autônomo" a uma série de conceitos convencionais, tais como os do artigo 5, da Convenção: detenção, privação da liberdade, tribunal, conde-

nação, alienado e vagabundo. Ao mesmo tempo o artigo 6 da Convenção trata de conceitos sobre tribunal, contestação, direitos e obrigações de caráter civil e acusação em matéria penal. O artigo 7 da Convenção trata dos conceitos de condenação; os artigos 8, § 2º, 9, § 2º, 10, § 2º e 11, § 2º da Convenção trata do conceito de lei; o artigo 25 da Convenção menciona vítima e o artigo 50 da Convenção trata de parte lesada.

A convenção não visa consagrar um direito uniforme e equalizador, mas pretende chegar a *standart* mínimo de proteção, em uma sociedade democrática e pluralista.

A necessária submissão destas apreciações ao “controle europeu”, aparece na jurisprudência, quando se entende que os estados contratantes conservam uma certa margem de apreciação, para julgar a existência de certos tipos de ingerência, mas deve partir do controle europeu sobre as leis e as decisões. A referência pontual e ocasional do direito nacional, convém ser examinada. As origens nacionais decorrentes de certos conceitos convencionais, leva a Corte, pontualmente, a se apoiar no direito nacional ou nas práticas nacionais, mencionando-se a expressão “denominador comum dos direitos nacionais”. A Corte tem levado em conta, em suas decisões, a existência ou não de um denominador comum, dos sistemas jurídicos dos estados contratantes, destacando-se o arresto *Marckx*. A Corte considerou os efeitos jurídicos da assimilação da filiação natural à filiação legítima, como consequência de uma tendência de um direito interno, da grande maioria dos Estados membros do Conselho da Europa.

O precedente jurisprudencial é mencionado entre os métodos de interpretação da Corte, no que se refere as ligações a decisões anteriores. Convém mencionar a questão da compatibilidade da transexualidade com o artigo 8 da Convenção. Entretanto, a ausência de força obrigatória do precedente jurisprudencial encontra-se na afirmativa de que a Corte não está ligada as decisões anteriores.

Os princípios de interpretação têm significativa importância em sua qualificação material ou processual, com referência ao caráter de ordem pública europeia da Convenção. Esta característica é essencial à proteção dos direitos do homem, instituída pela Convenção, mas que aparece em diferentes contextos. A subsidiariedade dos mecanismos de controle da Corte de Strasbourg é de grande importância. Na questão *linguistique belge* destaca-se o caráter subsidiário do mecanismo internacional da *garantia coletiva*, instaurada pela Convenção.

O princípio da não aplicação, por parte da Corte, do direito interno, é matéria, também, examinada, quando se afirma que incumbe, em primeiro lugar, as decisões das autoridades nacionais, bem como as cortes e tribunais, interpretar e aplicar o direito interno.

Diversos órgãos estatais são depositários da responsabilidade internacional em caso de violação da Convenção. No mesmo sentido, ressalte-se o papel das obrigações de resultado ou de meios, no que se refere aos Estados contratantes. Estes devem agenciar seus sistemas jurídicos, de maneira que lhes permita responder as exigências do artigo 6. A obrigação de resultado é um tema clássico na jurisprudência da Corte. No artigo 11 da Convenção, liberdade de reu-

nião pacífica, entende-se que os Estados assumem uma verdadeira obrigação de meios e não de resultado. Pelo que incumbe aos Estados contratantes adotar medidas racionais e apropriadas, para a assegurar o desenvolvimento pacífico das manifestações lícitas.

As obrigações “positivas” pesam sobre os Estados, desde que em complemento a teoria clássica das liberdades individuais, construiu-se uma obrigação de abstenção de Estado. A Corte examinou diversas questões sobre *obrigações positivas*: execução, em virtude da Convenção, de medidas positivas do Estado, não se dando importância a distinção entre “atos” e omissões.

Dentre as medidas positivas do Estado, podemos anotar:

- 1 - garantia aos jurisdicionados, de um direito efetivo de acesso à justiça;
- 2 - assegurar o respeito efetivo à vida familiar, nos termos do artigo 8 da Convenção;
- 3 - no quadro da obrigação do Estado, verificar se o “advogado de ofício” cumpriu corretamente suas tarefas;
- 4 - organização das eleições democráticas, de conformidade com o artigo 3 do Protocolo 1;
- 5 - obrigação dos Estados assegurarem uma proteção às doenças mentais, por disposições, não apenas civis, mas penais;
- 6 - obrigação de informar a Corte a situação do acusado, de conformidade com o artigo 6, § 5º e 6º, sobre a natureza e a causa da acusação que lhe é feita;
- 7 - a obrigação de respeitar a vida privada dos transexuais, em virtude do artigo 8, da Convenção, entretanto a Corte admitiu as dificuldades da definição das obrigações positivas correspondentes.

A preeminência do direito está ligada com a idéia de sociedade democrática, parte essencial da Convenção. Este conceito figura no preâmbulo da Convenção e faz parte do “contexto”, pertinente a interpretação do artigo 31, § 2º da Convenção de Viena.

Várias são as exigências ligadas a idéia de uma sociedade democrática, princípio que domina toda a convenção. Neste sentido convém ressaltar, em diversas decisões da Corte.

- 1 - Pluralismo, tolerância e espírito de abertura, que devem caracterizar a sociedade democrática;
- 2 - Liberdade de expressão, que constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática;
- 3 - Em uma sociedade democrática, o direito a uma boa Administração da Justiça, ocupa lugar de relevo;
- 4 - A exigência a um processo equitativo e público, nos termos do artigo 6, § 1º, constitui um dos princípios fundamentais da sociedade democrática;
- 5 - A *preeminência do direito* constitui um dos princípios fundamentais de uma sociedade democrática.

Outras garantias implícitas, surgem no sistema da Convenção:

- 1 - o direito ao acesso a um Tribunal, elemento inerente aos direitos enunciados no artigo 6, § 1º, com destaque para a equidade, a publicidade e a celeridade do processo;
- 2 - as garantias de um processo judiciário é uma exigência que decorre, implicitamente, da palavra “Tribunal”;
- 3 - A faculdade do acusado de tomar parte na audiência, é um desdobramento do objeto e da finalidade do artigo 6, § 1º da Convenção.

A aplicação direta do Direito comunitário tem grande importância, no que se refere a sua aplicação, desde que prevalece como regra comum, de direito primário ou derivado, perante as jurisdições nacionais dos Estados membros da Comunidade.

Os princípios gerais do direito, no que se refere a interpretação da Corte, merecem melhor elaboração no trabalho de interpretação. A procura dos princípios gerais do direito comuns aos Estados membros do Conselho da Europa, são examinados frente aos princípios gerais, aos quais a Corte se refere expressamente:

- O princípio retirado da economia geral da Convenção;
- O princípio da boa fé;
- O princípio da proteção da confiança, inerente a sociedade democrática;
- O princípio da segurança jurídica;
- O princípio da economia processual;
- O princípio do respeito ao formalismo no processo que exige que as partes o invoque a tempo e com clareza;
- O princípio do desenvolvimento coerente da jurisprudência da Corte.

Os efeitos horizontais de certos direitos (*Drittwirkung*), têm sido matéria de constante interpretação da Convenção, desde 1.985, quando a Corte tratou das obrigações positivas, a respeito da vida privada ou familiar, no sentido dado pelo artigo 8 da Convenção configurou obrigações positivas, que podem implicar na adoção de medidas que visam o respeito à vida privada, nas relações dos indivíduos entre eles.

Nas regras de interpretação, a jurisprudência da Corte, vem apreciando aspectos concretos ou abstratos, com importantes questionamentos acerca de temas como:

- apreciação do direito a instrução na Bélgica, Estado plurilinguístico, composto de várias regiões linguísticas; apreciação sobre a liberdade de expressão, em decorrência de uma controvérsia política pós-eleitoral na Áustria;
- apreciação de aspectos do artigo 3 da Convenção, quanto a situação de vida da Irlanda do Norte;
- exigências da proteção da moral, em decorrência do artigo 8 da Convenção na Irlanda, substituindo as infrações dos atos provenientes de homossexuais, entre homens adultos, no contexto da sociedade naquela região, tendo em vista que em um Estado em que as

comunidades culturais são diversas, compete as autoridades a solução dos imperativos de ordem moral e social.

Outro tema que tem sido objeto dessa jurisprudência é o referente as “aparências”, quando a Corte é solicitada a pronunciar sobre a existência de um atentado aos direitos protegidos pela Convenção, quando depara com este fenômeno que está desvinculado, muitas vezes, do vocabulário empregado.

A Convenção é interpretada a luz das condições atuais, da própria vida, tendo em vista a dinâmica política, social, jurídica e cultural, nas quais a Convenção está inserida.

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM

O princípio da proporcionalidade leva a diversos estudos, que têm procurado dar seu conceito e formular suas origens. As fontes do princípio da proporcionalidade são examinadas na sua origem corrente, sendo que surgem levantamentos sobre as fontes doutrinárias e normativas do princípio e o seu controle. A noção da proporcionalidade evoca a idéia de equilíbrio ou harmonia. Ela tem grande potencialidade de aplicação em várias ciências. Não é um conceito próprio ao direito, mas trata-se de uma noção genérica, empregada em várias ciências. Originalmente, a proporcionalidade é um princípio matemático, adotado pela filosofia, tomando formas e acepções variáveis. Os conceitos de razoabilidade, equilíbrio e racionalidade constituem aspectos particulares desta noção. A proporcionalidade transporta-se para o quadro da democracia liberal, inserindo-se na filosofia política do sistema. A vida social impõe a tomada de decisões, que necessitam de um certo equilíbrio. Vários países institucionalizaram o princípio da proporcionalidade, como o lugar que passou a ocupar na República Federal da Alemanha. É um princípio que tem valor constitucional, sendo que seu conteúdo é examinado em três elementos que lhe compõem: o princípio da pertinência, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade estrita. O princípio tem, também, aplicação na Suíça, na Itália, na Espanha e em outros países.

O Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho tem várias formulações sobre o princípio. Também a Corte Européia dos Direitos do Homem aplica-o, de maneira ampla, visando assegurar o respeito às disposições da Convenção internacional. As decisões da Convenção são ricas em disposições que tratam do conceito de proporcionalidade. Ele transparece, indiretamente, nas noções de processo equitativo, na decisão razoável e no princípio da igualdade. A Corte européia dos direitos do homem, em sua jurisprudência, precisa o campo de aplicação do conteúdo do princípio da proporcionalidade. São importantes as repercussões da aplicação na Convenção, na ordem jurídica interna, pelo que as jurisprudências nacionais devem integrar o princípio da proporcionalidade, nos controles que exercem. Convém ressaltar a importância e a riqueza do princípio da proporcionalidade no Direito comunitário. Este reconhece ao conceito de proporcionalidade, como princípio geral do direito. Ele ocupa, na hierar-

quia das normas comunitárias, o mesmo papel das disposições de um Tratado. Vários doutrinadores têm tratado do assunto, com diversas concepções: Latournerie, Braibant, M. Costa, Kahn, Eisenmann, Dubouis, Bockel, Guibal, Bienvenu, Lamasurier, Laubadere, Vedel, Delvolve, Chapus e outros.¹¹

O princípio de proporcionalidade deve ser visto com mais intensidade na jurisprudência da Corte europeia de direitos do homem. Entretanto, na Convenção europeia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, como nos diversos Protocolos adicionais o termo “proporcionalidade” não aparece. A idéia que ele exprime transparece, de maneira sutil, nos diversos arrestos da Corte de Strasbourg. A proporcionalidade aparece na jurisprudência, relativa aos artigos 8 a 11 da Convenção, que garantem o direito ao respeito à vida privada e familiar, domicílio, correspondência, liberdade de pensamento, de consciência e de religião, liberdade de associação, compreendida a liberdade sindical. Várias decisões da Corte contatam os casos de violações, resultantes do desconhecimento do princípio de proporcionalidade. Existem várias limitações autorizadas, no que se refere ao direito da liberdade física da pessoa, que permite a detenção regular de um alienado ou a detenção provisória, permitida pelo artigo 5, § I. Assuntos referentes ao casamento (artigo 12 da Convenção); direito de propriedade ocupam espaço nos estudos desses temas. As limitações implícitas, no que se referem a outros direitos garantidos, tratam do direito à um processo equitativo, direito à instrução, direitos do voto e da elegibilidade. A proporcionalidade é considerada como um elemento de um direito garantido ou de uma obrigação positiva dos Estados contratantes, no que toca à proibição de penas e tratamentos desumanos ou degradantes (art. 3 da Convenção), como o recurso à tortura. Tendo em vista a sua redação concisa, categórica e aparentemente absoluta, indaga-se se é possível aplicar o princípio da proporcionalidade. Já em 1978, a Corte julgou que para compreensão do texto, deve-se configurar como mal tratamento, a existência de um mínimo de gravidade, cuja apreciação, relativa em sua essência, depende de um conjunto de circunstâncias, notadamente a duração do tratamento e seus efeitos físicos ou mentais, como, também, por vezes, referentes ao sexo, idade, estado de saúde da vítima. O arresto *Soering contra o Reino Unido*, de julho de 1989, introduziu certa dose de proporcionalidade.

A proibição aos trabalhos forçados ou obrigatórios (art. 4 da Convenção) surge no caso *Van der Musselle contra a Bélgica*, onde configurou-se certa forma de trabalho forçado ou obrigatório, onde a Corte partiu da definição adotada pelo artigo 2, § 1 da Convenção n. 29, da Organização Internacional do Trabalho.

As obrigações positivas, decorrentes do artigo 8 da Convenção, nos termos jurisprudenciais, decorrem da compreensão de que ele tem, essencialmente, por objeto, prevenir o indivíduo

11 PHILIPPE, Xavier. *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelles et Administrative Français*, Collection Science et Droit Administratifs, Préface de Charles Debbasch. Economica. Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Paris, 1.990; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1.995; BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 1.996.

contra a ingerência arbitrária dos poderes públicos. Para se configurar uma obrigação positiva, é preciso levar em conta o justo equilíbrio entre interesse geral e os interesses do indivíduo.

Quanto a relação entre proporcionalidade e não discriminação, nos termos do artigo 14 da Convenção, destaca-se que será aí que a Corte utiliza pela primeira vez, a palavra proporcionalidade, sendo que em várias decisões conclui-se pelo respeito ao princípio de proporcionalidade. Com o tempo, a proporcionalidade passou a ter destaque na jurisprudência da Corte europeia dos direitos do homem, de maneira sólida e durável.

4. BIOÉTICA E CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. EXPERIMENTAÇÃO MÉDICA E CIENTÍFICA

O progresso das ciências da vida é um elemento dos mais significativos, para a revolução científica do século XX. Os textos internacionais, relativos aos direitos do homem, são singularmente discretos, sobre os aspectos próprios ao direito do homem, colocados pelas ciências da vida. A Declaração universal dos direitos do homem, como a Convenção europeia de direitos do homem não contém, qualquer disposição específica sobre o assunto. O Pacto sobre direitos civis e políticos, adotados pelas Nações Unidas, em 1.966, contém no artigo 7º, uma referência à “experimentação médica”.¹²

Os órgãos da Convenção não tomaram, inicialmente, posição sobre a aplicação dos princípios da Convenção a certas situações decorrentes do desenvolvimento das ciências biomédicas, com o objetivo de determinar a proteção da integridade psíquica ou a da vida privada e da família.

A proteção da integridade psíquica da pessoa, não pode ser considerada, aprioristicamente, como uma decorrência da condenação dos crimes cometidos pelo regime nazista, tendo em vista que as pesquisas científicas, suscitam riscos para a vida humana.

As difíceis questões sobre as pesquisas em torno do “embrião” e do “foetus” mostram que não é possível em tal debate, esgotar as realidades de outras experiências sobre o corpo humano, por meio de disciplinas e práticas científicas e médicas, também significativas e bem complexas.

As preocupações com a vida e as questões das pesquisas sobre o embrião e os “foetus” ocupam lugar de relevo, também, nos estudos jurídicos. Sendo o “direito à vida” o primeiro direito que a Convenção garante ao indivíduo, nem sempre é ele considerado como absoluto. Podem ocorrer exceções legais, às quais a Convenção situou em um campo definido, possibilitando certa flexibilização (artigo 2, alínea 2, letras a e c).

¹² CORNAVIN, T. *Théorie des droits de l'homme et progrès de la biologie*, Droits, Paris, 1.985, nº 2.

Os Estados que ratificaram o Protocolo n. 6, que entrou em vigor, suprimiram, pelo menos em tempo de paz, a pena de morte, pelo que este direito adquiriu caráter quase absoluto. O Protocolo deixou intactas as exceções, quando a morte não é infringida intencionalmente. A proteção devida ao embrião e ao “foetus”, é examinada não apenas, no que se refere aos beneficiários do direito à vida, mas àqueles que se referem às obrigações do Estado.

O embrião e o “foetus” são considerados como beneficiários do direito à vida. A Convenção americana, relativa aos direitos do homem, de 1969, protege como direito de toda pessoa, o respeito à vida, a partir da concepção (art. 4, § 3). Mas a Convenção européia é mais explícita, quando no artigo 2, § 1, fala em “direito de toda pessoa à vida”.

Os trabalhos preparatórios de elaboração de um documento destinado ao Comitê de especialistas, sobre a Convenção realizada pelo Secretário Geral, fazem, pela primeira vez, menção ao direito à vida, em comparação com o artigo 2, § 1 da Resolução da Assembléia parlamentar ao artigo 5, § 1, do projeto da Declaração universal dos direitos do homem.

A proteção do direito à vida inscreve-se no contexto largamente tributário, que visa oferecer ao indivíduo proteção contra o risco de ver repetir os abusos cometidos durante a guerra. Esta proposição foi adotada, em 7 de agosto de 1.950, pelo Comitê de Ministros, sem muitos debates. No “affaire” “*Brüggemann et Scheuten contre la République fédérale d’Allemagne*”, a Comissão recorda que quando a Convenção entrou em vigor, a legislação sobre o aborto era em todos os Estados, mais restritiva do que aquela que predominava anteriormente. Não se pode comprovar qual o motivo que teriam as partes da Convenção, entendido por uma ou outra solução debatida, que não foram nem objeto de debates públicos, à época em que a Convenção foi elaborada e adotada.

A jurisprudência dos órgãos da Comissão iria consolidar-se, mas somente ocorreram pronunciamentos quando a Comissão e o Comitê de Ministros tiveram a ocasião de se pronunciar acerca dos diversos casos referentes ao aborto. A Corte que tinha receio em torno da liberdade de comunicação das informações (art. 10), acerca de um caso de aborto, releva, de repente, a situação, em *Open Door et Dublin Well Woman C. Irlanda*, em arresto de 29 de outubro de 1.992, A n° 246, § 66, no que toca à determinação se a Convenção, garantindo o direito ao aborto ou se o direito à vida, reconhecido pelo artigo 2, valeria igualmente para o “foetus”.

Nos termos do artigo 2, dois requerimentos foram declarados inadmitidos pela Comissão, como argumento de que os requerentes não poderiam tornar-se “vítimas” de leis incriminadoras do aborto. Mas no caso “*Brüggemann et Scheuten c. République fédéral d’Allemagne*”, a Comissão declarou que o requerimento seria atendido, à medida, que fosse encaminhado.

De conformidade com o artigo 8 da Convenção, acerca de se saber se a proibição de interrupção da gravidez, após duodécimo semana, poderia constituir um “atentado à vida privada”, que a Comissão e posteriormente o Comitê de Ministros, decidiram, neste caso, que não ocorreu violação da Convenção.

A Comissão entendeu que não se pode dizer que a gravidez tem importância apenas no domínio da vida privada. Nessas circunstâncias, a vida privada deve ser associada à do “foetus” que se desenvolve. No que toca ao direito à vida, Comissão entendeu que não seria necessário examinar, se a criança a nascer deve ser considerada como portadora de uma “vida”, nos termos do artigo 2 da Convenção. A Comissão faz referência à palavra “vida”, mais do que a expressão “toda pessoa”.

Na decisão de 13 de maio de 1.980, no “affaire” *X. contre Royaume-Uni*, a Comissão explicitou sua posição sobre o direito do “foetus” à vida. Nesse caso, a esposa do requerente pediu a interrupção de gravidez, para proteger sua saúde, no curso da décima semana de gravidez, de conformidade com a lei britânica, segundo a qual o juiz nacional, não reconhecia no “foetus” uma existência distinta daqueles da mãe.

A Comissão entendeu que o termo “toda pessoa” é utilizado pela Convenção (artigos 4, 6, 8 a 11 e 13), de tal modo que não se pode aplicar após o nascimento. Não se estabeleceu, claramente, se o termo poderia ter aplicação antes do nascimento, mas não se poderia excluir tal aplicação, em casos raros, como o artigo 6, § 1. Quanto ao artigo 2, a Comissão ressalta, igualmente, que as limitações do direito à vida mencionados, contém, todos eles, por sua natureza, referências às pessoas já nascidas, não sendo aplicáveis aos “foetus”. Para a Comissão o termo “vida”, contido no artigo 2, § 1, não é definido na Convenção. Para interpretar o mencionado termo, necessita-se saber se ele compreende, igualmente, a “vida a nascer”, pelo que é necessário dar atenção particular ao contexto do artigo, tomado em seu conjunto.

Na ausência de limitação expressa, concernente ao “foetus”, o artigo 2, a Comissão propôs examinar qual interpretação deve ser deduzida desse artigo. Não teria validade para todos os “foetus” ou daria ao mesmo um “direito à vida”, com certas limitações implícitas. Seria reconhecido ao “foetus” um direito de caráter absoluto? O problema não se resume na compreensão de que a “fase inicial” da gravidez, desde que o aborto é praticado antes da décima semana. Quanto à limitação implícita do direito à vida, durante a fase inicial, só a limitação destinada a proteger a vida ou a saúde da mulher está em jogo.

Supõe-se que existe o “direito à vida” do “foetus”, sendo que uma tal restrição aplicada na fase inicial da gravidez seria incompatível com o artigo 2, § 1 da Convenção, porque o aborto encontra sua limitação implícita no direito à vida do “foetus”, neste estágio, para proteger a vida e a saúde da mãe.

No que se refere à natureza das obrigações do Estado, a Comissão reconheceu, por diversas vezes, à questão de saber se o artigo 2 da Convenção não é uma posição negativa ou se ela obriga os poderes públicos a uma ação positiva, quando a vida de uma pessoa está em perigo. Um requerimento (*X. c. Irlanda*, n. 6839/74), com decisão em 4 de outubro de 1976, a Comissão colocou o problema da obrigação para os poderes públicos, de intervir positivamente, fornecendo recursos médicos. Compreendeu-se que a primeira frase do artigo 2, impõe ao Estado uma obrigação maior do que aquela constante da segunda parte: a idéia que o direito de toda pessoa à vida é protegido pela lei. Nesta hipótese, o Estado não somente deveria abster-se de

realizar a morte intencionalmente, mas também tomar as medidas necessárias para a proteção da vida. Associação que reagrupava parentes de crianças que tinham passado por experiências graves e duradouras, decididas a vacinar, alegaram que as autoridades britânicas, organizando campanhas regulares de vacinação, sem informar os parentes, dos perigos potenciais, lhes tinha imposto risco injustificável. A Comissão, por compreender manifestamente mal fundada a situação grave, constatou que o Estado tinha adotado um sistema de controle apropriado (*Assoc. X. c. Royaume-Uni*), por meio do requerimento n. 7154/75, decisão de 12 de julho de 1978, consagrando-se uma obrigação ativa. Tratava-se de uma obrigação de comportamento, não se reduzindo a uma obrigação de resultado. A Comissão julgou, no que se refere ao risco de violência, que visava pessoas determinadas, que o artigo 2 da Convenção não seria interpretada como imposição ao Estado, que estaria obrigado a estabelecer uma proteção de natureza especial, no que se refere à guarda do corpo por um período ilimitado (Requerimento n. 6040/73, de 20 de julho de 1973). Se o requerente não tivesse direito a uma obrigação de resultado, por parte dos poderes públicos, haveria a impossibilidade radical de um resultado, mesmo no caso de ausência de medidas positivas, que não constituiriam violação da Convenção. No caso *A. Hughes c. Royaume-Uni* (Requerimento n. 11590/85, decisão de 18 de julho de 1986) a requerente explicou que seu esposo não havia sido beneficiado por assistência médica rápida, que levariam às chances de uma reanimação. A Comissão, entendendo o requerimento mal fundado, que, na espécie, a informação médica entendeu que a morte seria inevitável.

A análise dessas questões, acerca da integridade do corpo humano, suscitadas pelo desenvolvimento das ciências biomédicas, leva ao aprofundamento destas questões.

Diversos outros atentados à integridade física da pessoa, em decorrência da prática científica e médica, coloca em relevo novas formas de solidariedade social, no que toca certos doentes que se beneficiam do sangue ou de órgãos de terceiros doadores, em proveito da sociedade em seu conjunto, que tem, também, a vantagem de levar ao surgimento de novos medicamentos. Estas medidas demonstram a necessidade de ressaltar o papel dos direitos do homem, onde a tradição pela proteção da pessoa é elemento essencial, contra certos atentados a integridade física, susceptíveis de afetar a descendência do homem.

As práticas sobre os direitos do homem levantam problemas sobre sua legitimidade e a questão do consentimento. Quanto à legitimidade, o Pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos, em seu artigo 7, proíbe submeter uma pessoa, sem seu consentimento, a uma experiência médica ou científica. Entretanto, a Convenção européia não menciona explicitamente a questão de experimentação humana, nem a de transplante de órgãos. O artigo 2, § 1 da Convenção reconhece o direito de toda pessoa à vida, proibindo implicitamente, os ensaios ou experimentações que têm consequências mortais sobre o homem. O artigo 3 da Convenção proíbe a submissão do homem às formas de tortura e às penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

O tratamento médico, de caráter experimental, sem o consentimento do sujeito, em certas condições, é proibido pelo artigo 3 da Convenção. A natureza experimental do ato médico, é a condição primeira para que tal ação possa ser considerada como tratamento desumano. Ain-

da, no domínio médico, no que se refere ao artigo 8 da Convenção, a Comissão julgou o caso *X contra a Áustria*.

O consentimento foi debatido e tratado no *Código de Nuremberg*, que enunciava a necessidade de se obter o consentimento do doente, sendo que o artigo 7 do Pacto internacional, relativo aos direitos civis e políticos, faz do consentimento condição essencial à experimentação médica. A Comissão entendeu que o tratamento médico, de carácter experimental, sem o consentimento do interessado pode, em certas circunstâncias, ser considerado como ofensivo ao artigo 3.

Tratando dos detidos, o princípio 7 da *Recomendação nº R (90)*, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, acerca da pesquisa médica sobre ser humano, determina que as pessoas privadas da liberdade, não podem ser objeto dessas experiências, se não atendem significativo benefício à saúde dos mesmos.

As pessoas incapazes, no que toca aos órgãos, nos termos da Resolução (78) 29, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, sobre a harmonização jurídica, em matéria de transplante de substâncias de origem humana, distinguiu as situações em que prevalecem ou não as substâncias susceptíveis ou não de regeneração.

As experiências biomédicas, nos menores, nos termos da Recomendação nº R (90) do Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Colocam como princípio, o entendimento de que se as experimentações beneficiam, terapeuticamente, são possíveis, a título excepcional. Os incapazes maiores são objeto da Recomendação n. R (83) 2, concernente à proteção jurídica das pessoas dotadas de perturbações mentais ou pacientes involuntários. Intercepta-se os ensaios clínicos com produtos ou técnicas que não têm base terapêutica psiquiátrica, sobre pessoas dotadas de perturbações mentais.

Os atentados à integridade do corpo, que afetam a descendência do homem, pelo que surgem questionamentos sobre:

- a esterilização não voluntária;
- técnicas sobre o genoma genético.

O direito à procriação ou de criar uma família, é reconhecido pelo artigo 12 da Convenção. A experimentação não consentida, como a esterilização não voluntária, constitui atentado a integridade física do indivíduo.

O gênio genético está ligado à transferência de gens de célula germinal, que levaria à possibilidade de modificação do “fundo genético” da espécie humana. A Assembléia parlamentar do Conselho da Europa tratou do assunto, em 1982, na Resolução 934, relativa à *engenharia genética*. Os direitos à vida e à dignidade humana são garantidos pelos artigos 2 e 3 da Convenção europeia dos direitos do homem, no que toca a impedir que as características genéticas não sejam objeto, de qualquer mutação.

Temas como a proteção da liberdade de pensamento e da vida privada e familiar, são examinados nestes estudos, inclusive no que se refere às repercussões sociais sobre o reconhecimento do gênio genético.

Os perigos da utilização de informações científicas e médicas, sobre os indivíduos, foram objeto de duas Recomendações do Conselho da Europa, no que toca a regulamentação aplicável aos bancos de dados médicos automatizados. O artigo 54 estabelece que sem o consentimento expresso e consciente da pessoa envolvida na existência e conteúdo de um dossier médico, não podem estes dados ser comunicados a pessoas ou organizações médicas. A Recomendação R (83), 10, de 23 de setembro de 1983, sobre a proteção de dados de caráter pessoal, utilizados para fins de pesquisas científicas e estatísticas, determina que se deve respeitar a vida privada.

Entre os anos de 1987 a 1992, o Comitê de especialistas sobre Bioética, do Conselho Europeu, denominado CAHBI, a partir de 1.992, denominado Comitê diretor sobre Bioética (CD-BI) incluiu em suas preocupações um conjunto de questões sobre:

- rastreamento genético pré-natal, diagnóstico pré-natal e conselho genético relativo (Recomendação R (90), de 21 de junho de 1.990);
- dois textos relativos à utilização de análises de “ácido déoxyribonucléique” (ADN), no quadro de justiça penal (Recomendação R 5 (92) 1, de 10 de fevereiro de 1.992) e sobre rastreamento genético, com finalidades médicas (Recomendação R (92) 3, de 10 de fevereiro de 1.992).

Várias são as categorias de textos, de como a Convenção europeia dos direitos do homem vem protegendo o indivíduo, fonte a divulgação de informações, referentes à saúde e ao patrimônio genético.

5. A CONVENÇÃO DE SALVAGUARDA DOS DIREITOS DO HOMEM E AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS

O preâmbulo da Convenção Europeia de direitos do homem faz parte integrante da mesma, sendo que este estatuto não difere dos preâmbulos de outros tratados internacionais. O artigo 31 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, destaca certas regras gerais de interpretação dos mesmos, reconhecendo a indivisibilidade que existe entre esta parte e o corpo de um tratado. Ele dispõe que o tratado deve ser interpretado de acordo com a regra da boa fé, de conformidade com o sentido ordinário atribuído aos termos do tratado em seu contexto, a luz de seu objeto e de sua finalidade. Em seu parágrafo 2º, estabelece-se que os fins da interpretação de um tratado, em seu contexto, compreende o seu texto, o preâmbulo e os anexos incluídos. Jean-Pierre Cot e Alain Pellet, em comentário sobre o preâmbulo da Carta das Nações Unidas, acentuam que a peça inaugural e o texto devem ser analisados no mesmo pé de igualdade.¹³

13 COT, J. P. e PELLET, A. *La Charte des Nations Unies*, Economica, Paris, 1.985.

Os preâmbulos, como instrumentos internacionais, são portadores de significado especial, desde que refletem as motivações que conduzem a elaboração dos mencionados instrumentos. A Corte Européia dos direitos humanos, no caso *Golder*, entendeu que o artigo 31, § 2º da Convenção de Viena, faz parte integrante do seu contexto, apresentando grande utilidade para determinação do objeto e dos fins do instrumento de interpretação. A elaboração dos instrumentos internacionais, sob a forma de preâmbulo, não tem uma prática uniforme. No que se refere a Convenção Européia dos direitos do homem, a questão do preâmbulo só se colocou numa fase avançada dos trabalhos, isto é, durante a segunda sessão da Assembléia consultiva do Conselho da Europa, reunido do dia 07 a 28 de agosto de 1.980. A comissão de questões jurídicas e administrativas da Assembléia, de maneira unânime, reconhece que era preciso iniciar a Convenção por um preâmbulo. Os estudos consagrados ao preâmbulo têm examinado sucessivamente: a declaração universal dos direitos do homem como fonte e quadro de referência, a segunda e a terceira alíneas do preâmbulo; a relação com o Conselho da Europa, a luz de sua finalidade, nos termos da 4ª alínea do preâmbulo; os direitos do homem no contexto de um regime político verdadeiramente democrático, alínea 5ª do Preâmbulo; o patrimônio comum de valores e mecanismos de garantia coletiva, 6ª alínea do Preâmbulo.

Os primeiros projetos continham, na sessão dedicada aos direitos garantidos, uma lista de direitos não precisamente definidos, mencionando, por referência explícita os artigos correspondentes da Declaração universal. Reafirmavam uma cláusula geral, prevendo uma garantia coletiva dos direitos e liberdades existentes na Declaração. A enumeração de um certo número de direitos relacionava-se com a previsão que estabelecia a vinculação com certo artigo da Declaração das Nações Unidas. No momento da redação da Convenção européia, a Declaração universal dos direitos do homem era sempre a primeira, como o único elemento adotado pela série de instrumentos internacionais que finalmente formaria a Carta internacional dos Direitos do homem. A Carta internacional dos direitos do homem compreende, em seu conjunto, de quatro textos: a Declaração universal dos direitos do homem (1948); o Pacto internacional relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais (1966); o Pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos (1966) e o Protocolo facultativo que se reportava ao último pacto (1966). A referência à Declaração universal, ao lado da Convenção européia, estabelece uma relação estreita entre este instrumento regional em matéria de direitos do homem e as normas das Nações Unidas.

A relação com o Conselho da Europa e a Convenção européia dos direitos do homem é bem significativa. O fim do Conselho da Europa é realizar a união, mais estreita, entre os Membros, com o fim de salvaguardar e promover os ideais e os princípios que formam o patrimônio comum e favorece o progresso econômico e social. O preâmbulo do Estatuto diz, claramente, que os valores e princípios subjacentes à noção e ao reconhecimento dos direitos do homem e liberdades fundamentais, são a base da cooperação internacional, como assim o entende o Conselho da Europa. Refere-se aos princípios da liberdade individual, de liberdade política e de preeminência do direito, sobre os quais se funda toda verdadeira democracia. O preâmbulo da Convenção, bem como o Estatuto do Conselho, ressalta a consolidação da paz fundada na justiça e na cooperação internacional e dos interesses vitais, para preservar a sociedade humana e a civilização. Acentuam-se as noções de democracia política e sociedade democrática, como

elementos indispensáveis à proteção e o respeito dos direitos do homem, reafirmados, com força, nos textos adotados pela Conferência sobre a Seguridade e a Cooperação da Europa (CSCE), que se refere, particularmente, ao conceito de democracia pluralista. Os Estados participantes reconheceram, em documento adotado na reunião de Copenhagune, na Conferência sobre a dimensão humana (CSCE - 5 - 29 junho 1990) que a democracia pluralista e o Estado são essenciais para garantir o respeito a todos os direitos do homem e todas as liberdades fundamentais. A Carta de Paris, para uma nova Europa, assinada em 21 de setembro de 1.990, pelos Chefes de Estado ou de governantes de Estados participantes da CSCE, contém pontos importantes, sobre a democracia, os direitos do homem e o Estado de direito. Entendeu-se que o governo democrático repousa sobre a vontade do povo, expressa em intervalos regulares, por eleições livres e leais. A democracia repousa no respeito da pessoa humana e no Estado de direito.

A Convenção européia é considerada como um instrumento que reflete a vocação dos Estados signatários, para tomar as primeiras providências para assegurar a garantia coletiva de certos direitos enunciados na Declaração universal.

O preâmbulo fornece inspiração e fundamento para uma interpretação evolutiva.

6. O CONTEÚDO DOS ARTIGOS DA CONVENÇÃO

O artigo 1º estabelece que as Altas Partes Contratantes, reconhecem a todas as pessoas a jurisdição dos direitos e liberdades definidos, no título 1º da Convenção. Pela jurisprudência da Comissão e da Corte Européia dos direitos do homem, no caso de violação desses direitos e liberdades definidos nos documentos da Convenção, configura-se a responsabilidade do Estado. Pelo artigo 1º da Convenção Européia e direitos do homem, os titulares desses direitos e liberdades reconhecidos, estão vinculados às pessoas que necessitam da jurisdição dos estados contratantes. Trata-se de um princípio dos direitos e liberdades reconhecidos pelo 1º, 4º, 6º e 7º Protocolos. Os Estados partes da Convenção devem reconhecer esses direitos e liberdades, não somente para os seus nacionais, mas também para os outros Estados contratantes. A expressão toda pessoa é análoga, a que aparece em outros instrumentos jurídicos internacionais, pertinentes à natureza universal dos direitos e liberdades reconhecidos pelo sistema da Convenção.

O artigo 2 reconhece o direito de toda pessoa à vida, estando o mesmo protegido pela lei. A morte não pode ser infringida intencionalmente, salvo no caso de execução de uma sentença capital, decorrente de um Tribunal, em caso do delito ser punido por pena estabelecida em lei. Assegura-se a defesa de toda pessoa contra a violência ilegal. As disposições do artigo 2 foram completadas em 28 de abril de 1.983, pelo Protocolo n. 6, aditado à Convenção, no que se refere a abolição da pena de morte. Este protocolo, que não foi assinado por todos os Estados Partes da Convenção, é apreciado de maneira diferente. O direito à vida, proclamado pela Convenção, apresenta caráter fundamental. Este direito estabelecido no artigo 2, garante os benefícios do direito à vida, com implicações sobre a morte infringida intencionalmente, as medidas de proteção à vida e as limitações do direito à vida.

O artigo 3 estabelece que ninguém pode ser submetido a tortura, nem as penas ou tratamentos inumanos ou degradantes. A interdição a tortura, as penas ou tratamentos inumanos ou degradantes, consagra, como tem decidido a Corte Européia dos direitos do homem (*Soering du 7 juillet 1989 - A n° 161 § 88*), um dos valores fundamentais da sociedade democrática que formam o Conselho da Europa. Com este artigo, ressalta-se a importância da dignidade, inerente a pessoa humana, que passa a ser considerado como um direito intangível. Outros instrumentos convencionais tem ressaltado esta forma de proteção, alguns de natureza universal como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, 16 de dezembro de 1.966, artigo 7 ou mecanismo regional como a Convenção Americana, de 22 de novembro de 1.969, artigo 5, §§ 1 e 2. A Carta Africana dos direitos do homem e dos povos, de 28 de junho de 1.981, não distingue os direitos intangíveis, entre aqueles que ela enuncia. O direito a preservação da dignidade humana, é considerado como um atributo inalienável ao ser humano, fundado sob os valores comuns, bem como aos patrimônios culturais e os sistemas sociais. A proibição à tortura figura entre as normas imperativas do direito internacional dos homens, enunciados como absolutos.

Na interpretação dos princípios inerentes aos direitos tratados no artigo 3, surgem os critérios específicos, tendo em vista a gravidade do sofrimento infringido as vítimas. Os juizes europeus reconhecem que essas normas são aplicáveis aos detidos e aos estrangeiros. A noção de tratamento degradante aparece como valor social, estabelecendo critérios sobre a discriminação racial, o descrédito social, os castigos corporais, os tratamentos médico experimentais e as brutalidades infringidas as pessoas. O uso organizado da violência, os interrogatórios excessivos, a duração da detenção, o regime de detenção, o tratamento médico, as condições materiais do detento, o isolamento celular total, vem sendo objeto das decisões sobre a matéria.

O artigo 4 trata da escravidão, da servidão, do trabalho forçado e obrigatório, dando destaque para o tema da escravidão e da servidão (Convenção da OIT, concernente ao trabalho forçado ou obrigatório, n. 29, de 28 de junho de 1.930; Convenção de Genebra, relativa a escravidão, de 25 de setembro de 1.926, emendada pelo protocolo de New York, de 7 de dezembro de 1.953; a Convenção suplementar relativa à abolição da escravidão, bem como o tratamento dos escravos, em instituições e as práticas análogas a escravidão, de 7 de setembro de 1.956; a Convenção de New York para supressão do tratamento dos seres humanos e a exploração da prostituição, de 21 de março de 1.950; a Convenção da OIT, n. 50, relativa a regulação de certos sistemas particulares de recrutamento de trabalhadores indígenas, de 21 de junho de 1.936).

Várias convenções internacionais têm dedicado a aspectos do tratamento dado aos seres humanos.

O artigo 5, § 1, estabelece que toda pessoa tem o direito a liberdade e a segurança, pelo que não pode ser privada de sua liberdade, salvo nos casos mencionados e conforme as vias legais. Este artigo da Convenção garante a toda pessoa o direito a liberdade e a segurança, estabelecendo os casos em que as pessoas podem ser privadas de sua liberdade. O artigo 5, § 2, estabelece que toda pessoa tem o direito de ser informada, perante a Corte, na língua que ele compreende, com explicações sobre a sua prisão e acusação.

O artigo 5, § 3, estabelece que as pessoas detidas, nas condições previstas no parágrafo 1, c, tem direito a assistência perante o juiz ou um outro magistrado habilitado pela lei, a exercer as funções judiciárias e o direito de ser julgado de maneira razoável, com a liberdade processual.

O artigo 5, § 4, estabelece que toda pessoa privada de sua liberdade, por meio de detenção, tem direito a um recurso perante um Tribunal, onde se discute a legalidade de sua detenção, com a ordem de libertação no caso de detenção ilegal. O artigo 5, § 5, estabelece que todas as pessoas vítimas de uma detenção, em condições contrárias as disposições do mencionado artigo, têm direito a um reparação.

O artigo 6, estabelece que toda pessoa tem o direito que sua causa seja entendida de uma maneira equitativa, pública e razoável, por um Tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, que decidirá sobre os direitos e obrigações de caráter civil. Este artigo tem como finalidade a proteção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Na análise do artigo 6, convém destacar a importância crescente da arbitragem, na regulamentação dos litígios do comércio internacional, com indagações sobre as garantias processuais contidas no artigo 6, § 1, da Convenção, válido, inclusive, em matéria de arbitragem.

A Convenção de arbitragem, o processo de arbitragem, têm levantado várias questões, no que se refere ao reconhecimento de que a arbitragem não representa uma renúncia absoluta à proteção judiciária estatal.

O artigo 7 determina que ninguém pode ser condenado por ação ou omissão, quando não constitui infração perante o direito nacional e o direito internacional.

O princípio da legalidade dos delitos e das penas, na fórmula do artigo 7, exige que a ação ou a omissão constituam infração do direito nacional ou internacional, ao mesmo tempo reconhece-se o princípio da não retroatividade das leis penais.

O artigo 8, § 1 determina que toda pessoa tem o direito ao respeito de sua vida familiar e da família, bem como de seu domicílio e de sua correspondência. Não é permitida a ingerência de uma autoridade pública, no exercício desse direito. O artigo 8, § 2, estabelece que não é possível a ingerência da autoridade pública, no exercício desse direito.

O artigo 9, § 1 reconhece a toda pessoa o direito à liberdade de pensamento, de consciência e religião. Já o artigo 9, § 2, ressalta que a liberdade de manifestação da religião ou de convicções, não podem ser objeto de outras restrições, senão aquelas previstas por lei, em casos de utilização de medidas necessárias para uma sociedade democrática, promover a segurança pública, a proteção da ordem, da saúde e da moral pública ou a proteção de direitos de outrem.

Os artigos 10, 10 § 2, 11, 11 § 2, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 § 1-a, 28 § 1-b e § 2, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, tratam de variada temática que proclama direitos como a liberdade de expressão; o exercício das liberdades, os deveres e as responsabilidades; liberdade de reunião pacífica e associação; exercício desses direitos, com apenas as restrições previstas em lei; o homem e a mulher têm direito a casar e constituir família; os direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção, quando violados, podem ser demandados, através de recurso a uma instância nacional; os direitos e liberdades, reconhecidos na Convenção, devem ser assegurados, sem qualquer distinção fundada no sexo, na raça, na cor, na religião, nas opiniões públicas, qualquer que seja a origem nacional ou social; em caso de guerra ou de perigo público que ameça a vida da nação, as Altas Partes Contratantes podem tomar medidas que derroguem as obrigações previstas na Convenção; qualquer das disposições dos artigos 10, 11 e 14, não podem ser considerados impeditivas das Altas Partes Contratantes, de impor restrições a atividade política dos estrangeiros; as disposições da Convenção não podem ser interpretadas com restrições de um Estado, agrupamento ou indivíduo, de se livrar de atividades que visam a destruição dos direitos e liberdades; as restrições da presente Convenção, só poderão ser aplicados, nos casos previstos; afim de assegurar o respeito aos preceitos, por parte das Altas Partes Contratantes; a Convenção instituiu uma Comissão europeia dos Direitos do Homem ou uma Corte Europeia dos Direitos do Homem; no elenco dos artigos mencionados. Estabelece-se que a Comissão compõe-se de um número de membros igual ao das Altas Partes Contratantes, que se reúne em sessão plenária, com a criação de Câmaras; os membros da Comissão são eleitos pelo Comitê de Ministros, por maioria absoluta; os membros da Comissão são eleitos por um mandato de seis anos; os membros da Comissão têm título individual, onde durante todo o exercício de seu mandato, eles não podem assumir funções incompatíveis com as exigências de independência, imparcialidade e disponibilidade inerentes a seu mandato; a Parte contratante pode pertencer a Comissão, por intermédio da Secretaria Geral do Conselho da Europa; A Comissão pode decidir sobre requerimentos encaminhados à Secretaria Geral do Conselho da Europa, por toda pessoa física, organização não governamental ou grupo de particulares, que se sinta vítima de violação por uma das Altas Partes Contratantes; a Comissão não pode pronunciar-se sobre recursos internos, desde que eles tenham decidido de acordo com os princípios internacionais; a Comissão não aplicará o artigo 25, quando é usado o anonimato ou tenha-se submetido a instância internacional; nos casos de recurso, a Comissão aprecia os fatos, procedendo o exame contraditório do requerimento das partes; na aplicação do artigo 25, a Comissão pode decidir, com a maioria de dois terços de seus membros; em todo momento do processo, a Comissão pode decidir sobre um requerimento, estabelecendo se o litígio está resolvido; o exame do recurso não tem como fim a aplicação dos artigos 28, parágrafo 2, 29 ou 30, onde a Comissão pronuncia-se sobre uma relação de ordem estatal ou individual, em que ocorre a violação de obrigações que lhe são traçadas em nome da Convenção; o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, no exercício de atribuição de natureza jurídica, decide sobre a questão de saber se houve ou não violação da Convenção; a Comissão, nos termos da Convenção, torna necessária, de acordo com disposições do Regimento interior, sobre suas audiências e deliberações; as decisões da Comissão são tomadas pela maioria de seus membros, presentes e votantes; a Comissão reúne-se, quando as circunstâncias exigem, convocada pela Se-

cretaria Geral do Conselho da Europa; a Comissão estabeleceu seu regulamento interno; o secretariado da Comissão é assessorado pela Secretaria Geral do Conselho da Europa; os membros da Corte são eleitos pela Assembléia Consultiva, pela maioria das vozes que expressam, de conformidade com as pessoas apresentadas pelos Membros do Conselho da Europa, onde cada um pode apontar três candidatos; os membros da Corte são eleitos por um mandato de nove anos, sendo reelegíveis; a Corte elege seu Presidente e Vice-Presidente por um mandato de três anos, sendo reelegíveis; os membros da Corte recebem pelo exercício de suas funções, fixada pelo Comitê de Ministros; para exame de cada caso, a Corte é constituída por Câmara composta de nove juizes; somente as Altas Partes contratantes e a Comissão têm a qualificação para se apresentar perante a Corte; a competência da Corte estende-se a todos os assuntos concernentes a interpretação e aplicação da Convenção, que as Altas Partes Contratantes ou a Comissão se submetem, nos termos das condições previstas no artigo 48; cada uma das Altas Partes Contratantes pode, não importando em qual momento, declarar reconhecido como obrigatório, de pleno direito e sem convenção especial, a jurisdição da Corte, sobre todos os negócios concernentes à interpretação e aplicação da Convenção; a Corte não pode pronunciar-se sobre assunto, após a constatação pela Comissão, de condições processuais, sobre a regularidade sobre certos assuntos, no prazo de três meses, previstos no artigo 32; a condição que a Alta Parte contratante assume, nos termos do artigo 48, foi modificada pelo Protocolo nº 9, artigo 5; em caso de contestação, em que se discute se a Corte é competente, ela própria decide; a decisão da Corte pode declarar se uma providência tomada por autoridade judiciária contra uma Parte contratante, situa-se como parcial, em oposição com as obrigações decorrentes da Convenção; a decisão da Corte deve ser motivada; sendo que se o arresto não obtém a opinião unânime dos juizes, pode ocorrer a opinião individual; a decisão da Corte é definitiva; as Altas Partes Contratantes, como partes no litígio, podem conformar-se às decisões da Corte, nos litígios nos quais são partes; a decisão da Corte é transmitida ao Comitê de Ministros, em grau de execução; a Corte estabelece seu regulamento e fixa seu procedimento; a primeira eleição dos membros da Corte teve lugar, após as declarações das Altas Partes Contratantes, nos termos do artigo 46; toda Alta Parte contratante apresentará sua demanda perante o Secretariado Geral do Conselho da Europa; as despesas da Comissão e da Corte estão a cargo do Conselho da Europa; os membros da Comissão e da Corte, no exercício de suas funções, gozam de imunidades previstas no artigo 40 do Estatuto do Conselho da Europa; nenhuma das disposições da Convenção será interpretada como limitação ou atentado aos direitos do homem e as liberdades fundamentais; as disposições da Convenção não podem atentar contra os poderes conferidos aos Comitês de Ministros e ao Estatuto do Conselho da Europa; as Altas Partes Contratantes reconhecem, reciprocamente, salvo compromisso especial, a prevalência dos Tratados e Convenções, existentes entre elas; todo Estado, no momento da ratificação ou em outra oportunidade, deve declarar, por notificação endereçada ao Secretariado Geral do Conselho da Europa, que a Convenção será aplicada em seus territórios; todo Estado, no momento da assinatura da Convenção, na oportunidade do depósito do instrumento de ratificação, pode formular reserva sobre certa disposição particular da Convenção; a Alta Parte Contratante não pode denunciar a Convenção, senão após o prazo de cinco anos, após a entrada em vigor da mesma; a Convenção foi aberta à assinatura dos Membros do Conselho da Europa, sendo que as ratificações serão depositadas na Secretaria Geral do Conselho da Europa.

7. OS PROTOCOLOS ADICIONAIS

O Primeiro Protocolo Adicional, com seis artigos, estabelece que toda pessoa física ou moral, tem o direito de ver respeitados seus bens, não podendo ser privado de sua propriedade, senão em caso de utilidade pública, de conformidade com as condições previstas em lei e nos princípios gerais do direito internacional. A disposição visa proteger um direito do homem, de natureza econômica.

O artigo 2 protege o direito à instrução, pelo que o Estado, no exercício de suas funções, deverá assumir as obrigações no domínio da educação e do ensino, com respeito às convicções religiosas e filosóficas. As Altas Partes Contratantes (artigo 3) devem organizar, em intervalos razoáveis, as eleições livres, com escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão do povo, na escolha do corpo legislativo.

Toda Alta Parte Contratante (artigo 4) pode, no momento da assinatura, ou da ratificação, do Protocolo Primeiro, em qualquer momento, comunicar à Secretaria Geral do Conselho da Europa, uma declaração indicando, em que medida aceita as suas disposições. As Altas Partes Contratantes, de conformidade com os artigos 1, 2, 3 e 4 do Protocolo, como dos artigos adicionais à Convenção, podem usar o processo da denúncia.

O artigo 6 do Protocolo foi aberto à assinatura dos membros do Conselho da Europa, signatários da Convenção.

O Protocolo n. 2, artigos 1 a 4, estabelece critérios sobre interpretação da Convenção e de seus Protocolos. Já no artigo 5 estabelece regras inerentes à assinatura, no que se refere à ratificação e aceitação.

O Protocolo n. 4, artigos 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, estabelece regras sobre a privação da liberdade, em razão de execução de uma obrigação contratual. No mesmo sentido estabelece normas do direito de livre circulação e de livre escolha de residência. A não expulsão, por medidas individuais e coletivas, de certo território do Estado é consagrada. São proibidas as expulsões coletivas de estrangeiros. A Alta Parte Contratante pode, no momento de sua assinatura ou ratificação, do Protocolo acima mencionado, comunicar ao Secretário Geral do Conselho da Europa, declaração indicando, em que medida aceita as disposições do Protocolo. Ao mesmo tempo considerar os artigos 1 a 5 do Protocolo, como adicionais à Convenção.

O Protocolo n. 6, com quatro artigos, estabelece a abolição da pena de morte; pelo que ninguém pode ser condenado a tal punição. O Protocolo, no artigo 5, estabelece que todo Estado, no momento de sua assinatura ou do depósito, do instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, designar os territórios nos quais se aplica o Protocolo. Pelo artigo 6, os Estados Partes consideram que os artigos 1 a 5 do Protocolo, como adicionais à Convenção. O Protocolo foi aberto à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa, signatários da Convenção, passando a entrar em vigor no primeiro dia do mês, em que cinco Estados membros do

Conselho da Europa exprimiram seu consentimento. A Secretaria Geral do Conselho da Europa notificaria os Estados Membros do Conselho as respectivas assinaturas.

O Protocolo n. 7, nos artigos 1 a 10, trata do estrangeiro residente, regularmente em um território do Estado e sua não expulsão, a não ser na execução de decisão tomada de acordo com a lei e o direito. Ao mesmo tempo, estabelece que toda pessoa declarada culpada, por infração penal, por um Tribunal, terá direito de fazer examinar a questão por uma jurisdição superior, no que se refere a declaração de culpabilidade e a condenação respectiva. Sendo a condenação penal definitiva e ulteriormente anulada, em vista de erro judiciário, a pessoa submetida à condenação, será indenizada. Pelo artigo 4, ninguém pode ser condenado ou punido penalmente, por jurisdição do mesmo Estado, em razão de infração, pela qual já foi apenado, por julgamento definitivo, conforme a lei e o processo penal deste Estado.

Os esposos devem obedecer a igualdade de direitos e as responsabilidades de caráter civil, entre eles e nas relações com os filhos, durante o casamento e sua dissolução. O artigo 6, do Protocolo em questão, trata dos critérios de assinatura, depósito e ratificação. Os artigos 1 a 6 do Protocolo, são considerados como adicionais a Convenção, sendo que outros Estados podem apor suas assinaturas. O artigo 9 trata da entrada em vigor do Protocolo; ao passo que o de número 10 refere-se a assinatura, ratificação e aprovação.¹⁴

8. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

O ensino do Direito Europeu parte dos primeiros projetos de organização europeia, com o estudo de diversas teorias, doutrinas e práticas da integração europeia, com controvérsias sobre o federalismo, teorias funcionalistas, controvérsias sobre supranacionalidade, tratados comunitários e o Tratado de Maastricht sobre a União Europeia, com destaque para a institucionalização jurídica das Comunidades Europeias. Esses levantamentos, ultimamente, têm destacado a revisão do Tratado sobre a União Europeia, suas perspectivas e realidades, com dados sobre a Conferência intergovernamental de revisão do Tratado sobre a União Europeia, com questões referentes à hierarquia das normas.¹⁵

¹⁴ *Texto da Convenção e Protocolos*: Convenção europeia dos direitos do homem, Roma, 1950, em vigor depois, isto é, 1953; Texto revisado da Convenção (emendado em 1970, pelo Protocolo n. 3, de 1971, pelo Protocolo n. 5, de 1.990 e pelo Protocolo n. 8, Protocolo n. 2, de Strasbourg, 1963 (o texto do Protocolo n. 2, passou a fazer parte integrante da Convenção, após sua entrada Protocolo em vigor, em 1970; Protocolos em vigor (Protocolo adicional, Paris, 1952, em vigor, depois de 1954; Protocolo n. 4, Strasbourg, 1963, entrou em vigor em 1968; Protocolo n. 6, Strasbourg, 1983, em vigor depois de 1985; Protocolo n. 7, Strasbourg, 1984, em vigor depois de 1988; Protocolo n. 9, Strasbourg, 1.990, em vigor depois de 1994; Protocolos em fase de ratificação (Protocolo n. 10, Strasbourg, 1.992; Protocolo n. 11, Strasbourg, 1.994); Collection. Documentos europeus. *Droits de l'homme en droit international*. Les éditions du Conseil de l'Europe, textes de base, 1.992.

¹⁵ GANTRON, Jean-Claude. *Droit européen*. Mémentos. Droit Public. Science Politique. Dalloz, Paris, 1.995, 7ª edição; LOUIS, Jean-Victor. *L'Ordre Juridique Communautaire*, Commission das Communau-

Os novos paradigmas em Direito Internacional Público, o Direito Internacional da Integração e a autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos, leva-nos as reflexões transformadoras da sociedade contemporânea.¹⁶

As novas perspectivas do direito das Organizações internacionais, com os detalhados exames dos grandes textos do Direito Comunitário e da União Européia, conduzem as mais amplas reflexões sobre as transformações da sociedade internacional contemporânea,¹⁷ com reflexões sobre a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e a violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, ao lado de estudos sobre os procedimentos públicos especiais.¹⁸

As preocupações com a redefinição dos paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo, em especial o brasileiro, vêm acompanhados das motivações em torno da reorganização mundial e da própria restauração do Estado e o desenvolvimento social internacional, com

tés Européennes. “Perspectives Européennes”, Bruxelas, 1.993, 6ª edição; BOULOUIS, Jean. *Droit Institutionnel de L’Union Européenne*, Montchrestien, Paris, 1.995, 5ª edição; CARREAU, Dominique. *Droit International*, Etudes Internationales, Pedone, Paris, 1.994, 4ª edição; DINH, Nguyen Quoc. *Droit International Public*. Atualização Patrick Daillier e Alain Pellet, L. G. D. J., Paris, 1.994, 5ª edição; GARRIDO, Diego López. *Libertades Economicas y Derechos Fundamentales en el Sistema Comunitario Europeo*, Tecnos, Madrid, 1.986; GATHOT, Pierre Holleaux. *La Convención de Bruxeles de 27 de Septiembre 1968. Competência Judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE*. Prólogo de Bernardo M. Cremades, La Ley; CASSESE, Antônio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1.993; ACKERMAN, Bruce & GALOVE, David. *Is Nafta Constitutional?* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1.995; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade, Max Limonad, São Paulo, 1.996.

16 ALMEIDA-DINIZ, Arthur J. *Novos Paradigmas em Direito Internacional Público*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1.995; ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Direito Internacional da Integração*. Renovar, Rio, 1.996; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volume I, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1.997; MOURA ROCHA, José de. I. *Dissabores do “Saber”*. II. “Comunidade Européia, Mercosul, Jurisdição”. Separata do Anuário do Mestrado em Direito (n. 7 -1995 - Recife-Pernambuco), Editora Universitária, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1.997; ANDOLINA, Italo. *Ricerche Sul Processo. Cooperazione Internazionale in Materia Giudiziaria*. Dirette e Coordinate da Italo Andolina. Ordinaria di Diritto Processuale Civil dell’ Università di Catania, Libreria Editrice Torre, Catarina, 1.996.

17 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. Escopo Editora, Brasília, 1.990; SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1.997; DUBOIS, Louis. GUEYDAN, Claude. *Grandes textes de droit communautaire et de l’Union européenne*, Dalloz, Paris, 1.996, 4ª edição.

18 ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, *La Comision de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Violacion de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: Estudio de los Procedimientos Públicos Especiales*, Madrid, 1.988, 3 volumes; BUERGENTHAL, Thomas. SHELTON, Dinah. *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials*. A publication of the International Institute of Human Rights, Strasbourg, N. P. Engel Publisper, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1.995, 4ª edição; HABA, Enrique P. *Tratado Básico de Derechos Humanos. I. Conceptos Fundamentales, Con especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y al Derecho Internacional*, Editorial Juriscentro, San José, Costa Rica, 1.986.

análises sobre o relacionamento das Constituições européias com o Tratado de Maastricht, com indicativos para a integração regional, na América Latina,¹⁹ com diversas perspectivas para o futuro das modernas formas integrativas.²⁰

As decisões das Cortes Constitucionais, em torno do Direito Interno e do Direito Comunitário, têm demonstrado o crescimento enriquecimento da temática dos Direitos Humanos, da maior importância para a renovação da sociedade internacional contemporânea.²¹

Essas indagações levam aos questionamentos acerca da responsabilidade do Estado, por violação dos Direitos do Homem. Vários trabalhos dedicam-se a análise da Convenção Européia de Direitos do Homem, com objetivo de análise do texto, do mecanismo estabelecido e da jurisprudência de seus órgãos. Alguns desses trabalhos, tem promovido comparações dos princípios que inspiraram a Comissão e a Corte Européia dos Direitos do Homem, com a Corte Interamericana, no que se refere a imputação das violações atribuídas ao Estado, tendo em vista as regras estabelecidas em matéria de responsabilidade pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. O tema da responsabilidade dos Estados por violação das obrigações internacionais, é de grande importância. A Comissão já produziu a primeira orientação a partir de 1.980, com o Projeto sobre a origem da responsabilidade, tendo em vista os trabalhos do Professor Roberto Ago. Nessas discussões surgiram vários impasses sobre a confusão entre regras de responsabilidade, a condição dos estrangeiros, em decorrência das violações e da responsa-

19 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder Municipal. Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro*. Del Rey, Belo Horizonte, 1.997; *La Réorganisation Mondiale des Échanges* (Problemes Juridiques), Société Française pour le Droit International. Coloque de Nice, Éditions A. Pedone, Paris, 1.996, *Obra Coletiva*; *Les Nations Unies et la Restauration de L'État*. Rencontres Internationales de L'Institut D'Études Politiques D'Aix En Provence, Coloque des 16 et 17 décembre, 1.994, sobre a Direção de Yves Daudet, *Obra Coletiva*, Éditions Padone, Paris, 1.995; *Les Nations Unies et le Développement Social International*. Coloque des 16 e 17 de fevereiro de 1.996, sob a direção de Yves Daudet, *Obra Coletiva*, Éditions A. Pedone, Paris, 1.996; MIRANDA, Jorge. *O Tratado de Maastricht e a Constituição Portuguesa*, Revista do Tribunal Regional Federal, 1ª Região, volume 8, Número 3, junho-setembro 1.996, Brasília, pp. 17 e ss; ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Soberania Estatal e Organização Judiciária em Zonas de Integração Econômica*, Cursos de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, 1.994.

20 ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Direito Internacional Americano. Estudo sobre a Contribuição de um Direito Regional para a Integração Econômica*, Renovar, Rio de Janeiro, 1.995; idem, *Direito Constitucional Internacional - Uma Introdução - (Constituição de 1.988 revista em 1.994)*, Renovar, Rio de Janeiro, 1.994; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1.996; ANDRADE, Maria Inês Chaves. *A Plataforma Constitucional Brasileira*, Del Rey, Belo Horizonte, 1.995; CLERGERIE, Jean-Louis. *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, Paris, 1.997, *Le Droit en questions; Direito & Mercosul*, Cursos de Pós-Graduação em Direito - UFPR, Revista Direito e Mercosul, Curitiba, a 1, n. 1, 1.996; QUADROS, Fausto. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Européia*, Livraria Almedina, Coimbra, 1.955; SILVA, Roberto Luiz. *O Direito Econômico Internacional e o Direito Comunitário*, Del Rey, Belo Horizonte, 1.995; *Una Carta Social del Mercosul?* Trabajos de la Jornada Técnica sobre la Carta de Derechos Fundamentales en Materia Laboral del Mercosur, Relasur, 1.994.

21 *Corte Costituzionale. La Corte Costituzionale Tra Diritto Interno e Diritto Comunitario*, Seminário ocorrido em Roma, 15 e 16 de outubro de 1.990, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1.991; Direção de Philippe Manin. *La Révision du Traité sur L'Union Européenne Perspectives et Réalités*, Edition A. Pedone, Paris, 1.996.

bilidade. A responsabilidade internacional responde de maneira satisfatória aos aspectos de um sistema jurídico vinculado ao direito internacional, no qual é indispensável que o Estado responda por todos os seus atos, decorrentes das atividades de seus órgãos, configurando-se atos que violam uma obrigação internacional. O artigo 5 do Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade dos Estados, dedicou-se a matéria, sendo que a Corte Interamericana dos Direitos do Homem reconheceu esse princípio na questão *Velásquez Rodríguez*.

Certas considerações gerais, que examinam as ordens jurídicas internas dos Estados Europeus, no que concerne a teoria da separação dos poderes, têm apreciado as atribuições do Estado, por intermédio dos órgãos que realizam atos do poder legislativo, atos do poder executivo e atos do órgãos judiciários, relacionando-os com a teoria da responsabilidade. Nesses estudos têm ocorrido a distinção entre atos de *jure gestionis e jure imperii*, para a configuração da responsabilidade do Estado.

Os atos dos particulares são tratados no artigo 11 do Projeto da Comissão de Direito Internacional, no que se refere aos atentados dos direitos do homem. Também os órgãos de fato são examinados perante os direitos do homem.

A imputação do Estado por atos de outros sujeitos do direito internacional leva a diversas indagações sobre os atos de um Estado Estrangeiro, as imputações e atividades das organizações internacionais, bem como as atividades ilícitas dos organismos internacionais clássicos. É nesse sentido que a comissão de direito internacional formulou regras sobre a imputação dos estados em matéria de direitos do homem.²²

22 DIPLA, Haritini. *La Responsabilité de L'Etat pour violation des Droits de L'Homme - Problèmes D'imputation* - com Avant-propos de Nicolas Valticos e Préface de Luigi Condorelli, Éditions A. Pedone, Paris, 1.994.

LA O.I.T. Y LOS DERECHOS HUMANOS DEL TRABAJADOR

Santiago Barajas Montes de Oca^(*)

Al DR. HÉCTOR FIX ZAMUDIO con grande afecto, amistad y reconocimiento a su brillante labor en el impulso que ha dado a la difusión y práctica de los derechos humanos.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA JORNADA II. EL TRATO JUSTO: A) Trato a trabajadores con responsabilidades familiares; B) Proscripción de todo tipo de discriminación laboral; C) La remuneración; D) La libertad sindical. III. DERECHOS DE LA MUJER Y LOS MENORES TRABAJADORES. IV. EL TRABAJO INDÍGENA. V. EL TRABAJO FORZOSO. VI. DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES. VII. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

A cinco décadas de proclamada por la Organización de la Naciones Unidas la Declaración Universal de los Derechos Humanos resulta grato contemplar el creciente número de instituciones públicas y privadas que hoy se ocupan de la protección de tan importantes derechos, reconocidos e incorporados en las normas fundamentales de varios países, parte de las cuales constituye la defensa constitucional de las garantías individuales y sociales más reconocidas. Sin duda alguna la mejor tutela que ha podido ofertarse al ciudadano común de nuestros días ha sido la creación de estos organismos que sin interés político o económico alguno, han sido establecidos con la única finalidad de atender demandas de interés particular, de todas aquellas personas que estiman irregular y contraria al orden público la conducta de algunos órganos de administración con diversas funciones que alteren el desenvolvimiento normal de la sociedad ci-

^(*) Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

vil.

Los derechos humanos son, en esencia, la facultad otorgada a la persona para la protección de su vida, el respeto a su libertad y el reconocimiento de su igualdad social, o expresado en otros términos, aquello que afecte la convivencia natural de toda comunidad. Facultad que se extiende a toda forma de trato que merezca el ser humano y actitud que debe conducir también al respeto de su dignidad, a la observancia de un trato justo en todos los órdenes de su existencia y a una conducta razonable y equitativa por parte de los demás seres humanos y de cualquier autoridad legítima.

La O.I.T. desde el inicio de su actividad legislativa a partir del año 1919 ha mantenido particular empeño por ofrecer la protección más amplia a los derechos del trabajador, de tal manera que a la fecha de la Declaración Universal de los Derechos Humanos había recorrido ya un largo camino en la materia. Desde entonces tres propósitos han constituido la base de toda acción de sus órganos constitutivos: la implementación de medidas destinadas a facilitar y agilizar cualquier tipo de regulación que coadyuve a obtener para la persona las mejores condiciones de trabajo; posibilitar en cada uno de los Estados-Miembro de la Organización la forma de unificar criterios y lograr avances sociales en el campo de lo laboral; y obtener la aprobación e incorporación a las legislaciones nacionales, de los proyectos de convención aprobados en tanto estos representan la base de sustentación de sus principios.

En segundo término, identificar y fortalecer la confianza permanente en la Institución a efecto de convertir en realidad los propósitos de universalización que genera al igual que una cabal comprensión de los conflictos laborales, cuya imbricación y manejo debe convertirse en norma de las naciones si se desea la paz y tranquilidad internas. En tercer lugar el intercambio permanente de información técnica y la adaptación de ésta en los países en vía de desarrollo que carezcan de medios para su difusión, pues en ellos debe empezarse con la capacitación de mano de obra para los diversos tipos de actividad que se vayan a realizar.

La O.I.T. se ha preocupado por la defensa de los derechos humanos que conciernen al trabajo y se ha puesto de acuerdo con los gobiernos a fin de que en unión de sus organizaciones de trabajadores y patronos se lleve a cabo una estricta vigilancia que evite violaciones a la legislación internacional aprobada, una vez ratificada por los órganos nacionales competentes. Son varios ya los ramos a los que se ha extendido la protección de los derechos humanos del trabajador, pero debido a la limitación de espacio se expondrán los de mayor importancia y aceptación universal. Son aquellos en los cuales la garantía ofertada al trabajador asalariado (obrero, artesano, campesino o empleado) comprende los aspectos más equitativos en materia de condiciones de trabajo, propósito supremo de la Organización.

I. LA JORNADA

Objetivo primordial de la O.I.T. desde su fundación lo fue la limitación del tiempo de

trabajo, por ello no es de extrañar que en la primera Reunión de la Conferencia, órgano supremo de la Organización conforme su constitución orgánica, el tema número uno de la Orden del Día haya sido el destinado a la distribución de las horas de labor, fijando como período máximo de duración de la jornada diaria el de ocho horas y el de cuarenta y ocho horas el de la semana, con un día completo de descanso por semana.

Diversos razonamientos influyeron en esta determinación. Uno, el hecho de que desde el inicio del siglo se hubiese impuesto la reducción de las penosas jornadas de hasta diez y doce horas por día en todos los países industrializados de Europa y Estados Unidos de América, no tanto por razones humanitarias sino por el escaso rendimiento del trabajador después del mencionado período laboral. Otro, racionalizar el tiempo de trabajo frente a los preparativos de la inminente primera guerra mundial, al obligarse a los trabajadores, hombres y mujeres, al desempeño de jornadas inhumanas, no tanto debido al aumento de la producción bélica cuanto proveerse de mano de obra suficiente ante las exigencias que demandó el conflicto. Una vez concluido éste la exigencia de los trabajadores de todo el mundo impuso un límite razonable al tiempo de trabajo.

Las primeras industrias donde se implantara la jornada de ocho horas por día de labor fueron: la minera, las de carácter extractivo, las canteras y aquellas en las cuales se manufacturaran o reparasen toda clase de productos para la venta en los que se empleasen materias que sufriesen transformación peligrosa. Años más tarde se incluyó la industria de la construcción y conservación de edificios, el trabajo en puertos, en ferrocarriles, en tranvías y en la construcción de puentes y túneles para medios de transporte. En las demás industrias se fue implantando gradualmente tal horario de acuerdo a exigencias de las organizaciones de trabajadores, mediante leyes del trabajo o convenciones colectivas (Convenio N° 1 de la Conferencia).

El interés de la O.I.T. no se detuvo ahí. Habiendo observado que en ciertas industrias dado el avance de la técnica de fabricación de ciertos productos, la jornada de ocho horas resultaba agobiante para el trabajador, desde el año de 1933 se iniciaron estudios para proponer la reducción de dicha jornada hasta siete o menos horas, en el trabajo subterráneo (Convenio N°46), en las fábricas de vidrio o botellas (Convenio N°49) ambos aprobados el año de 1935; en obras públicas (Convenio No. 51 del año 1936), en la industria textil (Convenio N°61 del año 1937), aparte de varias Recomendaciones en otras materias (pesca, navegación fluvial y marítima, transporte por carretera y trabajo nocturno en general).

Aun cuando no todos los autores aceptan como un derecho humano la asignación de la jornada, no obstante ser muchos los países que no la respetan, hay quienes sí le otorgan tal categoría por el valor humanitario que la misma representa sobre en todo en trabajos de insalubre o peligrosa ejecución. Lo cierto es que gracias a la decidida intervención de la O.I.T. se viene imponiendo la regulación del tiempo de trabajo y sólo en casos extraordinarios o de auténtica necesidad local se ha permitido a algunas naciones asiáticas y de África central la extensión de la jornada en algunas actividades, en locales debidamente protegidos y con ambiente aceptable

para la salud de los trabajadores.

II. EL TRATO JUSTO

Son cuatro las materias en las que la Organización del Trabajo ha participado respecto a este capítulo: el trato especial a trabajadores con responsabilidades familiares; la proscripción de todo tipo de discriminación laboral; la protección legal de la remuneración y la garantía de libertad sindical. Se hace un breve examen de cada una de ellas:

A) Trato a trabajadores con responsabilidades familiares

Desde la Declaración de Filadelfia el año de 1945 uno de los objetivos internacionales preferentes ha sido ofrecer a todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, el derecho a su bienestar material, al desarrollo espiritual en condiciones de libertad, igualdad y seguridad económica y el respeto a la dignidad. Ha de otorgarse asimismo un trato prudente y razonable acorde a las necesidades personales y al disfrute de todas las posibles oportunidades permitidas por el medio comunitario al cual se pertenezca. Conforme a este principio la O.I.T. *ha extendido a los trabajadores* que tengan compromisos de familia se les otorguen mejores oportunidades de empleo y se les mantenga en éste con preferencia a quienes pueden sustentar sus necesidades y problemas económicos con mayor facilidad. Para el logro de este propósito ha propuesto la adopción de políticas nacionales que por una parte concedan igualdad de trato a hombres y mujeres que trabajan y por otra concedan a estas últimas la posibilidad de beneficios contractuales en particular.

A reserva de ampliar este punto conviene señalar que en apoyo de la Convención aprobada se acepte, por sindicatos y empleadores, en calidad de sugerencia, el discutir y en su caso aprobar cláusulas en las convenciones colectivas, en las cuales se establezca alguna preferencia en la conservación de empleos, a aquellos trabajadores que sostengan esposa e hijos respecto de quienes sean solteros. Pueden hacerse excepciones o modificaciones en aquellos casos en que la esposa o hijos presten servicios remunerados y por lo mismo sean menores las exigencias familiares (Convenio No. 150 - Recomendación N° 165, documentos ambos de la Reunión de 1981).

En el Convenio se aclara que las expresiones “hijos a su cargo” y “miembros de la familia directa”, utilizadas en el documento atañen de manera evidente a quienes necesitan cuidado o sostén, dejándose en libertad a los Estados-Miembro el ajuste de su legislación a la costumbre y requerimientos familiares de cada una, con la única condición de no apartarse de las disposiciones adoptadas.

B) Proscripción de todo tipo de discriminación laboral

Larga fue en el seno de la Conferencia la discusión para aprobar este principio social y humano. Desde el año de 1949 se vino presentando a los representantes de los Estados-Miembro

bro un estudio meticulado preparado por el Consejo de Expertos de la Organización sobre esta cuestión. Año con año se le ampliaba y mejoraba de acuerdo a correcciones y modificaciones sugeridas no obstante el reconocimiento general de su reglamentación necesaria. El problema presentado por varios países no lo era tanto de oposición a conductas discriminatorias, sino debido a la necesidad de proteger los intereses de los connacionales frente a grupos de trabajadores que exigían igual trato, imposible de otorgar mientras no se hubieren satisfecho las exigencias locales (Convenio N° 82 aprobado en la Reunión de 1947).

Este fue el motivo de que hasta el año de 1958 se aprobara la Convención sobre discriminación existente en materia de empleo. Fue hasta la presentación de un depurado documento que preparó el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo que se allanaron todos los puntos negativos sustentados con anterioridad. Por ello en la declaración del proemio del convenio respectivo se dice que todo tipo de discriminación laboral constituye una violación de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal ya aludida y por tanto se agrega el término “discriminación” incluye cualquier distinción, exclusión o preferencia en el trabajo por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, con base en la cual se pretenda anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación.

Los Estados antes de legislar sobre la materia han llevado a cabo consultas con las organizaciones de trabajadores y empleadores que se estimen afectadas y mediante el concurso de dichos organismos ha sido posible ir borrando de las contrataciones las posibles distinciones, exclusiones o preferencias existentes. Por lo pronto se ha permitido a determinados sectores de trabajadores la capacitación profesional como requisito previo para ser aceptados en los empleos disponibles. Las actitudes discriminatorias han ido desapareciendo gradualmente siendo hoy la falta de empleos lo que ha provocado nuevas situaciones de oposición al trabajo de extranjeros particularmente, pero ya no la oposición manifiesta de las organizaciones sindicales.

C) *La remuneración*

Postulado universalmente aceptado ha sido el pago de igual salario por trabajo de igual valor. Contemplado en su dimensión socio-económica el concepto trabajo de igual valor se le define como la contribución del asalariado a la producción, la cual forma parte del valor del producto en el mercado según el grado de competitividad de la mano de obra. Cuatro elementos integran esta definición: 1) el valor del contenido de trabajo; 2) el valor del mercado; 3) la contribución del asalariado a la producción; y 4) la complejidad actual de los sistemas de remuneración. Se explican:

Es la organización interna del trabajo lo que permite la evaluación de los puestos y no el quehacer individual; más aún, la actividad industrial moderna se practica en equipo o en grupo, siendo este factor el que se toma en cuenta para la asignación de la remuneración correspondiente. Por esta razón la capacitación profesional ha alcanzado dimensiones inimaginadas y per-

cibe mayor salario quien demuestra mejores aptitudes, conocimientos o experiencia en una determinada función a ejercer. En la actualidad la remuneración se apoya en las tareas a realizar y en las calificaciones de los trabajadores más que en la clasificación de las categorías.

El concepto salario igual por trabajo de igual valor ha tenido un desarrollo en tres etapas. En la primera ha sido el legislador quien ha recogido la idea de igual remuneración para empleos considerados idénticos en intensidad y tiempo de productividad, clasificados estos en categorías: obrero especialista, obrero de primera, de segunda, auxiliar, etc. En la segunda se ha abierto el compás comparativo y tanto las leyes como los códigos del trabajo incluyen en la misma categoría actividades similares sin diferencias substanciales, como se observa en numerosas contrataciones colectivas, que es el caso del trabajo en equipo. En la tercera se ataca toda forma de discriminación al admitirse diferencias estructurales vinculadas a la característica de la ocupación. Es aquí donde la acción de la O.I.T. ha sido encomiable en su defensa de los derechos humanos del trabajador en el campo de la remuneración al apoyar esta únicamente en el trabajo de igual valor.

D) *La libertad sindical*

¿Hasta qué grado puede considerarse la libertad sindical un derecho humano?

Tal fue la interrogación formulada por las representaciones gubernamentales y patronales cuando se les planteó el anteproyecto de convenio sobre el derecho de asociación profesional al celebrarse la trigésima primera reunión de la Conferencia de la O.I.T. en la ciudad de San Francisco, el año de 1948. El derecho a la sindicación dijeron entonces las representaciones obreras no es un derecho de grupo o de clase social sino un derecho individual y como tal debe aceptársele. Amplio fue el debate pero al final se impuso la cordura de que se trataba de un derecho autónomo del trabajador que adquiriría la categoría de un derecho humano ya admitido por la organización de la Naciones Unidas.

El Convenio número 87 aprobado por unanimidad recogió desde entonces la admisión y reglamentación del derecho de libertad sindical, cuyo extraordinario y extenso contenido no sólo fortaleció el derecho de asociación en general tanto para trabajadores como empleadores sino que le otorgó categoría correlativa al derecho de libertad de expresión. Los trabajadores -expresa el documento- sin distinción alguna y sin ninguna autorización previa tienen la facultad de constituir las organizaciones que estimen convenientes, al igual que la de afiliarse a ellas con la única obligación de observar los estatutos de las mismas. Todo trabajador -se agrega- tiene en lo individual el derecho de afiliarse a un sindicato cuando así convenga a sus intereses o a dejar de formar parte de él en el momento en que lo decida a su conveniencia.

Concebida la libertad sindical como un derecho personal para un sector de la sociedad, el integrado exclusivamente por trabajadores y aquellos empleadores que a su vez han hecho uso de él, así lo han aceptado todas las doctrinas sociales. El individualismo, por ejemplo, señala que el ser humano al rechazar la sumisión absoluta exige se reconozca su justo papel en el mundo y reclama al mismo tiempo su derecho al trabajo. El liberalismo por su lado exalta el

concepto de libertad individual basado en la existencia de un orden social armónico y libre de cualquier atadura irracional. En cuanto al socialismo su método de acción entraña en una parte cierta limitación a la propiedad privada de los medios de producción pero en otra se presenta como una concepción social que subordina al individuo frente a la colectividad para el cumplimiento de un deber de solidaridad en cuyo retorno es la voluntad del hombre la que impera. Asume en consecuencia que es la libertad del ser humano de adherirse al interés social lo que se impone en el espíritu colectivo.

III. DERECHOS DE LA MUJER Y DE LOS MENORES TRABAJADORES

Otro de los capítulos en el renglón de los derechos humanos de los trabajadores es el de la protección alcanzada por las mujeres y los menores. La Organización no ha escatimado esfuerzo para imponer este significativo reconocimiento. Si se examinan libros, artículos, estudios de sus expertos, relacionados con el trabajo de unas y otros, se comprenderá el esfuerzo hecho para garantizarles respeto a su condición biológica y su capacidad física. Ello lo confirman los convenios aprobados desde la primera Reunión de la Conferencia destinados a la protección de la maternidad y a la prohibición del trabajo peligroso e insalubre (Nums. 3 y 6). En el primero se reglamentó la ausencia de la mujer en el trabajo antes, en y después del parto, con pago íntegro de salario; en el segundo la prohibición de emplearla en minas, canteras y obras en construcción o reconstrucción, colectores, cloacas y toda clase de instalaciones peligrosas (curiosamente se incluyó el transporte entre estas).

En otro orden de disposiciones se le otorgó a la mujer trabajadora el derecho de regresar al empleo hasta encontrarse en condiciones de salud de hacerlo aun cuando sin salario después de los períodos de ausencia a los cuales se ha hecho referencia; el derecho de amamantar al hijo recién nacido concediéndole permiso para hacerlo durante la jornada matutina y más tarde el servicio de guardería al resultar numeroso el personal femenino empleado en diversas empresas. En la trigésima quinta Reunión de la Conferencia celebrada el año de 1952 se incluyó en el convenio revisado de los derechos de la mujer trabajadora una nueva relación de trabajos peligrosos ampliando estos a la ocupación de cualquier índole en muelles, embarcaderos, aeropuertos y almacenes donde se guarden sustancias peligrosas (Convenio N°103).

Respecto a la prohibición del trabajo nocturno se impuso como horario de las once horas de la noche a las cinco de la mañana del día siguiente, extendiéndolo a bares, cantinas, industrias de manufacturas que modifiquen, limpien, reparen, adornen, terminen o preparen productos en los cuales se empleen materias químicas específicas. Sin embargo, al concluir la segunda guerra mundial se inició en Europa, Estados Unidos de América y otros países en vía de industrialización un movimiento femenino para exigir el cambio del capítulo de prohibiciones a efecto de permitirle a las mujeres la ocupación en varias actividades no permitidas por la anterior legislación.

Obligadas las organizaciones obreras a plantear estos cambios son ya varios los puestos reservados a los varones en los que se emplean mujeres por lo cual ya no es novedad encontrar-

las en las ocupaciones más disímiles, pues ha habido trabajadoras que han intentado acciones legales para trabajar en industrias consideradas peligrosas para su condición física, incluso minas, habiendo obtenido resoluciones favorables. En estos casos el problema de los derechos humanos de la mujer trabajadora se ha trastocado y su exigencia actual es se le considere en igual nivel al del hombre y no es raro comprobar que trabajos supuestamente pesados o difíciles los desempeñen mucho mejor que los varones compañeros suyos.

Igual puede decirse de la prohibición del trabajo de menores frente al cambio de criterios para su empleo. Los convenios aprobados por la O.I.T. para su protección desde el año de 1919 hasta concluida la segunda guerra ya referida reglamentaron con bastante éxito la edad de admisión al trabajo (Convenios 5, 7, 8, 9 y 10 de los años 1919, 1920, 1921 y 1927 respectivamente), la prohibición absoluta del trabajo nocturno desde las ocho horas de la noche hasta las seis de la mañana del día siguiente, el trabajo insalubre y peligroso y ciertos trabajos industriales.

Las modificaciones sobrevinieron al revisarse en las ciudades de Montreal y San Francisco (años de 1946 y 1948) la edad para el ingreso al trabajo industrial y no industrial, así como el trabajo nocturno, formulándose una clasificación de dicha edad: para determinados trabajos agrícolas o de escaso esfuerzo físico o mental, la edad de doce años como límite interior; para trabajos no industriales la edad de catorce años y para trabajos industriales dieciséis años, clasificándose cada uno de estos tipos de ocupación (Convenios número 77, 90 y 124 respectivamente). Por excepción a algunos países de África y el sureste asiático se ha permitido el empleo de menores de diez años en labores agrícolas y de índole familiar, llevándose a cabo por la Organización una inspección rigurosa en todas estas actividades de menores, con halagüeños resultados.

En los años recientes la O.I.T. se ha ocupado en una cuestión trascendente, el aprendizaje y la capacitación. Estimada y aceptada como reserva humana la fuerza de trabajo de los menores se ha exigido a los Estados-Miembro el establecimiento de centros de instrucción para niños y jóvenes en edad escolar, así como su preparación en un oficio o arte en horarios que les permitan su desarrollo físico natural. Son varias las legislaciones que han establecido como obligación patronal crear este tipo de trabajo-instrucción con entrega de constancias o certificados de conocimientos adquiridos en los centros de estudio-aprendizaje, cuyos programas de enseñanza comprenden: a) escala y tiempos de enseñanza, b) remuneración convenida, c) admisión de aprendices en fábricas y empresas que lo requieran; d) la fijación de la edad de catorce años como edad de ingreso al trabajo.

Se ha modificado asimismo la clasificación de trabajo industrial y no industrial. Dentro del primero quedan comprendidas las empresas dedicadas a la producción de manufacturas que modifiquen, limpien, adornen productos químicos peligrosos o insalubres, el transporte y la navegación marítima y fluvial. Dentro del segundo están consideradas: el comercio, la distribución de productos, las publicaciones, la computación y en general actividades que no exijan la atención de máquinas, aparatos o equipos de alta peligrosidad. El trabajo del campo y la indus-

tria familiar.

Se ha ampliado también la relación de trabajos insalubres o peligrosos. En los primeros se consignan las labores que ofrezcan peligro de envenenamiento como el manejo de sustancias tóxicas, toda operación industrial de cuya ejecución se desprendan gases o vapores electé-reos o produzcan emanaciones nocivas para la salud, toda operación cuya realización produzca humedad continua y aquellas actividades que conforme a los reglamentos de seguridad e higiene de cada país incluyan situaciones de daño para el menor. En los segundos las siguientes labores: a) el engrasado, limpieza, revisión o reparación de máquinas y mecanismos en movimiento; b) cualquier trabajo en el cual se empleen sierras automáticas, circulares, o de cinta, el empleo de cuchillos y equipo cortante y el manejo de aparatos que requieran precauciones o conocimientos especiales; c) el trabajo subterráneo o submarino; d) la fabricación de explosivos, fulminantes, sustancias inflamables y metales alcalinos; y e) los que especifiquen los reglamentos de seguridad e higiene locales (Convenios Nos. 53 y 60 respectivamente).

IV. EL TRABAJO INDÍGENA

La explotación de los trabajadores indígenas no había ocupado la atención de los organismos internacionales, pues aparte de no haberle otorgado significación social y considerarla tribal, de naturaleza familiar e independiente, no se había meditado tampoco en el hecho de que personas sin escrúpulos, empresas encubiertas, organismos con aparente carácter altruista, incluso autoridades sin interés cultural o humanitario, llevaban a cabo acciones mediante las cuales mantenían a estos grupos o comunidades en grave estado de atraso y sumisión en aras de su conveniencia económica.

Organizaciones privadas constituidas para la defensa de los derechos humanos han sido quienes han alertado a la sociedad sobre tan irregular conducta, elevando su voz hasta los gobiernos e instituciones creadas para la protección de los sectores indígenas ayudados por los medios de información, para dar a conocer el trato recibido por tales poblaciones. Cuando este clamor llegó a la O.I.T., de inmediato se avocó al análisis del problema por tratarse de trabajadores los perjudicados más que de etnias en estado primitivo como se pretendía hacerlas aparecer, proveyendo de inmediato a la práctica de consultas con sindicatos, federaciones, empleadores y sociedades de beneficencia privada, solicitándoles sugerencias y programas colectivos tendientes a remediar esta lamentable situación.

Fue ya avanzada la década de los años cincuenta cuando sus expertos presentaron un amplio estudio sobre el trabajo indígena, orientado a la necesidad de crear una legislación protectora de los derechos inherentes. Se formuló por la Oficina Internacional del Trabajo un anteproyecto presentado a la Conferencia en su Reunión del año 1957, mismo que lo discutió y salvo ligeras variantes lo aprobó con base en argumentos difundidos a su vez por la Organización de las Naciones Unidas (Convenio N°107). Señala el proemio de dicha convención que:

después de haber decidido adoptar diversas posiciones relativas a la protección e integra-

ción de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países de reciente independencia, cuestión que constituye el sexto punto de la Orden del Día de la Reunión, y haber decidido que dichas proposiciones resalten la forma de un convenio internacional... con base en la Declaración de Filadelfia que afirma que todos los seres humanos tienen derecho a perseguir su bienestar material y desarrollo espiritual... existen poblaciones indígenas que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y oportunidades de que disfrutaban otros elementos de población... es deseable desde el punto de vista humanitario como del propio interés de los países, perseguir el mejoramiento de las condiciones de vida de estas poblaciones ejerciendo una acción simultánea sobre todos los factores que le han impedido participar en el progreso de la actividad nacional de la cual forman parte.

Los tres sectores de la O.I.T. aceptaron el cumplimiento de diversas acciones, a saber: Los gobiernos elaborar programas que contengan estas medidas: a) permitir a los grupos indígenas, en pie de igualdad, derechos y oportunidades, al mismo tiempo que otorgarles los elementos necesarios para el desarrollo de su población; b) ofrecer medios de promoción social, económica y cultural, que eleven su nivel de vida; c) proveer lo necesario para su integración nacional con exclusión de cualquier medida tendiente a la asimilación artificial de estas poblaciones. Por su parte las organizaciones de trabajadores se comprometieron: a) no utilizar los programas oficiales para fines de propaganda sindical y menos aun política; b) no prolongar el estado de segregación de las comunidades indígenas; y c) aplicar las disposiciones adoptadas por la Conferencia mientras subsista la necesidad de una protección completa de estas comunidades. Los empleadores se obligaron a su vez: a) impulsar los valores personales de las comunidades indígenas colectiva e individualmente mediante la aportación de los medios económicos para su logro; b) allanar en lo posible las dificultades de adaptación de las poblaciones nuevas, no sólo para mejorar sus condiciones de vida sino sus oportunidades de trabajo digno y respetable; y c) fomentar la capacitación e iniciativa de menores, jóvenes y adultos, con aportación de los recursos para obtenerla.

El año de 1989 al ser revisada la anterior convención número 107 y tomar en cuenta los resultados obtenidos por las poblaciones indígenas en sus veinte años de vigencia, se acordó aprobar un nuevo convenio (Número 169) en el cual se tomaron en consideración otros factores que han modificado la situación real de las poblaciones indígenas y tribales. El primero de ellos insistir ante estas comunidades asumir por sí mismas el control de sus instituciones y forma de vida con el objeto de fortalecer su identidad y abreviar de esta manera su natural evolución; integrar gramaticalmente de ser factible su lengua; fomentar sus creencias religiosas como base de su unión y ajustar sus actividades dentro del marco jurídico de los Estados donde viven. Se estableció asimismo en la reglamentación respectiva la forma de disfrute de sus derechos humanos fundamentales a fin de alcanzar el nivel obtenido por el resto de la población; avocarse al estudio de leyes que permitan la conservación de sus valores, costumbres y perspectivas de superación. Se estima en las consideraciones finales la posibilidad de que bajo estos principios nacionales desaparezca la erosión sufrida por las comunidades indígenas por largo

tiempo.

Es conveniente aclarar que colaboran en esta tarea la organización de las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y alimentación, la Organización para la educación, la ciencia y la cultura (UNESCO), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Instituto Internacional Indigenista. Por su parte la O.I.T. ha logrado ya el reconocimiento internacional del movimiento obrero mundial de los pueblos indígenas.

V. EL TRABAJO FORZOSO

Otro aspecto del alcance de los derechos humanos puesto en práctica por la O.I.T. ha sido el combate al llamado trabajo obligatorio subsistente bajo diversas formas en varias naciones y el cual considera necesario abolir. Curiosamente uno de los convenios aceptados y ratificados por la casi totalidad de los miembros de la Organización, el número 29 aprobado por la Conferencia el año de 1930, relativo a este tipo de trabajo, ha sido de los que más dificultades ha presentado para su aplicación. Razones diversas se han expuesto por los gobiernos frente al resultado de las inspecciones practicadas, en las cuales se advierte el incumplimiento de las disposiciones incluidas en dicha convención. Unos han manifestado que han encontrado que muchas de las obligaciones instituidas no es posible ponerlas en práctica por estimarlas peligrosas para el desarrollo normal de sus economías; otros presentan inconvenientes políticos aun cuando no lo aceptan abiertamente; los más lo han reglamentado conforme a criterios propios a fin de no alterar ciertas costumbres y usos permitidos.

Por fortuna ninguna de estas situaciones ha menguado el valor jurídico y social del propósito laboral respectivo, ya que por lo menos se reconoce la afectación sufrida en la libertad de trabajo y lo indebido del régimen instituido. Se ha ofrecido al menos suprimirlo gradualmente aunque condicionado a situaciones locales de cierta exigencia social. Por un lado en cierto tipo de ocupaciones de interés nacional como ha sucedido en Cuba con el corte de caña en algunos años en que ha sido abundante la producción y ha faltado mano de obra para cubrirla, al tratarse del producto de exportación más importante en la economía de la isla; por otro, cubrir puestos insuficientes para el desarrollo de actividades industriales locales también, con carácter temporal, a través de contrataciones específicas reguladas en las propias leyes laborales. En algunos países el trabajo penitenciario al cual se le encubre bajo la aplicación de sistemas de readaptación social.

¿Cuales son los motivos que obligan a la supresión absoluta del trabajo forzoso? Para la O.I.T. el hecho de encontrarlo similar en cierta forma a la situación que presentó en su época la esclavitud, institución antisocial por fortuna abolida hace más de un siglo; por constituir asimismo una violación, al concepto de salario frente a la norma constitucional que establece que ninguna persona está obligada a prestar un servicio sin la retribución previamente convenida; además por prohibirlo la Carta de las Naciones Unidas así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, documentos cuyo compromiso de cumplir en sus términos han aceptado

todas las naciones.

Si en alguna época rigieron leyes que admitieron el trabajo forzoso, sea como medida disciplinaria o para compensar la suspensión del trabajo por motivo de huelga o paro de trabajadores, calificada de ilegal, las disposiciones inherentes han desaparecido de los códigos por la violación a derechos de libertad de trabajo reconocidos. Donde aún subsiste alguna violación de esta naturaleza la O.I.T. ha puesto en ejercicio todos sus poderes para erradicarla y corregir cualquier deficiencia de aplicación a las disposiciones a las cuales se han comprometido, repetimos, la casi totalidad de los Estados-Miembro de la Organización.

En varios informes preparados por el Consejo de Administración se ha hecho comprender con razonamientos muy profundos el por qué en los albores del Siglo XXI es imposible admitir se mantenga tal estado de cosas en torno al trabajo forzoso.

Se ha manifestado también en contra de la pretendida justificación de ciertos usos derivados del cumplimiento de sentencias judiciales de carácter penal, bajo el criterio de tratarse del cumplimiento de resoluciones de autoridad constitucional competente de índole distinta a la laboral. Por ello ha expresado a los gobiernos de las naciones que se precian de respetar los derechos humanos reconozcan que su conducta resulta contraria al estado de Derecho. La única excepción admitida es la del trabajo eventual cuando se trate de accidentes, desastres o causas de fuerza mayor que obliguen al combate inmediato de siniestros o reparaciones indispensables de las instalaciones industriales, en los términos y condiciones que lo determine el legislador.

VI. DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

El empleo de trabajadores en países distintos a los de su residencia o nacionalidad alcanzó auge en los primeros años de la década de los cincuenta, en parte por la dificultad de obtenerlo en el país propio y en parte por el mejor salario que se pagaba a la mano de obra especializada y con experiencia en actividades industriales que a su vez adquirieron un desenvolvimiento técnico y fabril inusitado. El desarrollo económico alcanzado por Alemania, Suecia y Francia en particular a partir de entonces, condujo al éxodo de trabajadores al resultar necesaria la mano de obra extranjera para cubrir puestos día con día creados.

Se atribuye tal fenómeno a la filosofía social implantada en el Tratado de Roma que permitió a millares de asalariados recorrer los campos europeos en busca de ocupación, encontrada sin grandes esfuerzos ante la demanda existente de dicha mano de obra. Se inició de esta manera un intenso movimiento migratorio laboral en la actualidad preocupante pero entonces recibido con satisfacción para cubrir exigencias inminentes. Tanto entonces como hoy esta migración ha provocado situaciones de trato desigual o francamente discriminatorio, que ha obligado a los organismos internacionales a exigir el reconocimiento de nuevos derechos laborales que deben ser aceptados por los Estados.

Al presentarse los primeros síntomas del problema la O.I.T. ha intervenido con los go-

biernos a efecto de que los trabajadores migrantes tengan trato igual al de los trabajadores del país donde emigran. Una reglamentación inicial contenida en el Convenio número 97 garantizó el respeto a cualquier forma de inmigración de trabajadores, obligándose los Estados-Miembro a mantener informada a la Organización respecto de las políticas nacionales impuestas sobre la materia, tanto de emigración como de inmigración, al igual que sobre las disposiciones de la legislación nacional relativas al movimiento migratorio. Han sido registrados también numerosos acuerdos interestatales en materia del trato ofrecido a dichos trabajadores migrantes.

En una revisión posterior del anterior convenio cuatro aspectos nuevos fueron incluidos: 1. La remuneración sujeta a una escala de valores del trabajo; 2. El otorgamiento de los beneficios de la seguridad social; 3. El respeto a los derechos adquiridos por estos trabajadores en su país de origen; y 4. Impedir cualquier forma de explotación en el trabajo por razón de nacionalidad. Una Recomendación adicional propuso aprobar reglamentos sobre el reclutamiento de personal y facilidades de colocación, así como la inspección permanente de las contrataciones provisionales o temporales (Convenio N° 143 del año 1975 y Recomendación N° 86 de igual fecha). Acuerdos bilaterales entre naciones fijaron otras obligaciones.

Durante poco más de veinte años la situación de los trabajadores migrantes se mantuvo estable pero la aparición del fenómeno de crisis hizo aparecer al mismo tiempo innumerables conflictos internos, sindicales, y empresariales, que obligaron al desplazamiento de los trabajadores migrantes o al ajuste de las condiciones de trabajo. Los Estados que habían admitido mano de obra en gran número se han visto en la necesidad de hacer recortes de personal, reducir el tiempo de trabajo a menor número de horas de las convenidas y a otorgar ayuda pecuniaria a los desempleados, con detrimento de sus economías.

La O.I.T. mantiene actualmente el problema de los trabajadores ocupados en el extranjero, acogidos al postulado universal de que el trabajo no es una mercancía. Sin embargo se ha admitido al mismo tiempo que la pobreza en cualquier lugar de nuestro planeta Tierra constituye un peligro para la prosperidad de todos, por lo cual debe ser enfrentada empleando para ello todos los medios posibles de solución. Si la política a seguir es vencer el subdesarrollo y el desempleo estructural crónico, los primeros programas a poner en ejecución deben dirigirse a establecer una nueva reglamentación de la mano de obra extranjera a fin de evitar enfrentamientos entre trabajadores nacionales y migrantes.

Ha surgido por tanto la necesidad de readaptar el pacto internacional de derechos civiles y políticos y modificar todos los planteamientos sobre el mercado de empleo, sobre la distribución de la mano de obra bajo otros conceptos y acuerdos bilaterales o multilaterales y sobre la libre circulación de trabajadores hoy prohibida. La consulta a gobiernos, sindicatos y empleadores no se ha hecho esperar y los tres sectores han sido convocados a consultas destinadas: a) el otorgamiento de un trato igual a unos y otros; b) mantener la estructura actual de los movimientos migratorios; c) establecer un amplio intercambio de opiniones para unificar la legislación sobre la materia; d) aceptar las sugerencias de los diferentes organismos internacionales respecto a derechos laborales y sindicales; e) analizar las limitaciones empresariales respecto a

la aceptación de migrantes; f) aceptar las raíces culturales y profesionales de los migrantes y g) reestructurar la movilidad de la mano de obra migratoria dentro de las modernas condiciones de la industria del empleo.

No están a discusión los principios de mercado del antiguo orden laboral sino los aspectos dispositivos, esto es, la distribución equitativa de la mano de obra, los beneficios alcanzados por la clase trabajadora a través de las relaciones económicas internacionales o las exigencias de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el problema confrontado en la actualidad es la movilización de los hombres a los lugares donde existe libertad espiritual o política, el nivel alcanzado por el mercado de trabajo en la satisfacción de necesidades esenciales y el umbral ante el cual se desvanece o es atropellada la justicia.

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA. Años antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos la Organización Internacional del Trabajo, desde el inicio de sus actividades en 1919, elevó a la categoría de principios humanitarios del trabajador los siguientes: la implantación de la jornada diaria en un período de ocho horas, de cuarenta y ocho horas a la semana, con un descanso prudente; la protección del trabajo de las mujeres y los menores; la igualdad de trato a hombres y mujeres en el trabajo y las primeras condiciones laborales a establecer en las convenciones colectivas. Con ello abrió el camino a un conjunto de beneficios que constituyeron la base jurídica de las relaciones obrero-patronales.

SEGUNDA. Los Proyectos de Convenio y Recomendaciones que surgieron en esta etapa incluyeron años más tarde el combate a la discriminación laboral no sólo para abolir cualquier distinción, exclusión o preferencia por motivos de raza, color, sexo o religión, sino por cuestiones de convicción personal u opiniones políticas o por consideraciones de ascendencia nacional y de orden social; actitud que coadyuvó en la igualdad de oportunidades para todos los trabajadores en el empleo u ocupación, sustentada por la Organización.

TERCERA. La O.I.T. ha sostenido intensa lucha en el campo de las garantías de libertad: libertad de trabajo y libertad de asociación particularmente. Respecto de la primera de estas libertades ha logrado imponer un trato justo a los trabajadores y se ha impuesto a toda forma de trabajo forzoso u obligatorio, al considerar que ninguna ley nacional puede justificarlo. En cuanto a la segunda ha logrado la aceptación universal del criterio de que a ningún trabajador puede obligársele a pertenecer a una determinada agrupación obrera o sindicato, como tampoco se le puede obligar a dejar de pertenecer a ella. Ha evitado asimismo se vulnere la libertad de representación en el seno de las asociaciones profesionales.

CUARTA. Ante el imperativo social del respeto absoluto a la dignidad e integridad biológica y espiritual del ser humano, ha dedicado la O.I.T. en los recientes años, gran parte de su esfuerzo a la protección material e ideológica de las comunidades indígenas. Con base en la De-

claración de Filadelfia que establece que todos los seres humanos tienen derecho a perseguir su bienestar material y desarrollo espiritual se ha constituido en factor fundamental para que estas poblaciones se integren a la colectividad nacional a la cual pertenecen.

QUINTA. Capítulo aparte pero de mucha importancia es el reconocimiento de los derechos humanos de los trabajadores migrantes, a quienes precisa reconocer igualdad de oportunidades de trabajo otorgadas a los nacionales cuando son aceptados en el territorio de un país distinto al de su origen o nacionalidad. La O.I.T. ha logrado para estos trabajadores: a) La remuneración de sus servicios sujeta una escala de valores específicos; b) el otorgamiento de los beneficios de la Seguridad Social; c) el respeto a sus derechos adquiridos en su país de origen; y d) Impeidir cualquier forma de explotación en el trabajo por razón de nacionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BARTOLOMEI De la Cruz, A. G.; *Protección contra la Discriminación Antisocial*; Ediciones O.I.T., Ginebra, Suiza, 1976; 219 pp.
- BARROSO Figueroa, José; *Derecho Internacional del Trabajo*; Editorial Porrúa S.A., México, 1987; 402 pp.
- BIDART CAMPOS, German; *Teoría General de los Derechos Humanos*; Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M.; México, 1989; 453 pp.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS; *Imperio del Derecho y Derechos Humanos*; Ginebra, Suiza, 1967; 107 pp.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor; *Reflexiones Comparativas del Ombudsman*; Ediciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1980, 149 pp.
- Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*; C.N.D.H. 2a. edición, México, 1997; 531 pp.
- Protección Jurídica de los Derechos Humanos*; C.N.D.H. México 1991; 358 pp.
- Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*; Editorial Porrúa S.A., 2a. edición, México, 1985; 377 pp.
- GARCÍA BAUER, Carlos; *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*; Madrid, 1984; 170 pp.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo; *El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos*; I.I.J. - U.N.A.M., México, 1997; 228 pp.
- GROS ESPIELL, Héctor; *La O.I.T. y los Derechos Humanos en América Latina*; I.I.J.-U.N.A.M., México, 1978; 283 pp.

- Estudios sobre Derechos Humanos*; Caracas, Venezuela, 1985.
- INSTITUTO NACIONAL INDIGENISTA; *Derechos Indígenas*, Convenio N° 169 de la O.I.T.; México, 1991; 95 pp.
- JAVILLIER, Jean Claude; *Derecho del Trabajo*; Sección de Publicaciones del Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Madrid, España, 1982; 637 pp.
- MADRAZO, Jorge; *Temas y Tópicos sobre Derechos Humanos*; C.N.D.H., México, 1995; 129 pp.
- MAHAIN, Ernest; "O.I.T. 1921"; artículo reproducido en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 3-4 de 1996, 429 a 452 pp.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio; *Derechos Jurídicos de los Pueblos Indios*; I.I.J.-U.N.A.M., México, 1993; 180 pp.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO; Ginebra, Suiza; *La O.I.T. y los Derechos Humanos*, 1968; 231 pp.
- La Actividad Normativa de la O.I.T. en la Esfera de la Mundialización*; 1997, 86 pp.
- La O.I.T. y el Mundo del Trabajo*; 1979; 77 pp.
- El Trabajo en el Mundo*; 1997-1998; 300 pp.
- Introducción al Estudio del Trabajo*; 1987; 451 pp.
- "Pour un Travail Plus Human"; Reporte del Director General 1975
- "Resolución de la acción de la O.I.T. en la esfera de los Derechos Humanos y en particular con respecto a la libertad sindical"; Informe del Director, julio de 1968.
- RIBAS, Jaques Jean; JONEZY, Marie-José; SEOANE, Jean Claude ; *Derecho Social Europeo*; Traducción de Luis Domínguez Garrido; Publicaciones del Instituto del Trabajo de España, Madrid, España, 1980; 355 pp.
- SEPÚLVEDA, César; *Los Tratados sobre Derechos Humanos y la Legislación Mexicana*; I.I.J.-U.N.A.M., México, 1981; 97 pp.
- SALDAÑA, José; *Problemas Actuales de los Derechos Humanos*; I.I.J.-U.N.A.M.; 1997, 246 pp.
- VALTICOS, Nicolas; *Los Derechos del Hombre y la O.I.T.*; Editorial Melanges Seferiades, Atenas, Grecia, 1961; 207 pp.

LAS DECISIONES JUDICIALES COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Manuel Becerra Ramírez^(*)

*Al estimado maestro Dr. Héctor Fix-Zamudio
en atención a su generosidad académica*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Las fuentes del derecho internacional; 3. Las fuentes del derecho internacional en el caso de los derechos humanos; 4. Los tipos de resoluciones que dicta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); 5. El agotamiento previo de los recursos de la jurisdicción interna; 5.1 Su significado en el derecho internacional público; 5.2 El principio de agotamiento previo de los recursos de la jurisdicción interna en la Convención Americana; 5.2.1 La aplicación flexible de las normas de derechos humanos a favor de los individuos; 5.2.2 Momento procesal para hacer valer la excepción de agotamiento de los recursos internos; 5.3 El principio de agotamiento previo, es ¿un principio del Derecho Internacional generalmente reconocido?; 5.4 Los recursos deben de ser adecuados; 5.5 Los recursos deben de ser eficaces; 5.6 Hechos notorios que no requieren prueba; 6. Principio de agotamiento previo de los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana); 7. El principio general de Derecho *iura novit curia*; 8. Continuidad de la responsabilidad; 9. Efectos de la sentencia. Los recursos contra la sentencia; 10. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos como rama del derecho internacional público (DIP) comparte algunas características de éste último, sin embargo su especificidad (en

^(*) Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

cuanto a subjetividad y fuentes) lo apartan un tanto de él, o bien como algunos juristas lo aceptan, le dan al DIP características novedosas.

No obstante la juventud de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y los pocos casos que ha conocido es sumamente interesante y útil el análisis de sus resoluciones. Útil, porque independientemente de la función normal que tienen las sentencias de la CIDH, resolver una controversia, decir el derecho,¹ otra de sus funciones es la recreación del derecho. Las sentencias están compuestas de razonamientos jurídicos y son un excelente instrumento de interpretación de la normatividad internacional. Del ejercicio del análisis de los razonamientos que lleva a los jueces a dictar sus resoluciones podemos desprender opiniones interesantes que nos sirven para interpretar la Convención Americana y estructurar la doctrina jurídica, así como distinguir algunos elementos débiles que se deben subsanar por los Estados participantes en ella. Precisamente, en esta colaboración en homenaje al maestro Fix-Zamudio realizamos un ejercicio de análisis de algunos de los razonamientos expresados en algunas sentencias de la CIDH, y hechos por juristas altamente calificados en el conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos.

2. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

No hay duda de que la doctrina de derecho internacional toma como punto de partida el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para determinar cuáles son las fuentes del derecho internacional que creemos que es punto de partida para la rama de los derechos humanos. Aunque esta postura no está exenta de polémica por ejemplo, la doctrina no se pone de acuerdo en el alcance de dicho artículo 38, es decir ¿es meramente ejemplificativo?, o ¿acaso es enumerativo de las fuentes?² Lo mismo sucede en el caso de la jurisprudencia que, de acuerdo con la misma disposición, es un medio “auxiliar”, es decir no es una fuente plena de derecho internacional, idea que no comparten algunos especialistas ya que le conceden un alcance de una fuente plena de derecho internacional.

En efecto, la opinión de que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es el punto de partida de las fuentes de derecho internacional es harto polémica; al respecto hay una corriente doctrinal muy crítica, que incluye a las mismas fuentes como objeto de su crítica.³ Pero el problema es que no se ha creado una doctrina que se separe totalmente del Ar-

1 Ver el trabajo de Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, “Eficacia jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en Nieto Navia, Rafael, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, editor, San José de Costa Rica, 1994, pp. 459-479.

2 Ver Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho Internacional Público*, McGraw Hill, México, 1997, pág. 39.

3 Véase por ejemplo, el trabajo de Charney Jonathan, (“Universal International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 87, núm. 4, octubre de 1993, pp. 529-551) en donde se critica la universalidad de la costumbre internacional en cuanto que es imposible medir, ante un creciente número de Estados, los dos elementos de la costumbre internacional.

título 38; a lo más que se ha llegado es a ponerlo en la mesa de las discusiones y a interpretarlo en forma amplia, es decir a no considerarlo cerrado.

Ante esa constatación, vemos que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en lo relativo a las decisiones judiciales y la doctrina dice:

- d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

A esto hay que agregar lo dispuesto en el artículo 59: “las decisiones de la Corte no son obligatorias sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. De lo expuesto podemos afirmar que las decisiones judiciales y la doctrina son solamente medios auxiliares; no son una verdadera fuente, ya que una sentencia no puede basarse solo en decisiones judiciales anteriores. Además, las decisiones de la Corte tienen las características de relatividad: son válidas para las partes y el caso concreto que resuelven de acuerdo con el artículo 59 antes reproducido.

Sin embargo esta conclusión no es compartida por toda la doctrina. Parecería que la diferencia la hace la cultura jurídica a la que se pertenece. Mientras que para los que compartimos la cultura jurídica de derecho civil, la idea de que la jurisprudencia internacional sea una decisión limitada al caso concreto y a las partes en el litigio, nos parece muy normal, para los que comparten la cultura del *common law*, las decisiones de la CIJ y de cualquier otro órgano judicial internacional, en especial los órganos judiciales permanentes, están dotados de gran autoridad.⁴ Quizás, ésta discusión que se arma alrededor de la interpretación del artículo 38 del Estatuto de la Corte sea una prueba más de la insuficiencia de dicho artículo 38 del Estatuto de la CIJ y en realidad, para dilucidar el dilema nos debamos de remitir a la práctica. En efecto, hurgando en la práctica internacional veremos que frecuentemente se recurre a la cita de los “casos” para apoyar los razonamientos que llevan a la decisión de los juzgadores. Las resoluciones de la CIJ contienen frecuentes recursos a otros casos para apoyar sus razonamientos. Es notable que lo que utilizan los juzgadores y también la doctrina de derecho internacional de las resoluciones judiciales es el razonamiento de los jueces que mediante la interpretación del derecho internacional lleva a decidir una controversia. Por lo tanto, no es que sean obligatorias las resoluciones judiciales, sino que expresan una interpretación razonada de la legalidad internacional que se toma en cuenta para decidir otra controversia. Así, aunque en nuestra tradición no sea todavía muy frecuente, creemos que debemos de aceptar esa práctica ya que indudablemente enriquece el pensamiento jurídico; además de que esas resoluciones son el *sumum* del razonamiento jurídico, que no deben de echarse a la borda. Ya el profesor Buergenthal nota un movimiento en el sentido de que las cortes nacionales están tomando en cuenta la jurisprudencia

⁴ Por ejemplo, el profesor Thomas Buergenthal considera que si la Corte Internacional de Justicia (CIJ) “resuelve que una formulación determinada” se ha convertido en norma de derecho internacional consuetudinario, esa opinión, si bien en teoría no constituye un precedente de carácter obligatorio, en la práctica viene a ser la ‘ley’” Buergenthal, T., *Manual de derecho internacional público*, FCE, México, 1994, pág. 33.

internacional para, de esa manera, decidir en armonía con las obligaciones internacionales que ha contraído el Estado al que pertenecen.⁵

3. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL CASO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La universalización de los derechos humanos inyectó nuevos valores al sistema político internacional, lo mismo que a las fuentes del derecho internacional, así vemos que desde la perspectiva ortodoxa, conservadora de la teoría de las fuentes del derecho internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada a través de una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1948⁶ no es jurídicamente obligatoria.⁷ Además, en sus orígenes no era tal la intención sin embargo hay una tendencia para atribuirle carácter jurídico obligatorio a muchas de sus normas. La explicación es que a través de la reglas de la costumbre internacional se convierten en jurídicamente obligatorias o que algunos tratados las recogen en su contenido. Es aquí en donde encontramos otra de las insuficiencias de la teoría de las fuentes del derecho internacional ya que no todos los fenómenos se explican por la doctrina imperante de las fuentes.

Aparte de que algunos internacionalistas⁸ han notado acertadamente que los derechos humanos le han dado diferente forma y contenido a las fuentes de derecho; concretamente a la costumbre. Recordemos que la costumbre, como fuente, posee dos elementos (la *inveterata consuetudo* y la *opinio iuris*). Tradicionalmente, el primer elemento, la práctica, se refiere a los Estados en relación con otros Estados; en el caso de los derechos humanos, la práctica es interna a los Estados en relación con sus propios habitantes y generalmente no hay reacción de otros Estados y sin embargo no hay duda de que constituye también derecho internacional consuetudinario jurídicamente obligatorio.

4. LOS TIPOS DE RESOLUCIONES QUE DICTA LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

Antes de continuar y analizar las resoluciones de la CIDH, es necesario tomar en cuenta que ésta dicta diferentes tipos de resoluciones y no todas son susceptibles de convertirse en

5 Buergethal, T, "La jurisprudencia internacional en el derecho interno", *La Corte y el Sistema Interamericanos...* op. cit, San José de Costa Rica, 1994, pág. 67.

6 AG Resolución 217 (III) (1948).

7 Realmente esta es la doctrina prevaleciente, aunque en la práctica sea un documento con un contenido de una gran autoridad moral que ha inspirado legislaciones internas y sea el punto de partida de otros documentos jurídicos internacionales (Ver, por ejemplo García Bauer, Carlos, *Los derechos humanos preocupación universal*, Universidad de San Carlos, Guatemala, A.C., 1960, pp. 524.

8 Henkin, Louis, "International Law: Politics, Values and Functions", *Académie de Droit Internationale, Recueil des Cours*, Tomo IV, 1989, pág. 224.; ver también Simma Bruno and Alston Philip, "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principle" *Human Rights Law*, edited by Alston Philip, Great Britain, 1996, pp. 3-29.

jurídicamente obligatorias. La CIDH de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos dicta resoluciones que se pueden clasificar en resoluciones administrativas y, las que nos interesan, de carácter jurisdiccional. Las administrativas se refieren a su propio presupuesto, a su reglamento interno, a la ejecución de su presupuesto, etcétera.⁹ Las jurisdiccionales se refieren a las sentencias de fondo, a las interlocutorias, las decisiones interpretativas o que deciden excepciones preliminares, a las medidas provisionales, además de otras resoluciones de la Corte que se hacen para impulsar el procedimiento (las que se refieren a la recusación de testigos, los que resuelven sobre la acumulación de dos o más casos; las que resuelven si procede o no el desistimiento, etcétera). Por supuesto, no hay que olvidar el carácter consultivo de la CIDH en donde también se expresan razonamientos jurídicos muy valiosos y que también frecuentemente se citan en la doctrina y en otras resoluciones judiciales.

Pues bien, son en las resoluciones de carácter jurisdiccional en donde nos encontramos una serie de principios que se derivan de la interpretación de la legalidad, fundamentalmente de la normalidad substantiva que es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Convención Americana), y que va a ser motivo de nuestros comentarios.

5. EL AGOTAMIENTO PREVIO DE LOS RECURSOS DE LA JURISDICCIÓN INTERNA

5.1 *Su significado en el derecho internacional público*

Es un principio cardinal del derecho internacional público la no intromisión en asuntos de carácter interno de los demás Estados, el principio de origen consuetudinario, esta también contenido en la Carta de las Naciones Unidas (art. 2-7). A su vez este principio que tiene sus excepciones en materia de derechos humanos, tiene su fundamento en el principio fundamental de soberanía de los Estados. Precisamente de aquí se deriva el principio de agotamiento de los recursos locales o de la jurisdicción interna y se entiende como un método que permite a los Estados resolver sus problemas internos de conformidad con sus propios procedimientos constitucionales antes de aceptar que sean invocados los mecanismos internacionales.¹⁰ Ese principio está ampliamente reconocido en el derecho internacional y es invocado frecuentemente en la jurisdicción internacional.¹¹

A nivel latinoamericano, el principio es reconocido a través de la práctica de los Estados. Por ejemplo, el internacionalista mexicano Cesar Sepúlveda considera que es parte de la

9 Ver, Espinal Irías, Rigoberto, "Competencia y Funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Corte y el Sistema Interamericanos...*, *op. cit.*, pág. 117-131.

10 Shaw, M.N. *International Law*, tercera edición, Cambridge Press, 1991, pag. 239.

11 Ver, por ejemplo el caso Relativo a Electronica Sicula S.p.A. (ELSI); *Resúmenes de los Fallos, Opiniones Consultivas y Providencias de la Corte Internacional de Justicia*, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, pág. 253. También se recomienda Trindade Cançado, Antonio, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University, Press, 1983.

Cláusula Calvo¹² que tiene varias acepciones, precisamente una de ellas es la de renuncia de los extranjeros a la protección diplomática (la cual es altamente criticada por la doctrina) y la de agotamiento de la vía jurisdiccional interna que ciertamente se reconoce que no viola el derecho internacional.¹³

5.2 *El principio de agotamiento previo de los recursos de la jurisdicción interna en la Convención Americana*

En varios casos, la Convención Americana contiene el principio de “agotamiento previo de los recursos de la jurisdicción interna” que es clave en el funcionamiento de la competencia de la CIDH. Este principio está expresado en la Convención Americana de la siguiente manera:

Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 y 45 sea admitida por la Comisión se requerirá:

- a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.¹⁴

Además dispone que la comunicación o petición debe ser presentada a la Comisión dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva.

La misma Convención Americana reconoce excepciones a esta regla en tres casos concretos cuando:

- no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
- haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.¹⁵

Se trata del principio de agotamiento previo de los recursos jurisdiccionales internos y de la excepción de “denegación de justicia”.

12 Sepúlveda, Cesar. *Derecho Internacional*, 13a. Edición. México 1983, p. 245.

13 Aunque Verdross considera esta última acepción como superflua “puesto que el Estado del que es súbdito el perjudicado solo puede reclamar la reparación, según el D.I. común, al quedar agotadas aquellas posibilidades” (Ver: Verdross Alfred, *Derecho Internacional Público*, sexta edición, Aguilar, Madrid 1982, pág. 386.

14 Artículo 46 1.a de la Convención Americana.

15 Artículo 46-2. de la Convención Americana.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de este principio?, ¿es renunciable?, ¿quién es su titular? y ¿cuál es el momento procesal oportuno para que el Estado pueda hacer valer esta excepción?

La Corte, en varios casos se ha referido a este principio, por ejemplo en los casos de Velázquez Rodríguez¹⁶ y el de “Viviana Gallardo”.

Precisamente, el caso “Viviana Gallardo y otras”¹⁷ sirvió para que la Corte, inicialmente, abordará algunas de esas cuestiones. Este caso produjo una gran conmoción de la opinión pública costarricense que se cuestionaba la posible violación de los derechos humanos de Viviana y sus compañeras Alejandra y Magaly. Quizás por tratarse de Costa Rica, sede de la Corte y por su prestigio de ser un país respetuoso de los derechos humanos, el gobierno costarricense, por medio de su Ministro de Justicia presentó el caso directamente a la Corte, fundamentando la competencia en el artículo 62.3 de la Convención Americana que habla de que es suficiente que los Estados partes en el caso, hayan reconocido o reconozcan la competencia, para que la Corte sea competente en el caso que se le someta. Además, el gobierno de Costa Rica pedía expresamente opinión sobre si había violación de los artículos 4 y 5 de la Convención.

También, el gobierno de Costa Rica con la finalidad de abreviar el procedimiento, expresó que renunciaba formalmente a:

- el requisito de agotamiento previo de los recursos de su jurisdicción interna;
- y al requisito de agotamiento previo de los procedimientos previstos en los artículos 48

¹⁶ Este caso que fue sometido a la Corte el 24 de abril de 1986, en una época muy difícil para la población del área Centroamericana que sufría una violación amplia y sistemática de los derechos humanos. Este caso se originó en una denuncia contra Honduras, según la cual el estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Manfredo Velázquez, fue aprehendido en forma violenta y sin mediar orden judicial de captura, por elementos de la Dirección Nacional de Investigación y del G-2 (Inteligencia) de las Fuerzas Armadas de Honduras, después fue llevado junto con otros detenidos a las celdas de la II Estación de la Fuerza de Seguridad Pública, donde fue sometido a torturas y después fue desaparecido. La sentencia de la Corte fue dictada el 29 de julio de 1988.

¹⁷ El caso se suscitó en la República de Costa Rica. Viviana Gallardo Camacho, Alejandra Badilla Leiva y Magaly Salazar Nassar de nacionalidad costarricense, fueron detenidas por el Organismo de Investigación Judicial (OIJ), en virtud de que se les vinculaba a una organización terrorista o sediciosa. El Ministerio Público las puso a disposición del Tribunal de instrucción ordinaria correspondiente. Por razones de seguridad, se les mantuvo en una celda de detención de la Dirección General de la Guardia Civil. Se mencionó que a Viviana se le imputaba personalmente el homicidio de un miembro de la Guardia Civil, precisamente a donde la llevaron a recluir. El homicidio cometido por Viviana había sido cometido de una manera “repugnante”, lo cual produjo una ola de indignación general.

“El 10 de julio de 1981, el cabo de la Guardia Civil, José Manuel Bolaños Quesada, que no estaba a cargo de la vigilancia de las detenidas, logró llegar hasta la puerta de su celda y disparar con una metralleta a través de la mirilla de la misma, causando la muerte de Viviana e hiriendo a sus compañeras Alejandra y Magaly” (Ventura Robles, Manuel E., y otros, *Sistematización de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1981-1991*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 1996 pag. 130).

o 50 de la Convención; artículo 61.2 de la misma.

Además, como previendo la opinión de la Corte, pidió subsidiariamente, que si la Corte resolvía que, antes de conocer la demanda, debían de ser agotados los referidos procedimientos, el caso fuera sometido a la Comisión para lo de su competencia.

El caso que parecía simple para la Corte, en virtud de su carácter insólito (el deseo del gobierno de Costa Rica de que, sin demoras, la Corte conociera del asunto), sin embargo, en la práctica se complicó, teniendo la Corte que dictar dos decisiones que no satisficieron a todos los jueces miembros de la misma, fundamentalmente porque no se resolvió el fondo del asunto.

En su primera resolución de carácter interlocutoria ya que resolvió un mero incidente de competencia, la Corte decidió no admitir la demanda y remitir el asunto a la Comisión Interamericana. Es decir, la Corte se inclinó por considerar irrenunciable el procedimiento ante la Comisión.

En su momento, la Comisión fundamentalmente considerando que “el gobierno de Costa Rica ha actuado de conformidad con las disposiciones legales vigentes, sancionando con todo el rigor de la ley al responsable de los actos denunciados” declaró “inadmisible la petición” objeto del asunto. Por lo tanto, la Corte consideró que no subsistía “ninguna razón para que el caso se mantenga en los asuntos pendientes...”, por lo que resolvió suprimir de su lista de asuntos pendientes el asunto de Viviana Gallardo y otras, mandó archivar el expediente. Esta decisión no fue unánime, se resolvió por seis votos a uno.

Es interesante notar que precisamente el juez de nacionalidad costarricense Rodolfo E. Piza E. puso el toque de disenso, con argumentos bastante lúcidos.

En términos generales, el caso de “Viviana Gallardo...” es sorprendente en cuanto que no es fácil que un gobierno sospechoso de violar los derechos humanos acuda ante la Corte para que sea analizada su actitud; sin embargo, también la decisión de la Corte no fue del todo acertada y puso al descubierto las debilidades del mismo sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En efecto, la decisión de la Corte fue clara en el sentido de considerar que el principio de previo agotamiento de los recursos internos, “es un derecho concebido en interés del Estado” y en consecuencia renunciable. Lo cual es entendible dado el sistema, pero precisamente ahí es cuando el sistema muestra una de sus debilidades: la imposibilidad de que los agraviados puedan recurrir directamente a la Corte, cuando, como es el caso, el Estado presumiblemente violador ocurre, se somete libremente a la competencia de la Corte. En el caso de referencia se dio el absurdo de que una vez que el caso de “Viviana Gallardo...” se presentó a la Corte, como dijimos anteriormente, de conformidad con el Estado presuntamente responsable, se remitió a la Comisión. Esta a su vez, consideró que no había violación del gobierno de Costa Rica ya que éste “ha actuado de conformidad con las disposiciones legales vigentes”. La negativa de la Cor-

te deja a los individuos en un total estado de indefensión. La Corte pudo conocer del asunto, porque ya había una aceptación de las partes. El problema es que quien hace la función investigadora de los hechos denunciados como violación es la Comisión y aunque se reconoce que la Corte, “como todo órgano judicial, no carece de facultades para llevar a cabo investigaciones, probanzas y actuaciones”.¹⁸ Fundamentalmente se le reconoció a la Comisión la facultad, que es un requisito de procedibilidad, de ser el órgano que someta los asuntos a la Corte. Esta situación, insistimos, puede dejar en estado de indefensión a las víctimas de violaciones.

Esta, también es la principal objeción que hace el Juez Rodolfo E. Piza en su voto razonado. El expresa que lo único que la Convención veda al ser humano es la “iniciativa de acción”. Aunque el juez Piza comparte “la tesis del fallo de que no es admisible, en caso concreto, la renuncia del gobierno a los procedimientos ante la Comisión”, también observa que el sistema de la Convención parece hacer imposible preservar la mejor protección de los derechos humanos”¹⁹ (124). El se lanza críticamente contra el sistema al afirmar que “los Estados Americanos no quisieron aceptar el establecimiento de un sistema expedito y eficaz, sino que lo mediatizaron interponiéndole la criba de la Comisión, a través de una verdadera carrera de obstáculos que casi deviene en insuperable, en el largo y penoso camino que de por sí están forzados a recorrer los derechos fundamentales de la persona humana”.²⁰

5.2.1. *La aplicación flexible de las normas de derechos humanos a favor de los individuos*

Tiene razón el juez Piza con sus críticas contra la postura de los Estados miembros de la Convención Americana al negarse a adoptar un documento con un sistema más expedito y eficaz, sin embargo, quizás también existe error en la interpretación que hacen los jueces. Es decir, tratándose de derechos humanos, de derechos fundamentales del hombre que es el principio y fin de la existencia de tales derechos, la interpretación que hagan los jueces de la normatividad, en este caso de la Convención Americana, debe ser en favor del ser humano, *in dubio pro ser humano*.

Si bien, en materia de interpretación de los tratados internacionales existe como base un documento jurídico específico, como es la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que contiene normas de carácter consuetudinario aplicables a la interpretación, ésta debe ser guiada por ese principio de *in dubio pro ser humano*. Lo cual es razonable si tomamos en cuenta que se trata del Estado vs el ser humano; el Estado con todos sus poderes frente al simple ser humano que no cuenta con más que su persona.

18 Ventura Robles, *Sistematización de la jurisprudencia*, op. cit. pag. 117.

19 *Idem*, pag. 124.

20 *Idem*.

21 Disciplina estructurada doctrinalmente por el Juez Héctor Fix-Zamudio (Ver: Fix-Zamudio Héctor, “Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nieto Navia, Rafael, *La Corte y el Sistema Interamericanos*, op. cit. pp. 147-188).

Entonces, el derecho procesal internacional de los derechos humanos²¹ debe partir de principios como el ya mencionado y debe tener una teleología concreta: la protección, por supuesto de los derechos del ser humano a través de una igualdad igualadora, es decir pensar en el ser humano primero después el Estado. En otras palabras, se postula la aplicación flexible y equitativa de la normatividad de los derechos humanos con un fin concreto: la protección de los derechos del individuo. Esta es también la idea del juez Cañado Trinidad: “La especificidad o el carácter especial de los tratados e instrumentos sobre derechos humanos, la naturaleza y la gravedad de ciertas violaciones de los derechos humanos y los imperativos de protección de la persona humana enfatizan la necesidad de evitar consecuencias injustas y de asegurar con este propósito una aplicación necesariamente distinta (más flexible y equitativa) de la regla de recursos internos en el contexto específico de la protección internacional de los derechos humanos”.²²

5.2.2 *Momento procesal para hacer valer la excepción de agotamiento de los recursos internos*

Ahora bien, ¿cuál es el momento procesal oportuno para hacer valer la excepción de agotamiento de los recursos internos?. El juez de la CIDH, A. Cañado Trinidad en su opinión emitida como voto razonado en la sentencia de las excepciones preliminares en el caso Gangaram Panday también está de acuerdo con que el agotamiento previo de los recursos beneficia a los Estados, pero agrega que tiene un momento procesal oportuno para hacerlo valer y sería en el procedimiento sobre admisibilidad ante la Comisión. Si no se hace valer en ese momento procesal entonces se entiende que esta renunciando tácitamente al recurso. Razona Cañado, “si dicha objeción (se refiere a la excepción que tiene el Estado de agotamiento previo), que beneficia primordialmente al Estado demandado, no se presenta por éste en el momento oportuno, es decir, en el procedimiento sobre admisibilidad ante la Comisión, se presume que el Gobierno demandado ha renunciado, aún tácitamente, a dicha objeción”.²³ Criterio bastante lógico si tomamos en cuenta que si no sucede así, si se pretende hacer valer posteriormente, digamos ante la Corte, se romperá el equilibrio procesal ya que se dará una doble oportunidad al Estado.

5.3 *El principio de agotamiento previo, es ¿un principio del Derecho Internacional generalmente reconocido?*

En el caso Velázquez Rodríguez la Corte parte de la premisa de que proporcionar el recurso de agotamiento previo es un deber jurídico de los Estados. Sentada esta premisa, después, se basa en la remisión que hace el artículo 46 1.a de la Convención Americana a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos (PDI).²⁴ ¿A qué se refiere esto? Hay que

²² Caso Gangaram Panday, en Ventura Robles, *Sistematización de la jurisprudencia...*, op. cit, pág. 511.

²³ *Idem*, pág. 507.

²⁴ Recordemos que el artículo 46 establece que 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 y 45 sea admitida por la Comisión se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, *conforme a los principios del Derecho internacional generalmente reconocidos* (las cursivas son nuestras).

dejar bien sentado que hay una diferencia entre lo que son los principios generales del derecho que son una fuente de derecho internacional. La doctrina de derecho internacional reconoce que estos principios de derecho internacional, se refieren a aquellos fundamentos del derecho internacional público que imponen derechos y obligaciones,²⁵ se encuentran en la costumbre internacional y en los tratados internacionales. Un ejemplo son los principios contenidos en el artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas, es decir, los principios de no intervención, de solución pacífica, de controversias, de integridad territorial, etc. Para el jurista español, Gutiérrez Espada, tomando la terminología de Cassese, los principios enuncian los valores jurídicos fundamentales del sistema jurídico en su totalidad (o de un determinado sector del mismo) y “actuarían a modo de reglas de juego indispensables y comunes a todos los jugadores”.²⁶

Entonces, el principio de agotamiento previo, es un principio del Derecho Internacional generalmente reconocido, en su perspectiva de principio del derecho procesal internacional.

Ahora bien, en el caso Velázquez Rodríguez la Corte consideró que el principio de agotamiento previo de recursos internos, aparte de las limitaciones antes señaladas (a las que se refiere el artículo 46 en su inciso 2), tiene otros dos parámetros, “esos principios no se refieren sólo a la existencia formal de tales recursos, sino también a que éstos *sean adecuados y efectivos*...”.

5.4 *Los recursos deben de ser adecuados*

La Corte razona que el hecho de que los recursos sean adecuados significa “que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idóneo para proteger la situación jurídica infringida”.²⁷ Lo cual es lógico, pues el Estado no puede exigir el agotamiento de un recurso interno que no tenga que ver con la esencia de la violación que se reclama, o el resultado que se espera (por ejemplo, en este caso hallar a la persona desaparecida y lograr su detención).

La Corte expresó, “en todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo”.

5.5 *Los recursos deben de ser eficaces*

Al respecto, la Corte se mostró cautelosa ya que por un lado postuló la necesidad de eficacia; es decir que el recurso debe ser capaz de producir el resultado para el que ha sido concedido. El recurso puede ser ineficaz “si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan ina-

25 Ver, por ejemplo D’Estefano Pisani, Miguel. “Fundamentos del Derecho Internacional Público contemporáneo”. Tomo I, Universidad de la Habana, Facultad de Derecho. La Habana, Cuba, 1985, p. 43.

26 Gutiérrez Espada, Cesáreo, *Derecho Internacional Público*, Editorial Trtita, Madrid, 1995, pág. 39.

27 Ventura Robles, *Sistematización de la Jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 253.

plicable, si de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados intentarlo o no se aplica imparcialmente”.²⁸ Pero, por otro lado, la Corte reconoce que “el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí sólo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces, pues podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado”.²⁹

Ahora bien, ¿a quién le toca determinar si los recursos son adecuados y eficaces? La experiencia del caso Velázquez Rodríguez es que la Corte, al tomar en cuenta las pruebas que le sirven como un elemento de constatación de la realidad, determina si esos recursos son idóneos y eficaces. Por ejemplo, la Corte, pudo constatar que en Honduras hubo una práctica de desapariciones que imposibilitaba agotar los recursos internos, pues no resultaron el medio idóneo para corregir los abusos que se imputaban a las autoridades ni dieron como resultados la aparición de las personas secuestradas.³⁰ También, hay que mencionar que a lo largo del procedimiento ante la Comisión y después, ante la Corte se documentó ampliamente la violación sistemática de los derechos humanos y la ineficacia del aparato judicial.

Ahora bien, también la Corte ha establecido que si un Estado alega el no agotamiento, asimismo debe probar la existencia de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad. Es decir en este caso la carga de la prueba la tiene el Estado.

5.6 *Hechos notorios que no requieren prueba*

La Corte, basándose en opiniones jurisprudenciales internacionales (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*) reconoció que muchas de las noticias que aparecieron en la prensa y que se aportaron al procedimiento de la Comisión constituyen la manifestación de hechos públicos y notorios que, como tales, no requieren en sí mismos de prueba. Este criterio es muy relevante, tiende a quitarle el carácter estrictamente formal del procedimiento que es una característica de los procedimientos de derecho civil interno.

6. PRINCIPIO DE AGOTAMIENTO PREVIO DE LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 48 A 50 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (CONVENCIÓN AMERICANA)

Otro de los principios importantes de procedibilidad es el contenido en la Convención Americana en sus artículos 48 a 50; que expresan un procedimiento que se debe de seguir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (La Comisión), se supone que ese procedi-

28 *Idem*.pág. 253.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*, pág. 254.

31 Por ejemplo se refiere a que la Comisión al recibir una petición o comunicación en la que se alegue

miento es previo a que la Corte conozca de alguna controversia.³¹

A diferencia de la postura de la Corte en el sentido de considerar que el principio de previo agotamiento de los recursos internos es un derecho concedido en interés del Estado y en consecuencia renunciable, en cambio no lo es el requisito de agotamiento previo de los procedimientos contemplados en los artículos 48 a 50 de la Convención Americana. Lo cual puede ser entendible, ya que son tiempos y procedimientos para que la Comisión se informe, investigue, y busque una solución amistosa entre las partes. Es digamos un principio a favor de la Comisión no del Estado presunto responsable, ni de la presunta víctima; en consecuencia es lógico que no sea renunciable.

7. EL PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO *IURA NOVIT CURIA*

Otro de los aspectos interesantes que encontramos, en la sentencia dictada en el caso Velásquez Rodríguez es la aplicación del principio general de derecho *iura novit curia* que permite que el juzgador aplique las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente.³²

Este principio lo invocó la Corte para aplicar el Artículo 1 de la Convención Americana que aunque no fue invocado, se consideró había sido violado por el gobierno hondureño. La aplicación del principio es muy trascendente, ya que nuevamente, crea un precedente que rompe con un procedimiento al permitir lo que en derecho interno se conoce como “suplencia de la queja”, acertadamente el fin es la protección de los derechos humanos por parte del Estado, quien además tiene el deber de prevención, que abarca “todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito...”³³

8. CONTINUIDAD DE LA RESPONSABILIDAD

Otro de los principios que se desprenden de la resolución del caso Velásquez Rodríguez y que es interesante comentar es el de la continuidad de la responsabilidad. Mediante este principio, se postula que no es relevante el hecho de que en el Estado infractor hubo cambio de autoridades y prácticas violatorias en relación con las violaciones cometidas con anticipación. A pesar de que cambien las autoridades, la responsabilidad subsiste con independencia de los

la violación debe: “solicitar informaciones al gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable...; recibidas las informaciones o transcurrido el plazo sin que sean recibidas, verificar si existe o subsisten los motivos de la petición... declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes”, etcétera.

32 Ventura Robles, *Sistematización de la Jurisprudencia...*, op. cit., pág. 279.

33 *Idem*, pág. 283.

cambios de gobierno en el transcurso del tiempo. Este principio que originalmente se aplica en el derecho internacional general, también la Corte lo hace aplicable al derecho internacional de los derechos humanos y es lógica y correcta su aplicación por dos razones.

La primera se refiere a que el responsable es el Estado no sus representantes. El Estado es el responsable de sancionar a los infractores de los derechos humanos y resarcir de los daños y perjuicios (en caso de que esto sea posible) a la víctima de la violación.

La segunda razón es que la víctima no puede quedar desprotegida porque “los que cometieron la infracción, ya no están aquí”, lo importante es la persona y sus derechos.

9. EFECTOS DE LA SENTENCIA. LOS RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS

Es normal en la jurisdicción internacional que la sentencia sea obligatoria y definitiva y no tendrá eficacia más allá de lo que las partes hayan establecido en su compromiso. Recordemos que la jurisdicción internacional es meramente voluntaria. Sin embargo, ¿qué pasa cuando una sentencia está viciada?

En la doctrina y práctica internacional se reconocen los siguientes vicios de las sentencias que las llevan a su nulidad: 1) nulidad del compromiso judicial; 2) nombramiento irregular del juez; 3) exceso de poder; 4) corrupción del juez; 5) violación de reglas esenciales de procedimiento.³⁴

En el caso de la Convención Americana, no hay posibilidad de impugnar la sentencia aunque hay un recurso de interpretación. En efecto, la Convención Americana establece:

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la modificación del fallo.

La doctrina reconoce como medio de impugnación la revisión y la apelación. En caso de la revisión estamos hablando de una impugnación fundada en el “descubrimiento de un hecho nuevo, cuya naturaleza hubiera ejercido una influencia decisiva sobre la sentencia y que, en el momento de cerrarse la causa, era desconocido al tribunal y a la parte que pide la revisión”.³⁵

Este medio de impugnación lo encontramos en el artículo 83 del Convenio de La Haya de 1902.

³⁴ Piero Sereni, *La Jurisdicción Internacional*, Cuadernos de la Cátedra J. B. Scott, Universidad de Valladolid, 1969, pág. 69.

³⁵ *Idem*, pág. 71.

Por su parte, la apelación es un medio de impugnación mediante el cual un Tribunal Superior reexamina en todo o en parte lo bien fundado de una causa decidida por el inferior. La cuestión es que en el sistema internacional no existe una jerarquía de tribunales (a propósito, la CIDH se manifiesta con frecuencia que no es un tribunal de apelación); sin embargo, es un medio de impugnación que no se debe descartar.

La CIDH prevé que en caso de desacuerdo sobre el “sentido”,³⁶ es decir sobre los razonamientos de la sentencia. Aunque el no estar de acuerdo con el sentido de la sentencia puede ser un motivo de una “apelación” en el sentido estricto que se mencionó anteriormente, la Convención Americana es clara al establecer que sólo procede una “interpretación” de la Corte, siempre y cuando lo solicite cualquier parte dentro de 90 días a la notificación de la misma.

La CIDH en relación con el caso Velásquez Rodríguez conoció del asunto de interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria.³⁷ En su sentencia del 17 de agosto de 1990 la CIDH estableció claramente cuál es el objetivo de la interpretación de una sentencia:

Implica no sólo la precisión del texto de los puntos resolutivos del fallo, sino también la determinación del alcance, el sentido y la finalidad de la resolución, de acuerdo con las consideraciones de la misma.³⁸

Sin embargo, la Corte consideró que en la petición de la Comisión no había ninguna mención sobre aspectos del fallo de la Corte cuyo sentido o alcance fueran dudosos o controvertidos y en consecuencia no procedió la interpretación.

Independientemente de lo valioso que puede resultar el fijar el alcance del recurso de interpretación también hay que destacar otro aspecto de la sentencia y es el que se refiere al alcance de la jurisdicción de la Corte que no termina con el hecho de dictar la sentencia, ya que continúa con la interpretación y aún más, con la supervisión del cumplimiento de su sentencia. De esa manera, la Corte decidió que “el Gobierno de Honduras debe compensar a los lesionados por razón de la demora en el pago de la indemnización y en la constitución del fideicomiso ordenados...”³⁹ con lo cual se está compensando a los beneficiarios de la sentencia, que era

36 De acuerdo con el diccionario la palabra “sentido” es sinónimo de conocimiento, discernimiento, juicio, raciocinio, razonamiento (Pequeño Larousse Ilustrado, París, 1970).

37 La Comisión, por escrito del 29 de septiembre de 1989 pidió la aclaración de la sentencia sobre indemnización compensatoria, dictada el día 21 de julio de 1989. Fundamentalmente pedía que se protegiera el valor adquisitivo de las sumas que tanto como capital e intereses surgen del fideicomiso a favor de los herederos de Velásquez Rodríguez y que dicha porción de la indemnización debía de ajustarse a un indicador que mantenga su poder adquisitivo. Más tarde, el 6 de julio de 1990 la Comisión pidió “una ampliación de recursos de aclaración de sentencia” que se refería a las consecuencias materiales surgidas del no pago en términos, es decir, antes del 20 de octubre de 1989, por el Estado hondureño de la indemnización ordenada por sentencia del 21 de julio de 1989.

38 Caso Velásquez Rodríguez, Interpretación de la Sentencia, en Ventura Robles, *Sistematización de la Jurisprudencia...*, op. cit., pag. 455.

39 *Idem*, pág. 460.

un tanto el objetivo de la Comisión al solicitar el recurso de interpretación.

9. CONCLUSIONES

Es ampliamente aceptado en la doctrina de derecho internacional que el individuo es sujeto de derechos, lo cual es una excepción a la idea que en el derecho internacional público (DIP) los sujetos son fundamentalmente personas morales (Estado, organismos internacionales, las Iglesias, etcétera). Pero, precisamente esta circunstancia modifica radicalmente algunos de los parámetros del DIP.

En principio, las fuentes de derecho internacional se ven influenciadas por la existencia del individuo, lo cual se puede constatar en los parámetros que existen para que se considere que una norma fue creada por la vía de la costumbre. Aclaremos que la costumbre es el resultado de la práctica del Estado frente al Estado, fundamentalmente, pero en materia de derechos humanos, se trata del Estado frente a los individuos; y entonces la costumbre se crea tomando en cuenta esa relación (Estado-individuo) y de esa manera se crea la *inveterata consuetudo*.

Por otra parte, hay también ciertas diferencias entre las decisiones que se dictan en materia de derecho internacional y la que se forma de las decisiones de derechos humanos. La diferencia la da el hecho que la CIDH se ve guiada en sus decisiones por la protección del individuo y su interpretación de la Convención Americana busca no ser formalista, hacia la mejor protección de los derechos de los individuos que se enfrentan al Estado, quien al ser depositario del poder público es sumamente poderoso.

Por otra parte, como se dejó anotado anteriormente, todavía hay muchos recovecos en la Convención Americana para una mejor protección de los derechos humanos, uno de ellos las limitaciones que tiene el sujeto para hacer valer por sí mismo, sus pretensiones. Aún cuando, como hemos dicho anteriormente, el individuo es un sujeto del derecho internacional de los derechos humanos, su subjetividad es limitada y a juicio del jurista costarricense Rodolfo E. Piza llena de obstáculos. Pero, desgraciadamente es un problema de falta de conciencia de los Estados que todavía actúan como malos abogados tratando de escatimarle los derechos a sus nacionales y se aprovechan de la amplitud de la Convención para alargar o enredar los procedimientos.

Las decisiones de la Corte indudablemente tienen un gran valor como precedentes de interpretación, como herramientas para determinar el alcance de las normas jurídicas internacionales y además, como hemos visto, su estudio sirve como instrumento para identificar las debilidades de la Convención Americana.

Por otra parte, en el estado tan incipiente en que se encuentra el sistema judicial internacional de protección de los derechos humanos sería mucho pedir la existencia de un sistema de recursos en contra de la sentencias que tuvieran algún vicio; sin embargo, es loable, como sucede en el ámbito americano, la prolongación de la protección de la sentencia. En efecto, de acuerdo con su jurisprudencia, la CIDH tiene facultades para supervisar el cumplimiento de sus

JERARQUÍA Y PRELACIÓN DE NORMAS EN UN SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

German J. Bidart Campos^(*)

PRIMERA PARTE

I

1. El advenimiento del próximo milenio nos incita a pensar de qué modo los fenómenos de globalización a escala mundial en todas las áreas obligarán a estructurar sólidamente sistemas tutelares de los derechos humanos en Iberoamérica, donde ya existe el propio del Pacto de San José de Costa Rica y donde están esbozándose incipientemente los primeros tramos de las integraciones supraestatales comunitarias.¹

Se nos ocurre imaginar que a medida que cobren auge los itinerarios de avance será bueno organizar del mejor modo posible la coordinación del sistema americano de derechos humanos con los sistemas de integración comunitaria, tanto en el enlace que les puede resultar propio del ámbito internacional, como en la relación con el derecho interno de cada estado.

Por supuesto que como el único sistema que hasta hoy conocemos es el que componen en Europa el Tratado de Maastricht de 1992 con la Unión Europea y el Tratado de Roma de 1950 sobre derechos y libertades fundamentales, la primera mirada se desliza al viejo continente.

(*) Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires.

1 Hemos de mencionar en América el grupo andino que, surgido del Acuerdo de Cartagena, dio origen al Pacto Andino o Tribunal Andino.

Sobre el Acuerdo de Cartagena, y el Tribunal del Pacto Andino, ver: Sosa Gómez Cecilia, "La interpretación prejudicial y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", Revista Tachirensis de Derecho, N° 8, enero-diciembre de 1996, Venezuela. Véase, también, de Jacqueline Lejarza A. la "Reseña sobre derecho comunitario andino (Protocolos modificadores del Acuerdo de Cartagena y del Tratado de creación del Tribunal de Justicia)" en Revista de Derecho Administrativo, Caracas, Venezuela, N° 1, septiembre-diciembre de 1997.

Por ahora los dos únicos casos de tribunales supraestatales de derechos humanos son el del Tribunal Europeo de Estrasburgo y el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica. En cuanto a órganos jurisdiccionales comunitarios, contamos en Europa con el Tribunal de Luxemburgo, y en América con el Tribunal del Pacto Andino.

2. A partir de allí, se nos hace necesario tomar en cuenta un dato importante. En Europa, no ha sido simultánea la conformación de un sistema internacional-regional de derechos humanos (que surge con el citado Tratado de Roma de 1950) y de un sistema comunitario que recién se consolida con el Tratado de Maastricht, bien que precedido por tres estructuras preparatorias (CEEA o Euratom, CECA, CEE). Tal aspecto es importante si buscamos y pretendemos la ya aludida coordinación congruente en el funcionamiento del sistema de derechos humanos ensamblado con la integración comunitaria, porque se advierte que después de organizado cada sistema separadamente y con independencia uno del otro, aquella coordinación no se hace demasiado fácil. Por de pronto, conforme a la tesis que vamos a aventurar, la no simultaneidad impide prever y armonizar anticipadamente la convergencia sugerida, la que para lograrse posteriormente demandaría reformas aptas, tanto en el tratado de derechos humanos como en el de integración comunitaria.

Es está la primera vez que, de manera provisional y a mero título de ensayo, hemos de abordar íntegramente el tema, para nosotros novedoso, y cuajado de ideas aventuradas.

3. Hay presupuestos conducentes que conviene recordar, y que están suficientemente aceptados y consolidados en el ámbito del derecho internacional.

a) El primero de todos predica la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, incluida en éste la propia constitución de los estados. Este principio es oriundo del derecho de gentes, y quedó luego plasmado en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (art. 27).²

Cuando se admite que actualmente hay un derecho internacional de los derechos humanos y un derecho de la integración (primario en el tratado-marco, y secundario en las decisiones de los órganos comunitarios) se traslada a cada uno el citado principio de primacía: el derecho internacional de los derechos humanos prevalece sobre el derecho interno, y el derecho de la integración reviste similar prioridad, a más de resultar ambos de aplicación directa e inmediata en las jurisdicciones internas.³

² Moyano Bonilla, César, "El principio de la primacía del derecho internacional", *El Derecho*, 16/VIII/94.

³/4. La diferencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comunitario -que coinciden en su aplicación directa en las jurisdicciones internas y en su prelación sobre el derecho interno- radica en lo siguiente: el derecho internacional de los derechos humanos no anula la jurisdicción interna de los estados en la materia, sino que ésta es concurrente o compartida con la jurisdicción internacional; en cambio, el derecho comunitario es excluyente de la jurisdicción interna cuando y porque presupone la transferencia efectuada por los estados a los órganos comunitarios en cuanto ejercicio de su com-

b) En segundo lugar, la protección de los derechos humanos configura un principio general del derecho internacional y tiene categoría de *ius cogens*, por lo que la cuestión de los derechos humanos ya no pertenece a la jurisdicción reservada y exclusiva de los estados, sino que es concurrente o compartida entre el derecho interno y la jurisdicción internacional.⁴

c) Como tercer punto, el derecho de la integración debe respetar los derechos humanos, perspectiva ésta que nos va a suministrar la conexión entre el sistema de derechos humanos y el sistema de integración comunitaria para proponer la necesaria coordinación y homogeneidad entre ambos del modo más perfecto y funcional que creemos viable, no sin las dificultades que antes comenzamos a destacar.

d) En cuarto lugar, las referencias al sistema de derechos humanos nos permiten componer su constelación con una doble fuente: la emergente del derecho internacional de los derechos humanos y la propia del derecho interno de cada estado. La completitud de un sistema de derechos en un estado democrático no queda abastecida en el fin de siglo si no lo integramos ambivalentemente de la manera señalada.⁵ Y como añadidura aparece la realimentación entre la fuente interna y la internacional, conjugadas de conformidad con el principio “*pro homine*”: para cada caso a resolver hay que buscar la fuente y la norma que proveen la solución más beneficiosa y mejor para la persona y sus derechos, tal cual lo ha propuesto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶

4. Ahora es menester empalmar el sistema de derechos con la integración comunitaria, tema en el que también existen presupuestos admitidos con suficiente consenso.

Dijimos antes que el derecho comunitario debe respetar los derechos humanos, lo que implica diversas conclusiones.

a) Una nos hace ver que el objeto y la finalidad del sistema internacional de derechos humanos radica precisamente en defenderlos y, desde nuestra personal perspectiva, también promoverlos. El Pacto de San José de Costa Rica, especialmente en sus dos primeros artí-

petencia interna en la materia específica que resulta propia del sistema de integración comunitaria. No obstante, cuando hay competencia concurrente, el Tratado de Maastricht prevé que la Unión Europea interviene para cumplir tareas que se pueden emprender más eficazmente en común que por los estados miembros separadamente, y que los referidos estados ejercen competencia allí donde la Unión no ha intervenido, lo cual viene a ser una aplicación del principio de subsidiaridad.

5 Bidart Campos Germán J., “La interpretación del sistema de derechos humanos”, Ed. Ediar, Bs. As., 1994.

6 El principio “*pro homine*” es equivalente al principio “*favor libertatis*”. Ver: Albanese Susana, “La primacía de la cláusula más favorable a las personas”. Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, 12/VII/96. Surge de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido, y que si a una misma situación le son aplicables el Pacto de San José y otro tratado, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana (ver, por ejemplo la OC-5/85). De su sentencia de 1981 en el caso “Viviana Gallardo” surge que el equilibrio de la interpretación del sistema de derechos se consigue orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no altere el sistema mismo.

culos, obliga a los estados que son parte en él, a hacer efectivos esos derechos y, si acaso, el derecho interno todavía no lo ha conseguido, a adoptar las medidas legislativas y de otro carácter que sean conducentes y necesarias para alcanzar dicha efectividad.

Quizá sea esto lo que mejor delinea el perfil de los tratados de derechos humanos: no presentan la característica de los tratados comunes o generales porque, a diferencia de éstos, los de derechos humanos tienden a emplazar su cumplimiento y aplicación en la jurisdicción interna, invistiendo directamente de titularidad a cuantas personas están bajo dicha jurisdicción estatal. Por ende, irrogan obligación y responsabilidad del estado por su incumplimiento o su violación tanto en el orden interno cuanto en el orden internacional. Para los estados que han acatado la jurisdicción de la Corte Interamericana, la responsabilidad internacional es susceptible de generar intervención del tribunal en su jurisdicción contenciosa, dentro del molde procesal previsto en el Pacto de San José.

b) Cuando nos desplazamos al derecho de la integración, encontramos que su objeto y finalidad no apuntan a la tutela de los derechos humanos,⁷ aun cuando los tratados y los órganos comunitarios no pueden vulnerarlos. Por eso se dice que el derecho internacional de los derechos humanos obliga y subordina al derecho comunitario.

c) A partir de todo este enjambre de postulados se desemboca en una afirmación señera: cuando los estados miembros de una organización comunitaria transfieren a sus órganos supraestatales el ejercicio de competencias internas, esta transferencia no incluye al sistema de derechos.

La riqueza de esta pauta permite desglosarla para sostener que, por la realimentación necesaria entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, el sistema de derechos integrado por doble fuente no es objeto de transferencia competencial por parte de los estados a favor de la organización comunitaria, de forma que también los derechos que provienen de fuente interna, especialmente de la constitución de los estados, obligan a que el derecho comunitario los respete y no los viole.⁸

d) La consecuencia ineludible es la siguiente: la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno no prevalece en el ámbito del sistema de derechos que encuentra su fuente en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho interno.

7 Esto coincide con el criterio de que el derecho comunitario no compone un ordenamiento íntegro o pleno, sino sectorial, lo que vale para decir que la función normativa y garantista de los derechos humanos no forma parte del derecho comunitario (cf.: Mangas Martín Araceli, y Liñán Noguerras Diego J., "Instituciones y derecho de la Unión Europea", Madrid, 1996, p. 584).

8 Cf. Ruiz Miguel Carlos, "Los derechos humanos en la relación entre el derecho comunitario y el ordenamiento nacional", Revista Andaluza de Administración Pública, Administración de Andalucía. Universidad de Sevilla, 1993, N° 13, ps. 89/90. El autor cita un informe de la comisión de la CEE del 4 de febrero de 1976 a favor del principio según el cual el contenido material de los derechos fundamentales reconocidos en el derecho comunitario debe ser definido con referencia a la norma nacional más protectora, o sea, del nivel máximo de protección.

II

5. Todo el paisaje hasta ahora descrito provoca nuestro intento de sugerir que ahora el derecho internacional presenta *relaciones intrajerárquicas*. Es decir, también en él, tal como estamos acostumbrados a enseñarlo dentro del derecho interno de los estados, hay planos y rangos normativos de diferente nivel. El derecho internacional de los derechos humanos, que asume para sí y da recepción también al sistema interno de derechos, se sitúa por encima del derecho de la integración comunitaria.

Si éste inviste primacía respecto del derecho interno, la inviste únicamente en lo que es materia propia del derecho comunitario, dentro de la cual ya dijimos que no se halla el sistema de derechos, como tampoco se halla en el cúmulo de las transferencias que del ejercicio de sus competencias internas hacen los estados a favor de los órganos de la comunidad.

III

6. Nuevamente, el avance de desarrollo arriba a una arquitectura final con los rasgos siguientes: la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno introduce relaciones intrajerárquicas que colocan en la cúspide al derecho internacional de los derechos humanos, para ubicar en un nivel de subordinación al derecho comunitario. Esto es así únicamente en lo que a derechos humanos se refiere, de forma que la primacía del derecho comunitario respecto del derecho interno sólo juega y funciona en todo cuanto -excluido el rubro de los derechos humanos- es propio del objeto y la finalidad del derecho comunitario.

A riesgo de reiteraciones, conviene esquematizar la aclaratoria de los niveles jerárquicos:

a) En el *primer nivel*, el *derecho de los derechos humanos, con fuente internacional y fuente interna* en realimentación recíproca; esta cabecera implica una prelación sobre el derecho comunitario y sobre el derecho interno en todo cuanto se refiere a derechos humanos;

b) Como consecuencia, el derecho comunitario y el derecho interno deben subordinación al derecho internacional de los derechos humanos;

c) Atento que este último es un derecho *mínimo y subsidiario*, el derecho interno opera en todo cuanto amplía, acrece y mejora al sistema de derechos proveniente del derecho internacional, lo que es simple aplicación de la ya insistida realimentación que en la materia de derechos humanos se da por cierta y por debida entre el derecho internacional y el derecho interno;

d) Si entre el derecho internacional y el derecho interno es menester elegir siempre la mejor fuente para el rendimiento tutelar y promotor de los derechos, cabe preguntarse: ¿hay

supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, o solamente encontramos una posible opción por la fuente más beneficiosa?;

e) La respuesta se enuncia así: *supremacía* del derecho internacional en el sentido de que el derecho internacional de los derechos humanos no consiente su violación por parte del derecho interno, como tampoco la tolera por parte del derecho comunitario; hay *opción* en el sentido -no opuesto a la referida supremacía- de que existe el deber de escoger la fuente y la norma que en la dualidad integrada del derecho internacional y el derecho interno, suministra la mejor solución posible para la persona y sus derechos (aplicación obligatoria del principio “pro homine”);

f) Ello significa que el derecho internacional de los derechos humanos subordina al derecho interno en materia de derechos humanos porque obliga a hacer efectivo el *mínimo* que consagra, pero reenvía a la misma fuente interna cuando ésta resulta más generosa y maximizadora, lo que da testimonio claro de la forma en que funciona la jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho interno, en cuyo ámbito el estado tiene deberes de acción y de omisión para con el derecho internacional, que viene a ser un piso y no un techo;

g) Cuando la jerarquía superior del sistema de derechos subordina al derecho de integración comunitaria, el derecho internacional de los derechos humanos (en cuanto *mínimo*) y el derecho interno de los estados miembros (en cuanto *máximo* posible) aúnan una barrera que para el derecho comunitario implica también obligaciones tanto positivas como de abstención.

IV

7. El cúmulo de principios y reglas que venimos desglosando no parece enfrentarse con oposiciones rígidas, pero origina el problema central que nos preocupa, cual es el de encontrar una estructura funcional que sea capaz de hacer efectiva la primacía de los derechos humanos (con su doble fuente interna e internacional) respecto del derecho de la integración comunitaria.

En el sistema interamericano de derechos humanos la relación de jerarquía entre el derecho internacional y el derecho interno cuenta con rutas procesales suficientes, aunque susceptibles de futuros mejoramientos. Juicio similar formulamos respecto del sistema europeo, pero es allí donde la actual Unión Europea -y antes, las Comunidades que la antecedieron- provoca el interés de nuestras reflexiones acerca de la intersección y la simetría que consideramos deseable entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comunitario.

Ambos sistemas europeos nos han proporcionado desde años algunos criterios rectores, no siempre uniformes, al igual que la jurisdicción de algunos tribunales constitucionales en el área del derecho interno. Las tangencias entre derecho internacional de los derechos humanos,

derecho de la integración comunitaria, y derecho constitucional, es la que -como núcleo- inspira el título de este trabajo: “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”.

8. La idea primordial radica en introducir dentro del derecho interamericano un *orden de prelación de normas*: en el primer plano, las que versan sobre derechos humanos, en el inferior a él, las de los tratados de integración y el derecho comunitario secundario. Por supuesto que esta relación interjerárquica solamente juega en materia de derechos humanos, cuando éstos se hallan comprometidos, y con la finalidad de hacerlos prevalecer por sobre el derecho comunitario.

Pero, según lo hemos adelantado en el acápite II, hemos de efectuar la intercalación del derecho interno (o constitucional) en cuanto al sistema de derechos que en él tiene su fuente, porque ya dijimos que a nuestro criterio la completitud del sistema de derechos requiere alimentarse doblemente, en la fuente interna de cada estado y en la fuente internacional. Como el derecho de la integración no es, en sentido estricto, fuente internacional del sistema de derechos, hay que indagar el modo y los mecanismos mediante los cuales la primacía del sistema de derechos -dualmente integrado- logre hacerse efectiva y quedar asegurada, en jurisdicción internacional y en jurisdicción interna.

9. Esta noción obliga a una especie de aclaración rectificatoria en torno de la jerarquía y la prelación de normas en el derecho internacional, ya que se inocular la relación con el derecho interno (constitucional).

La cuestión no es sencilla. Lo que de simple pueda advertirse en los postulados doctrinarios se vuelve complicado no bien se aspira a coordinar funcionalmente los sistemas y, especialmente, a hallar la armonización en las *competencias jurisdiccionales triplemente repartidas*: la del sistema internacional de los derechos humanos, la del derecho comunitario, y la del derecho interno.

Se entiende claramente que, de perseguirse la coordinación que nos inquieta, ninguno de los tres sistemas jurisdiccionales puede prescindir de la protección y la primacía del sistema de derechos, pero tampoco puede operar desconectado de los restantes. Allí está el nudo de la cuestión: ¿alguno de los tres vendrá a ser una especie de instancia última, dotada de competencia para clausurar definitivamente la interpretación aplicativa del sistema de derechos en los casos en que se halle involucrado?; ¿y si se suscita algo así como un conflicto de competencias entre dos o más sistemas jurisdiccionales, habrá un tribunal de alguno de ellos que esté habilitado para dirimirlo?

El recorrido de algunas sentencias emanadas de tribunales supraestatales, y de otras dictadas en la jurisdicción constitucional de los estados europeos que son parte -doblemente- del sistema europeo de derechos humanos y del sistema comunitario, dan testimonio de las dificultades afrontadas y de la trascendencia institucional del problema.

10. Dos hilvanes sirven para encarrilarlo. Uno deriva del principio que afirma que los derechos humanos hacen parte de los principios generales del derecho comunitario; otro, es oriundo del principio de primacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno (en cuanto opera como piso mínimo insoslayable).

Un tercer carril en ensamble, nos remite a la noción de que el sistema de derechos está destinado a aplicarse y a hacerse efectivo en la jurisdicción interna de los estados, por lo que tanto el sistema internacional de derechos humanos como el sistema comunitario fluyen, para el respeto debido a los derechos humanos, hacia esa misma jurisdicción interna donde conviven las personas que son sus beneficiarias.

El Tratado de Maastricht ha consolidado el primero de los hilvanes antes mencionados. Una de sus cláusulas enuncia que la Unión Europea 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 firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros como principios generales del derecho comunitario (Artículo F. 2).

El resguardo de los derechos humanos en el ámbito del derecho comunitario venía desde antes de Maastricht, aun cuando el objeto y la finalidad del derecho comunitario no sean la protección y la promoción de los derechos. Que ese objeto y esa finalidad sean otros no contradice al principio de que el derecho comunitario, al buscar su propio fin específico, tiene que respetar el sistema de derechos y no puede violarlo. En concordancia, se sostiene -y vale reiterarlo- que cuando los estados miembros de la comunidad le transfieren el ejercicio de competencias internas, no transfieren las referidas a los derechos humanos, sino únicamente las vinculadas al objetivo propio de la comunidad, que es otro distinto.

Esta “no-transferencia” de competencias internas en materia de derechos implica que el sistema de derechos sigue anclado en jurisdicción interna de los estados, pero con una importantísima característica, cual es la de que en la jurisdicción interna donde los derechos deben hacerse efectivos, hay primacía del sistema internacional de derechos (superior jerarquía de éste sobre el derecho interno), hay responsabilidad interna e internacional por su incumplimiento, hay realimentación entre la fuente internacional y la interna para hacer operar la que provee la solución más provechosa, y hay análoga primacía del sistema de derechos de doble fuente sobre el derecho comunitario.

El traslado de estos parámetros a las competencias jurisdiccionales de los tribunales supraestatales (de derechos humanos y de derecho comunitario), y a las internas de las jurisdicciones constitucionales de los estados parte, se convierte así en el gozne que está llamado a cumplir una función coherente y armonizadora, para que las relaciones intrajerárquicas resulten viables y eficaces.

11. No es demasiado osado aseverar, en virtud de todo lo antes explicado, que ahora el derecho interno (derecho constitucional de los derechos humanos) es fuente del derecho interna-

cional⁹ en un doble sentido y con un doble alcance: a) primero, porque el derecho internacional de los derechos (que es mínimo y subsidiario) lo hace suyo cuando resulta más amplio y más beneficioso; segundo, porque el derecho interno no cede en materia de derechos humanos ante el derecho comunitario, que no debe cercenarlo.

Si la tendencia es a maximizar el sistema de derechos, a optimizarlo, y a reforzar sus garantías, aparece de inmediato y nuevamente la tesis que aspiramos a perfilar. En el derecho interno no basta un buen sistema de derechos, porque concurrentemente es indispensable que se le anexe un buen sistema garantista, lo que presupone el derecho a la tutela judicial efectiva mediante la disponibilidad de vías procesales idóneas para acceder a un tribunal. En la triple confluencia del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho comunitario, y del derecho interno, se reproduce la misma exigencia: es menester que las competencias jurisdiccionales aporten sistemas garantistas a través de los cuales las jerarquías normativas ya descriptas alcancen su resultado aplicativo eficaz.

Admitidas las relaciones intrajerárquicas dentro del bloque compuesto por el derecho internacional y el derecho interno (con la sumatoria en el primero del derecho de los derechos humanos y el derecho comunitario) no parece extravagante sugerir que los respectivos sistemas garantistas y las recíprocas competencias jurisdiccionales reclaman coordinación con un doble objetivo: evitar decisiones opuestas, y prever una instancia que, en caso de conflictos de competencia, esté habilitada para resguardar el sistema de derechos.

V

12. Es interesante una somera indagación del panorama europeo.

Para eso, conviene recordar algunos tratados y sus fechas: a) el Tratado de implante del sistema europeo de derechos humanos es la Convención de Roma de 1950 sobre protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que cuenta con diversos protocolos adicionales; b) el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 1951; c) el Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 1957; d) el Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 1957; e) ahora, el Tratado de Maastricht que constituyó la Unión Europea, de 1992.

9 Para la sugestiva incorporación del derecho interno en el derecho internacional, recomendamos la tesis que postulan Rodolfo E. Piza, R. y Gerardo Trejos, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la Convención Americana", Ed. Juricentro, San José, Costa Rica, 1989, ps. 107 y sigts. Dan testimonio del acogimiento del citado criterio, todas las cláusulas de diversos tratados (por ejemplo, el art. 29 del Pacto de San José) que, con una fórmula u otra, prescriben que ninguna disposición del tratado se puede interpretar para limitar o desconocer otros derechos que surgen de normas del derecho interno de un estado parte. A su modo, esta pauta reenvía a la del principio "pro homine" (ver nota 6).

Convergen, pues, un sistema de derechos humanos, y un sistema de integración comunitaria. En las jurisdicciones internas, las constituciones democráticas incluyen sus propios sistemas de derechos. La ya aludida globalización infunde a este paisaje su tónica especial, y es la que nos incita a imaginar idealmente *-de lege ferenda-* la compatibilización armónica que estamos examinando.

Hay una idea a consignar, y es la que nos recuerda que en jurisdicción interna de los estados se reserva a éstos el ejercicio de la potestad jurisdiccional o, si se prefiere, de la administración de justicia, la que se organiza conforme a las normas de cada constitución. Con unas características o con otras, hay también una jurisdicción constitucional cuyo eje principal es la defensa de la constitución suprema.

Cuando en sede internacional se erigen tribunales supraestatales, se suscita la inquietud acerca de si el acatamiento de su jurisdicción por parte de los estados que componen un sistema internacional de derechos y/o un sistema comunitario implica abdicar de la exclusividad estatal de la potestad jurisdiccional, o si la supraestatal se integra en las estructuras judiciales internas, o si tribunales supraestatales y tribunales internos se mantienen independientes, o -acaso- si los tribunales supraestatales ejercen sus competencias jurisdiccionales en virtud de que los estados les han transferido a los sistemas internacionales cierta porción de las suyas internas. Como remate se discute si los tribunales supraestatales actúan como una instancia internacional "revisora" de las sentencias dictadas en jurisdicción interna de los estados, o si -al margen de todo carácter recursivo- operan "per se" en una nueva etapa procesal que no implica prolongación y continuidad con las internas previas.

La fisonomía de estos problemas no es igual en un sistema internacional de derechos humanos y en un sistema de integración comunitaria, al menos tal como hoy los conocemos en Europa y en América.

13. Un principio liminar para disipar asperezas en el debate parte de reconocer que toda jurisdicción supraestatal propia de un sistema de derechos o de un sistema comunitario tiene como origen constitutivo a un tratado internacional. Por ello, son los estados en cuanto sujetos del derecho internacional los que lo celebran y los que se hacen parte, con el añadido de que la jurisdicción de un tribunal supraestatal requiere que cada estado la consienta.

Si promedia la voluntad decisoria del estado, hemos de dar por verdad que tanto la inculcación de normas internacionales en el derecho interno cuanto la competencia de un tribunal supraestatal para interpretar y aplicar esas normas y/o para decidir si un estado ha incurrido en violación a ellas, es el resultado de un acto deliberado de cada estado que se convierte en parte del tratado y en miembro del sistema, sin compulsión alguna que admita criticarse como intrusión, interferencia o transgresión por parte de la jurisdicción internacional en la jurisdicción interna.

Mal podría suponerse, entonces, que la potestad jurisdiccional de un tribunal supraestatal riñe con el monopolio de similar potestad de los estados, porque ésta sólo cabe reconocerse

en sede estatal interna y porque, además, ya vimos que los tribunales supraestatales ejercen sus competencias en virtud de un tratado y en un sistema para cuya creación y organización se ha necesitado la intervención voluntaria de los estados parte.¹⁰

Al menos, ésta es la vía arbitrada en los dos únicos sistemas de derechos humanos existentes a la fecha: el europeo por el Tratado de Roma de 1950, y el interamericano por el Pacto de San José de Costa Rica.

Por supuesto que siempre -y todavía- se cuele para acuciar las dificultades el fantasma de la “soberanía” de los estados, sin asumir el dato exacto de que las transformaciones habidas y en curso a escala universal demandan “aggiornar” múltiples axiomas cuasi dogmáticos elaborados en y para épocas pretéritas, que no resisten ahora su supervivencia si es que queremos formas nuevas de cooperación y de integración de los estados en el ámbito regional y en el mundial.

14. Lo primero a anunciar es que hoy son las propias constituciones las que prevén y habilitan a los estados a formar parte de organizaciones supraestatales, y las que se hacen cargo de la jerarquía de los tratados en el derecho interno (a veces, excepcionalmente, hasta con rango supraconstitucional; otras, al mismo nivel de la constitución; algunas, por lo menos, con carácter solamente supralegal). Ello significa que cuando el derecho internacional ingresa al derecho interno y ocupa en él un estrato del ordenamiento, sigue siendo la constitución la fuente primaria y fundamental que habilita el ingreso y el rango jerárquico, aunque en el caso de no aceptar la primacía del derecho internacional en el derecho interno damos por seguro que se falta a la coherencia, porque no es coherente que un estado preste recepción al derecho internacional y, una vez incluido éste en el derecho interno, se rechace lo que es principio axial del propio derecho internacional -o sea, su primacía-. O se lo recibe con todas sus características, o se incurre en incoherencia.¹¹

No digerimos fácilmente algunas pautas que en la jurisprudencia de tribunales constitucionales de estados europeos han insistido en recalcar que el orden interno y el internacional (especialmente, el comunitario) son dos ordenamientos distintos y autónomos, aunque coordinados. Hay acá resonancias del dualismo que, para nosotros, no tienen buen eco al despuntar el

10 Aída Kemelmajer de Carlucci trae dos citas elocuentes, una de Constantinesco y otra de Pescatore. El primero se pregunta si un miembro de una comunidad europea que ha concluido un tratado de integración y deja creer a otros, de buena fe, que se obliga porque lo ha ratificado e introducido a su orden jurídico, puede después acusar incompatibilidades con la propia constitución; y añade si ello no sería volverse contra sus propios actos. Pescatore, por su lado, señala que antes de ratificar el tratado los estados deben considerar y resolver los problemas constitucionales que se les plantean; cada uno es dueño de la solución que les dé, pero una vez aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay un hecho sobre el cual no es posible volver; se opone a la buena fe poner en duda posteriormente aquel compromiso ya aceptado (“Derecho Comunitario y Derecho Constitucional” en el libro colectivo “Integración regional-Perspectivas para Latinoamérica”, Ed. Fundación Universidad Nacional de San Juan, 1994, p. 50).

11 Para nuestro punto de vista acerca de la incoherencia señalada, ver Bidart Campos, “Manual de la Constitución Reformada”, Ed. Ediar, Bs. As., Tomo I, N° 17, 1996, p. 340.

tercer milenio. Nos agrada más -y no es sólo cuestión de vocabulario- decir que se integran unitivamente cuando el derecho internacional penetra en el interno y -sin perder ni novar su naturaleza- forma parte del último,¹² así como ya adelantamos que los derechos humanos componen los principios generales del derecho internacional con naturaleza de *ius cogens* en la medida en que el derecho interno no puede disminuirlos ni en su reconocimiento ni en su nivel de protección.

Aceptado esto, la complementariedad funcional del derecho interno y el internacional (tanto el de los derechos humanos cuanto el comunitario) disipa todo resabio dualista y coadyuva a fortificar el principio de buena fe y de lealtad internacionales.

15. En esta búsqueda de la convergencia en lugar de la discordancia, y de la sincronización en vez de la oposición o del recelo, el derecho interno puede encontrar una buena herramienta preventiva de conflictos cuando la constitución habilita un control constitucional de los tratados antes de que, por su ratificación, se incorporen al derecho interno. Es claro que, perfeccionando a los ordenamientos internos y acatando en ellos la primacía del derecho internacional, el control interno de constitucionalidad habría de quedar inhibido, una vez que el tratado ya ha ingresado en el derecho interno,¹³ pero hasta tanto el progreso de las valoraciones colectivas alcance esa etapa, juzgamos que es mejor evitar eventuales declaraciones futuras de inconstitucionalidad colocando al tratado bajo la lupa constitucional cuando todavía no ha sido ratificado, agregando -como algunos estados europeos lo hicieron con Maastricht- una enmienda a la constitución cuando se considera, ya verificado el control previo, que la constitución requiere reformarse para adecuarse al derecho internacional.

Todo ello no es más que una prueba de que, así como se van esfumando las fronteras entre el derecho público y el derecho privado en numerosas áreas, un fenómeno equivalente deja visualizar que el derecho constitucional se internacionaliza parcialmente y el derecho internacional se constitucionaliza. El engarce en ambos del sistema de derechos humanos es un ejemplo indiscutible, como a su modo lo es el derecho de la integración comunitaria que se moviliza al hilo de la transferencia de competencias internas a los órganos de la comunidad.

De todas maneras, siempre nos queda pendiente el anudamiento a través de un sistema de potestades jurisdiccionales a cargo de tribunales supraestatales, que de inmediato pasamos a abordar.

12 Hace tiempo venimos calificando a la fuente internacional como fuente externa, colateral o heterónoma en su relación con el derecho interno al cual incorpora su producto. El tratado ingresa al derecho interno, hace parte de él, y es el derecho interno del estado que lo recibe, pero las normas internacionales así receptadas conservan su fuente externa y su naturaleza internacional. Por eso, al menos en el derecho argentino, no nos agrada decir que los tratados son “leyes”, a menos que cuando el art. 31 de la constitución define como “ley suprema” a la trilogía de “constitución-leyes del congreso-tratados” entendamos solamente que los tratados forman parte de ese bloque denominado como “ley suprema” para, de ahí hacia abajo, subordinar al derecho provincial en una típica relación que es propia de los estados federales.

13 Ver Bidart Campos, “Manual...”, *cit.*, Tomo I, N° 18, p. 341.

VI

16. Desde mucho antes del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos a partir de la segunda postguerra en este siglo XX, el principio de primacía del derecho internacional general o común había tenido oportunidad de enunciarse (por ejemplo, en la sentencia del año 1925 de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la cuestión del intercambio de poblaciones griegas y turcas). Quedó consolidado el principio de que un estado que contrae obligaciones internacionales tiene el deber de observarlas y, de ser necesario, de adecuar su derecho interno a los compromisos contraídos. El derecho interno, dirá más tarde la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, no excusa los incumplimientos ni las violaciones a los tratados (art. 27).

Si aceleramos las citas y recaemos en la jurisprudencia interna de los estados, reaparece lentamente similar criterio acerca de evitar o remediar las transgresiones al derecho internacional por inobservancia del derecho internacional o por aplicación incorrecta del mismo, todo ello para no comprometer la responsabilidad internacional del estado. En fecha más próxima, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó el deber de los estados que son parte en el Pacto de San José de Costa Rica de organizar el aparato gubernamental y las estructuras a través de las que se expresa el ejercicio del poder político, de forma que tengan capacidad para asegurar jurídicamente el ejercicio libre y pleno de los derechos humanos. Como corolario, los estados tienen la obligación de prevenir, investigar y sancionar sus violaciones y, en la medida de lo posible, también de restablecer el derecho vulnerado y la reparación de los daños causados (sentencia de 1988 en el caso “Velázquez Rodríguez”).

El Pacto de San José de Costa Rica -por ejemplo- al imputar a los estados parte el deber de hacer efectivos los derechos en el art.1º, consigna en el 2º que allí donde el derecho interno no lo haya alcanzado todavía, existe el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias a aquel fin. Personalmente siempre interpretamos que entre las medidas “de otro carácter” (o sea, distintas a las legislativas) se hallan las sentencias de los tribunales judiciales y, en tal sentido, podemos afirmar que la Corte Suprema de Argentina registra desde no hace muchos años varios fallos que señalan ese deber judicial de conferir efectividad a los tratados de derechos humanos.

A nuestro juicio, la obligación de adecuar el derecho interno al derecho internacional alcanza a la propia constitución, cuyas normas -especialmente en lo que hace al sistema de derechos- no inhiben la primacía del derecho internacional ni la responsabilidad internacional del estado cuando, so pretexto de discrepancia con la constitución, se incumple o viola un tratado internacional. En tal sentido, criticamos la jurisprudencia norteamericana -y la que hasta no hace mucho la imitaba en Argentina- que suponía sortear la cuestión alegando que en el ámbito interno siempre había de aplicarse prioritariamente la constitución, sin perjuicio de que de ello derivara la obligación de asumir la consiguiente responsabilidad internacional por la inaplicación o la transgresión de un tratado.

Para hacer breve el comentario damos una conclusión primaria: la internacionalización de los derechos humanos -que a algunos les hace hablar de un derecho constitucional “transnacional”- demanda potestades jurisdiccionales supraestatales, que según recordamos antes existen solamente en Europa y en América. Ello, a su vez, ha permitido describir una dimensión “transnacional” del proceso, un proceso “transnacional”, un derecho internacional jurisdiccional, y un derecho jurisdiccional constitucional “transnacional”.¹⁴

Bien puede decirse que el derecho internacional de los derechos humanos y su recíproca jurisdicción supraestatal exige a los estados miembros del sistema alcanzar el “resultado” de la efectividad de los derechos, con la paralela obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones, lo que autoriza a hablar de “obligaciones de resultado” y no de “obligaciones de medios”. A su modo, se inserta internacionalmente el derecho a la jurisdicción, o a la acción procesal como derecho humano, o el derecho a la tutela judicial eficaz.

Nos hallamos nítidamente ante una jurisdicción y un proceso supraestatales para protección de la persona humana que, según lo sostuvo la Corte de Estrasburgo (o Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en 1979 en el caso “Klass”, presupone que las normas procedimentales se han de aplicar del modo mejor para que cumplan con la pauta tutelar de la persona. Para su plena efectividad, hay que llegar alguna vez a reconocer la legitimación procesal activa de la persona que es víctima de lesión a sus derechos para promover el proceso internacional y/o para participar en él. El Protocolo 11 del Convenio de Roma ha dado un paso adelante en tal sentido (art. 34).¹⁵

18. Si siempre en jurisdicción interna el derecho procesal arraiga en el derecho material (constitucional) y recibe de éste sus lineamientos inesquivables, en jurisdicción internacional es menester que también lo procesal opere como carril conducente. Para ello, la potestad jurisdiccional de un tribunal se hace indispensable al igual que el acatamiento que han de prestarle a su jurisdicción contenciosa los estados miembros de un sistema internacional de derechos humanos.

Cuando volvemos a reiterar que en lo interno y en lo internacional el sistema de derecho debe retroalimentarse con las dos fuentes para buscar y alcanzar en cada caso la mejor solución “*pro homine*”, parece que se está en condiciones de superar los posibles conflictos entre los tribunales estatales y el tribunal supraestatal, conjugando sus eventuales intervenciones de modo de evadir la confrontación entre el derecho interno y el derecho internacional y entre una jurisdicción y otra.

14 Cf: Morello Augusto Mario y Sosa Gualberto Lucas, “Sujeción y extraneidad a la jurisdicción nacional”, La Ley, 27/II/97; Hitters Juan Carlos, “Algo más sobre el proceso transnacional”, El Derecho, 4/V/95; Gozáini Osvaldo Alfredo, “El proceso transnacional”, Ed. Ediar, Bs. As., 1992.

15 Esta legitimación que llamaríamos procesal puede coordinarse con la que a todos los ciudadanos de la Unión Europea se les acuerda para dirigirse al Defensor del Pueblo europeo. Cf: Suárez Mejías Jorge Luis, “El Defensor del Pueblo en la Unión Europea y los derechos fundamentales”, Revista Tachirense de Derecho, Venezuela, N° 8, enero-diciembre 1996.

No parece desmesurado avizorar la concordancia deseable cuando la premisa fundamental predica que el derecho interno (constitucional) y el derecho internacional de los derechos humanos no consienten que el sistema tutelar de los derechos sea inferior al que depara el sistema de derechos y el sistema garantista de cada estado que es parte en un sistema internacional de derechos humanos. Pero resta engarzar esta visión con la propia del derecho comunitario para la armonización completa y coherente. Siempre ha de hacer presencia el principio del nivel máximo de protección, y el “*pro homine*” ya insistido tantas veces en el curso de este trabajo.

19. Muy recomendable nos parece el principio que en 1978 incorporó la constitución de España y en 1991 la de Colombia, para integrar unitivamente al sistema de derechos con doble fuente (interna e internacional), cuando establecieron que los derechos y libertades reconocidos en la constitución se han de interpretar de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁶ Con una fórmula o con otra (no hemos reproducido textualmente la norma literal española) venimos sosteniendo desde hace tiempo que dicho principio bien admite reputarse implícito en toda constitución democrática que no lo enuncia explícitamente.

Quizá, todo remite -en buena proporción- a la captación y comprensión de un *sistema axiológico* que sea común al derecho constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos, y en el que se admita la existencia de *derechos implícitos*. Seguramente, es pauta importante la dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando en su OC-5/85 señaló al orden público como un conglomerado de condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones con base en un sistema coherente de principios y de valores que se han de integrar conforme a las justas exigencias de una sociedad democrática. Hay paralelismos notorios con las doctrinas y la jurisprudencia que -por ejemplo- en España y en Alemania conciben a la constitución como expresión de un orden sustancial o material de valores.

Todavía más: así como ya el derecho comunitario admite que hacen parte de él como principios generales los emergentes de tratados internacionales de derechos humanos y de la tradición constitucional de los estados miembros, juzgamos de trascendencia que toda norma constitucional que alude a los principios generales del derecho o a los principios de derecho público contenidos en la constitución se interprete como abarcativa, en ese plexo principista, de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, al menos en cuanto subsidiariamente están incorporados al derecho internacional, y en la medida que éste tiene primacía sobre el derecho interno.¹⁷

16 Una cláusula equivalente trae la constitución peruana de 1993 en las disposiciones finales y transitorias (cuarta).

17 Después de la reforma de la constitución argentina en 1994, el reconocimiento de jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22) nos estimula a pensar que, aún cuando la generalidad de los tratados sólo reviste rango suprallegal, bien se puede interpretar actualizadamente el art. 27 como dando recepción implícita a la primacía del derecho internacional cuando se refiere a los principios de derecho público contenidos en la constitución. Ello, al menos, en lo que atañe a derechos humanos que, en el derecho internacional, integran principios generales y, por ende, comparten la primacía del mismo derecho internacional sobre el derecho interno.

VII

20. El bloque homogéneo de derechos humanos de doble fuente padece reticencias en los países europeos que, adictos al dualismo, adhieren a la tesis según la cual los tratados ratificados por el estado precisan que una fuente interna les dé recepción porque, de lo contrario, no generan derechos en forma directa para las personas que están bajo jurisdicción de ese estado.

Es anacrónico que a esta altura de los tiempos y de las relaciones internacionales el dualismo siga convocando adeptos. Pero aún hay quienes exigen que el tratado se transforme en derecho interno a través de una ley, lo que de no ocurrir les significa que el tratado solamente reviste naturaleza de derecho internacional.¹⁸

En los tratados de derechos humanos ello es muy grave, porque precisamente tales tratados son de aplicación directa e inmediata en la jurisdicción interna. Siendo así, carecen en el dualismo de posible ejecución y cumplimiento, tanto como de exigibilidad por parte de las personas beneficiarias como sujetos activos de los derechos que contienen.

Cuando, sin plegarse al dualismo, un estado coloca a su constitución por sobre el derecho internacional, la cuestión ofrece diversas soluciones.¹⁹ La excepción plena la encontramos en el caso de Holanda. Una especial complicación aparece en los estados federales para lograr que las entidades federadas den aplicación a los tratados.²⁰

21. Todo este intrincado panorama queda traspolado al problema de las *sentencias* del tribunal supraestatal cuando deciden que un estado ha violado derechos emergentes de un tratado. En Europa, la cuestión de las decisiones del Tribunal de Estrasburgo en relación con sus efectos en sede interna de los estados registra variedad de posiciones. Partamos de la premisa de que el Convenio de Roma de 1950, si bien en su art. 53 prescribe que las partes contratantes se com-

18 Hemos de hacer una aclaración. No está mal, sino muy bien, sostener que los tratados revisten naturaleza de normas internacionales, y ello también cuando en el monismo se les da por directamente incorporados al derecho interno después de su ratificación internacional, sin necesidad de que una fuente interna les otorgue posterior recepción. Lo que está mal en el dualismo es entender que por revestir los tratados la naturaleza internacional que les es inherente, no hacen parte del derecho interno hasta que una ley los incorpora y produce su novación convirtiéndolos en ley pues afirmar eso equivale a decir que por tener esa naturaleza de normas internacionales están fuera del derecho interno.

19 La solución de máxima en orden de los tratados de derechos humanos la proveen -por ejemplo- las constituciones de Guatemala y Colombia, que los hacen prevalecer en el ordenamiento interno, si es que tal prioridad se interpreta como personalmente creemos que debe ser, con el alcance de tener prelación supraconstitucional. Más modestamente, la constitución peruana de 1979 les confirió la misma jerarquía que la constitución, de modo similar a la argentina (aunque esta la reconoce no a todos los tratados sino a algunos). Más frecuente es conceder a los tratados un rango solamente supralegal. Sin consignar jerarquías, la constitución de Nicaragua reconoce los derechos humanos para su goce y enumera algunos instrumentos internacionales de constancia. La de Paraguay coloca a los tratados en el primer nivel infraconstitucional, y al declarar que acepta el derecho internacional y que se ajusta a una serie de principios en sus relaciones internacionales de los derechos humanos.

20 En varios tratados existe a ese fin una "cláusula federal".

prometen a conformarse a las decisiones del tribunal en los litigios en que sean parte, el mismo tribunal no tiene competencia para obligar al estado incumplidor o violador de derechos a que dicte una ley, ni a que la derogue o la modifique. Ello es así porque ya recordamos que estamos ante obligaciones “de resultado” y no “medios”, por lo que los medios para subsanar o restablecer violaciones a derechos quedan reservados a la elección de cada estado.

Entonces, se vuelve cierto que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos están desprovistas de ejecutividad directa en sede interna de los estados y, según las interpretaciones, sólo revisten carácter declarativo.

El conflicto más agudo se suscita cuando el tribunal supraestatal declara que un fallo de tribunal estatal ha vulnerado el Convenio de Roma, porque allí se filtra la cosa juzgada de ese fallo interno, cuya intangibilidad vuelve inepta a la sentencia supraestatal en su capacidad supuestamente revisora o revocatoria. A lo sumo, en algunos casos -por ejemplo en Luxemburgo y en Austria- se presenta la posible ejecución de sentencias del Tribunal Europeo en el supuesto de una sentencia suya que declara contraria a la Convención de Roma una condena penal impuesta por un tribunal estatal, hipótesis en la que en sede interna se habilita la revisión nulificadora de la sentencia descalificada por el tribunal supraestatal. Pero en materia no penal, la cosa juzgada de las sentencias internas de un estado preserva su incolumidad. Cuando en Suiza una ley de 1985 previó la admisibilidad de revisión de sentencias estatales en caso de que el Tribunal Europeo las hubiera denunciado como infractoras del Convenio de Roma, fue rechazada en el referendun del año 1990.

22. Es interesante revisar dos criterios diferentes aplicados en España por el Tribunal Constitucional, después de las respectivas sentencias del Tribunal Europeo que consideraron violadas ciertas normas del tratado.

Uno es el caso “Bultó”, de 1992, en el que la condena penal dispuesta en jurisdicción española fue impugnada de nulidad una vez que los afectados consiguieron que el Tribunal de Estrasburgo declarara que en el proceso España había infringido una norma del Convenio de Roma (art.6.1). La demanda de nulidad fue rechazada por el Tribunal Supremo de España, pero el Tribunal Constitucional dispuso la suspensión de la condena.

Poco después, a raíz de la expropiación del grupo Rumasa, España dictó una norma legal cuya inconstitucionalidad fue rechazada en sede interna, lo que dio lugar a que en el caso “Ruiz Mateos” el Tribunal Europeo reputara que se había transgredido el derecho a un proceso justo. Planteada la ejecución de la sentencia internacional, el Tribunal Constitucional no le prestó andamio en los dos amparos promovidos por Ruiz Mateos. La confrontación de los criterios dispares del Tribunal Constitucional en los casos “Bultó” y “Ruiz Mateos” ha sido objeto de muchos comentarios en la doctrina española. Interesa una muy sucinta mirada a las sentencias españolas.

23. En el caso “Bultó”, el Tribunal Constitucional no definió con carácter general y para el futuro qué efectos surten las sentencias del Tribunal Europeo en jurisdicción española, pero sos-

tuvo que en el ámbito constitucional los poderes públicos no pueden permanecer indiferentes cuando, en materia de derechos y libertades, el Tribunal Europeo ha declarado la violación de un derecho reconocido en el Convenio de Roma. No obstante, en el orden interno dicho Convenio no ha introducido una instancia superior supranacional (en afirmación del propio Tribunal Constitucional en el mismo caso “Bultó”) y no ha impuesto a los estados miembros unas medidas procesales concretas de naturaleza anulatoria o rescisoria para asegurar la reparación de la violación. Más allá de que en la letra del Convenio de Roma (art. 50) es verdad la aseveración anterior, entendemos que si una decisión del Tribunal Europeo -no porque revista carácter de tribunal de supercasación constitucional sino porque es el órgano jurisdiccional del sistema- da por infringido un derecho a raíz de actos u omisiones gubernamentales de un estado parte -así sean, acaso, sentencias- ese estado ha de prever en su derecho interno la vía revisora de la eventual cosa juzgada o, en lo posible, la manera de restablecer el derecho agredido por una autoridad pública distinta de un juez. El mismo Tribunal Constitucional lo deja entrever cuando remite a la competencia del poder legislativo la apertura posible de cauces procesales para articular ante los órganos judiciales internos la eficacia de las resoluciones del Tribunal Europeo que han declarado violado un derecho fundamental por la imposición de una condena penal.

Nosotros extenderíamos la sugerencia a toda clase de procesos y de decisiones judiciales, aunque no se tratara de sentencias condenatorias en el ámbito penal.

En el caso “Ruiz Mateos”, el Tribunal Constitucional admitió que tanto a él como al Tribunal Europeo les incumbe declarar la violación de derechos y libertades fundamentales, pero dijo que la función de cada uno se sitúa en el área de órdenes jurídicos distintos, sin que el Tribunal Constitucional sea una instancia jerárquicamente subordinada al Tribunal Europeo, ni obligada a cumplir sus sentencias en el orden interno.

Mientras en “Bultó” había sostenido que en tanto la reforma legislativa de las vías procesales internas no se produce, el Tribunal Constitucional no se puede sustraer a conocer la violación a un proceso justo que el Tribunal Europeo ha dado por consumada, en el caso “Ruiz Mateos”, no paró ejecución a la decisión internacional.

Parecería -por ende- que el sistema de derechos del derecho constitucional interno y el del derecho internacional no consiguieran la convergencia necesaria hacia un sistema garantista en el que las decisiones jurisdiccionales supraestatales y estatales actuaran al unísono. De poco vale que un tribunal supraestatal tenga por conculcado un derecho en el sistema internacional, si la consecuencia no va a reflejarse de manera análoga en el sistema interno, y si todo concluye -acaso- con una satisfacción pecuniaria a la víctima.

24. Cuando un tratado de derechos humanos como el de Roma de 1950 (en forma similar al Pacto de San José de Costa Rica y a tantos otros) contiene una norma que prohíbe interpretar sus disposiciones para limitar o perjudicar derechos y libertades susceptibles de reconocerse conforme a las leyes de un estado o a otro tratado (art. 60), consideramos como derivación lógica que: a) ese tratado da recepción y garantía a derechos constitucionales que no constan en

el tratado; b) el tribunal supraestatal ha de tener competencia para juzgar violaciones a esos otros derechos emanados de fuente interna; c) cada estado ha de asumir potestad jurisdiccional para asegurar los efectos en sede interna de toda sentencia del tribunal supraestatal que ha declarado la transgresión de uno o más derechos.

Si el sistema internacional de derechos pretende cubrir subsidiariamente un piso mínimo de derechos, pero además consiente y alberga ampliaciones provenientes de fuente interna, hay que asumir el dato de que el sistema de derechos, en su mínimo y en su máximo, es uno solo y el mismo aunque dimane de fuentes distintas -una internacional y otra interna- y que si no entran en intersección y confluencia para remediar las violaciones, las decisiones del tribunal supraestatal y las de los tribunales estatales correrán por paralelas que nunca llegarán a unirse, con lo que la eficacia del sistema garantista de control no dará pleno efecto al derecho a la tutela judicial efectiva.

Hay pues, por delante, un itinerario de posibles y deseables correcciones para superar escollos y obtener resultados.

Cuando éste es nuestro punto de vista en orden a la relación entre un sistema de protección internacional de derechos y los sistemas internos de los estados democráticos, no será diferente el que ahora analizaremos en dos frentes: el derecho de integración comunitaria y el sistema interno de derechos, más el derecho de integración comunitaria en conexión con el sistema de derechos internacional y estatal.

VIII

25. Cuando nos fijamos en los sistemas europeos, encontramos uno de derechos humanos, que tiene base en el Convenio de Roma de 1950, y otro de integración comunitaria, ahora aglutinado en la Unión Europea con el tratado de Maastricht, después de los tratados que dieron origen a la CEEA, la CEEA y la CEE. Se nos presenta el dato que, como dificultad para nuestra propuesta de *lege ferenda*, ya habíamos adelantado: cronológicamente, el sistema de derechos humanos y el sistema comunitario no han coincidido en sus fechas de creación, y marchan por carriles separados, aun cuando -como ya sabemos- los derechos humanos también integran los principios generales del derecho comunitario.

Cada sistema cuenta con su propio tribunal. En el derecho comunitario, los tres tratados que precedieron al de Maastricht ya habían previsto órganos con potestades jurisdiccionales, que luego se unificaron en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.²¹ Es la jurisprudencia

21 Actualmente -por creación del 24 de octubre de 1988- existe también un tribunal de justicia de primera instancia, conforme al art. 168A, del Tratado de la Comunidad Europea. Acerca de "La Comunidad de Derecho y el Tribunal Europeo", ver con ese título el artículo de Eve I. Rimoldi de Ladman en *El Derecho*, 257/VIII/93. También: Kemelmajer de Carlucci Aída, "Integración y jurisdicción", *Revista Voces Jurídicas*, Mendoza, febrero 1997; y Jimeno Bulnes Ma. del Mar, "El derecho procesal comunitario en Europa", *El Derecho*, 4/V/95.

dencia de este tribunal, desde mucho antes de concretarse en 1992 la Unión Europea, la que nos revela evoluciones en el contacto entre el derecho de integración comunitaria y los derechos humanos. Como ese contacto tiene que ser encarado en primer lugar en su relación con el derecho interno de los estados, es bueno comenzar con la diversificación de normas que componen al derecho comunitario, para lo cual brevemente diremos que:

a) el *tratado-marco* de integración es la fuente primaria y fundacional;

b) deriva de allí el derecho comunitario secundario, que se desglosa en: bⁱ) los *reglamentos*, con alcance general, que resultan aplicables directamente en jurisdicción interna de los estados; bⁱⁱ) las *decisiones*, que versan sobre casos particulares; bⁱⁱⁱ) las *directivas*, que obligan al estado al cual se dirigen, y cuyas autoridades tienen opción para elegir los medios que den como resultado el cumplimiento de las directivas; bⁱⁱⁱⁱ) las *recomendaciones* y los *dictámenes*, que no son vinculantes.

26. En la competencia del tribunal comunitario, lo que para nuestro tema interesa sobremanera gira en torno de una característica importante para lograr la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno. Se trata de la llamada cuestión prejudicial, o prejudicialidad, consistente sencillamente en el reenvío que un tribunal de un estado efectúa a la Corte de Justicia de la Comunidad en un proceso interno, para que la Corte se pronuncie sobre una norma comunitaria que está en juego en ese proceso interno.²²

Viene a ser algo así como un incidente que, como accesorio del proceso interno, se plantea ante el tribunal supraestatal. A través de esta vía, en la que se excluye todo aspecto litigioso sobre cuestiones de hecho -o fácticas-, se tiende a lograr la interpretación uniforme del derecho comunitario y su aplicación correcta, mediante la cooperación entre el juez estatal y el juez comunitario. Hemos de hacer notar que es el juez interno, y no los justiciables que intervienen en el proceso que él tiene a su cargo, quien está legitimado para plantear la cuestión prejudicial al tribunal comunitario;²³ las partes sólo están habilitadas a solicitar al juez estatal que requiera la intervención del tribunal comunitario.²⁴

22 La cuestión prejudicial que plantea el juez interno puede versar sobre la interpretación del derecho comunitario o sobre la validez, debiendo aclararse que el problema de la validez sólo se suscita en relación con normas del derecho comunitario derivado o secundario, ya que el originario (tratado-marco) presupone su propia validez indiscutible.

Similar procedimiento de prejudiciabilidad encontramos en el régimen del Tribunal establecido el grupo creado por el Acuerdo de Cartagena (ver: Sosa Gómez Cecilia, "La interpretación prejudicial y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", Revista Tachirensis de Derecho, Venezuela, N° 8, enero-diciembre de 1996).

23 El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió en el caso "Reinmühlen", del año 1974, que el juez interno dispone de acceso a él para requerirle pronunciamiento prejudicial aun cuando su derecho interno se lo impida o le ponga obstáculos.

24 Si el juez interno no plantea la cuestión prejudicial ante el juez comunitario, el justiciable que lo pretende carece de vías directas para lograrlo. En Alemania, sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal admitió un amparo en un caso semejante, pero dejó establecido que ello sólo es viable cuando la negatoria del juez local para elevar la consulta peca de ostensible arbitrariedad y no simplemente de error.

En este ensamble de colaboración, el juez estatal es el que resuelve el litigio suscitado en el proceso interno, pero es el tribunal comunitario el que, a raíz de la cuestión prejudicial, le señala al juez estatal cuál es la interpretación del derecho comunitario comprometido en el proceso interno. El juez interno queda *obligado* a resolver el caso aplicando esa interpretación.

La “consulta” que el juez interno formula al tribunal comunitario como cuestión prejudicial se puede sintetizar así: a) cuando cree que una norma comunitaria es inválida, tiene la *obligación* de pedir al tribunal comunitario que se pronuncie, porque ningún juez interno puede declarar la invalidez de una norma comunitaria; b) cuando el juez interno tiene una duda, *puede* formular la consulta al tribunal comunitario sin estar obligado a hacerlo, pero siempre queda en pie el principio de que el juez interno en el caso dudoso que omite la consulta posible no puede declarar inválida una norma comunitaria. El repertorio de pautas en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas antes de Maastricht admite resumirse así:

a) en el caso “Flaminio Costa c/ENEL”, de 1964, declaró imposible que judicialmente una norma interna se oponga al derecho comunitario;²⁵

b) de las sentencias en los casos “Simmenthal” y “Murphy”, de 1978 y 1988 respectivamente, se infiere que el juez interno obligado a conferir primacía al derecho comunitario debe dejar de aplicar por sí mismo, cuando resulta necesario, cualquier norma estatal opuesta, aunque sea posterior a la comunitaria, y que está obligado a hacerlo sin aguardar a que en el derecho interno aquella norma opuesta quede derogada o reformada.²⁶

27. Para coordinar este esbozo jurisprudencial con otros principios que rigen en el derecho comunitario resaltamos que ningún órgano y ninguna institución de la comunidad europea -ni siquiera el Tribunal de Justicia- invisten competencia para anular o derogar actos o normas del derecho interno de los estados miembros. Aquí es donde se intercala el deber del juez interno de inaplicar actos o normas del derecho interno que son incompatibles con el derecho comunitario. Por otra parte, el tribunal comunitario -al igual que los tribunales supraestatales de los sistemas de derechos humanos- no juzga ni interpreta normas del derecho interno de los estados y, por ende, no examina si una norma interna que se opone al derecho comunitario está o no de acuerdo con la constitución del estado.

25 Hasta la década de los sesenta, la jurisprudencia comunitaria fue rígida en el mantenimiento del principio de que el derecho comunitario no se invalida a causa del derecho interno, así éste sea el de la constitución.

26 En el caso “San Michele” del año 1965 el tribunal comunitario no admitió dilatar su sentencia hasta tanto el Tribunal constitucional de Italia dictara la suya acerca de la validez de disposiciones del tratado CEEA, porque alegó que la postergación implicaría aceptar que el derecho comunitario se aplica a reserva de lo que establecen las constituciones estatales, afirmación con la que se da por cierto que la uniformidad aplicativa del sistema comunitario no puede desvirtuarse con la pluralidad de ordenamientos internos de las partes que lo integran.

En España, el Tribunal Constitucional en sentencia del 14 de febrero de 1991, consideró que el juez español se halla habilitado para inaplicar una norma interna de rango inferior a la constitución cuando contradice a una norma comunitaria, sin tener que esperar su derogación formal.

28. Este desentendimiento del derecho interno (constitucional) de los estados con que se manejan el derecho comunitario y la jurisdicción supraestatal que lo tiene a su cargo es el que puede irrogar desajustes en materia de derechos emergentes de la constitución de un estado miembro. La manera de evitarlos o superarlos consiste, a nuestro entender, en dar por incluido en el derecho comunitario el principio protectorio de los derechos humanos con el añadido de que no sea inferior al discernido por la constitución, con lo que el derecho comunitario debería acudir al derecho interno si ese nivel de protección fuera mayor en la constitución. De todos modos, no se adelantaría demasiado hasta que fuera el mismo tribunal comunitario el que, en la aplicación del derecho comunitario, se guiara por el parámetro de la *mayor tutela*, y acudiera al derecho interno (constitucional) cuando éste proveyera ese máximo.

29. Para arribar a ese punto, se nos vuelve a reaparecer la relación intrajerárquica de la siguiente forma:

a) el derecho internacional de los derechos humanos ha de tener primacía sobre el derecho comunitario con el siguiente alcance: a^I) en cuanto contiene un *mínimo garantista*, este mínimo obliga al derecho comunitario, y a^{II}) en cuanto para ampliarlo da recepción a una *mayor tutela* proveniente del derecho interno de los estados, también deriva hacia el derecho comunitario el respeto y reconocimiento del plus constitucional;

b) el derecho comunitario así situado por debajo del sistema de derechos de fuente doble (internacional e interna) recibe desde cada una de esas fuentes un techo prelatorio que lo subordina; b^I) no ha de rebajar el mínimo protectorio del derecho internacional de los derechos humanos, y b^{II}) debe asumir los acrecimientos que encuentran origen en el derecho interno de los estados;

c) el derecho comunitario, por aplicación del principio "*pro homine*" tantas veces ya citado, está en condiciones de *superar* a su vez al sistema garantista de doble fuente que lo sujeta para impedirle disminuirlo.

Tales cánones orientativos no se satisfacen con el simple recaudo de normas que, haciendo confluir al tratado de derechos humanos y al tratado de integración, prescriban la homogeneidad coordinada entre ambos. Precisan como broche de atadura que esa homogeneidad halle cauce garantista en los dos sistemas jurisdiccionales supraestatales, para lo cual nuestra propuesta de *lege ferenda* puede ser interesante. A su tiempo la delinearemos.

30. Algunas pautas del derecho comunitario que se relacionan con el sistema de derechos, son las siguientes: a) Sus normas pueden crear derechos y deberes; b) tales derechos y deberes se hacen exigibles a todos los órganos gubernamentales de los estados, y en las relaciones entre particulares; c) cuando los derechos reconocidos por el derecho comunitario no reciben la debida aplicación en el derecho interno, la aludida exigibilidad de su cumplimiento es oponible a los poderes públicos, incluso los tribunales estatales, mediante toda vía recursiva de índole ad-

ministrativa o jurisdiccional existente, debiendo dejarse de lado las normas procesales internas que bloquean o dificultan la protección de los derechos;²⁷ d) ello es consecuencia del principio básico que prescribe al juez interno interpretar el derecho interno a la luz del derecho comunitario; e) el estado parte debe adoptar las medidas conducentes para la efectividad del derecho comunitario, de forma que las personas tengan disponible el acceso a los tribunales internos para invocar sus derechos; f) las normas destinadas a aplicarse entre particulares han de contar con efecto útil para los interesados. En este sentido, al igual que los tratados de derechos humanos, el derecho comunitario también tiene como destinatarios a los nacionales de los estados miembros del sistema, porque se integra al derecho interno y hace parte de él sin extraviar su fuente y su naturaleza internacionales.

31. Desde antes de Maastricht es posible rastrear la bastante conflictiva relación entre el derecho comunitario por un lado, y el derecho constitucional más los derechos humanos por el otro.²⁸

a) *En España*, sentencias de su Tribunal Constitucional del año 1991 sostuvieron que, a la luz de la constitución española, las normas comunitarias no están dotadas de rango y fuerza constitucionales, y que la eventual infracción a dichas normas tampoco convierte a la cuestión en un litigio constitucional de los que pueden provocar la competencia del mencionado Tribunal Constitucional.²⁹ No obstante, dicho tribunal ha admitido en los niveles infraconstitucionales del derecho español la primacía del derecho comunitario en las materias exclusivamente circunscriptas a la competencia del referido derecho comunitario.

b) *En el derecho italiano y en el alemán*, no se hizo difícil inducir de la jurisprudencia de sus tribunales constitucionales el criterio de que ellos eran instancia última de control en materia de derechos fundamentales, aunque a veces compartida o concurrente con la supraestatal del derecho comunitario. Cabe, a su modo, una comparación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España que, en sentencia n° 64 de 1991, aseveraba que la transferencia

27 Ello concilia con la pauta según la cual el derecho a la tutela judicial de los derechos reconocidos por el derecho comunitario no admite obstáculo alguno en el derecho interno de los estados.

28 “La protección de los derechos y las libertades fundamentales constituye, sin lugar a dudas, el elemento más problemático en el marco de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno, especialmente en aquellos estados miembros que disponen de una jurisdicción constitucional concentrada” (Mangas Martín Araceli y Liñán Noguera Diego J., “Instituciones y derecho de la Unión Europea”, Madrid, 1996, p. 528).

Una opinión que supera el eventual conflicto entre el derecho comunitario y la constitución de los estados en materia de derechos ha sido dada por el presidente del tribunal comunitario Rodríguez Iglesias, al afirmar que el derecho comunitario asume como elemento propio los principios constitucionales comunes a los estados miembros y, en especial, los relativos a la protección de los derechos fundamentales de la persona (*cit. por Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñán Noguera*, “Instituciones y derecho de la Unión Europea”, Madrid, 1996, p. 430).

29 Ver el trabajo de Luis Aguiar de Luque, “La incorporación de España a las Comunidades Europeas. Problemas constitucionales y jurisprudencia constitucional”, separata de “L’Adhésion de L’Espagne et du Portugal à la CEE”, Maison des Pays Ibériques, Université Michel de Montaigne-Bordeaux III, s/f.

de competencias internas a organismos supraestatales no exime a los órganos gubernamentales españoles de su sujeción al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones contraídas frente a aquellos organismos supraestatales, porque también en este caso siguen sometidos como poder público a la constitución y al resto del orden jurídico español. De ahí que le incumba a la jurisdicción constitucional interna la tutela de los derechos fundamentales que pueden resultar lesionados por actos del poder público (interno) que se cumplen en ejecución del derecho comunitario. (De esta pauta surge que lo que se somete a control constitucional interno no es el derecho comunitario en sí mismo, sino el acto o la norma de autoridad española que resulta aplicación o ejecución del derecho comunitario en jurisdicción interna).

Lo hasta acá dicho demuestra el empeño de las jurisdicciones internas en preservar los derechos que tienen base en la constitución del estado pero, a la vez, hace necesario buscar la coordinación que, entre derecho comunitario y derecho interno, confiera homogeneidad al sistema de derechos en ambos y, sobre todo, estructure un sistema de control que, a más de eficaz, evite el conflicto entre el juez interno y el juez comunitario.

32. Una rápida ojeada a las etapas evolutivas que ha transitado el problema de los derechos humanos en el área del derecho comunitario y del respectivo tribunal europeo nos proporciona ahora la conexión que completa el panorama.

Sabemos que no fue objetivo de las instituciones comunitarias la protección de los derechos humanos, y que los tratados originarios no muestran un catálogo de derechos. La alusión que aparece en el tratado de la Unión Europea en 1992, y la inserción de los derechos en el ámbito de los principios del derecho comunitario ha sido, pues, tardía. No obstante, es cierto que las finalidades del derecho comunitario en lo económico, lo fiscal, lo aduanero, lo monetario y lo técnico, presentan bisagras de intersección con numerosos derechos personales. De ahí nuestro empeño en trazar una relación intrajerárquica en el derecho internacional para sentar la prelación del derecho internacional de los derechos humanos por sobre el derecho de la integración comunitaria.

De todos modos, es verdad -y es bueno que así sea- que el sistema de derechos deriva de otra fuente distinta al derecho comunitario, que es el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno (constitucional) de los estados miembros. Que la fuente sea ajena al derecho comunitario suministra base para predicar la subordinación que este último le debe a los derechos humanos.

33. a) Un primer ciclo jurisprudencial del tribunal comunitario³⁰ ha sido considerado

³⁰ Buenas descripciones pueden encontrarse en Petrovich Alexander, "La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El protagonismo de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano. La Unión Europea y los derechos fundamentales", *El Derecho* 1/XII/95, "Los derechos fundamentales en la relación entre el derecho comunitario y el ordenamiento nacional", *Revista Andaluza de Administración Pública*, N° 13, enero-febrero-marzo 1993.

como *inhibicionista* o *pasivo*, en el sentido de que el tribunal se desentendía del problema de los derechos humanos; el argumento (verdadero, por cierto) radicaba en que no hacían parte de su materia, pero el error consistía en descartar en su esfera la protección que se les debía por imperio de otra fuente superior a la comunitaria y conexas con ésta. En esta fase, no se acogían demandas para la protección de los derechos que, dentro del derecho comunitario, se pretendía alegar con sustento en normas constitucionales de los estados. El tribunal comunitario resultaba, por ello, incompetente.

b) En la siguiente etapa, el tribunal comunitario pudo avanzar merced a la aplicación de la tesis que integró a los derechos y a los principios fundamentales del derecho europeo dentro de los principios del derecho comunitario.³¹ Después de que en algunos casos de los años 1959 y 1960 declinó todo pronunciamiento sobre normas de derecho interno de los estados, incluso de rango constitucional, concedió tímidamente que el tribunal se podía inspirar eventualmente en ellas para detectar la expresión de un principio general de derecho, susceptible de tomarse en consideración para la aplicación del tratado (caso Oficina de venta de carbón del Rhur - Alta Autoridad del 15 de junio de 1960).

De todos modos, esta segunda etapa no caló hondo en la tutela de los derechos y, a lo sumo, hizo atisbar que engarzado con la primacía del derecho comunitario había un bloque de principios generales en los que se perfilaban los derechos fundamentales.

c) En noviembre de 1969 puede situarse la fecha de inicio de la fase proteccionista con el caso “Stauder”.³² Se ha comentado que a partir de él los principios generales serían el continente, y los derechos serían su contenido,³³ porque el tribunal comunitario afirmaba que él aseguraba el respeto a los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del derecho comunitario. Adviene a fines de 1970 la sentencia del caso “Internationale Handelsgesellschaft”, que una parte de la doctrina controvierte porque mientras ratifica que las normas comunitarias sólo pueden apreciarse en función del derecho comunitario, sin tolerar que su validez se vea afectada por alegatos de violación a derechos que constan en la constitución de los estados miembros, reitera a la vez que la salvaguarda de aquellos derechos ha de ser asegurada en el marco de la estructura y los objetivos de la comunidad.

d) La progresión da un paso fuerte en la sentencia del 14 de mayo de 1974 en el caso “Nold”.³⁴ Allí afirma el tribunal comunitario que los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos a los que los estados miembros han cooperado o adherido pueden proporcionar indicaciones que conviene tomar en cuenta en el marco del derecho comunitario. Vemos, pues, que se hace alusión a los tratados de derechos humanos en paralelismo con el tra-

31 Cf. Ara Pinilla Ignacio, “Las transformaciones de los derechos humanos”, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 38.

32 Remitimos a la nota 30.

33 Cf. Robles Morchón Gregorio, “Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea”, Ed. Ceura, Madrid, 1988, p. 57.

34 Remitimos a la nota 30.

tado de integración, lo que es bueno para poner en contacto a ambos sistemas, hasta el extremo de que en el mismo caso “Nold” se adelanta que en su función garantista de los derechos el tribunal no podría admitir medidas incompatibles con los que reconocen las constituciones de los estados. Tal pauta se nos hace útil para propiciar la superior jerarquía de los tratados de derechos humanos y del sistema constitucional de derechos en relación con el derecho comunitario.

Este standard máximo de protección a los derechos vale para afianzar nuestra tesis de que el derecho interno (constitucional) es fuente de derechos en el ámbito del derecho comunitario.³⁵

El caso “Hauer”, de 1979, da seguimiento a la doctrina del caso “Nold” pero, a continuación, cierta doctrina interpreta una declinación que permitiría hablar de menor nivel protectorio en el caso “National Panasonic”, de junio de 1980.

Mucho después en la sentencia del caso Borelli, del 3 de diciembre de 1992, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que un acto de trámite o preparatorio en el procedimiento de concesión de subvenciones que en el derecho interno (en el caso, italiano) carecía de recurso impugnatorio debía, no obstante, contar con él en el régimen de justicia del estado, decisión que, a su modo, parece conceder desde el derecho comunitario una protección mayor que la discernida por el derecho interno.

IX

34. Juzgamos conveniente que después de los anteriores bosquejos, retornemos a la jurisprudencia de algunos tribunales internos de la jurisdicción constitucional para averiguar si se ha ido logrando una armonización en el engranaje con la jurisprudencia comunitaria.

a) *En Italia*, su Tribunal Constitucional había comenzado sosteniendo que en caso de oposición entre el derecho comunitario y el derecho local, el juez interno tenía que aguardar la declaración de inconstitucionalidad de la ley para, recién después, poder aplicar la norma comunitaria incompatible con dicha ley. No obstante, este criterio del año 1975 fue subsanado casi diez años más tarde, cuando en 1984 el mismo tribunal, en el caso “Granital”, acogió el lineamiento de los casos “Simmenthal” y “Murphy”, en los que el tribunal comunitario había afirmado que el descarte inaplicativo de normas internas en colisión con normas comunitarias obligaba al juez interno sin necesidad de que, previamente, se eliminara en el derecho interno la norma contraria a la comunitaria.

Aun así, el tribunal italiano retuvo el principio de que la tutela de los derechos no forma

³⁵ Cf. López Garrido Diego, “Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo”, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 128.

parte de las competencias transferidas al sistema comunitario si es que en él va a rebajarse el nivel protectorio, todo ello porque si bien la ley interna no ha de interferir en la esfera específica del derecho comunitario, las limitaciones a la “soberanía” del estado no son hábiles para validar violaciones a los principios fundamentales del ordenamiento constitucional italiano. De esta manera, la doctrina del Tribunal Constitucional del caso “Frontini”, de 1973, parece sobrevivir en la pauta de que el sistema comunitario sólo significa un *reparto de competencias* entre cada estado miembro y la comunidad, dentro de la dualidad de ordenamientos jurídicos autónomos y diferentes, aunque coordinados entre sí. En 1989, en el caso “Fragd”, el Tribunal Constitucional ratifica que Italia no tolera la aplicación de normas comunitarias que infringen principios fundamentales de la constitución concernientes a la protección de los derechos humanos.

b) *En Alemania* se conocen los dos casos “Solange” (Solange I, de 1974, y Solange II, de 1986) fallados por el Tribunal Constitucional Federal. En “Solange I” se rescata la idea de que la primacía del derecho comunitario en el derecho interno no alcanza para subordinar a la constitución en sus elementos esenciales, como son los derechos fundamentales. Para protegerlos, el Tribunal Constitucional no inhibe su competencia, en cuyo ejercicio no juzga la validez de las normas comunitarias pero sí puede decidir su aplicabilidad o su inaplicación, hasta el extremo de declarar inconstitucional el acto estatal dirigido a cumplir una norma comunitaria opuesta a la constitución.³⁶

El giro jurisprudencial alemán se produce con la sentencia de 1986 en el caso “Solange II”. En él se reconoce que el tribunal comunitario dispensa una tutela de los derechos análoga a la impuesta por la entonces ley fundamental de Bonn, y anuncia que en lo sucesivo el Tribunal Constitucional no ejercerá competencia jurisdiccional ni control en materia de normas comunitarias. De todos modos, nos queda la impresión de que esta declinación de juzgamiento se condiciona a que la comunidad otorgue un *standard* protectorio de los derechos que resulte comparable al constitucional alemán.

Más allá de estos sesgos en la jurisprudencia interna, se advierte en el sistema comunitario europeo un control de “comunitariedad”³⁷ en materia de derechos, que podría asimilarse al control interno de constitucionalidad. Más que verificar el resultado favorable o no de cada decisión del tribunal comunitario de Europa, es útil recordar una serie de casos en los que se hizo cargo de alegaciones sobre eventuales violaciones de derechos. Así, los casos “Johnston”, de 1986; “Heylens”, de 1987; “Francovich c/República Italiana” y “Bonifaci c/República Italiana”, ambos de 1991; “The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c/Stephen Gro-

³⁶ Cf. Sánchez Legido Angel, “Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año XI, N° 33, septiembre-diciembre 1991.

³⁷ La expresión pertenece a Mar Jimeno Bulnes, “El ordenamiento jurídico comunitario; la necesidad de su uniforme interpretación y apreciación de validez”, *Separata de “Estudios sobre el ordenamiento jurídico español”*, Universidad de Burgos (con motivo de la conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho), p. 432.

³⁸ Nos basamos en el trabajo de Aída Kemelmajer de Carlucci, “El juez frente al derecho comunitario”, *El Derecho*, T. 148, p. 825.

gan”, también de 1991, etc.³⁸

La paulatina inoculación intracomunitaria de los derechos humanos no desmiente la noción liminar de que su protección no es objetivo propio del derecho comunitario del sistema comunitario, pero revela que la jurisprudencia comunitaria se preocupa por cumplir lo que venimos llamando prelación o primacía de los derechos dentro del marco comunitario, en cuanto deber de reconocerlos, respetarlos y no infringirlos.

X. SÍNTESIS CONCLUSIVA DE LA RELACIÓN INTRAJERÁRQUICA

35. Proponemos el siguiente bosquejo:

a) En el derecho internacional hay *relaciones intrajerárquicas*, lo que significa que no todas sus normas se hallan a un mismo nivel; la consolidada tesis del *ius cogens* puede servir de respaldo.

b) A los fines de nuestro estudio sobre los derechos humanos, sugerimos dos niveles: en el superior, el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto piso mínimo; por debajo de él, el derecho de la integración comunitaria.

c) Como el derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto mínimo exigible, da recepción para su acrecimiento al derecho interno (constitucional), el bloque del sistema de derechos que subordina intrajerárquicamente al derecho comunitario se compone de los derechos contenidos en el derecho internacional más los que hallan fuente en la constitución de los estados miembros.

d) Tanto en la confluencia del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho interno (constitucional) y con el derecho comunitario, cuanto en la realimentación que se opera entre los tres ordenamientos, el principio “*pro homine*” abre la opción para escoger la norma más favorable a la persona humana y al sistema de derechos, por lo cual también el derecho comunitario dispone de semejante alternativa para elevar el nivel protectorio de los derechos dentro del marco del sistema de integración comunitaria.

e) La antedicha opción no desmiente la *primacía* que ostenta el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto funciona como mínimo exigible para el derecho interno y para el derecho comunitario porque, precisamente, habilita un posible máximo protectorio en el derecho interno y en el derecho comunitario.

f) La primacía del derecho comunitario respecto del derecho interno solamente es aplicable en el *marco del derecho comunitario y de sus objetivos y finalidades*, dentro del cual *no* hace parte el sistema de derechos (de doble fuente: internacional e interna), no obstante que obliga a su respeto y reconocimiento por el derecho comunitario, y proporciona la opción para

que éste lo incremente.

g) Todo ello implica que ninguno de los tres ordenamientos (el internacional de los derechos, el constitucional interno, y el comunitario) puede desconocer, negar, o violar *mejores derechos* que emanan de cualesquiera de las otras fuentes.

h) En las relaciones intrajerárquicas que venimos explicando, el derecho interno (constitucional) se vuelve inviolable a condición de que no se oponga al mínimo establecido por el derecho internacional de los derechos humanos, y/o de que resulte más amplio que éste y/o que el derecho comunitario.

i) La pregunta acerca de si la primacía del derecho internacional en materia de derechos humanos es una “supremacía” prelatoria o es una opción, se contesta así: i¹) el derecho internacional de los derechos humanos goza de supremacía respecto del derecho interno y del derecho comunitario en cuanto funciona como un mínimo protectorio y, en ese nivel, no admite ser violado; pero es opción en cuanto reenvía a otra fuente cuando, según el principio “*pro homine*”, esa otra fuente proporciona una norma y un resultado más favorables; i¹¹) la primacía del derecho comunitario se circunscribe al ámbito de fines y objetivos propios de él, por lo que su inserción en la relación con el derecho interno y con el derecho internacional de los derechos humanos presupone que no se la ha transferido el sistema de derechos (de fuente doble: internacional e interna) a su área de competencia, y que el mismo sistema le es ajeno y obligatorio en cuanto no puede ignorarlo, negarlo o infringirlo debido a su supremacía, pero puede mejorarlo maximizándole el nivel protectorio.

j) El sistema internacional de derechos humanos y el sistema comunitario han de prever armónicamente su convergencia para el funcionamiento homogéneo de todos los principios hasta aquí expuestos, y han de coordinar sus potestades jurisdiccionales para darles efectividad protectoria, y evitar con eficacia eventuales conflictos en su ejercicio.

k) La interpretación jurisprudencial de los tribunales propios del sistema internacional de derechos humanos y del derecho comunitario -presupuesta la coordinación armónica y coherente a que aludimos en el anterior inc. j) para su integración aditiva- ha de considerarse

39 Sin entrar acá al tema de la jurisprudencia (o derecho judicial) como fuente del derecho -que para nosotros lo es- no es ocioso recordar que el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al enunciar que su función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le son sometidas, incluye las decisiones judiciales que, por supuesto, son las internacionales. En cuanto a la jurisprudencia de los tribunales estatales, bien cabe opinar que reviste capacidad de crear costumbre internacionales y de dar expresión a los denominados “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. (Tanto la costumbre como los referidos principios aparecen también consignados en el citado art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional y la Comisión de Derecho Internacional en su informe de 1950 menciona entre los elementos de la costumbre a la decisiones de los tribunales nacionales).

La jurisprudencia internacional ha de ser asumida, utilizada y, en alguna medida, objeto de seguimiento y aplicación por parte de los tribunales de los estados que son parte de un sistema internacional de derechos humanos y/o de un sistema de integración comunitaria, cada vez que en jurisdicción interna tie-

incorporada a cada uno de los conjuntos normativos de los dos sistemas.³⁹

1) La progresividad del sistema de derechos hace muy recomendable la ampliación elástica de la *legitimación procesal* que permita a los *particulares* afectados el acceso eficaz a la tutela judicial en cada sistema internacional jurisdiccional y en el sistema interno de los estados, conforme a las vías arbitradas en ellos, más similar legitimación para instar al juez interno al planteo de las cuestiones prejudiciales ante los tribunales supraestatales competentes y, en caso de negativa, para acudir directamente a ellos.

XI. PROPUESTA NORMATIVA

36. Como esbozo mínimo tendiente a facilitar la articulación y el funcionamiento aplicativo de los principios sintetizados en la precedente síntesis, pensamos que un “tratado-modelo” podría incorporar el siguiente esquema normativo:

1. El derecho comunitario prevalece sobre el derecho interno en aquellas cuestiones que, de conformidad con el presente tratado, son de su competencia.

2. El sistema de derechos no integra dichas competencias, ni debe considerarse transferido a los órganos comunitarios por los estados parte en este tratado, si con ellos se disminuye el nivel de protección mínimo.

3. El derecho comunitario acatará como principio general del derecho internacional con calidad de “*ius cogens*” el respeto y la defensa de los derechos humanos, a tenor de las siguientes pautas:

3.1. Con respecto a los estados que, además de integrarse en la forma prevista por el tratado, forman parte de un sistema internacional de derechos humanos, el derecho comunitario acatará lo que establecen la constitución de dichos estados y los tratados de derechos humanos que los vinculan, adoptando en todos los casos la norma que resulte más favorable al sistema de derechos, sin perjuicio de que el derecho comunitario ofrezca un mejor nivel de protección.

3.2. Con respecto a los estados que, sin formar parte de un sistema internacional de derechos humanos, se integren en la forma prevista por este tratado, el derecho comunitario acatará lo que establece su constitución. (El complemento de esta propuesta normativa se formula en el párrafo 39).

nen que aplicar e interpretar normas correspondientes a dichos sistemas. Desde hace unos años, la Corte Suprema de Justicia argentina se ha valido del parámetro indicado. (Para lo dicho en este último párrafo de la presente nota, ver: Hitters Juan Carlos, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la constitución”, *El Derecho* 24/X/95; Travieso Juan Antonio, “La jurisprudencia en el derecho internacional”, *La Ley*, 8/VII/97).

La aproximación normativa que hemos intentado recobra el sentido que desde el comienzo señalábamos: cuando un tratado que da origen a un sistema internacional de derechos humanos no queda inicialmente coordinado con un tratado de integración comunitaria y los estados miembros de uno y otro sistema son los mismos -total o parcialmente-, se hace dificultoso lograr después las convergencias. El ideal sería que, originariamente, ambos sistemas nacieran simultáneamente y, de no ser así, que posteriormente los dos tratados recibieran las modificaciones necesarias.

37. Es de recordar que, a su modo, se ha dado en Europa el intento de que la Unión Europea (después de Maastricht) se hiciera parte del sistema de derechos humanos establecido por el Tratado de Roma de 1950. La adhesión fue objeto de una solicitud de opinión que requirió el Consejo de la Unión Europea al Tribunal de Justicia de Luxemburgo y que dio lugar a su Opinión 2/94 del 28 de marzo de 1996; el Tribunal emitió su opinión en el sentido de que en el estado actual del derecho comunitario, la Comunidad no tenía competencia para adherir a la Convención de Roma de 1950. Los argumentos desarrollados nos confirman la idea de las dificultades existentes para ensamblar un sistema internacional de derechos con un sistema comunitario, problema que -a nuestro juicio- deriva a otro mucho más intrincado, cual es el de correlacionar las potestades jurisdiccionales de los respectivos tribunales de cada sistema.

De todos modos, el Tribunal de Luxemburgo desplegó argumentos favorables a la protección y salvaguarda de los derechos en el derecho comunitario, afirmando que la necesidad de esa protección venía afirmada por la jurisprudencia, no obstante reconocer que el tratado comunitario de Maastricht no confiere a la comunidad un poder de acción específica en materia de derechos humanos.

Es cierto que la misma Opinión del Tribunal de Luxemburgo apela a la del Consejo, en el sentido de que la protección de los derechos se desprende de un principio horizontal que constituye parte integrante de los objetivos comunitarios; y menciona normas del tratado que aluden al respeto de esos mismos derechos -así, el preámbulo, y los artículos F,2; J; K; 130 U- pero en definitiva omite pronunciarse expresamente sobre la adhesión al Convenio de Roma porque despacha la cuestión apoyándose formalmente en la ausencia de competencia para hacerlo.

Esta falta de competencia que vuelve inhibitoria la adhesión quizá se sustentaría, además, en la tesis que a la Unión Europea le niega el carácter de sujeto con personalidad jurídica internacional,⁴⁰ distinta y separada de la que ostenta cada uno de los estados y de cada una de las comunidades que son parte en el sistema comunitario unificado en Maastricht.

40 Cf. Mangas Martín Araceli y Liñán Noguera Diego J., "Instituciones y derecho de la Unión Europea", Madrid, 1996, p. 41. Los autores sostienen que la Unión Europea no es una nueva organización internacional y que las tres organizaciones existentes (CECA, CEE y CE) conservan por separado su carácter de sujetos de derecho internacional.

En definitiva, el cierre de esta primera parte de nuestro comentario corrobora que, aun cuando en la comunidad europea existe un tribunal con jurisdicción, a la par que el de Estrasburgo en el ámbito del sistema de derechos amparado por el Tratado de Roma, el engarce coordinado y convergente de las facultades jurisdiccionales que inviste cada órgano judicial por separado, no cuenta por el momento con un horizonte de posible admisión.

Ello nos lleva a diagramar escuetamente en la parte siguiente la sugerencia que proponemos de *lege ferenda*.

SEGUNDA PARTE

XII

38. Es osado intentar que la integración aditiva del sistema internacional de derechos humanos y el sistema comunitario desplace el control de las relaciones intrajerárquicas que hemos procurado descubrir, a una *única instancia judicial final*, de manera que el tribunal comunitario tuviera que requerir al del sistema internacional de derechos un pronunciamiento en cada caso que pusiera bajo interpretación y aplicación al sistema de derechos en el área del derecho comunitario.

Nos figuramos que así como el juez interno y el juez comunitario entablan una especie de “diálogo” mediante el reenvío que el primero hace al segundo de una cuestión prejudicial que versa sobre la interpretación o la validez del derecho comunitario, el tribunal comunitario habría de elevar al tribunal supraestatal de derechos humanos -también en forma prejudicial- toda cuestión en la que ese tribunal comunitario hubiera de juzgar normas del sistema internacional de derechos para interpretarlas o aplicarlas a la luz del derecho comunitario en el marco organizacional donde éste rige. No somos partidarios de que el tratado de integración comunitaria, o acaso el derecho comunitario derivado, contengan un catálogo de derechos, porque creemos que el sistema de derechos es propio del derecho internacional de derechos humanos y del derecho interno (constitucional). Al sistema comunitario le basta con formular algunas pautas axiales de remisión, al modo como lo hace el Tratado de Maastricht pero, eso sí, previendo la instrumentación aplicativa en su ámbito del sistema de derechos que es oriundo de las otras dos fuentes citadas. Lo que hace falta es la bisagra unitiva que, para asegurar la prelación de las fuentes que abastecen al sistema de derechos, entable el nexo entre las potestades jurisdiccionales del sistema internacional de derechos y las del tribunal comunitario. Como tanto en Europa cuanto en el Acuerdo de Cartagena en América es conocido el reenvío de prejudiciabilidad que vincula al juez interno con el juez comunitario, nuestra propuesta se ha inspirado en un mecanismo similar para vincular al juez comunitario con el órgano jurisdiccional del sistema su-

praestatal de derechos humanos.

XIII. PROPUESTA NORMATIVA

39. El tratado de derechos humanos y el de integración comunitaria habrían de complementar la fórmula normativa tentativamente sugerida en el párrafo 36, con un texto que aproximadamente podría formularse así:

1. El tribunal de derecho comunitario debe elevar (de oficio o a petición de parte interesada) como cuestión prejudicial al tribunal de derechos humanos, el problema de la eventual violación por el derecho comunitario de un derecho emergente del tratado de derechos humanos, y el tribunal de derechos humanos emitirá su pronunciamiento, con efecto vinculante, acerca de la interpretación o la validez de las normas comunitarias a la luz del sistema de derechos con fuente internacional, integrando a ésta la fuente interna del estado o los estados que sean parte en el caso.

BREVE BIBLIOGRAFÍA AMPLIATORIA NO CITADA EN LAS NOTAS

Albanese Susana, "Derechos Humanos (Estudio de casos y Opiniones Consultivas)", Editorial de Belgrano, 2 tomos, Bs. As., 1997.

Ayala Corao Carlos M., "El Derecho de los derechos humanos (La convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos)", *El Derecho*, 9/XII/94.

Castorina de Tarquini María Celia, "Federalismo e integración", Editorial Ediar, Bs.As., 1997.

Ekmekdjian Miguel Angel, "Introducción al derecho comunitario latinoamericano", Editorial Depalma, Bs. As., 1994.

Fix-Zamudio Héctor, "Reflexiones comparativas sobre las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos", en el libro colectivo "Gobernabilidad democrática y derechos humanos", Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela, 1997.

Gutiérrez Posse Hortensia D.T., "Principios generales del derecho internacional de los derechos humanos", *El Derecho*, 10/VII/95.

Kemelmajer de Carlucci Aída, "Nuevamente sobre el juez nacional frente al derecho comunitario", *La Ley*, 11/VII/97.

De autores varios (Augusto Mario Morello, coordinador), "El Mercosur", Librería Editora Platense, La Plata, 1993.

De autores varios (Eve Rimoldi de Ladmann, coordinadora), "Mercosur y Comunidad Europea", Edicio-

LA ACCIÓN DE AMPARO CONTRA LEYES Y DEMÁS ACTOS NORMATIVOS EN EL DERECHO VENEZOLANO

Allan R. Brewer-Carías^(*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNOS ANTECEDENTES DEL DERECHO COMPARADO. 1. Sistemas que admiten la acción de amparo contra leyes. 2. La exclusión de las leyes del ámbito de amparo. III. NATURALEZA SUSPENSIVA DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONTRA LEYES. IV. LA AMPLITUD DEL CONTROL EN LA LEY ORGÁNICA Y LA TENDENCIA RESTRICTIVA DE LA JURISPRUDENCIA. V. LA TERGIVERSACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL AMPARO CONTRA LEYES. VI. EL TEMA DE LOS ACTOS DE EJECUCIÓN O APLICACIÓN DE LAS LEYES Y LA NEGACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL AMPARO CONTRA LEYES. VII. EL AMPARO CONTRA NORMAS FRENTE A LA AMENAZA DE VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LA RESTRICCIÓN JURISPRUDENCIAL.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo al artículo 3° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988¹

También es procedente la acción de amparo cuando la violación o amenaza de violación deriven de una norma que colida con la Constitución. En este caso, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá apreciar la inaplicación de la norma impugnada y el Juez informará a la Corte Suprema de Justicia acerca de la respectiva decisión.

^(*) Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Venezuela. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 34.060 de 27-9-88.

Quizás de las instituciones más novedosas que trae la Ley Orgánica se refiere a este denominado “amparo contra normas” que viene a perfeccionar y completar nuestro sistema de control de la constitucionalidad de las leyes en Venezuela.

En efecto, en el sistema venezolano, el control de la constitucionalidad de las leyes se ha considerado, comparativamente hablando, como un sistema de control mixto o integral,² en el cual conviven el *control concentrado* de la constitucionalidad que se ejerce ante la Corte Suprema de Justicia por vía de acción popular, y conforme a la cual la Corte tiene poderes para anular, *erga omnes* la ley impugnada; y el control difuso de la constitucionalidad, conforme al cual y de acuerdo al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, cualquier juez tiene poder para juzgar de oficio o a petición de parte, al decidir cualquier proceso, la constitucionalidad de una ley e inaplicarla, en el caso concreto, con efectos *inter partes*.

A este sistema mixto de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos, la Ley Orgánica de Amparo viene a agregar un tercer sistema de control, que en ciertos aspectos se puede asimilar al denominado en México “amparo contra leyes”³ y que permite el ejercicio del control de la constitucionalidad de las leyes por los jueces, cuando conozcan de una acción de amparo ejercida contra una ley o un acto normativo que en forma directa e inmediata viole o amenace violar un derecho fundamental, y que por tanto, colida con la Constitución.

II. ALGUNOS ANTECEDENTES DEL DERECHO COMPARADO

La institución fue inspirada en el amparo contra normas que establecía la ley peruana de amparo antes de la reforma de la Constitución de 1992,⁴ y que existe en Guatemala, Honduras y Costa Rica.⁵

En Alemania también se admite el amparo contra leyes autoaplicativas, es decir, contra las normas que causan perjuicio al recurrente con motivo de su entrada en vigor, sin que sean necesarios actos concretos de aplicación,⁶ y en España comienza a abrirse paso jurisprudencialmente la figura del amparo frente a leyes.⁷

2 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1995; *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo VI, Justicia Constitucional*, Caracas, 1996.

3 Véase Héctor Fix-Zamudio, “Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, UNAM, N° 37, 1960, pp. 11 a 39.

4 Véase en general, Samuel B. Abad Yupanqui, “El amparo contra leyes” en *Comisión Andina de Juristas, Lecturas Constitucionales Andinas*, N° 3 Lima, 1994, pp. 129 a 152.

5 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales. (Una aproximación comparativa)* Caracas, 1993 pp. 115 y sigts.

6 *Idem.*, p. 117.

7 Véase Ignacio Borrajo Iniesta, “Amparo frente a leyes”, *Revista de Administración Pública*, N° 98, Madrid, 1982, pp. 167 y sigt.

En todo caso, interesa precisar con algún detalle la situación de esta institución en el derecho comparado, para entender adecuadamente su regulación en Venezuela; para lo cual analizaremos los sistemas que admiten la acción de amparo contra leyes y los que no la admiten.⁸

1. *Sistemas que admiten la acción de amparo contra leyes*

El juicio de amparo en México procede, en primer lugar, contra las leyes y actos normativos contrarios a la Constitución, dando lugar a un medio judicial de control de la constitucionalidad de las leyes que puede ejercerse en forma directa contra las mismas, sin que se requiera acto administrativo o judicial alguno de ejecución o aplicación de la ley. Se ejerce ante las Cortes de Distrito, siendo los agraviantes en estos casos, los órganos supremos del Estado que intervinieron en el proceso de formación de la ley, es decir, el Congreso de la Unión o las legislaturas de los Estados que sancionaron la Ley; el Presidente de la República o los Gobernadores de los Estados que pusieron el ejecútese a la Ley y los Secretarios Ejecutivos que la refrendaron y ordenaron su promulgación. En estos casos, las decisiones de las Cortes Federales de Distrito son revisables por la Corte Suprema de Justicia.

En esta forma, el amparo contra leyes en México, es un medio directo de control de la constitucionalidad de las mismas, aun cuando no planteada en forma abstracta, ya que el accionante debe haber sido lesionado directamente por la norma, sin necesidad de que exista otro acto estatal de ejecución de dicha ley. Por ello, el objeto del amparo contra leyes lo constituyen leyes que con su sola puesta en vigencia puedan causar un perjuicio directo y personal al accionante. Por ello, en relación a las leyes autoaplicativas, la acción debe intentarse dentro de los 30 días siguientes a su puesta en vigencia o dentro de los 15 días siguientes a la emisión del primer acto de ejecución de la ley.

En la decisión judicial correspondiente, el juez no puede formular declaraciones generales respecto de la Ley, pues la misma, destinada a proteger a los particulares, sólo puede tener efectos *inter partes*. Además, en México las decisiones en amparo contra leyes no tienen fuerza obligatoria respecto de otros tribunales salvo que éstas adquieran el carácter de “jurisprudencia”, lo que sucede cuando la Corte Suprema de Justicia o las Cortes de Circuito adoptan cinco decisiones en el mismo sentido.

En todo caso, el juez de amparo tiene la potestad de suspender los efectos del acto normativo respecto del accionante.

En Guatemala, el amparo procede para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento, una resolución o acto de autoridad no obligan al recurrente, por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquier Ley (Art. 10, literal b, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de 1986; Art. 80, ordinal 30 de la Ley).

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y garantías...*, cit., pág. 110 y sigts.

En estos casos, la decisión judicial de amparo deja en suspenso en cuanto al reclamante, la Ley, el reglamento, la resolución o el acto impugnados, y en su caso, el restablecimiento de la situación jurídica afectada o el cese de la medida (Art. 49,a de la Ley).

La Constitución de Honduras de 1982, establece expresamente la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo contra las leyes. Así, el artículo 183 de dicho Texto Fundamental establece que toda persona agraviada tiene derecho a interponer recursos de amparo para que se declare en casos concretos que una Ley no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos por la Constitución (Art. 183, Ord. 2º).

En el caso de Costa Rica se establece en el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que el amparo no procede:

Contra leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen con actos de aplicación individual de aquéllas, o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado.

Por tanto, el amparo contra leyes o actos normativos autoaplicativos es admisible en Costa Rica, como ya lo ha resuelto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Debe observarse que en el caso de Costa Rica, la interposición del amparo no suspende los efectos de las leyes o normas cuestionadas, pero sí la aplicación de ellas al recurrente, así como la de los actos concretos impugnados (Art. 41).

En todo caso, impugnada en amparo una ley o norma, de acuerdo a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el Presidente de la Sala Constitucional debe suspender, sin más trámite, el recurso y otorgará al recurrente un término de 15 días hábiles para que formalice la acción de inconstitucionalidad contra aquéllas.

2. *La exclusión de las leyes del ámbito de amparo*

En otros sistemas, en cambio, expresamente se excluye la acción de amparo contra las leyes. Es el caso de Argentina, donde la acción de amparo no procede contra las leyes, pues en relación a las mismas lo que procede es el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las mismas en el caso concreto donde se plantee la cuestión de inconstitucionalidad. Por supuesto, en una decisión de amparo contra actos concretos, el juez respectivo puede apreciar la inconstitucionalidad de una norma, pero en ese caso, no se trataría realmente, de un amparo contra normas.

En sentido similar, en Brasil está excluido el ejercicio del *mandado de segurança* contra leyes, no admitiéndose el amparo si la disposición legal no se ha aplicado mediante un acto administrativo, y en todo caso, es contra dicho acto que puede ejercerse la acción de protección.

En Uruguay, la Ley N° 16.011 de 1988 establece que la acción de amparo no procederá en ningún caso “contra leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de leyes en su jurisdicción” (Art. 1,c).

En Colombia, a pesar de que la Constitución no distingue, el Decreto N° 2.591 de 1991, dentro de las causales de improcedencia de la tutela (Art. 6) ha establecido que no procede: “5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

Las leyes son, por excelencia, actos de carácter general, impersonal y abstracto, razón por la cual conforme a ese artículo no procedería la acción de tutela contra las normas.

Debe señalarse, por último, que en el caso de España, la Ley del Tribunal Constitucional excluye implícitamente el recurso de amparo contra leyes al prever en el artículo 42 que sólo procede contra “las decisiones o actos sin valor de ley”. Por tanto, ni siquiera procede el recurso de amparo en los casos de las leyes que lesionen directamente algún derecho fundamental tutelable.

Hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley N° 23.506 de Perú,

Las acciones de garantía proceden aun en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento.

Se establecía así, un medio de control de la constitucionalidad de las leyes, vía recurso de amparo, paralelo al control concentrado de inconstitucionalidad de las leyes que ejercía el Tribunal de Garantías Constitucionales (Art. 298 y ss. de la Constitución) y el control difuso de constitucionalidad que establecía en el artículo 236 de la Constitución.

La Constitución de 1992, en cambio prohibió expresamente la acción de amparo contra normas legales.

III. NATURALEZA SUSPENSIVA DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONTRA LEYES

En el caso de Venezuela, como se ha dicho, la Ley Orgánica de Amparo prevé expresamente la acción de amparo contra leyes, como una especie de control difuso de la constitucionalidad de las mismas por vía de acción.

En efecto, en el caso de la acción de amparo contra normas, la decisión del juez no es anulatoria, sino que sólo debe apreciar la inaplicación de la norma respecto de la cual se solicita amparo. Debe destacarse, por otra parte, que la Ley habla impropriadamente de “norma impugnada”, pues en realidad, si la norma fuera “impugnada”, la decisión judicial tendría que ser de

anulación de la misma, lo cual no compete al juez de amparo, pues ello está reservado a la Corte Suprema de Justicia o a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, en la acción de amparo regulada en el artículo 3 de la Ley Orgánica, no se “impugna” la ley o acto normativo, sino que se solicita amparo respecto de los efectos del mismo, cuando viole o amenace violar un derecho constitucional.

La decisión del juez de amparo en estos casos, por tanto, no es una decisión de anulación de la ley o acto normativo, sino que se limita a ser una decisión de protección, con efectos *inter partes*, es decir, en relación al accionante, en el sentido de que la misma lo que hace es declarar que para éste, la norma es inaplicable. De acuerdo al artículo 3 de la Ley, cuando se faculta al juez de amparo para resolver de inmediato el “restablecer la situación jurídica infringida”, en este caso equivale a la suspensión de efectos de la ley respecto del accionante, es decir, la no aplicabilidad de la misma al accionante.

Pero debe señalarse en relación al control de la constitucionalidad de las leyes, que la Ley Orgánica, además de prever el amparo contra leyes, permite ejercer la acción de amparo (más propiamente, la pretensión de amparo) conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes ante la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, el mismo artículo 3° de la Ley Orgánica establece lo siguiente:

La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad.

Como se observa, en estos casos la Ley Orgánica ha establecido una innovación fundamental y que consiste en permitir a la Corte, contrariamente a lo que había sido la tradición jurisprudencial, el suspender los efectos de la ley o acto normativo impugnado respecto de su aplicabilidad al accionante, cuando lo juzgue necesario para la protección constitucional, mientras dure el juicio de nulidad. Hasta la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo en los juicios de nulidad de los actos estatales, la Corte Suprema había negado sistemáticamente la posibilidad de suspender los efectos de los actos normativos, habiendo reducido su potestad de suspensión de efectos en juicio, respecto de los actos administrativos de efectos particulares, lo cual luego fue recogido en su Ley Orgánica (Art. 136).⁹

Ahora bien, en cuanto a la acción autónoma de amparo contra normas previstas en el artículo 3° de la Ley Orgánica, como indicamos anteriormente, hemos sostenido que se trata de

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993, pág. 168.

una *vía directa de control difuso* de la constitucionalidad de las leyes, que viene a completar el control difuso incidental que establece el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil. Se trata de un control difuso pues permite a todo juez de amparo pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley por violación de derechos y garantías constitucionales; y es directo pues la cuestión constitucional no se plantea en un juicio en forma incidental, sino como objeto directo de una acción de amparo, teniendo la decisión, en todo caso, efectos *inter partes*.¹⁰

IV. LA AMPLITUD DEL CONTROL EN LA LEY ORGÁNICA Y LA TENDENCIA RESTRICTIVA DE LA JURISPRUDENCIA

La Ley venezolana, por otra parte, no establece ningún límite respecto de la procedencia de la acción de amparo contra normas, en el sentido de que no proceda directamente contra la norma y se requiera siempre de actos de ejecución de la misma; y ello no podría ocurrir, pues no respondería a la lógica de la universalidad de la acción, particularmente cuando se fundamenta en amenaza de violación. En realidad, desde que una norma se publica y la misma pueda violar un derecho constitucional; la amenaza de violación se materializa desde la misma publicación, sin necesidad de esperar su ejecución.

Sin embargo, a pesar de la claridad del artículo 3º de la Ley Orgánica de Amparo, la jurisprudencia reciente de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema ha venido imponiendo el criterio de que no procede la acción de amparo directamente contra normas, y que lo que procede, realmente, es la acción de amparo contra los actos de ejecución de la norma, que serían los lesivos. En efecto, en sentencia de 8-8-94, la Sala Político Administrativa al resolver un amparo en el caso de las declaraciones juradas de patrimonio exigidas a los administradores de bancos por la Ley de Emergencia Financiera de 1994, señaló lo siguiente:

La presente solicitud de amparo es ejercida de conformidad con el primer párrafo del artículo 3º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por tanto, resulta necesario precisar los requisitos que reiteradamente la Sala ha exigido para la procedencia de esta específica modalidad de amparo constitucional.

Al respecto, la jurisprudencia de este Alto Tribunal ha sostenido -luego de un análisis minucioso del texto del indicado artículo- que el objeto o la materia de la acción de amparo constitucional fundada en ese precepto es el acto de aplicación de una norma que colida con la Constitución, de manera que ésta actúa como la causa que da origen a la violación de derechos fundamentales, pero no como el agente mismo causante de la lesión, que se invoque.

Al respecto, en la decisión del 12-8-92, caso: Colegio de Abogados del Distrito Federal, se dejó establecido lo siguiente:

Obsérvese, en efecto, cómo al utilizar el legislador en el primer párrafo de la norma trans-

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo VI, La Justicia Constitucional*, cit. págs. 128 a 130.

crita (se refiere al artículo 3º de la Ley Orgánica de Amparo) la expresión “también es procedente”; nos está remitiendo necesariamente -y de entenderlo de otra manera perdería dicho párrafo todo sentido- al contenido del inmediatamente precedente artículo 2, conforme al cual es objeto de la acción de amparo ‘cualquier hecho, acto u omisión’ que violen o amenacen de violación inminente, garantías o derechos constitucionales protegidos por la Ley de Amparo. De manera que, entendidos y correlacionados ambos artículos 2), y primer párrafo del 3) en su cabal sentido, es necesario, para que pueda producirse pronunciamiento de admisibilidad o de fondo acerca de la solicitud de amparo en el caso del párrafo primero del artículo 3 de la Ley, el que se hayan producido hechos, actos u omisiones derivados de la vigencia de una normativa considerada por el juez como inconstitucional, y que éstos violen o amenacen de violación derechos o garantías del mismo rango. En tal caso, deberá el juez restablecer la situación jurídica infringida o amenazada de violación, pero por esos hechos, actos u omisiones violatorias de derechos o garantías supremas; y es por eso que: “En este caso la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá asimismo -previamente, acota la Sala- *apreciar* la inaplicación de la norma que legalmente protege a aquellos, informando además a la Corte Suprema de Justicia el contenido del respectivo fallo de inaplicación, si ésta fuere lo decidido” (paréntesis añadidos).

(*Vid.* sentencias de esta Sala Político-Administrativa del 19-11-92 y 20-7-93, casos: “Electrificación del Caroní” y “Profesores de la Unellez”; y de la Corte en Pleno del 5-5-93 y 2-12-93, casos: “Coopetrol” y “Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Delta Amacuro”).

La interpretación expuesta en relación con el artículo 3º de la Ley Orgánica de Amparo, mediante la cual se concluye que el acto presuntamente lesivo de derechos y garantías fundamentales que podría ser atacado por la vía extraordinaria del amparo no es el de carácter normativo contrario a la Carta Magna sino aquél que en la situación jurídica concreta del actor lo aplica o ejecuta -arrastrando entonces hasta el ámbito de éste el vicio de inconstitucionalidad-, resulta totalmente congruente con los principios que rigen la institución del amparo constitucional, ya que, a juicio de esta Sala, no es este medio judicial -el cual es esencialmente de condena- el apropiado para entorpecer la constitucionalidad de un acto normativo que, debido a su carácter general, abstracto y de aplicación indefinida, se presenta -en principio- como incapaz de lesionar por sí solo y en forma inmediata como exigen los presupuestos de la acción de amparo, el goce y ejercicio de derechos subjetivos o intereses legítimos de un particular determinado.

Igualmente, en otros casos la concreción del acto de aplicación de la norma presuntamente violatoria de derechos o garantías fundamentales se ha producido efectivamente afectando a ciertos particulares, y sin embargo la acción de amparo es ejercida por éstos contra el acto normativo inconstitucional y no contra el referido acto de aplicación, en estos supuestos el juez -con la intención de dirigir siempre su acción en beneficio de los afectados- puede y debe trasladar los efectos de la inaplicación de la disposición violatoria de normas constitucionales al caso específico y concreto.

Justamente en este último orden de ideas se presenta el caso de autos, donde los representantes de los actores han intentado la acción de amparo constitucional en contra del único aparte del artículo 31 de la Ley Especial de Protección a los Depositantes y de Regulación de Emergencias en las Instituciones Financieras, la cual exige la presentación de una de-

claración jurada de patrimonio a todos los directores administradores, comisarios, auditores externos e interventores de los bancos y demás Instituciones Financieras, a pesar de haber dictado la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras el respectivo acto de ejecución de la norma presuntamente violatoria de derechos fundamentales, a través de la Resolución N° 031-94 del 23 de marzo de 1994, posteriormente derogada por la N° 078-94 del 29 de junio del mismo año.

Por tanto, considera esta Sala Político-Administrativa aplicable al caso de autos, los efectos de la interposición de la acción de amparo constitucional en contra del acto de ejecución de la disposición contenida en el único aparte del artículo 31 de la Ley Especial de Protección a los Depositantes y de Regulación de Emergencias en las Instituciones Financieras, es decir, contra de la Resolución N° 078-94 del 29 de junio de 1994, y así se declara.

Una interpretación contraria a la expuesta, además de perjudicar a los particulares afectados de supuestas violaciones constitucionales por imprecisiones de sus apoderados judiciales, atentaría contra el carácter inter partes de este medio procesal -por el cual sólo y únicamente pueden ser destinatarios de un mandamiento de amparo las personas intervinientes en el juicio- ya que si no se exigiera que el acto cuestionado incida negativamente en la esfera jurídica del accionante en forma específica y directa, una declaratoria favorable del juez implicaría afectar, mediante un proceso judicial breve y sumario, a toda una colectividad o a un grupo considerable de ella que, además de no haber intervenido en el juicio que lo afectara, posiblemente tenga intereses distintos y hasta opuestos a los del actor (*vid.* al respecto, decisiones de Sala del 06-08-87 y 13-08-92, casos: “Registro Automotor Permanente” y “Oscar Vila Masot”; y de la Corte en Pleno de fecha 14-01-93; caso “Hernán Gruber Odremán”). Así se declara.¹¹

Este criterio de la Corte Suprema, en particular recogió la doctrina que la misma Sala Político Administrativa había sentado en sentencia de 24-5-93, al señalar en forma aún más terminante que:

No parece existir duda, entonces, de que el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo no contempla la posibilidad de interponer una acción de amparo directamente contra un acto normativo, sino contra el acto, hecho u omisión que tiene su origen en una disposición normativa, que a juicio del solicitante, es contraria a la Constitución y para lo cual, debido a la presunción de legitimidad y constitucionalidad de ésta, debe el juez previamente desaplicarla al caso concreto que se denuncia. Es obvio, por tanto, que el mencionado artículo de la Ley Orgánica de Amparo no consagra la posibilidad de interponer esta acción de protección constitucional contra una ley u otro acto normativo sino contra el acto de aplicación o ejecución de ésta, el cual en definitiva es el que, en el caso concreto, puede ocasionar una lesión particular de los derechos y garantías constitucionales de una persona determinada.

11 Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao, *El derecho a la intimidad y a la vida privada y su protección frente a las injerencias abusivas o arbitrarias del Estado*, Caracas, 1995, pp. 214 a 216.

Esta interpretación ha sido reiterada por esta Sala Político-Administrativa en decisión de 19-11-92 (caso: Electrificación del Caroní, EDELCA, N° 54), donde textualmente se expresó que el amparo constitucional, ejercido conforme al artículo 3 de la Ley que lo rige, tiene “por objeto la protección de los derechos y garantías fundamentales menoscabados por los actos, hechos u omisiones derivados de la aplicación de una norma inconstitucional”. En otras palabras, la Sala ha entendido que la norma impugnada por inconstitucional obraría como causa, mientras que su aplicación, que constituye “la situación jurídica concreta cuya violación se alega” vendría a ser propiamente el objeto del amparo. Igualmente puede verse, para corroborar la anterior interpretación, la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, de 5-5-93, recaída en el caso Coopetravolta.

No obstante, aun cuando la propia Ley Orgánica de Amparo no consagra *expresamente* la interposición de este especial medio judicial contra leyes o actos normativos, no es posible sostener, debido a la amplitud de la consagración constitucional y legal de los posibles agentes perturbadores -como se señaló antes-, que de plano deba rechazarse una acción de amparo cuyo objeto sea, precisamente, un acto de esta naturaleza, por lo que es necesario verificar, por tanto, si un acto normativo o de efectos generales puede constituirse por sí mismo y directamente en lesivo de derechos y garantías subjetivas de los particulares. En otras palabras, el centro del problema no es una restricción en cuanto a los actos factibles de ser materia de una acción de amparo, ya que ésta puede interponerse contra cualquier acto -inclusive contra las leyes u otros normativos-, sino dilucidar la posibilidad de que éstos lesionen la órbita constitucional subjetiva particular en la forma requerida -anteriormente transcrita- para la procedencia del amparo constitucional.¹²

En esta forma, la Corte entró a considerar el tema de las leyes autoaplicativas y las que no lo son. Ello lo ha destacado la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa en sentencia de 18-11-93, así:

Con respecto a la inmediatez de la amenaza constitucional, lo cual implica una lesión cierta e inminente, observa esta Corte que en el caso específico de los actos normativos la doctrina ha distinguido entre las denominadas normas autoaplicativas y las de aplicación mediata. En cuanto a las primeras, su sola promulgación implica una inmediata obligatoriedad para las personas a las cuales se encuentra destinada, por lo cual son de aplicación automática. Por el contrario, las normas de afectación mediata e indirecta requieren de un acto de ejecución posterior, en cuyo caso la simple promulgación no podría producir una violación constitucional.¹³

La Corte Suprema, sin embargo, en su sentencia de 24-5-93 antes citada, materialmente negó la posibilidad de leyes autoaplicativas e incluso de que la sola promulgación de una ley pueda resultar en una amenaza de violación de derechos constitucionales, al señalar:

12 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, EJV, Caracas, 1993, pp. 287-288.

13 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, EJV, Caracas, 1993, p. 285.

Este problema sobre la posibilidad de que una norma, por sí misma, cause un daño o lesione la esfera jurídica de un particular ha sido planteada por doctrina extranjera y patria, esta última con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, resultando criterios dispares. En efecto, mientras es aceptado perfectamente en algunos países (vgr. México y España) en otros resulta prácticamente imposible, por lo que, evidentemente, dependerá de las notas especiales de cada legislación, específicamente en relación a la forma o a las exigencias de éstas para la concreción de los daños.

En principio, una ley o acto normativo produce efectos hacia una colectividad imposible de determinar al momento de su formulación, de ahí los caracteres de generalidad y abstracción que le son inherentes; asimismo su aplicación es indefinida, es decir, no están dirigidas a regular una situación determinada en el tiempo y espacio, sino -por igual y paralelamente- a todos los casos y situaciones que se adapten al supuesto de hecho previsto durante su vigencia. Entonces, son las leyes y normas -por definición- actos de efectos generales que afectan por igual un grupo indeterminado e indeterminable -y menos aún individualizado o individualizable- de personas...

En conclusión, es imposible que un verdadero acto normativo o de efectos generales pueda -por sí mismo y en forma directa- constituirse en lesivo, de la órbita constitucional de alguna situación concreta y determinada de un particular.

Sin embargo, sí resulta innegable que una norma inconstitucional puede, a las personas que están o estarán en el supuesto de hecho por ella previstos, constituirse en una amenaza de lesión de derechos o garantías fundamentales, por lo que es necesario recordar que esta acción, en los términos de la Ley Orgánica de Amparo, procede, además, contra determinadas amenazas: “aquella que sea inminente” artículo 2°).

El problema radica en verificar si un acto de efecto general, luego de haber concluido la jurisprudencia de Sala en la imposibilidad de que cause un daño particular a una persona, pueda constituir una amenaza válida para la procedencia de esta acción, para lo cual es necesario precisar cuál es -en los términos de la ley- el justo alcance y significado del vocablo: “amenaza inminente”.

La Sala, al respecto, observa:

“Inminente”, según el significado del diccionario, es algo “que amenaza o está para suceder prontamente”. Como puede observarse, la anterior definición del diccionario no ayuda en lo absoluto en precisar los requisitos de la amenaza válida para la procedencia de la acción de amparo; sin embargo, interpretando la Ley Orgánica de Amparo en su contexto, encontramos que en el ordinal 2° del artículo 6 *ejusdem* se contempla prevista como causal de inadmisibilidad de la acción de amparo, “cuando la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales, *no sea inmediata, posible y realizable por el imputado*”.

Debe concluirse en que son éstos los tres requisitos que la propia Ley Orgánica de Amparo obliga sean contenidos en una amenaza para que sea válida, para que sea “inminente”, ya que de lo contrario la acción siempre debe ser declarada inadmisibile por el juez, de plano e *in limine litis*.

De manera que sólo cuando la amenaza, es decir, el daño que prontamente va a concretar-

se, sea inmediata, posible y realizable por la persona a quien se le imputa, la acción de amparo podrá admitirse, tramitarse y, de ser el caso, declararse procedente. Estos requisitos indudablemente deben ser concurrentes, según puede inferirse de la conjunción copulativa “y”, la cual los agrupa o reúne.

Establecido y sentado lo anterior, es necesario analizar si una ley o acto normativo de efectos generales puede convertirse, para la situación jurídica de un particular, en una amenaza de algún derecho o garantía constitucional en forma “posible, inmediata y realizable por el imputado”.

Al respecto, es indudable que una norma que transgreda la Constitución puede lesionar a cualquiera de las personas que se encuentren en la situación jurídica por ella contemplada, por lo que el daño será “posible”, cumpliéndose entonces con el primero de los requisitos exigidos en el transcrito ordinal 2º del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo.

No obstante, nos encontramos con que de interponerse un amparo contra una norma -es decir, que el objeto de la acción sea la propia norma-, la concreción del posible daño alegado no será “inmediata”, pues siempre sería necesario que la autoridad competente proceda a la ejecución o aplicación de ella para efectivamente lesionar al solicitante. En efecto, debemos concluir que el probable daño causado por una norma será siempre mediato o indirecto, por lo que necesitará ser aplicada en el caso concreto. De manera que la lesión se causará por medio o gracias a un acto de aplicación de esa disposición contraria a Derecho.

Igual sucede con el tercer requisito exigido por la ley; la amenaza, es decir, el daño probable e inminente, no será nunca realizable -vale decir, concretado- por el imputado. Ciertamente, de sostenerse que el amparo tiene por objeto una disposición cuya constitucionalidad es cuestionada, habría que aceptarse como agravante al cuerpo deliberante o al funcionario público que la hubiere dictado, siendo éste el que se presentaría en el proceso de amparo en defensa de su acto. Puede observarse que en el caso de que ese posible daño llegue en realidad a concretarse, no sería -al menos generalmente- el cuerpo deliberante o el órgano público que lo dictó el que lo ejecutará, sino que sería más bien el funcionario para quien la aplicación de la norma es imperiosa en todos los casos en que un particular se encuentre dentro del supuesto de hecho por ella previsto.

En efecto, de entenderse que la norma es la materia de la acción de amparo, llegaríamos a la conclusión de que no podría ser el imputado (que sería la persona pública que dicta la norma cuya inconstitucionalidad se alega) quien llevaría a cabo la amenaza; sino que el daño probable será concretado o realizado en definitiva por una persona diferente (el que aplique al caso específico y concreto la disposición inconstitucional).

Puede entonces, luego de las consideraciones anteriores, descartarse la procedencia de la acción de amparo contra leyes u otros actos normativos, no sólo porque la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no prevé tal posibilidad sino porque, aún siendo posible la interposición de esta acción extraordinaria contra un acto normativo de efectos generales, deberá el juez declarar su inadmisibilidad por no reunir los requisitos exigidos en el ordinal 2, artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo, y así se declara, expresamente.

Considera necesario este Alto Tribunal, sin embargo, señalar que la conclusión anterior no significa la imposibilidad de prevenir la concreción del daño -objeción que pudiera plan-

tearse a la tesis de que el amparo procede sólo cuando la norma inconstitucional sea aplicada-, ya que no necesariamente debe el inminente perjudicado esperar que efectivamente sea ejecutada la disposición normativa contraria a Derecho, porque bien podría éste, ante la amenaza que reúna los requisitos exigidos por la ley, solicitar el amparo de sus derechos fundamentales amenazados; sólo que la acción no estaría dirigida contra la norma sino, en todo caso, contra el funcionario que deberá aplicar ésta. En efecto, siendo inminente que a un particular le será aplicada, en una situación concreta y determinada, una disposición normativa que contraría alguno de los derechos o garantías de rango constitucional, podría éste solicitar del tribunal competente una prohibición al referido funcionario o persona para que en el caso concreto alegado se abstenga de aplicar la norma cuestionada y apreciada por el juez, previamente, como violatoria de los preceptos del Texto Fundamental.¹⁴

V. LA TERGIVERSACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL AMPARO CONTRA LEYES

En nuestro criterio, con las decisiones antes señaladas, la Corte Suprema ha tergiversado la previsión legal, desnaturalizando una acción de amparo muy propia del ordenamiento jurídico venezolano, que debemos preservar.¹⁵

En efecto, de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución, el derecho de amparo, como derecho fundamental de las personas, se consagra en relación a cualquier hecho, acto u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que violen o menoscaben los derechos constitucionales, sin distinción de ningún tipo.

Por ello, la Ley Orgánica de Amparo consagró la posibilidad de ejercicio de la acción de amparo contra cualquier hecho, acto u omisión de los particulares y de los funcionarios o respecto de estos últimos, contra los actos normativos (Leyes o Decretos-Leyes, por ejemplo), los actos administrativos (de efectos generales -reglamentos- o de efectos particulares) y las sentencias y demás actos judiciales. De allí el contenido de los artículos 3 a 5 de dicha Ley Orgánica que prevén, en forma expresa, la acción de amparo contra dichos actos estatales, sea ejercida en forma autónoma o conjuntamente con otras acciones.

En particular, en cuanto a la acción de amparo contra actos normativos, su previsión legal no puede ser objeto de duda. Además de establecer, el artículo 3° de la Ley, que junto con la acción popular de inconstitucionalidad puede formularse la pretensión de amparo constitucional; en su aparte establece que “*también es procedente la acción de amparo, cuando la violación o amenaza de violación deriven de una norma que colida con la Constitución*”.

14 Véase en *Revista de Derecho Público*, Nos. 55-56, EJV, Caracas, 1993, pp. 288 a 290.

15 Véase los comentarios que hemos formulado en Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao, *El derecho a la intimidad...*, cit., pp. 236 y sigts.

De entrada debe señalarse que la expresión “también es procedente” se incluyó en el encabezamiento del artículo para no dejar duda de que la acción de amparo procede contra normas directamente, cuando la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales, deriven de ellas. En este sentido, queda claro que la ley o el acto normativo del Estado también es un “acto” en sí mismo, por lo que “también es procedente” ejercer la acción de amparo contra los mismos. Este y no otro fue el sentido de la utilización de esta expresión en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo. Es necesario precisar esto por la distorsión que de esa expresión ha hecho la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes transcritas.

La acción de amparo contra leyes o normas, al adoptarse en nuestro país, ya tenía una larga experiencia en México y en el Perú, antes de la última reforma constitucional. Además, como se ha dicho, se había previsto en la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica. Es cierto que en esos casos siempre se ha planteado el tema de las leyes autoaplicativas, pero sólo para exigir que en los casos de aquellas leyes que no tienen efectos inmediatos y directos por su sola promulgación, el objeto de las acciones de amparo tiene que ser los actos de ejecución de las mismas. Ello, por supuesto, se plantea en los casos en los cuales la acción de amparo procede sólo contra violaciones de derechos constitucionales, pero no puede plantearse en los casos en los cuales, como en Venezuela, la acción de amparo procede contra las *amenazas* de violación. Las normas, desde el momento en que entran en vigencia y pueden aplicarse a un número indeterminado e indeterminable de personas, una vez promulgadas, si son contrarias a un derecho constitucional, siempre, *per se* constituyen una amenaza de violación de tal derecho.

VI. EL TEMA DE LOS ACTOS DE EJECUCIÓN O APLICACIÓN DE LAS LEYES Y LA NEGACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL AMPARO CONTRA LEYES

Ahora bien, en 1992, se dictó una importante sentencia por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema (caso *Colegio de Abogados del Distrito Federal*) de 6-8-92, en la cual la Corte, con motivo de haberse avocado al conocimiento de un juicio de amparo contra normas intentado ante un Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, anuló la sentencia dictada por éste, declarando improcedente la acción de amparo, porque el juez de instancia, conforme lo habían solicitado los accionantes, había decidido una acción de amparo para lo cual carecía de competencia -pues el juez competente en el caso era la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo- y además, había acordado la inaplicación *in genere* de un artículo de la Ley de Abogados, y en protección de los intereses difusos que subyacían de la pretensión de los accionantes, amparó “igualmente a todos los abogados miembros del Colegio de Abogados del Distrito Federal”.

Para decidir, la Corte analizó la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de acciones de amparo contra actuaciones de los colegios profesionales; y además, analizó el contenido del artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo aplicándolo al caso concreto, señalando que era necesario:

... para que pueda producirse pronunciamiento de admisibilidad o de fondo acerca de la solicitud de amparo en el caso del párrafo primero del artículo 3 de la Ley, que se hayan pro-

ducido hechos, actos u omisiones derivados de la vigencia de una normativa considerada por el juez como inconstitucional, y que éstos violen o amenacen de violación derechos o garantías del mismo rango. En tal caso, deberá el juez restablecer la situación jurídica infringida o amenazada de violación, pero por esos hechos actos u omisiones violatorios de derechos o garantías supremas; y es por eso que: “la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta” deberá asimismo -previamente acota la Sala- *apreciar* la inaplicación de la norma que legalmente protege a aquellos, informando además a la Corte Suprema de Justicia el contenido del respectivo fallo de inaplicación, si ésta fuere lo decidido.¹⁶

De acuerdo a lo anterior, la Corte consideró que sólo en la forma señalada era posible entender el contenido de la norma, que permite al juez apreciar la inaplicación de la norma impugnada, al caso concreto sin efectos *erga omnes*. Analizando el caso concreto de la acción interpuesta, la Corte concluyó que su objeto, en realidad, eran un conjunto de actos de las autoridades electorales del Colegio de Abogados, y particularmente, “el acto de la convocatoria a elecciones emanado de los órganos respectivos del Colegio de Abogados del Distrito Federal” y no el artículo de la Ley de Abogados señalado como tal; por lo que en consecuencia, la competencia para conocer de la acción era la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y no el Tribunal de Primera Instancia que la había decidido. Además, señaló la Corte que “aún de haber sido el competente, el juez de instancia se excedió en sus atribuciones al extender la medida de amparo a todos los abogados, desnaturalizando la acción que se libra entre partes con efectos sólo entre ellas, y no *erga omnes*”. Por ello la Sala anuló el fallo del Tribunal de instancia.

En esta sentencia, en la materia específica de amparo contra normas, como se ha indicado, debe destacarse que la Corte estableció el criterio de que conforme al artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo, para la admisibilidad o para un pronunciamiento de fondo acerca de la solicitud de amparo contra normas, resultaba indispensable que “se hayan producido hechos, actos u omisiones derivados de la vigencia de una normativa considerada por el juez como inconstitucional, y que éstos violen o amenacen de violación derechos o garantías del mismo rango”. Esto lo dedujo la Sala de la errada interpretación de la primera frase del artículo 3 de la Ley, la mencionada expresión “también es procedente”, de la cual dedujo una supuesta remisión al contenido del artículo anterior (Art. 2) que define como objeto de la acción de amparo “cualquier hecho, acto u omisión” que viole o amenace de violación inminente, derechos o garantías constitucionales. De ello dedujo la Sala que para que procediera un amparo contra normas era necesario que se hubieran “producido hechos, actos u omisiones derivados de la vigencia de una normativa considerada por el juez como inconstitucional, y que estos -actos, hechos u omisiones- violen o amenacen de violación derechos o garantías del mismo rango”. En definitiva, sostuvo la Sala que lo que el juez podía restablecer era “la situación jurídica infringida o amenazada de violación por esos hechos, actos u omisiones violatorios de derechos o garantías supremas”. La sentencia de la Sala, en realidad, apuntaba a un objetivo específico y era dejar claramente esta-

16 Véase la cita en Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao, *El derecho a la intimidad...*, cit., p. 239.

blecido que el juez de amparo contra normas, al ejercer su potestad de control, no podía suspender *in genere* los efectos de la norma, sino que lo que podía hacer era, conforme a la ley, “apreciar la inaplicación de la norma”, por supuesto, al caso concreto y sólo con efectos inter partes; no teniendo poder alguno el juez de amparo para decidir la no aplicación en forma general e indefinidamente del acto normativo.

Ello, por supuesto, es así, y para llegar a esa conclusión la Sala no tenía por qué argumentar que la acción de amparo contra normas sólo procedía contra los hechos, actos u omisiones adoptados en ejecución de la norma, y no contra la norma en sí misma, como si la norma o ley en sí misma no fuera un “acto” estatal. De allí la apreciación de la Sala de que en los casos de amparo contra normas, la recurrida, es decir, la norma no es objeto del amparo, sino la causa o motivo en razón del cual los hechos, actos u omisiones resultan lesivos.

Posteriormente, como se señaló, en sentencia de la misma Sala de 24-5-93 (caso *Universidad Nacional Experimental de Los Llanos Ezequiel Zamora*), la Sala fue mucho más lejos en su tendencia restrictiva del amparo contra normas y pretendiendo fundamentarse en el precedente anterior, materialmente negó la existencia en Venezuela del amparo contra normas.¹⁷

En efecto, en esta sentencia del 24-5-93 al conocer de una acción de amparo contra un Reglamento Ejecutivo, la Sala comenzó señalando que en su jurisprudencia, ella había concluido que en los casos del primer aparte del artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo, “el objeto o la materia de la acción de amparo constitucional *es el acto de aplicación* de una norma que colida con la Constitución, de manera que ésta actúe como la causa que da origen a la acción, pero no como el objeto de ella”. Después de transcribir párrafos de la sentencia citada de 6-8-92 (caso *Colegio de Abogados...*), la Sala en esta sentencia del 24-5-93 concluyó señalando que supuestamente:

No parece existir dudas, entonces, de que el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo *no contempla la posibilidad de interponer una acción de amparo directamente contra un acto normativo*, sino contra el acto, hecho u omisión que tiene su origen en una disposición normativa...

Agregó la sentencia que:

Es obvio, por tanto, que el mencionado artículo de la Ley Orgánica de Amparo *no consagra la posibilidad de interponer esta acción de protección constitucional contra una ley u otro acto normativo* sino contra el acto de aplicación o ejecución de éste, el cual en definitiva es el que, en el caso concreto, puede ocasionar una lesión particular de los derechos y garantías constitucionales de una persona determinada.

¹⁷ Véase en *Revista de Derecho Público* N° 55-56, EJV, Caracas, 1993, pp. 287-290.

En realidad, basta leer el texto del artículo 3 de la Ley *para que resulte obvio lo contrario* de lo que afirma la Corte, es decir, que sí procede un amparo contra norma, no sólo cuando ésta sea autoaplicativa -y que por tanto, no requiere de actos de aplicación o ejecución para surtir efectos- sino cuando la norma simplemente sea una *amenaza* de violación de un derecho o garantía constitucional.

Para llegar a su conclusión errada, la Sala invocó una supuesta interpretación “reiterada” que había dado en unas decisiones anteriores de 19-11-92 (*caso Edelca*) y de 5-5-93 (*caso Coopetravolta*), conforme a la cual, se expresó que el amparo constitucional ejercido conforme al artículo 3 de la Ley Orgánica, tiene:

por objeto la protección de los derechos y garantías fundamentales menoscabados por los actos, hechos u omisiones derivados de la aplicación de una norma impugnada por inconstitucionalidad obraría como causa, mientras que su aplicación, que constituye la situación jurídica concreta cuya violación se alega, vendría a ser propiamente el objeto del amparo.

La señalada sentencia del 24-5-93, en esta forma, rechazó la acción de amparo contra normas, en una forma evidentemente *contra legem*, particularmente cuando se trata de amenaza de violación de derechos por la norma, que no requerirían de actos de ejecución. Para salvar esta incongruencia, sin embargo, la Corte se contradujo en la sentencia, afirmando lo siguiente:

no obstante, aun cuando la propia Ley Orgánica de Amparo *no consagra expresamente la interposición de este especial medio judicial contra leyes o actos normativos*, no es posible sostener, debido a la amplitud de la consagración constitucional y legal de los posibles agentes perturbadores -como se señaló antes-, que de *plano deba rechazarse una acción de amparo cuyo objeto sea, precisamente, un acto de esta naturaleza*, por lo que es necesario verificar, por tanto, si un acto normativo o de efectos generales puede constituirse por sí mismo y directamente en lesivo de derechos y garantías subjetivas de los particulares. En otras palabras, el centro del problema no es una restricción en cuanto a los actos factibles de ser materia de una acción de amparo, ya que ésta puede interponerse contra cualquier acto -inclusive contra las leyes u otros normativos-, sino dilucidar la posibilidad de que éstos lesionen la órbita constitucional subjetiva particular en la forma requerida -anteriormente transcrita- para la procedencia del amparo constitucional.

En la sentencia, luego de hacer referencia al derecho comparado y constatar que las leyes son actos de efectos generales que afectan por igual a un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la Corte concluyó tajantemente afirmando que:

En conclusión, es *imposible* que un verdadero acto normativo o de efectos generales pueda -por sí mismo y en forma directa, como se ha exigido debe ser la lesión atacable mediante el amparo- constituirse en lesivo de la órbita constitucional de alguna situación concreta y determinada de un particular.

Pero para resolver la incongruencia de esta afirmación con el texto de la Ley, la Corte agregó:

Sin embargo, sí resulta innegable que una norma inconstitucional puede, a las personas que están o estarán en el supuesto de hecho por ella previstos, constituirse en una amenaza de lesión de derechos o garantías fundamentales, por lo que es necesario recordar que esta acción, en los términos de la Ley Orgánica de Amparo, procede, además, contra determinadas amenazas: “aquella que sea inminente”... (artículo 2).

VII. EL AMPARO CONTRA NORMAS FRENTE A LA AMENAZA DE VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LA RESTRICCIÓN JURISPRUDENCIAL

El problema radica en verificar si un acto de efecto general, luego de haber concluido la jurisprudencia de Sala en la imposibilidad de que cause un daño particular a una persona, puede constituir una *amenaza* válida para la procedencia de la acción de amparo, para lo cual es necesario precisar cuál es -en los términos de la Ley- el justo alcance y significado del vocablo “amenaza inminente”.

La Corte, luego de analizar el sentido de la expresión *amenaza inminente*, pasó a analizar si una ley o acto normativo de efectos generales podía convertirse, para la situación jurídica de un particular, en una amenaza de algún derecho o garantía constitucional en forma “posible, inmediata y realizable por el imputado”, señalando:

Al respecto, es indudable que una norma que transgreda la Constitución puede lesionar a cualquiera de las personas que se encuentren en la situación jurídica por ella contemplada, por lo que el daño será “posible”, cumpliéndose entonces con el primero de los requisitos exigidos en el transcrito ordinal 2º del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo.

No obstante, nos encontramos con que de interponerse un amparo contra una norma -es decir, que el objeto de la acción sea la propia norma-, la concreción del posible daño alegado no será “inmediata”, pues siempre sería necesario que la autoridad competente proceda a la ejecución o aplicación de ella para efectivamente lesionar al solicitante. En efecto, debemos concluir que el probable daño causado por una norma será siempre mediato o indirecto, por lo que necesitará ser aplicada en el caso concreto. De manera que la lesión se causará por medio o gracias a un acto de aplicación de esa disposición contraria a Derecho.

Igual sucede con el tercer requisito exigido por la ley, la amenaza, es decir, el daño probable e inminente, no será nunca realizable -vale decir, concretado- por el imputado. Ciertamente, de sostenerse que el amparo tiene por objeto una disposición cuya constitucionalidad es cuestionada, habría que aceptarse como agravante al cuerpo deliberante o al funcionario público que la hubiere dictado, siendo éste el que se presentaría en el proceso de amparo en defensa de su acto. Puede observarse que en caso de que ese posible daño lle-

gue en realidad a concretarse, no sería -al menos generalmente- el cuerpo deliberante o el órgano público que lo dictó el que lo ejecutará, sino que sería más bien el funcionario para quien la aplicación de la norma es imperiosa en todos los casos en que un particular se encuentre dentro del supuesto de hecho por ella previsto.

En efecto, de entenderse que la norma es la materia de la acción de amparo, llegaríamos a la conclusión de que no podría ser el imputado (que sería la persona pública que dicta la norma cuya inconstitucionalidad se alega) quien llevaría a cabo la amenaza; sino que el daño probable será concretado o realizado en definitiva por una persona diferente (el que aplique el caso específico y concreto la disposición inconstitucional).

Después de lo anterior la Corte en la citada sentencia de 24-5-93, concluyó señalando que podía:

... descartarse la procedencia de la acción de amparo contra leyes u otros actos normativos, no sólo porque la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no prevé tal posibilidad sino porque, aún siendo posible la interposición de esta acción extraordinaria contra un acto normativo de efectos generales, deberá el juez declarar su inadmisibilidad por no reunir los requisitos exigidos en el ordinal 2 artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo, y así se declara, expresamente.

Pero para no descartar la posibilidad de que una norma pudiera consistir en una *amenaza* de violación de un derecho constitucional, y que por tanto, fuera procedente el amparo, señaló:

Considera necesario este Alto Tribunal, sin embargo, señalar que la conclusión anterior no significa la imposibilidad de prevenir la concreción del daño -objeción que pudiera plantearse a la tesis de que el amparo procede sólo cuando la norma inconstitucional sea aplicada-, ya que no necesariamente debe el inminente perjudicado esperar que efectivamente sea ejecutada la disposición normativa contraria a Derecho, porque bien podría éste, ante la amenaza que reúna los requisitos exigidos por la ley, solicitar el amparo de sus derechos fundamentales amenazados; sólo que la acción no estaría dirigida contra la norma sino, en todo caso, contra el funcionario que deberá aplicar ésta. En efecto, siendo inminente que a un particular le será aplicada, en una situación concreta y determinada, una disposición normativa que contraría alguno de los derechos o garantías de rango constitucional, podría ésta solicitar del tribunal competente una prohibición al referido funcionario o persona para que en el caso concreto alegado se abstenga de aplicar la norma cuestionada y apreciada por el juez, previamente, como violatoria de los preceptos del Texto Fundamental.

En el caso concreto de la acción de amparo constitucional interpuesta y declarada inadmisibile en esta sentencia del 24-5-93, la misma tenía por objeto o materia el Reglamento de la Universidad Nacional Experimental de Los Llanos Occidentales, Ezequiel Zamora, dictado por

el Presidente de la República en Consejo de Ministros, por lo que luego de observar la Sala la naturaleza general y abstracta de todas sus disposiciones, que se aplicarían indistintamente a todas las situaciones que se planteen durante su vigencia, declaró inadmisibile la acción, de conformidad con el artículo 6, ordinal 2º, de la Ley Orgánica de Amparo.

La sentencia anterior del 24-5-93, fue adoptada por la Sala con el Voto Salvado de la Magistrada Cecilia Sosa Gómez, en el cual la Magistrada disidente si bien reconoció que la expresión de la sentencia, en cuanto al objeto de la acción de amparo sustentada en el artículo 3 de dicha Ley, “es el acto de aplicación de una norma que colida con la Constitución, de manera que ésta actúe como la causa que da origen a la acción, pero no como el objeto de ella”; (es lo que se desprende de la sentencia, *caso Colegio de Abogados del Distrito Federal* de fecha 6-8-92 dictada por la Sala, de la cual también disintió por otras razones), afirmó que:

es una frase que no puede sacarse del contexto y del sentido que en aquella oportunidad quiso dársele, cual es que la suspensión o inaplicación de la norma impugnada tenga efecto *erga omnes* y por tanto la decisión de amparo deba dirigirse, de ser procedente, a la situación jurídica concreta cuya violación se alega, y que en definitiva aprecie la inaplicación de la norma al caso concreto.

Si lo anterior es lo que ha sentado la jurisprudencia, por lo demás juiciosamente, como lo señaló la Magistrada disidente, “Nada más alejado de la Ley de Amparo y en particular de la pretendida garantía de los derechos a través de dicha acción”, que la Sala diga que “el mencionado artículo de la Ley Orgánica de Amparo no consagra la posibilidad de interponer esta acción de protección constitucional contra una ley u otro activo normativo *sino contra el acto de aplicación o ejecución de ésta*”; agregando:

pues si el legislador hubiera querido decir lo que el párrafo anterior quiere que diga la norma, no habría consagrado el supuesto, pues el resultado de tal conclusión sería siempre la improcedencia del amparo por no ser una violación directa de la Constitución, o por el contrario de ser procedente, el amparo prosperaría contra el acto que individualiza la aplicación de la norma y nunca contra ella misma.

En definitiva, la Magistrada disidente en su Voto Salvado señaló:

La pregunta sería, cómo la jurisprudencia puede a través de la interpretación de cuerpos normativos negar lo que la ley expresamente consagra. Por tanto, la acción de amparo autónoma contra un acto normativo cuando se constituya por sí mismo y directamente en lesivo para él o los solicitantes, *siempre* sería inadmisibile para la Sala y este precedente nos lleva al absurdo de que sólo la amenaza inminente lo posibilitaría, y así lo razona en principio la sentencia, pero luego niega inclusive tal supuesto, cuando afirma que puede ser posible, pero el daño no puede ser inmediato cuando el amparo sea contra norma “pues siempre sería necesario que la autoridad competente proceda a la ejecución o aplicación de ella para efectivamente lesionar al solicitante”.

Concluyó la Magistrada disidente señalando que:

la sentencia incurre en una contradicción pues por una parte afirma que no significa la imposibilidad de prevenir la concreción del daño, pues no necesariamente debe el inminente perjudicado esperar efectivamente sea ejecutada la disposición normativa contraria a derecho, y por otra parte, afirmar, cuando examina el caso concreto, por lo demás de manera exigua, que dada la naturaleza general y abstracta de todas las disposiciones, que se aplicarán indistintamente a todas las situaciones que se plantean durante su vigencia, procede a declarar la acción de amparo inadmisibile.

Con esta sentencia, sin duda, la Corte comenzó a negar lo que la Ley Orgánica consagra, es decir, la admisibilidad de la acción de amparo contra normas; y decimos que comenzó a contrariar la ley, pues como lo expuso la Magistrada disidente de esa sentencia, la jurisprudencia citada en la sentencia, como precedente, no contenía pronunciamiento alguno en ese sentido. La sentencia, así, estableció el principio de la improcedencia de la acción de amparo contra normas, lo que contrariaba abiertamente la Ley.

Lamentablemente, en la sentencia mencionada del 8-8-94, la misma Sala Político-Administrativa, esta vez bajo la Ponencia de la Magistrada Cecilia Sosa Gómez, confirmó el criterio de la sentencia del 24-5-93, que ella misma había criticado abiertamente, aceptando el criterio opuesto. Como se puede observar de la sentencia de 8-8-94, la Corte, erradamente ratificó el criterio de que el objeto o materia de la acción de amparo contra normas fundadas en el artículo 3 de la Ley, “es el acto de aplicación de la norma que colida con la Constitución”, pues “un acto normativo se presenta como incapaz de lesionar por sí solo y en forma inmediata los derechos constitucionales”. De allí la conclusión errada de la Corte de que el verdadero acto lesivo contemplado en el artículo 3 de la Ley Orgánica “es aquél que ejecuta o aplica una norma viciada de inconstitucionalidad”. Sin embargo, aquí también, para dejar a salvo la incongruencia, la Corte dejó abierta la posibilidad de ejercicio de la acción de amparo contra normas sólo en “determinadas circunstancias” en las que en forma evidente sea innecesario esperar un acto de ejecución de la norma para otorgar la protección constitucional y se evite anticipadamente la violación.

En la sentencia de 8-8-94 (*caso Declaración Jurada de Patrimonio*), sin embargo, la Corte no declaró inadmisibile la acción, como lo había hecho en la sentencia de 24-5-93, sino que entró a conocer del fondo afirmando que en los casos en que se intente la acción contra un acto normativo “el juez debe trasladar los efectos de la inaplicación al caso específico y concreto”, y en esa forma, la Corte, en este caso, trasladó los efectos de la acción de amparo que intentamos contra el “aparte único” del artículo 31 de la Ley de Emergencia, a la Resolución de la Superintendencia de Bancos que fijó la forma y manera de presentación de la declaración jurada que aquélla establecía. La Corte, declaró con lugar el amparo solicitado, pero con una interpretación contraria al artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo. Por lo demás, la Corte trasladó los efectos de la inaplicación solicitada del artículo 31 de la Ley de Emergencia, a la Resolución de la Superintendencia de Bancos, luego de que “declara y acuerda la inaplicabilidad del artículo 31 de la Ley”, que es lo que prevé el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo, y lo que se había solicitado.

DERECHO A LA INFORMACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y MARCO JURÍDICO

Jorge Carpizo^(*)

Al ilustre jurista don Héctor Fix-Zamudio en homenaje a su brillante labor como Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

SUMARIO: 1. No hay conflicto entre los derechos humanos. 2. La libertad de expresión. 3. La existencia o no de reglas del juego. 4. La existencia de reglas del juego también es en beneficio de los medios y de los comunicadores. 5. Las reglas del juego en México. 6. Los tratados y acuerdos internacionales. 7. Hay que mejorar nuestras reglas del juego. 8. Epílogo.

1. NO HAY CONFLICTO ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son la base, fundamento y esencia de la dignidad humana. Sin ellos la existencia de los hombres sería igual a la de los seres del mundo zoológico.

Los derechos humanos responden a lo más íntimo de la persona.¹ Por ello es que pueden existir declaraciones universal y regionales de los mismos: aquellos derechos que posee por el sólo hecho de existir. Pero también, los derechos humanos son un producto cultural; es decir, que se precisan y protegen de acuerdo con tiempo y lugar. Así, se fueron concretando los derechos humanos de la segunda generación y así se están delimitando los de la tercera. Por ejemplo, un hombre del siglo XIX no tenía la imperiosa necesidad de que se le asegurara un ambien-

(*) Investigador Titular de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Carpizo, Jorge, *Derechos Humanos y Ombudsman*, Universidad Nacional Autónoma de México y Comisión Nacional de Derechos Humanos. México 1993; pp. 77-78, 137-138. Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, decimoprimer edición, Editorial Porrúa. México, 1998; pp. 123-133.

te ecológicamente sano en el cual habitar, como sí le es indispensable al hombre del siglo XX y aun en este caso, esa imperiosa necesidad tiene matices de acuerdo a los diferentes países y su problemática ecológica.

Todos los derechos humanos son muy importantes; ellos son decenas y decenas. Su finalidad es, como ya afirmé, proteger y hacer efectiva la dignidad humana; luego entre ellos no puede haber ningún conflicto ni enfrentamiento, sino armonía y compatibilidad y quienes tienen que precisar estas armonías y compatibilidades son las constituciones, los tratados internacionales, las leyes y las jurisprudencias. La doctrina otorga elementos para afinar ese método.

¿Y por qué es indispensable que se realice dicha armonía y compatibilidad? Por una razón muy sencilla pero extraordinariamente importante: para no vulnerar, infringir o anular los derechos y libertades de los otros, porque los derechos y libertades son para todos y de todos, para y de cada ser humano.

Es decir, es la idea que Emmanuel Kant expresó al manifestar que la libertad de cada uno, no debe ser restringida más allá de lo que es necesario para asegurar una libertad igual a todos. O en otras palabras, es el mismo pensamiento de Karl Popper al afirmar que la paradoja de la libertad ilimitada es que ella conduce a la dominación del más fuerte.² Estas ideas están incorporadas en textos legales. Por ejemplo, el artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dice:

Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Debo precisar que la tesis de la armonía o armonización de los derechos humanos no es universalmente admitida. Sin embargo, si examinamos con cuidado los pensamientos de autores que hablan de colisiones, conflictos o enfrentamientos entre ellos, veremos que pareciera que algunos tímidamente se van acercando a la idea de su necesaria armonización o delimitación de unos con los otros.³

² Pigeat, Henri, *Médias et déontologie. Règles du jeu ou jeu sans règles*. Presses Universitaires de France. París 1997; pp. 7-8.

³ El distinguido tratadista español González Pérez, Jesús, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Cuadernos Civitas. Madrid 1993; pp. 37-39, sostiene lo siguiente: "El ejercicio de un derecho fundamental puede dar lugar a colisiones con otros derechos que la Constitución consagra asimismo como fundamentales, que es necesario resolver salvando en lo posible el contenido esencial de cada derecho. Es indudable que el contenido esencial de un derecho -contenido que en todo caso debe respetar su regulación, según el art. 53.1 de la Constitución- impone límites a su ejercicio, en cuanto no puede amparar actuaciones que vayan más allá de aquél. Se trata de límites intrínsecos del derecho, distintos a los que puede venir del ejercicio de otro con el que se entra en colisión. Estamos ante un problema de delimitación y no de limitación.

Cuando el ejercicio de un derecho fundamental dentro de su ámbito propio incide en el ámbito de otro es cuando se produce una colisión, que habrá de resolverse tratando de respetar al máximo el contenido esencial de cada uno y, en tanto no sea posible, dando primacía a uno de ellos. La prioridad puede venir expresamente establecida en el propio texto constitucional".

Eduardo Novoa afirma que resulta casi contradictorio -y así me parece- suponer que dos o más derechos humanos puedan entrar en colisión o pugna entre sí, pero que sin embargo se dan situaciones en que la vida privada de una persona “choca” con la necesidad de otros de poseer una mayor información sobre lo que acontece en la vida social. Es decir, de acuerdo con su pensamiento se dan casos en los cuales, el derecho a la vida privada se presenta como “opuesto” a la libertad de información a la cual tienen derecho los demás miembros de la sociedad.⁴

Desde luego, las tesis que se inclinan por las colisiones, conflictos o enfrentamientos entre los derechos humanos, encuentran aparentemente un indiscutible ejemplo de ello en la relación que se establece entre el derecho a la vida privada y el derecho a la información y es que si la cuestión no se examina con cuidado sí pareciera que existe ese conflicto, pero si nos auxiliamos con la lupa de las ideas anteriormente expuestas, veremos que ese aparente conflicto es sólo un asunto de armonización de derechos y desde esta perspectiva no existe jerarquía superior entre los derechos a la vida privada y áquel a la información, sino que examinándose la causa concreta, el juez decide que precepto constitucional y legal debe aplicar a dicho asunto. El juez, sin embargo, debe respetar el marco constitucional y legal que armonizan los diversos derechos humanos.

La Suprema Corte argentina en un juicio muy connotado -el de “Campillay”- asentó en 1986 que la libertad de expresión es la libertad de dar y recibir información pero que éstas no implican un derecho absoluto y el legislador ante los posibles abusos producidos mediante su ejercicio, tipifica diversos delitos penales y establece ilícitos civiles, ya que “el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (arts. 14 y 35, Const. nacional)”.⁵

En esta sentencia la tesis de la armonía de los derechos humanos es muy clara y se encuentra dentro de las grandes corrientes del humanismo occidental. Empero, también se ha considerado que la Suprema Corte argentina en otros juicios ha limitado la libertad de prensa para otorgar jerarquía prioritaria al derecho al honor y a la dignidad personal.⁶

Yo no haría el planteamiento de esa manera porque vulnera la esencia de la tesis de la “armonización”. Entre los derechos humanos no existen jerarquías, con la única excepción de los derechos no derogables como son, entre otros, el derecho a la vida, la prohibición a la esclavitud y la prohibición de la tortura y tratos inhumanos.⁷

4 Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, segunda edición, Siglo veintiuno editores, México 1981; p. 9.

5 Citado por Zannoni, Eduardo A. y Bíscharo, Beatriz R., *Responsabilidad de los medios de prensa*. Astrea. Buenos Aires 1993; p. 50.

6 Bidart Campos, Germán José, *La evolución constitucional en Argentina entre 1917 y 1987* en “El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX”, tomo III, Universidad Nacional Autónoma de México. México 1988; p. 63.

7 Gómez Robledo, Alonso, *Protección de la “privacía” frente al Estado* en “Diagnóstico Genético y Derechos Humanos”. Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1998; pp. 92-93.

Lo que acontece, vuelvo a expresarlo, es que el juez aplica los preceptos constitucionales y legales al caso concreto, armonizando dos importantísimos derechos humanos: el de la vida privada y el de la libertad de expresión o derecho a la información en su evolución actual. Estos aspectos los ha sintetizado extraordinariamente bien Alonso Gómez Robledo. Antes de referirme a él, veamos brevemente dos obras argentinas que con diferentes matices parecieran seguir también la tesis de la “armonización” de estos derechos fundamentales.

Miguel Urabayen sostiene que entre los derechos a la intimidad y a la información hay que encontrar un *equilibrio* porque ambos son de esencial y equivalente importancia pero de no ponerse límites, cada uno tratará de anular al otro. De inmediato agrega que como el interés general priva sobre el particular, “podría partirse de la base de que el derecho a la información es la regla y el derecho a la intimidad la excepción”. Termina afirmando que hay que examinar cada caso planteado,⁸ que es lo que he venido sosteniendo.

El juez analiza el caso que se le ha sometido a su consideración y armoniza -equilibra, diría Urabayen- las normas aplicables para que la justicia se realice en el caso concreto, pero sin que uno de esos derechos humanos tenga mayor jerarquía que el otro. El problema, reitero, se circunscribe a decidir cuales son las normas aplicables a esa causa determinada. Esta labor no es fácil porque implica la utilización de conocimientos profundos del orden jurídico y de sus técnicas de aplicación.

Zannoni y Bísvaro se refieren a los límites internos de la libertad de expresión -la verdad y la actitud del informador hacia la verdad- y a los externos: el establecimiento de adecuados equilibrios si se suscita un “conflicto” con otro u otros derechos fundamentales como puede acontecer en el caso del derecho a la privacidad o intimidad, que posee igual excelencia y jerarquía formal que aquél. Estos autores precisan que los derechos fundamentales no prevalecen unos sobre los otros, como principio “a priori”.⁹

No cabe ninguna duda de que el derecho a la información es una de las bases del sistema democrático, que la sociedad como tal y los individuos deben estar bien informados, con veracidad y con objetividad.

Alonso Gómez Robledo destaca que la protección de la vida privada es igualmente un criterio determinante del carácter democrático de toda la sociedad, o sea, que ella es condición y garantía de todo régimen democrático. Gómez Robledo tiene toda la razón. Los países donde la democracia funciona mejor, son aquellos donde existe mayor preocupación por proteger la vida privada. En contraste, en los regímenes totalitarios esta protección casi o de plano desaparece. Recuérdese la obra “1984” de George Orwell. Este es el peligro real cuando desaparecen o se deterioran las protecciones a la vida privada: el ser humano pasa a la categoría de cosa, su

⁸ Urabayen, Miguel, *Vida privada e información: Un conflicto permanente*, Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1977; pp. 349.

⁹ Zannoni, Eduardo A. y Bísvaro, Beatriz R., obra citada, pp. 63-64 y 88-89.

dignidad se va deteriorando hasta ser pulverizada. Entonces ¿de qué serviría la libertad a la información para seres autómatas privados de lo más importante que se posee que es la dignidad humana?

Queda claro que no puede existir contradicción entre estos dos derechos humanos, ni uno es de mayor jerarquía que el otro, sino los dos existen y tienen que co-existir para reforzar y fortalecer al ser humano en su dignidad.

A este respecto Gómez Robledo realiza una síntesis con la que estoy de acuerdo. En cuatro párrafos expresa lo que a muchos autores les toma páginas y páginas:

Si la libertad de expresión es sin duda un fundamento esencial de todo orden democrático, es igualmente cierto que la protección de la vida privada es *garantía y condición* de la vida democrática.

En principio, la publicación de informaciones no debería ser obstaculizada en forma alguna; sin embargo, debe hacerse la distinción entre información verídica y falsa noticia. La prohibición de informaciones falsas no es contraria a la exigencia de la libertad. La posibilidad de limitar la libertad de publicar informaciones, incluso fidedignas, está vinculada a la existencia de otras libertades, y la libertad de información ejercida en forma dolosa pone en riesgo grave las otras libertades.

La libertad de la persona, el respeto debido a la vida privada, son protegidos por la ley penal contra los abusos de la información. Esta protección queda generalmente asegurada por el régimen jurídico de la difamación.

Las necesidades de una buena administración de justicia y la salvaguarda de los derechos de la defensa, conducen igualmente a prohibir la publicación de ciertas informaciones.¹⁰

Nada más, nada menos.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión es un derecho de siempre y para siempre, ha jugado un aspecto crucial en el desarrollo del ser humano y de las sociedades y mucho más a partir de las últimas cinco décadas, y cada día más, debido a las nuevas técnicas de comunicación masiva. De las diversas denominaciones que este derecho recibe en su evolución, por el momento recojo su aspecto básico, el de la libertad de expresión.

La libertad de expresión es siempre manifestar la verdad.

La libertad de expresión es honestidad.

¹⁰ Gómez Robledo, Alonso, obra citada, pp. 90, 100-101.

La libertad de expresión es información objetiva.

La libertad de expresión es la divulgación de criterios y opiniones propios.

La libertad de expresión es el derecho de crítica.

La libertad de expresión es respeto a los otros derechos humanos.

La libertad de expresión es actuar con responsabilidad personal y con sentido ético de la existencia.

La libertad de expresión es responsabilidad social.

La libertad de expresión es contribuir a formar opinión sobre temas internacionales y nacionales.

La libertad de expresión es contribuir a edificar la paz en las sociedades y en el mundo.

Por lo anterior, la defensa de la libertad de expresión es un deber de todo ser humano, porque los derechos y las libertades se defienden. Libertad de expresión: ¡sí! mil veces sí. Un millón de veces sí. Pero libertad de expresión con responsabilidad, ética y respeto a los otros derechos humanos.

En consecuencia,

La libertad de expresión no es derecho a mentir.

La libertad de expresión no es sinónimo de difamación y calumnia.

La libertad de expresión no es derecho a desdibujar, alterar o maquillar la realidad.

La libertad de expresión no es derecho a confundir a la audiencia.

La libertad de expresión no es el avasallamiento de los otros derechos humanos.

La libertad de expresión no es sustitución de los tribunales.

La libertad de expresión no es el derecho a crear nuevas inquisiciones.

3. LA EXISTENCIA O NO DE REGLAS DEL JUEGO

Se ha discutido si para el verdadero y real ejercicio de la libertad de expresión deben existir o no reglas del juego, o si éstas deben ser mínimas. Considero que dicha discusión está completamente superada, porque la existencia de dichas reglas del juego, es favorable a todos: a la sociedad en su conjunto, a los seres humanos y a los propios medios de comunicación y a los comunicadores, y la realidad internacional y la de las diversas naciones lo confirma. Aun en países como los EE.UU. e Inglaterra, que fueron y son favorables al establecimiento de reglas mínimas del juego, éstas cada día son más abundantes.

Dos de los grandes defensores de la libertad de expresión en México son don Francisco Zarco¹¹ y don Mariano Otero, este último incluso fue el redactor de la ley de libertad de im-

¹¹ Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Constituyente (1856-1857)*, El Colegio de México. México 1956; pp. 527-532. Ciertamente la defensa que don Francisco Zarco hizo de la libertad de prensa fue bella, poética y apasionada. Respecto al punto específico que trato, manifestó:

prenta de junio de 1848. Los dos, gigantes de la defensa de las libertades pero especialmente de la libertad de expresión, estuvieron en favor de la precisión y armonización de los derechos y por el establecimiento de las reglas del juego en esta materia.¹²

En el Congreso Constituyente de 1916-1917 se aceptaron sin mayor discusión las reglas del juego que provenían de la Constitución de 1857, las que se aprobaron después de bellos y hermosísimos debates.¹³

Ahora bien, cómo se establecen actualmente las reglas del juego.

Principalmente se establecen a través de cuatro fuentes que son complementarias entre sí:

- a) reglas autoimpuestas por los medios masivos de comunicación a los cuales a partir de aquí llamaré únicamente medios
- b) acuerdos y tratados internacionales
- c) la legislación nacional, ya sea la Constitución, las leyes o los reglamentos, y
- d) las decisiones judiciales.

Estas fuentes adquieren modalidades; así, hay reglas autoimpuestas de carácter propio del medio o de naturaleza nacional, hay decisiones judiciales de órganos internacionales o decisiones judiciales de tribunales ordinarios o del tribunal que ocupa la mayor jerarquía en ese orden jurídico.

“Yo creo que la opinión, si puede ser un error, jamás puede ser un delito; pero de este principio absoluto no llego al extremo que sostiene el ilustrado señor Ramírez, pues convengo en que el bien de la sociedad exige ciertas restricciones para la libertad de la prensa. Si estamos mirando que las predicaciones de un clero fanático excitan al pueblo a la rebelión, al desorden y a todo género de crímenes, y que la profanación del púlpito con todas sus funestas consecuencias no es más que el abuso de la palabra, ¿cómo hemos de negar que un periodista puede causar los mismos males y conducir al pueblo a la asonada, al incendio y al asesinato? La Ley que consintiera este escándalo, sería una ley indolente y maléfica...

¡La vida privada! Todos deben respetar este santuario; pero, cuando el escritor acusa a un ministro de haberse robado un millón de pesos al celebrar un contrato, cuando denuncia a un presidente de derrochar los fondos públicos, los fiscales y los jueces sostienen que cuando se trata de robo se ataca la vida privada y el escritor sucumbe a la arbitrariedad...

¿Queréis restricciones? Las quiero yo también; pero prudentes, justas y razonables...”

Véase también Cueva, Mario de la, *La Constitución de 5 de Febrero de 1857* en “El Constitucionalismo a mediados del siglo XIX”, tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1957; pp. 1289-1292.

12 Gómez de Lara, Fernando; González Oropeza, Manuel; Vega Vera, David M. y Zenteno Barrios, Javier, *Estudio sobre la libertad de prensa en México*. Universidad Nacional Autónoma de México y Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. México 1997; pp. 43-44.

13 Castaño, Luis, *La libertad de pensamiento y de imprenta*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1967; pp. 42-43.

4. LA EXISTENCIA DE REGLAS DEL JUEGO TAMBIÉN ES EN BENEFICIO DE LOS MEDIOS Y DE LOS COMUNICADORES

Antes de continuar quiero expresar algunos datos por los cuales afirmo que el establecimiento de las reglas del juego es también en el propio interés de los medios y de los comunicadores.

La casi irresponsabilidad real que existía y que existe en varios países respecto a los medios les ha creado algunas corrientes adversas, que se pueden sintetizar en la conocida frase de Balzac: si la prensa no existiera, no habría que inventarla.

Max Weber resalta la inclinación que existe de juzgar a los comunicadores de acuerdo con la conducta de quienes son entre ellos, los más indignos desde el punto de vista de la moral.¹⁴

Es obvio y claro que el establecimiento de reglas del juego también está en los mejores intereses de los medios y de los comunicadores. No es justo y sí resulta socialmente muy peligroso que se juzgue a los medios y a los comunicadores por la irresponsabilidad, la amoralidad, la corrupción y la falta de profesionalismo de algunos.

Una encuesta de *Sofres* muestra que en Francia, a principios de 1996, un francés de cada dos no creía en la confiabilidad de los medios y cerca de los dos tercios de los franceses consideraban que los periodistas no resisten las presiones del poder, de los partidos políticos ni del dinero.¹⁵

En Estados Unidos de Norteamérica una encuesta realizada por la NBC/Wall Street Journal, en enero de 1995, indica que únicamente el 26% de las personas interrogadas tenían una opinión muy positiva o bastante positiva de los medios; 50% una opinión muy negativa o bastante negativa y el 22% se declararon “neutros”.

Joann Byrd, *ombudsman* del “Washington Post” recibió en tres años 45 000 quejas telefónicas de lectores de ese periódico, lo que lo llevó a concluir que “la gente ya no considera más que el periodismo esté al servicio del público”.

Durante una reunión de la Sociedad americana de redactores en jefe de revistas en Nueva York, Marvin Kalb, antiguo periodista y profesor de la Universidad de Harvard, ante la pregunta: “¿Por qué en los Estados Unidos se odia a la prensa?”, respondió: “Porque lo merece”.¹⁶

14 Weber, Max, *El político y el científico*, Alianza Editorial, Madrid 1967; pp. 117-118.

15 Pigeat, Henri, obra citada, pp. 13 y 48.

16 Pigeat, Henri, obra citada, pp. 192-193.

Recientemente el periodista Serge Halimi se ha referido a los medios y a su profesión en términos duros: los medios cada día están más presentes, los periodistas son cada día más dóciles, la información es cada día más mediocre. Desde hace tiempo el deseo de transformación social se tropieza con estos obstáculos.¹⁷

Respecto a México, existen también algunos datos que nos pueden brindar indicios de la confianza de la sociedad en los medios.

Mori levantó una encuesta del 10 al 12 de febrero de 1995 y una de las preguntas fue: ¿Cuál de entre todas las empresas que ofrecen el servicio de televisión le inspira más confianza? Los hombres contestaron: 27% Televisa, 31% TV Azteca, 10% Multivisión, 8% todas igual, 8% Cablevisión, 13% ninguna. Las mujeres contestaron: 34% Televisa, 24% TV Azteca, 10% Multivisión, 9% todas igual, 6% Cablevisión, 16% ninguna.¹⁸

Se realizó en febrero de 1998 una encuesta y una de sus preguntas fue: ¿Qué tanta confianza tiene usted en El Noticiero de Guillermo Ortega? Los hombres contestaron: 25% mucha confianza, 49% algo de confianza, 20% poca confianza, 6% nada de confianza. Las mujeres contestaron: 38% mucha confianza, 44% algo de confianza, 14% poca confianza y 4% nada de confianza.¹⁹

Lo expuesto en los ocho párrafos precedentes, me preocupa especialmente por la trascendencia que los medios tienen en la democracia, educación, cultura e influencia en la manera de vivir y de pensar de las personas. Está en los mejores intereses de todos, que los países tengan medios creíbles y prestigiados. Por ello hay que decirlo, volverlo a decir y repetirlo cuantas veces sea necesario: Libertad de expresión: mil veces sí, con responsabilidad, ética y respeto a los otros derechos humanos. Los pueblos exigen, y tienen toda la razón, libertad de expresión con veracidad.

Ahora bien, ¿por qué en muchos países existen tantos problemas para el establecimiento de reglas del juego en esta materia que beneficien a todos y especialmente a la sociedad?²⁰

17 Halimi, Serge, *Les nouveaux chiens de garde*, Liber-raisons d'agir. París 1997; p. 102.

18 Mori de México, *Este País*, número 62, mayo. México 1996; p. 13.

19 Encuesta realizada por el Departamento de Investigación del periodico "Reforma", los días 18 y 19 de febrero de 1998. Se realizaron 500 entrevistas vía telefónica a mayores de edad en hogares del Distrito Federal. El muestreo se llevó a cabo de manera aleatoria sistemática.

20 Laíño, Félix, *La autocensura como forma poderosa para silenciar a la prensa* en "III Seminario Profesional: Aspectos jurídicos de la empresa periodística". Asociación de entidades Periodísticas Argentinas. Buenos Aires 1993; p. 33, recuerda una oración que a menudo se escucha en México y que algunos periodistas sostienen: "*La mejor ley de prensa es la que nunca se ha sancionado*, este es el axioma que hemos aprendido en la pila bautismal de la profesión". Gagliardo, Mariano, en *La sociedad dedicada a la prensa no puede ser vulnerada*, en la misma obra citada en esta nota, p. 45, insiste en que: "la libertad de prensa, se trata de un concepto institucional y una libertad institucional. No es susceptible de reglamentación o de restricción alguna. Configura una garantía constitucional".

La respuesta no hay que ir a buscar muy lejos: porque es una materia muy difícil, que históricamente ha oscilado entre dos extremos: por una parte el libertinaje y por la otra, la censura y la represión. La libertad de expresión tiene que ser cabalmente garantizada, protegida y armonizada con los otros derechos humanos. Censura, por ningún motivo. Represión, jamás. Libertinaje, tampoco.

Regreso a la tesis de este artículo que conozco que cada día es más compartida entre el mundo de los comunicadores: Libertad de expresión. Mil veces sí, con responsabilidad, con ética y con respeto a los otros derechos humanos.

5. LAS REGLAS DEL JUEGO EN MÉXICO

Ahora bien, preguntémosnos cómo se encuentra al respecto el estado de las reglas del juego en México.

De las cuatro fuentes mencionadas, dos han tenido un desarrollo muy débil. Respecto a las reglas autoimpuestas, éstas casi no existen y quizás lo más importante que puede señalarse es que el periódico “El Economista” creó un defensor del lector y se ha otorgado tres documentos: un código denominado Derechos de los Lectores, un Estatuto del Defensor del Lector y un Estatuto de la Redacción.²¹

El periódico “El Nacional” el 7 de agosto de 1994 publicó su “código de ética” contenido en un documento que intituló: “Diez compromisos editoriales” y entre otros aspectos se comprometió a impulsar la pluralidad y la tolerancia, a no admitir denuncias o informaciones que tuvieran como objetivo desprestigiar a una persona determinada y a respetar las opiniones de sus colaboradores. Raúl Trejo ha realizado una buena relación de otros tímidos desarrollos al respecto.²²

También pobre ha sido el aspecto de las decisiones judiciales. Los artículos 6 y 7 constitucionales regulan la libertad de expresión y la libertad de prensa; son artículos de gran importancia. Sin embargo, han tenido un insuficiente desarrollo jurisprudencial. Desde 1917, la Suprema Corte de Justicia sólo ha interpretado el artículo sexto en doce ocasiones y el séptimo en diecinueve.²³ Tampoco ha sido usual que las personas que se sienten afectadas por los medios recurran a los tribunales, aunque pareciera que en los últimos años ello está comenzando a cambiar.

21 Trejo Delarbre, Raúl, *De la crítica a la ética. Medios y sociedad. El nuevo contrato público*. Universidad de Guadalajara, Zapopan, Jal. 1995; pp. 51-54.

22 Trejo Delarbre, Raúl, *Volver a los medios. De la crítica a la ética*. Ediciones Cal y Arena. México 1977; pp. 334-335, 342-348.

23 López Ayllón, Sergio, *Derecho de la Información*, Universidad Nacional Autónoma de México y Mc Graw-Hill. México 1997; pp. 8-10.

En lo concerniente a la tercera fuente, en México existen diversas leyes, reglamentos y decretos que se ocupan de la libertad de expresión y de diversos aspectos del derecho a la información. Ernesto Villanueva menciona, sin la finalidad de ser exhaustivo, a once de ellas.²⁴ Las más importantes son la Ley de Imprenta y la Ley Federal de Radio y Televisión.

La Ley de Imprenta la expidió don Venustiano Carranza en abril de 1917 en uso de facultades extraordinarias para legislar y manifestó con toda claridad que ella tendría vigencia “entretanto el Congreso de la Unión reglamenta los artículos 6º y 7º de la Constitución”; se trataba de una ley transitoria y provisional mientras el H. Congreso de la Unión legislaba al respecto. Carranza informó puntualmente las causas por las cuales se expedía esa Ley; sus conceptos son muy duros. Yo podría decir que la idea de Carranza era que por el bien del país resultaba necesario establecer algunas reglas del juego, porque la nada jurídica a nadie beneficia y a todos perjudica.

Por increíble que parezca, desde 1917 no se ha legislado y la Ley de Imprenta sigue vigente tal y como lo ha reconocido nuestra Suprema Corte de Justicia.²⁵

La Ley de Imprenta resulta completamente anacrónica y desfasada del desarrollo que han tenido la sociedad mexicana y los medios. Sin embargo, la Suprema Corte tiene la razón al reafirmar su vigencia. Es en el fondo exactamente el mismo argumento de Carranza: lo peor sería la nada jurídica, la que propicia el dominio del más fuerte más allá de la razón y la justicia; se auspicia el caos vulnerándose la paz social.

24 Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1998; p. 16.

25 *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, tomo XXXIX, número 6. Ejecutorias del 18 al 25 de octubre de 1933. Suprema Corte de Justicia de México. México (sin fecha); p. 1525: “La Ley de Imprenta, expedida por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, el 9 de abril de 1917, no puede estimarse como una ley de carácter netamente constitucional, sino más bien, reglamentaria de los artículos 6º y 7º, de la Constitución, puesto que ésta ya se había expedido cuando se promulgó la Ley, la cual hubiera carecido de objeto, si sólo se hubiera dado para que estuviera en vigor por el perentorio término de 17 días; y tan es así, que al promulgarse dicha Ley, se dijo que estaría en vigor ‘entre tanto el Congreso de la Unión (que debía instalarse el primero de mayo siguiente), reglamenta los artículos sexto y séptimo de la Constitución General de la República’ y como no se ha derogado ni reformado dicha Ley de Imprenta, ni se ha expedido otra, es indudable que debe estimarse en todo su vigor”.

Esta tesis constituye actualmente jurisprudencia, como puede verificarse en *Jurisprudencia. Apéndice 1917-1988*, G-Q, segunda parte. Salas y tesis comunes. Suprema Corte de Justicia de México, México 1989; pp. 1536-1537, jurisprudencia número 939: “La Ley de Imprenta de nueve de abril de mil novecientos diecisiete, que se encuentra vigente, establece en su artículo...” y en su tesis relacionada se reitera que: “El artículo 36 de la Ley de Imprenta de nueve de abril de mil novecientos diecisiete, que se encuentra en vigor, establece que...”.

En este mismo tomo, se publica la tesis jurisprudencial 1071, pp. 1703-1704, que a mayor abundamiento la cito: “Legislación preconstitucional. Tiene fuerza legal y debe ser cumplida, en tanto que no pugne con la Constitución vigente, o sea expresamente derogada”.

Nuestra Ley de Imprenta está esperando que el Congreso de la Unión la abrogue al momento de aprobar una moderna legislación sobre los medios masivos de comunicación. Cada día son más los autores y los periodistas que apoyan decididamente la idea de que a México le urge contar con una nueva y actualizada legislación sobre los medios masivos de comunicación.²⁶

En el mundo y específicamente en Latinoamérica existen disposiciones -reglas del juego- que en muchos casos son muy avanzadas, pero en la mayoría de ellos -aunque hay una excepción notoria- se encuentran muy por adelante de México, ya que nosotros nos hemos quedado casi en el último furgón del tren en este aspecto.²⁷

La Ley Federal de Radio y Televisión es de 1960, la cual presenta graves inconvenientes como es la discrecionalidad del poder ejecutivo en el otorgamiento de las concesiones y de las revocaciones para el funcionamiento de las estaciones y canales. Incluso en aspectos técnicos ya es obsoleta como cuando se refiere en el artículo tercero a que la industria de la radio y de la televisión, comprende el aprovechamiento de las ondas electromagnéticas, cuando actualmente es claro que existen formas de transmisión de voz e imagen a través de maneras diferentes al de aquellas.²⁸

Que en estos campos es posible legislar, respetándose la libertad de expresión y los derechos de las personas -lector, escucha, televidente-, del comunicador y de la empresa, lo prueba la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995 en la cual se dieron algunos tímidos pasos hacia adelante como es la creación de un proceso de licitación pública para el otorgamiento de las concesiones y la obligación de la Secretaría del ramo de hacer públicos los criterios que se siguieron en la asignación de esa concesión. No hay duda de que con buena fe, es posible dar pasos hacia adelante en beneficio de la sociedad, de la nación y de los mexicanos.

6. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES

Entonces, ¿las reglas del juego respecto a los medios son débiles en México y ello no beneficia a nadie? Así es y actualmente no debería de serlo tanto, si se recurriera a las disposiciones contenidas en los tratados y acuerdos internacionales a los cuales México se ha adherido y ratificado conforme con nuestros preceptos constitucionales.

Dichos tratados y acuerdos, como lo dispone el artículo 133 constitucional, son normas

26 Entre otros se pueden citar, Trejo Delarbre, Raúl, última obra citada, pp. 247-248, 328-333; Medina Viedas, Jorge, *Las relaciones pantanosas. Medios, Estado, sociedad y democracia* en "Etcétera". México, 16 de marzo de 1995, p. 16; Castillo Peraza, Carlos, en "El Nacional", México 21 de julio de 1995, p. 9; Villanueva, Ernesto, obra citada, pp. 219-237; Gómez de Lara, Fernando y otros autores, obra citada, pp. 99-120.

27 Villanueva, Ernesto, obra citada, p. 116.

28 López Ayllón, Sergio, obra citada, pp. 44-45.

internas del orden jurídico mexicano y por tanto son preceptos que pueden y deben ser alegados por las personas y que pueden y deben ser aplicados por los tribunales. El artículo 133 constitucional establece los principios de la supremacía constitucional y el de la jerarquía de las leyes en el orden jurídico mexicano. Textualmente expresa:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

De este artículo 133, en conexión con otros artículos, especialmente el 16, el 103 y el 124, se desprende la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano, a saber: a) Constitución Federal, b) leyes constitucionales y tratados internacionales y c) derecho federal y derecho local. Así, no hay lugar a ninguna duda; en México los tratados internacionales ratificados por el Senado, son norma interna de nuestro orden jurídico²⁹ y se aplican como cualquier otra norma interna de ese propio orden.

Si se aplicaran los tratados internacionales que hemos ratificado, las reglas del juego en México serían en la realidad mucho mejor que en la actualidad.

Sólo recuérdese que entre los instrumentos internacionales vigentes en México se encuentran: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se ocupan expresamente de la libertad de expresión y de imprenta y dos de esos instrumentos expanden estos principios “adaptándolos a las nuevas condiciones de la información”.³⁰

A mayor abundamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante la consulta del gobierno de Costa Rica de si el derecho de rectificación o respuesta consagrado en la Convención Americana era un derecho ya garantizado en su libre y pleno ejercicio a todas las personas que se encuentren en su jurisdicción, en su opinión consultiva OC-7/86 de agosto de 1986, por unanimidad decidió:

A. Que el artículo 14.1 de la Convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que, de conformidad con el artículo 1.1, los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

²⁹ Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, sexta edición, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México 1998; pp. 441-442.

³⁰ López Ayllón, Sergio, obra citada, p. 13.

B. Que cuando el derecho consagrado en el artículo 14.1 no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte, ese Estado tiene la obligación, en virtud del artículo 2 de la Convención, de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias.³¹

La decisión de la Corte Interamericana pretende ser clara. Sin embargo, en países como Argentina, los jueces le han otorgado diferente significado. Así, en el caso “Sarotto c/Panadería Argentina” la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil estableció que el artículo 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica no es directamente aplicable ya que la propia Convención señala la necesidad de que existan las leyes respectivas para hacer efectivos los derechos contenidos en la propia Convención, ya que ella es “en tanto los Estados signatarios no dicten la ley reglamentaria, un tratado vinculante en el orden internacional, pero no es, todavía, derecho positivo interno”. Este precedente ha hecho escuela en dicho país.³²

El criterio jurisprudencial anterior contradice la decisión mencionada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y es absurdo porque entonces con gran facilidad un Estado podría evadir sus obligaciones internacionales con el solo hecho de no legislar al respecto. ¿Qué importancia y valor tiene que un Estado se adhiera a un tratado internacional si el mismo va a ser o a no ser cumplido de acuerdo con su voluntad?

En este sentido, la fuente quinta del artículo 1 del Código Civil Español, ubicada dentro del Capítulo 1, titulado “fuentes del Derecho”, es muy ilustrativa:

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el “Boletín Oficial del Estado”.

Realmente éste es el mismo sistema que opera en México de acuerdo con el ya mencionado artículo 133 constitucional: los preceptos contenidos en los tratados internacionales ratificados por el país, son norma interna, pero claro está que para que nos obliguen a todos, autoridades y gobernados, es indispensable su publicación en el “Diario Oficial de la Federación” como cualquier otra norma interna del orden jurídico. Esta publicación es una obligación del poder ejecutivo federal y no una facultad discrecional; si aquél no cumpliera con esta obligación, ello sería causa de responsabilidad para él.³³

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Exigibilidad del Derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2) Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Secretaría de la Corte. San José, Costa Rica, 1986; p. 19.

32 Zannoni, Eduardo A. y Biscaro, Beatriz R., obra citada, pp. 239-244.

33 Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, decimotercera edición. Siglo veintiuno editores, México 1996; pp. 92-94.

Si los abogados -litigantes, jueces y tratadistas- recurriéramos más a las normas internas derivadas de los tratados y acuerdos internacionales, las reglas del juego en México en esta materia mucho hubieran mejorado en beneficio de todos.

Nuestra omisión y descuido lleva consigo una responsabilidad moral: también somos responsables de la situación actual de los medios masivos de comunicación en México, la cual en una parte, en palabras de dos distinguidos comunicadores es la siguiente:

Razonar hoy es impopular... (los medios) están inmersos en el caos narrando el caos... la crisis de la sociedad es también la crisis de los medios. No es una cuestión de dinero, es un asunto ideológico, político, moral, ético... el rating va de la mano de la perversidad... me parece que sí se puede encontrar la fórmula idónea para hacer compatible el contar todo lo que está pasando y lograr mayores audiencias, sin recurrir sólo al escándalo...³⁴

7. HAY QUE MEJORAR NUESTRAS REGLAS DEL JUEGO

No hay ninguna duda de que en México hay que mejorar, lo cual es imperioso, las reglas del juego respecto a la libertad de expresión y el derecho a la información, en beneficio de todos. Para ello no es necesario ir a descubrir el Mediterráneo. Únicamente hay que revisar las experiencias del Derecho Comparado, que son muchas y muy variadas, discutir cuales pueden ser las mejores para nuestro país y adaptarlas a nuestra realidad. Alguna ventaja habría de existir en encontrarnos tan atrasados en este campo específico. Además, elementos valiosos son los diversos proyectos de códigos de ética y de leyes que han redactado especialistas mexicanos.

Volvamos a las cuatro fuentes del derecho de la información para echar un vistazo rápido a lo que se podría hacer:

a) *Las reglas autoimpuestas*

- i) Cada medio podría darse su propio Código de Ética.³⁵
- ii) Cada medio podría establecer un defensor o un Consejo del lector, del radioescucha o del televidente.
- iii) Todos los medios o por especialidad se podrían dar su propio Código de Ética.
- iv) Los Medios podrían establecer con carácter general uno o varios defensores o Consejos del lector, del radioescucha o del televidente.

³⁴ Entrevista a Carmen Aristegui y a Javier Solórzano, publicada en "La Jornada" del 1º de junio de 1998; pp. 8 y 46.

³⁵ Trejo Delarbre, Raúl, última obra citada, p. 49.

b) *Acuerdos y tratados internacionales*: que realmente funcionen como lo que son: normas internas para la defensa de la libertad de expresión con responsabilidad y con ética.

c) *La legislación nacional*

i) Urge actualizar nuestra legislación respectiva, respetando todos los principios mencionados en este artículo. Se deberá invitar a los mejores y más prestigiados comunicadores de México a que colaboren expresando sus puntos de vista. Con los medios y los comunicadores hay que legislar en bien de la sociedad mexicana. Los comunicadores serios, responsables y con sentido ético, que afortunadamente son muchos, no tienen nada que temer de una legislación que incorpore los derechos y obligaciones que ya se encuentran en los tratados internacionales y en las legislaciones de los países más democráticos del mundo.

Estoy de acuerdo con quienes proponen la existencia de una ley federal de comunicación reglamentaria de los artículos sexto y séptimo de nuestra Constitución, lo creo preferible a la existencia de varias leyes, pero lo de menos es la forma. La filosofía de esa ley debe ser: libertad de expresión como fundamento y base de nuestra democracia, cultura y educación, pero con responsabilidad, con ética y con respeto a los otros derechos humanos. Ni libertinaje, ni censura, ni represión.

ii) Hay que discutir si es conveniente en México el establecimiento de un Consejo de Medios o de Prensa, como ya existe en tantos países y, en su caso, cuál sería su integración y cuáles sus facultades.

d) *Las decisiones judiciales*

Muy importante es que los jueces interpreten las disposiciones en esta materia y que la Suprema Corte precise los alcances constitucionales de las mismas. No puede negarse que ello comienza a darse en las resoluciones de algunos tribunales colegiados de circuito.³⁶

8. EPÍLOGO

Termino este artículo recordando el proyecto de estatuto que la federación nacional de la prensa francesa presentó en noviembre de 1945.

- Artículo 1. La prensa no es un instrumento de ganancia comercial. Es un instrumento de cultura. Su misión es dar información exacta, defender las ideas y servir a la causa del progreso humano.

36 López Ayllón, Sergio, obra citada, p. 13.

- Artículo 2. La prensa no puede realizar esta misión, sino en la libertad y por la libertad.

- Artículo 3. La prensa es libre cuando no depende del poder del gobierno ni del poder del dinero, sino únicamente de la conciencia de los periodistas y de los lectores.³⁷

³⁷ Citado por Pigeat, Henri, obra citada, p. 57.

THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM: A FUNCTIONAL ANALYSIS

Douglass Cassel^(*)

The administration of justice should endeavor to perform certain basic functions. Well-developed national systems typically undertake to do at least the following:

- . Define legal *norms* for uniform application,
- . *Promote* public awareness of the law and legal institutions,
- . *Deter* violations, in part through exposing violations and publicizing sanctions,
- . *Prevent* violations of the law,
- . *Investigate* violations,
- . *Prosecute and punish* violators,
- . Authoritatively *declare* violations through adjudicative and administrative proceedings,
- . *Compensate* victims,
- . *Settle* disputes,
- . Regulate conditions of *detention*,
- . Restore *liberty* to persons wrongfully detained, and
- . *Advise* public officials on the law and their legal obligations.

If international systems are effectively to supplement national legal systems in protecting human rights, they should likewise aspire to perform such basic functions. Any omissions should be for sound, articulated reasons. A starting point is to identify and analyze the functional capacities of the international system. This essay undertakes such a functional analysis of the Inter-American Human Rights system.

As stated in the Preamble to the American Convention on Human Rights (“Convention”),¹ the purpose of the system is “to consolidate in the hemisphere, within the framework

(*) Director Ejecutivo, International Human Rights Institute y Sullivan Program for Human Rights in the Americas, DePaul University College of Law, Chicago.

¹ OAS, OFFICIAL RECORDS, OEA/Ser.K/XVI/1.1, doc. 65, Rev. 1, Corr. 2 (1970), *opened for signature*, Nov. 22, 1969, *entered into force*, July 18, 1978, *reprinted in* 9 I.L.M. 673 (1970).

of democratic institutions, a system of personal liberty and social justice based on respect for the essential rights of man.”² To this end, the system defines legal norms, mainly through the Convention, the Charter of the Organization of American States (“OAS”),³ and the American Declaration of the Rights and Duties of Man (“the Declaration”).⁴ It also designates or establishes institutions to implement these norms: OAS member states; OAS political organs; regional human rights bodies, principally the Inter-American Commission on Human Rights (“the Commission”) and Inter-American Court of Human Rights (“the Court”); and, *de facto*, what have been termed the “electrical charge” of the system - human rights non-governmental organizations.⁵ Together these instruments and institutions comprise a sort of hemispheric back-up system for the administration of justice in matters of human rights.

The most visible components of the system are its regional institutions - OAS political and human rights bodies. However, in deference to national sovereignty and for practical reasons, those bodies have never been conceived as more than supplements to national systems. They cannot possibly intervene in more than a tiny fraction of human rights matters arising throughout the hemisphere. Their role must therefore be essentially three-fold: to stimulate and assist *willing* states to improve protection of human rights; to act where states are unwilling or unable; and to inform the public and international community of serious violations, so that others may act within their competence.

Wisely, then, the system “delegates” front-line responsibility to states - or more accurately, recognizes the responsibility retained by the states which created it. For states parties to the Convention, this is made clear by the Convention and by jurisprudence of the Court. States parties must not only respect but “ensure” the free and full exercise of Convention rights by all persons subject to their jurisdiction.⁶ They are thus bound “to organize the governmental apparatus and, in general, all the structures through which public power is exercised, so that they are

² For purposes of interpreting the treaty under the Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331, art. 31(1), this provision reflects the “object and purpose” of the Convention, as do the criteria of democracy and human rights referred to in arts. 29(c) and (d) and 32 (2) of the Convention. *E.g.*, Advisory Opinion OC-5/85, “Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism,” 1985 ANN.REP.INT.-AM.CT.H.RTS. (hereinafter “ANN.REP.”) 21 at 31 para. 41 (1986).

³ OAS Charter principles include respect for “the fundamental rights of the individual without distinction as to race, nationality, creed, or sex,” Charter of the OAS, April 30, 1948, 119 U.N.T.S. 3 (hereafter “OAS Charter”), art. 3(k). In addition, OAS purposes include promotion of representative democracy. OAS Charter art. 2 (b).

Charter article numbers used herein are those preceding the entry into force of the Protocol of Washington, which renumbered article 9 and all subsequent articles, as well as the subsections of articles 2 and 3. The Protocol went into effect September 25, 1997. Thomas W. Lippman, *OAS Amends Charter to Shun Coup-Based Governments*, THE WASHINGTON POST, Sept. 26, 1997, at A21.

⁴ Res. XXX, *Final Act of the Ninth International Conference of American States, Bogotá, Colombia, March 30-May 2, 1948*, at 38 (PAU 1948), reprinted in BASIC DOCUMENTS PERTAINING TO HUMAN RIGHTS IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM, Updated to May 1996, OAS (1996) (hereinafter “BASIC DOCUMENTS”), at 17.

⁵ W. Michael Reisman, *Practical Matters for Consideration in the Establishment of a Regional Human Rights Mechanism: Lessons from the Inter-American Experience*, 1995 ST. LOUIS-WARSAW TRANSATLANTIC L. J. 89, 96 (1995).

⁶ Convention art. 1.1.

capable of juridically ensuring the free and full enjoyment of human rights.”⁷ Their duty is not met by the mere existence of a legal system, but “also requires the government to conduct itself so as to effectively ensure the free and full exercise of human rights.”⁸

States must accordingly adopt such legislative or other measures as may be necessary to give effect to the rights.⁹ In particular, they must assure judicial protection for fundamental rights,¹⁰ whether recognized by the Convention or by state laws,¹¹ and may not, even in national emergencies, suspend judicial guarantees essential to protect nonderogable rights.¹²

In deference to these state duties, regional organs are constrained. Cases may not be brought before the Commission unless state remedies have been exhausted (subject to exceptions generally recognized by international law).¹³ Nor may the Convention be interpreted to restrict rights protected by state law.¹⁴

States not parties to the Convention assume less clearly defined duties. Still, all OAS member states subscribe to the principle of “the fundamental rights of the individual without distinction as to race, nationality, creed, or sex.”¹⁵ For non-states parties, these rights are defined by the Declaration,¹⁶ whose resolution of adoption declared that regional affirmation “together with the guarantees given by the internal regimes of the states establish the initial system of protection”¹⁷ Further, all OAS member states have created the Commission “to promote the observance and protection of human rights,”¹⁸ and submit to its competences to act on individual complaints, to report on situations of human rights in states and to request on-site visits.¹⁹

Increasingly states recognize their Inter-American Human Rights responsibilities. Their constitutions often incorporate international norms into national legal orders, sometimes giving them superiority over domestic legislation.²⁰ And their courts increasingly apply Inter-

7 Velásquez Rodríguez, 1988 ANN. REP. 35, 70 para. 166.

8 *Id.* at para. 167.

9 Convention art. 2.

10 Convention arts. 7.6, 8.1 and 25.

11 Convention art. 25.1.

12 Convention art. 27.2; Advisory Opinions OC-8/87, “Habeas Corpus in Emergency Situations,” 1987 ANN. REP. 17, and OC-9/87, “Judicial Guarantees in States of Emergency,” 1988 ANN. REP. 13.

13 Convention arts. 46.1(a) and 46.2; Commission Statute art. 20(c). *See generally* Velásquez Rodríguez, *supra* note 7, at 47-52 paras. 50-81.

14 Convention art. 29(b).

15 OAS Charter art. 3(l).

16 Commission Statute art. 1.2(b); see Adv.Op. OC- 10/89, “Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights,” 1989 Ann. Rep. 109, 119-21 paras. 37-47.

17 Resolution XXX, note 4 *supra*, fourth resolute paragraph.

18 OAS Charter art. 111.

19 Commission Statute arts. 18(b), (c), (d), (f) and (g), 19(a) and 20(b).

20 *See generally* Héctor Fix-Zamudio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las*

American norms, often guided by the jurisprudence of the Inter-American Court.²¹

Properly conceived, the Inter-American system is thus an integrated whole, comprising not only regional bodies but also states, to the extent their institutions are thus “incorporated” into the system. The following analysis therefore considers functional responsibilities of both states and regional bodies. Part I considers functions relating to civil and political rights; Part II considers them with regard to economic, social and cultural rights; and Part III offers a concluding assessment.

I. CIVIL AND POLITICAL RIGHTS

Viewed in its entirety, the system provides for the following functional capacities to promote and protect civil and political rights:

A. *UNIFORM STANDARDS*: The system aims to define and establish uniform, minimum norms for human rights throughout the hemisphere. Convention rights are intended as minimum standards; they may not be restricted to a greater extent than allowed by the Convention.²² They seek only to raise, never to lower standards of rights; thus the Convention may not be interpreted to restrict rights inherent in the human personality or derived from representative democracy, or rights provided by national laws, by other applicable conventions, or by the Declaration or similar international instruments.²³

Pending universal ratification of the Convention, the system makes do with the stopgap measure of applying Declaration rights to non-state parties.²⁴ While this may be the best that can be done as an interim measure, it does not achieve uniformity, since Convention and Declaration norms are not entirely the same.

The Convention protects the following civil and political rights: juridical personality, life, humane treatment, freedom from slavery, personal liberty, fair trial, freedom from *ex post facto* laws, compensation for miscarriage of justice, privacy, conscience and religion, thought and expression, right of reply, assembly, association, family, right to a name, rights of the child, nationality, property, movement and residence, right to participate in government, equal pro-

Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, in Inter-American Institute of Human Rights, *THE MODERN WORLD OF HUMAN RIGHTS: ESSAYS IN HONOR OF THOMAS BUERGENTHAL* (1996), at 159.

21 See, e.g., *Ekmedjian c. Sofovich, Gerardo y otros*, Corte Suprema de Justicia de Argentina, Caso no. E.64.XXIII, Sentencia del 7 de julio de 1992, discussed in Thomas Buergenthal, *La Jurisprudencia Internacional en el Derecho Interno*, in *LA CORTE Y EL SISTEMA INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS* (Rafael Nieto Navia, ed., 1994), at 67, and in Thomas Buergenthal and Dinah Shelton, *PROTECTING HUMAN RIGHTS IN THE AMERICAS: CASES AND MATERIALS* (4th rev. ed. 1995), at 456-61.

22 Convention art. 29(a).

23 Convention art. 29(b)-(d).

24 Commission Statute art. 1.2(b); Adv. Op. 10.

tection and judicial protection.²⁵

Albeit in less juridical language, the Declaration addresses nearly all these rights,²⁶ either expressly²⁷ or by implication.²⁸ However, the scope of some Declaration rights, such as security of the person²⁹ and due process,³⁰ would require energetic interpretation in order to approximate the Convention, and even then would fall short.³¹

Still, pending universal ratification of the Convention, in the interest of regional uniformity and whenever reasonably permitted by rules of construction, the Commission and Court³² should endeavor to construe the substantive rights of the Convention and Declaration in a consistent manner.

Further Inter-American norms have been added by separate treaties or protocols on torture,³³ forced disappearance,³⁴ the death penalty³⁵ and violence against women.³⁶ Of these, the new instruments on torture and disappearance do not raise significant issues of regional uni-

25 Convention arts. 3-25.

26 Only the right to compensation for miscarriage of justice in Convention art. 10 appears to lack a Declaration parallel.

27 Declaration arts. I-X and XVII to XXVII.

28 *Freedom from slavery* can be arguably implied from Declaration art. I, which recognizes the right to liberty, and art. XIV, which recognizes the right to adequate remuneration for work; the *right of reply* might be inferred from art. V, which recognizes that every person has the “right to the protection of the law against abusive attacks upon his honor, his reputation, ... ;” and the *right to a name* might be found in art. XVII, which declares the right of everyone “to be recognized everywhere as a person having rights and obligations, and to enjoy the basic civil rights.”

29 Declaration art. I recognizes the right to “security of [the] person,” whereas Convention art. 5 protects “physical, mental and moral integrity;” prohibits torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; requires that all persons deprived of liberty be treated “with respect for the inherent dignity of the human person;” generally requires separation of accused from convicted prisoners and of minors from adults, and specifies that the essential purpose of punitive deprivations of liberty must be reform and social readaptation.

30 Declaration art. XXVI on due process of law, unlike Convention arts. 8.2(a)-(h), does not explicitly mention the rights to translation, to prior notice in detail of the charges, to adequate time and means for defense, to assistance of counsel, to call witnesses, to remain silent and to appeal.

31 For example, Declaration art. XXVI on due process of law, unlike Convention art. 8.1, is limited to criminal cases.

32 Although the Court’s contentious jurisdiction is limited to Convention states (Convention art. 62), the Court has express authority under art. 29(d) to consider the Declaration in interpreting the Convention, and may also consider it with respect to the OAS Charter. *See generally* Adv. Op. OC-10/89, *supra* note 16.

33 Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, Dec. 9, 1985, OAS T.S. No. 67, *reprinted in* BASIC DOCUMENTS, *supra* note 4, at 87.

34 Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, June 9, 1994, *reprinted in* BASIC DOCUMENTS, *supra* note 4, at 99.

35 Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty, June 9, 1980, OAS T.S. No. 73, *reprinted in* BASIC DOCUMENTS, *supra* note 4, at 83.

36 Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women, June 9, 1994, *reprinted in* BASIC DOCUMENTS, *supra* note 4, at 109.

formity, since they essentially elaborate rights already recognized by the Convention and Declaration as interpreted by the Commission and Court.³⁷ The instruments on the death penalty and violence against women do recognize new rights.³⁸ To date, however, the Protocol on the Death Penalty has attracted too few ratifications to upset uniformity,³⁹ while the Convention on Violence Against Women appears *en route* to establishing a new set of uniform regional norms, having attracted more ratifications in its first two years than has the Convention in nearly three decades.⁴⁰

B. *PROMOTION*: The system seeks to promote awareness of human rights by national and regional officials and the public. The duty to promote such awareness is implicit in the duties of states parties to the Convention to “ensure” the free and full exercise of rights and to take such “other measures as may be necessary” to give them effect.⁴¹ Among the Commission’s functions is “to develop an awareness of human rights among the peoples of America.”⁴² The 1997 OAS General Assembly directed the Commission to coordinate the preparation of an Inter-American Plan for Promotion of Human Rights, to be presented to the 1998 General Assembly.⁴³ (In cases before the Court, the Commission has also asked for remedies requiring states to undertake promotional activities, but in general the Court has to date denied these requests.)⁴⁴

37 Compare Inter-American Torture Convention art. 2 with Convention arts. 5.2 (prohibiting torture) and Declaration art. I (security of person). Similarly compare Inter-American Disappearance Convention arts. I(a) and II with the Court’s interpretation of state obligations under Convention art. 1.1 and the rights to life, humane treatment and liberty under Convention arts. 4, 5 and 7. Velásquez Rodríguez, *supra* note 7.

38 Unlike the Convention and Declaration, the Death Penalty Protocol art. 1 prohibits the death penalty. The Convention on Violence Against Women, in arts. 1, 2(a) and (b), and 6, reaches private and domestic violence and social and cultural stereotypes, well beyond the limited scope of non-state action covered by the Convention. See Velásquez Rodríguez, *supra* note 7, at 71 para. 172, 72 para. 176, 73 para. 182.

39 Through 1996 the Protocol had been ratified by only four states: Brazil, Panama, Uruguay and Venezuela. 1996 ANN. REP. INT. AM. COMM’N H. RTS. 787.

40 Through 1996 the Convention on Violence Against Women had been ratified by 26 states. *Id.* at 792.

41 Convention arts. 1.1, 2. The state’s art. 1.1 duty to prevent violations “includes all those means of a . . . cultural nature that promote the protection of human rights . . .” Velásquez Rodríguez, *supra* note 7, at 71 para. 175. See also Caballero Delgado and Santana, Judgment of Jan. 29, 1997, slip op. (Spanish), at 18, 18-19 para. 3, Voto Disidente del Juez A. A. Cançado Trindade: “El cumplimiento de la obligación de *garantizar* los derechos protegidos . . . requiere además otras providencias de los Estados Partes en el sentido de *capacitar* [énfasis nuestro] a los individuos bajo su jurisdicción para hacer ejercicio pleno de todos los derechos protegidos.”

42 Convention art. 41(a). To like effect are arts. 1.1 and 18(a) of the Commission’s Statute. Art. 111 of the OAS Charter, which establishes the Commission, states that its “principal function shall be to promote the observance and protection of human rights and to serve as a consultative organ of the Organization in these matters.” Art. 41 of the Convention states, “The main function of the Commission shall be to promote respect for and defense of human rights.”

43 “International Promotion of Human Rights in the Inter-American System,” resolution adopted by the OAS General Assembly June 5, 1997, OAS doc. OEA/Ser.P/AG/doc. 3583/97/5 June 1997 (orig: Spanish), para. 2.

44 *E.g.*, Caballero Delgado and Santana, Judgment of Jan. 29, 1997, Slip op. (Spanish), at 14 para.

C. *DETERRENCE*: The system endeavors to deter human rights violations, by serving as a credible system for exposure of both individual⁴⁵ and systematic violations,⁴⁶ and through the protection mechanisms described below.

D. *PREVENTION*: As a consequence of their obligation to “ensure” human rights, Convention states must “take reasonable steps to prevent human rights violations,”⁴⁷ including judicial and other preventive remedies.⁴⁸ In “serious and urgent” cases, when necessary to prevent irreparable injury to persons, the Commission may request both Convention and Declaration states to take precautionary measures,⁴⁹ and the Court may order Convention states to do so.⁵⁰ At least one judge interprets the state’s duty of prevention to mean that the Court should rule on state laws that may violate the Convention and that are at issue in a case, without waiting for their actual application to the detriment of an individual.⁵¹

E. *INVESTIGATION*: In all OAS member states the system contemplates investigations of violations at as many as three levels: (1) by states in the first instance, (2) by the Commission,

58. One partial exception was made in the provisional measures in the Honduran disappearance cases where, after witnesses before the Court had been killed, the Court directed the state to “adopt concrete measures to make clear that the appearance of an individual before the [Commission or Court] . . . is a right enjoyed by every individual and is recognized as such by Honduras as a party to the Convention.” Velásquez Rodríguez, *supra* note 7, at 45 para. 45(2).

45 Art. 51(3) of the Convention authorizes the Commission to publish its final report in individual complaint cases. Art. 53.4 of the Commission’s Regulations authorizes it to publish its decision in cases governed by the Declaration.

46 Arts. 41(c) and (g) authorize the Commission, respectively, to prepare reports and to submit an annual report to the OAS General Assembly. To like effect are Commission Statute arts. 18(c) and (f), respectively. Arts. 62(c) and (d) of the Commission’s Regulations envision publication of its reports on the status of human rights in a specific state. Art. 63(h) of the Regulations further authorizes the Commission to include reports on the situation of human rights in the member states in its annual report.

47 Velásquez Rodríguez, *supra* note 7, at paras. 166, 174.

48 Arts. 25(1) and (2)(a) of the Convention require states parties to ensure that everyone has the right to “simple and prompt . . . , or any other effective” judicial recourse against violations of rights provided by the Convention or by national law, and art. 25(2)(c) requires states to ensure that the authorities enforce such remedies when granted. In addition, art. 7(6) requires states to provide a judicial remedy for persons deprived of liberty.

49 Art. 29.2 of the Commission Regulations, contained in chapter 1, “General Provisions,” which applies to all OAS member states. In addition, Art. 48.2 of the Convention and art. 44.2 of the Commission Regulations authorize it, in “serious and urgent cases,” to initiate an investigation without all the usual procedural prerequisites. Art. 19(c) of the Commission Statute and art. 76 of its Regulations authorize it to ask the Court to take provisional measures in “serious and urgent cases which have not yet been submitted to [the Court] for consideration, whenever this becomes necessary to prevent irreparable injury to person.”

50 Art. 63.2 of the Convention provides, “In cases of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable damage to persons, the Court shall adopt such provisional measures as it deems pertinent in matters it has under consideration. With respect to a case not yet submitted to the Court, it may act at the request of the Commission.” Art. 25 of the Court Rules further specifies this authority.

51 See Judge Cançado Trindade’s thoughtful dissent in *El Amparo*, Resolution of the Court of April 16, 1997, slip op. (Spanish), especially paras. 9-21, which includes an analysis of the “Conceptual Bases

and (3) by states upon recommendation of the Commission. In cases under the Convention, investigations may also be conducted (4) by the Court or (5) by states pursuant to Court order.

(1) *By States.* Implicit in states' Convention duty to "ensure" human rights is the duty to investigate any violation.⁵² The investigation "must be undertaken in a serious manner and not as a mere formality preordained to be ineffective." Nor may it depend on the initiative of the victim or family; it must be undertaken by the state "as its own legal duty."⁵³

The Declaration likewise does not expressly impose a duty to investigate. However, the duty is implicit in its resolution of adoption, which provides that "the internal regimes of the states establish the initial system of protection"⁵⁴ Since the Commission, as noted earlier, is not designed to supplant, but only to supplement state responsibilities, that "initial system of protection" still applies in states not parties to the Convention.

(2) *By the Commission.* The Commission may investigate individual complaints filed under either the Convention or Declaration.⁵⁵ It may also investigate the situation of human rights in any OAS member state,⁵⁶ or issues of human rights affecting one or more states in the region.⁵⁷

(3) *By States upon Commission Recommendation.* If the Commission finds a violation of either the Convention or Declaration, it may recommend that the state conduct an investigation.⁵⁸

(4) *By the Court.* In cases under the Convention, at any stage of its proceedings, the Court may on its own motion obtain any evidence it considers helpful.⁵⁹ Among other means, it may request information, reports and opinions from any entity or authority,⁶⁰ or entrust one

of the Duty of Prevention."

52 Velásquez Rodríguez, *supra* note 7, at 70-72, paras. 166, 174, 176 and 177.

53 *Id.* at para. 177.

54 BASIC DOCUMENTS, *supra* note 4, at 17.

55 Upon receipt of complaints of violations, arts. 48(1)(a) and (e) of the Convention authorize the Commission to request information from the government concerned, and art. 48(1)(d) authorizes it to carry out an investigation, if "necessary and advisable." Art. 28 of the Commission's Regulations authorizes it to designate one or more of its members or staff to investigate facts, while art. 44.1 adds that, "If necessary and advisable, the Commission shall carry out an on-site investigation, for the effective conduct of which it shall request, and the States concerned shall furnish to it, all necessary facilities."

56 Convention art. 41 (b), (c) and (d); Statute art. 18 (b), (c), (d) and (g); Regulations arts. 55-60, 62.

57 Convention art. 41 (b), (c) and (d); Statute art. 18 (b), (c) and (d); Regulations art. 60.

58 In its preliminary report in individual complaint cases, the Commission is authorized by art. 50(3) of the Convention to "make such proposals and recommendations as it sees fit" to the state involved. Art. 51(2) further authorizes it to include "pertinent recommendations" in its final report. To like effect is art. 20(b) of the Statute for cases under the Declaration. The Commission commonly recommends that States conduct thorough investigations of the violation at issue.

59 Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, 1996 Ann. Rep. 221 (hereafter "Rules of Procedure"), 234, art. 44.1.

of its members to conduct an inquiry, which may include an on-site investigation.⁶¹

(5) *By States upon Court Order.* Finally, if a Convention case is referred to the Court, it is now settled that the Court may order the state to conduct an investigation and to prosecute and punish those found responsible for violations. This authority was first exercised in 1988 as an element of precautionary measures in cases before the Court on the merits.⁶² However, in other contexts -final judgments on the merits, and precautionary measures requested by the Commission in cases not yet referred to the Court⁶³- the Court was more cautious, delaying until 1995 before ordering states to conduct investigations.

In such cases the Court was apparently hesitant to interpret its vague remedial authority to permit it to order states to investigate, prosecute and punish those found culpable.⁶⁴ In cases on the merits, Convention art. 63.1 authorizes the Court, upon finding violations, to order that the “injured party be ensured the enjoyment” of the right and, if appropriate, that “the consequences ... be remedied.” Art. 63.2 further authorizes the Court, in cases of extreme gravity and urgency, to “adopt such provisional measures as it deems pertinent in matters it has under consideration.” Neither provision expressly authorizes the Court to order investigations, prosecution or punishment.

In its early judgments on the merits, even while holding that the Convention requires states to investigate and punish violations,⁶⁵ the Court did not, upon finding violations, order states to do so. Instead, it limited itself to declaring the violation and ordering compensation.⁶⁶

In 1995, however, the Court began to interpret its remedial authority more expansively. In a disappearance case it ruled that “reparations should consist of the continuation of the judi-

60 Rules of Procedure art. 44.3.

61 Rules of Procedure art. 44.4.

62 Velásquez Rodríguez, *supra* note 7, at 43-47 paras. 39-49; and a case consolidated with it for purposes of the evidentiary hearings, Godínez Cruz, 1989 Ann. Rep. 15, 23-27 paras. 41-52.

63 Provisional measures are authorized by Convention art. 63.2, which stipulates that “[w]ith respect to a case not yet submitted to the Court, it may act at the request of the Commission.”

64 In part the Court may have been concerned with precedent under which the European Court of Human Rights has repeatedly held “that it has no jurisdiction to make ‘consequential orders’ in the form of directions or recommendations to the state. Thus, for example, in *Ireland v. U.K.* it refused the request by the Irish government to direct that criminal prosecutions be brought against those responsible . . .” D.J. Harris, M. O’Boyle and C. Warbrick, *LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* 684 (1995) (footnote omitted). In this respect, however, the European system differs from the Inter-American. In contrast to the broad remedial mandate of art. 63.1 of the American Convention quoted in text above, the European Court’s only remedial authority under art. 50 of the European Convention on Human Rights is to “afford just satisfaction to the injured party,” and then only if the internal law of the state “allows only partial reparation to be made for the consequences of its violation.” *See generally* Caballero Delgado and Santana, Judgment of Jan. 29, 1997, Slip op. (Spanish) at 18, 22 para. 12 (Voto Disidente del Juez A. A. Cançado Trindade).

65 Velásquez Rodríguez, *supra* note 7 at 70 para.166.

66 *E.g., id.* at 75-76 para. 194. As late as 1993, in its Judgment on Reparations in the *Aloeboetoe et*

cial proceedings inquiring into the disappearance ... and punishment of those responsible in conformance with ... domestic law.” In its ordering paragraph the Court “[d]ecide[d] that the Republic ... is obligated to continue judicial proceedings into the disappearance and presumed death of the persons named and to extend punishment in accordance with domestic law.”⁶⁷

In a 1996 massacre case, the Court continued this practice, rejecting the state’s contention that it was “inconsistent with international jurisprudence in general, and with that of the Court in particular.”⁶⁸ Most recently, in a 1997 case involving unreasonably prolonged pretrial detention, the ordering paragraph of the Court’s final judgment ruled that the state should conduct an investigation in order to determine the persons responsible for the violations and, eventually, to punish them.⁶⁹

On the other hand, in other judgments on the merits or reparations during 1996 and 1997, the Court’s practice was not entirely consistent. In two cases it understandably did not order investigations: in one an extensive investigation had been conducted and judicial proceedings were still pending,⁷⁰ and in the other the state was continuing an investigation previously ordered by the Court.⁷¹ But in the third and fourth cases, even though the Court’s opinion declared the state’s duty to investigate, its ordering paragraphs refrained from ordering the state to investigate.⁷² In a fifth case, neither the opinion nor the ordering paragraph purported to require an investigation.⁷³ However, these last two judgments were on the merits and left the case open for reparations,⁷⁴ so that the Court could still decide to order investigations.

al. Case, 1993 Ann. Rep. 61, and despite the “particular importance in the instant case” of the state’s duty to investigate, the Court refrained from explicitly ordering the state to do so. *Id.* at 88 para. 109, 89 para. 116.

⁶⁷ Caballero Delgado and Santana Case, 1995 Ann. Rep. 135, 154 para. 69, 155 para. 72(5).

⁶⁸ El Amparo Case, Reparations, 1996 Ann. Rep. Int.-Am. Ct. H. Rts. 159, 171 para. 57 (1997). As part of non-pecuniary reparations, the Commission had asked the Court to order an investigation and effective punishment of those responsible. *Id.* at 170 para. 53. Venezuela resisted, arguing that the request was “inconsistent with international jurisprudence in general, and with that of this Court in particular.” *Id.* at 171 para. 57. The Court, however, responded that investigation and punishment are state obligations, *id.* at 171 para. 61, and in its ordering paragraph “[d]ecide[d] that the State of Venezuela shall be obliged to continue investigations into the events referred to in the instant case, and to punish those responsible.” *Id.* at 172 para. 64(4).

⁶⁹ Suárez Rosero, Judgment of Nov. 12, 1997, slip op. (Spanish) at 33 para. 6.

⁷⁰ Genie Lacayo, Judgment of Jan. 29, 1997, slip op. (Spanish) at paras. 69, 71, 94 and 97.

⁷¹ Caballero Delgado and Santana Case, Judgment of Jan. 29, 1997, slip op. (Spanish) at 5 para. 14 and 7 para. 22.

⁷² In the 1996 Judgment on Reparations in the Neira Alegría Case, 1996 Ann. Rep. 179, the Court’s ordering paragraph “[d]ecide[d]” only that Peru “is obligated to do all in its power to locate and identify the remains of the victims and deliver them to their next of kin.” *Id.* at 191 para. 4. Without explanation, the Court did not order Peru to investigate and punish those responsible. In Castillo Paez, Judgment of Nov. 3, 1997, slip op. (Spanish) at 24-25 para. 90, the Court’s opinion reiterated the state’s duty to investigate and punish those found responsible, but its ordering paragraph did not, *id.* at 26 para. 5.

⁷³ Loayza Tamayo, Judgment of September 17, 1997, slip op. (Spanish) at 35 paras. 84 and 85 and p. 36, ordering para. 6.

In any event, even if the Court does not yet exercise the power in all cases, its authority now appears firmly established to order investigations, prosecution and punishment, as elements of nonpecuniary reparations for violations.

A parallel path has been followed in provisional measures cases. Except for the Honduran disappearance cases, where the Court in 1988 responded to the murders of witnesses before it,⁷⁵ not until 1995 did the Court order investigations, prosecutions and punishments as part of provisional measures. Since then it has done so commonly,⁷⁶ albeit not in every case,⁷⁷ explaining that investigations and prosecutions are a “vital aspect of [the state’s] protective duty.”⁷⁸ Here, too, the Court’s authority now appears settled.

F. *PROSECUTION AND PUNISHMENT*: The obligation to “ensure” human rights requires Convention states not only to “punish” violators but to impose “appropriate punishment.”⁷⁹ Declaration states similarly have an implicit duty to prosecute violations.⁸⁰ Upon finding a violation of either the Convention or Declaration, the Commission may recommend that the state prosecute and punish,⁸¹ and the Court may order Convention states to do so.⁸² However, while both the Commission and Court may, as discussed in the preceding section, investigate violations, they may not directly prosecute or punish. The Court simply “is not a criminal tribunal before which the responsibility of an individual for the commission of crimes can be discussed.”⁸³

G. *AUTHORITATIVE DECLARATIONS*: Through the Commission and Court, the system is able to provide public, authoritative pronouncements of both compliance and violations of the

⁷⁴ Castillo Páez, *supra* note 72, at 26 para. 5; Loayza Tamayo, *supra* note 73, at 36 para. 6.

⁷⁵ See note 62 *supra*.

⁷⁶ *E.g.*, Carpio Nicolle, 1995 Ann. Rep. 105, 107 para. 1; Alemán Lacayo, 1996 Ann. Rep. 89, 91 para. 2; Vogt, *id.* at 123, 126 para. 2, 127-28 para. 2(b); Serech and Saquic, *id.* at 131, 135 para. 2, 137, 140 para. 2(b); Suárez Rosero, *id.* at 147, 149 para. 1; Álvarez y Otros, Provisional Measures, Nov. 11, 1997, slip op. (Spanish) at 2-3 para. 6, 4 para. 9(2), 6 para. (4); Caballero Delgado, Provisional Measures, April 16, 1997, slip op. (Spanish) at 2 para. 2.

⁷⁷ Provisional measures did not include orders to investigate or prosecute in, *e.g.*, Colotenango, 1996 Ann. Rep. at 83, 85; Loayza Tamayo, *id.* at 119, 121; or initially in Suárez Rosero, *id.* at 143, 145.

⁷⁸ *E.g.*, Vogt, 1996 Ann. Rep. at 127-28 para. 2(b).

⁷⁹ Velásquez Rodríguez, *supra* note 7, at 70 para. 166, 71 para. 174. While the Court has not had occasion to rule explicitly on whether states may avoid this obligation by adopting amnesty laws, the Commission is of the view that amnesty laws may not excuse the duty to prosecute and punish violations, at least in cases of serious violations. *E.g.*, Irma Reyes *et al.*, case nos. 11.228 *et al.*, 1996 Ann. Rep. Comm’n. 196, 206-07 paras. 46-48, 212 para. 70, 214 para. 76, 221 para. 109. See generally Douglass Cassel, *Lecciones de las Américas: Lineamientos para una Respuesta Internacional ante la Amnistía de Atrocidades*, XX Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos (forthcoming 1997).

⁸⁰ See text at note 54 *supra*.

⁸¹ Under its authority to make pertinent recommendations in Convention cases, Convention arts. 50.3 and 51.2, and in Declaration cases, Statute art. 20.b, the Commission routinely recommends that states punish those found to be responsible for violations.

⁸² See *supra* part F.

⁸³ Suárez Rosero, Judgment of Nov. 12, 1997, slip op. (Spanish), at 18 para. 37 (English translation

Convention. The Court's judgments in contentious cases are final and unappealable,⁸⁴ and its advisory opinions, although not legally binding, have "undeniable legal effects."⁸⁵ The importance of this function, by itself, is illustrated by the fact that the European Court of Human Rights often finds that its mere adjudication that a complainant's rights have been violated constitutes just satisfaction.⁸⁶

H. *COMPENSATION*: Their Convention duty to "ensure" human rights also requires states to provide "compensation as warranted for damages resulting from the violation,"⁸⁷ which must afford the victim "adequate" compensation.⁸⁸ Upon finding a violation of either the Convention or Declaration, the Commission may recommend that states pay compensation,⁸⁹ while the Court may order Convention states to do so.⁹⁰

I. *SETTLEMENTS*: The Commission is expressly empowered to use its good offices to encourage and assist in friendly settlements of cases.⁹¹ In recent years, the Commission has begun to make more energetic and successful use of this authority.⁹²

J. *AMELIORATION OF CONDITIONS OF DETENTION*: Both the Convention and Declaration recognize the right to humane treatment while in custody.⁹³ In all appropriate cases the

by author); see also Velásquez Rodríguez, *supra* note 7, at 61 para. 134.

84 Convention art. 67.

85 Advisory Opinion OC-15/97, "Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos," Nov. 14, 1997, slip op. (Spanish) at 9 para. 26 (English translation by author): "Además, aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables."

86 See generally, e.g., D.J. Harris, M. O'Boyle and C. Warbrick, *LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* 684-85 and n. 9 (1995), noting that the doctrine was applied in 42 of 108 cases considered in one survey; see also Caballero Delgado y Santana, *Reparations*, Judgment of Jan. 29, 1997, slip op. (Spanish), at 14 para. 58, where the Court rejected a Commission request that the Government publicly acknowledge responsibility and express regrets to the family and society and undertake other remedial steps, because "esta Corte considera que la sentencia de fondo que dictó en el presente caso y en que se decide que Colombia es responsable de la violación de derechos humanos, y el reconocimiento de responsabilidad reiterada por la agente en el curso de la audiencia pública ... constituyen una adecuada reparación"

87 Velásquez Rodríguez, *supra* note 7, at 70 para. 166.

88 *Id.* at 71 para. 174.

89 In Convention cases the Commission may make "such proposals and recommendations as it sees fit," Convention art. 50.3, and "pertinent recommendations," art. 51.2. In Declaration cases it may "make recommendations to [the state], when it finds this appropriate, in order to bring about a more effective observance of fundamental human rights; . . ." Statute art. 20.b. In both regimes the Commission routinely recommends that states compensate victims or their families.

90 When the Court finds a violation, it is authorized to rule that "fair compensation be paid to the injured party" Convention art. 63(1). The Court's award of compensatory damages "may be executed in the country concerned in accordance with domestic procedure governing the execution of judgments against the state." Art. 68(2).

91 Convention art. 48(1)(f); Statute art. 20(b).

92 *E.g.*, *Verbitsky v. Argentina*, 1994 Ann. Rep. Comm'n 40; *Garrido and Baigorria v. Argentina*, 1996 Ann. Rep. Ct. 75, 80 para. 27, 1996 Ann. Rep. Comm'n 35; *Pablo v. Guatemala (Colotenango Case)*,

Commission may recommend, and in Convention cases the Court may order, amelioration of conditions of detention.⁹⁴

K. *RESTORATION OF LIBERTY*: Both the Convention and Declaration provide for release of persons deprived of liberty, by national courts in the first instance,⁹⁵ and if necessary by states upon recommendation of the Commission⁹⁶ or, in Convention cases, by order of the Court.⁹⁷

L. *ADVISORY ASSISTANCE*: The system also makes available advisory assistance to states and to the OAS, through Commission recommendations⁹⁸ and advisory opinions of the Court.

Under the OAS Charter, the Commission's role in general is to promote and to advise,⁹⁹

1996 Ann. Rep. Comm'n 447.

93 Convention art. 5.2; Declaration art. XXV.

94 *E.g.*, Loayza Tamayo Case, Provisional Measures, 1996 Ann. Rep. 119, 121 para. 2, where the Court, in response to the victim's solitary confinement in a tiny cell, first ordered Peru "to take . . . all provisional measures necessary for the effective safeguard of [the victim's] physical, psychological and moral integrity," and later called upon Peru to modify her solitary confinement and to provide physical and psychiatric medical treatment without delay, *id.* at 205, 207 paras. 1 and 2. For a Declaration case, see Commission Case no. 1604 against Cuba, *reprinted in* HUMAN RIGHTS: THE INTER-AMERICAN SYSTEM (Thomas Buergenthal and Robert Norris eds. 1982), vol. 3, booklet 19, at 48.

95 Art. XXV of the Declaration recognizes that every individual deprived of liberty "has the right to have the legality of his detention ascertained without delay by a court, . . ." Various Convention provisions require national judicial remedies for persons deprived of liberty. Art. 7.5 requires that they be brought promptly before a judge or other judicial officer; art. 7.6 entitles them to recourse to a court to rule on the lawfulness of the detention and to order release if unlawful (*habeas corpus*); art. 8.1 entitles persons accused of crime to a judicial hearing "within a reasonable time;" art. 25.1 requires judicial remedies for violations of rights generally (*amparo*, among other remedies); and art. 27.2 stipulates that even in emergency states may not suspend "judicial guarantees essential for the protection of [nonderogable] rights." The Court has advised that such "essential" judicial guarantees include those in arts. 7.6 and 25.1. *E.g.*, Adv.Op. OC-9/87, "Judicial Guarantees in States of Emergency . . .," 1988 Ann. Rep. 13, 23 para. 41.

96 In Convention cases, arts. 50.3 and 51.2 of the Convention, and in Declaration cases, art. 20.b of the Statute, authorize the Commission to make pertinent recommendations. In the Loayza Tamayo Case, for example, the Commission recommended that Peru release an unlawfully detained person, but to no avail. See Loayza Tamayo Case, Preliminary Objections, 1996 Ann. Rep. 59, 62 para. 18(2). The Commission then referred the case to the Court. *Id.* at 63 para. 20.

97 Art. 63.1 of the Convention provides in part that if the Court finds a violation, it "shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated." Where the violation is a wrongful denial of liberty, the Court may thus order the release of the victim. The Court exercised this remedial power for the first time in its September 17, 1997 Judgment on the merits of the Loayza Tamayo case, in which it directed Peru to release the victim from prison "dentro de un plazo razonable." Judgment at 35 para. 84, 36 para. 5 (Spanish). On October 16, 1997, Peru did so. *Chicago Tribune*, Oct. 17, 1997, section 1, p. 28.

In the Suárez Rosero case, it appears that provisional measures ordered by Judge Fix-Zamudio as President of the Court to protect Mr. Rosero and his family, and to investigate and punish those responsible for threats and harassment against them, had the practical effect of causing state authorities to comply with a previous domestic court order to release Mr. Rosero from custody. 1996 Ann. Rep. 151, 153 para. 6.

not to command. One exception may be in individual complaint cases under the Convention, where the Commission's role is quasi-adjudicatory. Until recently it seemed that Commission recommendations did not legally bind states.¹⁰⁰ But in 1997 the Court expressly left open the question of whether a state which fails to comply with final Commission recommendations, in an individual case not referred to the Court, thereby violates the Convention.¹⁰¹ The Court commented that states parties to the Convention are obligated to exercise their best efforts to carry out Commission recommendations,¹⁰² and commit themselves to "attend to" (*atender* in the original Spanish) the recommendations.¹⁰³ In any event, if a state which accepts the contentious jurisdiction of the Court fails to comply with Commission recommendations, the Commission may refer the case to the Court.¹⁰⁴

The Court's advisory jurisdiction is broad, covering all OAS member states and extending to human rights instruments beyond the Convention.¹⁰⁵ It is two-pronged. One prong authorizes states, and OAS organs within their competence, to consult the Court "regarding the

98 A "principal function" of the Commission is to serve as a "consultative organ" of the OAS in matters of human rights. OAS Charter art. 111. Art. 41(b) of the Convention and art. 18(b) of the Commission's Statute empower it to make recommendations to governments "for the adoption of progressive measures in favor of human rights within the framework of their domestic law and constitutional provisions as well as appropriate measures to further the observance of those rights." Art. 41(e) of the Convention and art. 18(e) of the Statute further empower the Commission to respond to inquiries from member states on matters related to human rights and, "within the limits of its possibilities, to provide those states with the advisory services they request."

99 OAS Charter art. 111.

100 Rejecting a plea by the Commission, the Court ruled in 1995 that Commission "recommendations" on complaints, consistent with the ordinary meaning of the term, are not obligatory. Accordingly "the State does not incur international responsibility by not complying with a recommendation which is not obligatory." Caballero Delgado Case, 1995 Ann. Rep. 135, 154 para. 67.

101 Sentencia de 17 de septiembre de 1997 en el Caso Loayza Tamayo, p. 35, para. 82: "En relación con este punto la Corte concluye que la violación o no del artículo 51.2 de la Convención no puede plantearse en un caso que, como el presente, ha sido sometido a la consideración de la Corte, por cuanto no existe el informe señalado en dicho artículo."

102 *Id.* at 34 para. 80: "... [E]n virtud del principio de buena fe, ... , si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función '*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*' en el hemisferio" (Énfasis en el original.)

103 *Id.* at 35 para. 81: "Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte '*para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes*', por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes." (Énfasis en el original.)

See also Velásquez Rodríguez, *supra* note 7, at 72-73 para. 180, where the Court, in ruling that Honduras failed to carry out a serious investigation of the disappearance in violation of its duty under art. 1.1 of the Convention, relied in part on the fact that, "The Commission's requests for information were ignored to the point that the Commission had to presume, under Article 42 of its Regulations, that the allegations were true."

interpretation of this Convention or of other treaties concerning the protection of human rights in the American states.”¹⁰⁶ The Commission is authorized to make such requests,¹⁰⁷ and does so. The second prong permits states to consult the Court on the compatibility of their laws, including draft laws,¹⁰⁸ with any of the aforesaid international instruments.¹⁰⁹ It has been invoked twice.¹¹⁰

II. ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

As with civil and political rights, the Inter-American system contemplates that economic, social and cultural rights are to be protected primarily by states. However, the extent and nature of state obligations are less clear for economic, social and cultural rights. States parties to the Convention “undertake to adopt measures, . . . , with a view to achieving progressively, . . . , the full realization of the rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards” set forth in the OAS Charter.¹¹¹ In the Charter all OAS member states “agree to devote their utmost efforts to accomplishing . . . basic goals,” among them employment and educational opportunities, medical care, nutrition and “[a]dequate housing for all sectors of the population.”¹¹²

A. *DEFINITION OF NORMS*: The Declaration recognizes the rights to health, education, culture, work, leisure and social security.¹¹³ The Convention recognizes the “rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards” of the OAS Charter.¹¹⁴ The Declaration rights are elaborated, along with rights to food, a healthy environment, and protection of the family, children, elderly and persons with disabilities, in an Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (“Protocol of San Salvador”).¹¹⁵ However, by the end of 1996, it had not yet entered

104 Convention arts. 51.1, 61.

105 See generally, Thomas Buergenthal, *The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court*, 79 Am. J. Int’l L. 1 (1985).

106 Convention art. 64.1; see generally Advisory Opinion OC-1/82, “‘Other Treaties’ Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court,” 1983 Ann. Rep. 13.

107 For matters involving states parties to the Convention, this authority is expressly conferred by Commission Statute art. 19(c). For matters involving non-states parties, it remains implicit in art. 64.1 of the Convention.

108 Advisory Opinion OC-4/84, “Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica,” 1984 Ann. Rep. 43, at 49-53 paras. 15-30.

109 Convention art. 64.2.

110 Costa Rica successfully invoked art. 64.2 in Advisory Opinion OC-4/84, note 108 *supra*. A later attempt by Costa Rica was held inadmissible by the Court, because it could affect pending contentious cases, without the complaining parties having an opportunity to participate in the advisory proceeding. Advisory Opinion OC-12/91, “Compatibility of Draft Legislation with Article 8(2)(h) of the American Convention on Human Rights,” 1991 Ann. Rep. 114, 120 para. 28.

111 Convention art. 26.

112 OAS Charter art. 33(g), (h), (i), (j) and (k).

113 Declaration arts. XI - XVI.

into force; 17 states had signed but only eight of the required eleven had ratified or acceded.¹¹⁶

B. *STATE SELF-REPORTING*: To enable the Commission to monitor compliance, states parties must provide the Commission with copies of their annual reports to the Inter-American Economic and Social Council and the Inter-American Council for Education, Science and Culture.¹¹⁷ With regard to Declaration states, the Commission “may request” reports on the economic, social and cultural rights recognized by the Declaration.¹¹⁸

C. *INVESTIGATIONS*: With regard to Declaration states, the Commission may request additional information and make recommendations.¹¹⁹ Commission country reports under both the Declaration and Convention often include analysis of economic, social and cultural rights.¹²⁰ In response to interest expressed by the OAS General Assembly, the Commission’s 1993 annual report included a thematic report, “The Realization of Economic, Social and Cultural Rights in the Region.”¹²¹

D. *ADVISORY ASSISTANCE*: With regard to all OAS member states, the Commission may make recommendations,¹²² and the Court may render advisory opinions on treaties concerning economic, social and cultural rights in the hemisphere.¹²³

E. *PROPOSED ADDITIONAL MEANS*: The Protocol of San Salvador would provide for implementation by state reporting.¹²⁴ It would also allow the Commission and Court to enforce the rights to education, and to organize and join trade unions, through the individual case system.¹²⁵

III. CONCLUSION: FUNCTIONAL STRENGTHS AND WEAKNESSES

Formally speaking, for civil and political rights, the functional capacities of the Inter-American Human Rights system closely parallel those of well-developed national systems. They include norm definition, promotion, deterrence, prevention, investigation, prosecution and punishment, authoritative declaration, compensation, settlement, regulation of conditions of detention, restoration of liberty, and advisory functions. When states fail to meet their respon-

114 Convention art. 26; see OAS Charter arts. 30-52.

115 Protocol arts. 6-19, *reprinted in* BASIC DOCUMENTS, *supra* note 4, at 69.

116 1996 Ann. Rep. Comm’n 786 (1997).

117 Convention art. 42; Commission Regulations art. 64.

118 Commission Regulations art. 64(2).

119 Commission Regulations art. 64(3)-(7).

120 *E.g.*, 1996 Ann. Rep. Comm’n 704-08 (Cuba), 725-27 (Guatemala).

121 1993 Ann. Rep. 519.

122 Commission Regulations art. 64(6).

123 Convention art. 64.1.

124 Protocol art. 19.

sibilities, nearly all these functions can be exercised by the Commission and Court.

Where the regional bodies lack direct capacity -notably, they cannot prosecute individuals who violate human rights by criminal conduct- they are nonetheless authorized to enlist state institutions to those ends. In practice, however, this arrangement has led to widespread impunity. Yet to the limited extent the international community may now possess the will to prosecute criminal violators of human rights, its will is likely to take the form of the International Criminal Tribunal currently under negotiation before the United Nations.¹²⁶ Still, if impunity is to be overcome for serious violations of human rights, there will remain a continuing need for the Inter-American system to explore possible solutions.

Moreover, its array of formal capacities does not mean that the overburdened Commission can exercise them all effectively. The system's capacities for promotion, deterrence, prevention, investigation, settlement and advice could be greatly strengthened by creating new positions such as a High Commissioner for Human Rights,¹²⁷ and thematic and country rapporteurs. With respect to economic, social and cultural rights, the system's capacities are underdeveloped. A first step should be to pursue entry into force of the Protocol of San Salvador, followed by serious use of its expanded functional capacities.

In short, at least for civil and political rights, the system's formal capacities, if used effectively, could go far toward achieving its stated purposes. To the extent the system has failed to promote and protect civil and political rights, the failure is thus primarily one of implementation, not of the means formally available.

125 *Id.* art. 19.6.

126 *See, e.g.*, editorial on the International Criminal Court, N.Y. Times, Dec. 15, 1997.

127 *See* OAS General Secretariat, "Toward a New Vision of the Inter-American Human Rights

EL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Juventino V. Castro y Castro^(*)

El doctor Héctor Fix-Zamudio es uno de los juristas mexicanos que más admiro. Su trayectoria tanto en nuestro país como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es tan conocida que ni vale la pena detenerse en especificaciones dentro de este preámbulo. Lamentablemente su ciclo ante dicha Corte que varias veces ha presidido concluyó el año pasado y, por petición especial, me es grato enviar estas reflexiones que pudieran ser publicadas en el libro en su honor, uniéndome así al homenaje a los conocimientos y esfuerzos que él nos ha brindado.

Para tal fin aprovecho el material conducente a los derechos humanos en México, que ya he utilizado en otras ocasiones, especialmente en junio de 1987 en el Primer Congreso de la Confederación Latinoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, que en junio de dicho año se celebró en Veracruz, Estado del mismo nombre. Estas son las reflexiones.

La Nueva España, estructurada bajo una legislación principalmente inspirada en el derecho hispano, se integra a través de sistemas imperantes en la Europa de su tiempo que centra sus avances en la derrota del absolutismo y su transformación en un Estado de Derecho. En eso el México actual comparte con sus hermanos de la América ibérica, todas las tradiciones clásicas de la legislación en general, y del moderno Estado de Derecho en lo particular.

Hablar de Estado de Derecho en nuestros países, sin embargo, significa analizar matices que establecen por supuesto una diferenciación entre Europa y América, la cual arranca de la estructuración de nuestros pueblos al llegar a la vida independiente, bajo una constitución escrita que, entre otros aspectos, rompe con el parlamentarismo e introduce al poder ejecutivo mediante elección directa, y que en forma destacada toma en sus textos constitucionales por igual la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución Fran-

^(*) Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

cesa, y las Cartas de las colonias inglesas en América del Norte, principalmente la de Virginia, en donde aparecen los primeros enlistados sistemáticos de derechos humanos -derechos fundamentales- que se otorgan en los países que en América surgen a la vida independiente, y que dan tema a esta ponencia en donde tendré que dar noticia de la forma en que se estructura en México el Estado de Derecho, garantizándose los *derechos humanos*, o sea derechos imprescriptibles e impersonales, que por ello entre nosotros son mencionados con mayor frecuencia como *garantías constitucionales*.

Punto de especial significación en esta relatoría, será precisamente distinguir entre *garantías individuales* y *garantías sociales*; su defensa y protección a través del juicio de amparo, -aportación mexicana a la cultura jurídica-, instrumento privilegiado de origen constitucional, que nos ha permitido integrar el orden jurídico nacional.

Ante todo habrá que hacer referencia al Estado de Derecho tal y como se ha concebido en todos los países del mundo contemporáneo. Es decir, partiendo del principio de la llamada *división de poderes* (que en puridad es, simplemente, *distribución del poder público* entre varios órganos significados), propugnada y sostenida con fuerza y con pasión por Montesquieu, y que establece bajo este punto de origen que el poder público y sus órganos están sometidos a la ley, fundamentalmente a la constitucional, en forma tal que las autoridades no puedan tener ninguna facultad o atribución que no esté expresada concretamente en una norma jurídica, mientras que los individuos, y las instituciones que ellos forman, pueden con total libertad actuar en todo aquello que la ley no se los prohíba, implícita o explícitamente.

Esta concepción generalizada presupone por tanto que Estado de Derecho es aquél que está subordinado a un orden jurídico nacional que produce efectos tanto para el Estado como para el individuo.

Ya en plena lucha insurgente, y antes de que el pueblo insurreccionado para exigir su independencia total de España lograra el triunfo final, uno de los más puros y profundos patricios mexicanos de este movimiento, don José María Morelos y Pavón, dictó el 22 de octubre de 1814 el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, que es conocida como la *Constitución de Apatzingán*, por haberse firmado en este pueblo del Estado ahora de Guerrero. En este documento encontramos varios conceptos que deben entenderse como pioneros de nuestro Estado de Derecho. Obligatoriamente transcribo varios artículos de ese histórico Decreto:

ART. 20.- La sumisión de un ciudadano a una ley que no aprueba, no es un comprometimiento de su razón ni de su libertad; es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general.

ART. 27.- La seguridad de los ciudadanos consiste en la garantía social: ésta no puede existir sin que fije la ley los límites de los poderes y la responsabilidad

- de los funcionarios públicos.
- ART. 28.- Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley.
- ART. 41.- Las obligaciones de los ciudadanos para con la patria son: una entera sujeción a las leyes, un obediencia absoluta a las autoridades constituidas, una pronta disposición a contribuir a los gastos públicos, un sacrificio voluntario de los bienes y de la vida cuando sus necesidades lo exijan. El ejercicio de estas virtudes forma el verdadero patriotismo.

A partir de este temprano documento constitucional, -que quizás deberíamos denominar *preconstitucional*-, y a quien también podríamos llamarlo el “ideario estatal de la insurgencia”, para cuando se llegara el momento de obtener la independencia total, y cuando sí se consuma la independencia mexicana, se empiezan a expedir distintos documentos constitucionales de derecho positivo que rigen al nuevo país que plasma sus luchas y sus logros, dejando constancia fehaciente, -en elementos escritos-, respecto a su concepción de lo que es el Estado de Derecho en los distintos estadios de la vida política y social mexicana.

Independientemente de la racionalización del poder que ello significa, poco a poco se va confrontando lo que podríamos entender como el Estado de Derecho clásico, individualista y liberal, que requiere de dos elementos fundamentales para cumplir sus cometidos en el campo del derecho: el enlistado de los derechos fundamentales que el Estado reconoce a los individuos, simplemente por la dignidad que tienen en su esencia los seres humanos, y por otra parte la sujeción que se lleva a cabo a los órganos estatales dentro de un rígido señalamiento de atribuciones expresas o implícitas, que conforman a las Constituciones escritas en dos vertientes perfectamente delimitadas, normalmente llamadas *parte dogmática* y *parte orgánica* de la Constitución. Es decir, por una parte los derechos esenciales de los individuos, y por la otra las atribuciones y las limitaciones de los órganos que ejercen el poder público, en virtud de la autorización constitucional.

Mientras más se avanza en este doble movimiento, México se va acercando cada vez más a la necesidad de crear una institución jurídica, un procedimiento institucionalizado, que resuelva no sólo la forma de proceder cuando los órganos estatales no se sujetan a los límites de sus atribuciones, sino principalmente cómo actuar cuando esos órganos públicos, y especialmente los funcionarios que utilizan el poder público, desconozcan o violen los derechos esenciales de las personas, en los términos de los enunciados de garantías que nuestras Constituciones especifican cada vez con mayor claridad, y con mayor extensión para asegurar una conducta enmarcada en justicia y en libertad.

Todo lo anterior ocurre durante el transcurso del primer siglo de nuestra vida independiente, que probablemente culmina bajo el patrocinio de la Constitución liberal e individualista de 1857, que para nosotros debe ser considerada como la *clásica*, y en donde se estructura con toda precisión nuestro juicio de amparo creado con anterioridad en el Acta Constitutiva de

1847, como un proceso concentrado de anulación de actos y leyes de autoridades que no respetan las garantías constitucionales reconocidas a los individuos y a sus instituciones, estructurado el proceso mediante procedimientos judiciales fiscalizados por una Suprema Corte de Justicia de la Nación, al cual el mexicano denominó *juicio de amparo*, precisamente porque protege y asegura el estricto respeto a los derechos públicos subjetivos, como garantías otorgadas por el Estado de Derecho, que ante todo ampara a la persona humana, pero que al mismo tiempo exige un orden jurídico nacional con atribuciones precisas a los órganos ejecutivo, legislativo y judicial, que constituyen el Estado moderno de Derecho.

Pero dentro de los innumerables pronunciamientos y luchas de la Nación Mexicana bajo este sistema tan esquemáticamente descrito, se empieza a gestar un ideal de filosofía estatal, que siendo universal encuentra su primera sistematización constitucional en un nuevo documento donde culmina el movimiento social llamado por nosotros *Revolución Mexicana*. Esta es la Constitución de 1917, que establece por primera vez el llamado “*Estado Social de Derecho*”, que antecede en un par de años a la Constitución alemana de Weimar de 1919, y a los documentos constitucionales del movimiento ruso, los tres constituyentes de los primeros ejemplos significativos de ese moderno Estado Social de Derecho que supera al individualismo liberal, persigue fundamentalmente la atención a las necesidades económicas, políticas, jurídicas y sociales de los grupos y de los cuerpos colectivos, y que pretende resolver otros muchos problemas que no se planteara en sus inicios el clásico Estado de Derecho, y que deriva hacia un Estado Social, en virtud no de una concepción teórica, doctrinaria, de gabinete, sino de su rica experiencia, de sus dolorosas luchas, que propician un cambio aun no terminado, siempre factible de avanzar bajo criterios sistemáticos e institucionales de justicia social.

Por todo lo anterior, un buen examen de la posición de México frente al Estado de Derecho, y que comprenda la forma en que se desarrollan en él los derechos humanos, las garantías constitucionales, tendría que dar noticia de cómo se llevó a cabo este desenvolvimiento de derechos públicos subjetivos dentro del Estado de Derecho, pasando por la enumeración de tales prerrogativas, a la manera clásica; y planteando posteriormente la problemática originada en un Estado Social de Derecho, que desde 1917 viene manejando e identificando a la Nación Mexicana a pesar de ciertos giros de una tendencia actual llamada *neoliberalismo* que poco sentido social tiene.

En su posición original los derechos enumerados son en puridad los *estrictamente individuales*. Es la persona física la que resulta objeto y sujeto de la protección constitucional. El acento se pone en la libertad del individuo, intocado a menos que judicial o administrativamente se justifique la privación de ese estado mediante el cumplimiento de requisitos concretos que enumeran las disposiciones constitucionales, las cuales rechazan procedimientos inquisitoriales para implantar el sistema acusatorio el cual ya identifica acusador, acusación, fundamentos legales y elementos de ésta, precisión de conductas reprochables, evaluación de autoridades que dictan los mandatos. Se extienden las garantías al domicilio, a los papeles y a la correspondencia del individuo; a sus propiedades, sus posesiones, -sus derechos en general-, incluyendo la prohibición de la esclavitud o estados similares. Se prolonga a sus creencias e ideología (reli-

gión, libertad de expresión, libertad de imprenta, libertad de instrucción, etc.). Precisa el ámbito de sus acciones: de ocupación, de tránsito, de asociación, de reunión, y el derecho de petición. En materia económica, nuestras Constituciones han previsto la libre concurrencia, las disposiciones antimonopólicas, las exenciones de impuestos, y la necesidad de que los impuestos se basen en leyes expresas, que garanticen la proporcionalidad y la equidad.

Por supuesto, -y fuera de estas garantías constitucionales brevemente recordadas, que se refieren a libertades del ser humano, y que son las que mejor se identifican con los derechos humanos, de acuerdo con la terminología y conceptualización del derecho moderno-, entre nosotros se estipulan otros derechos complementarios, dentro de los grupos adicionales de garantías, que si estrictamente no pueden considerarse derechos humanos sí son entendidos como normas que permiten instrumentar y dinamizar el respeto y la ubicación de tales derechos. Acostumbro llamarlas *garantías de procedimientos*.

Estos dos grupos a que hago referencia, constituyen *garantías del orden jurídico*, contemplado éste desde la mira de la Constitución misma, y que finalmente se resuelven en una indicación constitucional que precisa ante todo la órbita de los tres poderes que en nuestro sistema constitucional se establece, o sea la órbita municipal, la órbita estadual (de los Estados federados), y la órbita federal. Cada uno de estos campos orbitales significan atribuciones exclusivas -o compartidas- que en un momento dado se reconoce a los funcionarios públicos, y que éstos no deben rebasar en el ejercicio de la porción del poder público que se les asigna, no como derecho sino como obligación funcional. El rompimiento de esta estructura orgánica, en *perjuicio de una persona*, es lo que constituye una violación de una garantía constitucional.

Por ello, cuando dichos funcionarios actúan en exceso o en defecto de las atribuciones que la Constitución les ha precisado, y lesionan a los individuos o a sus asociaciones, legitima a los agraviados con la posibilidad de ejercer la acción de amparo, para que los tribunales de esta naturaleza anulen el acto invasor, u obliguen a los funcionarios omisos para que no se produzca el fenómeno de abuso del poder en perjuicio de los justiciables.

Todo esto constituye en nuestro país garantías constitucionales, ya que estricta y ortodoxamente no debiéramos hablar de derechos humanos, porque no derivan de la naturaleza del individuo sino de la estructura y el orden jurídico que artificialmente la Constitución establece en normas claras y precisas. De esa misma calidad, que nosotros agrupamos en garantías del orden jurídico, se podría recordar dentro de nuestra Constitución el derecho a la jurisdicción, -como una forma del derecho de petición-, las garantías de igualdad, las garantías de propiedad, y finalmente los derechos primarios que deben reconocerse a las personas físicas y morales aun dentro de un estado de suspensión de garantías constitucionales.

El último grupo de recordación de las garantías constitucionales de los mexicanos, -ya lo hemos adelantado-, lo constituye lo que se ha dado en llamar las *garantías de los procedimientos* ordenados constitucionalmente. A este agrupamiento pertenecen la garantía de legalidad; la garantía de audiencia; la garantía de la exacta aplicación de la ley, principalmente en ma-

teria penal; la garantía de la irretroactividad en la aplicación de la ley; las garantías de los penalmente acusados y procesados; y finalmente las garantías de los legalmente privados de la libertad, que no por ello pierden derecho a ser tratados como seres humanos, sujetos activos capaces de ejercer sus facultades legales.

Pero la enumeración de los derechos fundamentales que se establecen en la Constitución liberal de 1857, sufre especial transformación y ampliaciones en las garantías que se disponen en 1917, bajo el texto de la Constitución Social actual, pero ello no ocurre mediante un cambio en su expresión escrita que pudiéramos destacar, sino a virtud de resoluciones de la Suprema Corte de Justicia, lo cual evidentemente anuncia ya un desplazamiento del punto de vista de lo que debe entenderse por Estado de Derecho, en las instituciones que lo conforman, y que prepararon el nuevo texto constitucional, consecuencia del movimiento social de 1910 por la Revolución Mexicana, que en tal forma no nos permite contemplar un cambio súbito, inesperado, no imaginado, sino como lo es el correspondiente a un caminar bajo criterios y exámenes profundos, que fundamentan el cambio social.

Innumerables ejemplos podrían exponerse para tal fin, pero esta ponencia prefiere mencionar algunos de los más destacados. Tal es el caso de la concepción de las llamadas garantías individuales, porque se están refiriendo precisamente al individuo que es la base y la esencia de la protección personal de un Estado liberal, -y por lo tanto individualista-, y que deriva así hacia un concepto de personas ya sea individual o jurídica, también conocida esta última como *persona moral*. En sus incisos, recién dictada la Constitución de 1857, no se concebía que mediante el juicio de amparo se pudiera proteger los derechos de las personas morales, ya que -se decía- las personas jurídicas no son sujetos de derechos individuales, dándose por entendido que eran los únicos derechos que garantizaba la Constitución.

La Suprema Corte de Justicia poco a poco fue reflexionando sobre la hondura de esos derechos reconocidos y enumerados, llegándose finalmente a la conclusión de que las personas morales o jurídicas tienen derechos de propiedad, de posesión, y de otra naturaleza, que no recaen en el patrimonio, sobre los cuales no debe haber abuso por parte de las autoridades, o ser vistas con indiferencia, bajo el pretexto de que dichas personas no son sujetos legitimados para obtener la protección del amparo por violaciones constitucionales.

Y si a las personas morales privadas se les llegó a reconocer firmemente que podían interponer la acción de amparo, pronto empezó a plantearse la posibilidad de legitimar igualmente a las *personas morales oficiales*, que también tienen patrimonio y derechos que defender. Por ello podrían interponer la acción de amparo contra actos de autoridades que no ajustaran sus determinaciones al texto constitucional. Las primeras personas morales oficiales que lograron el reconocimiento de su legitimación activa en la acción de amparo, fueron los Ayuntamientos, por actos lesivos provenientes ya de un Estado federado ya de la propia Federación.

Curiosamente, y hasta la fecha, no se ha logrado consenso sobre la posibilidad legítima de interposición del llamado *amparo-soberanía*, proveniente de los representantes legítimos de

los Estados que se ven invadidos por actos de la Federación, o de ésta última contra actos de los primeros, volviéndose a la reflexión de que la Federación y los Estados Federados no pueden ser sujetos de garantías constitucionales. En muy buena manera esto se ha reconocido en el vigente artículo 105 constitucional, que crea las *controversias constitucionales*, y las *acciones de inconstitucionalidad*. Pero estas no son ya *acciones de amparo*, y no están al alcance de los individuos, sino de entes públicos.

Pero la Constitución de 1917 profundiza aun más en cuestiones como las anteriormente planteadas, e introduce con fuerza la diferenciación entre *derechos individuales* y *derechos sociales*, ya que algunos artículos destacados de este documento constitucional precisan con toda claridad cuáles son esos derechos sociales que deben entenderse de clase, de grupo, o los llamados derechos “difusos” que pertenecen a toda la sociedad. Se hace aquí referencia a las principales disposiciones constitucionales en que estos derechos sociales se establecen en el documento de 1917, pero advirtiéndose desde este momento que modernamente se han venido adicionando al texto constitucional otros muchos derechos sociales, a los cuales se hará mención expresa. Y también apartamos para exponer ampliamente si el simple hecho de diferenciar los derechos individuales de los derechos sociales, significa que automáticamente nuestro sistema constitucional ha creado frente a las *garantías individuales* unas *garantías sociales*, que puedan funcionar e instrumentarse en la misma manera en que la Constitución clásica de 1857 plasmó la acción de amparo individual, en forma tal que pudiéramos sostener que entre nosotros ya nació una *acción social de amparo*.

En efecto, el movimiento revolucionario que estalló en México en 1910, se llevó a cabo sumando las fuerzas de los grupos campesinos, y muy especialmente de los peones de las haciendas que se veían verdaderamente esclavizados y retenidos en ellas, a la manera en que en su tiempo lo llevó a cabo la “*encomienda española*”. Por lo tanto, el documento constitucional que precedió a ese movimiento social forzosamente tenía la necesidad de pronunciarse en relación a un mejor reparto y distribución de las tierras, aplastantemente poseídas por los hacendados, y que por supuesto a su manera se encontraban correctamente tituladas por compra o por herencia.

Fue así como el artículo 27 constitucional tuvo que plantearse el problema de la redistribución de la tierra, para resolver una problemática ancestral, pero que podría interpretarse como la negación de la propiedad privada a la manera de las posiciones ya comunistas o bien de alguna otra similar. México optó por reconocer en toda su plenitud, en dicho artículo 27, el respeto a la propiedad privada haciendo una inesperada declaración de que originalmente la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional correspondió a la Nación. Concluye esta premisa afirmando que la propia Nación ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de esas tierras y aguas nacionales a los particulares, constituyendo así la *propiedad privada*. Posteriormente, declara el propio artículo 27 que la Nación tiene el derecho en todo tiempo de imponer a la propiedad privada las *modalidades* que dicten el interés público, así como el de regular en beneficio social el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la ri-

queza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país, y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. Es decir, pone las bases para la creación de la llamada *propiedad social*, paralelamente a la *privada individual*. O sea, que enlazando este principio con otro proveniente igualmente de la filosofía mexicana de la época, en el sentido de impedir a futuro la posibilidad de acaparamiento de grandes extensiones de tierra, -que fue lo que motivó el estado anterior superado por el movimiento revolucionario-, crea el *minifundio*, es decir una pequeña propiedad que no puede ser rebasada, en su extensión, lo cual evidentemente constituye una destacadísima modalidad de la propiedad privada, creándose en tal forma esa recién conocida *propiedad social*.

Pero todo lo anterior se establece en un artículo constitucional que está enmarcado dentro de un Capítulo que se refiere precisamente a las *garantías individuales*, y que en realidad crea igualmente un *derecho social* para grupos de campesinos sin tierra, expectantes de una mejor distribución de los campos cultivables, con lo cual establece una distinción entre derechos individuales y derechos sociales; pero todos garantizados por la propia Constitución. Es por ello que muchos constitucionalistas manejan el concepto de que en este tipo de disposiciones nacieron las “*garantías sociales*”.

Pero no se advierte que los derechos fundamentales constitucionalmente declarados por la Constitución mexicana, están protegidos por una verdadera y única “*garantía*”, que es la acción de amparo, precisamente para reclamar la violación de los derechos enumerados, acción que a la manera tradicional es de carácter individual, -y no social o colectivo-, tomando en cuenta que las fracciones I y II del artículo 107 constitucional, que regulan al amparo, se refieren a la posibilidad de accionar sólo por agravio personal y directo, y sin que la sentencia que recaiga en el proceso de amparo correspondiente tenga efectos de generalidad, única forma que en mi concepto se permitiría afirmar que para los derechos constitucionales establecidos en nuestro texto fundamental, existe una acción procesal tanto individual como social, o sea que sí existen reconocidas verdaderas garantías sociales.

El planteamiento es muy interesante, porque precisa una evolución pendiente de realizarse hacia el futuro, pero que ya tiene un esbozo en el artículo 213 de la Ley de Amparo, que indica que para interponer el juicio de amparo en nombre de un núcleo de población, se encuentran legitimados los Comisariados ejidales o de bienes comunales, pero si éstos, después de transcurridos quince días de la notificación del acto reclamado, no hubieren interpuesto la demanda de amparo, ésta puede ser intentada por los miembros del comisariado en lo individual, o del Consejo de Vigilancia; añadiendo: “*o cualquier ejidatario o comunero perteneciente al núcleo de población perjudicada*”. Inútil advertir que esos ejidatarios o comuneros estarán interponiendo la acción de amparo no a nombre personal, sino a nombre de todos los ejidatarios o comuneros. En mi concepto este es el punto de partida para que en el futuro nazca una *acción social de amparo*, por supuesto actualmente inexistente, pero que de hecho ya anuncia las disposiciones señaladas del artículo 213 de la Ley de Amparo.

El anterior destacamiento de un derecho social reconocido en la Constitución de 1917,

tiene que ser aunado a lo dispuesto por el artículo 123 del propio texto, que si bien está enmarcado fuera del capítulo de garantías constitucionales expresamente reconocidas, contiene en realidad un verdadero *derecho social* tan destacable como lo dispuesto para la materia agraria. Esta disposición crea bases ineludibles que deben regir las relaciones obrero-patronales, o a los empleados de los Poderes de la Unión con los titulares de éstos. Lo llamativo de esta disposición, ante todo, es que rompe con el tradicional principio de *pacta sunt servanda*, que en sus términos clásicos significa que los pactos han de cumplirse en los términos precisos en que fueron suscritos por las partes, y que el no cumplimiento de lo pactado es reclamable mediante acción procesal, eliminándose así los pactos “nudos”, que eran aquellos que quedaban entregados al espontáneo cumplimiento de las partes que los hubieren concertado.

El artículo 123 de la nueva Constitución dispuso con toda claridad que cualquier contrato de trabajo celebrado en contradicción con las bases ahí establecidas, es nulo y no debe cumplimentarse en forma alguna. Se adelantó así a dejar sin efecto pactos que rebasan días de la semana a trabajar, horarios que excedan de las ocho horas, salarios inferiores al mínimo, condiciones de trabajo inaceptables, o cualesquiera otras consideraciones similares, sin que valiera la alegación de que el contrato se había celebrado voluntariamente y en forma precisa, sin presiones morales o materiales, y con plena conciencia de lo que estaba pactando, ya que simple y llanamente se estableció en forma obligatoria un derecho social aventajado que autoriza la anulación de compromisos en contrario a lo convencionalmente dispuesto, aunque se hubieren hecho consiente y voluntariamente. Por ello, también en este caso se habló de garantías sociales, contrapuestas a las individuales, puesto que no prosperaría ni prospera cualquier impugnación de patrones que afirmaran que los tribunales de trabajo habían desconocido su derecho, pactado en un documento perfectamente ajustado a los contratos previstos en las legislaciones ordinarias.

Finalmente, el artículo 28 constitucional precisa derechos ya no de clases -campesinas u obreras-, sino de toda la sociedad en general, cuando al prohibir los monopolios y las prácticas monopolistas, dicha disposición asegura el castigo a toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario, y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; así como todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria, comercio, o servicio al público. E igualmente todo acuerdo o combinación de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transporte o de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí, y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados. La parte final de este párrafo del artículo 28 constitucional generaliza estos derechos sociales que enumera dentro del Capítulo de garantías, señalando que la prohibición es sobre todo lo que en general constituya una ventaja exclusiva, indebida, a favor de una o varias personas determinadas, y en perjuicio del público en general, o de alguna clase social.

Es quizás en esta última disposición, en la cual se establece un derecho social destacadísimo, donde más se requeriría una acción social de amparo, ya que en realidad cualquier persona, miembro de una sociedad en donde aparecieran las prácticas monopolistas, o de acaparamiento, o de manejo de precios al público, debiera quedar legitimada para accionar el que la

Justicia de la Unión exija a las autoridades correspondientes, -encargadas de vigilar que se cumplan las disposiciones del artículo 28 constitucional-, se atengan a esos mandatos constitucionales, y protejan al cuerpo social de abusos e impunidades de aquellos que llevan a cabo maniobras económicas expresamente prohibidas. De ahí mi convicción de que hacia el futuro se reconocerá en toda plenitud, y con toda su eficacia personal, una acción social de amparo.

Son éstos los derechos sociales más destacados en el texto original de nuestra Constitución, cuando fue expedida en 1917. De entonces a la fecha se han creado otros más, incorporados a la misma, a los que habrá que hacer una referencia aunque sea simplemente explicativa. Entre ellos debo recordar los derechos del individuo para el respeto de un ambiente en el que se desarrolle una acción de la administración pública. Es una mención a los *derechos ecológicos*.

Pero es indispensable dejar establecido que en ocasiones se han introducido supuestos derechos sociales, dentro del Capítulo I de la Constitución que lleva el rubro "*De las garantías individuales*", que en realidad no enuncian verdaderos derechos de los individuos o del grupo social, sino facultades exclusivas del Estado para propugnar por un beneficio a las personas o sus asociaciones, o bien meros buenos propósitos, sin capacidad real para reclamarlos procesalmente mediante el juicio de amparo. No se juzgan los buenos propósitos de dichas reformas, de excelente calidad, sino el hecho de introducirlos en un Apartado que tan sólo admite verdaderos *derechos públicos subjetivos*.

Así tendríamos que concluir mencionando que esos nuevos derechos se refieren a la protección y desarrollo de la familia, a la libre procreación de los hijos; a la salud; a la vivienda digna y decorosa; al derecho de los menores para la satisfacción de sus necesidades, y a la salud física y mental de las personas; y al derecho a la información.

Referencia especial merecen las reformas a diversos artículos dentro del Capítulo que enumera las garantías individuales reconocidas, para así reforzar desde la Constitución a la "rectoría del Estado en el desarrollo nacional", que en los términos del artículo 25 de nuestra Constitución permitirán "el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución", todo ello "mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo, y una más justa distribución del ingreso y la riqueza". Bajo tal enunciado tendría que concluirse que todo ello contiene una garantía económica, o es al menos un intento de construirla bajo tal procedimiento, pero dejando una fuerte duda de si tal *rectoría* constituye realmente un derecho individual o social garantizados mediante la acción de amparo.

En 1992 nace en el primer párrafo del artículo 4º de nuestra Constitución un muy trascendente mandato, que sin comentario vale la pena transcribir: "La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdic-

ción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.”

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

En resumen: México ha mostrado desde antes de su arribo a la vida independiente una vocación hacia un orden jurídico nacional enmarcado dentro de un Estado de Derecho, algo más que respetuoso de los derechos humanos -que entre nosotros se enuncian como *garantías constitucionales*-, puesto que se muestra definitivamente impulsor de su vivencia dentro de un marco protegido por procedimientos judiciales como lo es el juicio de amparo, pretendiendo una defensa eficaz, posible de ejecutarse. Posteriormente avanza a un *Estado Social de Derecho*, bajo los mismos procedimientos jurisdiccionales de acciones procesales que hacen avizorar el alcance de una acción social de amparo, sin abandonar la acción individual por agravio personal y directo. Finalmente se crean en el artículo 105 constitucional acciones específicas de tipo constitucional, sólo planteables ante la Suprema Corte de Justicia, que si bien son reclamables tan sólo por entidades públicas, en muchos casos propician la defensa de los derechos individuales, esenciales a las personas.

Todas las anteriores consideraciones creo se ajustan a los esfuerzos de nuestro país en respeto a los derechos humanos, y a la normatividad que hemos elaborado para asegurar tal respeto, y creí necesario recordarlo en homenaje al extraordinario jurista mexicano doctor Héctor Fix-Zamudio, que ahora se retira de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

LA POLÍTICA EXTERIOR DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

Rodolfo Cerdas^(*)

INTRODUCCIÓN

Esta es una reflexión en torno a la política de los Estados Unidos hacia la América Latina, en el nuevo contexto de la política internacional, surgido después del fin de la guerra fría. Específicamente, se refiere a varios aspectos de la cuestión que son de particular importancia para reorientar, de un modo coherente, sólido y, además, en concordancia con los principios básicos del Derecho Internacional Americano, las diversas iniciativas políticas orientadas a la promoción de la democracia y el respeto, la vigencia y la protección de los derechos humanos.

Siendo tales políticas e iniciativas, en múltiples aspectos, beneficiosas para alcanzar esa finalidad, es inevitable reconocer que igualmente se ven adicionadas por múltiples dificultades y peligros de muy diversa naturaleza. Esto hace que la adopción de tales políticas deba ser particularmente cuidadosa, para que no resulten siendo ni unilaterales ni atentatorias de otros derechos, como serían los de autodeterminación, no ingerencia de un Estado en los asuntos internos de otro y de resolución pacífica de los conflictos.

Entre las diversas dimensiones que confluyen en el establecimiento de estos difíciles y delicados equilibrios de muy distinta naturaleza y significado (políticos, jurídicos e institucionales), conviene señalar las siguientes:

- a) Los alcances del propósito estadounidense de promover activamente la protección y vigencia de los derechos humanos en el continente.
- b) La conexión de esta finalidad con los otros objetivos de la política exterior norteamericana para la región.

^(*) Asesor Internacional e Investigador del CIAPA (Centro de Investigación y Adiestramiento Político-Administrativo), Costa Rica.

- c) Los peligros políticos, jurídicos y éticos de un enfoque unilateral, arbitrario y casuístico de la promoción y defensa de los derechos humanos desde el exterior.
- d) La necesidad y conveniencia de que el verdadero impulso a la promoción y defensa de los derechos humanos se realice por medio de los órganos jurídicos e institucionales creados al efecto dentro del Sistema Interamericano.
- e) La impostergable tarea de que ese impulso a los derechos humanos, en las condiciones de la globalización, esté vinculado de manera indisoluble al fortalecimiento y la ampliación de los alcances y facultades institucionales de las entidades correspondientes, en particular los de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

Para eso se procede, en primer término, a considerar el tratamiento del tema de las relaciones USA/América Latina, cuestionando la manera tradicional de tratar de una forma tan global a todo el subcontinente, que finalmente se acaba por borrar las diferencias regionales objetivas. Estas marcan, de manera importante, las distintas realidades geográficas, humanas, económicas y políticas presentes en esa vasta región. Es por ello que a ese todo heterogéneo y complejo que es la América Latina, en este análisis se le divide en zonas o regiones, explicitando los criterios en que se ha sustentado tal clasificación; focalizando los principales polos de interés para los Estados Unidos; y subrayando la influencia de todo ello en la toma de decisiones norteamericana para la región.

De seguido, se analizan los principales enfoques que se han venido aplicando hasta ahora en los distintos grupos de países y se valora el que actualmente pareciera estar en funciones. Esto se hace no sólo desde el ángulo de los posibles efectos positivos sino también de los negativos, que son concomitantes con la manera en que en los Estados Unidos se toman las decisiones en materia de política exterior.

Finalmente se discuten los problemas inherentes a los desequilibrios y asimetrías que objetivamente existen entre los Estados Unidos y los diversos estados de la región; para concluir en la necesidad de que se impulse el desarrollo de las instituciones del sistema interamericano, tales como la Comisión y la Corte, que acercarían las políticas en materia de la protección internacional de los derechos humanos a un enfoque más sólido, continuo y consistente; pero sobre todo más institucional y jurídico y menos peligrosamente unilateral y casuístico.

AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: REALIDAD REGIONAL Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA

No cabe duda de que el fin de la guerra fría, la desaparición de la Unión Soviética y el peligro comunista, así como los acelerados procesos de globalización contemporáneos, han determinado cambios importantes en las relaciones interamericanas, tanto por lo que hace a los países latinoamericanos entre sí, como de estos con los Estados Unidos, la Unión Europea, Asia del Pacífico, etc.

Por lo que hace a la relaciones entre los Estados Unidos, el Caribe y la América Latina, y en particular lo referente a la promoción de la democracia, resulta obligado reconocer la existencia de varias regiones donde la especificación de los objetivos comunes de la política exterior norteamericana para todo el continente, introduce variaciones sustanciales que no pueden ser ignoradas.

Las particularidades que ayudan a conformar estas distintas regiones, aparecen desde el momento mismo en que se toman en consideración factores tan variados como, por ejemplo, el distinto peso económico y demográfico de los países que las integran; sus vínculos financieros, económicos y comerciales; su ubicación geográfica; su potencialidad militar; su específica problemática socio-política, etc. Estas diferencias de grado de desarrollo y naturaleza socio-política de los países que conforman cada región, necesariamente terminan por imponer tratamientos muy diferenciados al momento de la aplicación concreta de la política exterior norteamericana para toda el área.

Para efectos analíticos, pues, pareciera necesario introducir una clasificación tentativa que sería del siguiente modo:

1) Tenemos una *primera región* constituida por México (y Canadá), que constituye en conjunto una área donde, entre otras razones y objetivos, una de las preocupaciones más directas aparece ligada con los problemas propios de la seguridad fronteriza. Política, histórica y culturalmente, esto representa toda una problemática que no puede ser abordada aquí.

2) Una *segunda región* es la formada por los países del Caribe español que, junto con los de la América Central, además de participar por extensión de la idea de seguridad fronteriza ampliada, se caracterizan por tener, en general, una capacidad nacional -por población, territorio, economía y capacidad militar- muy limitada para resistir ciertas presiones que, más allá de las intenciones subjetivas de los Estados Unidos, emanan objetivamente de su condición hegemónica y de su natural manera de relacionarse con entidades nacionales tan pequeñas como las que forman esta región. Como en el caso mexicano, el interés norteamericano en la región se ve marcado por diversos factores de preocupación política interna en los Estados Unidos, tales como son los siguientes:

- a) Ser países de tránsito para el trasiego de droga y el lavado de dinero.
- b) Provenir de allí fuertes corrientes migratorias, en especial desde El Salvador¹ y

¹ Así, en un documento oficial norteamericano, puede leerse sobre El Salvador la siguiente reveladora apreciación: "Located in the center of a region that, with Mexico, borders on the United States, El Salvador's political and economic stability are important to U. S. interests in the region. Any instability in El Salvador would directly affect its neighbors - undermining their economic development and transitions towards peace, democracy and the rule of law... The threat from illegal immigration is particularly relevant to U. S. interests in El Salvador. Salvadorans, primarily as a consequence of the civil war, account for well over 300.000 illegal immigrants; the second largest group of illegal immigrants after those from Me-

Nicaragua en Centroamérica; y de Haití y República Dominicana en el Caribe. En este sentido, en un documento de la USAID se dice: “Aunque México es desde lejos el país de origen más importante, la inmigración ilegal desde otras naciones latinoamericanas ha sido muy significativa. Por mucho, hay más inmigrantes ilegales de la América Central, el Caribe y Sur América, que del resto combinado del mundo. Sólo El Salvador ha enviado más inmigrantes ilegales a los Estados Unidos que toda Europa, Asia y África. Más inmigrantes ilegales vinieron a los Estados Unidos desde Haití y la República Dominicana en 1992 que de todo el continente africano. Haití, un país que hasta fecha muy reciente había experimentado una turbulencia política y económica, ha enviado 60.000 haitianos indocumentados a los Estados Unidos. Estos han devenido el hogar de 71.500 guatemaltecos indocumentados debido a su conflicto de 35 años. Mejorías en la gobernabilidad, en el respeto a los derechos humanos y el aumento de las oportunidades de empleo en su propio país, reducirán significativamente el flujo de inmigrantes ilegales a los Estados Unidos”.²

Así, en Haití “los intereses de los Estados Unidos se focalizan en el fortalecimiento de las instituciones democráticas para conseguir un mayor pluralismo, un gobierno más abierto, transparente y responsable, así como la ampliación de las oportunidades económicas. El resultado que se espera de incremento de las oportunidades y de una mayor auto-determinación será la disminución dramática de la emigración al exterior y la reducción de su peso sobre los países vecinos, especialmente los Estados Unidos”.³

Por lo que se refiere de modo específico a la República Dominicana, cabe destacar que allí “los intereses estadounidenses más importantes, incluyen facilitar el acceso para los exportadores de los Estados Unidos, el combate al contrabando de ilegales y otros tipos de contrabando, el control y la propagación del SIDA, el combate al narcotráfico y el lavado de dinero, el fortalecimiento de las instituciones democráticas, la promoción de la estabilidad en la región y la disminución de la degradación ambiental. La República Dominicana es el séptimo más grande mercado de los Estados Unidos en América Latina. La proximidad de la República Dominicana significa que sus problemas a menudo tienen el efecto de salpicar a los Estados Unidos. Por ejemplo, la alta incidencia de pobreza, falta de oportunidades económicas e injusticia social han tenido como resultado una gran emigración. A *grosso modo* se cree que uno de cada 9 dominicanos vive, legal o ilegalmente, en los Estados Unidos”.⁴

xico. Renewed instability in El Salvador would, no doubt, lead to another wave of illegal salvadoran immigration. Finally, humanitarian interests compel the U. S. to address the widespread poverty in one of the least developed countries in the hemisphere”. Cfr. USAID, FY 1998 Development Assistance Request. *El Salvador*. Introduction, p. 1.

2 Cfr. USAID, FY 1998 Development Assistance Request. *Latin America and the Caribbean*, p. 3-4.

3 Cfr. USAID, FY 1998 Development Assistance Request. *Haiti*. Introduction, p. 1.

4 Cfr. USAID, FY 1998 Development Assistance Request. *Dominican Republic*. Introduction, p. 1 y 2.

c) Ser muy reciente y estar aún en proceso de ejecución los acuerdos de paz y de cambio democráticos, tanto en el istmo centroamericano con Guatemala,⁵ El Salvador y Nicaragua; como en el Caribe, con el caso de República Dominicana que vive importantes transiciones de carácter democrático hoy en proceso de desarrollo, como con el de Haití, donde son evidentes la inmadurez y fragilidad de sus cambios institucionales y políticos más recientes.

d) Ser, en el caso de Panamá, además de un importante centro financiero internacional, el eje de toda una temática geoestratégica de especial interés para los Estados Unidos, vinculada a los problemas de la ejecución final de los Tratados Torrijos/Carter sobre el Canal.⁶

Con todos estos países, donde la capacidad de resistencia es notoriamente muy limitada, resulta inevitable que en ellos sean mucho más efectivos los condicionamientos externos, así como más eficaces los instrumentos de presión que pueden utilizarse para apoyar las conductas condicionadas que se quieren promover desde el exterior. Desde luego, no quiere decir lo anterior que el mayor margen que aquí se da para usar el condicionamiento externo, haga simple y fácil resolver los problemas de la promoción democrática. Si bien ésta se ve favorecida por el apoyo que se le brinda desde el exterior, y el condicionamiento externo con tales fines puede ser muy útil y conveniente para avanzar en la transición y la consolidación democráticas, la obtención última de resultados sólidos y positivos en este campo sigue dependiendo de los actores y los procesos internos.⁷

La definición del interés nacional en esta área, por parte del gobierno norteamericano, es bastante clara. “Nosotros tenemos los mayores intereses estratégicos y económicos en los países de Centro América y del Caribe, los cuales están dentro de nuestros vecinos más próximos y es con quienes compartimos muchos lazos históricos y sociales”.⁸

5 Mientras que los casos de El Salvador y Nicaragua, bastante distintos entre sí, llevan varios años en el proceso de aplicación de los acuerdos de paz, en Guatemala apenas está por cumplirse un año de su firma. La situación allí es aun muy delicada y se trata de un proceso de democratización -que incluye la incorporación de la gran masa indígena a la vida del país- que recién empieza. *Cfr.* USAID FY 1998 Development Assistance Fund Request. *Guatemala*. Introduction, p. 1 y ss.

6 *Cfr.* USAID FY 1998 Development Assistance Request. *Panamá*. Introduction, p. 1.

7 Me he referido a este tema de la condicionalidad cruzada para promover la democracia desde el exterior, sus limitaciones y peligros, en *Condicionalidad y democracia en Centroamérica. La promoción de la democracia desde el exterior*, FLACSO, Cuaderno de Ciencias Sociales, San José, 1996. Conviene, asimismo, sobre este tema de las limitaciones de la promoción externa y el peso decisivo de lo interno, consultar el trabajo de Whitehead, Laurence “The imposition of Democracy” en Lowenthal, Abraham F. (ed) *Exporting Democracy. The United States and Latin America*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1991. Para un punto de vista muy favorable al condicionamiento externo como medio para promover la democracia, ver Nelson, Joan M.; Eglinton, Stephanie J. *Encouraging Democracy. What role for conditioned AID?* Overseas Development Council, Washington, D. C., 1992.

8 *Cfr.* Davidow, Jeffrey, Assistance Secretary for Inter-American Affairs, Testimony before the Trade Subcommittee of the House Ways and Means Committee, Washington D. C., July 22 1997, p. 3.

No cabe duda que el interés norteamericano en esta región, definido en esos términos, parece compaginarse mucho mejor aquí que en otras regiones, con la potencialidad de los medios con que cuenta, para promover e incluso imponer cierto tipo de políticas a los países de la región, en correspondencia con los objetivos de su política exterior.

3) Una *tercera región* estaría constituida por los países llamados andinos, donde los problemas del narcotráfico y la violencia resultan endémicos y obligan -como lo evidencia sobre todo Colombia, pero también los casos de Perú y Bolivia- a seguir políticas que, por un lado, implican sanciones y presiones de diverso tipo; pero por otro, frecuentemente conducen a situaciones críticas respecto a la vigencia de la democracia y el respeto a los derechos humanos, que deben obviarse en aras del logro de otros objetivos. Además de esos tres países, que serían el núcleo principal de este grupo, parcialmente debe incluirse a Ecuador y en mucho menor grado a Venezuela, aunque por razones distintas.

Más recientemente, en el caso del Ecuador y del Perú, las tensiones y violencias fronterizas entre ambos y los eventuales efectos desestabilizadores de su conflicto armado, que podían generar indeseables y peligrosas carreras armamentistas en toda la región, han ocupado un importante lugar en la agenda norteamericana para esta región específicamente.⁹

Es significativo que en el caso de Bolivia, se reconozca que el país es importante para los Estados Unidos por las siguientes razones: “1) Bolivia es el segundo productor mundial más grande de cocaína, lo que es dañino para ambos países; 2) ambos países comparten intereses comunes en los procesos democráticos y en el impulso de una más amplia participación en ese proceso; 3) Los Estados Unidos es el más importante socio comercial de Bolivia, alcanzando aproximadamente un 27% del total del comercio boliviano; 4) Bolivia mantiene un régimen de comercio relativamente abierto atractivo para los inversionistas de los Estados Unidos, gracias a sus bajas tarifas, libre movimiento de capital y la ausencia de restricciones al mercado; y 5) Bolivia, que tiene inusuales recursos biológicos y ricos bosques, es un líder en la América Latina en la demostración de preocupación por el ambiente y la protección de la biodiversidad... Los objetivos principales de la política exterior de los Estados Unidos en Bolivia son ayudarla a reducir y eventualmente eliminar la ilegal industria de coca y cocaína, animar el crecimiento económico sostenible y orientarlo a uno de mercado libre, que permita crecimiento económico sostenible, estabilidad y sustento de la democracia boliviana”.¹⁰

4) Una *cuarta región*, estaría formada por Brasil, Argentina y Chile, con una inclusión adicional y subsidiaria de dos países más: Uruguay, en especial por su participación en el MER-

9 “The U. S. national interests in Ecuador are centered around the following themes: a mutual interest of both countries to preserve political stability and peace in the region, in view of the armed confrontations between Ecuador and Peru in 1995; the strengthening of democratic institutions and the streamlining of procedures for the administration of justice...” etc. *Cfr.* USAID FY 1998 Development Assistance Funds Request. *Ecuador*. Introduction, p. 1.

10 *Cfr.* USAID, FY 1988, Development Assistance Fund Request. *Bolivia*. Introduction, p. 1.

COSUR; y Paraguay, donde además de su participación en la integración regional, se ha puesto en evidencia la fragilidad de su transición a la democracia, como lo testimonian las tensiones políticas generadas por sectores militares del Partido Colorado, jefeados por el General Lino Oviedo.¹¹

En el caso brasileño, es interesante observar la apreciación norteamericana de su importancia, que difiere sustancialmente del foco de interés que puede encontrarse en otros países latinoamericanos. Aquí el interés proviene de su gran tamaño geográfico, de lo numeroso de su población, del carácter predominante en toda la región, de su condición de aliado estratégico de los Estados Unidos y de su condición de socio comercial en un volumen que asciende a montos superiores a los US\$20 mil millones en la relación bilateral. En 1996 el gobierno de Brasil continuó su compromiso de modernizar al país a través de reformas sociales, económicas y democráticas, así como en la búsqueda del crecimiento.¹²

Aunque esta propuesta de agrupamiento de países es relativa y no agota, ni mucho menos, las múltiples y variadas interrelaciones y vínculos regionales, sí conviene señalar que tal enfoque regionalizado es útil porque permite percibir con mayor claridad el carácter, alcance, poder y perspectiva que puede tener la política norteamericana en las distintas regiones de la América Latina, para la promoción democrática, la defensa de los derechos humanos y la combinación de esto con sus otros objetivos de política exterior.

Es obvio así que la promoción de la democracia, la defensa y protección de los derechos humanos, y el apoyo externo al control civil sobre los militares no puede ser de la misma naturaleza, ni con los mismos alcances, en Haití, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, que en Chile, Argentina o Brasil. A su vez, las exigencias externas para avanzar en el logro de tales objetivos, en países como Colombia, Bolivia y Perú, contrariamente a lo que sucede con las naciones del Cono Sur, se ven a su vez seriamente limitadas por la necesidad norteamericana de implementar la política antidrogas en la región andina, de no favorecer los movimientos insurreccionales allí activos y de impedir que la inestabilidad política, cualesquiera puedan ser sus causas específicas, llegue a límites incontrolables.

ESTADOS UNIDOS, LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE

La actual coyuntura política internacional ha permitido que un ambiente favorable al desarrollo democrático permee todo el continente americano.¹³ En general los acuerdos, al menos en sus grandes líneas, parecen haber generado un consenso importante para favorecer el desarrollo democrático. Desde el punto de vista del gobierno de los Estados Unidos, “el compromi-

11 Cfr. USAID, FY 1998, Development Assistance Fund Request. *Paraguay*. Introduction, p. 1.

12 Cfr. USAID, FY 1998, Development Assistance Fund Request. *Brazil*. Introduction, p. 1.

13 Cfr. Albright, Madeleine K., Secretary of State, Welcoming Remarks to the Council of the Americas, Washington D. C., April 28, 1997.

so latinoamericano con la democracia y la economía de mercado, nos da un fundamento inusualmente sólido sobre el cual construir nuestras políticas”.¹⁴ Lo más impresionante, a juicio de un alto oficial del gobierno, es “la profundidad del compromiso con esos objetivos generales no sólo por los gobiernos del hemisferio sino también por el sector privado y la población”.¹⁵

Así, en los Estados Unidos se considera que “la Cumbre de las Américas ratifica un consenso hemisférico que adelanta los intereses nacionales como nunca antes. Los 34 jefes de Estado... convinieron en que la democracia es un punto de toque para la alianza de América; que economías estables basadas en la competencia, mercados abiertos y la integración económica conducirán a la creación de una Area de Libre Comercio de las Américas hacia el 2005; que la pobreza que aún afecta al 40% de la población debe ser eliminada; y que nada es sostenible a menos que el ambiente sea respetado y los recursos naturales administrados sabiamente... Esta visión compartida para el Hemisferio Occidental habría sido inconcebible solamente 20 años atrás, cuando con la excepción de Norte América y el Caribe de habla inglesa, sólo cuatro países tenían gobiernos civiles electos. Dictaduras militares y sistemas económicos de dirección estatal eran la norma, y el respeto por los derechos humanos fundamentales bajo esos regímenes era inexistente”. Y concluye el documento con una autocomplacencia un tanto excesiva -aunque con una dosis nada despreciable de verdad-, diciendo que los programas de la “USAID han sido críticos en la transformación de la dictadura a la democracia; de economías cerradas a mercados abiertos; y del conflicto a la paz en América Central”.¹⁶

Conforme a esta visión, democracia, derechos humanos y crecimiento económico se refuerzan recíprocamente. Y al asumir como tareas propias, el desarrollo democrático y el respeto a los derechos humanos, los Estados Unidos promueven sus propios valores y contribuyen a crear un entorno favorable para la paz, la estabilidad y la seguridad regionales. Además, la presión sobre los latinoamericanos para dejar sus hogares e ir a los Estados Unidos se reduce sustancialmente, suavizando así un problema que preocupa agudamente al gobierno estadounidense.¹⁷

Esta temática es recurrente en las manifestaciones oficiales del gobierno norteamericano,¹⁸ que ha definido oficialmente su interés nacional en toda el área del siguiente modo:

14 Cfr. Davidow, Jeffrey, Assistance Secretary for Inter-American Affairs. “U. S. Foreign Policy Toward Latin America and the Caribbean in the Clinton Administration's Second Term”. Address before the Council of the Americas, Washington D. C., April 28, 1997.

15 Cfr. *Op. Cit.*, “U. S. Policy Toward Latin America and the Caribbean: Building upon a Solid Foundation”. Remarks by Assistance Secretary of State Jeffrey Davidow to the Miami Conference on the Caribbean and Latin America, Miami, Florida, December 9, 1996, p. 1.

16 Cfr. USAID, Development Assistance Fund Request. *Latin America and the Caribbean*, p. 1 y ss. Subrayados míos.

17 *Ibidem*, *Latin America and the Caribbean*, pág. 2.

18 “The Summit of the Americas held in Miami in December 1994 was a dramatic expression of this

Nuestra política hacia América Latina se deriva de tres objetivos básicos establecidos por el Presidente y el Secretario de Estado para toda nuestra política exterior:

Primero, mantener a los Estados Unidos económicamente fuertes, internacionalmente competitivos y prósperos, y preservar su posición como el centro de una expansión global de la economía.

Segundo, *preservar y avanzar la libertad, promoviendo los principios y valores sobre los que la democracia y la identidad de esta nación están basados.*

Tercero, establecer un marco de cooperación que permita a nuestros ciudadanos y amigos prevenirse de las nuevas amenazas transnacionales de degradación ambiental, tráfico de narcóticos, migraciones, contrabando, terrorismo y crimen internacional.¹⁹

Esta voluntad política se expresa, sin embargo, sólo de un modo muy parcial y con alcances limitados cuando se examinan a la luz de la relación que debe establecerse entre los fines y objetivos que se buscan y los medios que se arbitran para su logro.

En efecto: si se compara la pluralidad de objetivos y fines propuestos para ayudar a promover la democracia, frenar la inmigración, combatir el narcotráfico e impulsar el desarrollo integral y la lucha contra la pobreza en la región, con el monto real de los fondos que se destinaron para alcanzarlos, el resultado es de una insuficiencia evidente. Sin incluir México, la ayuda total a la región en 1996 ascendió a US\$613.845. De allí se destinaron un total de US\$65.525 (10.67%) a la ayuda militar y de lucha contra el narcotráfico; para asistencia al desarrollo \$241.452 (39.33%); \$125.883 (20.50%) como Fondo de Soporte Económico; \$146.831 (23.92%) para el PL-480; y para el Peace Corps \$34,154 (5.56%).²⁰

Como aquí se ha propuesto analizar las relaciones USA/América Latina de una manera diferenciada, en virtud de las condiciones distintas de las diversas regiones que la integran y el diferente tipo de relación con ellas; el distinto peso que el factor externo juega en la vida política interna de esos países; así como el variado foco de interés norteamericano en cada país y región, etc., parece conveniente detallar el monto de esa ayuda debidamente regionalizado.

new era of cooperation... The consensus on the specific initiatives of the Summit's Action Plan may be even more impressive than consensus on overall philosophical goals. Plan's 23 initiatives and over 100 specific action items mobilize national governments, international financial institutions and non-governmental organizations. They involve work in areas which were in many countries considered too sensitive domestically (such as human rights and problems of corruption) to even discuss multilaterally - much less act on multilaterally." *Cfr.* Watson, Alexander F., "Mutual Interest and Cooperation in Latin America", Remarks by Assistant Secretary of State for Inter-American Affairs, to the Latin American Association of Japan, Marsuya Salon, Tokyo, Japan, February 21, 1996, p. 4.

¹⁹ *Cfr.* Jeffrey Davidow, Assistant Secretary for Inter-American Affairs, Testimony before the Trade Subcommittee of the House Ways and Means Committee, Washington, D.C., July 22, 1997, p. 1. Subrayados míos.

²⁰ *Cfr.* USAID. USAID *Loans and Grants to Latin America and the Caribbean. From 1952 to 1996.* The historical assistance levels compiled in this table were retrieved from an official USAID Document entitled *Overseas Loans and Grants, Series of Yearly Data.*

Así, lo que hemos llamado Cono Sur, Brasil y Paraguay, recibieron en 1996 un total de US\$24.745 millones, que representa un 4.03% de la ayuda total. De ellos, para fines militares y combate al narcotráfico, se destinó el 3.66%; y para desarrollo un 6.81%. Por lo que hace la Región Andina y Venezuela, el monto fue de \$214.812 millones, sea el 34.99% de la ayuda total. De ellos se destinó el 76.3% para ayuda militar y narcotráfico y el 26.40% para desarrollo. Centroamérica recibió US\$159.687 millones, equivalente al 26.01% de la ayuda total, que se distribuyeron así: 6.18% para ayuda militar y combate al narcotráfico y 33.49% para el desarrollo. El Caribe y Guyana recibieron US\$164.937 millones, para un 26.86% del total, con un 6.18% para ayuda militar y narcotráfico y 19.77% para desarrollo. El rubro América Latina Regional contó con US\$49.664 millones para un 8.09% del total, de los cuales el 5.64% fue a ayuda militar y narcotráfico y 13.52% a desarrollo.²¹

Veamos a continuación algunas de esas cifras solicitadas para el año fiscal de 1998, para continuar con la línea de análisis anterior y siempre a modo de ejemplo.²²

Para el Fondo de Asistencia al Desarrollo se destina la suma de US\$273.500.000; para Fondos de Apoyo Económico US\$116 millones; para la lucha antinarcóticos US\$53 millones; y para distintas modalidades del programa P.L. 480, títulos II y III, US\$101.143.000 y US\$10 millones respectivamente, para un gran total de US\$553.643.000 de ayuda a la América Latina.

Pese a estas insuficiencias financieras respecto a las tareas propuestas, sí es importante señalar un hecho relevante y de gran importancia para el futuro de la colaboración Estados Unidos/América Latina. Y es que la conceptualización de lo que debe entenderse por sistema político democrático en el subcontinente parece haber dejado de lado, al fin, el viejo y simplificado enfoque de que la democracia se reducía a la celebración de elecciones más o menos limpias. Ahora se tiende a entender el problema de la transición y la consolidación democráticas, como un proceso mucho más complejo que la realización de torneos electorales. Así, al menos en ciertas esferas, una visión más enriquecida se ha ido abriendo campo y trata de incluir temas en la problemática democrática de la región, como la división real de poderes, la creación de instituciones, el imperio de la ley, el control civil de las fuerzas armadas, el fin de la exclusión y la marginación, la pobreza extrema, etc.²³

Es así como en una apreciación oficial del gobierno norteamericano, se considera que si bien la región había hecho en 1996 importantes avances para la democratización, particularmente con los Acuerdos de Paz firmados en Guatemala, elecciones limpias en Dominicana, elecciones nacionales en Ecuador y Nicaragua que se ajustaron a los procedimientos electora-

²¹ Fuente: USAID, 1997 Congressional Presentation; FY 1996. Allocations change until the year's obligations are finalized at the end of the fiscal year.

²² *Ibidem*, *Latin America and the Caribbean*, pág. 1.

²³ Así, Jeffrey Davidow, Assistance Secretary for Inter-American Affairs, ha señalado que "without broadly-shared growth, citizens' trust in their governments and institutions deteriorate, state legitimacy erodes, the rule of law weakens and social ills propagate." *Op. cit.*, Testimony before the Trade Subcommittee of the House Ways and Means Committee, Washington, D. C., July 22, 1997, pág. 2.

les democráticos, aún quedan pendientes múltiples problemas. “El fuerte liderazgo de los Estados Unidos y de otros socios hemisféricos, sólo muy estrechamente detuvieron un intento de golpe militar en Paraguay. En muchas naciones de América Latina, los militares y la policía retienen poderes reservados, no susceptibles de control civil por los representantes parlamentarios. Mientras que los procedimientos democráticos y el estado de derecho han mejorado, muchos ciudadanos en la región no pueden participar efectivamente en sus sistemas políticos. Grupos indígenas en Guatemala, el sur de México y la región andina, están todavía ampliamente excluidos de la vida política. Independientemente de la reforma electoral, los sistemas políticos no serán verdaderamente democráticos hasta que la mayoría indígena sea incluida”.²⁴

HACIA UN NUEVO ESQUEMA DE RELACIÓN INTERAMERICANO

En un período de tiempo muy corto las relaciones interamericanas han sufrido modificaciones importantes. Estas pueden sintetizarse, *grosso modo*, en tres modalidades distintas, atendiendo a ciertas condiciones que fueron variando con el tiempo pero que, en general, tienen que ver con el antes y el después de la Guerra Fría. Ellas son:

- a) *Del hegemonismo a la imposición.* De la clara posición hegemónica norteamericana se pasó a un cuestionamiento generalizado, que puso en cuestión no sólo las hegemonías internas, sino la de los Estados Unidos, con un último intento desestabilizador de la ex-Unión Soviética aprovechando conflictos objetivos que se daban en diversas partes del globo, en particular en Centroamérica.
- b) *De la imposición a la indiferencia.* Este es el período inmediato siguiente a la firma de los acuerdos de paz, la caída del muro de Berlín, la disolución de la Unión Soviética y el supuesto establecimiento de un Nuevo Orden Mundial. Aquí la posición norteamericana pasó a colocar a la región en uno de los últimos lugares de su agenda y fue notorio el interés prioritario de los Estados Unidos por otras regiones del planeta.
- c) *De la indiferencia a la colaboración condicionada.* Pronto se vio por las autoridades norteamericanas que esa indiferencia era no sólo negativa sino peligrosa para sus intereses nacionales. Y que si se quería alcanzar la protección de éstos, era necesario contribuir con la región más activamente. Sin embargo, las resistencias internas, a algunos de los cambios democráticos en muchos países, eran muy altas, sobre todo entre las élites civiles y políticas beneficiadas por el régimen autoritario y entre ciertos sectores de las fuerzas armadas. Utilizando la experiencia en el campo económico, pronto los mecanismos de presión que habían sido utilizados para condicionar financieramente a los países en desorden económico, se hicieron extensivos al campo político. Ello se juntaba con una vieja tradición latinoamericana, especialmente entre los países del Caribe y Centroamérica, de gestionar diversos tipos de sanciones colectivas para aquellos gobiernos que nacieran de un golpe de estado, violaran los derechos humanos y atentaran contra la vida y las instituciones democráticas.

24 *Ibidem*, pág. 4.

Pareciera que es en este último esquema de colaboración condicionada donde nos encontramos en la actualidad. Es así como, en la promoción de los derechos humanos y la democracia, han empezado a aplicarse diversos tipos de condicionamiento político que estrechan, aún más, los márgenes nacionales de maniobra que, en el pasado y en manos de dictaduras civiles o militares, habían servido de un modo muy cómodo para frenar los apoyos y presiones provenientes del exterior para favorecer el desarrollo de la democracia y el respeto y vigencia de los derechos humanos. Es así como la invocación de la soberanía y del principio de no intervención para impedir el examen, la crítica y las presiones internacionales por atentados contra la democracia y los derechos humanos, de tanto uso por dictadores de toda clase en el pasado, no pudo frenar la movilización colectiva de los integrantes del MERCOSUR, y de los propios Estados Unidos contra los posibles golpistas. Los otros Estados, conforme a las nuevas orientaciones, acudieron con su ayuda y apoyo externo en favor del gobierno electo de Paraguay y contribuyeron a abortar el intento de golpe militar. Fue también, en parte, este nuevo enfoque el que estuvo presente para que se pudiera acordar y llevar adelante la movilización de tropas hasta Haití.

Por otra parte, los objetivos centrales norteamericanos en la región, según la definición ya citada de Jeffrey Davidow en su *Conference on the Caribbean and Latin America* celebrada en Miami, el 9 de diciembre de 1996, exigen no sólo una política de presión o imposición sino, sobre todo, de cooperación. La lucha contra el narcotráfico, el lavado de dinero, la migración ilegal, etc., una organización política democrática, el imperio de la ley, un poder judicial independiente, una policía moderna y respetuosa de los derechos humanos y unas fuerzas armadas subordinadas al poder civil.

Por eso la comprensión de la construcción democrática como algo más que la realización de elecciones es importante, porque requiere abandonar los intentos de imposición externa o las actitudes de indiferencia, y adoptar una política prudente y progresiva de colaboración condicionada, en favor del cambio democrático. Y esto incluye, primero que nada, el efectivo respeto, la plena vigencia y la garantía eficaz de los derechos humanos de la población.

Sin embargo, los abusos y errores que aquí se den tienen, por eso mismo, una significación negativa más grave, pues tenderán a debilitar el esfuerzo interno propio en la construcción de una democracia y un estado de derecho. Políticas como las de decertificación de países por narcotráfico; de protección de nacionales embarcados en acciones cuestionables o, incluso, ilegítimas, con condicionamientos de diversa índole que nos hacen regresar a la etapa de las imposiciones; o la pretensión de políticos y funcionarios de los Estados Unidos de imponer prácticas y modalidades institucionales y legales propias del sistema anglosajón, pero que son diferentes y hasta contradictorias con las tradiciones e instituciones jurídicas locales; todo eso lo que hace es debilitar la democracia.

En efecto, tales actuaciones e intentos de imposición, provenientes del exterior y sin consideración de las particularidades jurídicas, institucionales, políticas y culturales internas, más bien subvierten el estado de derecho, rozan la constitución y la soberanía nacionales, irritan a

la población, impiden la consolidación de un estado de derecho y debilitan, en su conjunto, el proceso de consolidación democrática.

ALCANCES Y LÍMITES DE LA AYUDA EXTERNA

La política exterior norteamericana oficialmente incluye, como uno de sus propósitos principales, la defensa y desarrollo de los derechos humanos, y la promoción democrática en la América Latina. Pero lo hace de un modo estrechamente ligado a sus otros objetivos en la región. En un sentido, esto es altamente positivo, pues ayuda a entender de un modo integral las tareas de la política exterior de los Estados Unidos hacia la región; lo cual -a su vez- hace que el apoyo mutuo en los esfuerzos hechos en los diversos campos, sea un factor contribuyente a la consolidación de la democracia y a su profundización en materia de derechos humanos.

Sin embargo, esta misma interconexión, como ya se apuntó, puede ser contraproducente, sobre todo si su ejecución es abordada de manera unilateral y con una actitud hegemónica. Sin duda constituye un avance el asociar el combate a la pobreza y el apoyo al desarrollo, como dos facetas decisivas para la consolidación democrática y la construcción de ciudadanía. Pero asociar e imponer formas de organización empresarial y de desenvolvimiento del Estado en la economía, políticas salariales, de salud, de pensiones, de servicios públicos, etc., por el contrario, facilita la aparición de reacciones altamente negativas. Pedir la cooperación en la lucha contra el narcotráfico es positivo; pero no lo es imponer los estilos, métodos y criterios jurídicos propios en detrimento de los nacionales, porque eso debilita la fuerza de la constitución, de la ley y de los organismos judiciales, en un momento en que es necesario fortalecerlos y mejorar su funcionamiento y prestigio.

Por otra parte, si no se cuenta con instrumentos suficientes para promover la democracia, las carencias pueden ser tan altas que la inversión que en ello se haga puede perder efecto por devenir puramente simbólica. Y lo que tiende a quedar es la parte negativa de la protección norteamericana a lo que se ha definido como sus intereses nacionales.

Finalmente, la promoción democrática sí ha tenido éxitos notables, aunque parciales, en varias materias importantes que conviene señalar:

- a) Apoyo a los organismos electorales e impulso a su desarrollo y consolidación.
- b) Apoyo a la observación electoral, como mecanismo de garantizar la realización de comicios libres, competitivos y justos.
- c) Apoyo a la modernización del Estado y a los procesos de institucionalización democrática.
- d) Apoyo al mejoramiento de la administración de justicia.

- e) Apoyo a la transformación y educación de aquellos organismos encargados de velar por la seguridad ciudadana y la lucha contra la delincuencia.
- f) Apoyo al cambio de la naturaleza y carácter de la doctrina militar de las fuerzas armadas latinoamericanas y fortalecimiento de su formación en el respeto a los derechos humanos, al derecho internacional humanitario y a los valores democráticos y, en particular, a la subordinación de los militares al poder civil.

Hay pues un claroscuro en el valor y efecto de la promoción democrática desde el exterior. Pero pienso, y tengo para mí, que mucho dependerá de los esfuerzos internos de cada nación para construir su democracia, que tales ambivalencias se superen. Y que lo positivo en el desarrollo democrático, finalmente prevalezca sobre lo negativo de la asimetría entre el poder hegemónico mundial y la América Latina y el Caribe.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Todas estas acciones suponen un bilateralismo significativo, por la propia naturaleza de las esferas de que se trata. Pero en materia de derechos humanos, de su respeto, vigencia y promoción, la cuestión adquiere contornos mucho más específicos que requieren un tratamiento diferente.

En efecto, aquí pareciera necesario crear un enfoque más institucionalizado, consistente, permanente y eficaz. Las distorsiones provenientes de intereses particulares, coyunturas políticas o electorales; o, más simplemente, de tradiciones jurídicas y constitucionales diferentes, deben ser evitadas o, cuando menos, reducidas al mínimo. El temor a la interferencia foránea en los asuntos internos de los países; la sospecha de que pueda violarse el principio de no intervención, etc., necesitan disiparse de modo tal, que dejen de ser obstáculo para que operen eficazmente los organismos de protección establecidos en las Convenciones internacionales.

Por ello pareciera ser de primordial importancia impulsar un fortalecimiento integral de la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. Su función constante y permanente; su capacidad de movilización, presencia y acción; su acceso a los medios necesarios para cumplir sus fines; la ampliación de su jurisdicción y competencia; y la flexibilización de sus procedimientos, para facilitar un acceso más fluido y efectivo de individuos y colectividades, suponen una contrapartida básica, orientada a brindar poder y fuerza a sus resoluciones orientadas a proteger y defender los derechos humanos.

Esto significa que, en las condiciones contemporáneas de condicionalismo cruzado de organismos financieros internacionales, donde con criterios administrativos y políticos se sancionan gobiernos y países, y se emplean diferentes mecanismos de presión internacional, muy en particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos debería tener a su disposición la capacidad de acordar tales sanciones por sí misma, en atención ya no a consideraciones coyunturales o de otra índole, sino a las jurídicas fundamentales sobre las que le toca velar.

Los derechos humanos no pueden quedar librados, para su acatamiento jurisdiccional, a la buena o mala voluntad de los gobiernos. En las relaciones económicas y financieras internacionales contemporáneas han aparecido mecanismos importantes de presión y sanción. Estos no deben ser puestos al servicio de decisiones políticas unilaterales, como hasta hoy sucede, sino al de valores, fines y entidades superiores; pues al fin y al cabo de lo que se trata es, nada menos y nada más, de garantizar la vigencia y el respeto de los derechos humanos en todo el continente.

HABEAS CORPUS

Reinaldo Chalbaud Zerpa^(*)

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

La aspiración del ser humano en orden a obtener en forma eficiente la protección de las facultades de que está investido y que son inherentes a su específica condición de persona natural, ha sido un ideal que parte de admitir la igualdad entre los hombres. Así ha sido considerado este hecho por parte de numerosos pensadores.

Ya en Roma, Ulpiano¹ admitió que, según el derecho natural, todos los seres humanos son iguales, y esta aspiración, proclamada abiertamente por el Cristianismo, fue también aceptada, y en muchos casos defendida, por intelectuales de diversas épocas de la historia.

Con el tiempo, ha llegado a configurarse una verdadera doctrina que se engloba bajo la denominación genérica de “Derechos Humanos”, entendiéndose por tales, ciertas facultades y prerrogativas inseparables de la condición del hombre como tal.

La protección de esos “Derechos Humanos” fue esbozada de una manera más o menos precisa, en el contexto de los procesos revolucionarios ocurridos a fines del siglo XVIII en Norteamérica y Francia.

En efecto, en la colonia de Virginia, el 12 de junio de 1776, fue “formulada por los representantes del buen pueblo de Virginia, reunidos en asamblea plenaria y libre” una “Declaración de Derechos... que pertenecen a ellos y a su posteridad...”, compuesta por quince postula-

(*) Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela.

¹ Cfr. Oscar García-Velutini: *Juicios y Reflexiones*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. Presentación de Francisco Manuel Mármol. Caracas, 1982. Pág. 42.

dos de trascendente importancia histórica, jurídica y político-social. Esta Declaración, redactada por George Mason, no era la primera que, en el orden de propósitos perseguido, se aprobaba en el seno de la sociedad norteaña. En efecto, en 1641 la colonia de Massachusetts había adoptado un “Cuerpo de Libertades”, y otras colonias norteamericanas gozaban de declaraciones de derechos y libertades en sus Cartas, no tan famosas como la de Virginia.²

Posteriormente, una vez sancionada la Constitución Federal el 4 de marzo de 1789, ya reunido el primer Congreso de la recién creada Unión, James Madison presentó una Declaración de Derechos como adición al texto fundamental. Del extenso documento en cuestión, el Congreso aprobó, el 3 de junio de 1791, diez enmiendas que fueron luego ratificadas por los estados integrantes del país y, en consecuencia, se incorporaron a la Constitución, en el entendido de que se trataba de una Declaración de Derechos, tal como se la calificó entonces.³

Mientras tanto en París, en sus sesiones de los días 20, 21, 23, 24 y 26 de agosto de 1789, la Asamblea Nacional de Francia decretó la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, que fue aceptada por el rey. Tal Declaración, compuesta de 17 cláusulas, coincide en mucho con aquella adoptada en Virginia trece años antes. En esta última se afirma, de entrada, que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos...”, mientras los franceses proclamaron en el artículo 1 de su Declaración, que “Todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos...”.

Las mencionadas Declaraciones de Derechos fueron difundidas entre pueblos distintos, que las acogieron con entusiasmo y trataron de hacerlas una realidad concreta.

En el siglo XIX, los constituyentes de diversos países, como ya lo había hecho la Asamblea francesa en 1791, incorporan a los textos constitucionales “Declaraciones de derechos y libertades individuales para munir al hombre de una carta de facultades intangibles frente al Estado. Pero el constitucionalismo del siglo XX vuelve más bien su mirada a las garantías que aseguran dichas prerrogativas, y que permitan hacerlas valer eficazmente cada vez que su titular las vea amenazadas o desconocidas”.⁴ Va configurándose, de esta manera, la institución del amparo, como un instrumento jurídico-procesal idóneo para hacer válidos y eficaces los derechos y libertades consagrados constitucionalmente.

II. AMPARO

El término *amparo* tiene diversas significaciones.

En efecto, se le ha definido como sinónimo, entre otras expresiones, de: abrigo, apoyo,

2 Cfr. *Documentos Básicos de la Historia de los Estados Unidos de América*. Selección, Prólogo y Comentarios a cargo de Henry Steele Commager. Publicación del Servicio de Información de los Estados Unidos de América, s/f. Pág. 4.

3 *Ibid.* Pág. 15.

4 Germán J. Bidart Campos: *Derecho de Amparo*. Ediar S. A. Editores. Talleres Gráficos Optimus, S. R. L. Buenos Aires, 1961. Pág. 17 y sig.

auxilio, ayuda, protección, refugio, socorro y también de defensa.⁵

Jurídicamente se le entiende como la “institución que tiene su ámbito dentro de las normas del Derecho Constitucional y que va encaminada a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas o atropelladas por una autoridad que actúa fuera de sus atribuciones legales o excediéndose en ellas, generalmente vulnerando las garantías establecidas en la Constitución o los Derechos que ella protege”.⁶

También se ha escrito que el amparo constituye la “acción judicial contra un acto, decisión u omisión del poder administrador o hechos de los particulares que afecten o lesionen ciertas garantías o derechos establecidos en la Constitución”.⁷

En Venezuela, tomando en cuenta la normativa constitucional de 1961 al respecto, se considera que el amparo es un instrumento procesal para proteger todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en nuestra Constitución; y más concretamente como “el mecanismo judicial específico, para obtener el restablecimiento inmediato de las situaciones jurídicas infringidas, frente a las violaciones en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece”.⁸

Según Olasso, el amparo es “un mecanismo establecido en la Constitución, para proteger a los ciudadanos contra violaciones o restricciones no autorizadas de sus derechos fundamentales, mediante un procedimiento breve y sumario”.⁹

En México, país que fue el primero en acoger constitucionalmente la expresión amparo como denominación de la institución que comentamos, y que le ha dado una configuración especialísima y muy amplia a la misma, el amparo comprende tres facetas diferentes: amparo como defensa de los derechos de la libertad; amparo como control de la constitucionalidad de las leyes; y amparo como casación.¹⁰

De acuerdo con la opinión de Birdat Campos,¹¹ “el amparo suele considerarse como una

5 Véase *Diccionario de Sinónimos y Antónimos*. Espasa Calpe. 2ª edición. Noviembre de 1994. Madrid. *Diccionario de Sinónimos*. Editorial Francisco Seix, S. A., Barcelona. 1959. *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*. Vigésima Primera edición. 1992.

6 Cfr: Guillermo Cabanellas de Torres: *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, S. R. L. 5ª edición. Buenos Aires. 1981 y también Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Prólogo de Guillermo Cabanellas. Editorial Heliasta, S. R. L. Buenos Aires 1981.

7 Juan Ramírez Gronda. *Diccionario Jurídico*. Introducción de Carlos Cossio. 8ª edición. Buenos Aires 1976.

8 Véase Allan R. Brewer Carías y Carlos M. Ayala Corao. *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1988. Págs. 11 y 113.

9 *El Amparo Constitucional en Venezuela*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 1987. Tomo I, pág. 110.

10 Cfr. Héctor Fix Zamudio. *Estudio sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana*. Edición conjunta con *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad* por Mario Cappelletti. Prólogo de Mariano Azuela. Imprenta Universitaria. México. 1961. Pág. 177.

proyección del *Habeas Corpus*, extendido a la totalidad de los derechos y libertades individuales... El *habeas corpus* se circunscribe... a tutelar la libertad física o corporal. Se usa, pues, como garantía destinada a remover la privación ilegítima de esa libertad por detención, arresto, etc. Y el amparo, como categoría amplia, alcanza a todos los demás derechos distintos de la libertad corporal...”.

No obstante lo anteriormente expuesto, hay quienes equiparan ambas instituciones, en virtud de que ellas constituyen una garantía destinada a proteger derechos y libertades individuales.

III. *HABEAS CORPUS*

La expresión *Habeas Corpus* traduce literalmente la frase “que traigas tu cuerpo” o “que tengas tu cuerpo”.¹²

Ramírez Gronda afirma que por *Habeas Corpus* se entiende una “locución latina que significa ‘traedme el cuerpo’ (del detenido ilegalmente); es decir, ‘pongan al detenido en mi presencia, para que yo (el juez natural), examine la causa de su detención y disponga su arresto o su libertad, según el caso’. Proviene de la frase ‘*Habeas Corpus ad subiiciendum*, etc.’, con que comienza el acto de comparecencia”.¹³

Por su parte Manuel Ossorio¹⁴ señala que esta frase latina, adoptada por el inglés y admitida en castellano quiere decir, “que tengas el cuerpo”; y que la misma tiene su origen en las actas y en el *writ* que en Inglaterra garantizan la libertad individual.

En el diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, se lee: “Hábeas corpus (de la fr. lat. *ad subiiciendum*, etc., con que comienza el auto de comparecencia). M. Derecho del ciudadano detenido o preso a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndolo, resuelva si su arresto fue o no legal, y si debe alzarse o mantenerse. Es término del derecho de Inglaterra que se ha generalizado”.¹⁵

El *Habeas Corpus* ha sido entendido siempre como un amparo de la libertad individual.

Se considera como precedente del *habeas corpus* a una serie de instituciones que arrancan del derecho romano pero, como bien lo apunta Bidart, en rigor no se puede hablar de algu-

11 *Ob. cit.* Pág. 91.

12 Así lo entiende Guillermo Cabanellas de Torres. *Cfr. su Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, S. R. L. 5ª edición. Buenos Aires. 1981. Pág. 143.

13 Juan Ramírez Gronda. *Diccionario Jurídico*. Introducción de Carlos Cossio. 8va. Edición. Buenos Aires. 1976.

14 *Cfr. su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Prólogo de Guillermo Cabanellas. Editorial Heliasta, s. r. l. Buenos Aires. 1981. Pág. 341.

15 Vigésima Primera Edición. 1992. Editorial Espasa Calpe, s. a. Madrid, 1994. Tomo II, pág. 1079.

na verdadera garantía de *habeas corpus* en el sentido que a la misma asignan los textos modernos, mientras la acción era concedida solamente a favor de sectores parciales de la sociedad. De allí que, “recién cuando se le extiende (la acción) indiscriminadamente a cualquier individuo privado de su libertad, estamos ante el *habeas corpus* que recoge el constitucionalismo moderno”.¹⁶

Esas instituciones, referentes a los orígenes del *habeas corpus* y también a su evolución, son las siguientes:

1. *El derecho romano:*

En el derecho romano encontramos:

El título XXIX del Libro XLIII del *Digesto*, denominado, “De Homine Libero Exhibendo”, reza:

Ley 1: Dice el Pretor: exhibe al hombre libre que retienes como ‘dolo malo’. Este interdicto se propone por causa de defender la libertad. Es para que ninguno retenga los hombres libres.

Ley 2: No se diferencian mucho de los siervos aquéllos a quienes no se les permite la libertad de ir por donde quieran... Párrafo 8º: Dice el Pretor: Exhibas: Exhibir es sacar al público y permitir que se vea y se toque al hombre.

Ley 4: Si alguno tuviese al hombre libre ignorando su estado, si lo retuviese con ‘dolo malo’, se le precisará a que lo exhiba.¹⁷

Sánchez Viamonte,¹⁸ comenta que, dada la organización social de los romanos, la persona humana solía ser equiparada a una cosa, sometida a la voluntad de su propietario, de tal manera que la privación de la libertad que caracteriza la condición del esclavo constituía un hecho corriente, vulgar, siendo como eran los esclavos más numerosos que los hombres libres. De esta suerte, el interdicto *Homine Libero Exhibendo*, tendía a acentuar la diferencia entre el ser humano libre y el esclavo o siervo, asegurando a aquél la posición que le correspondía por su jerarquía social. A eso se debió que este interdicto se diese tan solo en favor del hombre libre sobre quien se hubiera pretendido ejercer ilegítima potestad, y así se explica que fuese el cuerpo lo que debía ser exhibido y lo que se rescataba por medio de una acción posesoria.

Según el criterio de Pallares,¹⁹ el interdicto referido solo remotamente podría tener relación con la institución del amparo, por las siguientes razones:

¹⁶ Bidart Campos, *Ob. cit.* Págs. 92 y 93.

¹⁷ Carlos Sánchez Viamonte: *El Habeas Corpus*, cita de José Luis Lazzarini en su obra: *El Juicio de Amparo*. Prólogo de Segundo Linares Quintana. La Ley, S. A. Editora e Impresora. Buenos Aires, 1967. Pág. 65.

¹⁸ Cfr: la cita de Hernando Grisanti-Aveledo: “El Amparo de la Libertad Personal (Habeas Corpus)”, en: *El Amparo Constitucional en Venezuela*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara - Colegio de Abogados. Impreso por Diario de Tribunales. Barquisimeto, 1987. Tomo I, Pág. 182.

- a. No se concedía para proteger a la persona humana contra los actos de una autoridad, sino contra los atentados a la libertad procedentes de los particulares;
- b. Era una institución procesal de Derecho Privado, y no de Derecho Público ni menos de Derecho Constitucional;
- c. En aquellos tiempos no se reconocían los derechos del hombre ni las garantías legales para protegerlos.

Agrega el autor citado que, además, era condición del interdicto, el que a la persona libre se le retuviese de mala fe. De allí que no procedía en los casos en que ese requisito faltaba, tales como los siguientes:

- a. Cuando se retenía a una persona que estaba sometida al poder de quien efectuaba la retención;
- b. Cuando se retenía a un prisionero cuyo rescate se había pagado al enemigo;
- c. Si se retenía a una persona libre con su consentimiento, excepto cuando se le hubiere seducido o se hubiese “abusado de su delicadeza”.

Comenta Pallares que tal interdicto procedía cualquiera fuese la condición de la persona libre: mayor o menor de edad, púber o impúber, hombre o mujer; y que la Ley entendía por exhibir, “hacer aparecer en público a una persona y permitir a los otros verla y tocarla, es decir, no tenerla en secreto”. La exhibición debía ser inmediata y el Pretor no concedía ninguna demora en ella. Además, el interdicto podía ser pretendido por cualquiera: “Este interdicto compete a todos, porque todo el mundo debe ser admitido para favorecer la libertad”.

Coincide Lazzarini en destacar la diferencia existente entre el interdicto romano y el amparo de la libertad individual (*habeas corpus*), al comentar que aquél era una institución jurídica de derecho privado: “Se trata de una acción posesoria que se ejerce sobre una cosa o bien, en virtud del *dominium* que el ‘hombre libre’ tiene sobre su cuerpo. Estamos frente a un derecho patrimonial, en que el cuerpo -equiparado a una cosa, por estar sometido a la voluntad del propietario- era recobrado por él mediante interdicto. El esclavo, en cambio, por carecer de dominio sobre su cuerpo, no podrá ejercer el interdicto. De ahí que éste se da solo para el hombre libre que hubiere sido privado de tal condición por quien pretendía ser su amo”.²⁰

2. *El derecho inglés:*

19 Eduardo Pallares: *Diccionario Teórico y Práctico del Juicio de Amparo*. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S. A. Impreso por Fuentes Impresores, S. A. México. 1970. Pág. 119.

20 *Cfr. El Juicio de Amparo*. La Ley, S. A. Editorial Impresora. Buenos Aires, 1967, pág. 65.

En el derecho inglés, Lazzarini²¹ cree encontrar en la Carta Magna un precedente del *Habeas Corpus*, y al respecto transcribe la sección 48 de este documento, concedido por el rey Juan Sin Tierra en el año de 1215, bajo la presión de los barones ingleses, cuyo texto es el siguiente: “Ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión ni desposeído en sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares según la ley del país”.

No obstante que en la Petición de Derechos de 1628 se menciona “El *Habeas Corpus* como una institución practicada”,²² es el *acta de habeas corpus* aprobada en 1679, bajo el reinado del Monarca Carlos II, el documento que consagra realmente la vigencia plena del mismo. Allí se lee:

Sección 2ª. Cuando una persona tenga un *habeas corpus* dirigido a Scherif, carcelero u otro oficial, a favor de una persona sujeta a prisión, y lo presente a los mencionados oficiales, o lo deje en la prisión a los sub-oficiales, éstos deberán, dentro de los tres días de haber sido presentado (a menos que la prisión tenga lugar por causa de traición o de felonía, expresadas en el warrant,^(*) y después de que haya hecho ofrecimiento de pagar los gastos que cause la traslación del prisionero, fijados por el Juez o por la Corte de donde proceda el *habeas corpus*, y anotados a continuación del Writ,^(**) gastos que no podrán exceder de doce al millar, y después de haber caucionado por escrito que igualmente pagará los gastos necesarios para devolver al prisionero en caso de que pierda la causa, y después igualmente, de que garantice que el prisionero no se evadirá en el camino, y de que devolverá el Writ y que presentará al prisionero delante del Lord Canciller o de los jueces de la Corte de donde emane el mencionado Writ o delante de cualquier persona que deba conocer de la causa de acuerdo con el texto del Writ; el oficial deberá manifestar los motivos de la detención...

De acuerdo con la Sección 3ª de la mencionada Acta de *Habeas Corpus* en orden al desarrollo del proceso, presentado el mandato (Writ) al carcelero, o persona a cargo del prisionero, aquél debía mostrar a este último ante el juez, debiendo explicar las causas de su detención, “después de lo cual, en el término de dos días, el Lord, Canciller o cualquier otro juez pondrá en libertad al prisionero reservándose su reconocimiento, y exigirán como seguridad, una suma tal que juzguen adecuada a la calidad del prisionero y a la naturaleza del delito, para asegurarse que el acusado comparecerá en la sesión próxima ante la Corte del Banco del Rey, o a las más próximas audiencias...”.

También contempla este famoso *Bill de Habeas Corpus* las sanciones a que se hacían

21 *Ob. cit.* Pág. 66.

22 Lazzarini, *Ob. cit.* Pág. 69.

(*) Warrant: Orden de prisión.

(**) Writ: Orden, auto, mandamiento, decreto judicial, escrito. *Cfr. Nuevo Diccionario Cuyás* (Inglés-Español y Español-Inglés) de Appleton, por Arturo Cuyás. Corregido y aumentado por Lewis E. Brett y Helen S. Eaton con la colaboración de Walter Beveraggi-Allende. Quinta Edición. Revisión Editorial de Catherine B. Avery. Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs. New Jersey. 1972.

acreedores los funcionarios que desobedecieren el mandato en cuestión.

Pallares,²³ al comentar el Acta de *Habeas Corpus* mencionada, destaca las notas esenciales de la institución (a la que considera “indudablemente uno de los antecedentes del juicio de amparo ya que tiene por objeto proteger la libertad personal contra los atentados de las autoridades”), entre las cuales se encuentran las siguientes:

- a. El *habeas corpus* podía ser solicitado no sólo por el prisionero o el detenido, sino por cualquier otra persona en su nombre;
- b. Eran competentes para exigir el mandato el Lord Canciller, los jueces, los barones, o cualquier juez o tribunal o Barón del ministerio de Hacienda, creándose así una jurisdicción privilegiada para favorecer a las personas que solicitaban los beneficios del *habeas corpus*;
- c. El oficial, carcelero o sub-oficial que tuviese a su cargo al prisionero o detenido, estaban obligados a expedirle una copia del *Warrant*, por el cual se encontraba detenida o prisionera la persona en favor de la cual se accionaba;
- d. El *habeas corpus* no procedía en los casos en que la detención o prisión se originase en una sentencia o una acusación por los delitos de traición o de felonía;
- e. La acción se interponía contra cualquier autoridad que directa o indirectamente, tuviera bajo sus órdenes al prisionero o detenido;
- f. Los efectos del *habeas corpus* consistían en obligar a la autoridad a cuyo cargo estuviere el detenido o prisionero, a exhibirlo ante el juez que expidió el *habeas corpus*, y éste, a su vez, dentro de los dos días siguientes, a ponerlo en libertad, previa caución a cargo del detenido, de su presentación ante los jueces que habrían de juzgarlo, y de su reingreso a prisión en el supuesto de ser declarado culpable.

“La ley de 1679 reglaba el hábeas corpus solo para los casos criminales, pero luego, por ley de 1816, se hizo extensivo a las cosas civiles. Más tarde, en 1862, una Ley amplió la jurisdicción de tal manera que su aplicación se extendió a cualquier colonia inglesa en que hubiera magistrado en condiciones de emitir un Writ de hábeas corpus”.²⁴

3. *El derecho norteamericano:*

En lo que hace al derecho norteamericano, a principios de 1913 W. F. Bailey refería la opinión del *Chief Justice* Chase en el sentido de que “la Suprema Corte de los Estados Unidos ha revisado detalladamente la historia, el objeto y la naturaleza de este magno auto (*Writ*). Así, ha establecido: ‘El admirable auto de *habeas corpus* ha sido reputado por siglos como la mejor,

²³ *Ob. cit.* Pág. 121.

²⁴ Lazzarini, *Ob. cit.* Pág. 70.

única y suficiente defensa de la libertad personal. En Inglaterra, después de largas luchas, se afianzó firmemente a través de la famosa ley de *Habeas Corpus* del 27 de mayo de 1679... y como dijo Blackstone: es considerado frecuentemente como otra carta magna'. La institución del *habeas corpus* fue traída a América por los colonos y reivindicada para ellos, de sus antepasados, entre inmemoriales derechos originarios. En consecuencia, de manera natural, cuando las colonias confederadas se convirtieron en los Estados Unidos y la formación del gobierno común ocupaba las deliberaciones de la convención, el admirable auto (de *habeas corpus*), encontró sobresaliente sanción en la Constitución, con las siguientes palabras: 'El privilegio del auto de *habeas corpus* no podrá suspenderse, salvo en casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiera' ".²⁵

Tal es el texto del Artículo I, Sección 9, párrafo 2 de la Constitución que ha tenido constante y respetada observancia en los Estados Unidos durante más de dos siglos y, aún antes de declararse la independencia, en la época colonial, como antes se ha señalado, el *habeas corpus* fue celosamente defendido.

Hoy en día, tal como lo expresa la doctrina norteamericana, "La importancia de tal disposición (se refiere al mencionado artículo I, sección 9, párrafo 2 constitucional) no ha sido exagerada en ningún aspecto. El auto de *habeas corpus* es el 'gran recurso' derivado del derecho consuetudinario. Proporciona un medio para hacer comparecer a cualquier persona detenida ante un juez civil y lograr su libertad, si no se muestran antecedentes legales adecuados para su confinamiento. Las personas arrestadas ilegalmente o detenidas como resultado de un juicio no conforme al debido proceso legal pueden lograr su libertad mediante el procedimiento del *habeas corpus*".²⁶

4. *El derecho español:*

En España, en lo que hace a los antecedentes del *habeas corpus*, por vía del juicio de amparo, se hace necesario mencionar la institución del Justicia Mayor de Aragón de larga evolución histórica, y cuya existencia se remonta al siglo XIII. Pallares²⁷ la califica como "un timbre de gloria para el pueblo ibero que supo defender sus derechos al crearla", y expresa que el Justicia Mayor de Aragón fue creciendo en importancia a través del tiempo hasta que en 1348, las Cortes de Zaragoza "fabricaron el pedestal sobre el que se alzó poderosa y dominadora esta magistratura. En ellas, el Justicia fue reconocido como único juez competente para entender en las causas de todos los oficiales y jueces delincuentes, sin que nadie ni aún el mismo rey pudiese desvirtuar su sentencia...".

Agrega este autor que las Cortes de Alcañiz de 1435 mandaron que el Justicia no podría

²⁵ W. F. Bailey: *A Treatise on the law of HABEAS CORPUS AND SPECIAL REMEDIES*. T. H. Flood & Co. State Journal Printing Company. Printers and Stereotypers. Madison, Wis. 1912. 2 Vol. 1, pág. 2.

²⁶ Albert B. Saye, John F. Allums y Merritt B. Pound: *Principios del Gobierno Americano*. Traducción del inglés y revisión a cargo del Departamento Editorial de EDISAR. Prefacio de A. B. S. y J. F. A. Octava edición. 1978. Editora Distribuidora Argentina S. R. L. Buenos Aires, 1981.

²⁷ *Ob. cit.* Pág. 121.

ser preso ni vejado sino por acuerdo de las Cortes con el rey, y en 1441 establecieron que no podía ser removido de su cargo por el rey sin anuencia de las Cortes. Luego las Cortes de Tarazona, en 1592 dispusieron que el Justicia sería inamovible a voluntad del rey y le elevaron el sueldo.

El Justicia Mayor de Aragón fue “un funcionario público establecido para entender en los casos de fuerza y agravio, y no solamente del rey, sino también de los ricos-hombres y demás tribunales eclesiásticos y seculares y hasta en lo relativo a la ejecución de breves pontificios”.²⁸ La jurisdicción del Justicia era “como muro y defensa contra toda opresión y fuerza, así de los reyes como de los ricos-hombres”.²⁹

Por otra parte, el rey Pedro III de Aragón en 1348 expidió el denominado *Privilegio General* “en que se reconocían a los súbditos del soberano determinados derechos subjetivos, que puedan compararse con las garantías individuales de las modernas constituciones políticas”.³⁰ En este documento “se consiguió el respeto a las garantías individuales, y, después, en posteriores leyes, esa institución se fue perfeccionando hasta el extremo de superar en este punto a la misma constitución inglesa. En esas leyes se estableció el famoso proceso foral llamado ‘de la manifestación de las personas’, por el cual ‘si alguno había sido preso sin hallarse en flagrante delito, o sin instancia de parte legítima, o contra ley o fuero, o si a los tres días de la prisión no se le comunicaba la demanda, por más que pesase sobre él acusación o sentencia capital, debía ser puesto en libertad por espacio de veinticuatro horas, en virtud de lo que se llamaba la vía privilegiada’”.³¹

La institución más relevante en relación con el *habeas corpus*, la constituye el denominado “Juicio de Manifestación”, cuyo origen se halla en el “Privilegio General”.

Según Lazzarini,³² “el fuero o juicio de manifestación instituido en 1428 en el Reino de Aragón se puede tomar como el antecedente más inmediato del *habeas corpus*. El juicio de manifestación, tenía el sentido y la forma de lo que en la actualidad es el *habeas corpus*, y consideramos por ello que es el origen de la institución”.

Comenta este autor que “mediante el juicio de manifestación de las personas se separaba a la autoridad para que no siguiera ejerciendo su acción sobre el manifestante. La persona detenida, sin proceso o por juez incompetente, podía recurrir al Justicia de Aragón, y examinado el juicio, quedaba en libertad, o en su defecto, éste continuaba, dejándose al presunto reo alojado en la cárcel de los manifestantes, a la espera del fallo definitivo y al amparo del Justicia. El juicio de manifestación de las personas tenía por fin evitar la arbitrariedad de la autoridad,

28 Salvador Minguijón, citado por Pallares en su obra ya mencionada, pág. 122.

29 Zurita, citado por Pallares en su obra mencionada, pág. 122.

30 Pallares, *Ob. cit.* Pág. 123.

31 *Ibidem*.

32 Lazzarini, *Ob. cit.* Pág. 66.

no solo contra los aragoneses, sino contra cualquier habitante del Reino”.³³

Según López de Haro,³⁴ el juicio de manifestación constituyó una de las libertades máspreciadas del Reino como recurso contra la tiranía del poder: “Se pedía con la fórmula avi, avi: fuerza, fuerza; que más parecía de socorro; la acordaba el Justicia, ordenando a los vergueros su cumplimiento, y en caso de resistencia en los jueces requeridos, se efectuaban por la fuerza, que, si era necesario, hasta se impetraba de los diputados del Reino y de los jurados de Zaragoza, y fueron muchos los casos en que se usó de la fuerza, llegándose, como en uno de ellos, acaecido en tiempo del Justicia Diego Domingo Cerdán, a ferir et crebar las puertas de la cárcel en que estaba el preso manifestando, y hasta hubo, para mayor celeridad, lo que se llamó vía privilegiada respecto a ciertos casos y delitos, entre los que debemos mencionar, como más relacionados con la libertad, el de captura por juez incompetente; el de haber obtenido antes el preso firma inhibitoria; el de prisión contra lo dispuesto en los fueros o sin demanda de parte acusadora, salvo en delitos in fraganti, y sobre todo el caso que ahora estimamos una libertad conquistada en las luchas del siglo XIX, que es el de no poder ser detenido más de setenta y dos horas sin auto judicial en relación a delito concreto y sumarial...”.³⁵

También se ha considerado como integrante del conjunto de instituciones españolas antecesoras del hábeas corpus, el Fuero de Vizcaya de 1527, en cuya ley 26, título XI se establece: “Que ningún prestamero ni merino, ni ejecutor alguno sea osado de prender a persona alguna sin mandamiento del juez competente salvo el caso de *in fraganti delicto*. Si así sucediere y el juez competente ordenara la libertad, se le suelte, cualquiera que sea la causa o la deuda porque está preso”.³⁶

Por Ley Orgánica 6/1984, de fecha 24 de mayo del propio año, se ha regulado en España el procedimiento de *habeas corpus*, y ello se ha calificado como una “absoluta novedad en el ordenamiento jurídico español”, no obstante existir algunos precedentes históricos sobre la institución.

En España, hoy en día, el *habeas corpus*, tomando en cuenta su naturaleza jurídica, se

33 *Ob. cit.* Pág. 66.

34 Carlos López de Haro: *La Constitución y Libertades de Aragón y el justicia mayor*. Cita de Lazzarini en su mencionada obra, págs. 67-68, tomada a su vez de Segundo V. Linares Quintana: Tratado de la ciencia del derecho constitucional.

35 Lazzarini, en su *ob. cit.* Pág. 68, transcribe el caso del justicia Cerdán, relatado por el mismo magistrado, tomado de la obra de López de Haro, ya mencionada. La transcripción es como sigue: “Otra vez gada Joan de Albenicia era preso en la cárcel comuna de la ciudad... e por lugarteniente del Reino, no me miembro buenament qui era, demasndó seyer manifestando por el dito justicia: e él embió su Verguero a manifestarlo a la dita cárcel; e el carcelero, e los que guardavan, no consintieron fazer la dita manifestación e habida relación el dito justicia lo sobredito, él mateix fue a la cárcel personalment con companya, e destres: e comenzaron de ferir a crebar las puertas de aquella: e más por fuerza que por grado hobiéronle a librar el dito preso, e llevarlo con sí”.

36 *Cfr.* Lazzarini, *Ob. cit.* Pág. 68.

manifiesta en un doble aspecto; por una parte se le consagra como un derecho fundamental, establecido en el artículo 17.4 de la Constitución de 1978, y por otra, constituye un procedimiento penal especial.³⁷

5. *El derecho mexicano:*

En México es menester considerar el *Habeas Corpus* dentro del contexto general de la institución del amparo, dadas las especialísimas características que presenta el mismo en ese país.

Según informa Fix-Zamudio,³⁸ la jurisdicción constitucional mexicana protege no sólo la libertad de los ciudadanos sino también “un gran sector de las disposiciones constitucionales”. La parte más importante de esa tutela fundamental la constituye el proceso de amparo, consagrado en los artículos 103 y 107 de la Constitución, y “que se contrae a toda controversia que se suscite por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales... El amparo constituye la garantía jurisdiccional de mayor eficacia, y... sin incurrir en exageración, de única aplicación práctica” en el sistema constitucional mexicano.

Agrega Fix-Zamudio:³⁹ “De todas las garantías de la Constitución mexicana, únicamente el amparo debe considerarse como la garantía por antonomasia, en virtud de que constituye el sistema de control normal y permanente de la Constitución, ya que los otros tres sistemas de protección,⁴⁰ son medios extraordinarios”.

Esta manera de aplicar el amparo es la que ha hecho famosa, y además peculiar, esta institución en México. De allí que “sólo el proceso de amparo representa un sistema de constante aplicación y de resultados efectivos, por lo que con toda justicia y sin exageración, puede calificarse como máxima garantía constitucional del Derecho mexicano”.⁴¹

En México se considera que el juicio de amparo fue creado allí por Manuel Crescencio

37 Véase Vicente Gimeno Sendra: *El proceso de Habeas Corpus*. 2ª edición. Corregida, actualizada y ampliada por Javier Vecina Cifuentes. Editorial Tecnos, S. A. 1996. Madrid.

38 Véase su obra *Estudio sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana*, edición conjunta con la obra de Mario Cappelletti de la *Jurisdicción Constitucional de la Libertad*. Prólogo de Mariano Azuela. Imprenta Universitaria. México, 1961. Págs. 131 y sigs.

39 *Ob. cit.* Pág. 141.

40 Los referidos medios de protección, además del amparo, son: el *Juicio Político* o de “responsabilidad”, referido a la responsabilidad oficial o política de altos funcionarios; el denominado *Litigio Constitucional* que se contrae a las controversias entre los estados entre sí, o entre los poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos, a los conflictos entre la Federación y uno o más estados y a aquellos en que la Federación sea parte. El tercer sistema de protección es aquel mediante el cual la Corte Suprema de Justicia, investiga, sin formular resolución alguna, la conducta de jueces o magistrados federales, hechos que constituyan violación de alguna garantía individual; la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la Ley Federal.

41 Fix-Zamudio. *Ob. cit.* Pág. 144.

Rejón y Mariano Otero. El primero fue el redactor de la Constitución de Yucatán de 1841 en cuyo texto “se consagró de manera efectiva una garantía jurisdiccional de la Ley Suprema, que recibió el nombre de *Amparo*, y que iba a quedar grabado perennemente en el espíritu nacional” (Fix-Zamudio). Con respecto a la denominación dada a la institución, Felipe Tena Ramírez ha escrito que fue un acierto de Rejón “haber exhumado, deliberadamente o no, un vocablo tan hermoso y expresivo, tan castizo, evocador y legendario”.⁴² Por su parte Mariano Otero fue el autor del “Acta de Reformas” de fecha 18 de mayo de 1847, que incorporó en el artículo 25 de esta normativa constitucional federal la institución del amparo, que ya había propuesto, junto con otros dos constituyentes, y sin éxito, en 1842, con la denominación de “reclamo”.

Ambos, Rejón y Otero, fueron influidos por las ideas de Alexis de Tocqueville en su obra *La Democracia en América*, y por el sistema judicial norteamericano. Sin embargo, si bien es cierto que “las instituciones anglosajonas formaron el ropaje externo, el marco o si se quiere, el esqueleto”, del Juicio Constitucional Mexicano, “el espíritu, la sangre y la carne del sistema provienen de las corrientes española y francesa, que mezcladas con las aportaciones nacionales, han dado al amparo su peculiar estructura”.⁴³

En el Derecho Mexicano el *Habeas Corpus*, como instrumento de la defensa de la libertad humana, está integrado, necesariamente, dentro del amparo que comprende, además, todos aquellos derechos subjetivos públicos establecidos en la Constitución.

Es conveniente destacar que, debido primeramente a la Guerra de Reforma, y luego a la intervención francesa, al consagrarse el Juicio de Amparo en la Constitución Federal de 1857, la institución del amparo no pudo desarrollarse pero, después de 1867, consolidada la República, su aplicación práctica se orientó hacia la defensa de la libertad por lo que los amparos planteados inicialmente, lo fueron solo en materia penal, es decir, por vía del *Habeas Corpus*.

“En México el amparo dirigido a defender los Derechos Fundamentales requiere una tramitación particular, en la cual imperen los principios de rapidez, flexibilidad, concentración y oralidad, especialmente en lo que respecta a la protección de los atributos de la personalidad humana...”.⁴⁴

6. *El derecho venezolano:*

En Venezuela, en el pasado siglo, se instituyó una modalidad de *habeas corpus* que, lamentablemente, apenas se mantuvo durante poco más de una década.

En efecto, el 21 de febrero de 1850 se sancionó el Código Orgánico de Tribunales y Juzgados, cuyo artículo 10 rezaba: “Cuando cualquier funcionario público estuviere formando actuación criminal contra cualquier persona, o hubiere dictado decreto de prisión, el interesado y

42 Felipe Tena Ramírez *Derecho Constitucional Mexicano*. Véase Fix-Zamudio, *Ob. cit.* Pág. 158.

43 Fix-Zamudio. *Ob. cit.* Págs. 145 y sigs.

44 Fix-Zamudio. *Ob. cit.* Pág. 178.

cualquiera a su nombre puede ocurrir a la Corte Superior respectiva por vía de amparo y protección, y ésta, mandando a suspender el procedimiento, pedirá la actuación y en vista, si lo encuentra de justicia, podrá levantar la providencia opresiva”.

Sobre este dispositivo legal se ha opinado que: “con esta norma se estaba estableciendo el amparo a la libertad personal, el Hábeas Corpus, y éste habría de perdurar en los Códigos de Tribunales de 1855 y de 1857, ...”,⁴⁵ ya que en el Código Orgánico de Tribunales en fecha 4 de julio de 1860, fue eliminada dicha institución.

En lo que hace al amparo constitucional, su consideración jurídica es de reciente data. Como expresa Agudo Freytes, “las numerosas constituciones que rigieron en Venezuela desde 1830 hasta 1947, incluidos los Decretos de 6 de agosto de aquel año y del 16 de agosto de 1863, sobre garantías, formularon solemnes enunciaciones de los derechos de los venezolanos, pero no crearon medios expeditos y eficaces para asegurar que en la práctica de los hechos de la vida corriente, esos derechos fueran respetados por las autoridades...” y agrega que “la enunciación de los derechos individuales siempre fue impresa de manera solemne en las Constituciones, pero su efectividad práctica, en cambio, quedó a merced del sentido de legalidad que prevaleciera en el ánimo de los representantes de la autoridad, en sus diversas jerarquías, a través de la sucesión de los variables regímenes que han imperado en el país, los cuales han oscilado constantemente de la dictadura y autocracia a períodos, más o menos duraderos, de la legalidad y libertad”.⁴⁶

Así, la Constitución de 1830, en el artículo 187, señaló: “Los que expidieren, firmaren,

⁴⁵ Luis Elbano Zerpa Díaz, *ob. cit.* pág. 30. Agrega este autor que la institución del *habeas corpus* “... habría de desaparecer por un decreto del General Páez, el 13 de febrero de 1862. Pudo volver a ponerse en práctica cuando 85 años después la Constitución de 1947 lo restableció”. Esta última información no es exacta. En efecto, el decreto del 13 de febrero de 1862 “Sobre Tribunales de Justicia”, aprobado por Páez “Jefe Supremo de la República”, en su artículo 44 derogó las leyes 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª y 8ª del *Código Orgánico de Tribunales* vigente para esa fecha, que lo era el del 25 de mayo de 1857; pero no derogó la Ley 9ª, en la que se consagró el amparo en su artículo 29, pues esa Ley 9ª ya había sido derogada por el Código Orgánico de Tribunales, sancionado por el Congreso el 4 de julio de 1860 por mandato del artículo 37 de la Ley VII. *Cfr.* al respecto el Tomo XVII de la obra *Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela*. Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas, 1944. Págs. 745 y siguientes. En esta obra se encuentra el texto de la mencionada ley. La disposición sobre el amparo consagrada en el Código de 1850 se repite en la Ley sobre “Disposiciones Generales” del Código de Tribunales del 18 de mayo de 1855, cuyo artículo 9º reza: “Cuando cualquier juez dictare auto de prisión contra alguna persona, el interesado o cualquiera a su nombre, pueden ocurrir, por vía de amparo y protección, al juez o tribunal superior en grado, y éste pedirá inmediatamente la actuación limitándose a decidir sobre la justicia o injusticia del auto de prisión, sin que los efectos de dicho auto puedan suspenderse en manera alguna durante el recurso. La decisión que recaiga será inapelable”. Véase la fuente señalada, Págs. 788 y 782. Una disposición similar se encuentra en la Ley IX, artículo 29 del Código Orgánico de Tribunales del 25 de mayo de 1857, redactada en la siguiente forma: “El Tribunal Superior a quien ocurra el interesado o cualquiera en su nombre en vía de amparo y protección, pedirá inmediatamente la actuación, limitándose a decidir sobre el auto de prisión, sin que puedan suspenderse los efectos del auto durante el recurso. La decisión que recaiga es inapelable”. Véase la fuente señalada, Pág. 770.

⁴⁶ Esteban Agudo Freytes: *Notas sobre el Amparo y sobre el Proyecto de Ley de Habeas Corpus*. Publicación del Colegio de Abogados del Estado Lara. Editorial Lucila, Barquisimeto. Pps. 5 y 7. *Cfr.* igual-

ejecutaren o mandaren ejecutar decretos, órdenes o resoluciones contrarias a la Constitución y leyes que garanticen los derechos individuales, igualmente los que las ejecuten, son culpables y deben ser castigados conforme a las mismas leyes”.

Esta disposición constitucional se repitió, en algunos casos con ligeras modificaciones, en todos y cada uno de los siguientes textos fundamentales que rigieron en la República hasta el de 1947 inclusive.⁴⁷

No obstante el mandato constitucional, su propósito difícilmente podía cumplirse, dada la falta de mecanismos procesales idóneos para hacer efectivos los derechos consagrados.

En el curso del año 1945, el Senado de la República recibió un proyecto de “Ley de Amparo Personal” (presentado por los senadores Mario Briceño Iragorry, Manuel F. Egaña y Luis Loreto), que no llegó a ser discutido en el seno de esa Cámara.

La Constitución de 5 de julio de 1947, consagró en su artículo 32 el *Habeas Corpus*, en la siguiente forma: “*Artículo 32*: A toda persona detenida o presa con violación de las garantías establecidas en esta Constitución en resguardo de la libertad individual, le asiste el recurso de *Habeas Corpus*. Este recurso podrá ser ejercido por el interesado o por cualquiera otra persona en nombre de aquél, y será admisible cuando la ley no consagre contra la orden, acto o procedimiento, que lo motive, ningún recurso judicial ordinario. La ley determinará los Tribunales que conocerán y decidirán en forma breve y sumaria de las denuncias del caso, así como también las demás condiciones necesarias para el ejercicio de este recurso”.

Se asignó la competencia para conocer de esta acción a los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, a través de la Décima Quinta Disposición Transitoria del texto fundamental. La Constitución de 1947 estuvo en vigencia hasta el 24 de noviembre del siguiente año cuando, por efecto del derrocamiento del régimen del presidente Gallegos, se la derogó, poniéndose en vigencia la de 1936, reformada en 1945, que aquella había sustituido. Durante los dieciséis meses de vigencia del texto constitucional derogado por el golpe de fuerza, la institución del *habeas corpus* allí consagrada, no tuvo oportunidad de desarrollarse lo suficiente como para llegar a configurar una verdadera doctrina judicial.

La Constitución de 23 de enero de 1961, actualmente en vigencia (con dos enmiendas

mente Luis Elbano Zerpa Díaz: *El Amparo Constitucional*, en *El Amparo Constitucional en Venezuela*, Segundas Jornadas venezolanas sobre el Amparo Constitucional en Venezuela. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Diario de Tribunales Editores. Barquisimeto, 1987. Tomo I, pág. 29.

47 En el de 1874, artículo 17; en el de 1881, artículo 17; en el de 1891, artículo 17; en el de 1893, artículo 16; en el de 1901, artículo 19; en el de 1904, artículo 20; en el de 1909, artículo 26; en el de 1914, artículo 25; en el de 1922, artículo 25; en los de 1925, 1928, 1929, 1931 y 1936, artículo 35; en el de 1945, artículo 36 y en el de 1947, artículo 27. En la Constitución de 1953 desaparece dicho dispositivo. Cfr. la obra *Las Constituciones de Venezuela*. Estudio preliminar de Allan R. Brewer Carías. Coedición de: Universidad Católica del Táchira, Centro de Estudios Constitucionales, Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. Imprenta Fareso, s. a. 1985.

promulgadas, respectivamente, el 11 de mayo de 1973 y el 23 de marzo de 1983), determinó en sus artículos 49 y 50:

Artículo 49: Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

Artículo 50: La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.⁴⁸

De acuerdo con tales disposiciones constitucionales, se estableció el amparo en general, pero quedaba pendiente, a cargo del legislador, la complementación legislativa de la institución, lo que fue interpretado inicialmente por la Corte Suprema de Justicia, como imposibilidad práctica de ejercerlo, hasta tanto fuese aprobada la ley correspondiente.

En lo tocante al *habeas corpus*, el constituyente lo consagró a través de la disposición transitoria Quinta de la Constitución, como ‘*amparo de la libertad personal*’ “hasta tanto se dicte la ley especial que lo regule”. Allí se determinó, en forma explícita, el procedimiento correspondiente, y la decisión pronunciada debía consultarse obligatoriamente con un Juez Superior, es decir, de segunda instancia.

En virtud de este dispositivo constitucional, el amparo de la libertad personal mediante la acción de *habeas corpus*, ha estado garantizado desde el momento mismo en que fue promulgada la vigente constitución, a diferencia del amparo en general. Con respecto a este último, su ejercicio, iniciado tímidamente en diversas oportunidades antes de promulgarse la ley al respecto, fue truncado por la decisión de la Corte Suprema de Justicia a que antes hemos hecho referencia.

El 22 de enero de 1988 fue promulgada la “Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”, reformada parcialmente el 27 de septiembre del propio año, sobre la cual se ha afirmado que “es sin lugar a dudas, la ley más importante que se ha dictado en el período democrático, para la consolidación del Estado Venezolano como un Estado Social de Derecho”.⁴⁹

⁴⁸ La doctrina ha entendido por *derecho*, en el sentido de la ley, “ el elemento sustantivo de la facultad reconocida por la Constitución, y por *garantías*, al medio acordado por la misma para su defensa” (Hildegard Rondón de Sansó: *Amparo Constitucional*. Editorial Arte. Caracas, 1988. Pág. 71). Fix-Zamudio entiende la *garantía* constitucional como “el método procesal para hacer efectivas las disposiciones fundamentales, con lo que se distingue con claridad entre el derecho subjetivo público constitucional y el medio de hacerlo efectivo” (Héctor Fix-Zamudio: *Estudio sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana*, edición conjunta con: *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*, de Mario Cappelletti. Prólogo de Mariano Azuela. Imprenta Universitaria. México, 1961. Págs. 139 - 140).

⁴⁹ Carlos M. Ayala Corao: *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, conjuntamente con Allan R. Brewer-Carías. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1988, pág. 111.

El Propósito de este texto normativo, “fue el de lograr un medio de impugnación contra actos de las personas cuando desobedezcan las normas constitucionales y las garantías ciudadanas...”⁵⁰

En efecto, “el amparo constitucional se configura en Venezuela como el mecanismo judicial específico para obtener el restablecimiento inmediato de las situaciones jurídicas infringidas, frente a violaciones en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece”.⁵¹

De acuerdo con el artículo 1º de la mencionada Ley, con el amparo se pretende consagrar el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la constitución.

A raíz de la promulgación de este importantísimo texto legal, la institución del amparo ha adquirido una relevancia innegable, al punto de que su constante utilización ha tenido que ser precisada jurisprudencialmente en su alcance, ajustándola a sus reales y debidos límites jurídicos; ello, con la loable finalidad de evitar su indebido uso, y su eventual abuso.

En la citada ley se contempla, por un lado, el amparo en general, y por otro lado, separado, el *habeas corpus*, como Amparo de la Libertad y Seguridad Personales, en forma casi idéntica a como lo estuvo en la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución.^(***) De allí

50 Gustavo Briceño V. *Comentarios a la Ley de Amparo*. Editorial Kinesis, Caracas 1991. Pág. 12.

51 Ayala Corao, *Ob. cit.* Pág. 113.

(***) El contenido del Título V de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales dedicado al “Amparo de la Libertad y Seguridad Personales”, es el siguiente: “*Artículo 38*. Procede la acción de amparo para proteger la libertad y seguridad personales de acuerdo con las disposiciones del presente título.

A esta acción le serán aplicables las disposiciones de esta Ley pertinentes al amparo en general.

Artículo 39. Toda persona que fuere objeto de privación o restricción de su libertad, o se viere amenazada en su seguridad personal, con violación de las garantías constitucionales, tiene derecho a que un Juez competente con jurisdicción en el lugar donde se hubiese ejecutado el acto causante de la solicitud o donde se encontrare la persona agraviada expida un mandamiento de *habeas corpus*.

Artículo 40. Los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal son competentes para conocer y decidir sobre el amparo de la libertad y seguridad personales. Los respectivos Tribunales Superiores conocerán en consulta de las sentencias dictadas por aquellos.

Artículo 41. La solicitud podrá ser hecha por el agraviado o por cualquier persona que gestione en favor de aquel, por escrito, verbalmente o por vía telegráfica, sin necesidad de asistencia de abogado, y el Juez, al recibirla, abrirá una averiguación sumaria, ordenando inmediatamente al funcionario bajo cuya custodia se encuentre la persona agraviada que informe dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, sobre los motivos de la privación o restricción de la libertad.

Las solicitudes referidas a la seguridad personal se tramitarán, en cuanto les resulten aplicables, conforme a las previsiones de este artículo.

Artículo 42. El Juez decidirá en un término no mayor de noventa y seis (96) horas después de recibida la solicitud, la inmediata libertad del agraviado o el cese de las restricciones que se le hubiesen impuesto, si encontrare que para la privación o restricción de la libertad no se hubieren cumplido las formalidades legales.

El Juez, caso de considerarlo necesario, sujetará esta decisión a caución personal o a prohibición de salida del país de la persona agraviada, por un término no mayor de treinta (30) días.

que en Venezuela se admita pacíficamente que ambas instituciones se diferencian en su contenido y extensión “pues mientras el Amparo, a tenor del Art. 49 de la Constitución, envuelve un concepto global de todos los derechos inmanentes de la persona, el Hábeas Corpus... se concreta a la privación o restricción de la libertad ...”.⁵² “El amparo difiere del Hábeas Corpus no solamente por su origen histórico, sino también por su régimen funcional y estructura procesal. El Hábeas Corpus tiene fisonomía propia, precisa, tiende a proteger al individuo contra los actos arbitrarios que afectan su libertad personal, mientras que el Amparo, por su parte, tiene por finalidad asegurar el disfrute de los demás derechos constitucionales. El Hábeas Corpus se limita a preservar la libertad corporal, averiguando y remediando las detenciones arbitrarias, mientras que el radio de protección del Amparo se extiende a todos los derechos de rango constitucional, determinando la naturaleza del acto que los lesione y adoptando las medidas de tuición responsables”.⁵³

En comentario a este tema y su consideración en nuestra ley fundamental, Ambrosio Oropeza ha escrito que “la Constitución vigente consagra dos acciones o recursos para asegurar la efectividad de los derechos individuales: *Amparo y Hábeas Corpus*. El primero está destinado a proteger los derechos enumerados en los artículos 59 y siguientes, con excepción de la libertad física... (recurso de habeas corpus)... El recurso de amparo... protege la universalidad de los derechos individuales inscritos en la Constitución. Pero, por lo que respecta a la efectiva garantía de la libertad personal y física del hombre, existe una vía o procedimiento especial tradicionalmente conocido con el nombre de *habeas corpus*...”.⁵⁴

Artículo 43. El mandamiento de *habeas corpus* o, en su defecto, la decisión que lo niegue, se consultará con el Superior, al que deberán enviarse los recaudos en el mismo día o en el siguiente.

La consulta no impedirá la ejecución inmediata de la decisión y el Tribunal Superior decidirá dentro de las setenta y dos (72) horas después de haber recibido los autos.

Artículo 44. Las detenciones que conforme a la Ley, ordenen y practiquen las autoridades policiales u otras autoridades administrativas, no excederán de ocho (8) días. Las que pasen de cuarenta y ocho (48) horas deberán imponerse mediante resolución motivada. Quedan a salvo las disposiciones legales aplicables al proceso pena.

Artículo 45. Cuando se hubiere cometido un hecho punible, las autoridades de policía que, de acuerdo con la Ley, sean auxiliares de la administración de justicia, podrán adoptar, como medidas provisionales de necesidad y de urgencia, la detención del presunto culpable o su presentación periódica durante la averiguación sumaria, a la autoridad respectiva. En cualquiera de los dos supuestos anteriores, la orden deberá ser motivada y constar por escrito.

Artículo 46. En el caso del artículo anterior, el detenido deberá ser puesto a la orden del Juez competente, dentro del término de ocho (8) días.

Artículo 47. La autoridad que tuviere bajo su guarda o custodia a cualquier persona detenida, estará en el deber de permitirle, conforme a las normas reglamentarias correspondientes, comunicación con su abogado y con sus parientes más cercanos.

Artículo 48. Serán supletorias de las disposiciones anteriores las normas procesales en vigor.

Artículo 49. Quedan derogadas las disposiciones legales vigentes que colidan con la presente Ley.”

52 Cfr. Víctor M. Álvarez: *El Recurso de Amparo y Hábeas Corpus en la Legislación Venezolana*. Citado por Hernando Grisanti-Aveledo en su ya mencionada obra, pág. 182.

53 Grisanti-Aveledo, *Ob. cit.* Pág. 182.

54 Ambrosio Oropeza: *La Nueva Constitución venezolana*, 1961. Explicación del autor. Presentación a la primera edición por Raúl Leoni. Presentación a la segunda edición por Luis José Oropeza. Tercera edición. Caracas, 1981. Pps. 245 y 247.

En resumen, en Venezuela las modalidades de la institución del amparo en sus versiones de amparo en general y amparo específico referido a la libertad individual, es decir *Habeas Corpus*, se manejan separadamente. La primera de ellas ha adquirido un extraordinario desarrollo, dada su amplitud, en tanto que la segunda, a cargo ordinariamente de los jueces de primera instancia en lo penal, en virtud de su concreción se ha interpretado más restrictivamente.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR SUPREMO DA DEMOCRACIA

José Afonso da Silva^(*)

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que, por primeiro, erigiu a *dignidade da pessoa humana* em direito fundamental expressamente estabelecido no seu art. 1º, nº 1, declarando: “*A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais*”.¹ Fundamentou a positivação constitucional desse princípio, de base filosófica, o fato de o Estado nazista ter vulnerado gravemente a dignidade da pessoa humana mediante a prática de horrorosos crimes políticos sob a invocação de razões de Estado e outras razões.² Os mesmos motivos históricos justificaram a declaração do art. 1º da Constituição Portuguesa segundo o qual “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*” e também a Constituição espanhola, cujo art. 10, nº 1, estatui que “*A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social*”. E assim também a tortura e toda sorte de desrespeito à pessoa humana praticadas sob o regime militar levou o Constituinte brasileiro a incluir a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, conforme o disposto no inc. III do art. 1º da Constituição de 1988.

A norma compreende dois conceito fundamentais, porque, em si e isoladamente, revelam valores jurídicos: a pessoa humana e a dignidade.

(*) Profesor Titular del Departamento de Derecho Económico y Financiero de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo.

1 “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”.

2 Cf. Hans D. Jarass e Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Kommentar*, München, C. H. Becksche Velangsbuchhandlung, 1992, p. 27.

PESSOA HUMANA

A filosofia kantiana mostra que o *homem*, como ser racional, *existe* como fim em si, e *não simplesmente como meio*, enquanto os seres, desprovidos de razão, têm um valor relativo e condicionado, o de meios, eis por que se lhes chamam *coisas*;³ “ao contrário, os seres racionais são chamados de *peessoas*, porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por ser um objeto de respeito”.⁴ E assim se revela como um *valor absoluto*, porque a *natureza racional existe como fim em si mesma*. Assim, o homem se representa necessariamente sua própria existência. Mas qualquer outro ser racional se representa igualmente assim sua existência, em consequência do mesmo princípio racional que vale também para mim, é, pois, ao mesmo tempo, um princípio *objetivo* que vale para outra pessoa. Daí o imperativo prático, posto por Kant: “*Age de tal sorte que consideres a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*”.⁵ Disso decorre que os “seres racionais estão submetidos à lei segundo a qual cada um deles *jamaiz* se trate a si mesmo ou aos outros *simplesmente como meio*, mas sempre e *simultaneamente como fins em si*”.⁶ Isso porque “o homem não é uma coisa, não é, por consequência, um objeto que possa ser tratado simplesmente meio, mas deve em todas as suas ações ser sempre considerado como um fim em si”.⁷

Isso, em suma, quer dizer que só o ser humano, o ser racional, *é pessoa*. Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento. Nisso já se manifesta a idéia de dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo, ao mesmo tempo, institui, no dizer de Kant.⁸

DIGNIDADE

Voltemos, assim, à filosofia de Kant, segundo a qual no reino dos fins tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*. Aquilo que tem um *preço* pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa *equivalente*. Daí a idéia de valor relativo, de valor condicionado, porque existe simplesmente como meio, o que se relaciona com as inclinações e necessidades geral do homem e tem um *preço de mercado*, enquanto aquilo que não é um valor relativo, e é superior a qualquer

3 Cf. Emmanuel Kant, *Fondements de la Métaphysique des Moeurs*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1992, p. 104, trad. de Victor Delbos.

4 *Idem ibidem*.

5 *Idem ibidem*, p. 105.

6 *Idem ibidem*, p. 111.

7 *Idem ibidem*, p. 106.

8 *Idem ibidem*, p. 112.

preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, é uma *dignidade*, é o que tem uma *dignidade*.⁹

Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a *dignidade* é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA

Portanto, a *dignidade da pessoa humana* não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Não é o caso aqui de empreender uma discussão em torno da distinção entre valores supremos, fundamentos, princípios constitucionais, princípios fundamentais, princípios inspiradores da ordem jurídica e princípios gerais do direito, a fim de buscar um enquadramento da dignidade da pessoa humana num deles.¹⁰ Apenas convém esclarecer que não se trata de um princípio constitucional fundamental. E fazemos esse esclarecimento, porque, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a doutrina passou a tentar enquadrar tudo nesse conceito, sem atinar que ele é um conceito que se refere apenas à estruturação do ordenamento constitucional, portanto mais limitado do que os princípios constitucionais gerais, que envolvem toda a ordenação jurídica.

Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como *fundamento* da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

Repetiremos aqui o que já escrevemos de outra feita, ou seja, que a *dignidade da pessoa humana* é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direi-

⁹ *Idem ibidem*, pp. 112 e 113.

¹⁰ Sobre essa discussão, cf. Jesús González Pérez, *La Dignidad de la Persona*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 82 e ss.

tos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidad’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais”.¹¹ Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.¹²

NATUREZA DA DIGNIDADE TUTELADA

Para bem definir o objeto da tutela constitucional, há que se considerar que a palavra *dignidade* é empregada em diversos contextos com sentidos qualificados. Fala-se em *dignidade espiritual, dignidade intelectual, dignidade social e dignidade moral*.¹³ Quando Carlos Nino diz que o princípio da dignidade da pessoa é o “que prescreve que *os homens devem ser tratados segundo suas decisões, intenções ou manifestações de consentimento*”, refere-se certamente àquelas várias acepções de dignidade, que se ligam a formas de comportamento. Mas a dignidade da pessoa humana, concebida pela Constituição como fundamento do Estado Democrático de Direito e, pois, como valor supremo da democracia, é de outra natureza.

De fato, a palavra *dignidade* é empregada naquele sentido, como *uma forma de comportar-se* ou como *atributo intrínseco da pessoa humana*, como um valor de todo ser racional, independentemente da forma como se comporte.¹⁴ É com esta segunda significação que a Constituição tutela a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, de modo que nem mesmo um comportamento indigno priva à pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas.¹⁵ Por isso, consoante lembra Jesús González Pères, é inconcebível afirmar - como fazia Santo Tomás de Aquino para justificar a pena de morte - que o homem ao delinquir se aparta da ordem da razão, e portanto *decai da dignidade humana* e se rebaixa em certo modo à condição de bestas (S. Th. II-II, q. 64, a 2, ad. 3).¹⁶

Porque a dignidade acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana, é que ela não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é

11 Cf. *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 70.

12 Cf. nosso *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1984, p. 96.

13 Cf. René le Senne, *Traité de Morale Générale*, 5ª ed., Paris, PUF, 1967, pp. 587 e 588.

14 A propósito, cf. Fernando Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, comentário ao art. 10,1, p. 187.

15 Cf. Fernando Garrido Falla, *ob. cit. supra*, p. 187.

16 *Ob. cit.*, p. 25.

humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado,¹⁷ pois, como declarou o Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, “à norma da dignidade da pessoa humana subjaz a concepção da pessoa como um ser ético-espiritual que aspira a determinar-se e a desenvolver-se a si mesma em liberdade”.¹⁸ Aliás, Kant já afirmava que a *autonomia* (liberdade) é o princípio da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional, considerada por ele um valor incondicionado, incomparável, que traduz a palavra *respeito*, única que fornece a expressão conveniente da estima que um ser racional deve fazer dela.¹⁹

Não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, *existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica*. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem em inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade.²⁰ “Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura”, pois, a “liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade”, pois, a “igualdade e dignidade da pessoa exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa. Resulta escandaloso o fato das excessivas desigualdades econômicas e sociais que se dão entre os membros ou os povos de uma mesma família humana. São contrários à justiça social, à equidade, à dignidade da pessoa humana e à paz social e internacional”.²¹

CONCLUSÃO

Em conclusão, a dignidade pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza.

17 Cf. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 345, trad. do alemão por Ernesto Garzón Valdés; cf. também Jesús González Pérez, *ob. cit.*, p. 25.

18 In Rober Alexy, *ob. cit.*, p. 345.

19 Cf. *ob. cit.*, p. 114.

20 Cf. Jesús González Pérez, *ob. cit.*, pp. 62 e 63, citando a Encíclica *Populorum Progressio*, n. 45.

21 Cf. *Gaudium et spes*, citada por Jesús González Pérez, *ob. cit.*, p. 63.

LA CRISIS DEL CONCEPTO POLÍTICO DE CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO SOCIAL

Pedro de Vega García^(*)

SUMARIO: 1.- Planteamiento del problema. 2.- El Estado Liberal clásico y el concepto político de Constitución. (La separación entre Declaración de Derechos, Pacto Social y Acto Constitucional). 3.- El Acto Constitucional del Estado Liberal. 4.- La crisis de los planteamientos del Estado Liberal. 5.- El concepto político de Constitución y el Estado Social.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El concepto político de Constitución, sobre el que se erige la Democracia Constitucional contemporánea, obtuvo, como es bien sabido, su plasmación definitiva en aquel famoso artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, al establecer que: “toda sociedad, en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución”. A partir de entonces el concepto fue asumido sin excesivas reservas críticas por la doctrina científica hasta convertirse en una especie de tema acabado y concluso de la teoría constitucional. Casos como el de Burdeau, en su memorable artículo *Une survivance: la notion de Constitution*, representan tan solo excepciones más o menos encomiables. Ocurre, sin embargo, que el concepto político de Constitución no constituye ni mucho menos una cuestión definitivamente resuelta, sino que, por el contrario, representa una cuestión abierta, y sobre la que de forma incidental e indirecta los juristas, les guste o no, se ven recurrentemente obligados a volver.

Nadie discute que el concepto político de Constitución elaborado por las revoluciones burguesas es el resultado de la confluencia histórica del principio democrático y del principio

^(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid y Presidente del Instituto de Investigaciones Legislativas.

liberal. Conforme al primero, al asignar al pueblo el poder soberano del Estado, se le otorga lógicamente también la titularidad del poder constituyente. En virtud del segundo, se entenderá que en la tensión inevitable entre autoridad y libertad, entre el individuo y el Estado, la defensa de la libertad exige la inexcusable limitación del poder estatal.

Sobre esos dos principios articuló la burguesía, en una construcción coherente y clara, una estructura del Estado con la que pretendió resolver definitivamente la vieja aspiración del sometimiento del gobernante a la ley, convirtiendo al Estado Constitucional en el Estado legal por excelencia.

Como es de sobra conocido, ya desde la antigüedad clásica se venía repitiendo que la diferencia entre el buen y el mal gobernante residía en que el primero gobernaba conforme a la ley, mientras el segundo lo hacía según su capricho y voluntad. A Píndaro corresponde la formulación de la expresión de *Nomos Basileus*, que representa una de las primeras manifestaciones del soñado deseo de un gobierno de las normas frente al gobierno de los hombres. Recogiendo esa idea, Juan de Salisbury escribiría en la Edad Media en el *Policraticus*: “que la única diferencia entre un tirano y un príncipe, consiste en que el príncipe obedece a la ley”.

Ahora bien, el dilema que ni en la Antigüedad clásica, ni en la Edad Media, se pudo resolver fue el que formulara el sofista en los siguientes términos: si los gobernantes hacen las leyes y pueden modificarlas a su antojo, es claro que los gobernados estarán siempre sometidos a la caprichosa voluntad de quienes les gobiernan.

Para solucionar el dilema del sofista se hacía necesario el establecimiento de una norma que estuviera por encima y obligara por igual a gobernantes y gobernados. Encuentra así su justificación más precisa la apelación, en la Edad Media, a la existencia de una “*Lex terrae*”, que colocaba en un plano de igualdad a monarcas y súbditos, y en cuya virtud se contrajeron los primeros pactos de derechos, que dieron lugar a esos memorables documentos históricos como la *Carta Magna* o el *Estatuto de Tallaio non concedendo*.

Sin embargo, constituiría una falsificación de la realidad y de la historia, el pensar en la existencia de leyes superiores en el mundo clásico y medieval. Todavía en los siglos XVI y XVII, en los que se acuña el término *Lex Fundamentalis*, y se mantiene la doctrina de la *heureuse impuissance* del rey de violar esas leyes, el escepticismo ante las mismas es evidente. Los viejos aforismos extraídos de las fuentes romanas “*omnia jura habet Princeps in pectore suo*”, “*quod Principi placuit legis habet vigorem*”, “*error Principis facit jus*” ..., etc., responden más a la realidad, que al comportamiento del Monarca que pudiera derivar de una mínima eficacia en la práctica del concepto teórico de *Lex Fundamentalis*.

A la negación en la realidad de la efectiva existencia de una ley superior, correspondió también un más que notable enmarañamiento teórico en el orden conceptual. Por doquier se hablaba de leyes fundamentales, pero no se sabía ni lo que eran, ni en qué consistían. A veces la ley fundamental se hacía coincidir con la ley divina. En otras ocasiones se la vinculaba a la tra-

dición medieval de la “*lex terrae*”. Con razón pudo escribir Hobbes en el Leviathan que: “aún no he encontrado en parte alguna una explicación de esta expresión de ley fundamental”.

La explicación de una ley fundamental capaz de obligar por igual a gobernantes y gobernados, que Hobbes no pudo encontrar, fue precisamente la que ofrecieron las revoluciones burguesas al convertir la Constitución, como se dice en el artículo VI, sección 2 de la Constitución Americana de 1787, en “*the supreme law of the land*”.

La lógica no podía resultar más sencilla y más clara: En virtud del principio democrático, el pueblo como titular del poder constituyente soberano del Estado es el único encargado de elaborar y aprobar la Constitución. Ahora bien, como por definición, el poder soberano es ilimitado y total, y como quiera que de lo que se trataba era de limitar el poder, formó parte de la esencia del Estado Constitucional ya en sus comienzos, que una vez que la Constitución se aprueba, el poder constituyente debe desaparecer. El poder soberano del pueblo, cuya presencia es indiscutible en el momento de la creación del ordenamiento constitucional, se convierte así, cuando la Constitución se promulga, en un poder aletargado y oculto, cuya voluntad y existencia sólo se explicita en la actuación y en la vigencia de su propia obra como poder constituyente. Lo que significa que el principio político de soberanía popular se transforma en el principio jurídico de supremacía constitucional. Con razón un Paine, un Kelsen o un Krabbe han podido sostener que en el Estado Constitucional el soberano es el Derecho, esto es, la Constitución. Adquieran de este modo igualmente la plenitud de su sentido afirmaciones como las de Martin Kriele, al sostener que es propio del Estado Constitucional la ausencia de un poder soberano. Porque, en el mejor de los casos, soberana sólo sería la Constitución, y porque los poderes del Estado sólo pueden actuar dentro de los ámbitos y los límites que la Constitución les permite, es por lo que, con pleno fundamento, en el Estado Constitucional sólo es admisible hablar de un sistema de poderes constituidos y sometidos a control.

Se lograba de esta suerte la formulación de un planteamiento coherente desde el que, al menos en el plano teórico, la vieja aspiración de un auténtico gobierno de la ley parecía definitivamente conseguida.

No hace al caso detenernos ahora en consideraciones prolijas sobre las quiebras que a lo largo de la historia del constitucionalismo moderno ha podido sufrir ese esquema tan lógica y sencillamente articulado. Sin embargo, conviene recordar cómo desde las ideologías más dispares se vio sometido a notables embates. Por lo que al pensamiento conservador hace referencia, baste indicar que la gran querrela ideológica que subyace a lo largo de todo el siglo XIX, entre el *principio monárquico* y el *principio democrático*, resuelta políticamente por el liberalismo doctrinario con la construcción ambigua y confusa de la doctrina de la soberanía compartida, chocaba frontalmente con la lógica contundente y rotunda del Estado Constitucional Moderno.

Para dilucidar el dilema insoluble que implicaba jurídicamente el poder del monarca al que, por una parte, se le asignaban con el pueblo títulos de soberanía, mientras que, por otra,

conforme a las exigencias del Estado Constitucional, tenía que aparecer como un poder regulado por la Constitución, se procedió como fórmula más simple y expeditiva a la destrucción de la noción de poder constituyente. “No existe, dirían los doctrinarios (Thiers, Guizot) un poder constituyente, sólo existen los poderes constituidos del Estado”. Con lo cual, o se llegaba a la conclusión de que el poder del monarca era como el resto de los poderes estatales, un poder limitado, y por lo tanto, no soberano, o se reconocía su soberanía, en cuyo supuesto, más que un poder regulado por la Constitución, terminaría siendo un poder superior a ella.

Nada tiene de particular que desde esta óptica, como con acierto advertía Kelsen, los defensores del principio monárquico se vieran obligados a buscar su último parapeto protector en la conversión del Jefe del Estado en el guardián supremo de la Constitución: “Los representantes de la doctrina constitucional del siglo XIX escribe Kelsen” orientados hacia el llamado principio monárquico, mantienen la tesis de que el guardián natural de la Constitución debe ser el monarca. Lo que no es más (¿quién podría hoy ponerlo en duda?) que una manifiesta ideología, con la que se trataba de enmascarar el real objetivo de contrapesar la pérdida de poder sufrida por el Jefe del Estado con el paso de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional”.

Por otro lado, cabría igualmente señalar, cómo a la quiebra del sagrado principio del gobierno de la ley frente al siempre despótico gobierno de los hombres no fue tampoco del todo ajena la tradición democrática y jacobina que, haciendo suya la fórmula de Blackstone (*the power of Parliament is absolute and without control*), no renunció fácilmente a la limitación del poder de las Asambleas. De forma que si los defensores del principio monárquico pretendieron hacer del Jefe del Estado el guardián de la Constitución, los paladines del principio democrático aspiraron, siguiendo la formulación de Sieyès (“*la volonté nationale n’a besoin que de sa réalité pour être toujours légale; elle est l’origine de toute légalité*”), a convertir el Parlamento en una especie de poder constituyente permanente que, como poder soberano, únicamente podía y debía ser controlado por sí mismo. La creación técnica del *référé législatif*, como sistema de control de las Asambleas de la ejecución de sus propias leyes, constituye el más explícito y relevante testimonio. Será bien entrado el siglo XX, una vez que el asentamiento definitivo del principio democrático determinó que el esquema conformador del Estado Constitucional dejara de ser objeto de confrontaciones políticas, cuando el concepto político de Constitución se convierte en un concepto doctrinalmente pacífico e ideológicamente indiscutible.

Son, precisamente, esos fenómenos de pacificación ideológica y doctrinal los que, a pesar de todo, deberían tomarse con cautela. Sin mayores escrúpulos, se sigue considerando a los derechos fundamentales y a la división de poderes, al igual que hiciera el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como horizonte valorativo referencial desde el que se define el concepto político de constitución, y desde el que se da sentido y legitima a toda la organización constitucional.

Sucede, no obstante, que la equiparación de realidades históricas y supuestos conceptuales diferentes, como son los del Estado Liberal del primer constitucionalismo y los del Estado Social del presente, no pasa de ser un ejercicio históricamente falsificador e intelectualmente

injustificable. Se hace por ello necesario volver al pasado y precisar con claridad los criterios axiológicos que condicionaron la organización constitucional liberal clásica, para poder entender las diferencias que los separan de los nuestros.

2. EL ESTADO LIBERAL CLÁSICO Y EL CONCEPTO POLÍTICO DE CONSTITUCIÓN. (LA SEPARACIÓN ENTRE DECLARACIÓN DE DERECHOS, PACTO SOCIAL Y ACTO CONSTITUCIONAL)

Para empezar, no hay que olvidar que arranca la concepción liberal clásica de la nítida y rotunda separación entre la Sociedad y el Estado, en la que, además, como habían proclamado los fisiócratas (Mercier de la Rivière, Dupont de Nemours), el elemento societario prevalece siempre sobre el elemento estatal. En contra de lo que pudiera parecer, (a pesar del enfrentamiento que el pensamiento liberal pretendió realizar entre el principio democrático y el principio liberal, y que obtuvo su manifestación más notoria en el Discurso de Benjamin Constant en el Ateneo de París en 1821, sobre “*La libertad de los antiguos y la libertad de los modernos*”), es lo cierto que la contraposición entre la Sociedad y el Estado, donde encuentra su primera y más rigurosa formulación es en los teóricos del contractualismo (Althusius, Grocio, Puffendorf, Locke, Thomassius, Rousseau, etc.) que, como es bien sabido, fueron los grandes fundadores de la idea democrática.

Entendieron todos los contractualistas -con las únicas excepciones de Hobbes y Rousseau- que el pacto social, a cuyo través se efectúa el tránsito de la sociedad natural a la sociedad civil, lo que en ningún caso podía erosionar era la libertad natural de la que el hombre dispone antes de suscribir el contrato. Ese fue el gran dogma del iusnaturalismo contractualista.

Es desde ese dogma desde el que procedieron a la consagración de los derechos fundamentales como un *a priori* conceptual e histórico a cualquier tipo de organización política, asentando el axioma de que no corresponde al Estado organizar ni definir derechos, sino simplemente respetarlos. A su vez, por ser la sociedad el ámbito donde los hombres desarrollan su existencia, las exigencias de respeto y garantía de los derechos fundamentales se acabarán transformando, como lógico y necesario correlato, en exigencias de respeto y garantía de la propia sociedad. Lo que significa, por fin, que no será la sociedad la que tenga que colocarse al servicio del Estado, sino que es el Estado el que tiene que ponerse al servicio de la sociedad.

Se genera de este modo en el pensamiento contractualista la distinción categorial y cronológica de tres supuestos diferentes que serían luego estrictamente recogidos en los procesos constituyentes burgueses: en primer término, *declaración de derechos*; en segundo lugar, el *pacto social* por el que se crea el cuerpo político a través del tránsito de la *societas naturae* a la *societas civilis sive política*; y, por último, el *acto constitucional* por el que se organiza el Estado y se controlan sus poderes.

Si en el proceso constituyente americano fue John Wyse (*A vindication of New England*

Churches), el mentor más conspicuo de la revolución, como le llamó Adams, quien trazó primero y con mayor contundencia la separación entre declaración de derechos, pacto social y acto constitucional, en el proceso constituyente francés serían los discursos ante la Convención, en abril de 1793, de Valdruche, Romme e Isnard, los que dejaron definitivamente establecida esa distinción. Valga por todos el testimonio de Isnard. “Debe reconocerse en primer lugar -decía Isnard- cuáles son los derechos naturales de todos y proclamarlos... Para seguir el orden natural de la organización social hay que proceder, antes de toda ley constitucional, a la redacción de un pacto social. Este acto debe ser intermedio entre la declaración de derechos, que le sirve de base, y la Constitución, a la que sirve de barrera y regulador. Si el pacto social difiere de una simple declaración de derechos, difiere más aún de un acto constitucional. Hacer un pacto social es redactar el instrumento por el que ciertas personas consienten formar una asociación con tales o cuales condiciones previas. Hacer una Constitución, por el contrario, es únicamente determinar la forma de gobierno... En un caso se crea la sociedad, en el otro se organiza”.

Derivan de estos planteamientos una serie de consideraciones que afectan tanto a la naturaleza de los derechos fundamentales, como al alcance y significado del pacto social y del acto constitucional, y a las que, aunque sea brevemente, obligado resulta hacer unas mínimas referencias.

Por lo que respecta a los derechos fundamentales importa constatar que nada tiene de extraño que, en cuanto *a priori* histórico y conceptual, y en cuanto horizonte axiológico de toda la organización constitucional, se configurasen como derechos absolutos que el individuo puede hacer valer en cualquier caso, y sin limitación alguna, frente al Estado. Su conversión en máximo criterio legitimador de la idea política liberal de Constitución adquirirá tanta mayor consistencia cuanto más alejados permanezcan de la propia organización constitucional. La razón es bien simple: porque la Constitución se concibe como instrumento técnico-jurídico (*Instrument of Government*) puesto al servicio de la libertad, no corresponde al ordenamiento constitucional reconocer derechos y ordenar libertades sino protegerlos. La legitimidad constitucional, tal y como el Estado liberal entiende su estructura, sólo podía obtenerse y deducirse desde razones heterónomas ajenas a la propia Constitución. En este sentido no deja de ser sintomático que en el texto inicial de la Constitución Americana, y hasta que se produjo la redacción de la primera enmienda, se prescindiera conscientemente de hacer referencia alguna a los derechos fundamentales. De igual modo es revelador que, en la tradición constitucional francesa, los textos declarativos de derechos y los textos constitucionales se hayan articulado durante mucho tiempo en cuerpos legales diferentes.

El entendimiento, sin embargo, de los derechos fundamentales como derechos absolutos, y el pretendido distanciamiento de los mismos de cualquier clase de regulación jurídica, como es fácil comprender, sólo podía mantenerse en el ámbito de las disquisiciones teóricas. Cuando del mundo de la teoría se desciende al mundo de la realidad, por un lado, las colisiones entre los distintos derechos y libertades, y, por otro, las fricciones entre esos derechos y los intereses comunitarios aparecen como fenómenos ineludibles. Para evitar el caos, es entonces

cuando se hace necesario proceder a su organización Jurídica.

Ahora bien, como quiera que esa organización no se podía conferir a la Constitución sin romper con la lógica de todo el sistema, y como quiera que, a su vez, era en el marco de la sociedad en el que los derechos fundamentales efectivamente se ejercitaban, se hacía necesario presentar a la sociedad con títulos bastantes para que fuera en su seno, y al margen del Estado, donde se establecieran todos los mecanismos reguladores. La apelación al pacto social se utilizaría de este modo como pretexto ideológico y justificador que iba a permitir transferir a la legislación de derecho privado la regulación que por principio quedaba vetada a la legislación constitucional. A la normativa constitucional le correspondía tan solo la función de impedir las interferencias de la acción del gobernante en los presupuestos básicos y conformadores de la estructura del derecho privado (Habermas). Con lo cual, al igual que los derechos y libertades en virtud de su autonomía fundamentadora se declararon zona exenta a cualquier tipo de acción de los poderes públicos, la propia autonomía fundamentadora de la sociedad, obtenida a través del pacto, determinaba también su obligada conversión en zona protegida y exenta a toda clase de injerencias estatales. Lo que implicaba que los principios jurídicos rectores de su organización y funcionamiento quedasen, como los derechos fundamentales, al margen de la acción reguladora del Estado. Con razón, iusprivatistas tan notables como Thiemme o Wiacker han podido sostener que el Código Civil fue en la época del primer constitucionalismo la auténtica y verdadera Constitución de la sociedad civil. Tres son, básicamente, los principios a cuyo través la legislación privada procedería a la ordenación normativa de los derechos fundamentales. Me refiero, claro es, al principio de la generalidad de la ley, al principio de la igualdad ante la ley, y al principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones tanto contractuales como extracontractuales (Pugliatti, Ferri). Satisfaciendo el cumplimiento de esos principios se acabaría entendiéndose que la realización histórica concreta de los derechos fundamentales quedaba igualmente satisfecha.

No hace al caso detenerse ahora en los aciertos y en las falacias que este razonamiento pudiera comportar. Lo que sí interesa constatar es el significado y el alcance del pacto social que, en última instancia, le sirve de fundamento.

Decíamos antes que todos los contractualistas, salvo Hobbes y Rousseau, habían mantenido que la libertad natural no podía, en ningún caso, ser lesionada por el pacto. Hobbes sacrificó esa libertad al Leviathan, en aras a la seguridad, a la *conservatio vitae* que el propio Leviathan proporcionaba. Lo que significa que en Hobbes no existe propiamente una teoría del contrato social, sino una teoría del contrato político, en la medida en que con el contrato se pasa directamente del *status naturae* a la *societas politica*, esto es, al Estado. Por el contrario, en Rousseau, para quien la voluntad individual queda supeditada a los imperativos de la voluntad general, el contrato termina con la creación de la sociedad, o lo que es lo mismo, y a diferencia de lo que ocurría en el caso de Hobbes, en Rousseau existe una teoría del contrato social, pero no una teoría del contrato político. Se podrá o no estar de acuerdo con ellos, pero lo que resulta incontestable es que en ninguno de los dos aparece la mínima ambigüedad.

La ambigüedad se crea desde el momento en que, en el noble intento de salvar los dere-

chos propios del estado de naturaleza, el resto de los teóricos del pactismo convierten a la libertad natural en un *a priori* indiscutible y exento tanto de las consecuencias del pacto político como de las consecuencias del propio pacto social. De este modo, para evitar las conclusiones extremas a las que conducía el razonamiento de Hobbes, se enarbolará la primacía de la libertad natural frente al pacto político (acto constitucional), dejando reducido el contenido del pacto a la pura dimensión social en la que lo situaba Rousseau, pero sin enfrentarse al dilema subyacente en toda la argumentación rousseauiana. A fin de cuentas, el interrogante que Rousseau no elude es el de qué deben prevalecer, los derechos fundamentales o el pacto social, la voluntad individual o la voluntad general.

Para evitar tener que pronunciarse ante ese dilema, al pensamiento contractualista no se le ofrecía otro remedio que recurrir al entendimiento de la sociedad más que como resultado de un contrato, como un fenómeno natural al que se le colocaba en el mismo plano que los propios derechos y libertades naturales. La sociedad como la libertad acaba siendo así un hecho de naturaleza, una *natura*, y no una *natura naturata*. Lo que equivaldría a decir que el estado de naturaleza se hace coincidir con el estado social. Con lo cual la teoría contractualista terminaría, como advirtió Battaglia, anulándose a sí misma, ya que ni definió ni precisó el contenido del contrato político, como hizo Hobbes, ni definió ni precisó el contenido del contrato social, como hizo Rousseau. La sociedad, en lugar de regirse por las reglas de un contrato, pasaba a funcionar conforme a los dictados de un hipotético y misterioso orden natural que expresaría por sí mismo la racionalidad objetiva del mundo social.

El pacto social más que como un ente de razón, según el clásico calificativo de Kant, como habría que entenderlo sería como un ente de ficción.

Pero se trataba de una ficción necesaria a cuyo través se podía colocar al Estado al margen de toda injerencia en la regulación de la libertad privada de los individuos, al tiempo que se permitía a la sociedad (surgida del contrato y, a su vez, ambivalentemente entendida como fenómeno natural) proceder a la ordenación Jurídica de los derechos fundamentales.

Obvio es indicar que esa ambivalencia y esa ambigüedad donde primero e inexorablemente iban a repercutir era en la configuración de los propios derechos fundamentales que, por un lado, en cuanto derechos del estado de naturaleza se presentaban como derechos absolutos y válidos por sí mismos, al margen e independientes de la legislación positiva, mientras que, por otro lado, en cuanto derechos ordenados y regulados por la sociedad, pasaban a ser auténticas creaciones de la legislación civil. El derecho de propiedad, que tuvo en Locke a su más brillante expositor, representa quizá el caso más significativo y paradigmático de esa situación.

Considerar la propiedad como una institución de derecho natural tenía que resultar simple y llanamente una mistificación. A quien conoce mínimamente el pensamiento iusnaturalista, no se le oculta que los iusnaturalistas entendieron acertadamente que en el estado de naturaleza la propiedad como derecho se hace impensable, ya que en el originario *status naturae* todo es de todos. El derecho de propiedad comienza realmente a existir cuando esa totalidad de

la naturaleza que, en principio, pertenece a todos se parcela, otorgando a cada uno de los individuos fracciones de la misma. Operación que sólo puede producirse, garantizarse y explicarse como una creación de derecho civil y no de derecho natural.

Con las variantes y matices que se quiera, lo cierto es que el ejemplo de la propiedad resultaría aplicable al resto de los derechos naturales que, indefinidos genéricamente en el estado de naturaleza bajo el rótulo abstracto de la libertad natural, únicamente adquieren una proyección real y una virtualidad concreta a través de la legislación civil. Se comprende de este modo que el mismo tesón utilizado para declarar exentos a los derechos fundamentales de cualquier tipo de actividad estatal, se empleara también para dejar inmune a la acción del poder a los principios rectores del derecho civil.

3. EL ACTO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO LIBERAL

Acaso baste con lo hasta ahora expuesto para comprender debidamente el verdadero sentido del tercer momento en que el primer constitucionalismo descompuso la mecánica de los procesos constitucionales (Declaración de Derechos, Pacto Social y Acto Constitucional).

Con buen criterio recuerda Carl Schmitt a este respecto que el Acto Constitucional del Estado Liberal Burgués se explica desde dos principios: el *principio de distribución* (Derechos Fundamentales) y el *principio orgánico* (División de Poderes).

En virtud del primero lo que la Constitución proclama es la existencia de un orden de valores (libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de comercio, etc.) extramuros del Estado y que el Estado debe inexorablemente respetar. Desde esta óptica -dirá Schmitt- el sentido del Acto Constitucional no es otro que el de convertir al Estado en el servidor, rigurosamente controlado, de la sociedad.

Conforme al principio orgánico (División de Poderes) la idea de Constitución se reduce a la de un mero instrumento técnico (*Instrument of Government*) al servicio genérico de la idea de libertad.

No se necesita demasiada perspicacia para apercibirse de que, en ambos supuestos, se sustraen del Acto Constitucional cualquier clase de connotaciones valorativas o teleológicas. Cuando se afirma que el poder debe frenar al poder, no se está estatuyendo lo que el poder debe hacer, sino que lo que se pretende es que cada uno de los poderes del Estado esté en condiciones de paralizar la acción de los demás. Desde una visión negativa del poder que, en última instancia implica su destrucción, a lo que se aspiraba tan sólo era a que "*le pouvoir arrête le pouvoir*" como había dicho Montesquieu.

A su vez, cuando se proclama un orden de valores ajenos al Estado (Derechos Fundamentales), no se requiere al Estado para que participe y colabore en la realización de esos va-

lores, sino que, muy al contrario, lo que se le pide es que permanezca ajeno a los mismos para no perturbarlos. Es en esas circunstancias en las que bien se puede afirmar que el Acto Constitucional no es constitutivo de nada. Ni siquiera del propio Estado al que, en el mejor de los casos, se le da por presupuesto.

Ni que decir tiene que el acto constitucional cuyo protagonismo se asigna al poder constituyente, y cuya misión era nada menos que la de forjar el Estado Constitucional, no podía quedar reducido a la tremenda *contraditio in terminis* de ser un acto constitutivo de una nada, de una inmensa oquedad. Con notable intuición intelectual y con el instinto del gran político, sería Sieyès el primero en lanzarse a rellenar esa oquedad. Para ello elabora la doctrina del poder constituyente a la que no duda en proclamar, en su polémica con La Fayette y desde su reconocida inmodestia, como “la más grande y definitiva conquista de la ciencia debida al genio francés”.

Ante la *contraditio in terminis* que implicaba un acto constitucional condenado a la inanidad más absoluta, comenzará Sieyès reivindicando la naturaleza soberana y suprema del poder constituyente. En su *Exposition raisonnée* en el Comité Constitucional de la Asamblea, el 20 de Julio de 1789, afirma con rotundidad: “El poder constituyente todo lo puede... No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y de todo control, salvo los que a él mismo le pluguiera adoptar”. Se trata pues de un poder que, “a diferencia de los poderes constituidos, -como escribe el propio Sieyès-, que pertenecen al derecho positivo, se forma por el sólo derecho natural. Es todo lo que puede ser, solamente porque es”.

Ahora bien, pudiéndolo todo, como institución de derecho natural, lo que no podrá hacer es ir en contra de ese orden natural del que el propio poder constituyente forma parte y que las revoluciones burguesas interpretaron en la secuencial trilogía de Declaraciones de Derechos, Pacto Social y Acto Constitucional. Por ello, aunque se defina al poder constituyente como un poder libre, omnipotente y total, su obra no podrá ser una obra radicalmente original ni creadora. Al contrario, su función consistirá básicamente en adaptar y acopiar el mundo político a la racionalidad del mundo social y económico, cuyas premisas de funcionamiento había dejado establecidas y explicadas el iusnaturalismo contractualista.

Concebida de esta forma la labor del poder constituyente aparece más como una obra de inteligencia que como una obra de decisión. Nada tiene de particular, por lo tanto, que el propio Sieyès asentara su legitimidad más en los criterios de razón de una Asamblea de hombres sabios, que en la que podría proporcionar la efectiva participación democrática de los individuos. No van desencaminados quienes han sostenido que la doctrina de la soberanía de la razón, defendida años más tarde por el liberalismo doctrinario, tiene en Sieyès a su precursor más preclaro.

Sieyès intentó salvar una contradicción incurriendo en la misma y no menos grave que, como apuntamos anteriormente, había atezado al pensamiento de los contractualistas. Tanto Sieyès como los contractualistas parten teóricamente del principio democrático en cuya virtud

las decisiones del pueblo son soberanas. Pero para uno y para otros, esa soberanía que se materializa en el poder constituyente o en el pacto social, se sacrifica luego a un orden trascendente de principios y razones que se considera previo y superior. Con lo cual el principio democrático se esfuma. Si para los contractualistas el pacto social quedaba sin contenido y desaparecía ante la abstracta y genérica libertad natural, para Sieyès la idea de la soberanía del poder constituyente de la nación como totalidad, se subordina a la idea de una Asamblea de hombres cultos que, con más capacidad y mayor talento, pudiera comprender la racionalidad del mundo social para adaptar a ella la organización política, cumpliendo así la misión encomendada al poder constituyente.

Ante el hurto manifiesto del principio democrático que este ejercicio de malabarismo conceptual comporta es ante el que Laboulaye exclama en sus *Questions constitutionnelles*: “Sieyès lo que hizo fue confundirlo todo, embrollarlo todo y, a la postre, perderlo todo”.

4. LA CRISIS DE LOS PLANTEAMIENTOS DEL ESTADO LIBERAL

No obstante, fueron esa confusión y ese embrollo, los que hicieron posible a lo largo de todo el siglo XIX, que bajo un sistema electoral de sufragio restringido, con índices de participación tan ridículos como escandalosos, se pudiera mantener la ficción de la vigencia del principio democrático. Ficción que, si bien permitió negar en la práctica lo que se proclamaba en la teoría, impidió, sin embargo, que se proclamara en la teoría lo que se negaba en la práctica. Lo que probablemente explica que en una atmósfera intelectualmente confusa, socialmente enrarecida y políticamente contradictoria, como la que vive la pasada centuria, se produjeran procesos de esclarecimiento más que notables. Para no perder el hilo de nuestro razonamiento, resulta obligada una mínima referencia a dos de esos procesos, cuya relevancia es más notoria.

En primer lugar, está el hecho del asentamiento indiscutible del principio democrático. Las ambigüedades constantes derivadas de asumir como punto de partida teórico la idea democrática, para luego dejarla sin contenido efectivo en su desarrollo en la práctica con ensoñaciones ideológicas, serán cada vez más difíciles de mantener, en la medida en que, con la ampliación del derecho de sufragio, el principio democrático pasa de las disquisiciones teóricas a convertirse en una auténtica realidad.

En segundo término, y paralelamente al desarrollo y profundización de la vida democrática, se producirá también la descomposición inexorable de la doctrina del orden natural, derivada de las concepciones del racionalismo ilustrado, y desde la que se habían montado todas las explicaciones del mundo económico, social y político.

La creencia de que existe un orden inmanente al mundo (mito del gran reloj), que había llevado a los fisiócratas a mantener que el libre Juego de la oferta y la demanda racionaliza por sí mismo en el mercado el proceso productivo (mito de la mano invisible de Adam Smit), se traslada igualmente al mundo social y político, donde se pensaba que el hecho en sí de la socie-

dad, al margen de la actuación y de los deseos de los individuos que la componen, genera un orden que crea y satisface el interés general. Era la creencia a la que se adhirió el propio Montesquieu con su *Fábula de los Trogloditas*, y que tuvo su formulación más conocida en la famosa Fábula de las Abejas de Mandeville, cuya conclusión, como es bien sabido, termina con la epigramática sentencia de “*vicios privados, públicos beneficios*”.

Una realidad bastante cruel, como fue la realidad social y política del siglo XIX, se encargaría por sí sola de desmontar tan espléndida colección de mitos y ensoñaciones (Neumann). Si en el orden económico y social la *mano invisible* del mercado en ocasiones múltiples más que producir milagros generaba auténticos cataclismos, en el orden político la sacrosanta doctrina de los Derechos Naturales mostraba por doquier su inoperatividad más absoluta (Marcuse).

Pretender seguir manteniendo en esas circunstancias la doctrina del orden natural constituía un ejercicio intelectual imposible. Por otro lado, el inexorable desarrollo del proceso democrático hacía que, con un criterio más realista, fueran las exigencias concretas de los individuos las que habían de ser atendidas, en lugar de los apócrifos principios sobre los que el Estado Liberal de Derecho había pretendido cimentar su estructura. Es entonces cuando se establecen las condiciones para operar el gran salto del Estado Liberal de Derecho al Estado Democrático y Social de Derecho, recogido en la práctica totalidad de los actuales textos constitucionales.

No se trata, por supuesto, ahora de sintetizar la doctrina del Estado Social. Lo que importa tan sólo es dejar constancia de cómo los cambios estructurales que el Estado Social y Democrático de Derecho comporta, frente al Estado de Derecho Liberal clásico, forzosamente suponen una transformación en la mecánica constitucional, que no puede dejar de repercutir en el concepto político de Constitución elaborado en los comienzos de la Democracia Constitucional por las revoluciones burguesas.

Frente a quienes interpretan, desde una simplicidad que llega en ocasiones a ser escandalosa, que el Estado Social no es más que una prolongación histórica del Estado Liberal, enriquecido con los nuevos derechos sociales, habrá que convenir que, si el Estado Social no tiene por qué implicar la negación radical del Estado Liberal, a lo que sí conduce indefectiblemente es a la creación de una realidad estatal diferente (Forsthoff).

No renuncia, ni tiene por qué hacerlo, el Estado Social al entendimiento de la Constitución como ley suprema, a cuyo través es como únicamente se puede consumir aquel sueño ya explicitado por Píndaro de un gobierno de las leyes frente al siempre arbitrario gobierno de los hombres. Tampoco renuncia, ni podría hacerlo sin destruir su verdadera esencia, a aquella genérica libertad del *status naturae* de la que hablaban los contractualistas, y sobre la que, a la postre, se asienta el concepto de la dignidad humana. Lo que significa que la verdadera tensión entre el Estado Liberal y el Estado Social, por paradójico que parezca, va a estallar más en la órbita del principio democrático que en el ámbito del principio liberal.

Admitido teóricamente el principio democrático como supuesto inexcusable para verte-

brar lógicamente la estructura del Estado Constitucional, el pensamiento liberal se afanaría luego en demostrar que ese obligado reconocimiento teórico no tenía por qué conllevar necesariamente aparejada su puesta en práctica y su efectivo ejercicio. Para ello apela a la existencia de un orden trascendente del mundo histórico-social (la doctrina del orden natural) del que la organización política forma parte y cuyos criterios rectores debe, en consecuencia, respetar. Para otorgar al Estado la mayor racionalidad posible tenían que ser, por lo tanto, las exigencias y requerimientos derivados de ese orden natural, y no los dictados por la voluntad democrática de los ciudadanos, los que habría básicamente que atender. Se explica de este modo que Guizot llame “caos y anarquía a la democracia aplicada en todas sus consecuencias”. O que Tocqueville advierta, en “*La Democracia en América*”, de la “tiranía igualitaria” y de “la especie de despotismo que han de sufrir los pueblos democráticos”.

No hace al caso insistir en cómo ese espectacular escamoteo del principio democrático, y la sacralización de la libertad genérica del *status naturae*, para lo que servían efectivamente era para ocultar y mantener una realidad en la que la racionalidad de los principios y supuestos defendidos en la teoría, se veía contradicha y negada sistemáticamente en la práctica. No es precisamente de ningún revolucionario, sino de un conservador preclaro como fue Lorenz von Stein, la afirmación de que “la libertad sólo existe para aquellos que poseen las condiciones sociales y materiales que les permiten disfrutar de ella”. Lo que nos interesa, para no perder el hilo de nuestra argumentación, es recalcar simplemente que la negación del principio democrático da origen a un fenómeno que bien pudiéramos calificar de *extrañamiento constitucional*, conforme al cual, las Constituciones dejaban de ser obra del pueblo, para pasar a ser creación de un poder constituyente apócrifo y misterioso.

Sobre ese fenómeno de *extrañamiento constitucional* será sobre el que repercute más directa e inmediatamente el afianzamiento y la consolidación del principio democrático en el que, como con agudeza ya vió Kelsen, radica la esencia del Estado Social. “No es el reconocimiento de los derechos sociales -dilo Kelsen- lo que caracteriza básicamente al Estado Social. El elemento definidor del Estado Social es el principio democrático”.

5. EL CONCEPTO POLÍTICO DE CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO SOCIAL

Cuando el principio democrático se admite sin ningún tipo de salvedades, y cuando se está dispuesto, además, a operar con él hasta sus últimas consecuencias, la mecánica del proceso constitucional, tal y como se planteó en el Estado Liberal Burgués (Declaración de Derechos, Pacto Social y Acto Constitucional) ya no podrá ser la misma. Cambia el orden de los acontecimientos, pero cambia también y sobre todo, el contenido y el alcance de cada uno de los supuestos de ese proceso.

Si en el Estado Liberal Burgués de lo que se trataba era de realizar unos derechos que se tomaban como *a priori* indiscutible y a cuyas exigencias se sometía toda la organización estatal, en el Estado Social no son las Declaraciones de Derechos las que dan sentido y fundamentan al Acto Constitucional, sino que, a la inversa, es el Acto Constitucional el que permite otor-

gar proyección real y efectiva a los Derechos Fundamentales. El punto de partida no será ya la Declaración de Derechos sino el propio Acto Constitucional.

Las consecuencias que de este giro copernicano derivan para el entendimiento tanto del Acto Constitucional, como de los Derechos Fundamentales y del Pacto Social no son fáciles de resumir. Intentaremos, sin embargo, hacer una brevísima referencia a las más significativas.

Por lo que respecta al Acto Constitucional y a la Teoría del Poder Constituyente es claro que, a diferencia de lo que ocurría con el Poder Constituyente, tal y como lo entendiera Sieyès, para quien terminaba siendo un simple poder de adaptación y acoplamiento del mundo político a un pretendido orden natural, se trata ahora de un poder verdaderamente original y creador. Lo que significa que el horizonte axiológico y teleológico de la normativa fundamental no viene determinado ni impuesto por un orden de consideraciones ajenas al propio ordenamiento. La eliminación de la heteronomía, de ese fenómeno de extrañamiento al que hace unos instantes hacía referencia, obliga a tener que proclamar sin ambages y sin subterfugios de ningún tipo que el único referente lógico y realista desde el que cabrá explicar el sentido de la Constitución es la voluntad soberana del pueblo.

Es un rasgo nada desdeñable de las Constituciones del presente (frente al constitucionalismo de la pasada centuria que terminaba no siendo constitutivo de nada, ni siquiera del propio Estado al que se daba por presupuesto) que manifiesten esa voluntad autónoma, originaria y creadora de los poderes constituyentes proclamando derechos, consagrando principios y, sobre todo, definiendo formas precisas de organización estatal. El artículo primero de nuestra Constitución representa un ejemplo suficientemente gráfico y expresivo.

Clausurar, sin embargo, toda la problemática constitucional del Estado Social con el so-corrído trámite del principio democrático, constituiría una muestra de simplicidad intelectual y de ceguera política inadmisibles. El gran problema de la legitimidad constitucional no queda, como algunos pretenden, definitivamente resuelto con la simple apelación a la voluntad popular.

Situó el constitucionalismo clásico la problemática de la legitimidad en el segundo momento en que distribuyó la mecánica constitucional, esto es, en el del Pacto Social. Obligatoriamente, es a ese momento al que tiene que recurrir también el constitucionalismo del Estado Social. A fin de cuentas, ante un poder constituyente libre y autónomo, cabe formular una serie de interrogantes que el propio poder constituyente no puede responder. Por ejemplo: en virtud de qué criterios adopta unas decisiones y no las contrarias, por que se definen unos derechos y no otros, por qué en la jerarquía de las libertades se confiere preeminencia a algunas y se postergan las demás, y así sucesivamente. Para no dejar reducida la política a pura irracionalidad es entonces cuando la doctrina del Pacto Social reaparece de nuevo (Rawls).

La reconstrucción, no obstante, de la doctrina del pacto en el neocontractualismo a través del consenso como criterio legitimador de la decisión constituyente, ni supera las contradicciones del contractualismo clásico, ni ofrece elementos de legitimación suficientes al constitucionalismo actual. No deja de ser significativo que el más penetrante de los neocontractualistas, me refiero, claro es, a John Rawls, consciente de las limitaciones de su teoría del *consenso en-*

trecruzado, acabe apelando a los Tribunales de Justicia como foros de asentamiento y de creación de lo que él denomina “*razón pública*”.

Esa apelación de Rawls, y en general de todo el neocontractualismo al elemento garantista (principio liberal), al que el ordenamiento constitucional obviamente no puede renunciar, no es, sin duda, una apelación inocente. Su entendimiento cabal sólo es posible en el marco de la polémica ideológica sobre el propio Estado Social. Reconocer una legitimidad precaria del acto constituyente, e intentar complementar esa legitimidad con el recurso a la Justicia, no supone una colaboración a la consolidación y a la realización efectiva del Estado Social, sino abrir el portillo para que la heteronomía sobre la que el Estado Liberal cimentó su estructura pueda seguir manteniéndose. Las debilidades del pacto social constituyen así el espléndido pretexto para, sin negar en el plano teórico el principio democrático, poder justificar el incumplimiento de las consecuencias que de él necesariamente tendrían que derivar en el plano de la realidad .

Será en la formulación de la doctrina de los Derechos Fundamentales donde la ambigüedad y la contradicción que acabamos de delatar adquiera su máxima significación e importancia. Frases como la de Herbe Kroger -“antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”- constituyen la expresión más palpable de un razonamiento jurídico que no ha entendido lo que ocurrió en el pasado y que entiende mucho menos lo que sucede en la actualidad.

Se fundamentaron en el pasado los derechos y libertades como derechos absolutos en un ámbito ajeno y heterónimo al ordenamiento constitucional. No era la Constitución la que establecía y consagraba Derechos, sino que se limitaba a protegerlos. Eran los Derechos y Libertades los que fundamentaban y, hasta cierto punto, legitimaban el ordenamiento constitucional.

El reconocimiento del principio democrático lo que introduce e impone es, precisamente, la lógica contraria. Los derechos empiezan a valer en la medida en que la Constitución -que es una norma jurídica- los reconoce, al tiempo que establece un doble principio de jerarquía y especialidad para su realización efectiva.

La escisión, sin embargo, entre los denominados derechos de libertad clásicos y los modernos derechos sociales, propios del Estado Social, consagrada en todos los ordenamientos constitucionales del mundo, será la que rompa irremediabilmente con la lógica del principio democrático, según la cual, todos los derechos, al menos en teoría, por responder a idénticos criterios fundamentadores deben tener la misma consideración. Sólo las exigencias de la vida comunitaria y los criterios de jerarquía y especialidad establecidos en la Constitución justificarían la prevalencia de unos derechos sobre otros.

Se generan de esta suerte dos lógicas diferentes en el sistema de derechos del Estado Social. Por un lado, la lógica de los derechos de libertad, y, por otro, la lógica de los derechos sociales, a las que se intentará otorgar una fundamentación diferente. Para fundamentar la primera, se recurrirá sin escrúpulos a los viejos planteamientos del constitucionalismo clásico, considerando a los derechos de libertad como un *a priori* histórico y conceptual, válidos por sí mis-

mos, y a los que el ordenamiento constitucional se limita a reconocer y respetar. Para justificar la segunda se aceptará, sin mayores problemas, que los derechos sociales son el simple resultado de una creación estatal. Con lo cual, ni los derechos de libertad clásicos reciben una explicación coherente, aunque, por fortuna, sean los que efectivamente disfrutamos los ciudadanos de los Estados democráticos, ni los derechos sociales son traducibles a la realidad, aunque su fundamentación sea más precisa.

No reciben una explicación coherente los derechos de libertad porque al sustraerlos del ordenamiento constitucional y otorgarles un valor propio y trascendente al mismo, al tiempo que su ejercicio queda condicionado por lo que la regulación constitucional establece, su verdadera naturaleza se difumina en las nebulosas de la metafísica. Expresiones como la que introduce la Constitución Española al decir que “el contenido esencial de los derechos debe ser en todo caso respetado”, o son formulaciones vacías o puras tautologías. El esencialismo metafísico no tiene traducción Jurídica. Los derechos valen hasta donde el ordenamiento Jurídico lo permite y nada más. No tiene por qué causar sorpresa que las distintas teorías interpretadoras de los derechos fundamentales (teoría liberal, teoría institucional, teoría axiológica, teoría integradora, teoría funcional... etc.) tengan que terminar en la enorme simpleza de “la teoría constitucionalmente adecuada” (Böckenförde). Para tal conclusión no se requería un recorrido intelectual tan costoso.

Por otro lado, los derechos sociales, cuya fundamentación como decimos es más precisa, al no tener ese carácter previo y absoluto que se otorga a los derechos de libertad, no necesitarán justificaciones metafísicas. Pero no las necesitan porque sencillamente no existen. Al depender única y exclusivamente del reconocimiento o no que la Constitución hace de ellos, son los propios ordenamientos constitucionales los que se encargarán por su cuenta de establecerlos como un mero elenco de principios. Así las cosas no es disparatado que desde el más pesimista de los escepticismos, Giannini termine calificando al Estado Social como “*un concetto inutile*”.

Por una aparentemente extraña ironía de la historia, la crisis del constitucionalismo del Estado Social coincide con el asentamiento definitivo en la realidad del sistema de derechos del Estado Liberal burgués. No se trata, sin embargo, de una coincidencia casual sino intencionalmente propiciada. Cuando se parte de la idea -como reconocía el propio Von Stein - de que no puede haber derechos de libertad sin que los derechos sociales, en cuanto derechos de posición (Leibholdt), se vean mínimamente satisfechos, la lógica de ambos tiene que ser por fuerza idéntica. La escisión de esa lógica y la consideración de unos y otros derechos como especies diferentes, no significa solamente que se otorgue una protección jurídica a los primeros mientras que se olvida el establecimiento de los mecanismos de actuación de los segundos, sino que, lo que es más grave, se reconocen y se hacen efectivos los derechos de libertad para que los derechos sociales no puedan existir. Es un tema manido y en el que no merece la pena insistir, ni traer a colación los múltiples argumentos esgrimidos, el que el mantener como valor absoluto el sagrado principio de la igualdad ante la ley, por ejemplo, tratando como igual formalmente

lo que es desigual en la realidad, es el mejor camino para institucionalizar social y políticamente la desigualdad.

En cualquier caso, de lo que importa dejar constancia es de que la contradicción entre los derechos de libertad y los derechos sociales, en donde más ostentosamente se expresa la crisis del constitucionalismo social, obedece a unas razones más profundas que por lo general no se tienen en cuenta y que intencionadamente se silencian. Son las razones que he venido llamando de heteronomía o extrañamiento constitucional y que en definitiva se reducen a la aceptación o no, sin equívocos ni restricciones, del principio democrático. Si el principio democrático se asume plenamente, el ordenamiento constitucional es un ordenamiento autónomo que tiene en la voluntad del pueblo su único y último referente. Cuando ese principio no se asume en su totalidad la heteronomía y el extrañamiento se hacen inevitables.

No deja de ser sorprendente que se denuncien limitaciones a la legitimidad que en las sociedades pluralistas modernas proporciona el consenso y, en nombre de esas limitaciones y ausencias de legitimidad, recurriendo a los planteamientos liberales clásicos, se deslegitime por principio la actuación del Estado en los procesos económicos y sociales. Lo que no va a impedir, sin embargo, que al mismo tiempo y heterónomamente, se le confiera una legitimidad plena para que intervenga en esos mismos procesos cuando las exigencias del mercado así lo requieran. Apelando al mercado, como sucedía en los tiempos de los fisiócratas, y al margen por supuesto del principio democrático, se pretenderá ahora recurrir a la Constitución para, aprovechando su fuerza jurídica vinculante, imponer en la sociedad la razón económica frente a la razón política democrática.

Es lo que hacen los teóricos del pretendido constitucionalismo fiscal cuando aspiran a encorsetar toda la política económica y fiscal de los gobiernos (Buchanan, Tullock). En tiempo de desregulaciones sociales se reclama, paradójicamente, la regulación constitucional de toda la actuación presupuestaria.

El problema no tendría mayor trascendencia si se tratara simplemente de una cuestión teórica. Lamentablemente, después de Maastricht, los europeos sabemos que las razones de convergencia y los imperativos de los Bancos Centrales tienen una significación más relevante, también en el orden constitucional, que las razones derivadas del principio democrático.

Planteadas las cosas de este modo considerar el tema del concepto político de Constitución como una cuestión pacífica y conclusa no pasaría de ser o un ejercicio intelectual de estupidéz o la expresión más contundente de un sarcasmo.

EL HÁBEAS DATA Y SU DESARROLLO EN EL PERÚ

Francisco J. Eguiguren Praeli^(*)

1. ASPECTOS GENERALES

Al igual de lo que ha venido sucediendo en diversos países, la incorporación del hábeas data al ordenamiento constitucional peruano es un hecho particularmente reciente y novedoso. Es en la Carta de 1993 (vigente desde el 31 de diciembre de dicho año) donde se estableció, en su artículo 200°, inc. 3, dentro del Título que regula las “Garantías Constitucionales”, la “Acción de Hábeas Data” como el instrumento para la protección de los siguientes derechos:

- a solicitar y obtener información de entidades públicas (art. 2°, inc. 5°);
- a que los servicios informáticos -públicos o privados- no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (art. 2°, inc. 6°);
- al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz y la imagen propias, a rectificar las afirmaciones inexactas o agraviantes difundidas por un medio de comunicación social (art. 2°, inc. 7°).

Si nos atenemos a su denominación, el hábeas data conjuga una curiosa mixtura: de un lado, el vocablo “hábeas”, que evoca al clásico hábeas corpus; y, de otro lado, la expresión “data”, con su significado de información o datos, que refiere al vertiginoso desarrollo tecnológico reciente. El hábeas data parece surgir pues como intento de actualizar o extender el elenco de procesos constitucionales, para responder a las nuevas situaciones y realidades. Es decir que, en su traducción literal, el hábeas data supondría algo así como “traer la información” o “conservar los datos”.¹

(*) Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador de la Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú.

1 Cf. EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL y PIZZOLO (h), CALÓGERO: “Hábeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática”. Depalma; Buenos Aires (1996); pág. 1.

Buscando definir sus alcances y contenido más completos,² el hábeas data debe brindar a la persona afectada protección y mecanismos para obtener:

- a) *Acceso* a información de su interés o a conocer datos sobre su persona que se encuentran en archivos o registros.
- b) *Actualización* de informaciones o datos personales contenidos en archivos o registros.
- c) *Rectificación* de informaciones o datos inexactos.
- d) *Exclusión o supresión* de “datos sensibles” que, por su carácter personal o privado, no deben ser objeto de almacenamiento o registro a fin de salvaguardar la intimidad personal o la eventual no discriminación.
- e) *Confidencialidad* de informaciones o datos personales que, por su carácter reservado, no debe permitirse su difusión a terceros (secreto tributario, bancario o médico).

Atendiendo a las consideraciones expuestas, cabe señalar que la regulación constitucional del hábeas data en el Perú mereció -casi desde un principio- severas críticas de autorizadas voces de la doctrina nacional. Así, García Belaunde³ considera una desnaturalización del hábeas data su extensión al derecho de rectificación, a la par de una peligrosa proclividad hacia la eventual censura de los medios de comunicación. Debe destacarse que similar preocupación fue asumida por los principales órganos de información y por entidades representativas del quehacer periodístico, generando una clara presión que llevó al propio oficialismo parlamentario a realizar una reforma constitucional que condujo a la supresión del hábeas data en dicho ámbito.

A su vez, Abad Yupanqui⁴ considera que -en última instancia- la inclusión de este proceso constitucional especializado puede resultar innecesaria, pues similar protección ya era factible a través del amparo; igualmente cuestiona el carácter tan amplio que se confiere a este instituto, al hacerlo extensivo a la rectificación de informaciones y a afectaciones de ciertos derechos personales a través de medios de comunicación social.

Por mi parte, además de haber compartido plenamente tales observaciones, quisiera adelantar -aunque pudiera parecer esta afirmación contradictoria- que no obstante la inadecuada extensión o ampliación del hábeas data para la protección de ciertos derechos afectados a través de los medios de comunicación social, sus alcances resultan claramente insuficientes o restrin-

² Cf. SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO: “Hábeas Data: su desarrollo constitucional”; en, “Lecturas Constitucionales Andinas” N° 3; Comisión Andina de Juristas; Lima (1994); págs. 90 a 92.

³ Cf. GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO: “Garantías Constitucionales en Constitución Peruana de 1993”; en, “La Constitución de 1993; análisis y comentarios”; serie Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 10; Comisión Andina de Juristas; (Lima, 1994); págs. 259-260.

⁴ Cf. ABAD YUPANQUI, SAMUEL: “Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales”; en, “Lecturas sobre Temas Constitucionales 10”: Comisión Andina de Juristas; (Lima, 1994); pág. 268.

gidos cuando regula la materia que le es -en estricto- genuinamente propia, es decir, la protección frente a informaciones o datos almacenados en archivos, registros o bancos informáticos. Paradójicamente pues, la regulación del hábeas data en la Constitución Peruana “peca” doblemente, en unos casos por excederse y, en otros, por omisiones o carencias.

2. DESARROLLO DEL HÁBEAS DATA EN LA EXPERIENCIA COMPARADA

Siendo que el hábeas data ha aparecido para la protección de ciertos derechos en relación a la libertad informática, sus antecedentes genéricos básicos podemos remontarlos a los intentos por preservar esferas personales de injerencias o perturbaciones externas no deseadas, a fin de garantizar la privacidad o intimidad personal. De allí se evolucionaría luego hasta llegar a la protección frente a los riesgos del almacenamiento, registro y utilización informatizada de datos relacionados con la intimidad personal o temas sensibles.

Conforme señalan Ekmekdjian y Pizzolo,⁵ el desarrollo conceptual del derecho a la intimidad personal o “right of privacy”, tiene lugar en la experiencia de los Estados Unidos y en el Reino Unido, desde finales del siglo pasado. Un punto crucial en este itinerario fue la definición del derecho a la privacidad como “the right to be let alone”, es decir, el “derecho a ser dejado en soledad” (sin ser molestado o perturbado) elaborada por el juez Cooley; este concepto fue desarrollado por los juristas norteamericanos Warren y Brandeis, buscando proteger a la persona frente a datos o actos de índole personal, que se ponen en conocimiento del público o de terceros sin el consentimiento del afectado.

Tiempo después, aproximadamente desde 1960 y como reacción al vertiginoso desarrollo tecnológico que se traduce en nuevos sistemas informáticos, tanto en los Estados Unidos como en Gran Bretaña se empiezan a promover proyectos legislativos que, dando un nuevo giro o extensión al concepto de derecho a la privacidad, se refieren a la protección de la libertad y esfera personal frente a posibles excesos del registro informatizado o difusión de datos e informaciones vinculadas a aspectos reservados o íntimos.

Se llegó así, finalmente, a la “Privacy Act” norteamericana del 31 de diciembre de 1974, a la “Data Protection Act” británica de 1984, y a la Ley Orgánica 5/1992 española, denominada “Regulación del tratamiento automatizado de datos”.

A nivel de los textos constitucionales, la Carta de Portugal de 1976 estableció, en su art. 35°, el derecho del ciudadano a: 1) Conocer las informaciones que le conciernen almacenadas en archivos, su finalidad y la posibilidad de rectificarlas o actualizarlas; 2) a que la información no sea utilizada para el tratamiento de datos “sensibles”, referentes a convicciones políticas, religiosas o a asuntos de la vida privada, salvo que se trate de datos no identificables personalmente, con fines meramente estadísticos; 3) a que no se atribuya a los ciudadanos un número

⁵ *Op. cit.*; pág. 8. En esta obra se puede encontrar una breve e interesante reseña de la evolución del derecho a la intimidad o privacidad en Estados Unidos y Gran Bretaña.

nacional único de identificación.

La Constitución Española de 1978 estableció, en su art. 18.4, que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. A su vez, en su art. 105, b), asegura “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de la persona”.

En el ámbito latinoamericano, fue la Constitución Brasileña de 1988, en su art. 5°, inc. LXXII, la primera en abordar estos temas, pero -sobre todo- también la primera en “bautizar” constitucionalmente al instituto del hábeas data.⁶ Dicha norma dispone que: “Se concederá hábeas data: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona de quien lo pide, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo en proceso reservado judicial o administrativo”.

La Constitución Colombiana de 1991, ha establecido en su art. 15° que todas las personas tienen derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre, con la obligación del Estado de respetarlos y hacerlos respetar. Agrega luego: “De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

A su turno, la Constitución del Paraguay de 1992, en su art. 135°, establece expresamente el hábeas data y dispone: “Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos”.

Como acertadamente señala Sagüés,⁷ la novedad principal de la norma paraguaya (por lo demás bastante completa en su regulación del hábeas data) radica en que no sólo comprende dentro de la protección de este instituto los consabidos derechos personales como privacidad, no discriminación, reserva sobre convicciones políticas o religiosas; sino también derechos personales de índole patrimonial, referidos a información o datos sobre bienes.

Más recientemente, la Constitución Argentina -con la reforma aprobada en 1994- regula expresamente en el art. 43° el hábeas data, estableciendo que “Toda persona puede interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en

6 Cf. AFONSO DA SILVA, JOSÉ: “Curso de Direito Constitucional Positivo”; Editora Revista dos Tribunais (1991); págs. 390 a 393.

7 Cf. SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO: *Op. cit.*; pág. 96.

caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.

En definitiva, estos desarrollos doctrinarios y normativos fueron configurando un nuevo término y una suerte de derecho autónomo conocido como “*libertad informática*”, un derecho que “tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a la información que les concierne, archivada en bancos de datos. Esto es el hábeas data: un instrumento para controlar la calidad de ellos, corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su posible transmisión”.⁸

Siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional Alemán, puede hablarse de un “*derecho a la autodeterminación informativa*”,⁹ consistente en la facultad de disponer sobre la revelación y utilización de los datos personales, que abarca todas las etapas de la elaboración y uso de datos por medios informáticos, es decir, su almacenamiento, registro, calificación, modificación, transmisión y difusión.

Una atingencia fundamental que cabe formular, luego de este breve recuento de la evolución de la institución del hábeas data, es que en rigor se aprecia una significativa confusión conceptual sobre su naturaleza. Así, en algunas constituciones se le regula como una suerte de derecho autónomo (aspecto sustantivo) consistente en la denominada “autodeterminación informativa” o la protección frente a los posibles excesos del poder informático en bancos de datos, archivos o registros. Mientras que en otros casos, como el peruano, se define al hábeas data como una garantía o proceso constitucional especial (aspecto instrumental) destinado a la protección y defensa de los derechos específicos antes señalados.

3. EL HÁBEAS DATA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

Entre las novedades que introdujo la vigente Constitución Peruana de 1993, se encuentra la recepción del instituto del hábeas data como garantía constitucional. Así, en el inciso 3° del art. 200° se establece: “La acción de hábeas data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, incisos 5, 6, y 7 de la Constitución”.

Independientemente de la discusión sobre la necesidad o conveniencia de establecer al hábeas data como una garantía constitucional específica, pues en verdad es una suerte de amparo “especializado” para la protección de ciertos derechos, sobre todo ante los riesgos de ex-

8 EKMEKDJIAN y PIZZOLO: *Op. cit.*; pág. 23.

9 Un interesante análisis de la evolución de este derecho, puede encontrarse en la obra “El derecho a la autodeterminación informativa”, de Pablo Lucas Murillo; publicada por TECNOS dentro de la serie “Temas claves en la Constitución Española”.

cesos provenientes del poder informático, considero que su regulación constitucional en el Perú ha incurrido en serias deficiencias.

En unos casos, el error o defecto ha provenido, presumiblemente, de confusiones conceptuales, que han llevado a desnaturalizar los alcances y el ámbito de acción propios del hábeas data, al darle una extensión amplia y, ciertamente, excesiva, involucrando dentro de su cobertura la protección genérica ante cualquier afectación de los derechos al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, como a la voz e imagen propias: igualmente su aplicación al derecho de rectificación a informaciones inexactas o agraviantes difundidas a través de medios de comunicación social (inciso 7).

En otros casos, paradójicamente, la deficiencia consiste en la regulación restrictiva o diminuta de las posibilidades de protección frente a posibles excesos en el registro y difusión de datos por parte de servicios informáticos, que puedan afectar la intimidad personal o familiar (inciso 6). Ante ello, la utilización del hábeas data, precisamente en el terreno que le es más propio, resulta seriamente limitada.

Siendo que el hábeas data ha sido establecido por nuestra Constitución como un remedio procesal destinado a proteger determinados derechos, estimo que la mejor manera de apreciar las referidas deficiencias en que ha incurrido su regulación es analizando el tratamiento y alcances dados por la Carta a estos derechos.

a) Solicitud de información de entidades públicas.

El inciso 5 del artículo 2° de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho:

A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

Se trata de un derecho general de acceso a información (a solicitarla y a recibirla) exigible a entidades públicas; debemos entender que se refiere a informaciones que tienen carácter público, por lo que se justifica la exclusión de aquella que pueda afectar la intimidad personal o la seguridad nacional, al margen de lo imprecisa que pueda resultar la determinación de los aspectos incursos en esta última restricción. También parece razonable dejar a la ley la posibilidad de incluir algunos otros ámbitos excluidos del acceso público, como pueden ser ciertos secretos comerciales o industriales, o historias clínicas, por ejemplo.

Naturalmente la incorporación de este derecho constitucional de acceso a la información

disponible en entidades públicas resulta muy positiva y destacable; sobre todo porque permite a los ciudadanos mayores niveles de participación y reafirma la tesis de que en materia de informaciones vinculadas a entidades estatales, la regla debe ser la publicidad y el acceso público a éstas, con el consiguiente libre acceso y conocimiento por parte de los interesados, sin necesidad de expresar la causa que motiva el requerimiento y con la sola obligación de solventar el costo que demande la reproducción y entrega de dicha información.

Es correcto que para asegurar el ejercicio efectivo de este derecho de acceso a información pública se estatuya su protección a través de un proceso constitucional, a utilizar si la autoridad o entidad involucrada incumple con la obligación de proporcionar la información solicitada o si se resiste a hacerlo alegando que se trata de aspectos sujetos a reserva y excluidos del acceso público. En cualquiera de ambos supuestos, la acción constitucional de garantía permitirá que el interesado acuda a los tribunales, ya sea para que éstos obliguen al emplazado a atender el requerimiento o determinen si la razón alegada para justificar su negativa tiene suficiente fundamento.

Lo que si cabría preguntarse es si la aplicación del hábeas data para la protección de este derecho general de acceso a la información pública resulta compatible con la naturaleza y alcances habituales propios de este instituto.

En rigor, creo que la Constitución Peruana introduce una novedad algo peculiar en este campo, pues -como hemos tenido ocasión de apreciar- en la experiencia comparada predominante el hábeas data estatuido para proteger la intimidad personal y ciertos datos “sensibles” que pueden verse afectados por su registro o difusión a través de servicios informáticos o bancos de datos de acceso o consulta pública.

El precepto constitucional bajo comentario se vincula a un derecho genérico de acceso a datos o informaciones, lo que no resulta del todo extraño a la naturaleza del hábeas data. La diferencia o novedad radica, en este caso, en que se trata de información en general a cargo de entidades públicas, sin establecer ninguna conexión o condición que la refiera a información existente en bancos de datos o servicios informáticos; también en que el interés principal protegido no es el resguardo de la intimidad personal o de la privacidad.

En realidad, el derecho cautelado en esta norma corresponde a la libertad de acceso y conocimiento de la información pública, destinado a favorecer la mayor y mejor participación e información general de los ciudadanos, así como la transparencia de la actuación y gestión de las entidades gubernamentales.

En todo caso, si bien esta extensión del hábeas data a la protección del derecho referido se aparta de los cánones más ortodoxos y difundidos del instituto (por lo que podría ser objetado por cierta falta de coherencia o “pureza” conceptual) es verdad también que ello no ofrece mayores problemas o perjuicios que ameriten un severo cuestionamiento.

- b) Suministro de información por servicios informáticos.

El inciso 6 del artículo 2° de la Constitución establece que toda persona tiene derecho:

A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

Aquí sí nos encontramos en el ámbito más propio y aceptado de aplicación del hábeas data, resultando muy positivo que la Constitución haya incorporado este derecho, buscando así otra forma de preservar y resguardar la intimidad personal y familiar.

Una primera atingencia importante es que, en este caso, el sujeto obligado o quien aparece con legitimidad pasiva para ser emplazado en el hábeas data, es un “servicio informático”, público o privado, es decir una entidad cuyo objeto está referido al archivo, sistematización y difusión de datos, con la finalidad de brindar un servicio informativo, de registro o de consulta destinado al público o a terceros.

En esta línea, quedarían excluidos de los alcances de esta norma las informaciones almacenadas o elaboradas por personas particulares (tales como periodistas o investigadores) que para realizar su trabajo requieren disponer de ciertos datos, pero cuyo objeto o finalidad es el uso privado. Igualmente considero que podrían quedar excluidos los bancos de datos de entidades privadas cuya información no está destinada al acceso público ni a ser comunicados o difundidos a terceros.

En todo caso, considero que la utilización del término “servicios informáticos”, resulta inconveniente y se presta a equívocos. Y es que no debemos entender que se refiere únicamente a las instituciones públicas o empresas privadas que prestan o venden servicios informáticos a terceros, pues con tal criterio, los registros, archivos o bancos de datos de ciertas dependencias públicas que sirven de apoyo al accionar de su institución (Ministerio del Interior, Dirección de Migraciones, Policía) y cuya finalidad no es ofrecer el servicio de suministro de datos, podrían pretender quedar fuera del alcance de la norma constitucional, lo que -ciertamente- burlearía y desnaturalizaría tanto su propósito como su eficacia.

En suma, por encima del contenido literal del término, debemos interpretar que “servicios informáticos” se refiere e involucra a los bancos de datos, archivos o registros que almacenan y suministran información.

Otro aspecto particularmente grave, es que el texto de este precepto constitucional se restrinja únicamente a prohibir que los servicios informáticos suministren datos o informaciones que puedan afectar la intimidad personal o familiar, dejando aparentemente fuera de la norma todos los otros aspectos que son típicos de este derecho a la autodeterminación informativa y a la protección del hábeas data. Ello revela una lamentable ignorancia y ligereza, pues si el constituyente recogió el hábeas data de otras experiencias, cuando menos debió hacerlo en forma completa e integral. Nótese que al momento de elaborarse la Constitución Peruana ya se encon-

traban vigentes, para no ir más lejos, las constituciones de Brasil y Paraguay, que regulan este instituto con notoria superioridad en calidad con respecto a nuestra Carta.

Una revisión (e interpretación) literal de la norma no incluye el derecho de la persona a acceder (conocer y recibir) a la información o datos que le conciernen y que se hayan registrados en el banco de datos; y sin ello, mal pueden ejercitarse los otros aspectos que suele involucrar este derecho y su protección mediante el hábeas data. Tampoco se podría solicitar y exigir la rectificación o actualización de datos inexactos o falsos, ni -mucho menos- la supresión de datos sensibles que afectan la intimidad personal o familiar.

En síntesis, esta norma constitucional se limitaría, si nos atenemos a su tenor literal, a proteger a la persona evitando que los servicios informáticos suministren datos o informaciones que afectan la intimidad personal, desatendiendo aparentemente todas las otras posibilidades de cobertura de este derecho. Incluso podría pretenderse dejar fuera de la prohibición la difusión de datos que, sin vulnerar la intimidad personal o familiar, pueden conllevar formas de discriminación o contribuir a ésta.

Considero pues muy lamentable el tratamiento dado por nuestra Constitución a este punto, que es el más propio y típico del ámbito de protección del hábeas data. Los riesgos de interpretaciones y aplicaciones restrictivas de esta norma pueden ser grandes, siendo de esperar que tal criterio no sea adoptado ni propiciado por la legislación de desarrollo constitucional ni por la jurisprudencia.

Por mi parte creo que una adecuada comprensión de la norma, en aras de efectuar la integración de este derecho y el resguardo de su contenido esencial, exigiría aceptar también la procedencia del hábeas data para conseguir conocer, actualizar, rectificar o suprimir datos personales almacenados en servicios informáticos. Y es que si la Constitución prohíbe el suministro de ciertos datos o informaciones, con mayor razón cabría extender los alcances del derecho y del hábeas data a los otros supuestos complementarios, pues se trata de componentes básicos y mínimos del derecho a la autodeterminación informativa, que incluso comportan exigencias menos severas.

A mayor abundancia, no sería razonable que el hábeas data pueda utilizarse para impedir el suministro o difusión de datos personales sensibles, y -a la vez- excluirlo de eficacia para conocer el contenido de la información que sobre la propia persona obra en el banco de datos, máxime si la Carta (en otra norma) concede un derecho genérico de acceso a información pública. O impedir que por esta vía se actualicen o rectifiquen datos personales inexactos o falsos, cuando la Constitución reconoce un derecho de rectificación a ejercitar ante los medios de comunicación que difundan informaciones inexactas. O que se inhabilite al hábeas data para lograr la supresión de datos sensibles o informaciones indebidamente registradas, cuando su sola tenencia en el banco de datos del servicio informático conlleva ya una perturbación o injerencia no consentidas en la intimidad personal y la privacidad; o si la continuidad del dato en el registro puede ocasionar alguna forma de discriminación contra la persona concernida.

c) Derechos al honor, buena reputación, intimidad personal y familiar, voz e imagen

propias, y derecho de rectificación.

El inciso 7 del artículo 2° de la Constitución establece que toda persona tiene derecho:

Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Como ya adelantamos, la extensión del hábeas data a la protección de los derechos al honor y la buena reputación, la intimidad personal y familiar, la voz y la imagen propias, y al derecho de rectificación en los medios de comunicación social, configuró un gravísimo exceso del constituyente del 93. Siendo que conceptualmente el hábeas data busca proteger la intimidad personal y la privacidad frente a posibles abusos del poder informático, mediante el registro y difusión de datos sensibles, la aplicación genérica de este remedio procesal constitucional a cualquier clase de afectación de la intimidad y, lo más serio, la inclusión de otro conjunto de derechos que podrían verse afectados a través de los medios de comunicación, revela una muy acusada falta de conocimiento y de idoneidad técnica.

Si la extensión, anómala y desnaturalizada, del hábeas data a los derechos antes referidos no fue producto de una confusión, sino que obedeció a una decisión explícita -como sostienen algunos- el asunto puede resultar incluso más delicado. Y es que la intención sería impedir la difusión de datos o informaciones obtenidos a través de la investigación periodística, alegando la afectación de la buena reputación o intimidad de ciertos personajes públicos.

En cualquier caso, fueron tan unánimes y persistentes las críticas que los representantes de los medios de comunicación, del gremio periodístico como de la comunidad académica formularon a esta peligrosa desnaturalización del hábeas data, que la mayoría oficialista en el Congreso tuvo que hacerse eco de las mismas. Y así se apuró una reforma del texto constitucional, aprobada mediante Ley N° 26470 (del 12 de junio de 1995) que excluyó al inciso 7 del art. 2° de la Carta de la aplicación del hábeas data, quedando tales derechos bajo la tutela de la acción de amparo. Esta atinada corrección, nos releva de mayores comentarios al respecto.

4. EL FUNCIONAMIENTO DEL HÁBEAS DATA

4.1. El procedimiento

La novedosa, aunque imprecisa, incorporación constitucional de la acción de hábeas data y la ausencia de una norma procesal que regule su aplicación, sumada a la falta de remisión al procedimiento que debía seguir su tramitación, generaron algunas dudas y confusiones en es-

te campo.

Siendo sabido que, a pesar de su denominación, el hábeas data es una suerte de “amparo especializado”, lo razonable era asumir que el procedimiento a aplicar -al menos transitoriamente- era el que corresponde al amparo. Esta es, inclusive, la solución definitiva seguida en países como Brasil (mandato de seguridad), Colombia (Tutela) y Argentina. Sin embargo, se hizo necesario dictar la Ley N° 26301 (del 3 de mayo de 1994) norma que tiene una expresa vocación transitoria, en tanto se dicte una nueva ley orgánica de garantías constitucionales que regule en detalle el hábeas data, y que resolvió algunos problemas o dudas de índole procedimental.

Dicha ley dispone que es competente para conocer del hábeas data el juez de primera instancia en lo Civil de turno, del domicilio del demandante o del demandado; si la afectación del derecho se origina en archivos judiciales, sean éstos jurisdiccionales, funcionales o administrativos, la acción se presentará ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior respectiva, la que designará a un juez de primera instancia en lo Civil para efectos del trámite, pero correspondiendo el fallo a la Sala.

En realidad, se trata de una solución similar a la que rige en el proceso de amparo; por lo demás, la comentada ley hace una remisión expresa a la aplicación procesal supletoria al hábeas data de las normas que regulan al referido proceso. La ley contiene también disposiciones relativas a la tramitación del hábeas data cuando se trate del ejercicio del derecho de rectificación o de acciones contra medios de comunicación social, que obviamente han quedado derogadas por la ulterior reforma constitucional que excluye a tales supuestos de la protección de dicha garantía.

Quizás el punto más cuestionable de la Ley N° 26301, al margen se los vacíos producto de su carácter coyuntural y transitorio, está referido al tema de las vías previas. El art. 5°, inc. a) dispone que, además de las reglas y excepciones que rigen el agotamiento de las vías previas en el amparo (Ley N° 23506, arts. 27° y 28°) para el ejercicio del hábeas data en los casos de solicitud de información pública o de oposición al suministro de información por servicios informáticos (incisos 5 y 6 del art. 2° de la Constitución) el afectado debe previamente haber formulado un requerimiento, por conducto notarial, con una antelación no menor de quince días calendario.

Considero conceptualmente inapropiada esta equiparación del requerimiento notarial previo a la figura de la vía previa y su agotamiento, coincidiendo en este punto con las objeciones que también plantean Abad Yupanqui¹⁰ y Borea Odría¹¹. Si bien el requerimiento antelado por conducto notarial tiene por finalidad dar la oportunidad al presunto agresor de corregir su conducta, evitándose así el recurso ulterior al hábeas data, ello dista mucho de asemejarse a la noción de vía previa en el amparo, que supone la existencia de un típico procedimiento regla-

10 *Ob. cit.*; pág. 12.

11 *Cf.* BOREA ODRÍA, ALBERTO: “Evolución de las Garantías Constitucionales”; Grijley (Lima, 1996); págs. 481 a 484.

do, normalmente ante autoridad administrativa, lo que explica la exigencia de su agotamiento previo y también que se contemplen taxativamente excepciones a dicha regla.

4.2. *La jurisprudencia*

Hasta la fecha la utilización concreta del proceso de hábeas data viene siendo más bien escasa, situación que -por lo demás- encuentra diversas explicaciones. De un lado, está el hecho que esta acción de garantía protege específicamente sólo a dos derechos constitucionales, vinculados al acceso a información pública y al impedimento de suministro de informaciones o datos sensibles por parte de servicios informáticos. De otro lado, la relativa novedad de ambos derechos, y del propio instituto del hábeas data, determinan su insuficiente conocimiento y restringido uso práctico.

Cabe señalar que el primer caso de hábeas data fue promovido por el abogado Vladimir Paz de la Barra, contra los periodistas Nicolás Lúcar y Roxana Cueva, alegando la defensa de sus derechos al honor y reputación y el de rectificación. Sostenía el letrado que el informe periodístico difundido en un programa televisivo, el 30 de enero de 1994, lo vinculaba erróneamente como asesor del responsable de un conocido caso de estafa financiera en agravio de miles de ahorristas, así como de una operación fraudulenta de adquisición de bonos, dañando su prestigio profesional y personal. En la demanda se solicitaba la rectificación del medio informativo, el inicio de acción penal contra los emplazados y el pago de una reparación, así como que éstos se abstengan de futuras informaciones vinculándolo a dicho caso o al patrocinio jurídico del estafador.

Un aspecto peculiar de este primer caso de hábeas data fue que la acción se interpuso ante un juez penal (como corresponde en materia de hábeas corpus) no obstante que los derechos afectados venían siendo protegidos, hasta antes de la Carta del 93, a través del amparo, que se ventila ante el juez civil. Fue por ello que el fallo del cuadragésimo sexto juzgado penal de Lima (de fecha 7-2-94) declaró inadmisibile la acción, dado que -pese a no existir ley reglamentaria- el proceso de hábeas corpus no era equiparable por estar dedicado específicamente a la tutela de la libertad individual y derechos conexos, por lo que la vía penal, deliberadamente escogida por el actor, no resultaba aplicable al hábeas data ni compatible con el debido proceso.

A su turno, el fallo de segunda instancia (del 28-2-94) confirmó por mayoría la sentencia apelada, agregando como elemento desestimatorio el que el demandante no haya intentado previamente la rectificación de manera directa ante los emplazados. El voto de minoría sostuvo que, si bien no existía norma legal que determinara al juez natural competente, resultaba preferible encargar la tramitación y resolución del caso al juez penal que ya conocía del proceso, opinando por la revocación y modificación del fallo en ese sentido.

Finalmente la Corte Suprema, en fallo del 28-3-94, consideró que ante la falta de norma procesal específica aplicable al hábeas data, debía recurrirse supletoriamente a la legislación de hábeas corpus y amparo, siendo aplicable al caso el procedimiento de amparo, por no tratarse

de derechos vinculados a la libertad individual. En consecuencia, declaró nula la sentencia de segunda instancia e insubsistente la apelada, ordenando que la causa se remita al juez civil de primera instancia para su tramitación desde el inicio.¹²

Para entonces, al parecer el accionante ya no tuvo interés o necesidad de proseguir con el proceso, quedando éste en dicha situación. Poco después la referida Ley N° 26301 vino a intentar corregir este tipo de incertidumbre procedimental, siguiendo los principales criterios expresados en la resolución de la Corte Suprema.

Un caso muy importante fue el promovido por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental contra el Ministerio de Energía y Minas, ante la negativa de éste a entregarle información sobre la cancha de relaves de la empresa minera aurífera Retama (MARSA). La recurrente, una asociación civil sin fines de lucro dedicada a la defensa y promoción del medio ambiente, alegaba tener conocimiento de un grave caso de daño ambiental causado por la empresa, que ocasionó contaminación de aguas y destrucción de bosques y cultivos, por lo que solicitaba la información del expediente técnico de otorgamiento de la concesión minera y de la autorización de la referida cancha de relaves.

La Fiscal Suprema en lo Contencioso-Administrativo dictaminó por la declaración de NO HABER NULIDAD del fallo de segunda instancia que, revocando la sentencia apelada y reformándola, declaró fundada la acción de hábeas data interpuesta. A su turno, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, mediante fallo del 19-6-96, compartió similar criterio y declaró fundada la demanda. Expresó la Sala que la accionante estaba ejerciendo el derecho de acceso a información pública que le confería el inciso 5 del art. 2° de la Constitución, estando incluso legitimada por el Código del Medio Ambiente para obtener información sobre actividades que puedan afectar la salud de las personas, la conservación del medio ambiente o la integridad de los recursos naturales. En consecuencia, ordenó que el Ministerio demandado proporcione la información solicitada por la entidad accionante.¹³

Otro caso importante, invocando el mismo inciso 5 del art. 2° de la Constitución, fue el hábeas data interpuesto por la Asociación Civil "Labor", de Ilo, contra el Director General de Minería, solicitando se le proporcionen los estudios de impacto ambiental presentados por la empresa minera Southern Perú Cooper Corporation para la instalación de una planta de ácido sulfúrico en la fundición de cobre que tiene en Ilo, así como de la resolución que aprueba la instalación de depósitos de dicho ácido en el casco urbano del referido puerto.

La Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Lima declaró "funda-

¹² Los diferentes fallos citados, correspondientes al caso, están publicados en "AUTOS & VISTOS: Comentarios jurisprudenciales"; Colegio de Abogados de Lima y Gaceta Jurídica; enero de 1996; págs. 41 a 53.

¹³ Ver Exp. N° 1658-95, publicado en "El Peruano", "Jurisprudencia"; miércoles 4 de setiembre de 1996; pág. 2297.

da” esta acción, revocando el fallo apelado que había dispuesto, más bien, la “improcedencia”, ordenando al Ministerio la entrega de la información solicitada por la emplazada. El punto de mayor interés de este fallo, radica en que la Corte reitera que es a ésta a quien compete determinar si la información requerida se encuentra en alguna de las causales de exclusión establecidas por la Constitución o la ley. En tal sentido, sostiene que “...en todo caso, no corresponde ni a la Procuraduría Pública mencionada, ni a la Dirección General de Minería, calificar la solicitud de información requerida por la emplazante, como atentatoria de la seguridad o reserva de la empresa privada, sin que semejante calificación tenga el fundamento legal requerido, tanto más cuanto que, conforme a lo previsto por el artículo décimo primero del decreto legislativo N° 603, Código del Medio Ambiente, los estudios de impacto ambiental se encuentran a disposición del público en general”.¹⁴

El hecho que no se disponga de casos promovidos en relación a informaciones contenidas en banco de datos o servicios informáticos, producto de su aún incipiente desarrollo o difusión entre nosotros, no permite prever los criterios de interpretación que haya asumido, o pueda asumir, la judicatura en esta materia.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Al margen de lo novedoso que ha resultado la incorporación constitucional del hábeas data, considero que su existencia como garantía o proceso constitucional carece de suficiente justificación, pues no pasa de ser una suerte de “amparo especializado” para la defensa de ciertos derechos.

No resulta casual que en países como Brasil, Colombia o Argentina, el ejercicio del hábeas data se remita al procedimiento del amparo (o su equivalente nacional) y que en el Perú la incipiente legislación de la materia no ofrezca ninguna peculiaridad sustancial que amerite la existencia de un proceso constitucional autónomo o diferente del amparo. Ello nos convence de la conveniencia de efectuar la supresión del hábeas data del elenco de las garantías constitucionales.

Muy distinto es el caso si es que tendemos a entender la institución del hábeas data no como una garantía sino -más bien- como la denominación particular de un derecho específico, o de un conjunto de éstos, vinculados ya sea a la autodeterminación informativa (art. 2°, inc. 6°) o al acceso a información de entidades públicas (art. 2°, inc. 5°). Por ello encontramos muy positiva la presencia en el texto de la Carta de 1993 de dichos derechos.

Lo cuestionable es que, en el caso del inciso 6°, se haya regulado con inexcusable insu-

¹⁴ Ver Exp. N° 263-96, publicado en el Diario Oficial “El Peruano”, del sábado 28 de diciembre de 1996; pág. 2698; repetida el domingo 29-12-96, págs. 2748-2749.

ficiencia los alcances de dicho derecho y, consiguientemente, las posibilidades claras de utilización del hábeas data para lograr conocer, actualizar o rectificar datos almacenados en servicios informáticos, así como para suprimir del registro datos personales sensibles. Es de esperar que la ley o la jurisprudencia puedan suplir esta deficiencia y así asegurar el respeto al contenido esencial de este derecho y la eficacia del hábeas data.

También fue justificadamente cuestionada la extensión del hábeas data a la protección de los derechos al honor y buena reputación, intimidad personal y familiar, imagen y voz propias, y de rectificación en los medios de comunicación (inciso 7 del art. 2° de la Carta, pues desnaturalizaba seriamente este proceso. Es muy positivo que este error se haya corregido y superado, para lo cual fue necesario realizar una reforma del texto constitucional, excluyendo a dichos derechos de la tutela del hábeas data y devolviéndolos a la protección del amparo.

Habrà que esperar también que una futura ley orgánica integral de desarrollo y regulación de las garantías constitucionales, brinde un completo y adecuado tratamiento al hábeas data, superando así los vacíos y limitaciones de la norma transitoria actualmente vigente. En todo caso, resulta muy poco consistente que al establecerse el requerimiento previo, por conducto notarial, como condición de procedencia para el ulterior ejercicio del hábeas data, se haya pretendido equiparar este paso con la existencia de una “vía previa” y la exigencia de su agotamiento, que rige en materia de amparo.

Sólo resta aguardar que la utilización del hábeas data se incremente cada día y, lo más importante, que la jurisprudencia vaya plasmando criterios que garanticen su eficacia y completen los alcances de los derechos constitucionales involucrados. Ello será fundamental, y decisivo, para el futuro de este proceso constitucional, pues no debe olvidarse que su ejercicio supone -en no pocos casos- intentar afianzar la transparencia en la gestión e información de instituciones públicas, cuyo accionar ha gustado de privilegiar el secreto y la exclusión de acceso informativo al ciudadano. Asimismo, porque estarán también de por medio frecuentes casos de enfrentamiento con poderosos intereses políticos y económicos, tanto de entidades gubernamentales como de grupos privados.

EFECTO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA FORMULACIÓN DEL PRESUPUESTO NACIONAL

Gonzalo Elizondo Breedy^(*)
Fernando Ferraro Castro^(**)

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas a los cuales la doctrina de los derechos humanos ha profesado mayor preocupación, con menores logros concretos, es el de los derechos económicos, sociales y culturales.

Acaso por una triste consecuencia del período de la “guerra fría”, estos derechos quedaron formalmente separados de los de naturaleza civil y política, mediante el surgimiento de dos pactos distintos en el marco del sistema universal, hoy la teoría de la integralidad de los derechos humanos ha dejado atrás toda visión dualista de los dos órdenes. Se sostiene el necesario monismo en el que deben estudiarse y aplicarse todos los derechos, inclusive los de naturaleza económica, social y cultural. Esto significa que ningún derecho debería interpretarse en forma aislada, sino más bien en el contexto de todo el orden normativo, y con base en una visión sistemática.

Ciertamente, se había insistido en otro tipo de interpretación dualista, al indicar una diferencia en la forma de tutelar esos derechos, que en el caso de los civiles y políticos consistiría primordialmente en un *deber de abstención* por parte del Estado, mientras que en los económicos, sociales y culturales representaría un *deber de acción* (acción programática), lo cual, sin embargo, es tan sólo parcialmente cierto. Muchos de los derechos sociales, económicos y culturales pueden también protegerse mediante la abstención de ciertos actos por parte del Estado (por ejemplo, mediante el respeto a la cultura de los pueblos indígenas). Al mismo tiempo, hay derechos complejos como el de la educación y los derechos relacionados con el trabajo, que exhiben una doble naturaleza, pues se protegen mediante una combinación entre la acción y la abstención por parte del Estado.

^(*) Director del Área de Instituciones Públicas del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
^(**) Asesor legislativo (Asamblea Legislativa de Costa Rica).

Lo que sí es cierto, es que el problema de la exigibilidad de los derechos conlleva algunas dificultades específicas en el caso de los tres tipos a que nos hemos referido, pues estos pueden agregar una dimensión programática a cargo del Estado, y ello implica en muchos casos la necesidad de llevar a cabo mediciones. Un aspecto que se comprende fácilmente en el caso de la economía y las acciones destinadas a medir su crecimiento, lo cual se considera un fenómeno propio de nuestro siglo.¹

Esta, por cierto, no es la primera vez que el derecho se enfrenta con este problema. Por citar tan sólo unos pocos ejemplos, podemos mencionar la norma civil que establece la presunción de la vida desde 300 días antes del nacimiento de la persona, o la norma que establece la prohibición al aborto por haber transcurrido más de un determinado tiempo. Otros casos, serían el de las normas que agravan los delitos dependiendo de factores objetivos que tienen que ver con el valor económico de los bienes, o el de las normas que fijan el valor de un impuesto.

La acción de medir lo que antes se dejaba en el terreno subjetivo tiene, no obstante, que superar dos dificultades. La primera de ellas es la formulación de indicadores comúnmente aceptados que representen el status deseable, capaz de permitir afirmar que un bien jurídico determinado está siendo adecuadamente protegido. La segunda, es que una vez adoptada una medida, los actores se ven supervisados en el ejercicio del poder, debiéndose, por ello, superar su resistencia.

A lo anterior, se suma el hecho de que los indicadores seleccionados con el fin de evaluar derechos sociales, económicos y culturales deberán corresponder a una cierta noción del desarrollo, y esto plantea una diversidad de opiniones. La evolución en el estudio de este fenómeno, por ejemplo, tiene como uno de sus patrones el hecho de que conforme avanza, son cada vez más los instrumentos y los conceptos que son revisados, tanto en función de la manera cómo se les comprende, como en función de su posible contribución al progreso de una sociedad. Nos referimos a la evolución que se ha dado en el pensamiento político y económico, que ha provocado la superación de teorías y estructuras basadas exclusivamente en el problema del crecimiento económico, cuyo éxito se mide de acuerdo con los aumentos en el producto interno bruto (PIB) y en el ingreso per cápita, y la formulación de otras basadas en el reconocimiento de que el desarrollo es un fenómeno sumamente complejo que incluye pero va más allá del problema de cómo hacer crecer la economía.

A partir de la década pasada, el Banco Mundial ha venido publicando una serie anual de documentos denominada "*Informe sobre Desarrollo Mundial*", donde se incluían, además del incremento del PIB y del ingreso per cápita, otras variables como la expectativa de vida. El concepto ha ido evolucionando, y para 1990 se publica el primer informe elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).² A partir de entonces, comienza a abrirse

1 Ver Hobsbawn, E. *Historia del siglo XX*, Crítica Grijalbo Mondadori. Barcelona. 1995. p. 114.

2 Ver PNUD. DESARROLLO HUMANO, INFORME 1990. Tercer Mundo Editores, S.A. Bogotá, Colombia. 1990.

espacio un nuevo concepto, denominado “*Desarrollo Humano*”. En este, se pretenden reunir la producción y la distribución de bienes y servicios junto con la ampliación y el aprovechamiento de la capacidad humana. Se incluye desde la satisfacción de las necesidades básicas, hasta el grado de participación en el proceso de desarrollo. Consecuentemente, se analizan todas las cuestiones sociales, desde el crecimiento económico hasta los valores culturales, pasando por el comercio, el empleo, y la libertad política. Este género, en un grado importante, comprende los demás enfoques, pero va más allá. Aspira a integrar en la concepción de las políticas de desarrollo, las diferencias históricas, culturales, sociales, económicas y políticas que condicionan a los individuos y a las sociedades. Esta nueva comprensión del tema ha sido aceptada progresivamente por distintos Estados y organismos internacionales, incluso de naturaleza financiera como el Banco Interamericano de Desarrollo o como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, conocido como el Banco Mundial.

Pues bien, mientras el concepto de desarrollo se tomara como un sinónimo o un derivado del crecimiento económico, y mientras se partiera de que para lograr este último bastaba con liberar el mercado de controles e intervenciones estatales, el conjunto de instrumentos objeto de estudio era, en algún sentido, reducido y bien definido, y radicaba en buena medida en el ámbito de la macroeconomía. Sin embargo, al evolucionar el estudio del desarrollo, y abarcar otros campos distintos a la economía, los elementos de análisis y los instrumentos de medición se multiplican, y como recién se mencionaba muchos temas que antes no tenían mayor relevancia, la adquieren y se transforman en objetos de estudio con el fin de contestar a una pregunta esencial: ¿cuál podría ser su papel en relación con el desarrollo de una sociedad, si es que cumplen papel alguno? Este es el caso de las políticas en educación o salud, del tratamiento correctivo de la pobreza, del fomento de la participación de la mujer en la toma de decisiones que afectan nuestra sociedad, de la protección a la niñez, de la libertad política en que se desenvuelve nuestra acción, de la protección al ambiente, etc., etc. Hoy día, a cada uno de estos temas se reconoce un efecto determinante en el progreso colectivo de la sociedad, y a cada uno debiera corresponder un índice que nos sirva para medir su avance, y un compendio de instrumentos destinados a cumplir con sus fines específicos.

Si relacionamos ahora la dimensión programática de los derechos sociales, económicos y culturales, con el concepto de desarrollo arriba indicado, caeremos en la cuenta de que las políticas capaces de determinar la inversión social del Estado pasan a ser un tema relevante en la discusión presupuestaria. Sin embargo, estas políticas y el efecto de las decisiones que implican no son fáciles de medir. Por ello es necesario que la doctrina vaya ofreciendo algunas pistas capaces, en determinado momento, de producir nuevas y creativas instancias de aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Para que el Estado garantice esos derechos en el marco de un concepto de desarrollo centrado en la promoción y protección de la persona humana, deberá incluirlos estructuralmente en los planes y proyectos nacionales, para que en la ejecución de estos últimos se garantice la eficacia de los derechos a que nos referimos, de modo que el “plan de gobierno” no vaya en contra ni deteriore la vigencia y eficacia de los mismos.

Ahora bien, como dicho plan, por su naturaleza, conlleva un carácter general, abstracto, la medición del efecto que tengan las políticas destinadas a garantizar esos derechos, es algo difícil. No obstante, consideramos que existe una posibilidad interesante si partimos de que todo plan necesita un respaldo económico, y que en el gobierno, ese respaldo se expresa en el presupuesto nacional, que -por su propia naturaleza- permite formular indicadores más objetivos (de carácter cuantitativo) y normas de buena técnica administrativa, como medio para proteger la inversión social.

Este trabajo pretende hacer, entonces, una pequeña contribución a este debate, proponiendo algunas nociones preliminares sobre el estudio del presupuesto como uno de esos posibles instrumentos que, dada la evolución en el concepto de desarrollo, deberíamos revisar con el fin de comprender cómo refleja esta problemática, y cuáles principios aplicables podrían dar vigencia a los derechos económicos, sociales y culturales.

II. EL PRESUPUESTO DURANTE LA TRANSICIÓN DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En general puede afirmarse que las principales teorías sobre la naturaleza del presupuesto se dan durante el siglo XIX, destacándose entre éstas la teoría clásica producto del pensamiento liberal. Debemos recordar que la aceptación de la figura en estudio se da al mismo tiempo y en estrecha relación con los procesos de consolidación del sistema democrático y centralización del poder político, junto con la promoción de una mayor racionalidad en el ejercicio del poder. Dicho de otra forma, la misma institución presupuestaria es producto de las ideas políticas que dieron origen al Estado liberal de derecho.³ En este sentido, algunos autores señalan que de la influencia del concepto de representación popular como depositaria de la soberanía, se derivan principios como el de la anualidad del presupuesto o como el de la especialidad.⁴ Igualmente, señalan que de la desconfianza ante el Poder Ejecutivo, nacen otros principios como el de equilibrio, el de unidad, el de universalidad y el control riguroso de la aplicación de las disposiciones contenidas en el presupuesto, lo que impulsa el nacimiento de los tribunales de cuentas, así como la necesidad de aprobación por el congreso de lo que llamaban cuenta general del Estado.⁵ Tales principios sirven de fundamento a los instrumentos necesarios para lle-

3 Ver Castillo Viquez, Fernando. LA LEY DE PRESUPUESTO. 1a. ed. IIDH-CAPEL. San José, Costa Rica. 1997. p. 23.

4 Martínez Lago, Miguel Ángel, citado por Fernando Castillo Viquez. *op. cit.* p. 23.

5 El principio de anualidad consiste en que la vigencia del presupuesto está sometida a un específico y determinado período. El de la especialidad consiste en que la autorización legislativa de los egresos debe hacerse en forma detallada, o sea una para cada crédito. Por el principio de equilibrio entendemos la necesidad de que el Estado no gaste, en un período determinado, más de los ingresos recibidos en el mismo lapso. La universalidad se refiere al criterio de que no deberían realizarse compensaciones entre ingresos y gastos, el presupuesto debe concebirse en bruto y no de forma neta. El principio de unidad consiste en que absolutamente todos los gastos probables y todos los ingresos previsibles deben presentarse en un único documento. Ver *op. cit.* pp. 45-60.

var a cabo una adecuada fiscalización de la actividad estatal. La acción del Ejecutivo está sometida a la ley, eliminándosele la posibilidad de redestinar los recursos económicos a cumplir con fines distintos de los aprobados por la autoridad legislativa.

La mencionada teoría clásica del presupuesto respondía a una particular concepción del Estado, a aquella predominante durante el auge liberal. Como es bien sabido, para quienes sostenían este pensamiento las funciones del Estado se reducirían al ejercicio de las relaciones exteriores del país, y a garantizar la seguridad interna, la defensa y la justicia. El desarrollo de las actividades económicas, se consideraba responsabilidad exclusiva del sector privado. La economía, según esta doctrina, funcionaba de acuerdo con un orden regido por principios inalterables, que permitían el equilibrio automático entre la oferta y la demanda, proveyendo las condiciones idóneas para el crecimiento económico. Este, como se mencionaba en la introducción, fue durante mucho tiempo considerado sinónimo u origen exclusivo del fenómeno del desarrollo.

La influencia del pensamiento liberal se reflejó claramente en la manera de concebir la institución presupuestaria. Una consecuencia de esto, es que la doctrina predominante en la materia que nos ocupa, surgió y se abrió paso fundamentándose en que la acción del Estado en el campo económico y en cualquier otro que lo afectara debía ser neutra, y debía por lo tanto quedar limitada por una serie de principios, cuya esencia consistiría en evitar la alteración del “orden natural de las cosas”, en todo aquello que no formara parte de las cuatro funciones reconocidas al Estado, mencionadas en el párrafo anterior. Así como en el ámbito político surgieron técnicas para limitar los excesos del poder estatal, impidiendo de esta forma la violación de las libertades individuales, en el ámbito económico se concibieron instituciones destinadas a mantener la actividad del Estado bajo control, evitando la vulneración de un orden económico que se consideraba inmejorable y, por lo tanto, idóneo para permitir la realización del individuo.⁶ Consecuentemente, el presupuesto se concebía como un instrumento contable, destinado a ordenar ingresos y gastos, neutral frente a la economía, y que debía confeccionarse sin tomar en cuenta los problemas coyunturales de expansión o recesión económica. La figura en cuestión debía ser, además, anual y rígida.⁷

La solidez de la concepción presupuestaria recién expuesta, se vio sacudida por las mismas causas que provocaron el paso del Estado liberal al Estado social de derecho. Al mismo tiempo, el surgimiento del “Estado de Bienestar” en los países occidentales trae como consecuencia un cambio de enfoque en la manera de concebir la figura del presupuesto. Este “*deja de ser un instrumento neutro y se convierte en una de las principales herramientas del Estado en la tarea de crear las condiciones idóneas para el desarrollo económico y para lograr una distribución más justa de la renta nacional*”.⁸ A partir de este momento, se concibe el presupuesto como la institución sobre la que se basa la actividad financiera del Estado. Pasa a ser considerado como un factor dinámico, un instrumento por medio del cual, el Estado influye en

6 Ver *op.cit.* pp. 23-25.

7 Ver Valenzuela Artal, José. *POLÍTICA ECONÓMICO SOCIAL*. 1a. ed. Ediciones De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1989. pp. 5 y 6.

8 González García, Eusebio, citado por Castillo Viquez, Fernando. *op. cit.* p. 25.

el ritmo y en la orientación de la economía. De esta forma, podemos afirmar que el presupuesto se convierte en un importante instrumento de la política económica.

Dentro de la misma tendencia, la noción de presupuesto se va acercando cada vez más a la de “plan”, lo cual implica que como todo plan es producto de la necesidad de organizar recursos con el fin de lograr un propósito, conlleva indiscutiblemente la intención de actuar modificando una realidad específica, o sea no es más un instrumento pasivo y neutro. Y esto es así, independientemente del enfoque con que se estudie la figura, sea económico, político o jurídico. A esta idea de plan responden, ciertamente, la mayoría de las definiciones de presupuesto encontradas en la doctrina. Algunos lo definen como la expresión contable del plan económico de la Hacienda para un período de tiempo determinado, el cual generalmente es de un año. Otros, como el resumen sistemático, confeccionado para períodos regulares, de las previsiones, en principio obligatorias, de los gastos proyectados y de los ingresos estimados. También se ha dicho que es el programa en el que se traza la actuación gubernamental para un año.⁹ En todo caso, no obstante las diferentes maneras de concebir el presupuesto, este es por lo menos un plan que organiza y sirve de cauce a la gigantesca actividad estatal, y además sirve como base para ejercer sobre esta un control público.

En sí mismo, el “plan” que sirve de base al presupuesto nos introduce en la discusión axiológica, no sólo desde la perspectiva de la revisión de sus objetivos en el marco de su concepción general, sino también en función del análisis comparativo entre esos valores y los propuestos desde los derechos humanos.

La evolución en la manera de entender los fines que debe cumplir el Estado hizo, además, que al presupuesto se le reconociera una función complementaria en relación con el conjunto de políticas destinadas a influir sobre las condiciones de una sociedad específica. De tal forma, que pasa a cumplir el papel de organizador financiero de los planes nacionales de desarrollo, ya que por su medio se asignan los recursos destinados a dar contenido a las diferentes políticas y fases previstas en dichos instrumentos.

La evolución histórica descrita, nos hace percibir al menos dos dimensiones del presupuesto. La primera de ellas, partiendo de que ya no lo entendemos como una simple cuenta de gastos e ingresos confeccionada para un Estado cuya acción debe abstenerse de influir sobre la economía del país, o sobre las condiciones que la afectan, o sea para un Estado que debe velar por que no se altere el “orden natural de las cosas”. Por el contrario, ahora estamos hablando de un instrumento financiero destinado a generar transformaciones en las condiciones predominantes en una sociedad. Un instrumento que, además, es confeccionado para un Estado que tiene entre sus responsabilidades la de fomentar el desarrollo, y que para esto buscará activamente influir sobre las condiciones económicas y sobre aquellas otras que la afecten. Esta dimensión se refiere al diseño del plan nacional de desarrollo y a la determinación de las inversiones sociales del Estado necesarias para ponerlo en práctica (en algún sentido, el conjunto de bienes y servicios consumidos y ahorrados por el país), así como a la determinación de los ingresos que fi-

9 Ver *op. cit.* pp. 26-29.

nanciarían éstas, y su organización dentro un instrumento de carácter financiero donde, en la práctica, lo que encontramos es una especie de “mapa” de lo que será la acción del Estado en un período específico. Y una segunda dimensión, que consiste en la revisión y aprobación que el parlamento hace de dicho instrumento, lo cual provee además un amplio y complejo recurso con base en el cual realizar un seguimiento de las acciones del Estado. O sea, el presupuesto es a la vez un instrumento esencial del desarrollo nacional, y un medio de control político imprescindible en una democracia.

III. BREVE REFERENCIA A SU NATURALEZA JURÍDICA

Sobre la naturaleza jurídica del presupuesto hay dos doctrinas predominantes: la de la ley formal y la de la ley material. Lo principal, en cualquier caso, estaría en determinar si estamos ante la presencia de normas jurídicas de carácter general o, si por el contrario, se trata únicamente de un acto de autorización dado por el congreso al gobierno. Como se ve, aquí estamos en la segunda dimensión del presupuesto.

La tesis de la “Ley Formal” se expone por primera vez en Alemania a finales del siglo XIX, y más tarde en Francia e Italia.¹⁰ Partiendo de la distinción entre formalidad y materialidad,¹¹ quienes sostienen esta tesis niegan que la ley de presupuesto sea en sentido estricto una ley, es decir, un precepto general, abstracto, obligatorio y permanente. Afirman que la responsabilidad del parlamento, en materia presupuestaria, no obedece al ejercicio de una función propiamente legislativa, sino más bien a una de control. Al mismo tiempo, parten de la diferencia entre lo que es el presupuesto, en sí mismo, y lo que es su ley de aprobación. Dicho de otra forma, el proceso de elaboración del presupuesto se compone de dos actos que consideran de naturaleza diferente, y por lo tanto, el presupuesto no tendría un carácter unitario. Los estudiosos que comparten esta tesis sostienen que la figura en estudio es en realidad un acto administrativo, que no se desvirtúa como tal al deber recibir aprobación parlamentaria.

Esta escuela sostiene, además, otros dos argumentos. El primero es la advertencia de que mediante la ley de presupuesto no se regulan las relaciones entre el Estado y los particulares, sino la relación entre los poderes legislativo y ejecutivo, derivada de la responsabilidad que tiene el primero de ejercer un control político sobre el segundo. El otro argumento es que el contenido de la ley de presupuesto está condicionado por la legislación que rige lo concerniente a ingresos y gastos, la cual el parlamento no puede ignorar o derogar recurriendo a la misma ley de presupuesto.

10 Ver *op.cit.* p. 32.

11 Para Fernando Sainz de Bujanda, el concepto de Ley en sentido material se refiere a un acto jurídico que establece una regla de derecho, entendiendo por tal toda normación jurídica sobre una materia determinada, establecida para el futuro, y con carácter general y permanente. En cambio, en sentido formal sería toda manifestación de la voluntad del Estado emanada del Poder Legislativo, siguiendo el iter establecido constitucionalmente. Según el autor, no importa su contenido, o sea si es la normación general de conductas futuras, o una decisión sobre un caso concreto. Ver *op.cit.* p. 32.

En Francia, se consideró además que el presupuesto es, simplemente, un acto de autorización, dándole cierta supremacía al poder ejecutivo sobre el legislativo.¹² Esto se originaba en el temor a la paralización de la actividad estatal, ante la eventual negación del presupuesto. De acuerdo con esto, el parlamento ejerce una limitada actividad en materia presupuestaria. Primero, al hacerse la diferencia entre el acto administrativo y la ley que lo aprueba, calificándose esto último como un acto de autorización, emitido por el parlamento al ejercer el control político que le compete, se le negaría al Poder Legislativo la facultad de enmienda. Segundo, de la tesis de la legislación condicionada por las normas que rigen la materia de gastos e ingresos, se deriva el hecho de que el parlamento únicamente podría negar los gastos futuros, sin poder afectar los originados en la legislación vigente.

En cuanto a la tesis contraria, basada en que el presupuesto es, a la vez, una ley formal y material, se dice que el acto en cuestión es uno de carácter unitario, indivisible, y emitido por el congreso en el ejercicio de la potestad de legislar. Se dice que tiene la capacidad de modificar situaciones jurídicas preexistentes mediante normas de la misma naturaleza que forman parte de su contenido y que como tales son obligatorias, generales, abstractas y permanentes. A esta posición se le hacen tres críticas principales.

La primera, consiste en que al decir que se trata de una ley igual a cualquiera, capaz de modificar el ordenamiento jurídico vigente, se desnaturaliza su fin, el cual sería hacerse de un medio con base en el cual ejercer un control sobre el Ejecutivo. Segundo, si existe un precepto constitucional que dispone que todos los ingresos y todos los gastos del gobierno deben ser autorizados anualmente mediante la Ley de Presupuesto, su no aprobación significaría, jurídicamente, la imposibilidad de percibir los ingresos estimados y efectuar los gastos previstos, problema al cual esta tesis no ofrece solución. Tercero, al tratarse del ejercicio de la potestad de legislar, el congreso estaría en capacidad de enmendar el presupuesto, lo que significa, entre otras opciones, la posibilidad de suprimir o modificar partidas esenciales para el funcionamiento de la administración pública o indispensables para llevar a cabo proyectos de desarrollo.

De acuerdo con las tesis recién expuestas, debemos concluir que el presupuesto es:

- a) Una ley en sentido formal, en este caso, un acto de autorización;
- b) Un instrumento del control político que corresponde ejercer al congreso, y no un producto de la potestad de legislar propia de éste;
- c) Un medio de control que funciona al hacer público el monto, la organización y el destino de los ingresos del Estado, por medio de la revisión que hace el Poder Legislativo, la cual prepara el posterior estudio de la liquidación del presupuesto por parte del mismo congreso, y permite a los distintos agentes políticos conocer su contenido y manifestarse de acuerdo con sus intereses;

12 La doctrina francesa hacía una distinción entre el “acto regla” y el “acto condición”. El primero se refería al establecimiento de situaciones jurídicas generales e impersonales (una ley, por ejemplo). El segundo, no crea, modifica o extingue situaciones jurídicas generales, pero condiciona su eficacia. Rodríguez Bereijo, citado por Fernando Castillo Víquez. *op.cit.* p. 34.

d) Un acto de autorización, cuyo contenido no debería ser enmendado por el congreso, o sea sus partidas no deberían ser modificadas o suprimidas.

Ahora bien, debemos agregar que aunque adscribimos la tesis del “acto de autorización” rechazamos parte de esta doctrina, en cuanto sostiene que el presupuesto no regula relaciones entre el gobierno y los particulares, pues si bien es cierto esto no tendría sentido en la relación supervisora del Legislativo sobre el Ejecutivo, sí lo tendría en la primera de las dimensiones del presupuesto como instrumento financiero del “plan de desarrollo” que concierne y es de interés directo a los ciudadanos.

En cualquier caso, los puntos recién expuestos, y sobre todo el carácter de “acto de autorización” dado a la fase legislativa del proceso, la cual consideramos debe ser incapaz de modificar el contenido del presupuesto nacional, deben ser analizados a la luz del papel que correspondería a este instrumento dentro del proceso de desarrollo, lo cual se comenta seguidamente. Dicho de otra forma, los puntos recién mencionados deben considerarse dentro de un concepto de presupuesto que rechace su reducción a un simple instrumento contable del Ejecutivo, o sea, partiendo de la crítica a su concepción clásica.

IV. EL PAPEL DEL PRESUPUESTO EN EL DESARROLLO NACIONAL

Tal y como se expuso en la introducción, la comprensión del concepto de desarrollo ha venido evolucionando hasta pasar de una mera versión economicista a una concepción más integral que incluye elementos culturales y sociales, e incluso históricos, que no pueden ser estudiados con base en los criterios convencionales de naturaleza económica o en los índices de crecimiento del PIB o del ingreso per cápita. Esta nueva concepción tiene un efecto relevante en la definición de las responsabilidades del Estado en materia de desarrollo.

Las circunstancias e ideas que provocaron el paso del Estado liberal al Estado social de derecho hicieron que se superaran, entre otras concepciones, aquella de que la economía tiene sus propios principios inmutables que le permiten ofrecer al individuo las condiciones idóneas para su realización, siempre y cuando se le mantenga esencialmente libre de intervenciones estatales. Se reconoció la necesidad de intervención pública para lograr justamente esas condiciones, y ya no en función del individuo como ser absoluto sino de la sociedad. El Estado asumió la responsabilidad de redistribuir la renta nacional mediante políticas que redujeran la diferencia entre los niveles de ingreso más bajos y los más altos. Sin embargo, aún entre aquellos que rechazaron desde el principio o superaron posteriormente las tesis liberales, se mantuvo el predominio de una concepción esencialmente económica del desarrollo.

Con el paso del tiempo, y tras “un segundo aire” recibido por los planteamientos liberales a finales de los setenta, especialmente después de la Crisis de la Deuda Externa, y que predominó durante la década de los ochenta, la noción del desarrollo, como ya se ha dicho, evolucionó hasta superar, ahora sí, su reducción a un problema de crecimiento o de distribución. Es-

ta vez se reconoció la necesidad de inversión y acción estatal para superar situaciones sociales, culturales e internacionales que aún cuando tenían efectos económicos o superficialmente parecían tener ese carácter, se originaban en circunstancias y condiciones de otra naturaleza, a veces incluso de orden histórico.

Como es de esperar, buena parte de la coyuntura que determinó la evolución anterior, es de carácter internacional. Y aquí debemos referirnos al muy discutido fenómeno de la Globalización. Sin embargo, es necesario, primero, hacer dos aclaraciones. Una, es cierto que dicho fenómeno recibe un impulso indiscutible al caer la Cortina de Hierro y al abrirse las economías que antes formaban parte del bloque soviético, pero si lo comprendemos como un proceso de integración, debemos reconocer que ha sido una constante en la historia de la humanidad, o sea, no es necesariamente algo nuevo, sino una etapa más de una tendencia histórica. La segunda tiene que ver con el hecho de que el concepto de Globalización es discutido indistintamente como el fenómeno de integración que realmente es o como ideología. En este último caso, entonces, estaremos generalmente ante la presentación de los temores, deseos y aspiraciones de quienes discuten el tema, como si fueran hechos comprobados por la experiencia. Por tal razón, entre otros, uno de los cuidados que debe tenerse al discutir sobre eso que llamamos Globalización, es el de hacer una clara diferencia entre la realidad y la imagen que proyectan las tendencias y acontecimientos internacionales.

Dicho lo anterior, y de regreso al tema objeto de este artículo, una de las múltiples dimensiones de la Globalización es la jurídica, o dicho de otra forma el avance imparable del derecho internacional. Cada vez son más los tratados, convenios y declaraciones en materia de defensa, narcotráfico, condiciones laborales, protección ambiental, producción, comercio, intercambio cultural, derechos de autor, integración política, salud, educación, protección a la niñez, etc, etc. Además y por lo general, estos instrumentos conllevan la creación de un organismo internacional o se amparan a una entidad de este tipo cuya misión es vigilar el cumplimiento de los acuerdos o servir de foro de discusión a los países comprometidos. Pues bien, uno de esos campos donde la legislación internacional se abre paso de manera segura y constante, es en el de los derechos humanos, y uno de los pretendidos efectos de la materialización de los convenios, tratados o acuerdos respectivos en el ámbito de cada sociedad, es producir un mejoramiento en sus índices de desarrollo. Recordemos que la visión más moderna en este campo determina que la medición de los avances se realice mediante una combinación de índices que incluyen pero no se limitan al crecimiento del PIB o del ingreso per cápita.

Lo que ocurre en el ámbito internacional no queda ahí confinado, sino que ha de producir sus efectos en el ámbito jurídico interno de los distintos países. Esto muchas veces se ha visto tan sólo como un enunciado teórico, pero lo cierto es que se basa en un principio positivo muy difundido y, en nuestro caso particular, contenido en el artículo 2, párrafo 1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que a la letra dice:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, es-

pecialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos...

De lo anterior, resulta que la adopción de compromisos internacionales, sobre todo de aquellos que por su naturaleza nutren los derechos sociales, económicos y culturales, deberían tener un efecto en el presupuesto de cada uno de los estados firmantes de los distintos convenios y tratados. ¿Por qué razón? porque de cada compromiso se derivará la necesidad de poner en práctica medidas específicas destinadas a cumplir con las obligaciones respectivas, y como ya vimos el presupuesto cumple, entre otras funciones, la de ser el instrumento financiero con base en el cual se asignan y administran los recursos necesarios para alimentar la actividad estatal.

No se trata, nada más, de reconocer derechos que se aceptan como propios del ser humano, sino de crear, de producir, las condiciones necesarias para que esos derechos se materialicen en el diario vivir de cada persona. En muchos casos esto implica inducir un proceso, al menos en el sentido de que será necesario, por ejemplo, enfrentar el carácter pasivo que impide a una comunidad generar las innovaciones necesarias para progresar, o contrarrestar la resistencia de sectores sociales que no entienden o simplemente rechazan las condiciones requeridas para cumplir con los compromisos internacionales, sobre todo en campos tan esenciales y delicados como es, justamente, el de los derechos humanos.

Cuando nos encontramos ante situaciones como las recién comentadas, o sea la generación de las transformaciones requeridas, nos enfrentaremos a la realidad de que éstas difícilmente pueden ser llevadas a cabo por otra entidad que no sea el Estado. Esto significa, por supuesto, la inversión de recursos públicos, pero además todo un sistema para identificar las necesidades, cuantificarlas, solicitar los recursos suficientes, asignarlos tomando en cuenta toda una serie de necesidades distintas que deben ser financiadas también, disponiendo quiénes administrarán los recursos y cómo y cuándo los invertirán, y esto no es otra cosa que el proceso de elaboración del presupuesto que desemboca en la producción de un instrumento de una complejidad enorme sin el cual el Estado no puede actuar.

En relación con lo dicho hasta ahora, debemos tener claro que la adopción de compromisos internacionales tiene jurídicamente un efecto condicionante sobre el contenido del presupuesto nacional. La Constitución reconoce a los tratados y convenios internacionales una mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional que la otorgada a la Ley, por esta razón es de esperar que conforme las nuevas teorías del desarrollo se vayan abriendo paso, en la práctica el presupuesto siempre estará ligado de manera esencial a la política nacional de desarrollo, de la cual es una parte indispensable la política económica.

¿Si el presupuesto es uno de los instrumentos imprescindibles en el esfuerzo de desarrollo impulsado por el Estado, al punto de que se ve indirectamente condicionado por el derecho internacional, no debería responder, además, explícitamente a ciertos principios internos direc-

tamente relacionados con las metas de desarrollo escogidas por la sociedad? A lo cual debemos responder afirmativamente. Sin embargo, esta respuesta nos lleva a otra pregunta: ¿quién, en la sociedad, escoge esas metas?

Desde cierto punto de vista, podríamos contestar que es el Estado, lo cual no sería incorrecto, al menos no del todo. Sin embargo, los criterios y aspiraciones con base en los cuales el Estado, o mejor dicho sus autoridades, seleccionan metas y escogen las medidas que les parecen más adecuadas para alcanzarlas, no están dados sólo por las necesidades y presiones con las que deben lidiar en el cumplimiento de sus responsabilidades. No, también influye en esto, y de manera determinante, una cierta manera de comprender lo que llamaríamos la “situación nacional” y la “situación del país en el mundo”. Y esto es un pensamiento, un conjunto de ideas, cuya formación y difusión se da en diferentes ambientes, distintos al estatal, el cual se asemeja más a un campo de batalla al que se llega con las estrategias listas y con el fin de actuar. Uno de dichos ambientes, tal vez el principal, es el que ofrecen los partidos políticos, tanto en su dimensión política ideológica como en la dimensión política electoral. Sin profundizar en el tema, partimos aquí de que el principal objetivo de un partido político es el de gobernar, ya que se trata de un intento organizado de alcanzar el poder. Por esta razón, el partido no se ocupa de temas específicos o especializados, sino de intereses, preocupaciones y aspiraciones de un carácter más o menos general que permite ofrecer espacio a una gran variedad de individuos y sectores.¹³

De acuerdo con lo anterior, podríamos afirmar entonces que además de los tratados y convenios que nutren el derecho internacional, otro factor que influye sobre el proceso de elaboración del presupuesto y su resultado, al menos de manera indirecta, es el partido político que sustenta a las autoridades de gobierno. O, más específicamente, el “programa de gobierno” que constituyó la razón de ser, el impulso que llevó a determinada organización a disputar la dirección del Estado.¹⁴ En este sentido hay quienes definen al instrumento financiero en estudio como “un plan de gobierno que constituye un programa político elevado a la categoría de Ley”, y profundizan diciendo que “tanto los gastos como los recursos conforman este plan que implica un criterio de selección y prioridades que tienen lugar respecto de las erogaciones como de los ingresos tributarios y extra tributarios, a los cuales se ha de recurrir para financiar aquellos y que resumen en consecuencia, el pensamiento político, económico y social del partido gobernante”.¹⁵ Por supuesto, que la única posibilidad de que esto sea así depende de que concibamos al presupuesto como un instrumento indispensable del plan nacional de desarrollo, y sobre esa base es que nos planteamos la presente cuestión.

13 Ver Arias, Oscar. GRUPOS DE PRESIÓN EN COSTA RICA. 6a. edición. Editorial Costa Rica. San José, Costa Rica. 1987. pp. 42-45.

14 En este sentido, no deja de ser interesante el expediente número 12338 de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, en el que consta un proyecto de ley cuyo fin es hacer obligatorias las promesas de una campaña electoral. La iniciativa se presentó con el llamativo título de V.E.R.D.A.D. que quiere decir Votar Esperando Respuesta De Acuerdo al Discurso. Recordemos que buena parte de las promesas electorales se derivan del programa de gobierno.

15 Ver Valenzuela Artal, José. *op. cit.* p. 5.

Los programas de gobierno cumplen varias funciones, entre las cuales está la de servir como “partitura” a la hora de ejecutar un proyecto de desarrollo cuando se alcanza la dirección del Estado. Sin embargo, esta es sólo una de las funciones, que además se ve condicionada por las otras, las cuales se manifiestan en dos momentos diferentes. Uno se da antes de la campaña electoral o en su fase preliminar, y consiste en servir como un mecanismo de atracción para grupos formados alrededor de intereses profesionales, laborales o empresariales bien definidos, alrededor de preocupaciones sociales, culturales o ambientales, no necesariamente menos definidas aunque podrían incluir reflexiones y aspiraciones de un carácter más general, o alrededor de planteamientos intelectuales que sirven para marcar la orientación de todo el conjunto o para enlazar o relacionar las diferentes opciones que se ofrecen durante el proceso de formación del programa de gobierno. La otra función se da en una etapa más avanzada de la campaña, en la que pasa a formar parte del arsenal propagandístico del partido en plena acción electoral. En este caso, sirve como una prueba de la seriedad de la “oferta política” que representa la organización respectiva, y sirve como base para una serie de discusiones cuya importancia se da tanto ante el electorado en general, como ante los grupos empresariales, profesionales, sindicales, culturales, intelectuales o políticos no partidarios que reclaman cierta profundidad y detalle en la propuesta, a fin de garantizar un nivel de participación social que otorgue mayor legitimidad al plan de trabajo.

En este sentido, podemos afirmar que el presupuesto es un instrumento financiero, esencial dentro de la política económica nacional, con el cual se organiza la administración e inversión de los recursos necesarios para mantener la actividad estatal y ejecutar los proyectos de desarrollo del país, y se prevé el financiamiento de ambas actividades, todo lo cual debe recibir aprobación parlamentaria, pues además cumple la función de medio con base en el cual controlar públicamente la acción del Estado.

V. CONCLUSIONES

Con este acuerdo podemos establecer algunos criterios útiles para la perspectiva de la realización de los derechos sociales, económicos y culturales:

1. Que el presupuesto nacional, en tanto expresión de plan nacional de desarrollo es un instrumento concreto de realización programática de los derechos económicos, sociales, y culturales.
2. Que dicho plan por las razones supra indicadas, es ámbito lógico de aplicación de la obligaciones que el Estado ha contraído a nivel internacional.
3. De igual modo y como expresión de aspiraciones sociales que las autoridades en el Poder deben preparar este elevado proceso político-administrativo con apego al bien común y procurando la participación del mayor número de entidades.

4. Se puede ensayar también el fijar una serie de criterios básicos que permitan la supervisión y la evaluación del proceso mismo de elaboración del presupuesto con el objeto de proteger los derechos económicos, sociales y culturales. Así por ejemplo:

- 4.1 Debe prohibirse la subejecución vía presupuesto de leyes materiales (generales) que establezcan garantías económicas y sociales, como sería el caso de una ley que disponga la inversión en la educación nacional del porcentaje de un determinado impuesto. Este monto del porcentaje fijado por la ley general no puede ser reducido o desviado por la vía del presupuesto nacional.
- 4.2 Se pueden establecer criterios para evaluar el adecuado o inadecuado monto de la inversión social contenida en el presupuesto. A estos efectos podría utilizarse como base los indicadores establecidos en el Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD, para fijar montos mínimos que el presupuesto de un país debe invertir en desarrollo social de acuerdo con su producto interno.
- 4.3 El presupuesto debe contener rubros de inversión en:
 - 4.3.1 Materia de Desarrollo Económico (artículo 6.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PDESC)
 - 4.3.2 Materia laboral (artículo 6 del PDESC)
 - 4.3.3 Seguridad social, nivel de vida adecuado y salud (artículos 9, 11 y 12)
 - 4.3.4 Programas en favor de la infancia y de la juventud (artículo 10.3)
 - 4.3.5 Educación y desarrollo del principio de implantación progresiva de la educación gratuita (artículo 13)
 - 4.3.6 Programa para el desarrollo de un nivel de vida adecuado (alimentación, vestido y vivienda) en favor del individuo y de la familia.
 - 4.3.7 Programas para la conservación, el desarrollo, y la difusión de la ciencia y la cultura (artículo 15).

5. La lucha contra la no aplicación, vía presupuesto nacional, de leyes materiales en favor de los derechos económicos, sociales y culturales, así como el carácter y el monto de la inversión social contenida en el mismo, de acuerdo con los siete criterios señalados en el punto anterior, deben ser el marco de control legislativo desde la perspectiva de la vigencia y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. Puede ser también el marco de referencia para la acción del Ombudsman o el objeto de una acción ante la jurisdicción constitucional.

6. La construcción de indicadores sobre cada uno de esos elementos es hoy posible gracias a los aportes contenidos en la metodología desarrollada por el PNUD en el Informe de Desarrollo

llo Humano, combinada con la investigación que debe hacerse sobre el proceso de elaboración de los Presupuestos Nacionales.

El argumento de la imposibilidad de medición, por tanto, es falaz y su superación por medio de acciones concretas y progresivas es hoy el principal reto del movimiento por los derechos humanos.

***HABEAS DATA:* UNA APROXIMACIÓN A SU PROBLEMÁTICA Y A SU POSIBLE SOLUCIÓN NORMATIVA**

Oscar Luján Fappiano^(*)

INTRODUCCIÓN

1. Cuando hablamos del *Habeas Data* inmediatamente viene a nuestra memoria la tutela de la libertad individual a través del Instituto del *Habeas Corpus* de añeja prosapia. De él toma el *Habeas Data* su primer vocablo “habeas” -que proviene del latín- y del inglés el segundo -“data”- significando, en conjunto, “traer los datos” como el *Habeas Corpus* procure “traer el cuerpo”.

EL *HABEAS DATA* COMO CONSECUENCIA DEL DESARROLLO TECNOLÓGICO

2. El *Habeas Data* es, fundamentalmente, un mecanismo de defensa frente a la denominada “Revolución informática” la que ha permitido cambiar los registros o ficheros manuales por bases y bancos de datos haciendo posible -con el uso de computadoras- almacenar una enorme cantidad de información que puede transportarse a través de pequeños dispositivos, con la posibilidad de acceso -en su forma original o elaborada- por medio de un sistema de participación simultánea de terminales de entrada y salida de datos conectados con la unidad central.

3. El desarrollo tecnológico hace posible la intrusión en el ámbito de la persona mediante el uso indebido de la informática. De ahí, que hoy resulta esencial establecer normas de tutela de los datos personales a fin de proteger integralmente el derecho a la intimidad complementando las garantías ya existentes en cada ordenamiento relativas a su protección.

El desarrollo tecnológico, en especial en el campo de la informática, representa una se-

^(*) Ex miembro y ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

ria amenaza para la intimidad. En esta era de la que nos toca ser protagonistas sabemos que es posible que toda la información dispersa acerca de nosotros esté perfectamente sistematizada y centralizada de manera que nuestro nivel educativo, nuestras operaciones financieras, patrimonio, trayectoria profesional u ocupacional, transacciones comerciales, hábitos de vida, quizás también creencias religiosas, e ideologías políticas, estén al alcance de quien quiera acceder a esa información en pocos segundos y desde cualquier lugar.

Por eso es que el concepto de intimidad o privacidad ha cambiado. En comienzo se dijo que era el derecho a ser dejado solo o en paz (“right to be left alone”). Pero, en una sociedad informatizada ya no puede definirse en su sentido puramente negativo, de rechazo de la intrusión de extraños en la vida privada, sino con un contenido positivo por medio del cual se reconoce a cada persona el derecho de acceso al banco de datos con el fin de poder disponer de la personalidad y conocer la finalidad para la cual ha sido recogida para controlar o supervisar el uso que de ella se haga. Es lo que se ha denominado en Alemania “*el derecho a la autodeterminación de las informaciones*”.

“La libertad informática asegura, por un lado, la identidad de las personas ante el riesgo de que sea invadida o expropiada por determinados usos (más bien abusos) de las nuevas tecnologías. Para ello pone en manos de las personas los instrumentos procesales pertinentes para ejercer su derecho a acceder y controlar las informaciones que les conciernen y, por el otro, contribuye a conformar un orden político basado en la equilibrada participación cívica y colectiva en los procesos de información y comunicación que definen el ejercicio del orden en las ‘sociedades informatizadas’ de nuestra época”, escribe Pérez Luño.¹

Ello es así, porque, según lo expresa al comienzo de su obra, “En las sociedades actuales las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han dado paso a nuevas formas de poder y control sobre los ciudadanos generando un tipo de dominio desconocido en etapas anteriores. La protección de datos personales, hoy por hoy, se trata de una garantía básica para cualquier comunidad de ciudadanos libres e iguales”.²

Para concluir, Pérez Luño sostiene que hay un nuevo derecho fundamental llamado “*libertad informática*” que tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a las informaciones que les conciernen archivadas en bancos de datos, controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión.³

Dicho de otro modo, las personas pueden decidir por sí mismas conocer y controlar la información que les concierne y establecer dentro de qué límites están dispuestas a revelar in-

1 Pérez Luño: “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en la obra colectiva *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989, págs. 161/62.

2 Pérez Luño: “Los derechos humanos...”, *cit.* Págs. 138/39.

3 Pérez Luño: *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*. Fundesco. Madrid, 1987, págs. 85 y sgtes. y 123 y sgtes.

formación referente a su vida privada.

Es lo que la doctrina y la jurisprudencia alemana han dado en llamar “*derecho a la autodeterminación informativa*”, cuya primera enunciación la formularon tanto las letradas que presentaron el recurso, cuanto el Tribunal Constitucional Alemán que lo trató en 1983 y que se define en los siguientes términos: “La libertad informática ya no es la libertad de negar información sobre los propios hechos privados o datos personales, pretensión que hoy no podría encontrar adecuada tutela en muchos casos, sino la libertad de controlar el uso de los propios datos personales insertos en un programa informático. Es el *habeas data* correspondiente al antiguo *habeas corpus* del respeto debido a la integridad y libertad de la persona... Por tanto, derecho de acceso a los bancos de datos, derecho de control de su exactitud, derecho de puesta al día y de rectificación, derecho de secreto para los datos ‘sensibles’, derecho de autorización para su difusión: todo este conjunto de derechos es lo que hoy constituye el ‘right to privacy’”.⁴

El tribunal entendió que el principio liminar del ordenamiento jurídico establecido por la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania es el valor y la dignidad de la persona que actúa con libre autodeterminación al formar parte de una sociedad libre. De esa dignidad y libertad, entendida como libre autodeterminación, deriva la facultad de la persona de “deducir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida”; por lo que el Tribunal interpreta que es contrario a esa facultad “un orden social y un orden jurídico que hiciese posible al primero, en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo sobre él... Esto no solo menoscabaría las oportunidades del desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos”.⁵

De manera que la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa son expresiones sinónimas.

PODER INFORMÁTICO Y DERECHO A LA IGUALDAD

4. Ese “*poder informático*” del que venimos hablando puede entrar en conflicto con el derecho a la intimidad como vimos anteriormente.

Pero, si los datos son utilizados con fines discriminatorios también puede entrar en conflicto con el derecho a la igualdad, pilar básico del sistema democrático.

“El término discriminación se utiliza generalmente para denotar un trato desigual a personas iguales, bien por el otorgamiento de favores o por la imposición de cargos. Por tanto,

4 Herrero Tejedor: *Honor, intimidad y propia imagen*. Colex. Madrid, 1990, pág. 40.

5 Cortes Generales de España: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*. Madrid, N° 33, págs. 152/53.

siempre que aparece el término discriminación en el del derecho internacional existe una presunción implícita de su relación con una norma, o conjunto de normas, que imponen la igualdad de trato. Además, el término discriminación conlleva generalmente la idea de injusticia”.⁶

Esta última aseveración de Vasak nos lleva al plano de la axiología jurídica positiva porque la igualdad -que es inmanente a la libertad, creada desde dentro de la libertad misma- es una forma de la identidad y, por ende, una forma de la razón, pues la razón es quien señala en lo igual, lo idéntico; siendo la razón el fundamento de verdad de la justicia. A su turno “la igualdad ante la ley” no es otra cosa que un caso de la “razonabilidad” de las leyes. Este principio exige de los jueces que, al examinar la constitucionalidad de la ley, deben verificar que las diferencias que establecen estén justificadas “por la naturaleza de las cosas”. O sea, si contempladas esas diferencias a la luz de los valores jurídicos (seguridad, orden, justicia) imperantes, justifican el trato desigual o, por el contrario, aparecen como simples arbitrariedades “inspiradas en un propósito hostil contra determinadas personas o grupo de personas”, para decirlo con el lenguaje de la Corte Suprema Argentina.⁷

La cuestión de la no discriminación no es secundaria, sino de capital importancia. Podríamos preguntarnos ¿Qué criterio se ha seguido para determinar qué puede ser discriminatorio?

La Carta de las Naciones Unidas solo habla de raza, sexo, idioma y religión. Pero, luego esta enumeración se ha ampliado considerablemente. Vasak dice que la “lista se basa en la experiencia histórica y refleja los valores más apreciados del momento actual”.⁸

En cuanto a las relaciones entre los diferentes criterios, agrega, “...puede afirmarse que unos son más importantes que otros. El hecho de que los cuatro criterios mencionados en la Carta sean más importantes que los demás queda reconocido ya por el hecho de que el art. 4 del Convenio sobre derechos civiles y políticos, relativo a la derogación de derechos fundamentales sólo precise que la discriminación no se base en cuestiones de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. No se mencionan los demás criterios”.⁹

El registro de información atinente a ideología, convicciones políticas, gremiales, sindicales, religiosas, de origen étnico, estado de salud, etc., podría conducir a su empleo con fines discriminatorios. Por eso veremos que hay ciertos datos llamados “*sensibles*” cuya recolección

6 Vasak: “Los derechos humanos como realidad legal”, en la obra colectiva *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Karel Vasak, editor general. Serbal-UNESCO. Barcelona, 1985, vol. I, pág. 113.

7 “Fallos”: 132:432. Ver: Cossio: “El principio ‘nulla poena sine lege’ en la axiología egológica”, en Revista *La Ley*, de 28/12/47; “Panorama de la teoría egológica del derecho” en *Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*. 1949, año IV, No. 13; “Los valores jurídicos”, en Revista *La Ley*, 83-1017; 84-636; 693; 789 y 899 y en *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, 1957; “La teoría egológica del derecho y el jurídico de libertad”, 2da. ed. Abeledo-Perrot. Bs.As. 1964, pp. 562/630; Aftalión, García Olano, Vilanova: “Introducción al derecho”, 8va. edic. *La Ley*. Buenos Aires, 1967, págs. 189/91 y 262/67; Linares: *El debido proceso como garantía inominada de la Constitución argentina*. 2da. edic. Buenos Aires, 1974.

8 Vasak: “Los derechos humanos...”, *cit.*, pág. 118.

9 Vasak: “Los derechos humanos...”, *cit.*, pág. 118.

y almacenamiento se prohíbe.

GARANTÍA

5. Ante este desarrollo tecnológico nace esta acción que, a diferencia del *Habeas Corpus*, es nueva, para contener los abusos que pueden derivarse de la manipulación de la información. De nada valdrían los derechos, si las personas no dispusieran de los mecanismos necesarios para hacer efectivo su goce y ejercicio.

Con el llamado “Poder informático” no se trata de proteger al individuo solo frente al Estado, sino contra las acciones de los particulares. Esta es la preocupación principal en aquellas sociedades tecnológicamente desarrolladas, adquiriendo esta garantía una importancia cada vez mayor a medida que los hechos van poniendo en evidencia cómo la memorización en computadoras de los datos personales puede afectar los derechos humanos.

CARACTERIZACIÓN

6. Mediante el *Habeas Data* se reconoce a toda persona el derecho de conocer la existencia de un Registro o Banco de Datos y acceder a él para tomar conocimiento de toda la información almacenada sobre la propia personalidad, de la finalidad para la cual ha sido recogida y si fue transmitida a terceros. Puede, asimismo, intervenir el dato solicitando la rectificación, actualización o cancelación en caso de que fuere inexacta, incompleta, obsoleta, implicare discriminación o afectare su esfera de la intimidad, como impedir su cesión a terceros. Y, de serle negado su requerimiento, valerse de un recurso efectivo para lograr satisfacción jurisdiccional a su pretensión, obtener las reparaciones e indemnizaciones correspondientes y la sanción penal o administrativa a los responsables de la violación a sus derechos, según la gravedad de la conducta infractora.

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. ACOMPAÑANDO LOS CAMBIOS TECNOLÓGICOS Y LA PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

7. Una primera “generación” de leyes sobre protección de datos personales (*Datenschutz*, del *Land de Hesse*, 1970; *Landesdatenschutzgesetz*, de Renania-Palatino, 1977, *Data Lag* sueca, 1973, etc.) tienen como objetivo garantizar los derechos individuales estableciendo determinados límites al empleo de la informática. Se interpretó que la eficacia de la protección reposaba en la autorización previa del banco de datos y en el posterior control de su gestión mediante órganos específicos de vigilancia.¹⁰ Era la época de las computadoras escasas y de hardwa-

¹⁰ Pérez Luño: “Los derechos humanos...”, *cit.*, págs. 137 y sgts. Para dar cuenta del dinamismo de la disciplina, el autor narra que la ley del Land de Hesse fue reemplazada totalmente en dos oportunidades, 1978 y 1986 y que el Partido “Verde” del Land de Baden-Wurtemberg presentó, en 1987, un proyecto de protección de la autodeterminación informativa en el que consagraba el principio “in dubio pro datenschutz”, lo cual no es otra cosa -agregamos nosotros- que la aplicación del principio “pro homini” que informa el derecho de los derechos humanos.

re voluminosos y, por consiguiente, localizables con facilidad.

Las leyes de segunda “generación” (*Privacy Act* norteamericana de 1974, *Informatique aux fichiers et aux libertes* francesa de 1978, Constituciones de Portugal, art. 35 y de España, art. 18.4), centran su inquietud en asegurar el derecho de acceso de las personas a las informaciones que les conciernen, mostrando especial atención por la “calidad de los datos” y no del *hardware* que los memoriza mediante cláusulas específicas de protección de las informaciones consideradas “sensibles” por su directa incidencia sobre la vida privada o sobre el ejercicio de las libertades (el art. 18.4 de la Constitución española habla de “garantizar el honor y la intimidad personal y familiar” y “el pleno ejercicio de sus derechos”).

En tanto que la tercera “generación” (Convenio europeo de 1981; *Data Protection Act* inglesa de 1984) se hace cargo de los cambios en la tecnología provocados por la revolución microinformática y, también, de la necesidad de conciliar la defensa de los datos personales con las exigencias de una sociedad en la que la transmisión de informaciones constituye un compromiso social, económico, político y cultural ineludible. Es la época de los “personal computers”.¹¹

8. También nos permite constatar cómo las sucesivas formulaciones reguladoras han ido acompañando a las “generaciones” de derechos humanos.

Efectivamente, las primigenias leyes apuntaron a tutelar la libertad individual, en tanto derecho al honor, a la intimidad personal y familiar. Las posteriores hicieron lo propio con los derechos económicos, sociales y culturales al asegurar la igualdad, en tanto que igualdad de oportunidades, mediante la prohibición de la recolección de los denominados “datos sensibles” debido a su potencialidad discriminatoria. Y, finalmente, en la actualidad tienden a asegurar el derecho al desarrollo, en tanto que desarrollo de la propia personalidad -característica de los derechos humanos de tercera generación- amenazado por determinados usos del producto de los progresos científicos y tecnológicos, usos que han dado lugar a ese fenómeno llamado “la contaminación de las libertades” (*liberties pollution*), concediendo a los titulares de los datos los derechos a conocer, de acceder e intervenir los datos almacenados y a los recursos para su efectiva tutela jurisdiccional.¹²

Velázquez Bautista dice que “La legislación de protección de datos puede sostenerse que nació íntimamente conectada a la relación intimidad personal-tratamiento automatizado... Sin embargo, esta interrelación ha evolucionado con el paso del tiempo, sin que ello permita pensar que ha perdido su sentido. Más bien habría que sostener que la ‘privacy’ ya no es hoy el único derecho que hay que tener en cuenta de cara a un tratamiento automatizado. La polarización intimidad-tratamiento automatizado se ha desinflado y en su lugar ha aparecido una nueva interacción ‘tratamiento automatizado-ejercicio de los derechos y libertades’. El derecho a la Intimidad ha ocupado en el bloque de los derechos una posición preferente, pero sin polarizar la

11 Confr.: Pérez Luño: “Los derechos humanos...”, *cit.*, págs. 145/52.

12 Confr.: Pérez Luño: “Los derechos humanos...”, *cit.*, págs. 142/44.

13 Velázquez Bautista: *Protección jurídica de datos personales automatizado*. Edit. Colex. Madrid 1993, págs. 41/42.

interacción”.¹³

RESTRICCIONES AL TRATAMIENTO DE DATOS. LOS DATOS “SENSIBLES”

9. Toda legislación debe prohibir la recolección, almacenamiento y tratamiento de datos personales referentes a origen racial o étnico, color, convicciones políticas, sindicales o religiosas -salvo que sus titulares hayan documentado su asentimiento para la constitución de bancos de datos personales, necesarios para la gestión del propio grupo político, sindical o religioso al que pertenecen- estado de salud, hábitos personales, vida u orientación sexual, situación patrimonial o financiera y cualquier dato con potencialidad discriminatoria.

Son los llamados datos “*sensibles*”.

El peligro de la manipulación de estos datos es que pueden ser utilizados para establecer discriminaciones entre las personas.

Hay excepciones a esta prohibición que reconocen las legislaciones:

- a) Conformidad del interesado (principio de autodeterminación);
- b) Autorización legal (principio de legalidad o de reserva legal);
- c) Fines de investigación o estadística, con tal que no puedan ser identificadas las personas a quienes se refieren.

La ley Francesa (1974) es más escueta en la enumeración:

Art. 31: “Queda prohibido insertar o conservar dentro de una memoria informatizada, salvo conformidad expresa del interesado, datos nominativos que directa o indirectamente, den a conocer los orígenes raciales u opiniones públicas, filosóficas o religiosas o la adscripción sindical de las personas. Podrán, sin embargo, las iglesias y las agrupaciones de carácter religioso, filosófico, político o sindical llevar un registro de sus miembros o de sus corresponsables en forma automatizada. No se podrá ejercer sobre ellas control alguno por este concepto. Por razones de interés público se podrán establecer asimismo excepciones a la prohibición anterior a propuesta o previo parecer favorable de la Comisión, mediante decreto acordado en Consejo de Estado”.

La Ley de Portugal de 1991 es más amplia. El art. 11 establece: “1. No se admitirá el tratamiento automatizado de datos personales referentes a: a) Convicciones filosóficas o políticas, afiliación a partidos o sindicatos, fe religiosa o vida privada; b) Origen étnico, condenas en procedimiento penal, sospechas de actividades ilícitas, estado de salud y situación patrimonial y financiera. 2. No será óbice la prohibición del apartado precedente para el tratamiento de datos con fines de investigación o estadística, con tal que no puedan ser identificadas las personas a quienes se refieren”.

DERECHOS DEL TITULAR DE LOS DATOS

10. *Derecho a Conocer*. Es el que tiene toda persona a ser informada de la existencia de Re-

gistros o Bancos de Datos de carácter personal, de la identidad del titular o responsable, de la finalidad que se persigue con la recolección, tratamiento y transmisión de los mismos, y de los destinatarios de dicha información.

Se lo llama también -ley española- derecho a la información. Hemos preferido, con otros autores, llamarlo derecho a conocer a fin de diferenciarlo del derecho a la información propiamente dicho.

Este derecho a conocer implica asegurar el conocimiento de la existencia, fines, usos y métodos de operación de los Registros o Bancos de Datos. Hay quienes sostienen que el consentimiento previo por escrito para recolectar los datos, en la actualidad, dificultaría el funcionamiento de los Registros o Bancos de Datos.

¿Cómo hacer conciliar el principio de libre circulación de la información y el respeto a los derechos inherentes a la persona, en especial la protección de su intimidad?

El Principio Rector No. 3 de Naciones Unidas (ONU) hace referencia al consentimiento en relación con la finalidad cuando expresa: “La finalidad de un fichero y su utilización en función de esta finalidad deberían especificarse y justificarse y, en el momento de su creación, ser objeto de una medida de publicidad o ponerse en conocimiento de la persona interesada a fin de que ulteriormente sea posible asegurarse de que: ... b) Ninguno de esos datos personales es utilizado o revelado sin el consentimiento de la persona interesada, con un propósito incompatible con el que se haya especificado...”.

Esa publicidad en el momento de la creación puede efectuarse mediante un registro que lleve una nómina actualizada de todos los Registros o Bancos de Datos, de acceso al público, a través del cual las personas puedan conocer: a) Nombre y domicilio del Registro o Banco de Datos y de su titular o responsable; b) Una descripción de los datos personales que se proponga recolectar y la finalidad para la cual hayan de almacenarse; c) La categoría de las personas desde las cuales se pretenda registrar datos; d) El procedimiento de recolección de datos; e) La descripción de los terceros destinatarios de esos datos; f) La estructura básica del Registro o Banco de Datos; g) El procedimiento que el Registro o Banco de Datos utiliza para notificar a una persona, a su solicitud, desde la manera de ejercer los derechos de acceso y de intervención; h) El destino de los datos o, en su caso, las previsiones que se adopten para su destrucción, en la hipótesis de cancelación del Registro o Banco de Datos.

11. *Derecho de Acceso.* Toda persona, acreditando su identidad, tiene derecho a tomar conocimiento de los datos personales referidos a ella consignados en Registros o Bancos de Datos Públicos o Privados y conocer la finalidad para la cual han sido recogidos.

A este derecho se refieren en forma expresa:

a) Constitución de Portugal, artículo 35: “Todos los ciudadanos tendrán derecho a

tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de datos, así como su actualización...”.

b) Constitución de Brasil (1988), artículo 5: “Se concede el *habeas data*: a) Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante contenidas en Registros o Bancos de Datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) Para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto de carácter judicial o administrativo”.

c) Constitución de Colombia, artículo 15: “Todas las personas... De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ella en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.

d) Constitución de Guatemala, artículo 31: “Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica”.

e) Constitución de Paraguay, artículo 135: “Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad”.

f) Constitución de Perú, artículo 200, inc. 3: “Son garantías constitucionales: ... 3. La acción de *Habeas Data*, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2o., incisos 5, 6 y 7 de la Constitución...”. Artículo 2: “Toda persona tiene derecho: ... 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional ... 6. A que los servicios informáticos, computadorizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada por cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.¹⁴

g) Constitución de Argentina (1994), artículo 43: “...toda persona podrá interponer esta acción (de amparo) para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en Registros o Bancos de Datos Públicos, o los Privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confiden-

¹⁴ Como se puede apreciar de su sola lectura, el *Habeas Data* adquiere en la Constitución peruana una dimensión sumamente amplia, pues comprende supuestos relativos al derecho a la información y al derecho de rectificación.

cialidad o actualización de aquellos”.

Es absolutamente esencial asegurar que coincida la identidad entre quien requiere el acceso y el titular de los datos. El Principio Rector No. 4 de ONU dice: “toda persona que demuestre su identidad tiene derecho a saber si está procesando información que le concierne...”.

12. Ejercido el derecho de acceso el titular o responsable del Registro o Banco de Datos debe responder, en el término que fije la ley, facilitándose la información en un lenguaje claro, exento de codificaciones, debiendo corresponder fielmente el contenido de lo registrado (Ley de Portugal, art.28.2). El Principio Rector, refiriéndose a la información, dice: “...conseguir una comunicación inteligible de ella”.

13. A veces puede ocurrir que no puede satisfacerse esa solicitud, por lo menos en parte, sin revelar al mismo tiempo información referente a otra persona que pueda resultar identificada mediante esa información. En ese caso sería necesario el consentimiento de esa persona para poder revelar la información al requeriente. La ley de protección de datos de Gran Bretaña (12/07/1984) en el art. 21 dice: “... 4. No estará obligado ningún usuario de datos a dar contestación a peticiones hechas al amparo del presente artículo ... b) Si no pudiese satisfacer la solicitud sin revelar al mismo tiempo información referente a otra persona individual que pueda resultar identificada mediante esta información, a menos que tuviere la certeza de que la segunda persona ha dado su consentimiento a que se revele aquélla a la persona autora de la solicitud”.

14. La mayoría de las legislaciones se refieren a este derecho de acceso como la posibilidad de que el titular de los datos obtenga una copia de lo que se encuentra registrado.

La *Privacy Act* de 1974 dispone: “Acceso a los archivos. Cada organismo que lleva un sistema de archivos, deberá, a solicitud de cualquier persona, brindarle acceso a su archivo o a cualquier información que a esta se refiera y que conste en el sistema de archivos y a solicitud de la mencionada persona, permitir que otra persona elegida por él lo acompañe para revisar el archivo a fin de hacer copiar todas las partes de manera comprensible para él, salvo que el organismo tenga derecho a exigir una declaración escrita por parte de la persona, en la cual se autorice la discusión de su registro en presencia de su acompañante”.

En ese caso el titular o responsable del registro, debido al deber de confidencialidad de la información, puede exigir una declaración escrita en la cual el titular de los datos autorice la presencia del acompañante.

Este derecho reconoce ciertos límites, a los que nos referiremos más adelante.

15. Derecho de Intervención sobre el Dato. Ejercido el derecho de acceso, es decir, cuando el titular conoce la información que el Registro o Banco de Datos tiene de él, en determinados supuestos nace otro derecho llamado de intervención sobre el Dato, según el cual el titular puede exigir:

a) La rectificación de los datos almacenados cuando fueren inexactos. Así lo disponen las leyes de Alemania (art. 4.2); Portugal (art. 30.1); España (art. 15.2); Francia (art. 36), las Constituciones de los Países Bajos (art. 10.3) y de Argentina (art. 43), entre otras.

b) Que se completen las informaciones que hayan sido total o parcialmente omitidas. Así lo disponen las leyes de Portugal, (art. 30.1) y de Francia, (art. 36).

c) La cancelación de los datos que hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual fueron recabados y registrados; de los datos falsos; de los que se refieran a hechos que hubieren acaecido años atrás, siempre que sus efectos no se hubieren prolongado en el tiempo y carecieren de relevancia actual y de los datos cuya recolección, almacenamiento y tratamiento estén prohibidos, es decir, los llamados *datos sensibles*.

Un riesgo propio de la computadorización de los datos es que ellos sean conservados indefinidamente por la enorme capacidad de memoria que tienen las computadoras e, incluso, la posibilidad de conservarlos en pequeños dispositivos transportables. La conservación en forma indefinida de los datos es más difícil tratándose de ficheros manuales. Sin embargo, cuando desaparece la finalidad para la cual han sido recolectados y almacenados, esos datos deben cancelarse. También aquellos referidos a acontecimientos ocurridos en un pasado más o menos lejano. Es el reconocimiento del “*derecho al olvido*”, que es un derecho natural del hombre a fin de que no viva permanentemente asediado por el peso de su pasado (Leyes de Portugal, arts. 23 y 30.1; España, art. 4.5 y de Francia, art. 36).

d) *La actualización de los datos atrasados*

Un dato puede ser incompleto como decíamos en el párrafo b). Otra cuestión diferente es que los datos de una persona estén desactualizados. Por eso una de las obligaciones que tiene el titular o responsable del Registro o Banco de Datos es llevarlos con toda precisión, pertinencia, perfección y actualidad; para lo cual está obligado a realizar todos los esfuerzos que sean razonables. Esta expresión “actualizar” la usa la Constitución de Colombia (art. 15).

e) A que no sean accesibles los datos almacenados cuando no se pudiese determinar si son exactos o inexactos. Ley de Alemania (art. 4.3).

f) A que los datos sean utilizados de acuerdo con la finalidad prevista, debiendo guardarse la confidencialidad de los mismos a fin de que terceras personas no tengan acceso a ellos.

Los datos se recogen con una finalidad, por lo tanto no pueden transmitirse a terceros ajenos a esa finalidad. Con respecto a ellos existe el deber de confidencialidad.

Ese riesgo se multiplica en los Bancos de Datos por la posibilidad de la intercomunicación entre los sistemas computadorizados.

g) A impugnar todo aquello que implique una valoración de su conducta cuyo único fundamento sea un tratamiento automatizado de datos que ofrezca una definición de sus características o personalidad.

Nos estamos refiriendo al tratamiento electrónico de la información a través del uso de la computadora y sus programas. Además de la gran cantidad de memoria de las computadoras, gracias a la capacidad de cálculo se pueden combinar los datos de maneras muy variadas lo que permite presentar perfiles o definiciones de las personas imprevisibles al ingresar la información.

La ley Española, art. 12, dispone: “El afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un instrumento automatizado de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad”.

La ley Francesa en su art. 2 establece: “Ninguna decisión judicial que implique apreciación sobre una conducta humana podrá estar fundada en un tratamiento informatizado de informaciones que suministren una definición del perfil o de la personalidad del interesado”, haciéndolo en el segundo párrafo extensivo a las resoluciones administrativas o privadas.

h) A que se comunique a los usuarios que hayan recibido previamente la información el contenido de la intervención sobre el dato.

El art. 38 de la ley Francesa estipula: “Si se hubiere transmitido una información a un tercero, se notificará igualmente a éste toda rectificación o anulación, salvo dispensa otorgada por la Comisión”.

Igualmente la ley Española, art. 15.3, dice: “Si los datos rectificadas o cancelados hubieren sido cedidos previamente, el responsable del fichero deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada al cesionario”.

En general si bien puede cobrarse un arancel para ejercer el derecho de acceso, el derecho de intervención sobre el dato no da lugar al pago de arancel alguno.

En este sentido también las legislaciones se han adecuando al Principio Rector que, al referirse al derecho de acceso, estipula: “...sin demoras o gastos excesivos” y al referirse a la rectificación sugiere que “...el costo debería sufragarlo el responsable del fichero”.

LIMITACIONES AL DERECHO DE ACCESO

16. Toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene derecho a conocer sus datos. Toda persona tiene derecho a estar informada de que se están recolectando sus datos. Pero, también tiene derecho a conocer el contenido de la información que a ella se refiere almacenada en un Regis-

tro o de Banco de Datos.

Esta no es una concesión graciosa del Estado, sino un derecho fundamental que hace a su dignidad humana y que solo cede mínimamente en aras del interés general.

¿En que medida se puede limitar el acceso del titular de los datos?

Deben ser expresamente establecidas por la ley y serlo en la medida estrictamente necesaria, en una sociedad democrática, para la preservación del orden público. Vale decir, no basta con la ley sino que ella debe observar el “standard axiológico” de lo estrictamente necesario en una sociedad democrática, para no resultar irrazonable o caer en arbitrariedad, exceso, abuso o desviación de poder.

17. Las leyes de protección de datos contemplan la posibilidad de una serie de excepciones que, según Velázquez Bautista, “habrá que especificar en la correspondiente ley de protección de datos cuyo número... debe ser lo más reducido posible y su interpretación lo más favorable a los ciudadanos”.¹⁵ Con lo que estamos de acuerdo porque responde a los principios y a las reglas de interpretación propias del derecho de los derechos humanos.¹⁶

Es decir, los datos personales no pueden ser mantenidos en secreto. La posibilidad de limitar el derecho de acceso debe restringirse a lo mínimo indispensable.

En tal sentido la Constitución de Portugal (2 de abril de 1976) en el art. 35 dispone: “Utilización de la Informática. 1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización...”.

Creemos que, en la medida que está referida solamente al derecho de acceso de los “ciudadanos”, está efectuando una discriminación arbitraria entre ellos y los demás habitantes de su respectivo territorio. En este sentido, se aparta de la recomendación de las Naciones Unidas (Principio Rector No. 4) en tanto estipula: “... Es conveniente que las disposiciones de este principio se apliquen a todas las personas, cualquiera que sea su nacionalidad o su residencia”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere a “toda persona”. De la misma manera se expiden las Convenciones Internacionales.

La Constitución Argentina, en el Preámbulo, dice: “...y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran

15 Velázquez Bautista: “Protección Jurídica...”, *cit.*, pág. 117.

16 Por razones de espacio no podemos explayarnos sobre el particular. Lo hemos desarrollado en nuestra obra: *El derecho de los derechos humanos*. Abaco, Buenos Aires, 1997, capítulos III y V, a la que nos remitimos.

habitar el suelo argentino...”. Y el art. 14: “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber...”. Y al regular el *Habeas Data* el art. 43 utiliza la expresión de los instrumentos internacionales: “toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos de ella referidos y de su finalidad...”.

A su turno, las Constituciones de Perú, Brasil, Colombia, Guatemala, entre otras, prevén el derecho de acceso para toda persona.

18. La ley Española de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, dictada en virtud de que la referida Constitución en su art. 18.4 emplaza al legislador a limitar el uso de la informática “...para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno goce de sus derechos”, en su art. 2.2, consigna: “El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente ley no será de aplicación: a) A los ficheros automatizados de titularidad pública cuyo objeto, legalmente establecido, sea el almacenamiento de datos para su publicidad con carácter general; ... c) A los ficheros de información tecnológica o comercial que reproduzcan datos ya publicados en boletines, diarios o repertorios oficiales; d) A los ficheros de informática jurídica accesibles al público en la medida en que se limiten a reproducir disposiciones o resoluciones judiciales publicadas en periódicos o repertorios oficiales...”.

a) Nos preguntamos, si la ley excluye de su ámbito de aplicación a estos ficheros, qué, ocurre cuando los datos recogidos son inexactos, incompletos, están desactualizados u obsoletos. Por qué, no tener la posibilidad, amparándose en sus disposiciones, de solicitar la intervención del dato, de impedir que el mismo sea comunicado a terceros mientras se esclarezca si hay un error en la fuente oficial que suministró la información o ésta fue alterada al ser recogida y almacenada por el Registro o Banco de Datos o no actualizada por el mismo y utilizar todo el arsenal que ofrece la ley a los titulares de los datos, también en estos supuestos.

b) Igualmente, al excluirlos queda en la nebulosa lo relativo a las salvaguardas a adoptar para proteger los datos de interferencias de terceros no autorizados o de la infidelidad de los operadores del banco.

c) Por último, cabe las mismas reflexiones formuladas al comentar la Constitución portuguesa ya que su similar española trae igual vocablo: “ciudadanos”.

19. Las limitaciones que consignan las leyes compulsadas aluden a los datos:

a) Que pudieren poner en peligro el cumplimiento, conforme a derecho, de los objetivos legales para los cuales se realiza la recolección y almacenamiento de datos.

La ley de Alemania (art.13.3.1) dice: “No habrá lugar al suministro de información cuando: 1) La información fuere susceptible de poner en peligro el cumplimiento conforme a dere-

cho de las funciones de la competencia del ente almacenador”.

De manera que podría limitarse el derecho de acceso cuando ello fuere necesario para asegurar el fin “legítimo” que se procure con la recolección y almacenamiento de datos. De ahí la locución “conforme a derecho” que contiene.

b) Si no se pudiere satisfacer la solicitud sin revelar, al mismo tiempo, información referente a otra persona que pueda resultar identificada mediante esta información, a menos que se tuviere la certeza por escrito de que la segunda persona ha dado su consentimiento a que se revele aquélla a la persona autora de la solicitud. (Ley de Gran Bretaña art. 21.4.b). Ello, a fin de respetar los derechos de “los demás” (Ver: art. 32.2 de la Convención Americana).

c) Cuyo suministro pudiere poner en peligro la seguridad o el orden público y en la medida que sea necesaria su preservación, en una sociedad democrática. La ley Alemana dice (art.13.3.2): “La información fuere susceptible de poner en peligro la seguridad o el orden público o de perjudicar de algún otro modo los intereses de la Federación o de algún Estado regional”.

El Convenio de Europa en el art. 9 apartado 2 referido, entre otros, al derecho de acceso dice: “Excepciones y restricciones... Podrán dejarse sin efecto las disposiciones de los artículos 5, 6 y 8 del presente Convenio cuando así estuviere previsto por la ley de la Parte y constituyere una medida necesaria en una sociedad democrática: a) Para proteger la seguridad del Estado, para la seguridad pública, para los intereses monetarios del Estado o para la represión de los delitos. b) Para la protección del interesado y de los derechos y libertades de otros”.

Además del derecho de acceso, los mencionados preceptos (arts. 5, 6 y 8) se refieren a la calidad de los datos, los datos sensibles, el derecho a conocer, el derecho a intervención sobre el dato y la posibilidad de interponer un recurso.

20. La legislación y la doctrina utilizan expresiones como “Seguridad National”, “Seguridad del Estado”, “Seguridad Pública” y otras equivalentes. Frente a cualquiera de ellas quienes se han adherido al Convenio tienen una limitación esencial: la limitación al derecho de acceso debe constituir una medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática.¹⁷

Sin embargo, la ley española (5/1992) de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, a nuestro entender, ha excedido ese límite en sus arts. 20 y 21.

DEBERES DEL RESPONSABLE DEL REGISTRO O BANCO DE DATOS

21. ¿Qué deberes tiene el responsable del Registro o Banco de Datos frente a estos derechos

¹⁷ Para mayores explicaciones sobre estos conceptos, ver: Fappiano: “El derecho de los derechos humanos”, citado, págs. 98 y sgtes.

del titular de los datos?

a) Ante el requerimiento efectuado por el titular del derecho de acceso, responder en el término que fije la ley. En el supuesto que no pueda suministrar esa información sin revelar, al mismo tiempo, datos de otra persona que, de esa manera, resultare identificada, ese plazo debe contarse a partir del consentimiento del tercero afectado.

Ya dijimos que esa información debe facilitarse en un lenguaje claro, exento de codificaciones y debiendo corresponder fielmente al contenido de lo registrado.

b) Debe también brindar acceso a su Registro o Banco de Datos respecto a toda información que se refiera al solicitante, permitiendo que otra persona elegida por él lo acompañe a fin de copiar todas las partes de manera comprensible para el requeriente, pudiendo exigir el registrador, en tal caso, una declaración escrita en la cual autorice la presencia del acompañante.

La negativa a proporcionar el acceso así como a intervenir el dato habilitará al titular a su impugnación jurisdiccional si la considera arbitraria, abusiva o ilegal.

22. Si bien los bancos de datos privados para uso personal de su titular no son alcanzados, pensamos que, ello no obstante, deben tomar las medidas de seguridad a fin de prevenir el acceso y la difusión ilícita de los datos personales memorizados para fines privados, tales como la seguridad física del lugar donde se halla instalado, la seguridad física y lógica del instrumental informático y la fiabilidad del personal que eventualmente se emplee para operarlo.

CONTROL DE LOS REGISTROS O BANCOS DE DATOS

23. El Principio Rector para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales No. 8 de la O.N.U. (Control y Sanciones) dice que "...cada legislación deberá designar a la autoridad que, de conformidad con el sistema jurídico interno, se encarga de controlar el respeto de los principios anteriormente enunciados".

La O.N.U. recomienda que exista un control, pero no qué tipo de control.

La primera Ley de Protección de Datos corresponde, en la República Federal de Alemania, al Parlamento del Land de Hesse (7/10/1970). Se destaca por la figura del Comisario para la protección de datos, especie de Ombusman, llamado luego Comisario Federal al dictarse la Datenschutz Federal (27/01/1977), quien debe velar por el cumplimiento de la norma y recibir las quejas de los afectados. De acuerdo con el art. 17, es designado por el Presidente de la República Federal a propuesta del Gobierno Federal, independiente en el desempeño de su cargo, sometido solo a la ley, sin perjuicio del derecho de supervisión por parte del Gobierno Federal.

Por el art. 28 se establece un sistema de control interno para aquellas personas y socie-

dades que traten informáticamente datos de índole personal, y ocupen en ello un mínimo de cinco trabajadores a título permanente como norma general. En ese caso deben designar por escrito un encargado de la protección de datos. La misma norma se aplica cuando se traten de otra manera datos de índole personal, siempre que por regla general se empleen veinte trabajadores como mínimo de modo permanente (apartado 1).

Este sistema ha sido objeto de críticas pues se está confiando la protección a quien puede cometer el abuso a pesar de que el artículo dice que será designado no solamente a quien posea en el desempeño de su misión los conocimientos especiales, sino la fiabilidad necesaria asegurándole -por lo menos en la norma- que estará "...exento de cualesquiera instrucciones en la aplicación de sus conocimientos técnicos en el sector de la protección de datos y no podrá resultar perjudicado por razón del cumplimiento de su misión" (art. 28.3).

En cambio la ley norteamericana, *Privacy Act* de 1974, no establece una institución unipersonal o colegiada encargada de la supervisión y control de la aplicación de la norma. De manera que quien ve afectados sus derechos, puede acudir directamente al Poder Judicial.

La Ley de Francia (6/01/1978) establece un órgano encargado de vigilar la aplicación de la misma y recibir las denuncias de los titulares de los datos en caso de que se les impidiera el acceso o se negaran a la intervención del dato. Pero, a diferencia de la ley Alemana, es un órgano colegiado: la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades "...encargada de velar por el respeto de los preceptos de la presente ley, especialmente informando a todos los interesados de sus derechos y obligaciones, concertándose con ellos y controlando las aplicaciones de la informática a los tratamientos de informaciones nominativas" (art. 6). Es un organismo autónomo, compuesto de diecisiete miembros, siendo incompatible la condición de miembro de la Comisión con la de miembro del Gobierno o con el ejercicio de funciones o la posesión de participación alguna en las empresas que concurren a la fabricación de material utilizado en informática o en telecomunicaciones o al suministro de servicios en informática o en telecomunicación.

GARANTÍAS

24. El concepto de "garantía" es una creación institucional francesa que si bien empezó siendo una forma especial, propia de los preceptos constitucionales, sobre todo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y aplicadas siempre a estos derechos, se fue incorporando en la legislación de los demás Estados. Y así, se extendió "...a todas aquellas instituciones, formas legales y procedimientos a los cuales se reconociera alguna eficacia para el ordenamiento político y jurídico de la sociedad... en la búsqueda afanosa de la mayor seguridad jurídica posible para todos".¹⁸

El término "sanción", como sinónimo del vocablo "garantía", es frecuente en los teóri-

18 Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo. XIII, págs. 23 y 37, Voz: "Garantías Constitucionales".

cos del derecho interno y, en general, en el ámbito de la concepción imperativa del derecho, en la medida en que al ser realizada la garantía del derecho estatal por una autoridad “supraordinada” asume un carácter coercitivo-aflictivo.

De ahí que, si partimos de una noción de garantía reduciéndola esencialmente a la coercitiva, nos estuviéremos equivocando y no tutelaríamos los derechos y libertades fundamentales a cabalidad.

El Estado está obligado a respetar los derechos y libertades fundamentales y a garantizar su pleno goce y ejercicio.

El respeto impone la adecuación del sistema jurídico para asegurar su efectivo goce y ejercicio. También, representa que deba considerarse ilícita toda acción u omisión de un funcionario del Estado que lesione esos derechos prevalido de los medios o poderes de que dispone en su carácter de funcionario público.

Con cita de la Corte Interamericana agregamos que ello significa que “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.¹⁹

Y con referencia al deber de garantía asumido por los Estados expresamos, también con cita de la Corte Interamericana, que “Esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.²⁰

Teniendo en cuenta los criterios sentados por el prenombrado Tribunal de tutela supranacional estamos en condiciones de identificar los tipos garantía, además de la que comúnmente conocemos como garantía-sanción, a saber:

a) *De aseguramiento*. Que está constituida por todo tipo de mecanismo establecido con el fin de asegurar tanto la norma existente en determinado momento histórico (pare determinado sujeto) cuanto evitar el hecho que conduzca a la violación de esa norma, incluyendo dentro de este mecanismo el procedimiento de control. Es decir, el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹⁹ Corte IDH., *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 174.

²⁰ *Id.*, párr. 166.

des, según reza el art. 2 de la Convención Americana.

El titular o responsable de un Registro o Banco de Datos, aquel que la ley Española define como “Persona física, jurídica de naturaleza pública o privada y órgano administrativo que decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento” (art. 3.d), o sea, aquél que va a tomar determinaciones respecto a “Operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias” (definición de “Tratamiento de Datos” misma ley, art. 3.c) está obligado a realizar todos los esfuerzos que sean razonablemente necesarios para llevar los archivos que utilice con toda precisión, pertinencia, actualidad y perfección. La Privacy Act de 1974 dice que todos los archivos que el organismo utilice para la toma de decisiones desde cualquier persona deben ser llevados “...con toda precisión, pertinencia, oportunidad y perfección que fueran razonablemente necesarias para asegurar una decisión justa respecto de dicha persona”.

El responsable del banco debe hacer esfuerzos razonables para que esos datos sean “...exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado” (Ley Española, art. 4.3). “Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados” (Ley Española, art. 4.4).

Debe asegurarse, igualmente, que lleva los archivos con toda precisión. Y antes de comunicar esos datos a terceros autorizados debe hacer esfuerzos razonables para que esos datos, que serán revelados, sean precisos, completos y actuales.

Venimos hablando de la precisión y actualidad de los datos. Pero, podemos agregar algo más. El responsable sólo podrá coleccionar datos de carácter personal que sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se recojan. Cuando revele datos, los mismos deben ser pertinentes con la finalidad para la cual fueron recogidos.

La ley de Irlanda dice: “1. Todo controlador de datos se atendrá, respecto a datos personales conservados por él, a las normas siguientes: ... c) que los datos: i) se conserven únicamente para una o más finalidades especificadas y lícitas, ii) que no se utilicen ni se difundan de modo incompatible con esa finalidad o finalidades, iii) que sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con esa finalidad o finalidades”.

El convenio de Europa expresa: “los datos de carácter personal que fueren objeto de un tratamiento automatizado deberán ser: ... c) Adecuados, pertinentes y no excesivos con respecto a los fines para los cuales fueren registrados”.

En igual sentido la ley Española: “Calidad de los datos... Sólo se podrán recoger datos de carácter personal para su tratamiento automatizado, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y

las finalidades para las que se hayan obtenido” (art. 4.1).

En relación con la finalidad, el titular o responsable deberá conservarlos en forma que permita la identificación de su titular durante un período no superior al necesario para la finalidad según la cual hubiesen sido recogidos y registrados (Convenio de Europa, art. 5.e y ley Española art. 4.5).

Estas disposiciones responden a cuanto dijimos acerca de las limitaciones legales al goce y ejercicio de los derechos fundamentales: deben serlo en la medida estrictamente necesaria. De ahí que el avance que sobre la personalidad del individuo constituye la recolección de datos suyos, los mismos deban ser adecuados, pertinentes, no excesivos con respecto a la finalidad para la cual son memorizados y conservarse durante un período no superior al necesario a dicha finalidad.

Estamos discutiendo acerca de los esfuerzos razonables que debe hacer el responsable del Registro o Banco de Datos para que los datos que va a recoger, almacenar, elaborar y transmitir a terceros sean exactos y actuales.

Ahora bien, para obtener esos datos tiene prohibida la recolección de los mismos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. La ley de Irlanda dice: “Todo controlador de datos se atenderá, respecto a datos personales conservados por él, a las normas siguientes: a) que los datos, o según los casos, la información constitutiva de los mismos, hayan sido obtenidos y tratados por medios lícitos” (art. 2.1.a). La ley Española dice: “Art. 4. Calidad de los datos...7. Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales e ilícitos”.

El responsable no solo no puede recoger esos datos, sino que como consecuencia lógica, tampoco podría transmitir a terceros datos obtenidos de esa manera.

Tampoco puede proporcionar información que constituya una valoración de la personalidad del titular del dato cuyo fundamento sea el resultado del tratamiento automatizado de las informaciones recogidas y almacenadas. El art. 12 de la ley Española dice: “El afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un tratamiento automatizado de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad”.

El responsable del registro tiene a su cargo otras garantías de aseguramiento, además de estas referidas a la recolección de los datos con precisión, por procedimientos legítimos, a la actualización de los mismos, a la recogida y transmisión dentro de los límites de la finalidad.

A los efectos de preservar los derechos del titular de los datos -persona física en la mayoría de las legislaciones, persona jurídica en algunas- tiene también que hacer esfuerzos razonables para adoptar las medidas de índole técnica y de organización necesarias que garanticen la seguridad de los datos y eviten su pérdida, alteración y acceso no autorizado. Son las salvaguardias técnicas (V.: ley Española, art. 9.1). Por supuesto que deberá almacenarlos de modo

que permita el derecho de acceso por parte de su titular (Ley Española, art. 4.6).

Además de esas medidas de orden técnico, el responsable tiene el deber de confidencialidad, por eso no puede suministrar la información que posea fuera de la finalidad para la cual ha sido recogida, y hacerlo solamente a los terceros autorizados. Y no solamente el titular, sino todos los que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos, están obligados a guardar secreto respecto de los mismos, obligación que subsiste aún después de finalizar sus relaciones con el responsable o titular del Registro o Banco de Datos (Ley de Portugal, art. 32.2; España, art. 10).

Estos son los más importantes mecanismos que el responsable del Registro o Banco de Datos tiene la obligación de adoptar y de hacer todos los esfuerzos en tal sentido a fin de garantizar los derechos del titular de los datos. Si se trata de Registros Públicos, el Estado no podría proceder de otra manera, dado que es el primer garante del cumplimiento del orden jurídico establecido. Si se trata de Registros o Bancos de Datos Privados, que comercializan con los datos de las personas, el esfuerzo razonable que deben cumplimentar no es otro que el de cualquier “hombre de negocios”.

b) *Jurisdiccionales*. Cuando se le negare al titular de los datos el derecho de acceso o cuando teniendo conocimiento de sus datos el titular o responsable del Registro o Banco de Datos, no hiciera lugar a la solicitud de intervención del dato, el sujeto puede interponer acción de amparo a su derecho, en los términos del art. 25 de la Convención Americana, vale decir, un recurso judicial que represente una tutela “efectiva” de los derechos fundamentales.

Es el individuo quien tiene derecho a la certidumbre y, por lo tanto, a que se resuelva la controversia que afecta tal derecho en un plazo razonable y es el juez, representante de la comunidad, quien debe garantizarle ese derecho.²¹

La sentencia que conceda el amparo declarará ilegítima la acción u omisión que dio lugar al mismo y determinará en forma precisa la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución según las particularidades del caso concreto y dentro del término que el propio fallo señale.

c) *Reparadoras*. Todo el que comete un daño a otro está obligado a repararlo. Este es un principio general del derecho que, de una u otra manera, está recogido en todas las legislaciones. De modo que si a raíz de un dato falso (por ejemplo, se informa que una persona es morosa cuando no lo es y por eso no tiene acceso al crédito), el titular se ha visto lesionado en sus derechos, tiene derecho a una acción civil de responsabilidad con el fin de restablecer las cosas a la situación que existía antes de la lesión, de reparar el daño inferido u obtener una indemnización pecuniaria.

d) *Punitivas*. Veamos su tratamiento en el derecho comparado.

21 Ver: Fappiano, *op. cit.*, págs. 69/77.

- 1) La *Privacy Act* de 1974 establece sanciones penales para los siguientes casos:
 - a) “Cualquier funcionario o empleado de un organismo que, en virtud de su empleo o cargo oficial, tuviese en su poder, o tuviese acceso a los archivos del organismo que contienen información identificatoria de la persona y cuya revelación se prohíbe en virtud de las normas y reglamentos establecidos y que conociendo la prohibición de revelar el material específico lo divulgara voluntariamente de alguna manera a una persona o ente que no tuviera derecho a recibirlo, será culpable de un delito menor y pagará una multa que no excederá los 5.000 dólares”.
 - b) “Cualquier persona que solicitara a un organismo el archivo de otra persona o lo obtuviera mediante manifestaciones fraudulentas, será culpable de un delito menor y deberá abonar una multa que no excederá los 5.000 dólares”.

La ley federal norteamericana contempla sanciones de multa para el que teniendo acceso a los datos en el desempeño de su función los revelare a terceros no autorizados y a quien obtuviere la información de una persona mediante actos o manifestaciones fraudulentas.

- 2) La ley Francesa en el art. 41 establece: “Será castigado con prisión de seis meses a tres años y multa de 2.000 (dos mil) a 200.000 (doscientos mil) francos o a una sola de estas dos quienquiera que hubiere procedido o hecho que se proceda a tratamientos automatizados de informaciones nominativas” con la excepción que establece el mismo artículo. Agrega: “Podrá, además, el Tribunal ordenar la inserción de la sentencia total o parcialmente en uno o varios periódicos y su exposición pública en las condiciones que el propio tribunal determine a costa del condenado”.

El artículo 42 establece una multa más elevada -hasta dos millones de francos- para quien “...hubiere registrado o hecho registrar, conservado o hecho conservar informaciones nominativas”. Y agrega: “El Tribunal podrá ordenar la inserción íntegra o por extractos de la sentencia” en la misma forma que en el artículo anterior.

El artículo 43 dice: “Será castigado con prisión de dos a seis meses y multa 2.000 (dos mil) a 20.000 (veinte mil), francos, o a una sola de estas penas, quienquiera que, después de haber recogido con ocasión de su registro, clasificación, transmisión o cualquier otra forma de tratamiento de informaciones nominativas cuya divulgación tuviere como efecto atentar a la reputación o a la consideración de la persona o a la intimidad de la vida privada, hubiere, sin conocimiento del interesado, puesto deliberadamente estas informaciones en conocimiento de una persona que no estuviere autorizada para recibirlas en virtud de lo dispuesto en la pre-

sente ley o de otros preceptos legislativos.

Será castigado con multa de 2.000 (dos mil) a 20.000 (veinte mil) francos quien, por imprudencia o negligencia, hubiere divulgado informaciones de la misma naturaleza que las mencionadas en el párrafo anterior”.

Por último, el art. 44 agrega: “Será castigado con prisión de un año a cinco años y multa de 20.000 (veinte mil) a 2.000.000 (dos millones) de francos, quienquiera que, siendo poseedor de informaciones nominativas con ocasión de su registro, clasificación, transmisión o cualquier otra clase de tratamiento, las hubiere desviado de su finalidad, tal como ésta se define en el acto reglamentario previsto en el artículo 15 o en las declaraciones efectuadas en aplicación de los artículos 16 y 17 o por decreto legislativo”.

- 3) La ley de Noruega también establece sanciones penales en el art. 38 para las conductas tipificadas en seis incisos, entre ellas:
 - a) Si no se solicita licencia administrativa para el establecimiento de registros de datos personales que se propongan utilizar medios electrónicos.
 - b) Si las empresas explotadoras de servicios de información crediticia, sin la autorización del Rey, explotan otra clase de servicios de información personal.
 - c) En caso de que se infrinjan las normas o los términos y condiciones establecidas al concederse la autorización.
 - d) No cumpla los requisitos impuestos por la inspección de datos.
 - e) Para el caso de que la empresa de información crediticia hubiere suministrado información respecto de alguien que no es empresario es pasible de sanción si en forma simultánea y gratuita no hubiese enviado copia sobre el contenido a la persona sobre la cual se hubiere pedido los datos.

Para estos y otros casos la ley establece multa o prisión hasta un año o ambas penas a la vez. Del mismo modo se castiga la ayuda y asistencia en estas infracciones.

NECESIDAD DE UNA ACCIÓN MANCOMUNADA

25. Uno de los tantos inconvenientes de estas conductas delictivas es que trascienden las fronteras, por eso urge la cooperación internacional en este tema y, en tal sentido, es del caso que los gobiernos del hemisferio sienten las bases de una futura acción de la OEA en la materia a fin de progresar no solamente en la protección de los derechos y libertades fundamentales de sus habitantes con la incorporación del *habeas data* en su derecho positivo, sino como blo-

que regional, ofrecer, a la par, esa tutela en medida equivalente a la que brindan otras comunidades de Estados porque ello resulta condición necesaria para el tráfico internacional de la información, ya que las leyes internas y las convenciones en vigor prohíben la transferencia de datos hacia aquellos Estados cuya legislación no ofrezca una protección similar a la del país de origen o asiento del banco que los comunica.

QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR LES DROITS DE L'HOMME

Louis Favoreu^(*)

Ces quelques considérations sur les droits de l'homme sont destinées à rendre hommage à celui qui fut l'un des premiers à étudier leurs garanties effectives sous l'angle contentieux, notamment dans ses ouvrages et articles sur la protection juridictionnelle des droits de l'homme. Il s'agit d'un simple exposé de ce qui peut être aujourd'hui expliqué, notamment aux étudiants à partir des travaux récents.

I. LA NOTION DE DROITS DE L'HOMME

L'expression "droits de l'homme" est aujourd'hui susceptible de recevoir plusieurs sens. Plus exactement, elle coexiste avec des expressions synonymes: libertés individuelles, libertés publiques, libertés fondamentales, droits de la personne, droits civils (*civil rights*), droits humains (*derechos humanos*), droits fondamentaux, sans compter les combinaisons de ces formules: droits de l'homme et liberté fondamentales (intitulé de la célèbre convention européenne), droits et libertés fondamentaux (expression commentée aujourd'hui).

En fait, si les différentes notions se recourent et se *recouvrent* partiellement, elles ne sont pas totalement identiques. En outre, certaines sont spécifiques de tel ou tel système juridique national: ainsi en est-il par exemple des *libertés publiques* qui sont inséparables d'un certain état du droit français caractérisé par la prééminence de la protection des libertés assurée par le juge administratif à l'encontre du pouvoir exécutif, en vertu de la loi et non de la Constitution; ou bien des *droits de la personne* qui sont caractéristiques du système juridique canadien; quant

(*) Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III - Directeur du GERJC (CNRS) et de la Revue Française de droit constitutionnel.

aux droits civils (*civil rights*), ils marquent dans la Constitution américaine qu'il s'agit uniquement des droits classiques ou droits de la première génération.

Au sens étroit, les droits de l'homme peuvent apparaître comme désignant le premier cercle ou le noyau essentiel des droits et libertés, c'est-à-dire ceux dont la garantie constitue le minimum de protection accordée en tous lieux et en toutes circonstances; c'est pourquoi l'expression est surtout utilisée en droit international alors qu'en droit interne se généralise l'usage de l'expression droits fondamentaux ou de droits et libertés fondamentaux. Cette notion est plus large, en ce sens qu'elle inclut non seulement les droits civils et politiques mais aussi les droits économiques et sociaux, qu'ils soient protégés par les juges ordinaires, constitutionnels, ou internationaux, en vertu des normes législatives constitutionnelles ou internationales. Elle a aussi l'avantage d'éviter l'obstacle linguistique relatif au genre, qui a conduit les Canadiens, par exemple, à préférer l'expression droits de la personne à celle de droits de l'homme.

On considérera donc ci-après que par droits de l'homme on entend les droits et libertés fondamentaux, ce qui permet de résoudre non seulement les difficultés de définition évoquées plus haut mais aussi celles tenant à la distinction entre droits et libertés.

II. LES TROIS GÉNÉRATIONS DE DROITS DE L'HOMME

Il est désormais habituel de distinguer trois générations de droits de l'homme, encore que cette classification et la notion même de "génération des droits de l'homme" ne soient pas unanimement admises.

A) *La première génération de droits et libertés* a pour source le *Bill of Rights* anglais de 1688 (lui-même héritier de la Charte de Jean sans Terre de 1215), la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et les dix premiers amendements à la Constitution ou *Bill of Rights* américain de 1791; ces textes ayant eux-même comme postérité ou descendance la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les libertés fondamentales de 1950.

Les droits de la première génération ont pour caractéristiques communes d'être essentiellement conçus pour assurer une protection des individus contre l'État, en obtenant de celui-ci, sinon une abstention complète du moins une limitation de ses interventions au minimum nécessaire. A ce titre ils sont parfois dénommés les "droits -résistance". La philosophie libérale qui les inspire est celle des XVIII et XIX siècles: elle n'est aujourd'hui véritablement conservée qu'aux États Unis -et encore, avec un certain nombre d'atténuations- alors qu'en Europe, même la Convention européenne des droits de l'homme est en train d'évoluer, au fil des protocoles additionnels successifs et des interprétations jurisprudentielles de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ces libertés ont été qualifiées au XX siècle de libertés *formelles* et parfois même de libertés *négatives*. Dans une perspective délibérément critique, d'inspiration marxiste, on connaît

l'argument: à quoi cela sert-il de proclamer l'existence de libertés dès lors que beaucoup d'individus ne pourront en être les bénéficiaires faute de disposer du minimum leur permettant de subsister? Un tel argument -que nous retrouverons plus loin à propos des droits économiques et sociaux- n'est pas inexact dans son principe même, mais on peut lui reprocher d'avoir servi à masquer sinon à justifier l'absence de libertés de la première génération, notamment dans les États marxistes d'Europe centrale et orientale, et même à mettre en cause le système nord-américain, ainsi que de manière générale, les systèmes occidentaux. C'est au nom de tels arguments et principes que dans la France de l'après-guerre, les intellectuels de gauche, tels Jean-Paul Sartre par exemple, ou Michel Foucault, ont pu se livrer à une vive critique des libertés "bourgeoises" et, au contraire, à une apologie des systèmes marxistes.

Les choses ont bien changé aujourd'hui: après la chute du mur de Berlin -qui a eu lieu l'année même du bicentenaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen- les anciennes démocraties populaires se sont empressées d'inclure dans leurs nouveaux textes constitutionnels le catalogue complet des libertés bourgeoises, formelles ou négatives.

Ce qui ne signifie pas cependant que ces libertés réelles n'aient pas à être prises en considération désormais: elles correspondent aux droits et libertés de la deuxième génération qui font incontestablement partie de l'ensemble des droits fondamentaux en cette fin de XX siècle.

B) *La deuxième génération* des droits et libertés est apparue essentiellement au cours de la première moitié de ce siècle, même si on peut en déceler déjà les prémisses dans certains textes constitutionnels dès la fin du XVIII^e.

La Constitution française du 24 juin 1793, à l'article 21 de sa Déclaration des droits -incluse dans le texte fondamental qui, on le sait, ne fut jamais appliqué- fait déjà place à une conception nouvelle des droits et libertés:

Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler.

On retrouve la même idée dans la Constitution de la Deuxième République française du 4 novembre 1848 (article 13): "...la société ... fournit l'assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir".

Mais c'est au début du XX siècle que l'on voit inscrire dans les Constitutions un ensemble de dispositions relatives à ces droits: ainsi en est-il de la Constitution mexicaine de 1917 qui précède de peu la première Constitution soviétique de 1918.

Après la seconde guerre, la plupart des Constitutions nouvelles tant à l'Est qu'à l'Ouest, consacreront l'existence de cette nouvelle génération de droits, à l'exception cependant de la Loi fondamentale allemande de 1949 et de la Constitution japonaise de 1946. En outre, comme

il a déjà été souligné, la Convention européenne des droits de l'homme ne fait pas place à ces droits.

Ces droits de la deuxième génération que l'on appelle communément droits économiques et sociaux, s'inspirent d'une philosophie qui, à l'opposé de la philosophie libérale, met l'accent sur le *devoir d'intervention* de l'État. La collectivité doit garantir aux individus un minimum de moyens d'existence: les droits proclamés sont des "droits-créances", les individus pourront réclamer à la société la satisfaction d'un certain nombre de besoins. Les droits économiques et sociaux sont donc généralement, comme on les dénomme parfois en Italie, des "droits à" (par opposition aux "droits de" qui désignent les droits et libertés classiques): droit au travail, droit au logement, droit à l'instruction, droit à la sécurité ou à la protection sociale, droit à la protection de la santé, etc.

Ils permettent d'exiger de l'État non plus une abstention mais une action positive, qui consistera le plus souvent en la fourniture d'une prestation et supposera la création et le fonctionnement de services publics.

Ces droits ne sont donc pas immédiatement applicables car ils supposent une mise en oeuvre législative: dès lors ce que l'on appelle parfois leur "justiciabilité", c'est-à-dire leur capacité à fonder une action en justice, n'est pas toujours établie. Toutefois, il faut se garder de considérer qu'ils ne sont pas invocables soit devant le juge constitutionnel, soit devant les juges ordinaires. En effet, ce que l'on dénomme parfois, la "normativité" des droits économiques et sociaux n'est pas nécessairement fonction de l'intervention préalable du législateur.

C) *La troisième génération* des droits de l'homme viendrait ajouter des "droits de solidarité" aux libertés classiques et aux droits économiques et sociaux: ainsi sont parfois affirmés les droits à la paix, le droit au développement, le droit à un environnement sain (ou protégé), etc.

Certaines Constitutions, parmi les plus récentes, proclament quelques-uns de ces droits: ainsi en est-il par exemple des Constitutions portugaise et brésilienne ainsi que de la plupart des nouvelles Constitutions d'Europe centrale et orientale, pour le droit à l'environnement et de celle du Japon, pour le droit à la paix.

Cette conception extensive des droits de l'homme a été critiquée. Comme le dit Jean Rivero "si généreuse que soit cette inflation, elle est dangereuse, comme toute inflation, car elle risque d'ôter à la notion de droits de l'homme son caractère opérationnel" (J.RIVERO, 1996). On fait valoir notamment que "restent flous" les titulaires des nouveaux droits (chaque homme ou la collectivité?), leur objet (quel est celui du droit au développement?) et leur opposabilité (droits opposables à l'ensemble des pays? à certains pays? aux collectivités composantes de ces pays?).

Néanmoins, certains de ces droits commencent à être reconnus: ainsi le droit à l'environnement protégé non seulement est consacré par des conventions internationales mais les dispositions constitutionnelles qui l'affirment sont mises en oeuvre et respectées.

III. LES BÉNÉFICIAIRES OU TITULAIRES DES DROITS

La détermination des titulaires ou bénéficiaires des droits de l'homme soulève une série de questions qu'il convient d'examiner, sans trop s'attarder sur certaines d'entre elles.

A) On pourrait penser tout d'abord que seuls les *individus ou personnes physiques* sont titulaires ou bénéficiaires des droits de l'homme. En réalité, il est de plus en plus admis aujourd'hui que les *personnes morales*, y compris celles de droit public, soient bénéficiaires ou titulaires de ces droits, même lorsque, comme en France, les textes constitutionnels ne le prévoient pas expressément. De ce point de vue, l'expression droits fondamentaux est mieux adaptée que celle de droits de l'homme.

Personnes physiques et personnes morales ne sont évidemment pas placées dans la même situation: si les secondes ont généralement accès aux mêmes droits que les premières (liberté de la presse, liberté d'expression, droit de propriété, droit au juge, par exemple), il n'en va pas ainsi de tous les droits. Sont naturellement réservés aux personnes physiques, le droit à la vie, le droit de fonder une famille et la liberté de mariage, la liberté de conscience, le droit à la protection de la santé et bien d'autres droits et libertés. D'une manière générale, on peut considérer que les personnes morales jouissent de tous les droits qui ne sont pas consubstantiels à l'homme comme ceux touchant au corps et aux "biens spirituels", qui lui sont nécessairement liés (cf. *AJIC*, F. Moderne, VII-1991, p. 243).

La question est cependant posée de savoir si les personnes morales de droit public peuvent être bénéficiaires ou titulaires de droits. Une réponse affirmative paraît difficile à donner, s'agissant de l'État; encore que l'on ne voie pas pourquoi on ne lui reconnaîtrait pas un certain nombre de droits et garanties à caractère procédural.

En revanche, il est plus facile d'admettre que soient bénéficiaires de droits fondamentaux des personnes morales de droit public telles que les universités, les hôpitaux, les ordres professionnels.

Il y a quand même discussion sur le point de savoir si un réel élargissement du cercle des bénéficiaires ne conduit pas à mettre en cause la notion même de droits de l'homme ainsi qu'il a été observé plus haut, à propos de l'émergence d'une troisième génération de droits. Est ainsi posé le problème plus général des limites de l'extension de la notion de droits de l'homme à l'époque contemporaine.

B) Savoir si les *étrangers* peuvent être, comme les *nationaux*, titulaires ou bénéficiaires de droits fondamentaux soulève des questions d'un type différent.

Les Constitutions les plus anciennes, et notamment celles des XVIII^e et XIX^e siècles (constitutions française, norvégienne, belge, autrichienne) réservaient généralement le bénéfice des droits fondamentaux aux citoyens. Les Constitutions récentes, en revanche, ouvrent généralement ces droits aux étrangers, avec cependant un certain nombre de limites et de

nuances.

En fait, on s'accorde généralement à distinguer trois catégories de droits: les droits refusés aux étrangers, les droits reconnus aux étrangers comme aux nationaux, et les droits à degré de protection variable.

Les *droits refusés* sont ceux qui sont réservés aux nationaux pour des raisons diverses. Il y a d'abord, évidemment, les droits politiques ou droits du citoyen: traditionnellement seuls les nationaux ont le droit de vote (droit de suffrage actif) et d'éligibilité (droit de suffrage passif), et peuvent accéder aux emplois publics. Mais, notamment au sein de l'Union européenne, la situation est en train d'évoluer car les ressortissants communautaires sont progressivement autorisés à exercer leur droit de vote et parfois d'éligibilité - aux élections municipales. Il en va de même pour les emplois publics qui doivent eux aussi s'ouvrir à tous les citoyens de l'Union européenne (cf. F. DELPÉRÉE, 1995). Son également réservés aux nationaux et donc refusés aux étrangers, le droit d'accès et de séjour sur le territoire national (étant entendu que les demandeurs d'asile bénéficient d'un traitement particulier), et le droit de ne pas être éloigné du territoire national.

Les *droits pleinement reconnus* aux étrangers comme aux nationaux sont ceux qui sont considérés, en droit interne comme en droit international, comme les droits de l'homme au sens strict. On peut citer à cet égard un arrêt particulièrement significatif du Tribunal constitutionnel espagnol qui affirme l'égalité entre nationaux et étrangers quant à la jouissance "des droits qui appartiennent à la personne en tant que telle et non comme citoyen ou... qui sont indispensables pour garantir la dignité de la personne..." et qui souligne que "des droits comme le droit à la vie, à l'intégrité physique et morale, à l'intimité, à la liberté idéologique" ne peuvent recevoir "un contenu différent de celui dont bénéficient les espagnols" (in *AJJC* VII-1991, p.223). On remarquera à cet égard que des textes internationaux comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont de nature à garantir ce qui constitue la protection minimum en matière de droits de l'homme au profit des étrangers, au cas où la protection constitutionnelle serait insuffisante. Mais, en toute hypothèse, il est possible que même ces droits et libertés classiques aient à s'accommoder de certaines restrictions du fait des exigences de l'ordre public: ainsi, par exemple, la liberté d'aller et venir ou la liberté d'expression et de la presse des étrangers peuvent-elles être restreintes s'il apparaît que, momentanément, les risques d'atteinte à l'ordre public conduisent à limiter l'exercice de ces libertés.

Les *droits amoindris* ou à degré de protection variable, sont généralement les droits économiques et sociaux, et plus précisément ceux qui impliquent la fourniture de prestations de la part de la collectivité publique.

Il est généralement considéré que, si le bénéfice de ces droits n'est pas refusé aux étrangers, ceux-ci ne peuvent exiger d'être traités à égalité. Rares sont les Constitutions qui affirment l'égalité entre nationaux et étrangers, de ce point de vue. Le juge constitutionnel français a cependant considéré que même en matière de droits économiques et sociaux -et s'agissant notamment des droits à prestations sociales- le principe d'égalité s'appliquait entre nationaux et

étrangers: ainsi “l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice de l'allocation supplémentaire, dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux... méconnaît le principe constitutionnel d'égalité” (décision 89-269 DC, 22 janvier 1990). En fait, la portée de cette prise de position hardie est atténuée en ce que, d'une part, le bénéfice des prestations est réservé aux seuls “étrangers résidant régulièrement en France” et d'autre part, le législateur a toujours le droit de “prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques” -c'est-à-dire dérogeant au principe d'égalité- dès lors que ces “dispositions spécifiques” sont motivées par des considérations d'intérêt général reconnues valables par le juge constitutionnel. Les droits économiques et sociaux font en réalité partie, pour la plupart, de ce que la doctrine espagnole appelle les “droits à configuration législative”, c'est-à-dire les droits que le législateur a la possibilité d'aménager et éventuellement de restreindre, sans toutefois porter atteinte à leur substance même (voir *infra*).

IV. LA GARANTIE DES DROITS

On s'accorde à reconnaître, que la garantie des droits repose sur les éléments suivants: la force juridique, l'applicabilité directe, la réserve de loi, et le respect du contenu essentiel.

A) *La force juridique.* Pendant longtemps les dispositions relatives aux droits de l'homme contenues dans les Constitutions, ou dans les Déclarations des droits ont été considérées comme dépourvues de force juridique (du moins en Europe car aux États-Unis cette force juridique a été très vite reconnue). On estimait généralement qu'il s'agissait de proclamations de principe exprimant des conceptions philosophiques ou morales, sans effets juridiques et insusceptibles d'être invoquées utilement devant le juge à l'occasion d'un procès. Cette même appréciation était également portée à l'égard des clauses des déclarations ou instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

Cette vision des choses était encore prédominante en Europe après guerre et elle l'est restée dans certains pays comme la France jusqu'aux années soixante-dix. Encore aujourd'hui, il est très difficile de faire admettre à des générations de juristes ayant été formés avant cette période (ou même parfois depuis) que les déclarations de droits, même contenues dans les Constitutions, ont force juridique et s'imposent aux pouvoirs publics. Il est vrai que la pratique constitutionnelle des pays communistes d'Europe de l'Est, et notamment de l'Union soviétique, a largement contribué à maintenir ou renforcer ce sentiment, en proclamant triomphalement d'interminables déclarations de droits dont chacun savait qu'elles n'avaient aucun effet juridique.

Les dispositions constitutionnelles et internationales relatives aux droits fondamentaux ont désormais une force juridique pleinement reconnue et sanctionnée. Mais il est bien évident que ceci est lié à l'existence d'une justice constitutionnelle et d'une justice internationale aptes à consacrer cette force juridique car dans les pays où une telle institution n'existe pas (comme par exemple aux Pays-Bas) ou ne fonctionne pas (comme en Suède), les déclarations de droits contenues dans les Constitutions, continuent à n'avoir qu'une valeur symbolique. La “norma-

tivité” des déclarations de droits est fonction nécessairement de leur “justiciabilité”.

B) *L'applicabilité directe*. La question de l'applicabilité directe est liée à celle de la force juridique: l'une des explications de l'absence de force juridique des dispositions relatives aux droits de l'homme était tirée de la nécessité de l'intervention du législateur afin de mettre en oeuvre ces dispositions constitutionnelles.

La “normativité” des dispositions constitutionnelles était considérée comme insuffisante: elle devait être, en quelque sorte, renforcée par l'édition de dispositions législatives complémentaires. Mais ces dispositions législatives pouvaient ne jamais intervenir: et les dispositions constitutionnelles restaient alors lettre morte. Ce qui, dans beaucoup de cas, pouvait fort bien convenir aux gouvernants qui voyaient ainsi d'un bon oeil rester inapplicables des dispositions susceptibles de limiter leur liberté d'action. De la même manière, certaines conventions internationales relatives aux droits de l'homme ont pu être officiellement ratifiées et ne jamais entrer en vigueur, parce que n'ont jamais été votées les lois nécessaires à leur insertion dans l'ordre juridique interne. C'est ce qui s'est produit fréquemment dans les pays communistes d'Europe de l'Est, et notamment en Pologne, avant 1989.

Ceci explique qu'un certain nombre de Constitutions modernes contiennent des clauses affirmant explicitement l'applicabilité directe des dispositions relatives aux droits fondamentaux: ainsi la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne qui, dans son article 1^{er} alinéa 3 précise que “les droits fondamentaux énoncés ci-dessous lient le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire à titre de droit directement applicable”; ainsi également la Constitution portugaise qui dispose, en son article 18, que “les normes constitutionnelles relatives aux droits, aux libertés et aux garanties sont directement applicables et s'imposent aux entités publiques et privées”. Dans d'autres pays, l'applicabilité directe va être consacrée par le juge constitutionnel comme cela a été le cas en France par exemple.

C) *La réserve de loi*. Seul le législateur -et donc le Parlement- a compétence générale pour édicter des normes en matière de droits et libertés, en complément de celles énoncées par la Constitution: celle-ci réserve au pouvoir législatif la compétence d'aménagement des droits et libertés qu'elle énonce. Cette réserve constitutionnelle de compétence au profit du pouvoir législatif est aujourd'hui consacrée dans la plupart des Constitutions modernes: même la Constitution française de 1958, pourtant considérée comme limitant la compétence du législateur -ce que la pratique a démenti par la suite- dispose clairement dans son article 34 que seule la loi peut fixer les règles relatives aux “garanties fondamentales des libertés publiques”.

Cette réserve de loi se traduit par le fait que le régime juridique des divers droits et libertés doit être défini par le Parlement et que seul celui-ci peut apporter des restrictions à l'exercice de ces droits (à condition d'en respecter le contenu essentiel ou la substance) (voir *infra* 4). Lui seul peut également opérer la conciliation, parfois nécessaire, entre droits et libertés dont les exigences peuvent être contradictoires.

Cela s'explique par le fait que le débat public contradictoire qu'implique le vote d'une loi -et qui n'existe pas lorsque le gouvernement prend un règlement- est de nature à assurer une

garantie pour les droits et libertés.

Dès lors, il est logique d'appliquer ce que l'on appelle la "réserve de loi absolue" afin d'exclure l'intervention d'une législation déléguée -c'est-à-dire d'actes pris par le pouvoir exécutif à la place du pouvoir législatif et sur habilitation de celui-ci- en matière de droits et libertés.

On observera que la Cour européenne des droits de l'homme a une conception beaucoup plus extensive de la notion de loi au motif qu'il ne faut pas "forcer la distinction entre pays de *Common law* et pays continentaux". Elle admet ainsi qu'un acte administratif puisse donner une base légale à une ingérence (25 février 1992 *Anderson A.* 226 § 84). Pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme en revanche, la loi a une définition organique et formelle et ne peut désigner qu'un acte voté par les organes législatifs démocratiquement élus conformément à la Constitution (AC 6/86, 9 mai 1986).

D) *Le respect du contenu essentiel.* En matière de droits fondamentaux, la réserve de compétence au profit du législateur s'arrête là où commence la réserve de compétence au profit du pouvoir constituant: le législateur doit respecter la "substance" ou le "contenu essentiel" de ces droits. C'est ce qu'affirme par exemple la Loi fondamentale allemande (art. 19 al. 2): "En aucun cas, il ne peut être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental". Va dans le même sens l'article 53 al.1 de la Constitution espagnole selon lequel si la loi peut seule réglementer l'exercice des droits et libertés "elle devra dans tous les cas respecter leur contenu essentiel". A défaut d'être inscrit expressément dans un texte, le respect du contenu essentiel peut être dégagé par le juge constitutionnel, comme c'est le cas en France par exemple, où le Conseil constitutionnel veille à ce que le législateur ne "dénature" pas la portée d'un droit fondamental.

La Cour européenne des droits de l'homme a décidé, de même que si des limitations pouvaient être apportées aux droits fondamentaux, c'est à condition qu'elles ne portent pas atteinte à la "substance" même des droits concernés.

La définition du noyau irréductible d'un droit fondamental est difficile à opérer et peut varier selon les droits concernés et les circonstances: c'est au cas par cas que l'on peut déterminer le contenu essentiel ou la substance d'un droit. Ainsi, par exemple, le droit de grève des fonctionnaires et agents publics -droit constitutionnel en Italie et en France- n'est-il pas atteint dans sa substance si le législateur exige que soit assuré un "service minimum" au cas de grève dans tel ou tel service public - mais il n'y a plus respect du contenu essentiel du droit de grève si ce service minimum devient un service normal.

V. LA PROTECTION DES DROITS

La protection des droits de l'homme n'est véritablement assurée que si elle est confiée à des juridictions. Certes, il existe des protections non juridictionnelles tant au plan interne (par exemple, celles qui sont exercées par des institutions du type *ombudsman*) qu'au plan interna-

tional (notamment les techniques ou procédures mises en place dans le cadre des Nations unies); mais l'effectivité de la protection n'est véritablement garantie que si elle est confiée à des tribunaux (cf. F. SUDRE, 1995).

A) *Les protections juridictionnelles internationales.* Répondent à ces exigences les systèmes mis en place par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, et par la Convention américaine des droits de l'homme signée à San José de Costa Rica le 22 novembre 1969, la seconde s'étant d'ailleurs inspirée de la première.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, dont la quasi-totalité des États-membres a ratifié la Convention, fonctionne un mécanisme assez complexe faisant intervenir la Commission européenne des droits de l'homme, la Cour européenne et le Comité des ministres. Les individus peuvent saisir directement la Commission, dès lors que l'État contre lequel est dirigée la requête a accepté le principe du recours individuel (ce qui est le cas aujourd'hui de tous les États parties à la Convention). Peuvent introduire de tels recours les personnes physiques ou morales qui se prétendent "victimes d'une violation par l'une des hautes parties contractantes des droits reconnus par la Convention" (art. 25). Pour que le recours soit recevable, la violation doit avoir affecté de manière suffisamment directe les intérêts du plaignant et celui-ci doit avoir épuisé préalablement les voies de recours internes. En outre, le recours individuel pourra être écarté par trois membres de la Commission s'il est "manifestement infondé".

En fait, 94% des recours individuels sont ainsi rejetés et sur les 6% restants, une proportion non négligeable (environ 12,5%) donne lieu à règlement amiable. C'est en définitive dans 5% des cas que la Commission peut établir -parfois au bout de 3 ou 4 ans- un rapport pouvant conclure à un renvoi à la Cour. Si l'affaire n'est pas déférée à la Cour dans un délai de trois mois, c'est au Comité des ministres qu'il appartient de décider de la suite à donner.

La Cour statue sur la conformité ou la non conformité du comportement de l'État à la Convention et peut éventuellement allouer une indemnité à la victime du comportement fautif.

Le 11 mai 1994, a été adopté un protocole d'amendement prévoyant la fusion de la Commission et de la Cour en une seule juridiction à laquelle les requêtes pourront être adressées directement. Ce protocole est entré en vigueur après ratification par les États-membres et la nouvelle Cour, composée de 39 membres, va entrer en fonctions en novembre 1998.

Créée en 1959 pour promouvoir l'observation et la défense des droits de l'homme consacrée par la Déclaration américaine relative aux droits et devoirs de l'homme de 1948, la Commission interaméricaine a été intégrée au système de protection des droits de l'homme issu de la Convention de San José de 1969. Sur le modèle de la Commission européenne des droits de l'homme, elle a notamment pour mission de connaître des recours individuels. Mais, la spécificité du système panaméricain réside dans le fait que la Commission interaméricaine est compétente pour connaître aussi bien des recours dirigés contre un État partie à la Convention

américaine que ceux dirigés contre un État membre de l'Organisation des États américains mais n'ayant pas encore ratifié ladite Convention. Par ailleurs, la compétence de la commission impose obligatoirement aux États parties la Convention même si ces derniers n'ont pas expressément admis la juridiction de la commission.

Toute organisation non gouvernementale et tout particulier ou groupe de particuliers peut ainsi exercer un recours individuel devant la Commission à condition toutefois d'invoquer la violation directe d'un droit garanti par la Convention et d'avoir préalablement épuisé les voies de recours internes. Il convient cependant de souligner que cette dernière condition fait l'objet d'une interprétation moins rigoureuse que dans le système européen.

La Commission interaméricaine doit se mettre à la disposition des intéressés en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire qui s'inspire du respect des droits de l'homme tels que les reconnaît la Convention. En cas d'échec, elle peut formuler à l'État concerné les recommandations qu'elle juge pertinentes en vue de remédier aux éventuelles violations constatées. Après un délai de trois mois à compter de la transmission à l'État de ses conclusions, la Commission dispose de l'alternative de prononcer de nouvelles recommandations susceptibles de faire l'objet d'une publication ou de soumettre le litige à la Cour.

La Cour n'est compétente que pour connaître du recours dirigé contre un État partie à la Convention et ayant expressément reconnu le caractère obligatoire de la juridiction de la Cour. Celle-ci statue sur la conformité ou la non-conformité du comportement de l'État sans être tenue par la décision de la Commission et peut éventuellement allouer une indemnité.

L'activité de la Cour est encore relativement réduite comparée à celle de la Cour européenne des droits de l'homme si l'on considère qu'en 1997, elle avait rendu neuf décisions au fond dont sept avaient abouti à une condamnation de l'État concerné. Mais, il y a fort à parier que les activités de la Commission et de la Cour interaméricaines rendront à se développer avec la ratification ultérieure de la Convention par les États membres de l'Organisation des États américains et avec l'acceptation du principe de juridiction de la Cour par ceux déjà parties à la Convention.

B) *Les protections juridictionnelles nationales.* Les protections juridictionnelles internationales ne doivent normalement intervenir que si les protections juridictionnelles nationales ne remplissent pas correctement leur rôle: c'est ce que traduit d'ailleurs l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes.

Ces voies de recours sont d'abord celles qui sont ouvertes devant les juridictions ayant à traiter l'ensemble des litiges et procès, c'est-à-dire tous les tribunaux placés sous l'autorité d'une ou plusieurs juridictions suprêmes, selon s'il y a un seul, deux ou plusieurs ordres de juridictions. Ces voies de recours, le plus souvent, n'ont pas été créées spécifiquement pour assurer la protection des droits fondamentaux mais elles permettent généralement d'arriver à ce résultat, dès lors que les tribunaux prennent en considération et appliquent les normes constitu-

tionnelles et internationales qui garantissent l'existence de ces droits. Toutefois, il est possible qu'une voie de recours spécifique soit ouverte devant les juridictions judiciaires et administratives pour assurer cette protection: ainsi en est-il en Espagne des recours d'*amparo* (cf. M. CARRILLO, 1996).

Dans les pays qui ont adopté le modèle européen de justice constitutionnelle lequel se caractérise comme on le sait par l'attribution du monopole du contrôle de constitutionnalité à une Cour constitutionnelle (cf. L. FAVOREU, 1990) la juridiction constitutionnelle a généralement comme attribution centrale la protection des droits fondamentaux. Cette protection peut être obtenue par l'utilisation de diverses voies de recours déclenchant un contrôle abstrait *a priori* ou *a posteriori* à la demande d'autorités politiques ou publiques, ou un contrôle concret sur renvoi des juridictions ordinaires. Mais il existe aussi des voies de recours spécifiques, aménagées spécialement pour assurer la protection des droits fondamentaux.

On peut donner des exemples de recours directs ouverts aux individus dans plusieurs pays.

Tout d'abord, en Suisse existe depuis le début du XX^e siècle un "recours de droit public" permettant à tout individu de se plaindre de la violation de ses droits constitutionnels par une autorité publique devant le Tribunal fédéral - mais le recours ne peut mettre en cause que la régularité des actes et lois des cantons et non celle des lois fédérales.

En République fédérale d'Allemagne, dès 1959, le recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*) donne la possibilité à tout individu de se plaindre de la lésion de ses droits fondamentaux résultant de l'application d'un acte législatif, d'un acte administratif ou d'un acte juridictionnel (jugement ou arrêt), directement devant la Cour constitutionnelle fédérale. Plusieurs milliers de recours sont ainsi déposés chaque année. Depuis 1975, l'Autriche a adopté le même système mais le nombre de recours formulés est beaucoup plus faible.

En Espagne, la Constitution de 1978 a créé un recours d'*amparo* dont tout individu peut user pour mettre en cause devant le Tribunal constitutionnel la régularité de l'atteinte à ses droits fondamentaux résultant de l'application d'un acte administratif ou d'un acte juridictionnel (à l'exclusion des actes législatifs). Le Tribunal constitutionnel espagnol reçoit chaque année environ 4 000 recours.

En Belgique, la Cour d'Arbitrage peut être saisie, depuis 1989, par toute personne de l'atteinte portée à trois droits protégés par les articles 10, 11 (principe d'égalité et de non discrimination) et 24 (liberté d'enseignement) de la Constitution, par toute loi, décret ou acte ayant force de loi émanant des autorités étatiques, communautaires ou régionales.

Des recours de ce type ont aussi été institués par certaines nouvelles Constitutions des pays d'Europe centrale et orientale et notamment en Hongrie où la Cour constitutionnelle peut être très aisément saisie de plaintes émanant d'individus contre toute catégorie d'actes portant

atteinte à leurs droits fondamentaux.

Il apparaît, à la lumière de l'expérience et après observation des pratiques suivies notamment en Allemagne, Espagne et Belgique, que, pour la quasi-totalité, des milliers de recours déposés chaque année dans les deux premiers pays, sont dirigés contre des jugements et arrêts des tribunaux et des cours, tandis qu'en Belgique il n'y a guère qu'une centaine de plaintes contre des actes législatifs. Les individus mettent donc essentiellement en cause la violation de leurs droits fondamentaux par les juridictions, y compris par les juridictions suprêmes. Ainsi donc, assez paradoxalement, c'est contre le pouvoir judiciaire que s'exerce la protection des droits fondamentaux, du moins dans les deux pays dans lesquels les voies de recours spécialement aménagées à cet effet ont connu des dizaines de milliers d'utilisation, depuis quarante-sept ans en Allemagne, et dix-sept ans en Espagne. C'est une conclusion à laquelle il n'était pas évident d'arriver mais qui s'impose néanmoins au vu de la pratique suivie.

VI. LE RAYONNEMENT ET L'UNIVERSALITÉ DES DROITS

La diffusion, après la seconde guerre mondiale de la philosophie ou de l'idéologie, -de la religion comme ont même dit certains- des droits de l'homme a eu un impact considérable non seulement en Europe mais dans la plupart des pays dans le monde. C'est ce qu'on a pu appeler "la mondialisation du discours de proclamation des droits de l'homme" (F. SUDRE, 1995). Désormais, tout pays est, en quelque sorte, exposé au rayonnement des droits de l'homme; mais la question est de savoir si ce rayonnement est reçu de la même manière partout et si l'universalité des droits est acquise.

A) *Le rayonnement des droits* a certainement sa force maximum dans les pays d'Europe occidentale et d'Amérique du Nord; mais, peu à peu, on constate l'extension à d'autres zones soit que progresse la démocratie (comme en Amérique du Sud, en Afrique ou en Asie du Sud Est), soit que les systèmes démocratiques déjà existants se transforment en États de droit constitutionnels.

En fait, la force du rayonnement des droits est incontestablement fonction de l'existence d'une justice constitutionnelle et d'un contrôle de constitutionnalité (cf. L. Favoreu, 1990) et plus généralement d'un mécanisme de protection juridictionnelle au niveau national et/ou international. On peut même dire que cette force est fonction de l'aménagement des voies de recours et de la fréquence d'utilisation de celles-ci. Il est évident, par exemple, que l'influence des normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux sur l'ordre juridique, s'est manifestée beaucoup plus rapidement en Allemagne et en Espagne qu'en France parce que des milliers de plaintes individuelles pour violation des droits et libertés sont déposées chaque année dans les deux premiers pays, alors que ce n'est pas possible dans le troisième. De même, le rayonnement des droits de l'homme sera certainement plus fort dans les États de l'Union européenne dans lesquels les individus peuvent invoquer trois catalogues de droits (contenus dans la Constitution nationale, la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte jurisprudentielle élaborée par la Cour de justice) et trois protections juridictionnelles (assurées par le juge constitutionnel national et les Cours de Strasbourg et de Luxembourg) que dans

d'autres États moins bien pourvus.

Le rayonnement des droits se traduit par une transformation de l'ordre juridique soumis ou exposé à un tel phénomène. Ceci, qui a été décrit, il y a une vingtaine d'années à propos du droit allemand, est transposable aux divers ordres juridiques: "La théorie des droits fondamentaux a vocation à exercer une profonde influence sur l'ensemble du droit allemand, soit par la déduction de nouvelles règles de droit soit par l'annulation de dispositions contraires, soit encore par l'interprétation de règles existantes dans un sens conforme à la Constitution" (M. Fromont, 1974). Et ce sont non seulement les normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux mais aussi les normes européennes et internationales, qui irriguent ainsi progressivement les diverses branches du droit (droit pénal, droit civil, droit administratif, droit social, droit financier, droit fiscal etc.). Ainsi l'application et le respect des normes protectrices des droits et libertés par les autorités politiques, administratives et juridictionnelles vont entraîner la constitutionnalisation et l'eupéanisation (ou la communautarisation) de l'ordre juridique.

La force du rayonnement des droits peut encore être accentuée s'il est admis que les droits fondamentaux ne sont pas seulement opposables aux collectivités publiques dans les rapports que celles-ci entretiennent avec les personnes privées mais aussi entre ces personnes privées. La question est alors de savoir si les droits fondamentaux produisent uniquement des effets "verticaux" (de l'individu vers la puissance politique) ou bien aussi des effets "horizontaux" (au profit d'une personne privée à l'égard d'une autre personne privée). Cette théorie allemande de la *Drittwirkung* est appliquée avec prudence par les Cours constitutionnelles essentiellement dans certains domaines du droit, comme le droit social: il est bien évident par exemple que si le droit de grève est constitutionnellement reconnu et garanti, il pourra être invoqué par les salariés à l'encontre de l'employeur; il en va de même de la liberté syndicale.

La Cour européenne des droits de l'homme va dans le même sens lorsqu'elle admet les effets horizontaux du droit à la liberté syndicale et du droit au respect de la vie privée et familiale (26 mars 1985, X et Y c/ Pays Bas, A. 91 § 23): les obligations positives inhérentes au droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) "peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux".

Ce rayonnement des droits de l'homme peut, surtout si s'applique la théorie de la *Drittwirkung*, conduire à changer assez profondément le contenu des diverses branches du droit et provoquer, de ce fait, une résistance voire une hostilité des tenants d'une conception classique du droit, notamment des juges. C'est pourquoi, en Italie, a été développée la théorie du "droit vivant" en vertu de laquelle le juge constitutionnel fait siennes et constitutionnalise les diverses analyses et interprétations des juges ordinaires. Le juge constitutionnel français s'est également engagé dans cette voie au cours des dernières années, afin, également, de mieux faire accepter sa jurisprudence par les juridictions administratives et judiciaires.

B) *L'universalité des droits de l'homme* est souvent affirmée comme évidente et justifie d'ailleurs leur rayonnement. Mais on peut se demander si, réellement, tous les droits de

l'homme ont le même contenu et sont respectés de la même manière partout.

L'universalité des droits de l'homme est fondée sur l'idée selon laquelle les droits de l'individu existent quel que soit le type de société dans laquelle il se trouve parce que ces droits préexistent à toute société et sont attachés à l'être humain en tant que tel. Mais cette conception des droits de l'homme et de son universalité n'est pas reconnue par tous. Il y a eu, à un moment donné, trois conceptions différentes: celle de l'Ouest (libérale), de l'Est (marxiste) et du Sud (tiers-mondiste). Après l'écroulement des systèmes communistes on peut considérer que désormais s'impose seule la première et qu'il ne peut y avoir plusieurs conceptions des droits de l'homme: la preuve en est que les nouvelles Constitutions d'Europe centrale et orientale mais aussi d'Afrique et d'Amérique latine adoptent cette conception unique.

Le problème est que certaines civilisations et certains pays n'acceptent pas cette idéologie des droits de l'homme qui fait de l'être humain et de l'individu le centre du système juridique et politique. Ainsi en est-il en Asie de plusieurs pays tels que la Chine ou la Malaisie et aussi du Proche Orient, des pays islamistes.

En outre, même au sein des pays qui acceptent et partagent l'idéologie des droits de l'homme, il n'y a pas nécessairement uniformité de conception. Ainsi, a-t-il pu être discuté au cours d'un récent colloque international consacré à "l'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone" (AUPELF, 1994) des rapports entre l'universalité de ces droits et la diversité culturelle. Un certain nombre de droits et libertés ne peuvent avoir partout le même contenu: ainsi en est-il, par exemple de la liberté religieuse; ou des questions liées à la procréation telles que l'interruption volontaire de grossesse et de manière plus générale ce que l'on appelle -du moins en France- la bioéthique. L'histoire, la structure des sociétés, la composition de la population, peuvent justifier l'application de règles différentes. Il doit cependant y avoir un minimum commun.

Il y a toutefois un certain nombre de droits qui constituent le noyau dur des droits et libertés fondamentaux et qui devraient avoir partout le même contenu.

*
* *

Les droits de l'homme sont partout! La notion est non seulement présente dans tous les domaines du droit, mais elle envahit aussi les secteurs de la politique et de la diplomatie.

Tout gouvernement doit aujourd'hui compter avec les ligues ou associations de défense des droits de l'homme qu'elles soient nationales ou internationales. Et même dans les relations internationales, les diplomates et les hommes d'État doivent être extrêmement attentifs à la manière dont les droits de l'homme sont protégés et respectés -ou ne le sont pas- dans tel ou tel

pays avec lequel des liens doivent être noués.

La pression et les contraintes ainsi exercées sur les gouvernants par l'idéologie des droits de l'homme sont devenues un puissant facteur d'évolution des régimes politiques vers la démocratie.

BIBLIOGRAPHIE

A.I.J.C., *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. I (1985) à X (1994).

AUPELF, *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone* (Colloque international 29-30 sept. 1993). Edit. AUPELF-UREF, Montréal, 1994.

CARRILLO (M.). *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1995.

CRUZ-VILLALON (P.), *A.I.J.C.*, VII-1991, p. 219.

DELPÉRÉE (F.), *Les droits politiques des étrangers*, PUF, coll. "Que sais-je?", 1995.

ERGEZ (R.) (a cura di), *Les droits économiques sociaux et culturels dans la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

FAVOREU (L.). "Costituzionalita delle leggi, controllo di", *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. II, Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1992.

- Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitutin du droit, *RFDG*, 1990, n° 1, p. 71.

- (a cura di), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, PUAM et Economica, 1982.

- *Tribunales constitucionales europeas y derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984.

FIX-ZAMUDIO (H.), *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974.

- *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, Universidad nacional autónoma de México, México, 1980.

- *Justicia constitucional ombdusman y derechos humanos*, Comisión Nacional de derechos humanos, México, 1993.

FROMONT (M.), "Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale allemande", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977.

MODERNE (F.), *A.I.J.C.*, VII-1991, p. 237.

RIVERO (J.), *Les libertés publiques*, Paris, PUF, Thémis, Coll. Droit public, vol. I, 1996.

R.J.C., *Recueil de jurisprudence constitutionnelle*. I-395, Paris, Litec, 1995.

SUDRE (F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF 1989, 2^o éd., 1995.

LOS NUEVOS RETOS EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS: LAS AMENAZAS DEL PODER INFORMÁTICO Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS DIFUSOS

Francisco Fernández Segado^(*)

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

I. La evolución de los derechos humanos, su carácter esencialmente dinámico, en definitiva, su historicidad, como señala Bidart,¹ está en la misma base sobre la que apoya la diversidad de técnicas de protección de los derechos que encontramos en el decurso del tiempo, y de modo muy acentuado en los últimos lustros.

Como es sobradamente conocido, hoy podemos hablar de la existencia, al menos, de tres generaciones de derechos: 1) la de los derechos individuales, que surgen con el constitucionalismo liberal clásico de fines del siglo XVIII y principios del XIX; 2) la de los derechos sociales y económicos, que afloran en el constitucionalismo de entreguerras entrelazados, como recordara Mirkine-Guetzévitch,² con la tendencia general del constitucionalismo de esa época a la racionalización del poder, o lo que es lo mismo, a la penetración del Derecho en todos los fenómenos de la vida social, y que encuentra en las Constituciones de México de 1917 y de Weimar de 1919 su manifestación culminante, y 3) la que se conoce como tercera generación de derechos, de reciente aparición, y que constituye un ciclo aún no cerrado, dentro de la cual encontramos un conjunto de derechos que se asientan, como bien ha significado Vasak,³ en la solidaridad.

(*) Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela.

1 Germán J. BIDART CAMPOS y Daniel E. HERRENDORF: "Principios de Derechos Humanos y Garantías", Ediar, Buenos Aires, 1991, págs. 86-87.

2 Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH: "Modernas tendencias del Derecho Constitucional", traducc. de Sabino Álvarez Gendín, Editorial Reus, Madrid, 1934, págs. 86-87.

3 Karel VASAK: "Pour les Droits de l'Homme de la Troisième Génération: Les Droits de Solidarité" (Lección inaugural en el Instituto Internacional de Derechos Humanos del Consejo de Europa), Estrasburgo, 1979.

Cabe ahora que nos detengamos muy brevemente en una reflexión complementaria sobre esta última generación de derechos, dotados, como apunta Bonavides,⁴ de un altísimo grado de humanismo y universalidad, fruto -añadiríamos por nuestra parte- no sólo de la eclosión de un conjunto de nuevos valores sociales, mayoritariamente compartidos por amplios sectores de la Humanidad, sino también, al mismo tiempo, de la irrupción impactante en nuestro mundo, en buena medida como consecuencia paradójica de los últimos avances de la ciencia y de la tecnología,⁵ de una serie de graves amenazas directamente dirigidas a la existencia del ser humano y a la necesaria conservación de su hábitat. De esta forma, han surgido un conjunto de derechos que emergen de la reflexión del ser humano sobre cuestiones relativas a la paz, al medio ambiente, a la conservación de la Naturaleza, a la explotación racional de los recursos naturales, a la salud y a la calidad de vida, al respeto del patrimonio histórico y cultural de la Humanidad en su conjunto... etc. En definitiva, los nuevos valores sociales del hombre de las postrimerías de nuestro siglo han dado vida a otros tantos derechos originales perfectamente ubicables dentro de esa tercera generación a que antes aludíamos.

El reconocimiento, a veces incluso constitucional, común denominador éste de los últimos códigos fundamentales, de los nuevos derechos ha planteado con toda crudeza la problemática del diseño de mecanismos eficaces de garantía. Y es que resulta evidente que el derecho constitucional es ante todo derecho, lo que de modo ineludible exige un cauce de tutela del mismo que lo proteja frente a cualquier violación, o aún amenaza de violación, con independencia de quien sea el potencial agresor, de acuerdo con el conocido aforismo “where there is no remedy there is no right”.

Este diseño de mecanismos de garantía o, como dijera Jellinek,⁶ de unas posibilidades jurídicas de poner en movimiento la sanción, se enfrenta al reto de dar una respuesta idónea al fenómeno de la llamada “contaminación de las libertades” (liberties’ pollution), así denominada por algunos sectores de la teoría social anglosajona, expresión con la que se desea aludir a la degradación que aqueja a ciertos derechos ante determinados usos de las nuevas tecnologías, circunstancia que ha dado pie a algún autor para, de modo aún más impactante, hablar del peligro de desintegración radioactiva de los derechos fundamentales.⁷

4 Paulo BONAVIDES: “Curso de Direito Constitucional”, 5a. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1994, pág. 523.

5 *Cfr.* al respecto, Antonio E. PÉREZ LUÑO: “Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las nuevas tecnologías”, Madrid, 1987.

6 Recordemos que para Jellinek, a todo principio de derecho acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al Derecho. Esta idea de la auto-obligación del Estado respecto a su Derecho ha desempeñado, según el propio Jellinek, un papel importantísimo en la formación del constitucionalismo moderno. *Cfr.* al efecto, Georg Jellinek: “Teoría General del Estado”, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1980, págs. 276 y 279.

7 Alexander ROSSNAGEL: “Radiaktiver Zerfall der Grundrechte?”, 1984. *Cit.* por Antonio E. Pérez Luño, en el colectivo, “Los derechos humanos en Europa”, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 1989, pág. 295.

La complejidad del problema se pone de manifiesto si se advierte que buen número de los derechos de la tercera generación que se entrelazan con esos nuevos valores sociales que han despertado una especial sensibilidad por parte del ser humano de nuestro tiempo, no encuentran fácil encaje en las figuras tradicionales de los derechos públicos subjetivos o de los intereses legítimos, ni tan siquiera en la de los derechos colectivos, esto es, aquellos que siendo transindividuales e indivisibles tengan como titular un determinado grupo social o clase de personas vinculadas entre sí por una relación jurídica. Más bien se ubican dentro de lo que se conoce como los “intereses difusos”, “tertium genus” entre los intereses generales y los individuales, si bien se hallan más cerca de los intereses privados que de los públicos, por cuanto, en definitiva y como bien señala Miranda,⁸ se trata de necesidades comunes a conjuntos indeterminados de individuos que sólo pueden ser satisfechas desde una óptica comunitaria. Por lo general, reposan en circunstancias puramente fácticas, frecuentemente genéricas, contingentes y mutables: piénsese, por ejemplo, en el consumo de un mismo producto, en el goce de un mismo espacio natural... etc. Por lo mismo, los titulares de estos “intereses difusos” son conjuntos de ciudadanos más o menos amplios, pero en todo caso en número indeterminado y posiblemente indeterminable. Y todo ello plantea como problema más acuciante el de la accionabilidad o, si prefiere, el de la legitimación procesal para recurrir en su defensa ante los órganos jurisdiccionales.

Pero no sólo la tecnología y sus avances han incidido sobre la búsqueda de nuevos mecanismos de garantía de los derechos, también, como advierte Cappelletti,⁹ las gigantescas transformaciones de la economía han impactado sobre aquéllos en forma similar, generando la necesidad de abandonar los esquemas tradicionales, esencialmente individualistas, y como tales enteramente inadecuados, del derecho sustantivo y procesal en esta materia. En nuestro tiempo, los bienes y servicios son producidos, las más de las veces, en cadena, y distribuidos en mercados más amplios cada vez, con frecuencia transnacionales, por lo que es de todo punto absurdo pensar en que los esquemas tradicionales del proceso entre partes puede permitir a un consumidor aislado, por poner un ejemplo, el ejercicio eficaz de sus propios derechos enfrentado con los gigantes de la economía moderna, como es el caso de las grandes multinacionales. En tales condiciones no es nada extraño que los contratos hayan perdido en la mayor parte de los casos su carácter tradicional de puntos de encuentro de voluntades individuales, para convertirse en contratos “standard” asentados en cláusulas generales de adhesión.

En el caso de otros derechos hondamente arraigados en la tradición constitucional, como puede ser el supuesto de la libertad de expresión, al margen ya de asumir de modo muy acentuado una vertiente institucional que les ha dado un nuevo sesgo, en lo que ahora importa, se han revestido de un carácter social que en muchos casos ha venido a suponer el reconocimiento de la titularidad de los mismos al propio colectivo social conjuntamente con los individuos aisladamente considerados. Y ello, lógicamente, no ha podido dejar de desencadenar consecuencias en lo que a la accionabilidad del derecho se refiere.

8 Jorge MIRANDA: “Manual de Direito Constitucional”, tomo IV (Direitos fundamentais), Coimbra Editora, 2a. ed., Coimbra, 1993, pág. 66.

9 Mauro CAPPELLETTI: “O Acesso dos Consumidores à Justiça”, en Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), “As garantias do cidadão na justiça”, Editora Saraiva, São Paulo, 1993, págs. 309 y sigs.; en concreto, pág. 310.

Siguiendo con el ejemplo inmediatamente antes referido, la libertad de expresión, cabe recordar que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha hecho eco en su jurisprudencia de los trascendentales cambios operados en la prensa y, de resultas, en el ejercicio de ese derecho. Y así, en su Sentencia dictada en el *Caso Miami Herald Publishing Co., Division of Knight Newspaper Inc. vs. Tornillo* (1974), reconoce que el público ha perdido la capacidad de responder o contribuir de una manera significativa en el debate de los distintos temas por el monopolio de los medios de comunicación, de modo tal que la finalidad de la Primera Enmienda a la Constitución de que el público sea informado, está hoy en peligro porque -siempre según el Tribunal Supremo norteamericano- el “mercado de ideas” es ahora “un monopolio controlado por los dueños del mercado”.

En análoga dirección, la Corte Suprema argentina, en un reciente y muy controvertido fallo, dictado en el *Caso Ekmekdjian c. Sofovich* (7 de julio de 1992),¹⁰ ha llegado a decir que “del derecho activo a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, poco le queda al hombre de nuestro tiempo; le resta el derecho pasivo a saber, a conocer, a que le digan lo más verazmente posible lo que ocurre, es decir, el derecho social a la información”. Por lo expuesto, fácilmente se comprende que las amenazas para el ejercicio del derecho a que venimos refiriéndonos ya no provienen tan sólo de los poderes públicos, sino que también pueden surgir de la actuación de esos omnipotentes imperios de la información.

II. Uno de los ámbitos en donde en mayor medida han impactado los avances tecnológicos, en especial en el campo de la informática, ha sido el de la intimidad personal. Aquí, de modo clarividente, se pone de relieve cómo la evolución de las fuentes, de los mecanismos del poder en la historia, de lo que constituye un buen ejemplo el progreso de la ciencia y de la tecnología, entraña nuevas y antaño desconocidas amenazas para algunos derechos.

El Estado social y democrático de Derecho de nuestros días requiere para su funcionamiento eficaz de una acumulación de información en otras épocas irrelevante, y hoy verdaderamente decisiva. La informática se ha convertido así en un útil aliado del Estado por cuanto posibilita la transformación de informaciones dispersas en una información perfectamente organizada y sistematizada, y tan es así que se ha llegado a hablar de la existencia de un poder social informático, no siendo irrelevante recordar que grupos privados pueden disponer, y así acontece en la realidad, de ese poder en alguna medida. Como bien dice Pérez Luño,¹¹ esta situación ha generado una cierta psicosis o angustia persecutoria en los ciudadanos más sensibles y conscientes de las nuevas técnicas operativas de los bancos de información de datos. El ciudadano de la sociedad cibernética presiente que existen los medios para que su formación académica, sus operaciones financieras, su trayectoria profesional, sus hábitos de vida, sus adquisiciones comerciales o aún sus propias creencias religiosas o su ideología política, se encuentren perfectamente registradas en archivos susceptibles de incorporarse a una red general de te-

¹⁰ Puede verse la Sentencia en “La Ley”, Buenos Aires, 1992-C, págs. 543 y sigs.

¹¹ Antonio E. PÉREZ LUÑO: “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 348.

leproceso.

Estas circunstancias, radicalmente novedosas, han planteado al mundo del Derecho una serie de retos que finalmente se han traducido en una nueva visión del derecho a la intimidad.

III. Las reflexiones que preceden dejan implícitamente planteada otra de las grandes mutaciones que se ha producido en nuestros días en relación con el mundo de los derechos constitucionales. Nos referimos al hecho de que, en muchos casos, los agresores de tales derechos no son tanto los poderes públicos como los grandes grupos o poderes privados.

Es evidente que los presupuestos políticos y socio-económicos actuales son bien diferentes de los de fines del pasado siglo, como ya con anterioridad hemos tenido oportunidad de exponer en alguno de sus aspectos. Hoy, buen número de derechos encuentra su satisfacción en el seno de complejas relaciones sociales y económicas que enfrentan al individuo con los grandes grupos de poder (social o económico), de forma tal que, como bien advierte Barbera,¹² los condicionamientos que esos “poderes privados”, o simplemente ciudadanos particulares situados en una posición predominante, pueden llegar a ejercer sobre la efectiva vigencia de ciertos derechos es de tal naturaleza que la tutela de los derechos se convertiría en meramente nominal o teórica si esas relaciones “*inter privatos*” quedaran al margen de los mecanismos constitucionales de garantía de los derechos.

Frente a la anterior situación, el argumento de la legítima autonomía de la voluntad privada se relativiza notablemente por cuanto, como señala De Vega,¹³ lo que la realidad presenta son situaciones de disparidad y asimetría entre las partes que intervienen en las relaciones tanto contractuales como extracontractuales. Lo que supone romper definitivamente, en el orden práctico, con los esquemas justificadores del dogma de la autonomía privada, cuyo fundamento último descansa precisamente en el entendimiento de las relaciones entre particulares en términos de igualdad, paridad y simetría.

Enormemente lúcidas son las reflexiones realizadas por la Corte Suprema argentina en su celeberrima Sentencia de 5 de septiembre de 1958 que pone fin al *Caso Samuel Kot*, en torno al tema que nos ocupa, Sentencia que supuso la admisión jurisprudencial en Argentina, hace, pues, ya más de siete lustros, del amparo frente a particulares. He aquí algunos de sus razonamientos:

No hay... nada que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad '*lato sensu*', carezca de protección constitucional adecuada -que es, desde luego, la del '*habeas corpus*' y la del recurso

12 Augusto BARBERA: “Comentario al artículo 2° de la Constitución Italiana”, en Giuseppe Branca (coord.), “Commentario della Costituzione”, vol. 1° (Principi fondamentali), Nicola Zanichelli Editore, Soc. Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, págs. 50 y sigs.; en concreto, pág. 107.

13 Pedro DE VEGA: “La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, en “Derecho”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, no. 46, diciembre de 1992, págs. 357 y sigs.; en concreto, pág. 361.

de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos-, por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos... Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material y económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una nueva fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales. Si, en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea, los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos frente a tales organizaciones colectivas, nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución y, con ella, la del orden jurídico fundamental del país.

En consonancia con la problemática expuesta nos parece inequívoco que debiera admitirse de modo generalizado el amparo frente a particulares, y ello no acontece así en muchos ordenamientos, por lo menos de modo directo, lo que no hace sino revelarnos una más de las muchas contradicciones e incongruencias del Estado constitucional de nuestro tiempo, que pese a tener que afrontar y dar una adecuada respuesta a las demandas que plantean situaciones sociales, económicas y culturales (al margen ya de las políticas) radicalmente diferentes a las del pasado siglo, sigue, sin embargo, operando con los viejos esquemas jurídicos del Estado liberal. Como con toda razón apunta Ferrajoli,¹⁴ el “*Welfare State*” no ha desarrollado una normatividad propia. No ha producido una estructura institucional de garantías análoga a la del viejo Estado liberal de Derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones exigibles del Estado. En suma, no ha dado vida a un régimen garantista jurídico-social que se añadiera al régimen de garantías jurídico-liberal característico de los clásicos derechos individuales de libertad, de los derechos de la primera generación. El resultado de estas carencias, la consecuencia de esta convivencia entre el viejo Estado constitucional de Derecho y el nuevo Estado social es una profunda divergencia entre las estructuras legales y las estructuras reales tanto de la organización estatal como de la propia organización social.

IV. La última de las reflexiones deja virtualmente planteado otro de los desafíos del Estado de nuestro tiempo: la problemática de los mecanismos de protección jurisdiccional de los que bien pueden ser considerados como los derechos de la segunda generación, esto es, de los derechos sociales. Como bien señala Cascajo,¹⁵ la positivación jurídica de los derechos sociales, con ser importante, no es un dato definitivo para analizar el nivel de protección y eficacia que alcanzan estos derechos en los distintos ordenamientos. El ejemplo alemán pone de manifiesto

14 Luigi FERRAJOLI: “Stato Sociale e Stato di Diritto”, en *Politica del Diritto*, año XIII, no. 1, marzo 1982, Il Mulino, Bologna, págs. 41 y sigs.; en concreto, pág. 42.

15 José Luis CASCAJO CASTRO: “La tutela constitucional de los derechos sociales”, en *Cuadernos y Debates*, no. 5, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 81-82.

cómo desde una base positiva ciertamente reducida se pueden conseguir a través de la verificación jurisprudencial unos amplios y estimables resultados. Con razón indica la doctrina germana que la teoría de los derechos sociales debe atender no sólo a la tutela jurídica en sentido material, sino también prestar una mayor atención al Derecho procesal constitucional, con lo que quizá puedan verse atenuadas las escasamente útiles contraposiciones entre derecho subjetivo y norma programática o, con más rigor, norma de asignación de fines al Estado. A este respecto, Cappelletti ha considerado que una de las primeras consecuencias de la labor del Tribunal Constitucional Federal alemán ha sido la formulación de un conjunto de importantes afirmaciones de principio por las que se aprecia que la jurisdicción constitucional de la libertad ha contribuido a eliminar el peligro que en el ámbito de las disposiciones sobre derechos de libertad impone una radical distinción entre las normas preceptivas y las normas meramente programáticas.¹⁶

No parece que haya resquicio alguno a la duda en torno a la consideración de que los derechos de la segunda generación encuentran un ámbito de tutela mucho más operativo en las medidas legislativas de promoción que en las intervenciones de los órganos jurisdiccionales, sin que, desde luego, ello en modo alguno pueda hacernos olvidar que la jurisdicción civil y, más aún, la penal, pueden contribuir a la protección eficaz de algunos de estos derechos o intereses sociales. Ahora bien, de esa primacía en la operatividad real de estos derechos de las medidas o actuaciones legislativas o reglamentarias promocionales, no debe derivarse que resulte vedado al ciudadano todo tipo de recursos con el fin de hacer frente a aquellas inacciones de los poderes públicos de resultados de las cuales los derechos que ahora analizamos quedan convertidos “*de facto*” en meras entelequias. Como resulta evidente, la problemática que estamos planteando no es otra sino la de la inconstitucionalidad por omisión.

Cuando la Constitución ordena a uno de los poderes del Estado el ejercicio de una competencia, ese poder está obligado a ponerla en movimiento. Y cuando su abstención implica o involucra un daño o gravamen para una persona, dicha persona, a nuestro entender, debiera estar legitimada para impulsar a la jurisdicción constitucional a controlar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones. Que ello sea así puede tener su importancia en orden a operativizar ciertos ámbitos normativos de la “*Lex superior*”. Como ha advertido Bidart,¹⁷ uno de los mayores descréditos de la parte dogmática de las Constituciones, y específicamente de sus cláusulas económico-sociales, suele ser en todas partes el proveniente de la falta de funcionamiento de las normas de asignación de fines a favor de sus beneficiarios por ausencia de la necesaria legislación complementaria.

El problema ha sido planteado por Canotilho con claridad meridiana:¹⁸ “O problema é

16 Mauro CAPPELLETTI: “La giurisdizione costituzionale delle libertà” (Primo studio sul ricorso costituzionale), Giuffrè Editore, Milano, 1955, pág. 80.

17 Germán José BIDART CAMPOS: “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en Anuario Jurídico, México, no. VI, 1979, pags. 9 y sigs.; en concreto, pág. 14.

18 José Joaquim GOMES CANOTILHO: “Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. O direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas”, en Sálvio de FIGUEIREDO TEIXEIRA (coord.), “As garantias do cidadão na justiça”, *op. cit.*, págs. 351 y sigs.; en concreto, pág. 352.

esse: bem ou mal, os textos constitucionais tendem a incorporar, directa ou indirectamente, ‘*ordens legiferantes*’ dirigidas ao legislador no sentido de este concretizar, densificar, realizar, a disciplina, fragmentária e incompleta, dos preceitos constitucionais. *Quid juris* se o legislador permanecer passivo? Qual a reacção da ordem juridico-constitucional ao silêncio legislativo? Ainda por outras palavras: como obrigar um órgão legiferante a agir sempre que se verifique uma inconstitucionalidade por omissão?”.

Es evidente que mientras la inconstitucionalidad por violación, por transgresión frontal, de la Ley Fundamental tiene un carácter positivo, la inconstitucionalidad por omisión es de naturaleza negativa, en cuanto que, determinada la obligación de legislar sobre una determinada materia para que la norma constitucional tenga eficacia plena, es la inacción, la omisión de la obligación constitucionalmente contemplada la que provoca el vicio de inconstitucionalidad.

Las Constituciones del último medio siglo han sido absolutamente parcas en orden a la contemplación del instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Sólo encontramos tres aisladas excepciones al respecto. La primera de ellas, poco conocida, si bien, como con acierto subraya Dantas,¹⁹ constituye el primer antecedente de este tipo de inconstitucionalidad, la encontramos en la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, promulgada el 21 de febrero de 1974. Las dos restantes salvedades constitucionales las hallamos en la Constitución de la República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, y en la Constitución de la República Federativa del Brasil, de 5 de octubre de 1988.

Con todo, la moderna dogmática constitucional, aún partiendo del principio de que la actividad de los Tribunales Constitucionales debe ceñirse al control de las normas o actos emanados de los órganos estatales, ha desarrollado encomiables esfuerzos en la dirección de habilitar mecanismos con los que hacer frente a aquellas ilegitimidades constitucionales que tienen su origen en la inercia de los órganos legislativos en orden a la efectiva y necesaria concretización de los principios establecidos en la Norma suprema. Y así, puede constatararse que en la República Federal Alemana, aunque el recurso de queja o reclamación constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) tiene como objeto todo acto de imperio del poder público, no de los particulares, que lesione los derechos tutelados por el recurso (básicamente los “*Grundrechte*”, esto es, todas aquellas situaciones subjetivas reconocidas en favor de la persona por la Ley Fundamental de Bonn en el Capítulo que sirve de pórtico a la misma y que abarca sus diecinueve primeros artículos), tanto la doctrina²⁰ como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) han considerado admisible el recurso frente a los comportamientos omisivos de las autoridades no legislativas, cuando tales comportamientos son lesivos de los derechos fundamentales del recurrente.

Bien es verdad que la cuestión de las omisiones del legislador se ha presentado como de mucha mayor complejidad. Con carácter general, puede decirse que se ha consagrado la incons-

19 Ivo DANTAS: “Mandado de injunção. Guia teórico e práctico”, Aide Editora, 2a. ed., Rio de Janeiro, 1994, págs. 56-57.

20 Mauro CAPPELLETTI: “La giurisdizione costituzionale delle libertà”, *op. cit.*, págs. 81-82.

titucionalidad de la inercia del legislador en los casos expresa o implícitamente reclamados por la Constitución como de necesario desarrollo. En suma, como dice Canotilho,²¹ se ha tratado de no reducir la omisión legislativa inconstitucional a un simple no-hacer, a una mera abstención u omisión, sino de identificar una exigencia constitucional de acción.²²

Este desarrollo dogmático se ha consolidado en el Derecho alemán con la identificación de la denominada “exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio” (*willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*), caracterizada por el establecimiento de discriminaciones infundadas entre individuos o grupos. En estos casos, como señalan, entre otros, Schlaich y Pestalozza,²³ si la estructura normativa, o cualquier otro obstáculo de orden constitucional, no permite la declaración de inconstitucionalidad, con el consiguiente reconocimiento de los derechos de los grupos eventualmente discriminados, la supresión del tratamiento discriminatorio deberá hacerse a través de la declaración integral de inconstitucionalidad.

En suma, en lo que ahora importa, la doctrina jurisprudencial alemana, en especial desde la conocida Sentencia de 19 de diciembre de 1951,²⁴ se ha manifestado en el sentido de que

21 José Joaquim GOMES CANOTILHO: “Direito Constitucional”, 4a ed., Almedina, Coimbra, 1986, pág. 829.

22 Como dice Klaus Schlaich, cuando los mandatos constitucionales han sido expresamente formulados en la Ley Fundamental al legislador, una decisión favorable a la inconstitucionalidad por omisión del Tribunal obligaría, como regla general, al legislador a dictar la norma omitida en un plazo razonable. Klaus SCHLAICH: “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en el colectivo, “Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 133 y sigs.; en concreto, pag. 178.

23 Klaus SCHLAICH: “Das Bundesverfassungsgericht”, C.H. Beck, München, 1985, pág. 170. Christian PESTALOZZA: “Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige Rechtslagen”, en Christian STARCK (coord.), “Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz”, Mohr, Tübingen, 1976, vol. 1º, págs. 519 y sigs.; en concreto, pág. 533. Citados por Gilmar FERREIRA MENDES: “Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos”, Editora Saraiva, São Paulo, 1990, pág. 55.

24 Extraordinaria relevancia presenta asimismo la Sentencia de 29 de enero de 1969, por la que el primer Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán revocaba un fallo del Tribunal Regional de Kiel, al hilo de su interpretación del inciso quinto del art. 6º de la “*Bonner Grundgesetz*” (“Para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos”).

Frente al anterior precepto constitucional, el Tribunal de Kiel se limitó a aplicar el art. 1712 del Código Civil, anterior a la Constitución, considerando que la desventaja del hijo ilegítimo frente al legítimo era conforme a la ley, mientras que la constitucionalmente anunciada igualdad de derechos entre hijos legítimos e ilegítimos no hubiese sido hecha efectiva por parte del legislador. Ante tal interpretación de la jurisdicción ordinaria, el Alto Tribunal razonará en síntesis como sigue: Si el Poder Legislativo omite las normas de adecuación de la legislación general a la cláusula constitucional; y si esa cláusula carece de término perentorio que rijan la labor legislativa, entonces, cuando el Poder Legislativo demore más tiempo del que prudentemente puede necesitar para redactar la ley correspondiente, esa demora podrá ser considerada inconstitucional. En términos análogos se manifiesta Rolando E. PINA: “Cláusulas constitucionales operativas y programáticas” (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania), Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973, pág. 71. En esta obra se transcribe la totalidad de la Sentencia (págs. 72 y sigs.).

Recordemos finalmente la doble exigencia del Alto Tribunal para la actualización por parte del juez de la cláusula constitucional del inciso quinto del art. 6º: a) que la norma constitucional involucre un

pueden ser objeto de recurso de queja constitucional las omisiones del legislador, tan sólo en el supuesto de que se trate de omisiones relativas, como, por ejemplo, sería el caso de una norma legal que reconociera ciertos derechos tan solo a determinados grupos de ciudadanos en vez de al conjunto de todos ellos, con violación inequívoca del principio de igualdad, mientras que, por el contrario, no ha admitido el recurso de queja contra las omisiones absolutas, o sea, contra la ausencia de promulgación de una norma legal al margen ya de cualquier exclusión arbitraria de beneficio.

Con independencia de la problemática que acabamos de exponer en relación con la construcción llevada a cabo por la dogmática constitucional en el plano que nos ocupa, hemos de hacernos ahora eco, bien que de modo muy sumario, en este planteamiento general de los problemas que suscitan en nuestro tiempo los nuevos desafíos de la protección jurisdiccional de los derechos, sin perjuicio de un desarrollo ulterior más detenido, de una nueva institución acogida por la Constitución brasileña de 1988: el “*mandado de injunção*”. A tenor del inciso LXXI del art. 5º de dicha Constitución, se concede “*mandado de injunção*” siempre que la falta de norma reguladora impida ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.

La institución encuentra sus antecedentes en los antiguos “*writs*” ingleses, institutos procesales de protección surgidos en el derecho inglés al margen de la protección ordinaria del “*common law*”. El “*writ of injunction*”, en todos aquellos países en que ha sido acogido, tiene una aplicación prohibitiva; su finalidad es prevenir de manera prohibitiva la ejecución de un acto o de una ley, orientándose, pues, a evitar la violación de la ley por entidades públicas, pudiendo operar incluso frente a los efectos de la cosa juzgada para impedir la ejecución de sentencias dictadas sin observancia de los requisitos procesales necesarios.²⁵

En Estados Unidos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado, a partir de la Sentencia dictada en el Caso “*Dombrowski vs. Pfister*” (1965), la utilización del “*writ of injunction*” (mandamiento prohibitorio) como complemento de una petición de “*declaratory judgment*” (sentencia declarativa), para lograr que los tribunales federales intervengan al objeto de paralizar actuaciones de las autoridades de los Estados miembros de la Unión orientadas a la investigación y enjuiciamiento de actividades criminales que se consideran comprendidas dentro del ejercicio de los derechos humanos.

El “*writ of mandamus*”, a diferencia del anterior, supone la solicitud ante un tribunal a fin de que se expida un mandamiento dirigido a obligar a una autoridad a ejecutar un deber que

suficientemente positivo y claro contenido legal para que actúe como cláusula general directa sin que peligre insoportablemente la seguridad jurídica (lo que acontece con la cláusula en cuestión, que contiene una definición positiva de valores que al mismo tiempo indica el camino a tomar), y b) que haya vencido el plazo adecuado para sancionar la ley de adaptación.

²⁵ Cfr. al efecto, Héctor FIX-ZAMUDIO: “La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales”, Universidad Nacional Autónoma de México-Editorial Civitas, México-Madrid, 1982, págs. 89-93.

legalmente le ha sido impuesto, aun cuando su ejercicio no haya sido todavía reglamentado. Es claro, pues, que este “*writ of mandamus*” (mandamiento compulsivo de ejecución) puede considerarse como el antecedente directo de la institución brasileña que ahora comentamos.

Bien es verdad que el “*mandado de injunção*”, como apunta Sidou,²⁶ no debe confundirse, aunque esté dirigido al mismo fin, con la acción de inconstitucionalidad por omisión. Mientras ésta regula el modo de hacer efectiva una regla constitucional, mediante la determinación de que, declarada la inconstitucionalidad por omisión, el tribunal lo comunicará al órgano competente a fin de que adopte las medidas necesarias, lo que deberá llevarse a cabo en el plazo de treinta días si se tratase de un órgano administrativo, el “*mandado de injunção*”, más que la elaboración de las disposiciones reguladoras del derecho, de su régimen jurídico, pretende la realización del acto, a fin de que de esta manera se transforme el derecho abstracto en una situación subjetiva concreta. Ello no obstante, su relación con la problemática que ahora nos ocupa es patente, en último término, por cuanto, como señala Canotilho,²⁷ un “*mandado de injunção*”, modestamente si se quiere, puede en un momento dado limitar la arrogante discrecionalidad de los órganos normativos que permanecen callados cuando su obligación jurídico-constitucional era delinear en moldes normativos reglas de canalización de los derechos y libertades constitucionales.

2. LAS NUEVAS AMENAZAS A LOS DERECHOS DERIVADAS DE LOS AVANCES TECNOLÓGICOS: EL PODER INFORMÁTICO Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

I. Hace prácticamente un siglo, en 1891, se formulaba por primera vez en términos jurídicos una nueva exigencia de libertad personal, desconocida hasta aquel entonces: el derecho a la intimidad, “*the right to privacy*”. Dos abogados de Boston, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, en un conocido artículo publicado en la “*Harvard Law Review*”²⁸ daban vida a un derecho, que más tarde sería reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el derecho “*to be let alone*”, a ser dejado sólo, en paz, a obtener la protección de su vida íntima, de su privacidad.²⁹

El avance tecnológico ha incidido notablemente sobre el derecho a la intimidad. La computación y el mundo de la “inteligencia artificial” a que ha dado lugar, ha posibilitado la acumulación ilimitada de informaciones que pueden ser memorizadas y transmitidas, permitiendo

26 J. M. Othon SIDOU: “Las nuevas figuras del Derecho Procesal Constitucional Brasileño: Mandado de Injunção y Habeas Data”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado (traducc. de Héctor Fix-Zamudio), año XXIV, no. 70, enero-abril 1991, págs. 169 y sigs.; en concreto, pág. 174.

27 José Joaquim GOMES CANOTILHO: “Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito à emanção de normas jurídicas...”, *op. cit.*, pág. 367.

28 Samuel D. WARREN y Louis D. BRANDEIS: “The right to privacy”, en *Harvard Law Review*, 4, 1890-1891, págs. 193 y sigs.

29 Acerca del reconocimiento jurisprudencial del derecho, *cf.* F. RIGAUX: “L’élaboration d’un ‘right to privacy’ par la jurisprudence américaine”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. XXXI-II, 1980, págs. 701 y sigs.

de esta guisa, como bien dice Frosini,³⁰ la aparición de un nuevo poder de dominio social sobre el individuo: el poder informático.

El profundo impacto de ese nuevo poder social sobre ese derecho surgido en el marco del puritanismo de la sociedad bostoniana de fines del pasado siglo, furibundamente individualista, iba a desencadenar un no menos notable cambio de perspectiva en la concepción tradicional del “*right to privacy*”.

En efecto, al poder social informático, como nuevamente advierte Frosini,³¹ se ha contrapuesto la “libertad informática”. Esta ya no es el antiguo “*right to privacy*” como derecho a la intimidad entendida como separación y defensa de la sociedad; es un nuevo derecho social de libertad; no es ya únicamente el derecho a negar la información sobre sí mismo, sino también el derecho a pretenderla. La libertad informática se nos perfila así como el derecho de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, o lo que es lo mismo, de consentir, controlar y, en su caso, rectificar los datos informativos concernientes a la propia personalidad.

En suma, el “*right to privacy*” ha asumido una nueva dimensión por virtud de la cual ya no se entiende tan sólo en un sentido puramente negativo, de rechazo de la intromisión de extraños en la vida privada, o de la transmisión de informaciones a ella referidas, en la más pura línea de los derechos de la primera generación, sino que ha pasado a tener un contenido positivo por mor del cual se reconoce a cada persona el ejercicio de un control sobre el uso que pueda hacerse de los propios datos personales recogidos en un archivo electrónico de un centro de proceso de datos. La libertad informática encierra así un derecho de autotutela de la propia identidad informática, cuya primera exigencia es la protección de los datos informáticos personales frente a aquellas personas no autorizadas para conocerlos, procesarlos, modificarlos y difundirlos, razón por la que, como una vez más advierte Frosini,³² el primero de los contenidos cuya normación viene exigida por la efectividad de la nueva libertad es el del acceso al banco de datos, con el fin de, por un lado, poder disponer de toda la información almacenada en un archivo electrónico sobre la propia personalidad, y, por otro, poder rectificar ciertos datos concernientes a la misma.³³ Nace así el “*habeas data*”.

II. Las innovaciones experimentadas por el derecho a la intimidad han tenido su traducción inmediata tanto en la legislación como en la jurisprudencia de gran número de países.

En Estados Unidos, a partir de la promulgación, en 1966, de la *Freedom of Information Act*, los poderes públicos convirtieron en transparente para toda la comunidad datos e informa-

30 Vittorio FROSINI: “Informática y Derecho”, Editorial Temis, Bogotá, 1988, pág. 109.

31 *Ibidem*, pág. 35.

32 *Ibidem*, págs. 73-74.

33 En Italia, Enzo ROPPO ha englobado dentro del contenido de la libertad informática estos cuatro derechos: a) el derecho de conocer si un determinado banco de datos contiene o no informaciones propias; b) el derecho de acceso, caso positivo, al contenido de aquellas informaciones; c) el derecho de rectificación, esto es, de poder corregir los datos imprecisos, y d) el derecho de conocer qué información sobre

ciones mantenidas en absoluto sigilo desde tiempo inmemorial. Una serie de reformas legislativas posteriores, aprobadas entre 1974 y 1986, han posibilitado la regulación de aspectos diversos en relación con la libertad de la que nos ocupamos: a) la revelación de informaciones (*disclosure of the information*); b) la ordenación del procedimiento a seguir para el ejercicio de los derechos de acceso (*right of access*), rectificación (*correction*) o complemento (*amendment*) de los registros informáticos, y c) el procedimiento judicial necesario para conferir plena efectividad a los anteriores derechos.

En la República Federal Alemana, la primera norma legal sobre la materia ("*Datenschutz*" o protección de datos) proviene del *Landtag* del Land de Hesse. Es una Ley de 1970 que crea la figura del "*Datenschutzbeauftragter*", esto es, del Comisario para la protección de la información. En 1977, el Parlamento Federal aprobaba la "*Datenschutzgesetz*", Ley federal de protección de datos, disciplinando el almacenamiento en registros informáticos de datos, tanto por las autoridades federales como por entidades privadas. En un importante fallo, el Tribunal Constitucional Federal (Sentencia de 15 de diciembre de 1983), interpretando la ordenación normativa inmediatamente anterior, entendía que sólo podía considerarse admisible, desde la óptica constitucional, la recogida y ulterior almacenamiento de informaciones referidas a "sucesos íntimos" (*intime Vorgänge*) cuando se conozca la finalidad para la que vayan a ser utilizadas. Se ha podido hablar de esta forma en Alemania de un derecho a la autodeterminación de las informaciones (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*).

El mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 6 de septiembre de 1978 (*Caso Klass y otros*), en la que se pronunciaría sobre la compatibilidad de ciertos preceptos de la Ley alemana de 13 de agosto de 1968, que restringe en ciertos supuestos el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas y telefónicas, con el art. 8º del Convenio de Roma (derecho de toda persona al respeto de su vida privada...), afirmaría literalmente: "Característico del Estado-policía, el poder de vigilar en secreto a los ciudadanos no es tolerable según el Convenio como medida estrictamente necesaria en la salvaguarda de las instituciones democráticas".³⁴

Los textos constitucionales más recientes han llegado incluso a incorporar a su articulado el contenido de la libertad informática. Es el caso de la Constitución de Portugal, cuyo art. 35.1, tras la redacción dada al mismo en la reforma de 1982, prescribe que: "Todos os cidadãos tem o direito de tomar conhecimento do que constar de registos informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização". Más aún, en la reforma de 1982, uno de los nuevos párrafos añadidos al artículo 35 (el actual apartado segundo) prohíbe no sólo el acceso de terceros a ficheros con datos perso-

la persona interesada fue comunicada a terceros y con qué finalidad. Enzo ROPPO: "Informatica, tutela della privacy e diritti della libertà", en el colectivo, "Computers e responsabilità civile", Giuffrè Editore, Milano, 1985, págs. 28-29.

³⁴ Puede verse esta Sentencia en Boletín de Jurisprudencia Constitucional, no. 30, octubre 1983, págs. 1199 y sigs.; en concreto, pág. 1208 (Consideraciones de Derecho, II, epígrafe 42).

nales, sino también la respectiva interconexión, lo que se ha justificado³⁵ en la circunstancia de que el más grave problema que para la libertad encierra la informática es el de que el proceso automático de datos facilita la interconexión de ficheros, permitiendo de esta forma la creación de grandes bancos de datos en los que se plasma una suerte de retrato total del sujeto a que se refieren, y tal retrato puede ser en muchas ocasiones enormemente deformador.

La Constitución de Brasil de 1988 ha acogido igualmente en su articulado la nueva perspectiva de esta libertad. El inciso LXXII de su art. 5º prevé que se conceda “*habeas data*”: a) “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”, y b) “para a retificação de dados, quando nao se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

A la vista de esta previsión constitucional, el “*habeas data*” ha sido conceptuada como una acción civil, de naturaleza constitucional, para cuya interposición está legitimado quien sea titular del derecho amenazado o lesionado por la ilegalidad o abuso de poder, con la pretensión de obtener del órgano jurisdiccional una concreta decisión de satisfacción de la pretensión jurídica de acceso, rectificación o complemento o enmienda de los registros, informáticos o no.³⁶

La doctrina brasileña ha destacado de este instituto procesal constitucional -que remonta sus orígenes a la Ley no. 824, de 1984, del Estado de Río de Janeiro- la amplitud del sujeto pasivo afectado por el ejercicio del derecho, ya que el mandamiento exhibitorio o rectificador no sólo puede ser dirigido contra un agente del poder público, sino que basta con que el banco de datos de que se trate tenga carácter público, o bien que pueda corresponder a una función social de relevancia pública, aun cuando sea manejado por una institución privada.³⁷

La Constitución brasileña atribuye de modo expreso al Tribunal Supremo Federal la competencia para juzgar, en recurso ordinario, el “*habeas data*” resuelto en única instancia por un Tribunal Superior cuando éste rechace la pretensión.

También la Constitución de Colombia de 1991 se ha hecho eco del “*habeas data*” en el inciso segundo del párrafo primero del art. 15, que reconoce a todas las personas el derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos

35 José António BARREIROS: “Informática, liberdades e privacidade”, en el colectivo, “Estudos sobre a Constituição”, vol. I, Lisboa, 1977, pág. 132.

36 Rogério LAURIA TUCCI y José Rogério CRUZ E TUCCI: “Constituição de 1988 e processo” (Regramentos e garantias constitucionais do processo), Editora Saraiva, São Paulo, 1989, pág. 179.

37 J. M. OTHON SIDOU: “Las nuevas figuras del Derecho Procesal Constitucional Brasileño”, *op. cit.*, págs. 181-182.

Para José Afonso DA SILVA (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, 9a. ed., 3a reimpr., Malheiros Editores, São Paulo, 1993, pág. 398), la expresión “entidades de carácter público” que acoge el inciso LXXII del art. 5º, se proyecta a las instituciones, entidades y personas jurídicas privadas que presten servicios para el público o de interés público.

de datos y en archivos de entidades públicas y privadas, derecho éste con el que, a juicio de Cepeda,³⁸ se ha pretendido evitar que el individuo pierda el control sobre su propia información, desconozca quién puede hacer uso de ella, de qué manera y con qué propósitos.

Finalmente, bien que, desde luego, sin ánimo exhaustivo, hasta la reciente Constitución del Perú, de 1993, pese a estar teñida en ciertos aspectos del sesgo del autoritarismo presidencial que late en ella,³⁹ acoge en su art. 200.3, dentro de las garantías constitucionales, la acción de “*habeas data*”, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace los derechos a que se refieren los incisos quinto, sexto y séptimo del art. 2° (derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier autoridad pública; derecho a que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten a la intimidad personal y familiar, y derecho al honor y a la buena reputación a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. De las resoluciones denegatorias de “*habeas data*” conoce, en última y definitiva instancia, el Tribunal Constitucional.

También en el plano internacional encontramos el reconocimiento de la libertad informática, de lo que constituye buen ejemplo el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en septiembre de 1980, y abierto a la firma de los Estados miembros el 28 de enero de 1981, Convenio que, junto al principio de libre circulación de datos entre los Estados miembros,⁴⁰ reconoce el derecho de acceso por parte de los interesados a las informaciones que les conciernen, con la posibilidad de cancelarlas o corregirlas cuando hayan sido procesadas indebidamente.

III. En España, como es sabido, el art. 18.4 de nuestra “*lex legum*” determina que: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. A su vez, el art. 105, b) prescribe que “La ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. Con ello, como bien señalara Pérez Luño,⁴¹ se traza una fractura entre la dimen-

38 Manuel José CEPEDA: “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991”, Editorial Temis, Bogotá, 1992, pág. 131.

39 Cfr. al efecto, Francisco Fernández SEGADO: “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993”, en Revista de Estudios Políticos, no. 84, abril-junio 1994, págs. 27 y sigs.

40 Como destaca Frosini, la transmisión de datos personales de un país a otro es un aspecto importante de la nueva problemática que estamos abordando. El problema del flujo de datos personales transfronterzas fue tomado en consideración ya desde la primera Ley sueca de 1973, que establecía una autorización especial para el procesamiento automático de los datos en el extranjero. Vittorio FROSINI: “Bancos de datos y tutela de la persona”, en Revista de Estudios Políticos, no. 30 (nueva época), noviembre-diciembre 1982, págs. 21 y sigs.; en concreto, pág. 37.

41 Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO: “Informática y Libertad” Comentario al artículo 18.4 de la Constitución Española”, en Revista de Estudios Políticos, no. 24 (nueva época), noviembre-diciembre 1981, págs. 31 y sigs.; en concreto, págs. 46-47.

sión individual de la defensa de la intimidad frente a la informática en el plano de las libertades públicas, y el reconocimiento en el plano colectivo del derecho a la información recogida en los bancos de datos públicos como un derecho fundamental de carácter social. La ausencia de una reglamentación unitaria y sistemática de la informática conduce al caso paradójico de reconocer un derecho al acceso a los bancos de datos públicos que carece de correspondencia en lo que se refiere al sector privado.

El desarrollo de la previsión constitucional del art. 18.4 se ha hecho esperar casi tres lustros. Ha sido la Ley Orgánica 5/ 1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, la que, en desarrollo del emplazamiento efectuado al legislador por el citado precepto constitucional, ha procedido a articular en detalle las garantías “contra la posible utilización torticera de ese fenómeno de la contemporaneidad que es la informática”, según se afirma expresamente en la Exposición de Motivos de la propia norma legal.

Quizá el rasgo más significativo de la Ley sea el de que el sujeto pasivo es toda persona física o jurídica, pero no sólo pública, sino asimismo privada, que utilice sistemas informáticos para el tratamiento de datos personales. El art. 2º.1 de la Ley, al delimitar su ámbito de aplicación, estipula que la Ley será de aplicación “a los datos de carácter personal (esto es, cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, en los términos del art. 3º a/) que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado”. Se viene de esta forma a suplir la paradoja constitucional a que con anterioridad aludíamos. Como señala Lucas Murillo,⁴² si no se incluyera a los particulares entre los sujetos pasivos de lo que él denomina el derecho a la autodeterminación informativa, sin duda se menoscabaría el propósito del constituyente y la propia “*voluntas constitutionis*”, además ya de no darse satisfacción al Convenio Europeo de 1980 ratificado ocho años antes por España.

La Ley (art. 14) regula el derecho de acceso del afectado, que podrá solicitar y obtener información de sus datos de carácter personal incluidos en los ficheros automatizados, información que podrá consistir en la mera consulta de los ficheros por medio de su visualización, o en la comunicación de los datos pertinentes mediante escrito, copia... etc. Este derecho es limitado en cuanto al período de tiempo de su ejercicio: sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el afectado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrá ejercitarlo antes. Asimismo, se contempla el derecho de rectificación y de cancelación de los datos que resulten inexactos o incompletos.

Antes de finalizar hemos de hacernos eco de una última cuestión. El hecho de que haya habido que esperar catorce años para el desarrollo de las previsiones del art. 18.4 de la Consti-

⁴² Pablo Lucas MURILLO: “El derecho a la autodeterminación informativa”, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 184.

tución no significa que tal determinación, hasta el momento de su desarrollo, no haya tenido otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar “per se” pretensiones individuales. Como es reiteradísima doctrina constitucional, los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones.

Esta doctrina, unida al hecho de la ratificación por España, mediante Instrumento de 27 de enero de 1984, del Convenio Europeo hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, conducirían al Tribunal Constitucional, en atención a las pautas interpretativas que nacen del Convenio Europeo de protección de datos personales (de las que se desprende, en la dirección reiteradamente expuesta, que la llamada “libertad informática” no sólo presenta un elemento negativo: el que proviene del límite que el uso de la informática encuentra en el respeto al honor y a la intimidad de las personas, sino que también acoge un contenido positivo, a modo de garantía complementaria: el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático), a otorgar amparo constitucional a un recurrente en tal vía que había instado de las autoridades administrativas competentes una información relativa a los datos de carácter personal existentes en ficheros automatizados de la Administración del Estado, solicitud denegada por aquéllas mediante sendos acuerdos (de un Gobernador Civil y del Ministro del Interior) posteriormente confirmados en la vía contencioso-administrativa, denegación finalmente anulada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 254/1993, de 20 de julio.

3. LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS

I. Otra problemática de indudable trascendencia jurídica en las sociedades industrializadas de nuestro tiempo es la que se refiere a los “intereses difusos” y la búsqueda de mecanismos jurídicos eficaces para su tutela.

Los intereses difusos, que bien pueden llamarse asimismo intereses de “pertenencia difusa”,⁴³ porque pertenecen a muchos en común, integrando todos ellos un conjunto difuso, con lo que “lo difuso” es el grupo humano que coparticipa en el interés, y no tanto el interés mismo, que se puede percibir como concreto, se confunden con frecuencia con los intereses colectivos; en ambos casos el bien jurídico protegido es indivisible; sin embargo, mientras entre los titulares de un interés difuso no existe relación jurídica alguna (pensemos por ejemplo en los consumidores y usuarios, si bien es cierto que últimamente han surgido organizaciones de tales, o en quienes reclaman que cesen las agresiones al medio ambiente), sí que existe una relación de base entre los titulares de un interés colectivo, relación que viene dada por la vinculación directa de los miembros del colectivo (una asociación o conjunto de asociaciones) o por un vínculo jurídico que les relaciona con la parte contraria, por así llamarla (los discentes universitarios por ejemplo). En todo caso, la diferencia tiende a atenuarse porque cada vez son mayores

43 Germán J. BIDART CAMPOS: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, tomo I (El Derecho Constitucional de la Libertad), Ediar, Buenos Aires, ed. de 1993, pág. 339.

los intentos de amplios sectores sociales de vertebrarse, de organizarse jurídicamente con vistas precisamente a una defensa más eficaz de esos intereses difusos.

Al tratarse de un interés comúnmente compartido por muchas personas, su afectación plantea de inmediato la problemática de su accionabilidad, esto es, de la legitimación procesal para recurrir, que con los criterios individualistas tradicionales requiere de una afectación actual y directa en la esfera jurídica (derechos o intereses legítimos) de una determinada persona, con lo que la pervivencia, en estos supuestos de interés difuso, de un criterio de legitimación procesal clásico puede poner en peligro la tutela de tales intereses. Aun cuando admitiéramos con Bidart Campos⁴⁴ que estamos ante “situaciones jurídicas subjetivas”, que no se esfuman ni pierden la naturaleza de tales por la circunstancia de que cada uno de los sujetos que las titularicen compongan un grupo o conjunto humano al que le es común ese mismo interés (la afectación del interés perjudica al conjunto, y por lo mismo también a cada persona que forma parte de él), si mantenemos, en coherencia con ello, los criterios de legitimación procesal tradicionales y entendemos que un individuo está legitimado para recurrir en defensa de un interés difuso que, sin embargo, en cuanto tal también le es propio, es más que probable que nos encontremos con notabilísimos desequilibrios entre las partes de ese proceso: una persona en defensa del medio ambiente frente a los vertidos contaminadores de una gran empresa multinacional; un consumidor enfrentado a un gran grupo de distribución de mercado... etc.

A la vista de todo ello, se impone, pues, una radical mutación de los esquemas tradicionales de la tutela jurisdiccional, una, como dice Cappelletti,⁴⁵ profunda metamorfosis del Derecho Procesal para evitar que permanezcan prácticamente desprovistos de protección los intereses difusos, cambio que posiblemente exija un abandono en ciertos casos de la idea de subjetividad como categoría del Derecho público, cuya insuficiencia y efectos negativos, como bien apunta De Cabo,⁴⁶ se han manifestado en diversos sectores, uno de ellos, desde luego, el que ahora nos ocupa.

Parece necesario, consecuentemente, la búsqueda de nuevas categorías jurídicas que vinculen en estos casos la protección no tanto a un sujeto cuanto a un elemento objetivo como puede ser la protección del interés colectivo, difuso o general. A ello se vincula íntimamente la necesaria revisión del concepto tradicional de legitimación procesal, que también Fix-Zamudio ha reivindicado últimamente.⁴⁷ En la misma dirección, Häberle⁴⁸ ha entendido que el reconoci-

44 *Ibidem*, pág. 340.

45 Mauro CAPPELLETTI: “La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil. Métamorphoses de la procédure civile”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, págs. 571 y sigs.

46 Carlos DE CABO MARTÍN, “Democracia y Derecho en la crisis del Estado social”, en “Sistema” (*Revista de Ciencias Sociales*), no. 118-119 (monográfico sobre “El futuro del Estado”), marzo 1994, págs. 63 y sigs.; en concreto, págs. 75-76.

47 Héctor FIX-ZAMUDIO: “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”, en el colectivo, “Estudios jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario”, UNAM, México, 1992, págs. 107 y sigs.; en concreto, pág. 183.

miento de una legitimación para recurrir a ciertos grupos u organizaciones podría tener una indudable virtualidad instrumental en orden a la efectividad práctica de los derechos fundamentales, porque tal efectividad se produce también a través del pluralismo de la opinión pública.⁴⁹

II. Las Constituciones de la segunda postguerra, y de modo muy acentuado las de los últimos veinte años, se han hecho eco con mayor o menor detenimiento de los derechos o intereses difusos: derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, derecho a la salud, a la utilización racional de los recursos naturales, derecho a la seguridad y salud de consumidores y usuarios, derecho al respeto del patrimonio histórico, arquitectónico y cultural, derecho a la paz... etc. Por el contrario, los códigos constitucionales han sido remisos en sentar reglas que propicien la protección real de esos intereses cuya tutela reclaman, con alguna salvedad a la que nos referiremos más adelante.

Así las cosas, hemos de recordar que el estudio comparativo nos revela la existencia de diferentes modelos con los que intentar la defensa de estos intereses. Nos referiremos a continuación a ellos:

A) El primero de esos modelos es el que considera los intereses difusos como intereses públicos, atribuyendo al Ministerio Fiscal la legitimación procesal con vistas a la necesaria actuación para su protección. Quizá uno de los ejemplos al respecto más claros sea el de la Constitución del Brasil de 1988, cuyo art. 129, inciso tercero, atribuye al Ministerio Público la función institucional de promover la investigación civil y la acción pública civil para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos. En Europa, como constata Cappelletti,⁵⁰ esta fórmula se ha revelado como muy poco eficaz por razones de muy dispar naturaleza, entre las que no son las menos importantes las de que, en muchos países, el Ministerio Público no tiene ni la independencia ni la especialización necesarias para convertirse en el paladín eficaz en la tutela de estos intereses, en los que se hallan frecuentemente implicados conocimientos e informaciones de naturaleza económica, industrial, tecnológica, ecológica, sanitaria... etc.

B) El segundo modelo consiste en la creación de nuevos órganos públicos especializados, que en los últimos lustros han proliferado por muchos países, especialmente en relación con algunos de estos intereses difusos. Así, por poner un ejemplo, en materia de protección de

48 Peter HÄBERLE: "La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. Efectividad de los derechos fundamentales", en Antonio López Pina (ed.), "La garantía constitucional de los derechos fundamentales.", Universidad Complutense-Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 328 y sigs.; en concreto, pág. 337.

49 También Bidart Campos, pese a entender que en los "intereses difusos" estamos también en presencia de "situaciones jurídicas subjetivas", se inclina por una ampliación de la legitimación procesal, que debe reconocerse ampliamente: a cada miembro del grupo afectado, a un número plural de miembros de ese grupo y a las asociaciones que tengan por finalidad la defensa y protección del medio ambiente, del patrimonio cultural y artístico, de los intereses de los consumidores... etc., es decir, de aquellos entes asociativos cuya razón de ser es precisamente la defensa de intereses difusos.

los consumidores podemos recordar la creación en Suecia de un Ombudsman de los Consumidores (1970), en Inglaterra, de un “Director General of Fair Trading” (1973) y en Estados Unidos, de una “Consumer Product Safety Commission” (1973). Estamos en presencia de lo que podríamos denominar agencias (u órganos) administrativas altamente especializadas, lo que si, de un lado, supone evitar el problema a que nos referíamos en el primer modelo de la falta de especialización, de otro, entraña la multiplicación de la burocracia administrativa con la disfuncionalidad que a la larga ello supone.

C) Un tercer modelo nos viene dado por la habilitación legal a personas u organizaciones privadas para que puedan instar procesalmente la defensa de derechos o intereses difusos, como si de derechos o intereses propios se tratara. Así, en Alemania se ha configurado una acción de esta naturaleza (*Verbandsklage*) a la que pueden acudir ciertas asociaciones, en especial, en materia de consumidores. Análoga solución implantó en Francia la llamada “*Ley Royer*” (1973) que instituyó una suerte de “*action collective*” que, aunque restringida tras la reforma legal de 1988, sigue legitimando a ciertas asociaciones para instar del juez civil o penal que resuelva el cese de actividades ilícitas atentatorias contra intereses difusos o, en el ámbito, por ejemplo, de los derechos de consumidores y usuarios, que ordene la eliminación de cláusulas contractuales vejatorias.

Ha sido, sin embargo, en los Estados Unidos en donde este modelo ha arraigado con mayor fuerza y relevancia a través de la llamada “*class action*”. Como señala Vigoriti,⁵¹ la “*class action*” del sistema norteamericano, basada en la “*equity*”, presupone la existencia de un elevado número de titulares de pretensiones jurídicas individuales, posibilitando el tratamiento procesal unitario y simultáneo de todas ellas, a través de la intervención en el juicio de un único exponente del grupo. Regulada por las “*Federal Rules of Civil Procedure*” de 1938, este tipo de recursos han asumido un papel realmente central en el ordenamiento jurídico norteamericano.

En su redacción original, la “*Rule*” 23, reguladora de la “*class action*”, estableció las siguientes reglas fundamentales: a) admisibilidad de la “*class action*” cuando fuese imposible reunir a todos los integrantes del grupo; b) posibilidad de que el juez verifique un control sobre la adecuada representatividad, y c) competencia asimismo del juez para constatar la existencia de una comunidad de intereses entre los miembros del grupo o clase.

En 1966, las dificultades procesales planteadas por la posibilidad abierta por la ordenación de 1938 de calificar este tipo de acciones de acuerdo con un tríptico (“*true*”, “*hybrid*” y “*spurious*”) en el que el elemento decisivo de la calificación era la naturaleza del derecho o interés objeto de la controversia, condujeron a la reforma de la “*Rule*” número 23, que ha pasado a definir las “*class actions*” de forma general y unitaria.

50 Mauro CAPPELLETTI: “O acesso dos consumidores à justiça”, *op. cit.*, pág. 313.

51 Vincenzo VIGORITI: “Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire”, Giuffrè, Milano,

Tras la reforma de 1966, una acción será admisible como “*class action*” cuando: a) el número de los componentes del grupo sea tan elevado que no permita la intervención en juicio de todos sus miembros; b) exista una cuestión de hecho y de derecho común a todo el grupo; c) las demandas y excepciones de las partes correspondan a las que todo el grupo podría proponer, y d) las partes representen de forma correcta y adecuada los intereses del grupo.⁵² La ampliación de los requisitos atinentes a la admisibilidad de la acción, a título de “*class action*” no ha alterado sin embargo, como se ha puesto de relieve,⁵³ la circunstancia de que puedan seguir siendo tutelados por la misma derechos o intereses colectivos o difusos con independencia ya de que se trate de bienes indivisiblemente considerados, o de bienes divisibles o individualizables, pertenecientes personalmente a cada miembro del grupo.⁵⁴ De los requisitos precedentemente expuestos hemos de entresacar la importante consideración de que el recurso a una “*class action*” no requiere de la existencia de una asociación legalmente preconstituida; cualquier miembro del grupo o grupo de miembros que el juez considere “adecuadamente representativo” del mismo grupo, puede ser autorizado para litigar por el conjunto del grupo.

Hemos finalmente de significar que en el ordenamiento jurídico procesal norteamericano se posibilita que el daño resarcible en este tipo específico de procesos no tenga que circunscribirse necesariamente al daño causado a las partes litigantes, sino que pueda incluir todo el daño causado por el “*mass wrong-doer*”, solución jurídica, verdaderamente audaz, como resalta Cappelletti,⁵⁵ que se separa radicalmente de una concepción formal y rigurosa de algunos de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico procesal, como es el de que los efectos de un pronunciamiento jurisdiccional sólo pueden extenderse a las personas formalmente emplazadas, y por lo tanto, al menos presentes “*de iure*” en el proceso.

Aunque en sentido estricto nada tiene que ver con las “*class actions*”, sí creemos poder ubicar dentro de este modelo el denominado “*mandado de segurança coletivo*” brasileño. El “*mandado de segurança*”, que remonta su origen a la Constitución de 1934, se ha convertido a lo largo de las últimas décadas en el principal medio de impugnación de los actos del poder público en Brasil.⁵⁶

1979, pág. 254.

52 Asimismo, será admisible una acción como “*class action*” cuando: a) el enjuiciamiento de acciones separadas individuales (por parte o contra los miembros del grupo) pudiera conducir a resoluciones contradictorias con respecto a quienes no figuran en el proceso; b) el juez entienda que la cuestión común a todos los miembros del grupo debe prevalecer sobre las cuestiones atinentes a los miembros individualmente considerados, y c) la “*class action*” es el medio que se entiende como más idóneo para la resolución de la controversia.

53 Ada PELLEGRINI GRINOVER: “Acesso à justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor”, en Sálvio de FIGUEIREDO TEIXEIRA (coord.), “As garantias do cidadão na justiça”, *op. cit.*, págs. 293 y sigs.; en concreto, pág. 296.

54 Ejemplo clásico de “*class action*” en defensa de derechos subjetivos divisibles fue el Caso Eisen, del que conociera el Tribunal Supremo en 1974, y en el que tres millones y medio de accionistas de la Bolsa de Nueva York recurrieron, a través del Sr. Eisen.

55 Mauro CAPPELLETTI: “O acesso...”, *op. cit.*, pág. 315.

56 José Carlos BARBOSA MOREIRA: “El mandado de segurança”, en Augusto M. Morello (coord.), “Tutela procesal de las libertades fundamentales”, JUS (Fundación para la Investigación de las

La Constitución de 1988 prescribe en su art. 5º, inciso LXIX, que: “Se concederá ‘*mandado de segurança*’ para proteger derecho líquido y cierto no tutelado por ‘*habeas corpus*’ o ‘*habeas data*’, cuando el responsable de la ilegalidad o del abuso de poder fueren autoridades públicas o agentes de personas jurídicas en el ejercicio de atribuciones del poder público”. La ordenación constitucional consolida, en línea con la tradición constitucional inmediatamente anterior, la perfecta delimitación entre los instrumentos procesales del “*habeas corpus*” y del “*mandado de segurança*”, reservando el primero para la protección de la libertad personal, entendida con cierta amplitud en el sentido de libertad de circulación, y extendiendo el ámbito material del segundo, como es doctrina pacíficamente aceptada tanto por la doctrina científica⁵⁷ como por la jurisprudencia, a todos los derechos constitucionales de la persona humana, con la sola exclusión de la libertad personal, objeto de protección, como acabamos de indicar, a través del “*habeas corpus*”.

Quizá la cuestión más controvertida haya sido la de determinar qué ha de entenderse por derecho “líquido y cierto”. Según el concepto delineado por la doctrina y la propia jurisprudencia,⁵⁸ derecho “líquido y cierto” es el que se presenta como manifiesto en su existencia, delimitado en su extensión y apto para ser ejercido en el momento de su impetración; en otras palabras, ha de tratarse de un derecho expreso en una norma legal que reúna todos los requisitos y condiciones de aplicación al impetrante. Por lo demás, conviene destacar que la lesión del derecho puede haberse consumado, como asimismo ser tan sólo eminente.

Así perfilado, hay que señalar que el inciso LXX del mismo art. 5º de la Constitución de 1988 institucionaliza la figura del “*mandado de segurança coletivo*”. A tenor del referido precepto, quedan asimismo legitimados para la interposición de un “*mandado de segurança*”: a) un partido político con representación en el Congreso Nacional, y b) una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento desde al menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados. Este instituto se asienta, pues, en dos elementos perfectamente diferenciados: uno institucional, caracterizado por la atribución de legitimación procesal a instituciones asociativas para la defensa de los intereses de sus miembros, y otro objetivo, consustanciado por el empleo de este instituto para la defensa de los intereses colectivos.

Así configurado, el “*mandado de segurança coletivo*” ha suscitado la problemática de si es un instituto válido para la protección de los intereses difusos. Aunque algún sector doctrinal,⁵⁹ a la vista de la exigencia constitucional de que se trate de “derecho líquido y cierto” ha mostrado sus dudas acerca de la admisibilidad de este instituto para la defensa de intereses difusos, dudas finalmente resueltas en un sentido positivo, entendemos con la mejor doctrina⁶⁰

Ciencias Jurídicas), La Plata, 1988, págs. 209 y sigs.; en concreto, pág. 210.

57 José CASTRO NUNES: “Do mandado de segurança e outros meios de defesa contra atos do poder publico”, Río-São Paulo, 7a. ed., 1968, pg. 28.

58 José Afonso DA SILVA: “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 9a. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1993, pág. 391.

59 José DA SILVA PACHECO: “O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas”, 2a.

que aquellas asociaciones que tengan, entre sus fines institucionales, la protección de intereses difusos, como por ejemplo el medio ambiente, estarán indiscutiblemente investidas de legitimación para acudir a este instituto con el objeto de instar judicialmente la tutela del interés de que se trate.

D) El cuarto y último modelo de defensa de los intereses difusos está constituido por la acción popular, que al suprimir cualquier límite de legitimación para recurrir, posibilita que toda persona pueda litigar para la tutela de intereses colectivos o difusos.

Un amplio sector doctrinal⁶¹ se ha mostrado muy proclive a esta fórmula procesal, aunque algún autor favorable a la misma haya alertado sobre los peligros que encierra una tan notable ampliación de la legitimación procesal, considerando imprescindible el establecimiento de sanciones frente a las acciones temerarias.⁶² Sin embargo, Cappelletti,⁶³ aún entendiendo que se trata de un modelo utilísimo y harto simbólico en ciertos supuestos, como en el de la protección de los bienes culturales y artísticos, advierte acerca del notable riesgo que puede derivarse de una inadecuada representatividad de la parte, con el resultado incluso de que hasta el efecto de las decisiones judiciales pueda corromperse.

En todo caso, la realidad constitucional nos muestra la progresión creciente del reconocimiento de este tipo de acción. Y así, del reconocimiento de esta acción en la legislación ordinaria⁶⁴ se ha pasado a su constitucionalización.

La Constitución de Portugal, tras su reforma de 1989, se ha situado claramente en esta dirección. En efecto, su art. 52.3 confiere a todos, personalmente o por medio de las asociaciones de defensa de los intereses en cuestión, un derecho de acción popular en los casos y términos legalmente establecidos, y significadamente, un derecho a instar la prevención, el cese o la persecución judicial de las infracciones contra la salud pública, la degradación del medio ambiente y de la calidad de vida o la degradación del patrimonio cultural, derecho que acoge entre sus contenidos el poder requerir para la persona o personas lesionadas en sus intereses la correspondiente indemnización. Esta previsión constitucional, aunque ha ampliado los mecanismos de tutela de los intereses difusos, a juicio de Miranda,⁶⁵ ha introducido un elemento de

ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, pág. 254.

60 José Afonso DA SILVA: "Direito Ambiental Constitucional", Malheiros Editores, São Paulo, 1994, pág. 223.

61 Véase por todos, Hein KÖTZ: "Public interest litigation: a comparative survey", en Mauro CAPPELLETTI (ed.), "Access to justice and the Welfare State", Sijthoff, Bruylant, Klett Cotta, Le Monnier; Alphen aan den Rijn, Bruxelles, Stuttgart, Firenze, 1981, págs. 85 y sigs.

62 José Carlos BARBOSA MOREIRA: "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos", en "Studi in onore di Enrico Tullio Liebman", Giuffrè Editore, Milano, 1979, vol. 4º, págs. 2673 y sigs.

63 Mauro CAPPELLETTI: "O acesso dos consumidores à justiça", *op. cit.*, pág. 317.

64 Este es el caso de Italia, en donde una Ley del año 1967 legitimó a cualquier ciudadano para recurrir en orden a conseguir la anulación de licencias de construcción ilegítimamente concedidas por la Administración pública. En Estados Unidos, la "Clean Air Act" de 1970 posibilitó una acción de cualquier ciudadano, aún no viéndose directamente lesionado en su interés, contra cualquier actividad ilegal de polu-

confusión entre la acción propiamente popular (acción judicial dirigida a la defensa de los intereses públicos por parte de cualquier ciudadano) y algo diverso (aunque se le denomine con idéntica expresión), una acción colectiva, más o menos correspondiente a las “*class actions*” del Derecho norteamericano o a figuras análogas.

También la Constitución de Brasil de 1988 acoge este instituto. De conformidad con el inciso LXXIII de su art. 5º, cualquier ciudadano queda legitimado para ser parte legítima a los efectos de interponer una acción de esta naturaleza (*ação popular*), dirigida a anular un acto lesivo del patrimonio público o de cualquier entidad de la que el Estado sea partícipe, de la moralidad administrativa, del medio ambiente y del patrimonio histórico y cultural, quedando el actor, salvo que se compruebe la existencia de mala fe, exento de toda costa judicial.

A juicio de Da Silva,⁶⁶ estamos ante una auténtica garantía constitucional de naturaleza política, en cuanto que revela una forma de participación del ciudadano en la vida pública, a la par que, asimismo, ante una verdadera acción judicial, ya que es un medio de instar una actuación jurisdiccional orientada a la declaración de nulidad del acto lesivo. Se trata, desde luego, de una garantía colectiva en la medida en que el actor popular pretende la defensa de intereses colectivos, que no personales.

Es preciso señalar la amplitud de los intereses protegidos, ya muy clara en la propia dicción del precepto constitucional, y más aún en su desarrollo legislativo.⁶⁷ De ahí que se considere “lesivo del patrimonio público”, todo acto u omisión administrativa que perjudica al erario o a la Administración, o que degrada bienes o valores artísticos, cívicos, culturales, ambientales o históricos de la comunidad.

En cuanto a la “moralidad administrativa” a que se refiere la norma constitucional, debe entenderse que no se trata de la moralidad común, sino de la moralidad jurídica, lo que, en definitiva, viene a suponer que la moralidad administrativa se identifique con el conjunto de reglas que disciplinan la actuación de la Administración pública.⁶⁸

Digamos por último que esta acción se ha visto complementada por la denominada “acción civil pública de responsabilidad” por daños causados al medio ambiente, al consumidor o a bienes o derechos de valor artístico, estético, histórico y turístico. Esta acción, como las correspondientes medidas cautelares, puede interponerse ante el juez del lugar en que presuntamente se haya producido el daño, por el Ministerio Público, la Federación, los Estados y los Municipios, los organismos descentralizados, empresas públicas, fundaciones y empresas o so-

ción atmosférica.

65 Jorge MIRANDA: “Manual de Direito Constitucional”, tomo IV (Direitos fundamentais), *op. cit.*, pág. 67.

66 José Afonso DA SILVA: “Curso de Direito Constitucional Positivo”, *op. cit.*, pág. 404.

67 La acción popular, ya contemplada por la anterior Constitución brasileña, si bien no exactamente en los mismos términos, fue desarrollada por la Ley no. 4717, de 29 de junio de 1965, que admitió su ejercicio con la finalidad de tutelar, como correspondientes al patrimonio de las entidades públicas (bien constitucionalmente tutelado), los bienes y derechos de valor económico, artístico, estético, histórico y turístico.

ciudades de economía mixta, aunque también (y este es el rasgo más significativo en lo que ahora importa) por asociaciones privadas, cuando incluyan entre sus fines institucionales la protección de los referidos intereses.

A la vista de la pluralidad de modelos expuesta, de las ventajas y desventajas que cada uno de ellos encierra, no podemos sino estar de acuerdo con Cappelletti⁶⁹ cuando sostiene que la solución más eficaz ha de ser una solución “plural”, o lo que es igual, una combinación de los distintos modelos, que por lo demás pueden ser perfectamente integrados entre sí. Creemos, en consecuencia, que la efectiva tutela de los derechos o intereses difusos pasa por integrar procesalmente desde la acción pública del Ministerio Fiscal hasta la creación en ciertos ámbitos de órganos administrativos especializados, pasando por la habilitación legal para recurrir tanto de asociaciones privadas como de individuos y, en último término, posibilitando el recurso a la acción popular.

Por lo demás, la dinamicidad de los ordenamientos constitucionales y de la misma jurisprudencia se pone día a día de relieve en este punto. Argentina nos ofrece buenos ejemplos de esta dinamicidad.

Los ordenamientos constitucionales provinciales han dado a este respecto pasos muy notables en orden a facilitar la accionabilidad de los intereses difusos. Y así, la Constitución de la Provincia de Salta, de 1986, en su art. 88, remite expresamente al legislador ordinario a efectos de la reglamentación de la legitimidad procesal de la persona o grupos de personas para la defensa jurisdiccional de los intereses difusos. A su vez, la Constitución de la Provincia de Córdoba, de 1987, dispone en su art. 53 que “la ley garantiza a toda persona, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, la legitimación para obtener de las autoridades la protección de los intereses difusos, ecológicos o de cualquier índole, reconocidos en esta Constitución”.

Por lo demás, si los “intereses difusos” traspasan el umbral del Derecho constitucional, no habrá de descartarse la posibilidad de instar de la jurisdicción constitucional su satisfacción. Podría hablarse de este modo, como ha hecho la doctrina argentina,⁷⁰ del “amparo colectivo”.

La misma Corte Suprema argentina así lo vino a entender en su conocida Sentencia de 10 de mayo de 1983, dictada en el *Caso Kattan, Alberto c. Poder Ejecutivo Nacional*, en el que otorgó el amparo solicitado por un grupo de particulares contra el Ejecutivo de la Nación que había autorizado a empresas japonesas a capturar en aguas de jurisdicción argentina, y luego a exportar, catorce ejemplares de delfines. La Corte razonaría del modo siguiente:

Están habilitados para iniciar una acción de amparo aquellos que lo hacen a título personal o en representación de sus familias, cuando la finalidad que persiguen es el manteni-

68 José Afonso DA SILVA: “Curso de Direito Constitucional Positivo”, *op. cit.*, pág. 405.

69 Mauro CAPPELLETTI: “O acesso dos consumidores à justiça”, *op. cit.*, pág. 317.

70 Augusto M. MORELLO y Carlos A. VALLEFIN: “El Amparo. Régimen procesal”, Librería Editora Platense, La Plata, 1992, págs. 211-216. Asimismo, Humberto QUIROGA LAVIÉ: “Ha nacido el amparo colectivo, con motivo del derecho de réplica”, en “La Ley”, año LVI, no. 168, 2 de septiembre de

miento del equilibrio ecológico, garantía ésta que se encuentra implícita en el art. 33 de la Constitución Nacional⁷¹... Todo ser humano posee un derecho subjetivo a ejercer las acciones tendentes a la protección del equilibrio ecológico... En efecto, la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo, y defender su hábitat constituye una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensa.

En otra Sentencia, ya citada con anterioridad, la dictada en el *Caso Ekmekdjian c. Sofovich*, de 7 de julio de 1992, la Corte Suprema argentina admitió la legitimidad procesal de un ciudadano para recurrir en amparo, ejerciendo una suerte de representación colectiva de un sector de la sociedad, con ocasión del derecho de réplica frente a una información difundida por un medio de comunicación social (el Canal 2 de la Televisión) considerada -por el recurrente- ofensiva a los sentimientos religiosos de una parte de la población argentina (quienes profesan la religión católica).

Parte al efecto la Corte Suprema de la distinción acogida por el derecho norteamericano, a los efectos de considerar la habilitación para la revisión judicial, entre los intereses materiales, los ideológicos y los que se refieren a la vigencia efectiva de la ley.⁷² Y haciendo suya la noción del “interés ideológico”, como concepto habilitante de la accionabilidad, entiende la Corte que, dada la gravedad sustancial de la ofensa, su efecto reparador alcanza, sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio, en las condiciones que el legislador establezca, o el juez, frente a la omisión del legislador, estime prudente considerar, a los efectos de evitar que el derecho que aquí se reconoce se convierta en un multiplicador de respuestas interminables. “En un caso de esta naturaleza reflexiona la Corte Suprema argentina- quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa”.

Como con buen criterio ha estimado Quiroga Lavié,⁷³ esta importante interpretación jurisprudencial abre la acción pública a favor de cualquier ciudadano que pida amparo de cualquier interés difuso.

III. La Constitución Española de 1978 se ha hecho eco en su articulado con cierta amplitud de buen número de intereses o derechos difusos. El art. 43.1 reconoce el derecho a la protección de la salud. El art. 45.1, a su vez, enuncia que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona”; en conexión con este derecho, el art. 45.2 atribuye a los poderes públicos la obligación de velar por la utilización racional de to-

1992, págs. 1 y sigs.

⁷¹ A tenor del art. 33 de la Constitución de la Nación Argentina: “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”.

⁷² *Cfr.* al efecto, Richard B. STEWART: “The reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, vol. 88, no. 8, junio de 1975, pág. 1669.

dos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, remitiéndose finalmente (art. 45.3) al legislador para la fijación de sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, respecto de quienes violen las determinaciones inmediatamente antes fijadas. El art. 46 atribuye a los poderes públicos la obligación de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran. Igualmente, los poderes públicos quedan obligados a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos (art. 51.1).

En el orden ya de la legitimación procesal, la Constitución reconoce el derecho a la jurisdicción para alcanzar de los jueces y tribunales la tutela de los propios derechos e intereses legítimos (art. 24.1), si bien, en el art. 125, se habilita asimismo, aunque de modo un tanto lacónico, a los ciudadanos para el ejercicio de la “acción popular”, en la que, como dice González Pérez,⁷⁴ la legitimación activa puede reconocerse en defensa de la legalidad, por lo que el demandante podrá deducir la pretensión sin la necesidad de invocar la lesión de un derecho subjetivo ni de un interés legítimo propio.

La acción popular presenta un especial interés en lo que ahora nos ocupa. De ella lo primero que hay que significar es que ha de ser interpretada restrictivamente,⁷⁵ esto es, en los casos expresamente reconocidos por la ley. El art. 19.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, por si hubiese alguna duda, zanja la cuestión de modo tajante al prescribir que: “Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley”, determinación que se complementa con la de que “no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita” (art. 20.3 de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial).

El contenido del art. 125 de la Constitución puede ser reconducido al enunciado del art. 24.1 de la misma (derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión), tal y como ha sido admitido por el Tribunal Constitucional,⁷⁶ para el que puede aceptarse que entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública en su régimen legal concreto, pero de ello, esto es de la conexión entre derecho de acción (derecho a ejercitar la acción popular) y derecho constitucional, no puede en modo alguno extraerse la necesidad de configurar aquel (el derecho de acción, el derecho al ejercicio de la acción pública) de manera distinta, en definitiva, de esa conexión a que acabamos de aludir no puede

73 Humberto QUIROGA LAVIÉ: “Ha nacido el amparo colectivo...”, *op. cit.*, pág. 1.

74 Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: “Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, Madrid, 1978, pág. 434.

75 De la misma opinión es José Manuel SERRANO ALBERCA: “Comentario al artículo 125 de la Constitución”, en Fernando GARRIDO FALLA (dir.), “Comentarios a la Constitución”, Civitas, 2a. ed., Madrid, 1985, págs. 1846 y sigs.; en concreto, pág. 1850.

76 Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 147/1985, de 29 de octubre, fundamento

pretenderse extraer un régimen legal diferenciado del que ha sido configurado por el legislador para la acción pública o popular.

La Constitución no señala los supuestos en que podrá ejercitarse la acción popular, si bien su ámbito material más adecuado parece que debe encontrarse en el de los intereses difusos o colectivos. En todo caso, el Tribunal Constitucional ha sostenido de modo inequívoco la constitucionalidad de la legitimación procesal de los ciudadanos para la defensa de los intereses comunes, de idéntica manera que si se tratase de intereses propios:

...Dentro de los supuestos -razona el Alto Tribunal⁷⁷- en atención a los cuales se establecen por el Derecho las acciones públicas se encuentran los intereses comunes, es decir, aquellos en que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal, o, si se quiere desde otra perspectiva, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común. Esta solidaridad e interrelación social, especialmente intensa en la época actual, se refleja en la concepción del Estado como social y democrática de derecho, que consagra la Constitución (art. 1º.1), en el que la idea de interés directo, particular, como requisito de legitimación, queda englobado en el concepto más amplio de interés legítimo y personal, que puede o no ser directo, [doctrina esta última asumida por el Tribunal Constitucional en su primera jurisprudencia].⁷⁸

En nuestro ordenamiento, la manifestación clásica de la acción popular es la acción penal, que es pública y para cuyo ejercicio, con arreglo a las prescripciones legales, todos los ciudadanos españoles están habilitados, como reconoce el art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, más adelante (en su art. 270), determina que “todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el art. 101 de esta Ley”.

A la vista del Código Penal, presenta interés especial, en lo que ahora importa, la Sección segunda del Capítulo 2º del Título V del Libro II, que tipifica los delitos contra la salud pública y el medio ambiente. Al efecto, es de destacar el art. 347 *bis*, que castiga con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas a quien, contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.⁷⁹

En todo caso, en otras normas legales encontramos asimismo manifestaciones puntuales de la acción popular. En relación con la cuestión que ahora nos preocupa, los intereses difusos,⁸⁰ podemos recordar ahora que el art. 8.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimo-

jurídico 3o.

⁷⁷ STC 62/1983, de 11 de julio, fund. jur. 2º, A).

⁷⁸ STC 60/1982, de 11 de octubre, fund. jur. 3º.

nio Histórico Español, declara pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español. Asimismo, el art. 235.1 de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana (Texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/ 1976, de 9 de abril) califica como pública la acción para exigir la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas.

Al margen ya de la acción popular, hemos de hacernos eco de algunas otras vías que el ordenamiento jurídico español ha instrumentalizado en los últimos años para la tutela de intereses difusos.

La defensa de los consumidores y usuarios ha sido abordada por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios. La Ley atribuye (art. 20) un derecho de representación a las Asociaciones de consumidores y usuarios que se constituyan con arreglo a la Ley de Asociaciones y tengan como finalidad la defensa de los intereses de aquéllos, incluyendo la información y educación de los mismos, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados. Estas Asociaciones, que pueden llegar a ser declaradas de utilidad pública, representan a sus asociados y quedan habilitadas para ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la Asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios, disfrutando del beneficio de justicia gratuita en aquellos casos en que los derechos de consumidores y usuarios guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. La Ley dedica asimismo un Capítulo a las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión, disponiendo (art. 23) que los poderes públicos y, concretamente, los órganos y servicios de las Administraciones públicas competentes en materia de consumo, adoptarán o promoverán las medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse, individual o colectivamente, el consumidor o usuario. Sin dejar de reconocer que esta Ley ha supuesto un pase adelante en relación con la normativa preexistente, lo cierto es que en ella no se vislumbran procedimientos eficaces para asegurar de modo real la tutela y protección de los intereses y derechos de los consumidores y usuarios. En el fondo, la norma legal sigue estando regida por una concepción individual de la tutela de los derechos e intereses en jue-

79 Es un dato de interés el significar que en los últimos años han crecido de modo verdaderamente espectacular las acciones judiciales por delitos de atentados contra el medio ambiente. Según la información proporcionada por el diario "El País", en su edición del 31 de marzo de 1994, entre 1990 y 1992, se presentaron 50.000 denuncias, pero paradójicamente sólo hubo una veintena de sentencias condenatorias. Siguiendo las Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado, se advierte que es en el año 1990 cuando se produce un espectacular incremento, pasándose de los 134 procedimientos por delito ecológico en 1989 a los 616 del año siguiente. Sin embargo, en la Memoria del año 1993 la crítica de la Fiscalía a la actual redacción del art. 347 bis del Código es clara: tras constatar que el ámbito de protección penal del medio ambiente se centra en ese precepto, se señala que se trata de una "norma penal en blanco", cuyo contenido integrador está compuesto por una normativa muy numerosa y muy dispersa.

80 Al margen ya de los intereses difusos entendidos en su sentido tradicional, si bien es interés de la colectividad la regularidad y legalidad de los procesos electorales, recordaremos ahora que el art. 151.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, dispone que la acción penal que

go, aunque abra paso a la intervención de las Asociaciones mencionadas, pues esto no es lo realmente decisivo para superar esa concepción tradicional, que se refleja en la existencia de una idea de tutela “a posteriori”, esto es, una vez producida la actuación abusiva de los operadores económicos, mientras que la presencia previa de los entes asociativos que representan a los consumidores y usuarios, por ejemplo, en la promoción de las medidas que han de garantizar con eficacia el respeto de estos derechos difusos, pero no por ello menos auténticos y trascendentes, es poco menos que simbólica.

En una dirección que nos parece debe ser la correcta, y que refleja una actuación previa de las Asociaciones a que acabamos de aludir, debemos de situar la previsión del art. 25.1 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que habilita a las Asociaciones de consumidores y usuarios (conjuntamente con los órganos administrativos competentes, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo) para solicitar de un determinado anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita, quedando abierta, en los casos de silencio o negativa a rectificar del anunciante, o cuando no tuviere lugar el cese de la publicidad ilícita, al requirente la posibilidad de ejercer las acciones legales a que se refiere la propia Ley en sus artículos 28 y siguientes.

En definitiva, en España restan pasos muy importantes que dar para acomodar la tutela de los intereses difusos a los nuevos retos del Estado social y democrático de Derecho.

EL HABEAS DATA Y SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA (con algunas referencias a la Constitución peruana de 1993)

Domingo García Belaunde^(*)

*A Héctor Fix-Zamudio,
de quien tanto hemos aprendido*

SUMARIO: 1. Liminar. 2. Terminología. 3. ¿Derecho instrumental? 4. *Habeas Data* ¿figura autónoma? 5. *Habeas Data* ¿instituto legal o constitucional? 6. El caso peruano.

1. LIMINAR

Del 9 al 11 de abril de 1997, se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, un interesante “Seminario Iberoamericano sobre la Acción de *Habeas Data*”, que tenía como telón de fondo el debate existente en dicho país en torno a la incorporación de un instrumento procesal similar en la legislación chilena. A fin de contribuir al esclarecimiento de este tema, y por iniciativa de su Decano, Humberto Nogueira Alcalá, se convocó a distinguidos juristas y personalidades chilenas, así como un selecto grupo de profesores extranjeros, para tratar con prolijidad el *Habeas Data* en sus diferentes dimensiones y en sus respectivos países. Fueron, entre otros muchos, representantes de España (Francisco Fernández Segado), Brasil (Dalmo de Abreu Dallari), Bolivia (Benjamin Miguel Harb), Venezuela (Carlos M. Ayala Corao), Colombia (Eduardo Cifuentes Muñoz), Paraguay (Luis María Benítez), Argentina (Néstor P. Sagües y Oscar R. Puccinelli) entre otros. Por el Perú asistieron Francisco J. Eguiguren y el autor de estas líneas. Muchos presentaron sus ponencias escritas con antelación y otros se limitaron a disertar oralmente un texto que ya tenían preparado, pero que no pudo ser transcrito, como era mi caso. Mientras tanto, la Facultad de Derecho de Talca a través de su revista *Ius et*

^(*) Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

P r a -
xis. Derecho en la Región, año III, núm.1, primer semestre de 1997, ha cumplido con publicar los textos entregados, así como las intervenciones debidamente desgrabadas, entre ellas la mía, si bien con algunos descuidos que el lector atento podrá apreciar. Por cierto, como siempre sucede, pasado el tiempo y a la vista del Seminario, me he replanteado algunos aspectos y he afinado otros, en torno a esta novel institución. Y por eso he decidido dar aquí esta versión, que es en realidad nueva en relación con la anterior, pero que no hubiera podido ser escrita, si no hubiera tenido la grata experiencia de dicho Seminario.

Por parte del Perú como ya señalé, fuimos invitados Francisco J. Eguiguren y yo. Eguiguren presentó con tiempo una sesuda ponencia sobre el *Habeas Data* y su desarrollo en el Perú, así como sus antecedentes y principal jurisprudencia. Por este motivo, y para evitar un cruce que no tenía beneficio para nadie, es que opté por limitarme a hacer un desarrollo teórico, y sólo dejar para el final una brevísima referencia a la parte peruana, que condensa el problema y reitera algunos de sus componentes políticos, y que sólo pretende ser una síntesis demasiado somera de un problema mayor. En esta oportunidad, respetando esos parámetros, he intentado dar un paso más adelante y presentar un bosquejo más ajustado.

Es innecesario recalcar la importancia del *Habeas Data*, que ha llamado la atención de los juspublicistas de Europa y de Estados Unidos desde la década de los setenta, y que sólo ahora comienza a expandirse en nuestra América. Por eso la utilidad de volver, en vista de esta realidad, a los temas que conlleva y a su encuadramiento teórico.

2. TERMINOLOGÍA

Interesa antes que nada precisar en donde debemos ubicar a la figura del *Habeas Data*. Para ello debemos tener presente que de primera intención, hay que vincularla con la clásica figura del Hábeas Corpus, con lo cual se advierte de inmediato una diferencia: lo que se busca proteger no es el *cuerpo*, como en el clásico instituto sajón, sino el *dato*. Esto es, una información sobre alguien o sobre algunos. Una primera impresión, es que lo que busca esta figura es proteger una información o un determinado dato. Y esta información, por cierto, está relacionada con las personas humanas. Por tanto, de por medio existe uno o varios derechos humanos, en la medida que se trata de proteger a éstos de los datos que los perjudican. Pero no cualquier dato, sino aquellos que, pudiendo ser o no de carácter íntimo, lo perjudican si es que caen en manos de terceros.

Y aquí surge el primer problema relacionado con lo que debe proteger el *Habeas Data*, figura relativamente reciente, y que tiene su inicio, por así decirlo, en el derecho público europeo de los años setenta, en forma más o menos paralela a su aparición en el derecho norteamericano. Si bien hay que advertir que no ha habido uniformidad en cuanto al tratamiento del nombre, que es un latinajo que ha tenido éxito.

En un momento se pensó que lo que se protegía con el *Habeas Data* era la privacidad.

Existiría en riesgo, por así decirlo, el derecho a la privacidad, que como se sabe, fue puesto de relieve en un conocido ensayo de Warren y Brandeis en 1890. Después se pensó que era un derecho a la intimidad, o sea, a la reserva de determinados datos que significan un acceso indebido a nuestra persona. Pero hoy en día, la cosa se ha extendido y se entiende de manera más amplia que son varios los derechos que hay en juego, pero que al final se canalizan en uno solo. Por tanto a la larga lista de derechos humanos existentes, debería agregarse uno más, que algunos llaman *libertad informática* o derecho a la libertad informática, y otros *autotutela informativa* o *autodeterminación informativa*. Ellos son utilizados en forma indistinta, y creo que si se precisa para que sirven, el uso del nombre es a la larga irrelevante. Pero entre todos ellos, nos quedamos por ser más explícito, con el de autodeterminación informativa: la capacidad o derecho que tiene cada cual para determinar por sí y ante sí, qué debe hacerse en relación con su persona, y vinculado con el mundo informático, si bien esto, como es obvio, no es absoluto. Sabemos que todo derecho, y este es uno de ellos, no es absoluto ni menos puede ejercerse indiscriminadamente, pero tiene, que duda cabe, un núcleo básico que es importante.

Por cierto, no creo que estemos ante un derecho que podría llamarse fundante, como es el derecho a la vida o el derecho al libre tránsito, sino de un derecho derivado del principio de la dignidad de la persona, pero con una entidad propia, y que ha nacido precisamente del desarrollo explosivo del mundo informático.

No voy a entrar al desarrollo de este derecho, sobre el cual existe abundante literatura, pero sí señalar que, en sustancia, es un derecho nuevo, que ha surgido al calor del desarrollo científico y tecnológico de nuestros días, en donde la intimidad, el derecho a la honra y al buen nombre, a la vida propia, están sujetos a manipuleo incesante.

Éste, como queda dicho, es un derecho humano de suma importancia en los momentos que vivimos. Veamos ahora el papel que tiene el *Habeas Data* en relación con él.

3. ¿DERECHO INSTRUMENTAL?

Los derechos humanos, entre ellos el derecho a la autodeterminación informativa, tienen una categoría precisa. Pero se trata de un derecho sustantivo, del cual es necesario afirmar que su defensa debe hacerse por un medio jurídico. Es decir, para perfeccionar cualquier ordenamiento debemos buscar su parte adjetiva o accesorio que la proteja. O si se quiere procesal, como quiere la moderna doctrina, que insiste en que el derecho procesal es en lo fundamental, un cuerpo doctrinario sólido y de carácter instrumental.

Así consideradas las cosas, es evidente que el *Habeas Data* viene a ser una figura típica de carácter instrumental, o mejor dicho, un proceso típico de defensa de un derecho humano, como es el de la autodeterminación informativa. Pero hay algunos problemas teóricos que han agobiado a nuestra América, que conviene repasarlos brevemente.

Durante más de un siglo, y todavía en algunas latitudes de nuestro continente, las cons-

tituciones latinoamericanas, por especial herencia francesa filtrada a partir de textos y doctrina españolas, calificaron como garantías constitucionales a lo que en rigor eran derechos de la persona, derechos del hombre o simplemente derechos humanos. Así, la vida, la libertad, el honor, el libre tránsito, etc., no eran más que “garantías constitucionales” y como tales figuran todavía en alguna dogmática latinoamericana. Esto, por cierto, era válido en su momento, cuando el derecho procesal prácticamente no existía. Sin embargo, la doctrina pronto reparó de que los derechos de la persona, derechos del hombre o derechos humanos, no eran garantías, pues por sí solas no garantizaban nada, pese a la solemne proclamación de los textos constitucionales. Fue así que a mediados de los años cincuenta de este siglo, un sector de ella propuso llamar garantías constitucionales, a los instrumentos de carácter procesal como el Hábeas Corpus o el Amparo, y a los derechos, llamarlos derechos fundamentales o derechos humanos, si bien a nivel de textos internos, la primera acepción ha prendido más que la segunda. Pero en esta evolución se ha ido más lejos, y hace algunos años se ha llamado la atención que en realidad estas instituciones llamadas garantías constitucionales, son en puridad procesos constitucionales. Y no otra cosa, pues sirven para proteger derechos constitucionales.

En resumidas cuentas, el término *garantía constitucional* está en retirada; tiende a desaparecer, pues hoy en la actualidad, pese a que es usado todavía por algunas constituciones y cierto sector de la doctrina (en especial en Venezuela), la garantía se considera como equivalente a derechos humanos o derechos fundamentales, y más vale designarlos con este último nombre.

Por cierto, esta afirmación nada tiene que ver cuando, como sucede en algunos casos, se emplea la expresión *garantías* en el sentido acuñado por Carl Schmitt, y más en concreto, por el más utilizado de garantía institucional. Pero en el pensamiento schmittiano, esto tiene una connotación distinta y puede perfectamente deslindarse de lo nuestro.

Resumiendo, podemos decir que estamos ante dos realidades: un derecho humano o derecho fundamental, que es la autodeterminación informativa, y su correlato protector, a través de un determinado instrumento procesal, que es el Habeas Data.

4. HABEAS DATA ¿FIGURA AUTÓNOMA?

Uno de los problemas serios que afronta el *Habeas Data*, es su configuración normativa, de lo cual hemos hecho ya algunos alcances. El otro es sobre la utilidad misma del *Habeas Data*, con su propio nombre y como figura autónoma.

Tengamos presente que frente al *Habeas Data* se han dado dos posiciones:

- i) Regularlo como figura autónoma, como es el caso del Brasil, y
- ii) Regularlo dentro de otra entidad normativa, como es el caso de la Argentina (en donde se presenta como parte del Amparo) o Colombia (que es parte integrante de

la Tutela).

Pero por cierto, existe una tercera posición; que niega la validez del *Habeas Data* en cuanto tal, toda vez que, según algunos (en el Perú es la posición de Samuel Abad) el *Habeas Data* sería totalmente innecesario, ya que de la propia reglamentación procesal existente, se desprende que el Amparo bastaba para los mismos fines. Esto es, admitido el nuevo derecho a la autodeterminación informativa, era suficiente extenderle un manto tuitivo ya existente que, como en el caso peruano, es clarísimo, pues la Constitución expresa taxativamente que el Amparo protege los demás derechos que figuran en la Constitución o que se desprenden de ella (pues existe una cláusula en la Carta de 1979, que en parte se repite en la de 1993, que recoge los conocidos como “derechos no enumerados”, aspecto que ha llamado la atención a constitucionalistas de nota, como es el caso de Peter Häberle).

La posición por cierto, es correcta desde un punto de vista teórico. Y por eso las democracias europeas no han incorporado a sus constituciones esta figura de manera expresa, sino que simplemente han utilizado diversos canales legales previos o creados exprofesamente y sin ese nombre, para proteger el nuevo derecho a la autodeterminación informativa o derecho a la intimidad, como prefieren otros.

Pero aquí surge un problema que es serio y es el siguiente. La América Latina ha perdido hace mucho tiempo su fe en el legislador, y ahora confía en las constituciones, que se han vuelto el mito de nuestro tiempo. Al revés de los países sajones que confían en el juez, y de las democracias europeas que confían en las leyes, las democracias inciertas de América Latina confían en el constituyente, y por eso es que la norma se incorporó *ipso nomine* por vez primera en el Brasil y en 1988, y de ahí cundió el ejemplo como reguero de pólvora. Y cual efecto dominó, la figura se ha extendido entre nosotros y tiende a conocerse con ese nombre y llegar así a las constituciones. Por tanto, frente a una sólida reflexión teórica, tenemos una realidad tangible que tenemos que aceptar. Partamos pues, de este hecho y volvamos al tema en el que nos quedamos.

Brasil, como dijimos, fue el primero en introducirlo a nivel constitucional en su Carta de 1988, y otros lo han seguido. Y lo han hecho, como figura autónoma. Pero en otros casos, como lo es la reforma argentina de 1994, existe como un sub-tipo del Amparo. Es decir, en la Argentina no existe el Hábeas data, sino el amparo en su vertiente protectora del dato. Pero pese a no existir, la doctrina de manera dominante y cierta jurisprudencia aceptando este hecho, tiende a denominarlo como *Habeas Data*, ya que de esta forma es más específico y más preciso en su protección.

En realidad, no tiene mayor importancia si el *Habeas Data* existe como figura procesal autónoma o encubierta y dependiente de otra. Lo importante es que el derecho sea protegido, y lo es en ambas vertientes.

Pero no podemos dejar de anotar un hecho: y es que la tendencia en la dogmática y en la doctrina latinoamericanas es a darle configuración autónoma. Y en esto reside, quizá, nuestra originalidad constitucional. No originalidad autónoma o primigenia, sino originalidad deri-

vada. Y a los hechos nos atenemos, salvando las peculiaridades teóricas.

5. *HABEAS DATA* ¿INSTITUTO LEGAL O CONSTITUCIONAL?

Otro aspecto importante es delimitar cuál es la ubicación que corresponde a la figura del *Habeas Data*, dentro de nuestro universo normativo. Hemos visto que tanto en los Estados Unidos como en los principales ordenamientos europeos, el *Habeas Data* figura como institución procesal común, esto es, como un proceso o práctica al lado de otras. Y todo esto contrasta con la realidad latinoamericana, que tiende, como se ha visto, a darle rango constitucional al *Habeas Data*, precisamente como una especie de última garantía frente a las violaciones que desde épocas seculares han sufrido las democracias latinoamericanas, jaqueadas por la violencia, por las dictaduras de todo pelaje y por fuerzas descontroladas.

Las constituciones latinoamericanas prefieren, como se ha visto en algunos casos relevantes, elevar el *Habeas Data* a nivel constitucional, y otras no, como lo es en países europeos y lo es en los Estados Unidos.

Por cierto, lo que importa al final no es cuál es el rango que tiene dicho instituto, sino cuál es su eficacia. Pero anotemos que del lugar que ocupe dentro del ordenamiento, se desprenden varias consecuencias y otras interrogantes, que debemos destacar y sobre las cuales hay que hacer algún desarrollo.

En primer lugar, si el *Habeas Data* no está expresamente consagrado en la Constitución, no es un instituto procesal constitucional, ya que, para que existan estas figuras procesales, es necesario que la institución no sólo se destine a la defensa constitucional, sino que tenga una ubicación constitucional expresa. Existen en la Constitución muchos principios y normas que son defendidos por los códigos procesales ordinarios, sean civiles o penales. En tal sentido y de manera amplia, puede decirse que todos los procesos son constitucionales; de esta manera, todos los procesos que figuran en un código procesal civil son constitucionales, pues deben ellos ajustarse a los principios que disciplina la Constitución para todo el orden jurídico. Pero en sentido estricto y puntual, son constitucionales tan solo los procesos que, defendiendo directamente derechos que la Constitución sanciona, están consagrados en ella misma y no en normatividad inferior.

Pero puede ser que el derecho sea defendido por un *Habeas Data* que no es creación constitucional, sino creación de una ley procesal cualquiera, de naturaleza más bien civil. Pues simplemente estaremos al frente de una institución de naturaleza civil que protegerá derechos fundamentales. Y esto no tiene nada de extraño, ya que los derechos que la Constitución reconoce deben ser defendidos normalmente por los códigos y leyes procesales de manera común y ordinaria, y sólo lo podrá ser por expresos recursos constitucionales, en situaciones excepcionales y bajo determinadas condiciones. Por tanto, nada impide que una institución como es el *Habeas Data*, nazca al margen de la Constitución y por ley expresa, si bien es cierto que estará destinada a la defensa de determinados derechos con rango constitucional.

Existe otro problema y es el relacionado con la reglamentación del *Habeas Data*, que in-

teresa con independencia a su ubicación normativa. Esto es, aún cuando el *Habeas Data* nazca directamente en la Constitución, cabe la pregunta de cómo tiene que regularse. Y al respecto caben cuatro posibilidades:

- i) Que el *Habeas Data* sea regulado dentro de un código procesal cualquiera;
- ii) Que el *Habeas Data* sea regulado dentro de una ley cualquiera,
- iii) Que el *Habeas Data* sea regulado por una ley especial, y
- iv) Que el *Habeas Data* sea regulado por un código especial sobre procesos constitucionales.

Lo frecuente, tanto en Europa como en América, es que el *Habeas Data* sea regulado por una ley especial (como es el caso de España) o remitida a una ley análoga (como es el caso del Perú). Es decir, se destina a una ley procesal especial que se ha preparado con tales fines.

Pero otra tendencia que se abre camino es la de formular una ley especial o un código específico unitario sobre jurisdicción constitucional o procesos constitucionales. En esto hay que señalar el caso de Costa Rica, que cuenta con su respectiva ley desde 1989. Y el caso del Perú, en donde una comisión ad-hoc de juristas, está empeñada en la preparación de un completo código procesal constitucional.

6. EL CASO PERUANO

En el Perú, de acuerdo al amplio espectro de la Constitución de 1979, la autodeterminación informativa podía ser defendida perfectamente por el Amparo, consagrado constitucionalmente en la Carta de ese año. Pero a raíz del golpe de Estado de 05 de abril de 1992, y tras la convocatoria a un congreso constituyente, la mayoría oficialista se dedicó a hacer una nueva Constitución, que en gran parte repetía la anterior, con algunas modificaciones. Una de ellas fue precisamente la introducción del *Habeas Data*, que fue obra del constituyente Carlos Torres y Torres-Lara, que la tomó directamente de la Constitución brasileña de 1988, pero de manera algo peculiar. Así fue introducido el *Habeas Data* en el artículo 200, inciso 3 de la Carta de 1993, que alcanzaba el poder recabar información pública, el prohibir dar información que afectase la intimidad y finalmente ejercer el derecho de rectificación ante los medios. Esta propuesta que hizo Torres, mal planteada y defendida por quien no conocía mucho del asunto, fue introducida en la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente, y aprobada por todos los asistentes a ella. En realidad, nadie se percató en ningún momento de la mala configuración presentada ni tampoco de los riesgos que implicaba, toda vez que la opinión pública, en aquel entonces, estaba pendiente de otros hechos más graves. Y el más importante era que el proceso constituyente había sido convocado artificialmente por un gobierno de facto que buscaba legitimarse, pero con grave riesgo de que ello sirviese de preludio a una dictadura, como los hechos posteriores lo han venido a confirmar. Esto es, a diferencia del proceso constituyente de 1978-79, que fue amplio, plural, democrático y que garantizaba el retorno a la democracia -como en efecto lo fue- el actual parecía sólo estar destinado a perpetuar a Fujimori en el poder, con un aparente respaldo popular y con una cúpula militar que le servía de sostén para cometer diversas

tropelías.

Un proceso constituyente bajo este signo, se inició en enero de 1993 y culminó en setiembre del mismo año. Y durante meses, el *Habeas Data*, así defectuosamente introducido, pasó todas las instancias y en forma totalmente inadvertida.

Sin embargo, a mediados del mes de agosto, parte de la oposición advirtió que la parte final que destinaba el *Habeas Data* a la rectificación en los medios, podía ser empleada abusivamente, y que para eso existían otros recursos, toda vez que el clima político podía inclinar la balanza en el sentido de que fuese un arma usada eventualmente con motivos políticos y para censurar a la prensa. En realidad, teóricamente tal peligro no existía, pero el ambiente político lo hacía presagiar. La crítica de la oposición continuó, reaccionando después de un largo letargo (cf. *El Comercio*, 26 de agosto de 1993), pero el oficialismo no cedió. Por esos días, la Universidad de Lima organizó un Congreso de Derecho Constitucional (setiembre de 1993) en donde el constitucionalista argentino Nestor P. Sagües criticó duramente el proyecto, pero el oficialismo no se dio por enterado. El autor del desaguizado, Carlos Torres, no vaciló en defender el proyecto una y mil veces (cf. *El Peruano*, 25 de febrero de 1994), y por último, aprobado ya el texto constitucional, al ver sus posibles excesos, pidió reglamentar la institución del *Habeas Data* (cf. *Expreso*, 12 de abril de 1994). Es decir, el oficialismo se empeñó hasta el final en mantener el *Habeas Data* en el exceso criticado y así fue finalmente consagrado en el texto constitucional.

Pero luego sucedió lo que debía suceder. Un *Habeas Data*, interpuesto en la vía penal por un conocido abogado, Vladimir Paz de la Barra, pretendió usar la novel institución, en un mayor grado del verosímil y eso desató una tormenta política, que convirtió en irremediable la reforma. Finalmente, mediante ley 26470 de 09 de junio de 1995, se modificó la Constitución en ese punto, y se eliminó del ámbito del *Habeas Data* la rectificación a los medios, la que se remitía a la ley de la materia. Se optó así por la sensatez.

Ahora bien ¿qué ha pasado desde entonces? Luego del caso ya señalado, el *Habeas Data* ha tenido una utilización parca, centrada en la obtención de información que se guarda en la administración pública, y que ésta, por desidia, no gusta de entregar. Es poca hasta la fecha, pero tenderá a crecer.

Conuerdo, por cierto, con las importantes apreciaciones señaladas por Eguiguren sobre el *Habeas Data* peruano: mal concebido y peor desarrollado. Tal como está, debería en realidad desaparecer por innecesario. O en todo caso, replantearse seriamente, aprovechando experiencias tan valiosas como las que hemos recibido en el Seminario de Talca.

EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Eduardo García de Enterría^(*)

I

La Constitución de 1978 ha marcado decisivamente nuestra historia política, como todas las Constituciones anteriores (aunque quizás también en este extremo con mayor profundidad que ninguna, si exceptuamos la de Cádiz, que produjo la ruptura con el Antiguo Régimen), pero también nuestra historia jurídica, lo cual resulta ya completamente novedoso respecto de todas sus precedentes.

Sólo también la Constitución de Cádiz, 1812, había marcado hasta ahora entre todas las Constituciones una época nueva en la evolución de nuestra historia del Derecho, en virtud de la recepción que opera de los grandes principios del “monumento jurídico de la Revolución francesa” (soberanía nacional frente a poder regio absoluto, división de poderes, independencia, legalización y desestamentalización del poder judicial, legalización y libre acceso a la función pública, contra su estamentalización y patrimonialización, supresión de señoríos, primacía de la propiedad individual, con desvinculación, desamortización, “cerramiento” de fincas y liberación o rendición de cargas, censos y servidumbres personales, gobierno por Leyes generales y no por privilegios o fueros paccionados, “reino de la Ley”, codificación, levantamiento de aduanas interiores y creación de un mercado nacional, administración racionalizada, etc). El cortejo de consecuencias de las ideas que aportaron los constituyentes de Cádiz y que sólo parcialmente, pero efectivamente, acertaron a imponer en el mundo jurídico, a través de las esporádicas y problemáticas puestas en vigor del texto constitucional, no había tenido precedentes. Fue una verdadera revolución jurídica fundacional y de fondo, una de las más profundas de nuestra historia, revolución sobre cuyos principios, en definitiva, se organizó todo el Derecho y el Estado que entonces se intentó establecer, que concluyó asentándose y que subsiste en lo esencial hasta hoy mismo.

(*) Ex Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La revolución jurídica que aporta la Constitución de 1978 ha sido de muy distinto signo. Por una parte, ha acertado a concluir la guerra civil larvada que se mantuvo durante siglo y medio con varias explosiones sangrientas, y que había mantenido tardígradamente la vieja oposición en el seno social e institucional (papel de la Iglesia, opuesta a la libertad religiosa, la libertad de expresión y de asociación y para la que “el liberalismo es pecado”) entre Antiguo Régimen y democracia.

Esta oposición histórica había perdurado en Francia, como ha estudiado Furet, desde la Revolución hasta ya entrada la III República. Pero aun esa pugna básica se mantuvo viva política y socialmente (si no jurídicamente) tres cuartos de siglo más (entierro de Victor Hugo, “boulangisme”, “affaire” Dreyfus, guerra de las congregaciones y separación de la Iglesia del Estado, “Action Française”, fascismos de los años treinta, Vichy). Sólo la derrota militar de los fascismos en la II Guerra Mundial liberó a la vieja derecha francesa (política, intelectual, religiosa) de la fascinación que había continuado ejerciendo sobre ella la imagen idealizada de un orden natural, orgánicamente integrado, con tensiones menores paternalmente resolubles, ordenada alrededor de valores personales, locales y religiosos, es decir, llanamente, la imagen de un Antiguo Régimen estéticamente y desiderativamente retocada. Esta corriente de opinión, nada desdeñable en su fuerza, era, pues, efectivamente “reaccionaria”, pretendía un retorno, más o menos confesado, a la situación anterior a 1789. Sólo el asombroso error que esa derecha cometió, sacrificando su nacionalismo tradicional al odio a la República, aliándose con el ocupante alemán en el “colaboracionismo” (error apenas explicable en personajes como Maurras), sólo este error acabó con ella definitivamente. La alternativa democracia-Antiguo Régimen dejó de existir entonces definitivamente. La llamada derecha dejó de tener a partir de 1945 cualquier connotación verdaderamente reaccionaria en el sentido dicho.

Más claro es el caso de Alemania, de Italia y de Centroeuropa. El “principio monárquico”, como un poder autónomo del monarca en pie de igualdad, de hecho de superioridad, con el principio democrático, subsistió hasta el final bélico de los Imperios centrales en 1918. El democratismo puro de la Constitución de Weimar malvivió en medio de golpismos de todo signo y de los “poderes excepcionales” o dictatoriales del Presidente en virtud del art. 48, hasta que, finalmente, fue definitivamente arrumbado en 1933 por el nazismo. En Italia el más temprano fascismo precedió diez años a esa misma caída. Todos los Estados salidos de Versalles sufrieron crisis análogas. También sólo en la postguerra de 1945 y, en el caso de los Estados caídos bajo la órbita soviética, en 1989 (trabajosamente, hasta ahora mismo), ha podido decirse que el principio democrático haya quedado instaurado en esa importante parte de Europa.

Nuestra propia historia constitucional no ha diferido, pues, demasiado en sus grandes líneas de la europea, contra lo que suele decirse, y sólo la larga persistencia del franquismo, edificado sobre el temor -cuidadosamente cultivado- a reabrir una atroz guerra civil, que sí fue singular en Europa, nos asignó un retraso visible en la recuperación de la soberanía democrática incondicionada.

La Constitución de 1978 es la primera, con excepciones apenas semánticas (Constituciones de 1869 y de la I y la II Repúblicas), que ha acertado a implantar el principio democrático

como único principio político legitimador. Lo verdaderamente notable es que esto haya sido hecho por un consenso entre todas las fuerzas políticas, herederas, por unas u otras vías, tanto de las que protagonizaron el enfrentamiento bélico civil de 1936-39, como las de la mínima institucionalmente, pero efectiva en su extensión real, “tercera España” (fórmula de Salvador de Madariaga), que fue la que se negó a alinearse con ninguno de los bandos en lucha. La gran hazaña histórica de la Constitución está en este logro sin precedentes, que ha puesto término a más de siglo y medio de luchas políticas existenciales y ha creado, sin más, por ello mismo, un espacio político común, por vez primera general y nacional. Esto ha hecho que la Constitución de 1978 se presente como algo que no tenía precedentes en nuestra historia, como la decisión efectivamente constituyente del pueblo entero, como una expresión auténtica de un verdadero pacto social fundacional con la intención de instituir un marco duradero de estructuración perdurable del sistema democrático como sistema efectivo.

II

Pero a esta básica significación jurídico-política, la Constitución de 1978 unió una novedad radical que la ha singularizado en toda nuestra historia constitucional, la de haberse deliberadamente configurado para ser una norma jurídica perfectamente operativa por sí misma en su función de cabeza y fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

Los enunciados contenidos en las Constituciones, bajo la vestidura formal de un lenguaje jurídico, no habían sido nunca consideradas como normas jurídicas propiamente dichas, salvo en cuanto establecían los campos de actuación de los poderes superiores. Pero aún esta eficacia normativa reducida no contó nunca (la limitada y poco feliz actuación del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República permite ser casi categórico) con la posibilidad de una garantía judicial de cualquier carácter. De hecho se trataba, por tanto, de pautas de actuación que los poderes superiores deberían imponer según su respectiva fuerza relativa, intentando movilizar en su caso la opinión pública en favor de sus respectivas tesis, pero sin ninguna posibilidad de obtener un respaldo judicial formal.

Las elecciones podían ventilar así distintas interpretaciones constitucionales, de modo que la derrota de una de ellas podría significar la salida del sistema constitucional de las fuerzas derrotadas y su postulación abierta de un cambio constitucional expreso.

Si ese era el régimen de la “parte orgánica” de las Constituciones, la “parte dogmática” o de declaraciones de derechos y de principios, cuando existía (no la incluía el Estatuto Real de 1834, las de 1837 y 1845 redujeron al mínimo su contenido) carecía por sí misma de cualquier eficacia jurídica propia. Esas declaraciones y principios no podían ser invocados ante los Tribunales como normas de decisión de un proceso, fuera éste de cualquier clase. Desde que se instauró el recurso de casación en las jurisdicciones civil y penal y desde los orígenes de la jurisdicción contencioso-administrativa, el Tribunal Supremo declaró, sin una sola excepción, que la violación de cualquiera de esas normas constitucionales por las Sentencias recurridas no po-

día fundamentar ningún recurso de casación, que tales declaraciones y principios eran puramente “programáticas”, dirigidas al legislador y no a los jueces, y que sólo en la medida en que el legislador aceptara desarrollar ese programa, y en la extensión que él soberanamente decidiese, los principios constitucionales llegarían a ser propiamente normas jurídicas.

La Constitución republicana de 1931, que es la primera que recoge la técnica del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las Leyes, atribuyó también al Tribunal encargado de esta función, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el “recurso de amparo de garantías individuales cuando hubiera sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades”. Pero ni aún sobre esta base, cuya aplicación resultó escasamente efectiva, por lo demás, el Tribunal Supremo rectificó su doctrina sobre la naturaleza programática de los preceptos incluidos en la Constitución, atañente sólo al legislador pero sin eficacia propia para vincular a los jueces ordinarios como normas de decisión en sus Sentencias.

Obvio es decir que el mismo criterio se aplicó durante la vigencia de las “Leyes Fundamentales” del franquismo, por todas las Salas del Tribunal Supremo.

La corrección radical de esta doctrina no tendría lugar sino por la Constitución de 1978. Ha sido en el orden jurídico estricto su gran aportación a la historia de nuestro constitucionalismo.

El texto constitucional comienza con la proclamación de los “valores superiores del ordenamiento jurídico” (art. 1.1), de los cuales la libertad se descompone en todos los derechos fundamentales enunciados en su título I, derechos que son “fundamento del orden político y de la paz social”, lo que los incluye directamente en dicho ordenamiento jurídico general, sin necesidad de ninguna conversión legislativa previa. Así lo afirma, por lo demás, el art. 53.1 de la propia Constitución, al precisar que “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vincularán a todos los poderes públicos”, no siendo discutible que los jueces y Tribunales son un poder público (“integrantes del poder judicial”, precisa el art. 117.1). Pero aún un precepto más general, el del art. 9.1, despeja toda duda y extiende el valor normativo directo de la Constitución a la totalidad de su contenido, en estos términos: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Este precepto resulta especialmente claro: la vinculación (normativa, puesto que es una parte del “ordenamiento jurídico”) de la Constitución no afecta sólo a los poderes públicos, entre los cuales están, sin duda posible, como ya hemos visto, los jueces y Tribunales; afectan también (efecto directo) a los ciudadanos mismos, que ganan, pierden, modulan sus derechos teniendo necesariamente en cuenta la norma constitucional, derechos (e intereses legítimos) que, a su vez tienen derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos del art. 24.1. De este modo, la vieja y más que secular doctrina del carácter meramente programático de la Constitución y la correlativa negación de su valor como norma de decisión de los procesos ha quedado definitivamente liquidada.

Así ha venido a consagrarlo en el plano técnico el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los

Jueces y Tribunales”. El art. 7.1 especifica este principio general a los derechos fundamentales: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”. El § 2 del propio art. 7 concreta aun más para los derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo: “En especial, los derechos enunciados en el art. 53.2 de la Constitución se reconocerán, en su caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido”. Difícilmente se podría ser más claro.

En fin, el carácter normativo directo de toda la Constitución incluye a sus “principios” aparentemente más abstractos, como ha precisado la jurisprudencia constitucional (Sentencias 15/1982, 254/1993, 31/1994, etc.).

La eficacia normativa de la Constitución se hace presente en su propio texto al disponer su disposición derogatoria tercera que quedan derogadas “cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”. La vieja concepción de que la Constitución era una mera invitación al legislador para que dictase las verdaderas normas jurídicas queda así totalmente desvirtuada: sin necesidad de ningún complemento, la Constitución interfiere y deroga por ella misma todas las normas existentes contrarias a sus preceptos y principios.

III

Pero la Constitución no sólo es una norma jurídica plena, como acabamos de ver, sino que resulta que es la norma jurídica suprema y que, como tal, puede exigir a las propias Leyes parlamentarias razón de su validez. Los arts. 161.1.a), 162.1.a), 163 y 164 de la propia Constitución regulan, en efecto, un control de constitucionalidad de las Leyes de las que puede resultar la invalidez general de éstas (art. 163.1). Este control corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional, según el modelo estructural kelseniano, seguido en general en los países europeos. Este sistema singular plantea la cuestión, en la que algún constitucionalista se ha perdido, de si sólo ese peculiar órgano especializado que es el Tribunal Constitucional sería el competente para aplicar e interpretar la Constitución. La exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción constitucional implicaría la exclusividad en la aplicación e interpretación de la norma constitucional. Este aserto, que podría encontrar algún apoyo en la doctrina kelseniana estricta de donde el sistema procede, sería gravemente erróneo por lo que respecta en concreto a la Constitución española.

El Tribunal Constitucional tiene, en efecto, un monopolio, que es el de rechazo o expulsión de las Leyes (y productos normativos equiparados) del ordenamiento mediante su declaración de inconstitucionalidad; esta función no está al alcance de ningún otro juez o Tribunal. Pero si leemos con alguna atención el art. 163 de la Constitución, que es el que articula la relación entre Tribunal Constitucional y Tribunales ordinarios, resulta claro que a estos últimos corresponde un importante papel en la interpretación y aplicación de la Constitución. El art. 163 di-

ce: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional ...”. No puede, por tanto, el órgano judicial declarar por sí mismo una Ley contraria a la Constitución, que es lo que corresponde al Tribunal Constitucional en exclusiva, pero sí es suya la competencia de “considerar” que esa contradicción puede producirse y de resolver esa duda por la negativa, esto es, en favor de la constitucionalidad abstractamente planteable.

Pero esa simple consecuencia implica por sí sola una larga serie de facultades aplicativas de la Constitución que ésta defiere a los jueces y Tribunales ordinarios:

1°. Les corresponde la facultad de enjuiciamiento previo de constitucionalidad de las Leyes, enjuiciamiento que ha de preceder a cualquier aplicación de éstas.

2°. Suya es también la facultad de resolver ese enjuiciamiento previo en sentido positivo, esto es, del juicio positivo de constitucionalidad de la Ley, que condiciona propiamente la aplicación de ésta como norma de decisión del proceso.

3°. Les pertenece también el juicio de “posibilidad” de inconstitucionalidad de la Ley (“considerare... que... puede ser contraria a la Constitución”, dice el art. 163), supuesto en el cual tendrán la obligación de plantear cuestión prejudicial de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. Convendrá notar que esa “posibilidad” ha de referirse a una duda objetiva y no a una mera convicción subjetiva del Juez.

4°. Pero quedan fuera de esa obligación de remitir la cuestión al Tribunal Constitucional la eventual inconstitucionalidad de Reglamentos, que los jueces y Tribunales deben decidir por sí mismos inaplicando el Reglamento en contradicción con la Constitución.

5°. La misma solución respecto de actos jurídicos, privados o públicos (y aquí, especialmente, por la jurisdicción contencioso-administrativa), cuya inconstitucionalidad arrastrará su ineficacia.

6°. Finalmente, los jueces y Tribunales, para las operaciones enunciadas en los apartados anteriores, estarán obligados a interpretar conforme a la Constitución todas las normas del ordenamiento.

Este cuadro sistemático, nada banal en cuanto al contenido que refleja, está sustancialmente recogido en los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985:

Art. 5.1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulta de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

Art. 6. Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa.

Quizás convenga resaltar que la vinculación de los Tribunales ordinarios a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que hemos visto que declara de manera formal el artículo 5.1 LOPJ, se entiende como una manifestación de la vinculación a la Constitución, en cuanto que esa doctrina jurisprudencial expresa una interpretación cualificada de la Constitución misma realizada por el “intérprete supremo” de ésta, como califica al Tribunal Constitucional su Ley Orgánica, artículo 1. En su labor propia de interpretación y aplicación de la Constitución, los jueces y Tribunales ordinarios no pueden apartarse de la interpretación que a la Constitución ha dado su “intérprete supremo”. Esta interpretación resultará no sólo de las Sentencias que resuelvan recursos o cuestiones de inconstitucionalidad contra las Leyes, sino, como precisa el precepto, “de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”, incluyendo, pues, los recursos de amparo y los conflictos de atribución y, por supuesto, de las Sentencias tanto estimatorias como desestimatorias.

Ese valor cualificado de la doctrina del Tribunal Constitucional da a la misma un valor virtualmente normativo.

7°. A ese régimen general convendrá añadir una competencia transitoria de los jueces y Tribunales ordinarios, la de declarar la derogación o “inconstitucionalidad sobrevenida” de las Leyes en vigor en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, por efecto de la disposición derogatoria 3a de ésta. Aquí el Tribunal Constitucional, a la vista de las soluciones que para el mismo supuesto habían decidido los Tribunales Constitucionales alemán (declarar que la derogación por la Constitución corresponde en exclusiva a los Tribunales ordinarios) e italiano (no pueden declararla los Tribunales ordinarios, sino que éstos han de elevar cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional), ha construido una tesis original: la derogación pueden declararla por sí sola los jueces y Tribunales ordinarios, pero cabe también que eleven cuestión de inconstitucionalidad sobre el problema al Tribunal Constitucional (Sentencias constitucionales de 2 de febrero, 8 de abril de 1981 y 3 de julio de 1997). El efecto de la constatación derogatoria será el mismo, pero en el segundo caso la Sentencia constitucional le dará efectos *erga omnes* (art. 164.1: las Sentencias “que declaren la inconstitucionalidad de una Ley o de una norma con rango de Ley... tienen plenos efectos frente a todos”). Resulta, por ello, aconsejable la segunda vía en los supuestos más complejos o dudosos, para hacer efectivo el principio (constitucional: art. 9.3) de seguridad jurídica.

IV

Lo más relevante de ese cuadro de actuación judicial de la Constitución es el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento, que ha recogido, como acabamos de notar, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Este principio es un derivado del principio de supremacía y se formuló por ello originalmente en los Estados Unidos (obligación de interpretar las Leyes *in harmony with the Constitution*) y en Alemania (*Verfassungskonforme Auslegung der Gesetze*). El Tribunal Constitucional formuló el principio desde su primera Sentencia de inconstitucionalidad (Sentencia de 2 de febrero de 1981), lo repite de manera constante y sistemática y de su doctrina lo tomó la Ley Orgánica del Poder Judicial para que los jueces la tengan constantemente presente en su actividad enjuiciadora.

Proviene el principio, como se comprende fácilmente, de la necesidad judicial de buscar interpretaciones de las Leyes que salven su concordancia con la Constitución a fin de limitar en lo posible la declaración de inconstitucionalidad de aquéllas. Acierta a expresarlo el párrafo 3 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “Procederá el planteamiento [por los jueces] de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por la vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”.

Por su parte, el propio Tribunal Constitucional, por un principio elemental de economía, que busca salvar en lo posible la subsistencia de las Leyes y limitar al mínimo posible las declaraciones de inconstitucionalidad, que producen siempre un grave trauma en el ordenamiento, incluso en ocasiones, como ha llegado a decir algún Tribunal Constitucional, una situación material de inconstitucionalidad no menos grave que la que se ha tratado de eliminar, utiliza con frecuencia las llamadas Sentencias interpretativas de rechazo, en las que se salva la inconstitucionalidad de una Ley sobre la base de una determinada interpretación constitucional de la misma, interpretación que el Tribunal suele llevar al fallo. (La técnica es conocida también por el *Conseil Constitutionnel* francés en el nombre de *conformité sous réserve d'interprétation*).

De esas exigencias prácticas de la justicia constitucional se derivará a un principio general más amplio, el de la Constitución como clave de bóveda del ordenamiento, como expresión del “sistema de valores” (expresión que aparece con toda frecuencia en nuestra jurisprudencia constitucional) que articula las bases de la comunidad política y social de la nación, y que por ello contiene los grandes principios que han de informar todo el ordenamiento. Ello explica la pretensión de la Constitución como informadora general del sistema jurídico, algo más, pues, que el de su consideración como un mero límite de no contradicción.

La Constitución se erige así en “contexto” necesario de todas las Leyes, para utilizar el tecnicismo que aparece en el artículo 3 de nuestro Código Civil cuando precisa que “las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras, en relación con su contexto...”. En otros términos, la exigencia de una interpretación sistemática de las normas, que obliga a poner a éstas

en relación con todas las demás del ordenamiento que puedan referirse, directa o indirectamente, a la materia de que se trate, implica que esa relación ha de establecerse siempre y necesariamente con la Constitución, a todos los efectos que quedaron enunciados en nuestra enumeración precedente.

En esa relación sistemática Constitución-norma concreta, la primera es precisamente la norma “dominante”, esto es, la que prevalece en el conjunto para dar sentido específico al complejo normativo aplicable.

Este principio de interpretación conforme a la Constitución de todas las Leyes justifica de manera especial que no sólo los preceptos de la misma formulados en términos formales normativos, sino también todos sus principios y “valores” resulten vinculantes para los jueces y para toda la tarea interpretativa realizada por la Administración o por cualquier agente jurídico operante en el seno del ordenamiento. Determina así, en buena parte, la práctica de una verdadera “jurisprudencia de valores”, que, sobre la base de los valores constitucionales precisamente es la que se está imponiendo en toda nuestra práctica judicial.

DERECHOS HUMANOS Y ACUERDOS DE PAZ EN GUATEMALA. 1997

Jorge Mario García Laguardia^(*)

Para valorar el contenido de los Acuerdos de Paz en su conjunto, es necesario traer a cuenta, en primer lugar, las motivaciones que dieron origen al enfrentamiento armado, y al respecto, es oportuno citar lo expresado por Monseñor Rodolfo Quezada Toruño, uno de los principales protagonistas en este arduo proceso para el logro de la paz en Guatemala: “Nuestro país padece un enfrentamiento armado interno desde hace 36 años, a Dios gracias en vía de concluir. Inmenso ha sido el sufrimiento de la población civil durante estos años. Las mismas estadísticas, difíciles de cuantificar con meridiana exactitud, no reflejan la magnitud de las funestas consecuencias de este conflicto: muertos, heridos, lisiados, refugiados, desplazados, viudas y huérfanos, daño de la infraestructura, violación de los derechos humanos, aldeas desaparecidas en nuestra geografía nacional, etc. Es lugar obligado preguntarse por el origen de este conflicto. Me parece que su origen hay que considerarlo desde varios puntos de vista. Por una parte, resulta evidente la situación de inhumana pobreza en que desde tiempos ancestrales sobrevive la inmensa mayoría de los guatemaltecos. Mientras un sector muy reducido de la población abunda en bienes y servicios, la inmensa mayoría carece de esos bienes que necesita para su realización como personas. Ingentes son los problemas derivados del analfabetismo, la falta de educación, el deficiente cuidado de la salud, la carencia de viviendas, el grave problema agrario, la exclusión y marginación de las veintidós etnias indígenas, la fragmentación de la misma sociedad guatemalteca, etc. Por otra, a la luz de nuestra historia, conviene no olvidar la debilidad de nuestras instituciones. Nuestra historia patria podría escribirse a partir de las dictaduras conservadoras o liberales que han dominado nuestra historia después de la trágica ruptura del pacto

(*) Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala. Ex-Director de CAPEL, programa del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; ex-Presidente de la Academia de Geografía e Historia y de la Corte Constitucional de Guatemala. Investigador de carrera en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

federal. El país ha vivido en una democracia más formal que real y en el contexto de constituciones cuyos principios han sido generalmente letra muerta. Estos hechos han permitido que los gobiernos no hayan sido capaces de implementar medidas audaces y urgentes que hagan posible que un mayor número de conciudadanos tenga acceso a los bienes y servicios que requiere para su realización personal y familiar. Por ello se ha hablado de la existencia de una injusticia institucionalizada”.

En segundo lugar, bien vale la pena recordar que a partir de la Cumbre de Presidentes Centroamericanos celebrada el 6 y 7 de agosto de 1987, se firmó el Acuerdo de Esquipulas II y se sucedieron una serie de eventos, entre ellos, la instalación de la Comisión Nacional de Reconciliación en Guatemala y la Reunión de Madrid en octubre de ese año. En 1990 se produjeron los siguientes avances: Declaración de Oslo Noruega en marzo; Acuerdo de El Escorial en mayo; en septiembre Reunión de Ottawa y Declaración de Quito; Reunión de Atlixco, Puebla, México en octubre; y Declaración de Metepec, México, así como otros esfuerzos significativos que culminaron en la firma del Acuerdo Marco de Democratización para la Búsqueda de la Paz por medios políticos (Acuerdo de Querétaro). El camino ha sido largo y muchos han sido los actores del proceso, cuyo esfuerzo debe ser reconocido.

LA PAZ

Para felicidad y alivio del pueblo guatemalteco el Proceso de Negociaciones para alcanzar la Paz Firme y Duradera llegó a la cima luego de nueve años desde que se firmó el Acuerdo de Esquipulas II y de intensas discusiones que permitieron suscribir acuerdos sustantivos que tocan asuntos medulares de la problemática nacional. Se logró la paz como ausencia de guerra, como finalización del conflicto armado interno; principia ahora la batalla legal y ciudadana por la implementación y cumplimiento de los acuerdos suscritos, la construcción de la paz, fruto de la concordia, el estado de derecho y la justicia social.

Finalizó el régimen de exclusión política y uso de la violencia como método para alcanzar el poder o para detentarlo, lo cual fortalece y profundiza el proceso democrático y legitima al Estado, restando únicamente, una reforma electoral que posibilite la democracia interna en las organizaciones políticas; la participación igualitaria en medios y recursos, de las distintas opciones políticas; y crear los instrumentos que permitan convertir a los electores en depurados del sistema de partidos, con lo cual podríamos hablar ya del final de la transición democrática y de la existencia de una democracia consolidada.

Corresponde al Congreso de la República legislar para hacer efectivo el cumplimiento de algunos acuerdos y ello deberá hacerse dentro del espíritu de los mismos especialmente lo referido a las reformas constitucionales, comprendiendo que las que se refieren a la parte orgánica del texto fundamental no deben contradecir el Estado Social y Democrático de derecho establecido en la parte dogmática de la mismas que sólo puede reformarse por medio de una Asamblea Nacional Constituyente. Esto es de la mayor importancia pues los acuerdos se sus-

cribieron dentro de este espíritu constitucional, el cual debe prevalecer para que estos den sus frutos.

Todos los sectores de la sociedad guatemalteca debemos contribuir a cimentar una cultura de paz y tolerancia que permita, a través del diálogo y el consenso, la superación de los conflictos que nos confrontan hace muchos años. Las instituciones deben recobrar la confianza de los habitantes, asumiendo con responsabilidad sus funciones en beneficio de la seguridad y bienestar de los mismos.

Especial importancia deberá dársele al logro de la unidad nacional en la diversidad, para terminar con la exclusión y marginación que los pueblos indígenas han sufrido durante siglos, y ahora incorporarlos a la toma de decisiones económico-políticas, por medio del sistema electoral o de mecanismos institucionales de la descentralización del poder que permitan la equiparación de sus derechos humanos, la recuperación y restauración de su historia y su cultura, así como sus posibilidades plenas de desarrollo y bienestar, dentro de un marco de convivencia interétnicas donde emerja el guatemalteco del siglo veintiuno.

El fin de la guerra también significa la erradicación de la tortura, las desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, masacres y todo acto de intimidación, amenaza o persecución por parte del Estado contra los habitantes. Lamentamos profundamente que las partes negociadoras hayan aprobado extinguir la responsabilidad penal a delitos comunes cometidos por agentes del Estado en la represión de delitos políticos, pues ello contradice la voluntad expresada de combate frontal a la impunidad.

Quiero subrayar que la paz que ahora alcanzamos se la debemos en mucho al sacrificio de mártires inocentes y olvidados de una guerra sucia que asoló nuestro país en la segunda mitad de este siglo. A ellos, mi profunda admiración y póstumo reconocimiento.

EL PAPEL DEL ESTADO

En estos tiempos de transición a la democracia y ante la firma de los convenios de paz, se precisa hacer algunas consideraciones sobre el papel que debe desarrollar el Estado guatemalteco para enfrentarse al desafío que implica hacer efectivos los derechos económicos sociales culturales y de solidaridad.

Como aspiración de la humanidad, no es sino hasta en el presente siglo cuando se empieza a replantear la necesidad de dotar a los seres humanos de derechos colectivos, quienes aparte de tener su propio significado y relevancia, también contribuyen a reafirmar y desarrollar los derechos individuales.

En efecto, los derechos cívicos y políticos llamados de la primera generación, aparecen en los movimientos políticos que generaron la revolución Francesa y la independencia de los

países americanos, estableciéndose como norma fundamental el respeto a la persona humana y consagrándose como asidero básico para el goce de la libertad, la seguridad e igualdad. Con el transcurso del tiempo, y ante los graves desajustes económico-sociales, se estableció que la llamada igualdad sólo era un componente que se refugiaba en el campo de lo jurídico, pero resultaba falsa en el ámbito económico y social.

Hechos políticos como la primera y segunda guerra mundial, el aparecimiento de la Liga de las Naciones y de la Organización de las Naciones Unidas, la Revolución Mexicana y también la Constitución de Weimar, inspiraron y alentaron el planteamiento de este nuevo catálogo de derechos llamados de la segunda generación.

Si los derechos individuales apuntaban a garantizar al individuo frente al absolutismo del Estado, implicando para éste un deber de garantía y una obligación de abstención o no hacer, los derechos económico-sociales se dirigen a la satisfacción de los grupos sociales, implicando para el Estado un deber de garantía y una obligación de hacer e intervenir para crear las condiciones o asegurar su realización.

De esa suerte, el constitucionalismo social se materializa en la mayor parte de constituciones del mundo y el derecho internacional se enriquece con la firma de varios instrumentos jurídicos entre los que cabe señalar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, (Pacto de San José) y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

De todos esos documentos, Guatemala es felizmente signataria; pero además con la Constitución promulgada en 1945, se abrió un capítulo irreversible al incluir los derechos económicos, sociales y culturales en su parte dogmática. Y digo irreversible porque en las posteriores constituciones, 1956 y 1965, emitidas en otras circunstancias y con diferente signo conservador, no se observó un retroceso general.

Ahora que nos regimos por la Constitución de 1985, reiteramos nuestra tesis de que ésta es una constitución humanista en su esencia, pues más de la mitad de su articulado está consagrado a la protección de los Derechos Humanos.

Pero desafortunadamente en los últimos tiempos existe una corriente de pensamiento que tiende a generalizarse en todo el mundo, especialmente en los países industrializados, que niegan o relativizan la existencia de los derechos económicos sociales como derechos subjetivos.

La realidad es otra. Aun en Estados Unidos de América y Europa, los partidarios de la ortodoxia liberal se ven obligados a matizar y conciliar sus políticas de reducción del Estado y restricción de sus políticas sociales por la consideración de unas variables que inducirían a la exacerbación de conflictos sociales y afectarían la gobernabilidad, como de hecho, ya esta sucediendo.

Por otro lado, en el informe de la Comisión Latinoamericana y del Caribe sobre el Desarrollo Social, se asienta que:

Ningún sistema económico funciona en la anarquía, liberado exclusivamente a las llamadas fuerzas del mercado.

Y la situación es diferente en los países en vías de desarrollo como el ineficiente y alarmante índice de desigualdad social. Aquí las políticas de ajuste estructural pueden producir fuertes convulsiones sociales, caso de no conciliar la modernización económica y la reforma del Estado, con políticas sociales públicas o privadas de gestión rentable y eficaz, con estructuras institucionales democráticas y políticas de solidaridad social.

Y cuando hablamos de solidaridad social, nos referimos a Derechos Humanos, ya que su teleología es salvaguardar la dignidad de la persona, tanto en su esfera individual así como miembro de organizaciones, o grupos humanos o colectivos. Bien se ha dicho que la teoría del estado mínimo que afirma la inexistencia de deberes de solidaridad entre la sociedad y el individuo es abiertamente excluyente de una concepción de Derechos Humanos.

Pues los derechos económicos sociales son normas por las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales y constituyen facultades de los individuos y grupos para participar de los beneficios de la vida social, lo que debe traducirse en determinados derechos y prestaciones, directos e indirectos por parte de los poderes públicos.

Por ello afirmamos que para fortalecer la democracia, necesitamos un Estado fuerte, adaptado a la realidad actual, que cuente con plena legitimidad y proteja permanentemente los derechos de la población, establecidos en la Constitución y pactos internacionales. El Estado fuerte no es un Estado opresor; al contrario, debe ser democrático, nacionalmente organizado, eficiente y con capacidad negociadora y de regulación, y de consiguiente, capaz de enfrentarse con las personas o grupos cuyas acciones se encuadren fuera de la ley, por más poderosos que sean. El Estado debe ser el motor del desarrollo que apoye el fortalecimiento de la sociedad civil y que garantice la libertad y la igualdad de una democracia participativa y que impida el aumento del desencanto democrático, a fin de que los guatemaltecos podamos decir: *El Estado somos nosotros*.

Y para lograrlo, tenemos un excelente asidero constitucional; cabalmente los dos primeros artículos de la Carta Magna, -que debemos tenerlo siempre presente es nuestra Biblia Civil-, son pilares fundamentales en todo el andamiaje jurídico, pues claramente asientan:

El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin primordial es la realización del bien común, y es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Ahora bien, ¿cuál ha sido el comportamiento en el desarrollo histórico durante los años de vigencia de la Constitución y especialmente desde que se abrió la Oficina del Procurador de los Derechos Humanos en cuanto a su función tutelar de los mismos?

A lo largo de sus nueve años de existencia nuestra oficina recibió enorme cantidad de denuncias y en consecuencia emitió muchísimas resoluciones. Fácilmente se puede apreciar que el número de violaciones a los Derechos Humanos fue mayor en el área de los derechos individuales y en menor proporción, en la de los derechos económicos sociales culturales y de solidaridad.

Creemos que eso se debió a la ola de represión y violencia que vivió nuestro país, sumado a los problemas generados por el conflicto armado interno. Es decir que los derechos más violados fueron la vida, la seguridad, la libertad y en fin, todos aquellos que afectan a la integridad de la persona.

En cambio, los otros derechos no experimentaron ese alto índice de denuncias, no por ausencia de violaciones, sino probablemente porque nuestra población desconocía la existencia de una Institución donde presentarse para ventilar sus problemas o por el desconocimiento que persiste sobre la existencia jurídica de tales derechos. Con el devenir del tiempo, nuestro sistema democrático se va afianzando, los organismos de protección de los Derechos Humanos hacen más efectiva su tarea, se extiende la labor educativa y de promoción de tales derechos y concluyó el conflicto armado. Lo anterior ha contribuido a que se estén operando cambios de por sí significativos.

Nuestra perspectiva es que en el presente año 1997 y los siguientes, en la era de la paz, la tendencia será de una disminución progresiva de las violaciones a los derechos individuales y un aumento considerable de las violaciones a los derechos económicos y sociales, si el Estado no está en condiciones de asumir su papel dentro de la economía nacional y política social.

A lo anterior debemos agregar los compromisos adquiridos con ocasión de los diferentes Acuerdos de Paz. Sin entrar al detalle de cada uno de ellos y sólo como un ejemplo, habría que valorar todos aquellos derivados del Acuerdo Socio-Económico y Agrario donde existen parámetros bien claros acerca de cual será la tarea del Gobierno en los primeros años. Son ilustrativas algunas de las obligaciones allí consideradas:

1. El Gobierno se compromete a adoptar políticas económicas tendientes a alcanzar un crecimiento sostenido del producto interno bruto (PIB) a una tasa no menor del 6% anual que permita una política social avanzada.
2. El Gobierno se compromete a aumentar los recursos destinados a la salud. Como mínimo, el Gobierno se propone que el gasto público ejecutado en salud con relación al PIB para el año 2.000, sea incrementado en 50% respecto del gasto ejecutado en 1995.
3. El Gobierno se compromete a reducir la mortalidad infantil y materna, antes del año 2.000, a un 50% del índice observado en 1995.

4. El Gobierno se compromete a dedicar a la política de fomento de la vivienda el equivalente a no menos del 1.5% del Presupuesto de Ingresos Tributarios, a partir de 1997, con prioridad al subsidio de la demanda de soluciones habitacionales de tipo popular.
5. Como mínimo, el Gobierno se propone incrementar, para el año 2.000, el gasto público ejecutado en educación, comparado con el PIB en 50% del gasto ejecutado en 1995.
6. El Gobierno se compromete a ampliar el porcentaje de alfabetismo a un 70% para el año 2.000.

Estas son las nuevas tareas del Estado y como consecuencia el abanico de sus nuevas funciones, lo que nos hace pensar que recortar el tamaño del Estado no solo es ilógico, sino que por el contrario, toma validez el principio de que es necesario fortalecer el Estado y a sus instituciones.

Los tiempos que corren reafirman nuestra posición. La lucha del hombre por la democracia, seguridad, igualdad, libertad e integridad de la persona, es la batalla por privilegiar la dignidad de los seres humanos, vale decir, por hacer prevalecer el respeto a los Derechos Humanos. Ello no es patrimonio de nación alguna en particular, menos aun de una ideología determinada. Es la lucha de todos, para el bien de todos.

No se puede gobernar solo con gráficas, a espaldas de la comunidad y sus intereses concretos. Los ajustes estructurales ejecutados sobre el modelo impuesto han distorsionado el tejido social y roto el consenso. La función del Estado es articular los intereses privados y los generales en busca del bien común, como lo ordena la Constitución, para lograr un desarrollo general compartido que beneficie a todos. El reto que Guatemala afronta en este año del inicio de la paz y la reconciliación nacional, es encontrar una fórmula que articule el bienestar económico, la libertad política y el estado de derecho, con la cohesión social. Sólo así salvaremos al país el próximo siglo, a cuyas puertas nos encontramos.

Se puede coincidir en la necesidad de modernizar el modelo económico y que éste garantice eficiencia, competitividad y productividad, pero es necesario que en tal proceso se cubran dos aspectos: crear las condiciones que garanticen a la sociedad pobre y mayoritaria, el elevamiento de su nivel de vida, en vez de reducirlo más y sea viable dentro del marco de la justicia social y la equidad, evitando por cuanto medio exista, caer en un modelo económico despiadado donde el lucro y la competencia prevalezcan sobre los irrenunciables derechos sociales de la población. Un arreglo social que involucre a todos los sectores de la sociedad y no un limitado pacto entre empresarios y gerentes.

Quisiera apoyarme, para que no se me califique como tremendista o solitario, con dos citas de autoridad ajenas a sospecha alguna. En el Informe sobre Desarrollo Humano 1996 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, se afirma que:

Los dirigentes políticos suelen estar fascinados por los aspectos cuantitativos del crecimiento económico. Es necesario que se preocupen más de su estructura y de su calidad. A menos que los gobiernos adopten oportunamente medidas correctivas, el crecimiento económico puede quedar distorsionado y defectuoso. Es necesario hacer decisivos esfuerzos para evitar el crecimiento sin empleo, sin raíces, sin equidad, sin la voz de las comunidades y sin futuro... muchos dirigentes políticos presumen que una economía en rápida expansión eliminará la pobreza y las privaciones. Están equivocados. El problema es más amplio y más profundo, e impone que se preste estrecha atención a diversas medidas de política... en suma: el desarrollo que perpetúe las desigualdades actuales no es sostenible ni vale la pena sostenerlo.

Y Fernando Henrique Cardoso, sociólogo, actual Presidente de Brasil, en un reciente ensayo sostiene:

... si bien la atmósfera económica puede cambiar el tamaño de la administración pública y la gestión del Estado, no debe olvidarse jamás el propósito de un moderno sistema de gobierno: el bienestar de los ciudadanos. Pese a las críticas y pese el debilitamiento de la solidaridad social, es imprescindible contar con un Estado que se preocupe por el bienestar de los ciudadanos... la equidad es un componente intrínseco de la idea de progreso, el cual se concibe como una convergencia de las normas de igualdad de oportunidades, o de justicia social... la globalización es un hecho económico inamovible, pero es imprescindible asegurar que tenga una dimensión humana y responda a la demanda de equidad.

EL SIGNIFICADO DE LA PAZ

Los acuerdos de paz constituyen la agenda obligada del Gobierno, que deberá honrar como signo de responsabilidad, porque además se presentan como el nuevo enfoque y camino a seguir para cimentar un Estado constitucional democrático y social. Si partimos del supuesto que las dificultades o problemas planteados se irán resolviendo en forma racional y progresiva, podemos esperar que el proceso de transición democrática también experimentará un notable avance. Pero si ello no se produce, las consecuencias pueden ser de una gravedad tal, que el régimen devenga en profunda crisis de resultados no previsible.

A lo anterior, cabe agregar dos elementos que actualmente se perciben como contradictorios. Por un lado, los compromisos adquiridos por el gobierno en los diversos acuerdos de paz, fundamentalmente en el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos, el de Reasentamiento de las Poblaciones Desarraigadas, asimismo el de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, el Acuerdo sobre Aspectos Socio-económicos y Situación Agraria, el Acuerdo sobre Reformas Constitucionales y Régimen Electoral, y, finalmente el Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una sociedad Democrática, necesitan para su cumplimien-

to una decidida intervención del Estado. Pero por otro lado, la política económica del actual régimen, tiende paulatinamente a que se produzca un recorte sustancial de las funciones que el Estado viene desempeñando, en aras de darle una mayor participación a las fuerzas del mercado. Es necesario entonces, para proceder en una línea correcta, que exista coherencia en las políticas públicas a fin de que las medidas del Gobierno encuentren la legitimidad necesaria para su concreción, de no ser así, se estarán abordando los grandes problemas nacionales dentro de una confusión e incertidumbre que puede poner en peligro la gobernabilidad y como consecuencia la paz social, indispensable para fortalecer la democracia y promover el desarrollo.

Recordemos que el sufrimiento ha sido muy duro y prolongado, que la finalización del enfrentamiento armado y la instauración de la paz abre un camino de esperanza y expectativas por un futuro mejor, y ello requerirá el esfuerzo mancomunado de todos los guatemaltecos y el acompañamiento de la comunidad internacional.

RESPECTO DE LOS DERECHOS HUMANOS E INTEGRACIÓN ¿UNA CONCORDANCIA ASEGURADA?

Diego García-Sayán^(*)

En años recientes, se multiplican y confirman los espacios de integración económica en América Latina. Acuerdos tales como el Mercosur¹ ganan legitimidad en la medida que van probando su efectividad en temas como el arancelario, y atraen la atención de nuevos países que buscan ingresar al grupo. Otros espacios, como la Comunidad Andina de Naciones (CAN),² sucesora de la Junta del Acuerdo de Cartagena creado a comienzos de los 70s, se ven fortalecidos con la confirmación de los países miembros de su voluntad efectiva de integrarse a los mercados comunes a través de la integración de sus políticas macroeconómicas.

A nivel hemisférico, es interesante también resaltar la experiencia del Tratado de Libre Comercio (TLC) por el cual los Estados establecen relaciones comerciales preferenciales con norteamérica de forma bilateral, tal como ha sido recientemente la experiencia de Chile. Un aspecto interesante del establecimiento de estas relaciones es el de la adecuación del país aspirante a las condiciones y normativa relativas a materias ambiental y laboral.

Paralelamente, y a partir de la toma de conciencia de la comunidad de problemas que afectan a determinados grupos de países, son creados también acuerdos internacionales no sólo encaminados a potenciar el crecimiento económico de los países, sino a preservar sus recursos, mejorar los niveles de vida de su población, y trabajar en forma concertada en la promoción del desarrollo sostenible. Tal es el caso del Tratado de Cooperación Amazónica (TCA), suscrito en 1978.³ El TCA se plantea diseñar respuestas coordinadas a una serie de problemas que se presentan como nuevas amenazas a la seguridad regional, como el hambre y la extrema

(*) Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas.

1 Agrupa a Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay.

2 Países miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

3 Países miembros: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela.

pobreza, el deterioro del medioambiente y las violaciones a los derechos humanos; a partir de la implementación de acuerdos específicos.

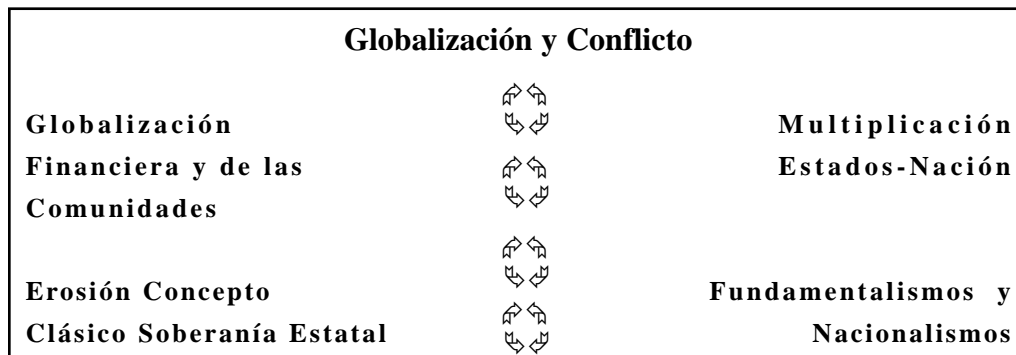
Los acercamientos entre países con el fin de lograr su integración económica pueden concebirse como oportunidades para el establecimiento de normas relacionadas a los derechos humanos. Esta perspectiva plantea la pregunta de la relación entre reformas económicas y modelo político, o el tema de si existen o no incompatibilidades entre el modelo neo-liberal y el sistema democrático. De la experiencia sabemos que existen casos en que la reforma económica debilita la democracia, mientras que en otros es la democracia la que pondría trabas a la reforma económica. En todo caso, la naturaleza de la relación aún no es clara, aunque en todo caso no es, de ninguna manera, unívoca.

En algunos foros internacionales se ha abogado en favor del establecimiento -para América Latina- de una condicionalidad de tipo europeo para la integración económica, donde los criterios-guía han sido el respeto de los derechos humanos y los derechos de las minorías. La Unión Europea promulgó una Carta Social que, aunque no es un requisito formal, sí representa un intento por establecer normas de equidad social entre los estados miembros. La función normativa es una de las ventajas más saltantes de organismos internacionales como la OEA.

Las relaciones internacionales hacia fines de este siglo van dejando atrás la lógica confrontacional y la actuación individual para desempeñarse en un mundo globalizado e interdependiente. El reto de los Estados está en adecuar sus metas, objetivos y acciones a esta nueva realidad, adoptando políticas concertadas para el trabajar hacia el logro de un mayor bienestar y desarrollo de sus pueblos.

La globalización se presenta como un fenómeno ambivalente ante el cual es necesario reflexionar. En primer lugar, acelera la homogenización de la modernidad, sus lógicas y valores. En el mundo financiero, encontramos que los miles de millones de dólares que se transportan todos los días en el mundo por cable, superan muchas veces los presupuestos de las propias naciones que albergan las operaciones de las multinacionales. Las comunicaciones, por su parte, abren insospechados espacios para compartir puntos de vista y acceder a información. El flujo de comunicaciones vía satélite o internet elimina cualquier posibilidad de soberanía absoluta e incluso, de ejercicio franco y definido de fronteras.

Este fenómeno, sin embargo, tiene su contrapartida y polo contradictorio en la multiplicación de Estados-Nación, que va, indudablemente, a contracorriente de la globalización integradora de códigos, lenguajes, políticas económicas y una manera de organizar las cosas en la sociedad. En tanto fenómeno múltiple, complejo y contradictorio, la globalización entraña la existencia y generación de nuevos polos de conflicto. No sólo en la multiplicación de Estados-Nación, sino también en la creación y re-creación de fundamentalismos y nacionalismos de sorprendente vigor y fuerza, en regiones del mundo tan disímiles como África y Europa.



La globalización acarrea también, *de facto*, un proceso de erosión profunda del concepto clásico de soberanía estatal. Pero que tiene un ingrediente jurídico fundamental en lo que ha sido en las últimas décadas el desarrollo vertiginoso del derecho internacional, en general, y del derecho internacional de los derechos humanos en particular.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, EVOLUCIÓN Y NUEVOS RETOS

La historia y el derecho han avanzado por saltos hacia un orden como el actual, signado por la erosión de las fronteras. Un hito importante fue la influencia de las ideas liberales en las revoluciones democráticas del siglo XVIII, con su correspondiente expresión en las normas internas de los distintos Estados: Constituciones democráticas a lo largo del siglo XIX y la primera parte del siglo XX, y la aparición en el derecho internacional, durante el siglo XIX de gran cantidad de tratados para regular y proteger intereses de grupos nacionales en otros Estados, e incluso a través de las regulaciones que desde el siglo pasado establecen en el derecho humanitario estándares mínimos para el comportamiento de los combatientes en las guerras internacionales, primero, y para los conflictos armados no-internacionales después. Con todo ello va produciéndose una intrusión acelerada del derecho internacional en general y del derecho internacional positivo en particular (tanto bilateral como multilateral) en áreas antes reservadas al ejercicio irrestricto del poder de los gobernantes de cada Estado.

Esta evolución se manifestó de manera especialmente intensa y nítida luego de la Segunda Guerra Mundial. Este proceso marcó hitos que a partir de la Carta de las Naciones Unidas, fueron sucediéndose de manera sistemática en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

Luego de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 se elaboraron numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos de tipo general o específico, universales o regionales, que empezaron a entrar en vigencia a partir de la década del 70 con especial fuerza.

En conexión a ese proceso se dio la proliferación de organismos y mecanismos de protección internacional de los derechos humanos. Algunos con base en tratados internacionales y otros, como los Relatores o Grupos de Trabajo de las Naciones Unidas, basados más bien en decisiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas alrededor de temas específicos (desapariciones, tortura, mercenarios, etc.) o a países de alguna región del mundo. Otro componente a destacar son, obviamente, las instancias jurisdiccionales supranacionales de protección de los derechos humanos que, en orden cronológico de aparición son el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por último, un aspecto sumamente importante lo constituye el cuerpo de doctrina en derechos humanos que ha ido formulándose a nivel administrativo y judicial, que va formando los antecedentes de lo que constituye una activa rama del derecho internacional.

Este desarrollo constituye un gran andamiaje cuyo evidente desconocimiento práctico, ético y conceptual, se revela al analizar los procesos políticos y sociales concretos en diferentes partes del mundo y en América Latina. La suprema ignorancia sobre la existencia de este proceso de evolución normativa e institucional supone poner de lado, en los hechos, regulaciones sustantivas y de procedimiento - que nuestros Estados se han comprometido jurídica o políticamente a respetar. Lamentablemente esta parece ser la regla en las sociedades latinoamericanas así como en la conducta de muchos integrantes y dirigentes de instituciones públicas fundamentales, como la administración de justicia. Esto es ciertamente preocupante.

Se llega así a la absurda y paradójica situación que cuando se pone en funcionamiento esta maquinaria internacional construida por los propios estados y con ella se afecta las decisiones adoptadas por las autoridades de un país, inmediatamente se levantan, recurrentemente, en mayor o menor medida, los encendidos argumentos contra la supuesta intromisión en “asuntos internos” del país.

No es ésta ocasión para analizar los pros y contras de estos mecanismos de protección o de normas sustantivas. Sí es necesario señalar algo evidente: esta evolución, al nivel presente, tanto en el plano sustantivo como en el plano de los mecanismos de protección, no es de ninguna manera algo que podamos llamar el derecho internacional de los derechos humanos como fenómeno acabado, sino un desarrollo en permanente evolución y en proceso riquísimo de transformación constante.

Además de estas iniciativas numerosas para mejorar los procedimientos, desarrollar la prevención, y mejorar las condiciones de protección de los derechos humanos, hay un aspecto que desde el punto de vista conceptual y jurídico aparece como incuestionable en el derecho internacional: el individuo se ha convertido ya en sujeto del derecho internacional. Esto significa, por un lado, que las personas puedan efectivamente presentar denuncias y reclamaciones en forma individual, y por otro lado que dichas quejas puedan ser presentadas por terceros -ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo- en nombre de los agraviados, y que estos tribunales internacionales funcionen. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha dictado sentencia sobre varios países soberanos de América Latina, como Honduras, Colombia, Perú o Surinam, los cuales efectivamente aplicaron dichas decisiones.

LÍMITES DE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN

En la medida que exploramos los derroteros de esta “multilaterización de la injerencia” y de la construcción de espacios de cooperación económica en relación a la protección de los derechos humanos, es importante detenernos en aspectos relacionados con los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito interamericano, como el universal.

Existe una serie de características que podemos mencionar en cuanto a la naturaleza y funcionamiento de estos mecanismos. En primer lugar, el que no estén implantados en el territorio del país respectivo. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas funciona en Ginebra, el Comité de Derechos Humanos se reúne periódicamente en esa misma ciudad o en Nueva York, la Comisión Interamericana opera desde Washington D.C. y la Corte Interamericana desde San José de Costa Rica. En este sentido, lo máximo que pueden hacer sus integrantes en términos de investigación directa es realizar visitas cuando los Estados concernidos consideran apropiado producir las invitaciones para ese efecto.

En segundo lugar, estos mecanismos clásicos de protección internacional tienen procedimientos de investigación no permanentes. Sus recursos no solamente son limitados, sino también sus mandatos se hallan restringidos en cuanto a su capacidad de producir investigaciones en el terreno que permitan conocer en todos los detalles hechos o situaciones jurídicas que puedan haber sido materia de una queja, denuncia, o reclamación internacional.

Considerando el hecho de que están situados fuera del territorio en que eventualmente se producen las situaciones que afectan los derechos humanos, estos mecanismos deben basar su práctica en acciones sustentadas fundamentalmente en denuncias. Su accionar se limita y está restringido a la posibilidad de que un particular o un grupo de particulares conozca la existencia de ese mecanismo, y pueda llegar con su queja o su reclamación. Este último factor es el que muchas veces falta, no por ignorancia sino por temor, por situación de intimidación y también quizás por la escasa credibilidad de algunos de estos mecanismos en cuanto a su eficacia o celeridad.

Mecanismos Clásicos de Protección Internacional de Derechos Humanos

- No implantados en el territorio
- Procedimientos de investigación no permanentes
- Acciones sustentadas básicamente en denuncias
- Reducidas posibilidades de seguimiento
- Limitada capacidad de influencia para cambiar la situación de derechos humanos

Por las consideraciones anteriores, estos mecanismos tienen reducidas posibilidades de seguimiento de sus recomendaciones y de cómo éstas son o no llevadas a la práctica. En Colombia, por ejemplo, ha suscitado gran debate la cantidad de recomendaciones hechas por grupos de trabajo y relatores temáticos a lo largo de los últimos diez años. Los relatores y grupos de trabajo, sin embargo, tienen limitaciones concretas para poder dar un seguimiento y conocer cuántas de esas recomendaciones han sido aceptadas y cumplidas, y cuántas han quedado lamentablemente en el papel.

Aunque fundamentales y decisivos, estos mecanismos tienen en consecuencia una restringida capacidad de influencia para cambiar la situación de los derechos humanos. Como consecuencia de todo lo anterior, tienen la limitación de no poder generar una transformación radical en la situación de los derechos humanos en el país respectivo.

Los mecanismos no previstos en la Carta de las Naciones Unidas, por otro lado, han estado en los últimos seis o siete años vinculados, en América Latina, a la generación de mecanismos adicionales, complementarios a los que hasta el momento hemos venido conociendo. Dichos mecanismos, que han ido ganando una riqueza extraordinaria en la práctica del sistema en los últimos ocho o nueve años, son las Operaciones de Mantenimiento de la Paz (“Peacekeeping Operations”), definidas como operaciones integradas por personal militar y civil, impulsadas por las Naciones Unidas, para establecer o mantener la paz y la seguridad.

NUEVAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ DE LAS NACIONES UNIDAS

¿En qué consisten estas “nuevas operaciones de paz”? ¿cuál es su relación con los derechos humanos y en cuánto introducen elementos de reflexión interesantes en cuanto a las relaciones entre soberanía, injerencia y derechos humanos? Constatamos en primer lugar que estamos ante un proceso de extraordinaria riqueza, creatividad y dinamismo, y no en un proceso congelado, limitado a buscar la mejor aplicación posible de ciertas normas estáticas. Las “nuevas operaciones de paz”, no salen de lo expresamente enunciado en la Carta de las Naciones Unidas -que al respecto no dice nada- sino que van emergiendo de la práctica política de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, de la Asamblea General, y particularmente del Consejo de Seguridad.

Estas operaciones están mayoritariamente orientadas a hacer frente a conflictos armados *internos* en Estados soberanos. Ya no son operaciones de paz como las de los primeros 45 años de Naciones Unidas, sino operaciones para hacer frente a conflictos domésticos, como las que hoy se realizan en países como Ruanda, Burundi o Haití, entre otros.

Todo esto, tiene naturalmente una serie de ramificaciones, consecuencias y condicionantes de tipo político y jurídico que abren una serie de interrogantes para el futuro en la medida que la preocupación central ya no es cómo hacer frente a un conflicto entre dos Estados sobe-

ranos, sino cómo entrar a trabajar para producir y promover la paz y la estabilidad al interior de un Estado soberano.

Muchos se cuestionan si no estamos *ad portas* de que -en un futuro mediato- se instalen operaciones de naturaleza semejante ante graves situaciones de tensión interna, que no sean exactamente calificables como de guerra o conflicto armado no internacional. De algún modo éste ha sido el caso en países del Africa, cuando -más allá de que se esté ante un conflicto armado no internacional- lo que hay es virtualmente el colapso del Estado y de las instituciones públicas, donde esta injerencia “internacional” permite restablecer la existencia de un Estado que por distintas circunstancias había en la práctica desaparecido.

A diferencia de las anteriores, estas nuevas operaciones de paz se instalan para verificar ya no sólo ceses de fuego, sino para acompañar el cumplimiento de acuerdos globales alcanzados en un diálogo entre las partes, los cuales implican muchas veces reformas radicales en la composición, los principios y las formas de organización del aparato del Estado y las instituciones fundamentales. Como corolario de todo esto, dichas operaciones ya no están ni estarán compuestas por contingentes militares únicamente, los llamados “*cascos azules*”, sino por civiles también.

El razonamiento-fuerza detrás de estas variaciones en la naturaleza de las operaciones de paz, es que no sirve de nada detener el enfrentamiento bélico, si no se atacan, simultáneamente, y con un planteamiento sostenido, las raíces del conflicto. Es en este sentido que queremos abordar ahora la agenda iberoamericana de derechos humanos de cara al próximo milenio.

LA AGENDA CONTINENTAL DE DERECHOS HUMANOS

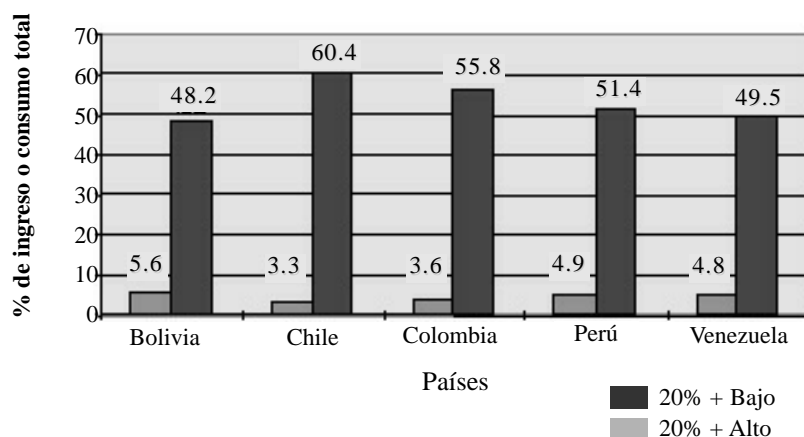
¿Cuáles son esas “raíces del conflicto” en América Latina? Sin temor de soslayar las situaciones particulares en cada país, podemos señalar ciertos temas como áreas efectiva o potencialmente generadoras de conflictos, presentes o a futuro. Estos son, de manera general y siempre en el escenario de la globalización: *pobreza, medio ambiente, población y democracia*.

En el rubro *pobreza*, observamos tres dimensiones fundamentales: los niveles de pobreza nacionales, la distribución del ingreso, y la provisión y acceso a servicios. En América Latina, aún ciñéndonos a cifras bastante conservadoras, tenemos que el porcentaje total de hogares pobres es de 39%, mientras que el porcentaje de hogares en situación de indigencia 18%.⁴ Los datos para las zonas rurales se incrementan a 53% y 30% respectivamente. Niveles semejantes de pobreza e indigencia socavan la viabilidad y estabilidad de nuestros países. En cuanto a la distribución del ingreso, los datos son preocupantes: en la región andina el 20% más pobre de

⁴ Hogares pobres: ingreso menor al doble del costo de una canasta básica. Indigentes: ingreso menor al de una canasta básica.

Pobreza Distribución de Ingreso

Volumen de ingreso del 20% más rico vs. volumen de ingreso del 20% más pobre, en países de la región andina



la población recibe sólo entre 3,3% (Chile) y 5,6% (Bolivia) del ingreso. Por su parte, el 20% más rico recibe entre el 60,4% (Chile) y el 48,2% ó 49,5% del ingreso (Bolivia, Venezuela).⁵

Estos datos nos revelan en lo social una situación de permanente tensión, mientras que en lo económico representan un diagnóstico de mercados internos restringidos. Finalmente, los datos sobre provisión y acceso a servicios muy incompletos y poco homogéneos en términos de años y nivel de desagregación de la información, haciendo muy difíciles las comparaciones. La constatación de este problema ofrece la oportunidad de llamar la atención a los gobiernos e instituciones sobre la necesidad de recopilar y hacer accesibles estas estadísticas.

Diez árboles son cortados por cada árbol plantado en la amazonía. Deforestación, calentamiento global, erosión de suelos y contaminación de la atmósfera, tierras y aguas, son *amenazas medioambientales* que claramente ilustran la interdependencia entre países ricos y pobres, y la necesidad de adoptar medidas concertadas para reducirlas. En ningún otro ámbito como en el ambiental, es tan claro cómo el comportamiento de ciertos actores tiene impacto global. Sin embargo, a diferencia de las amenazas bélicas, los daños ambientales no son fácilmente perceptibles a corto plazo, por lo cual es muy difícil crear una conciencia ecológica en los ciudadanos y más aún en los encargados del diseño de políticas.

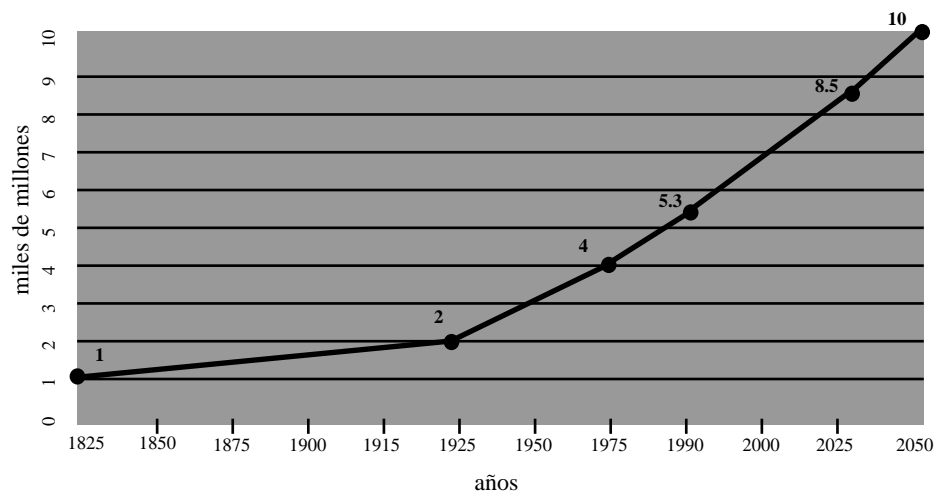
Los *fenómenos poblacionales* son otro punto en la agenda continental. Preocupan no sólo

⁵ Fuente: Social Watch/Control Ciudadano, 1996.

lo el crecimiento demográfico de los países, sino también la concentración poblacional en las ciudades y las migraciones internas e internacionales. Mientras que en el siglo XVIII la población crecía a un ritmo de 250 millones cada 75 años, hoy se alcanza esa misma cifra cada tres años. Las altas tasas de fertilidad y el aumento progresivo en la esperanza de vida determinan que la población mundial se duplicara entre 1825 y 1925, nuevamente entre 1925 y 1975 (en sólo la mitad del tiempo), y el crecimiento actual, que llega a los 5,3 miles de millones. Según el Banco Mundial, se espera que la población se estabilice sólo alrededor del 2050, alcanzando para entonces los 10 miles de millones. Los países en desarrollo serían los responsables del 95% de este crecimiento proyectado.⁶

Población Crecimiento Vegetativo

Evaluación de la Población Mundial (histórico y proyecciones)



Para este fin de siglo serán al menos 20 las llamadas “megaciudades”, concentrando poblaciones mayores a los veinte millones. De ellas, 17 estarán en países en desarrollo. Comparando las proyecciones de distribución poblacional para Africa, Asia y América Latina, encontramos que esta última tiene la peor perspectiva, con sólo un 15% de población rural, frente al 85% de población urbana. Ciudades como México y Sao Paulo superarán los 23 millones de habitantes. Esta sobrepoblación acarrea graves tensiones internas e internacionales, expresadas en desórdenes internos agravados por las difíciles condiciones de subsistencia en ciudades abarrotadas, así como en problemas ambientales y volúmenes de migración internacional que van en aumento. No es para nadie una sorpresa que las remesas enviadas por trabajadores migrantes

⁶ Fuente: Paul Kennedy (1993) *Preparing for the XXI century*.

desde los países anfitriones hacia sus hogares alcanzan cotas altísimas. Se calcula en US\$ 70 mil millones el flujo de divisas que circulan por este concepto anualmente en el mundo.⁷ De más está decir que no es viable promover la apertura económica a través de los mercados comunes, mientras se mantenga una política de fronteras impermeables, a las personas y sus condiciones de vida.

Todos estos problemas configuran el difícil escenario en que deben desarrollarse y fructificar la gobernabilidad y la democracia. La responsabilidad de los gobernantes al ejercer el poder debe ceñirse a una dinámica de pesos y contrapesos de tipo jurídico, institucional y político. Por contrapesos jurídicos me refiero a algo tan básico como lo que significa el respeto a la Constitución y a la ley. Los contrapesos institucionales significan no solamente que existan leyes y normas constitucionales, sino que se desarrollen mecanismos mediante la división de poderes, mediante controles institucionales del propio sector público o de la sociedad civil para que, estas normas, estos principios puedan ser verificados en su aplicación concreta, en su aplicación práctica. Los contrapesos políticos son quizás los más dinámicos, aquellos que levanta particularmente la sociedad civil expresada en organizaciones o movimientos políticos que cumplen una función fiscalizadora fundamental: los partidos políticos, el movimiento sindical, el peso notable que adquiere en la evolución política de los distintos países del planeta la opinión pública y la función también clave y decisiva de los medios masivos de comunicación.

Las grandes amenazas para el ejercicio democrático en el hemisferio podríamos resumirlas en cuatro grandes temas que esquemáticamente menciono: corrupción, debilidad institucional, falta de transparencia en las relaciones cívico-militares y la debilidad del poder ciudadano.

La corrupción es el estigma ya detectado por la población de nuestros países como un gran problema que erosiona las instituciones y a la sociedad en general, llámese narcotráfico, venalidad en el dictado de sentencias, comisiones por compra de armamento o privatización de empresas públicas, se trata de un ingrediente permanente que genera que en algunos países el control parlamentario se vea atenuado.

La debilidad o falta de independencia de las instituciones es también un gran factor de preocupación. Si el Poder Judicial es débil y pusilánime, y el mecanismo de designación de jueces o sanción de los mismos se encuentra controlado por el poder político, es muy poco lo que puede esperarse de ese sistema judicial en términos del control del poder en su ámbito de competencia. Lo mismo cabe para el Parlamento o para las otras instituciones del sector público.

Lamentablemente, el militarismo no se ha reducido a los periódicos golpes de Estado experimentados en casi todos los países, sino que ha extendido su influencia a la intervención en asuntos políticos que no son de su competencia; a la creación de espacios como el de la justicia militar, que en ocasiones garantiza una suerte de “extraterritorialidad de casta” para un sec-

⁷ Fuente: Robert Stalker, *The Work of Migrants*, OIT Ginebra, 1992.

tor del Estado que debiera estar sujeto a las mismas reglas políticas y jurídicas que los demás ciudadanos. Este status especial coloca a las instituciones militares al margen de las regulaciones y los controles y las convierte muchas veces en grandes fiscalizadoras de los actos políticos del poder, convirtiéndose por cierto en una herramienta clave para garantizar la impunidad.

Finalmente, un espacio fundamental donde los retos son muy grandes es el de la debilidad del poder ciudadano. Las instituciones pueden ser débiles o aún carecer de independencia, pero con una opinión pública activa sumada a medios de comunicación coherentes con ese vigor, con capacidad de acción y de reacción de la ciudadanía, es viable conquistar un espacio de discusión de los asuntos políticos de interés nacional. Es fundamental que la ciudadanía asuma una presencia organizada en alguna forma, desde las tradicionales como los partidos políticos o sindicatos, hasta las nuevas que puedan ir surgiendo a partir de las necesidades de respuesta que lleven a una participación ciudadana efectiva sea en las calles o en las instituciones del Estado.

Para concluir, hay que insistir una vez más en el fortalecimiento del multilateralismo en general y del sistema interamericano en particular, como foro privilegiado de defensa de los derechos humanos y como espacio de integración hemisférica; incluso por encima de las presiones y exigencias económicas, y más allá de las resistencias internas en defensa de la soberanía tradicionalmente entendida.

Las amenazas a la democracia y el crecimiento de la pobreza frenan el avance del respeto de los derechos humanos en el hemisferio, demandando a los gobernantes el diseño e implementación de normas que velen por la equidad social en un mundo globalizado. En este sentido, renueva su vigencia el llamado al consenso como esencia del multilateralismo, en tanto práctica del discurso y de la tolerancia que surge a partir de una toma de conciencia de la naturaleza común de los problemas que aquejan a nuestros pueblos, no sólo en América Latina, sino a nivel mundial.

DERECHOS HUMANOS: BASE - DESENVOLVIMIENTO - CAMBIO^(*)

Adolfo Gelsi Bidart^(**)

SUMARIO: I. Una noción aproximada. II. Un sentido trascendente. III. Derechos y deberes humanos: ¿complementarios?. IV. ¿Desenvolvimiento o desarrollo? ¿Cambio en qué aspectos? V. ¿Armonización o confrontación de DDHH en la realidad? VI. Garantías: ¿indispensables e inalcanzables? VII. Concepción de la persona y DD y Deberes Humanos - Perspectiva.

I. UNA NOCIÓN APROXIMADA

1. *¿Cuál calificativo?*

La expresión siempre sorprende y por eso se la cambia, a veces, por DD naturales o fundamentales o básicos o universales o a-históricos o innatos o irrenunciables o personalísimos o perennes o por antonomasia.

Cada uno de estos calificativos delimitativos, permiten -como se ve- una aproximación al significado. Aunque, si bien se mira, casi todos son una mirada 'desde afuera' que parece requerir complemento y, en rigor, una determinación de lo que podría considerarse como efectivamente esencial o principal: aquello *por lo cual*, tal derecho *es* 'humano' y por ende, no podría ser renunciado, etc., etc.

(*) Homenaje al querido amigo e ilustre jurista Héctor Fix-Zamudio.

(**) Profesor de Derecho Procesal (desde 1942) y de Derecho Agrario (desde 1950). Decano de la Facultad de derecho (1985-1994).

2. *¿Derechos sólo de la persona humana?*

Lo de humano suele chocar con la referencia a lo pleonástico; los derechos son siempre humanos, en el sentido de que pertenecen o, mejor, tienen siempre como titular a la persona humana (en adelante: persona).

Se puede hablar, se habla, de ‘derechos de los animales’, tal vez por una visión antropomórfica de los mismos o porque lo que pretende enfatizarse, universalizarse, requiriendo un respeto irrestricto, sería la vida, y por ende, a los sujetos vivos, en los que también habrían de considerarse grados o escalones o escalas de la vida: vegetal, animal, personas (humanas).

En todo caso se trataría, para cada una de las dos primeras, de derechos irrevocablemente limitados para cada una y no solo para algunos de sus integrantes. Requeridos, pues, de una remisión general a los hombres que puedan -deban- tomar a su cargo, su representación, asistencia y promoción.

3. *La Declaración Francesa de 1792* hacía, contemporánea pero diferenciadamente, referencia al *hombre* por una parte y al *ciudadano* por otra, tal vez sin conectar, cohesionar, ambas calidades de un mínimo, de cada uno a los que aludía dicho texto.

Pero es indudable que en aquel momento histórico, por una parte no tenía el segundo el alcance universal del primero (v.gr. mujer, menores) y no puede negarse que este segundo puede estar mayormente sujeto a cambios en la realidad que el primero, en lo esencial, no lo habría de añadir (v.gr. régimen gradual hacia la democracia, como se ha asistido y aún se asiste en tantos países de nuestro planeta).

4. *¿Derechos entre el hombre y Dios?*

En el otro plano extremo, ¿correspondería, hablar de derechos en la relación hombre-Dios? Como ya lo hemos señalado -y algún día ¿tal vez?- podamos hacerlo, para explicar la pregunta y atisbar alguna respuesta (entre creyentes) se requeriría un largo excursus que, en definitiva, debería superar el punto de partida -derecho entre iguales- y luego atreverse a la reformulación según la concepción que se tenga de Dios y del hombre y su mutua relación; las respuestas variarían, incluso de acuerdo con el alcance que, en la misma concepción, pudiera darse a tales temas, que o están o rondan, el misterio en que el creyente entiende estar incluido y que le resulta imposible de abarcar.^{1/2}

1 En “Ideas en torno a la Justicia” (cap. 4o. de “Cuestiones de Cultura y Enseñanza” (ed. A.M. Fernández, Montevideo 1974 , No. 22) reproducido con variantes en “De derechos, deberes y garantías del hombre común” (ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1987, (cap. 6) apuntamos la dificultad y señalamos el enfoque de los griegos clásicos sobre los dioses y el sentido, revolucionario, para la existencia, de Jesús.

2 Juan Luis Segundo SJ en “¿Qué mundo, qué hombre, qué Dios?” realiza desarrollos en profundidad que permiten aproximarse a esta problemática, aunque no la trate directamente.

5. *Derechos 'naturales'*

Se trata aquí pues, de derechos de personas, vale decir, cuyos titulares son personas humanas.

Puede decirse que son propios del hombre *como tal*, vale decir, conforme a su naturaleza, derechos 'naturales' pues, en el sentido de que derivan, surgen, están inscritos, los encontramos, en la propia naturaleza humana, en el propio ser del hombre.

Naturalmente, por ser derechos, con alcance social, pero que no son establecidos como fuente, en la sociedad; en cada una de ellas, sino que éstas no harían sino descubrirlos, declararlos y aclararlos para su vigencia, en lo pertinente.

Tal vez la diferencia con el "Derecho Natural" tradicional, del que históricamente derivan, se debe a que éste era considerado en general como una estructura del 'deber ser' pre-existente y que debía imponerse a la sociedad de los hombres en convivencia. Lo abstracto y genérico predominaba más en el 'Derecho Natural' que en los 'derechos naturales' o 'derechos humanos'.

Es peculiar, en ellos, procurar unir lo universal *con* lo individual, (por) la igualdad *con* la diversidad; propios de cada uno y, por ende, contemplando su variación, por ej. en ciertos aspectos de la edad, aún del sexo, según el estado de salud y de desarrollo psíquico, etc.

Propios de cada uno, reiteramos, no compartidos y, por eso mismo, teniendo en cuenta las variables que en cada persona se encuentran. Igualdad a pesar de la diferencia y también *porque* se contempla. Lo humano es igual y diverso, "esencialmente igual y radicalmente diferente"; la igualdad no se alcanza uniformando, sino considerando lo peculiar de cada uno.

6. *Derecho y tiempo*

En el plano temporal, obviamente en primera línea de todo lo humano, corresponde señalar (como resulta de lo precedente) que, desde el punto de vista de cada persona, los derechos humanos le resultan (deberían resultarle) innatos (nacidos con él, i.e.), perpetuos, perennes (lo acompañan toda la vida).

Esto último no quiere decir 'a-históricos', porque igualmente participan de la 'historicidad' de la vida humana y no cambian en sí, sino en la aplicación que cada una de las etapas de la vida comporta: no es lo mismo el 'derecho a la salud', v.gr., a los 5 y a los 90 años.

De ahí que el calificativo de 'personalísimos' (según lo explicitado en los primeros párrafos) tiene un doble sentido peculiar: a) sólo a *cada* persona e individualmente, corresponden; b) en igualdad de condiciones, vale decir tomando en cuenta lo que *cada uno es*.

También surge, como consecuencia, la ‘irrenunciabilidad’ del derecho, en cuanto se considera *inherente* a la propia naturaleza humana, y el que los ‘encontremos’ tanto en nosotros mismos como en cada uno de nuestros congéneres, sin excepción alguna, pues no son exclusivos de alguno, sin perjuicio de que, en cada uno y en cada momento de la vida, asoman características y exigencias que puedan ser diferentes.

No cabe la renuncia, ni menos su abolición por la sociedad, es decir por cada ‘poder social’ que pretenda así imponerse.

Se trata de un elemento propio de *nuestra* existencia y la existencia corresponde a todos y a cada una de las personas, sin las cuales no hay sociedad posible; esto resulta de la convivencia de aquéllas, impulsadas por el ‘instinto’ social que también las anima.

II. UN SENTIDO TRASCENDENTE

7. *Derechos de unidad - realidad - normativa; basada en valores permanentes*

Según lo dicho, los DDHH constituyen una realidad - normativa, en el sentido de que de aquella surge una normativa con peculiares características,³ una realidad normatizadora.

Se produce -si bien se mira- una verdadera unión del *ser* y el *deber ser*, arrancando este de aquél, en cuanto la realidad encarada es la de los hombres convivientes en sociedad (no en soledad: la isla desierta, cuanto llega Viernes).

Ocurre que se trata de una realidad significativa, llena de sentido, trascendente, que va más allá de sí, porque ‘realiza’ valores fundamentales de una vida humana digna, de la mayor calidad, si todos llegan, en cada persona, a encarnarse.

Un ideal, pues, exigido de realización, que no flota en las nubes, sino que se enraíza en la propia vida humana existente, una de las manifestaciones de la vida humana personal, cuando no se la estorba, sino que se la promueve, se le facilitan o no se obstaculizan los medios para su desarrollo, hasta donde cada uno puede lograrlo.

Derecho, reiteramos, que surge de lo más propio del hombre, en la existencia humana, sin que pertenezca o corresponda con exclusividad a alguno en particular.

³ Al decir de *Ortega*, no solo los hechos constituyen la realidad, sino que hay que mirar hacia ésta para establecer las reglas de conducta, no para moldearlas en lo mismo, sino como medio de inspiración y brújula para la aplicación. Pues “la realidad se venga cuando” queremos aplicarle nuestros conceptos vacíos, cuando “no se la acepta y reconoce”. “Lo que acontece es siempre realidad, no nuestros falsos conceptos” (*J. Ortega y Gasset* “La redención de las provincias” ed. Alianza Editorial 1967 p. 111 y 86).

De ahí que refiriéndose a la realidad humana de todos y de cada uno, señale: “Vencer esta inveterada hipocresía ante la vida, es, acaso, la alta misión de nuestro tiempo” (“El tema de nuestro tiempo”, cap. VIII, párrafo final).

Derecho que no sucumben ante etnias, razas, categorías, castas, ni clases sociales, ni siquiera ante “los talentos y las virtudes” como quiere nuestra Constitución. Se han de reconocer unos y otros pero, antes, comprobar que existen para todos, los derechos humanos que merecen ser respetados por el respeto que se debe a la persona en cuanto tal.

8. *Derechos fundamentales*

Por lo cual a veces se habla de derechos ‘por antonomasia’, porque se encuentran en la cima del respeto que a todo derecho corresponde (*‘jus servanda est’*).

De ahí que puedan ser denominados y funcionan como *fundamentales*, vale decir, como fundantes o como fundamento de todo derecho positivo, en la medida en que éste pueda ‘mirarse’ sin temor en ellos, pues procura acercarse y desarrollar, en la normativa secundaria que el sistema jurídico (cada uno) establece.

III. DERECHOS Y DEBERES HUMANOS: ¿COMPLEMENTARIOS?

9. Por doquier se habla de DDHH, pero no es tan frecuente hacerlo con relación a deberes humanos, aunque en la misma realidad están unidos y resultan inseparables, o inescindibles, formando las dos caras necesarias para la conciencia humana digna: libertad (derecho) y responsabilidad (deber).

Pueden -suelen- tener o bien titulares diferentes, pero no están nunca ausentes de la titularidad de cada sujeto. Podrá predominar uno u otro, pero más allá de esa titularidad separada, la conjunta se da siempre, aunque en variable medida, según la realidad de cada uno.

Hay algunos ejemplos claros y conocidos, v.gr. el deber (los deberes) de los padres -en cuanto tales- con respecto a sus hijos que además prefiere y justifica, en lo pertinente, los derechos que tienen a su respecto. También el deber de cuidar la propia salud y el derecho a sustentarla. El derecho a la vivienda y el deber de procurarla y mantenerla. El deber de trabajar de manera altruista, en beneficio del conjunto, de la asociación, de la familia y el derecho de poder obtener y realizar aquel.

IV. ¿DESENVOLVIMIENTO O DESARROLLO? ¿CAMBIO EN QUÉ ASPECTOS?

10. *DDHH ¿cambiantes o constantes?*

Aunque ambos términos -desarrollo y desenvolvimiento- suelen considerarse como sinónimos, sin embargo podría señalarse un matiz de diferenciación. El primero parece subrayar más un cambio cualitativo en el tiempo y para un mejoramiento de lo existente, un crecer de la semilla a la planta.

Desenvolvimiento, parece poner el acento más en lo ya existente que se va revelando de manera paulatina, ‘desenrollándose’ en el tiempo, para ir mostrando toda su propia virtualidad que ya es más que proyección futura, algo actual que no se ha revelado totalmente, pues tiene toda la riqueza de la profunda existencia humana.

En todo caso, como la historia lo muestra, la evolución, el cambio, se produce en la realidad humana, que a medida que se conoce mejor a sí misma, va encontrando, descubriendo, develando, el alcance siempre mayor, de los DD y Deberes Humanos, los diferentes aspectos orgánicos, psicológicos, psico-orgánicos, espirituales, de la persona que nace y convive permanentemente con ‘sus’ derechos, que son también -pero separadamente- derechos ‘de los otros’.

11. *El cambio* se produce, pues, en la realidad conocida y vivida -*quod est*- respetada, cuando a los demás se refiere, particularmente.

En sí mismos los DD cambian en cuanto participan de la cambiante naturaleza humana, en su ‘devenir’ de historia personal y social.

Cambios que, desde el punto de vista del hombre-espectador (sea o no, filósofo, hombre de ciencia o ciudadano del común: todos ellos conforman la opinión pública al respecto), significan ampliación de conocimientos y profundización de los mismos y, en particular, de su valoración y de la jerarquización que ella implica y que también lleva, según el ‘espíritu’ de cada época, a la mayor o menor significación de una u otra categoría o a aspectos peculiares de la misma.

No sería, pues, un cambio sustancial de los DD y Deberes, sino en la percepción que de ellos se realizan según circunstancias de tiempo, lugar, cultura...

V. **¿ARMONIZACIÓN O CONFRONTACIÓN DE DDHH EN LA REALIDAD?**

12. *Pluralidad y unidad*

En el plano de la realidad (y anticipándonos al ap. VI) no cabe duda, como una larga y lamentable experiencia histórica lo muestra, que los DDHH tienen su base de sustentación para su vigencia, en la coexistencia global (globalización aquí también) de todos ellos, a su unida realización. Las repetidas alusiones de gobiernos autoritarios, totalitarios y afines, (como igualmente de otros poderes sociales) a gradualidades -ahora nos ocupamos de igualar económicamente, después nos ocuparemos de dar libertad; ahora damos impulso a la riqueza, aunque sea concentrada (en el Estado o en Grupos Sociales), después nos ocuparemos de la igualdad de oportunidades... y así sucesivamente,- ha demostrado ser un enfoque ilusorio, porque existe (no en vano se asientan en la realidad humana) un vínculo, una conexión que no permite, humanamente, separarlos (como no puede fragmentarse la unidad de cada persona).

Incluso la recordada distinción entre (los) derechos del hombre y (los) del ciudadano, es prueba palpable de cuanto decimos: mantenerlos separados, los hace perder efectividad y la plena vigencia de algunos según las épocas atrae, impulsa a la vigencia de los otros. Está claro que son los propios interesados -los que 'padecen' la autoridad- quienes más bregarán para que la efectividad de los restantes que son también parte de su propia existencia, queden consagrados, con eficacia, en la realidad.

13. *La 'personalización' de la sociedad*

La conciencia de la realidad social personalizada, vale decir, existente, con todos sus atributos y características, lleva necesariamente en la idea y en el convencimiento personal, a no dejar de lado ninguno de los DDHH que se conocen 'conforme se van reconociendo'.

Esto permite, igualmente, aventar la sostenida imagen afirmada o 'vívida' de la *oposición* entre interés social e interés de las personas, dado que aquel no queda plenamente satisfecho si no se contempla, en la medida de lo posible, el interés de estos, con todas las restricciones impuestas por el número y la variedad de las circunstancias.

La 'personalización' de la sociedad trae, pues, muchas complejidades a resolver por ésta -la Sociedad *según* las personas y *para* las personas- pero es lo único que pone de acuerdo a la sociedad con la existencia humana, la que sólo importa, también, para que la sociedad -entretejido de personas, 'red' de las mismas- pueda existir y subsistir.

14. *Las confrontaciones en la realidad*

No vamos a negar -sería idealizar (moderadamente)- la existencia de confrontaciones en la realización de los derechos, que llevan a asumir, a menudo, a cada hombre o grupo, difíciles prioridades.

Los ejemplos abundan y uno de los más constantes, en el presente es el de derecho al honor y a la intimidad personal, por un lado y el derecho a informar, por el otro. Teóricamente es fácil de resolver -informar- verazmente y con justicia, vale decir, dando al que se siente atacado en uno de sus derechos fundamentales, la posibilidad de defensa, de contradicción. Un equilibrio justo que reposa como todo equilibrio de conducta, en la ética de quien actúa y que no es nada fácil de lograr. Puede decirse que toda intervención 'a priori' de la información, solo puede tener el tribunal de la conciencia pues, como siempre: ¿quién podrá arrogarse tal derecho? Incluso el 'a posteriori' no es fácil, pero aquí resulta menos dudoso el dar garantías efectivas a todos.⁴

4 Jesús *González Pérez* (ed. Cuadernos Civitas 1993) ha establecido con mucha lucidez el decaimiento de la primacía del 'honor' frente a la invasión informativa en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España y la de la Corte Suprema de la Nación Argentina, marcando las influencias de cada época ["La degradación del Derecho al honor (honor y libertad de información)"].

Esto se encuentra co-relacionado, además, con el predominio rotundo de la imagen (dibujo, cuadro, TV, cine) frente a la inmaterial existencia del honor o los cada vez más imprecisos e invadidos límites de la intimidad.

Por lo demás, en las situaciones límites, cercanas al delito pero casi siempre distinguibles de él, como se revela en el proceso penal, también los límites se revelan imprecisos: hay que sancionar al delincuente, pero ¿cuál es el límite de la pena que no se traspase el ámbito de los DDHH? Hay que defender a la patria, pero hay que respetar la objeción de conciencia. Los padres pueden castigar, pero han de respetar a sus hijos y a los DDHH que les corresponden.

Puede seguirse indefinidamente y la conexión entre DD y Deberes HH en igual rango, hace aún más compleja la situación a dilucidar. Un caso típico es el de la jurisdicción, que el Juez tiene el deber de hacer funcionar, pero en base al DH de accionar ante él: el proceso judicial asume, ideal-realizable, de que aquél deber se ejerza dentro de sus propios límites, para servir a los derechos que a través de la acción se ejercen, sin que ésta, tampoco desborde de su ámbito de petición razonable y jurídicamente fundada, realizando así (¿a veces?) la síntesis requerida para una adecuada garantía de derechos y deberes.⁵

VI. GARANTÍAS: ¿INDISPENSABLES E INALCANZABLES?

15. *¿Planteamiento ilusorio?*

Pretender asegurar algo en la vida es una ilusión, que sin embargo muchos persiguen y que no pocos ponen como uno de los valores jurídicos a alcanzar: seguridad en el empleo, en las finanzas, en el amor, en los contratos...

Debería ser prioritaria la seguridad, la garantía a los DDHH, para prevenir su violación, para facilitar su cumplimiento o, en su caso, su recuperación.

La garantía fundamental, como surge de la precedente, radica en lograr un ambiente básico común que es el Estado de Derecho, un Estado no-arbitrario, con un clima de acatamiento a la ley y eliminación de abusos, tanto de la autoridad como de los ciudadanos.

Lo segundo -lo recordamos- consiste en acometer la vigencia de todos los DDHH y los Deberes correlativos y evitar que los vacíos de unos, provoquen y arrastren la ruina de los demás.

Lo tercero -pero siempre en un Estado social de Derecho- en el funcionamiento de medios de proceder válidos que den garantías a cada uno y a todos de que serán amparados en sus

⁵ En "Proceso Penal: aproximación a los fundamentos" intentamos plantear las bases para un equilibrado proceder de los DD y Deberes en tal difícil ámbito (ed. Fundación de Cultura Universitaria - Montevideo octubre 1996).

Derechos. Aquí aparecen los instrumentos para que, preventivamente o en su caso complementaria y sucesivamente, se otorguen para que puedan funcionar sin tropiezos o que sean restablecidos los derechos atacados o aún menoscabados o suprimidos.

No existen muchas dudas al respecto y tampoco en los medios a emplear: a) Procederes de predominante solidaridad - activa, en que las partes asumen el protagonismo cuasi absoluto: negociación; mediación (el mediador facilita el diálogo); conciliación. b) Procederes con autoridad que, en caso de ser requerida, puede imponer la solución: arbitraje, proceso judicial.

En todos los casos, el diálogo más o menos formal es el instrumento a emplear, procurando la armonía entre los que disputan y la colaboración de todos, para una solución de justicia.

También se ha avanzado en salir de lo nacional exclusivo, para dar a las autoridades internacionales (así la Corte Interamericana de DDHH) la autoridad pertinente.

En el plano nacional, las variantes se dan en el Órgano Decisor (sólo una Corte Superior o todos los Tribunales con los debidos recursos ante el Tribunal Superior).

Y en cuanto al procedimiento y al tiempo que insuma y la provisoriedad de derecho o de hecho de lo que se resuelva, se dan, también variantes y coincidencias. Entre éstas, la principal es la extrema concentración y escasa duración del proceso; la limitación en el ejercicio, para evitar que todo se dilucide (i.e. se intente dilucidar) por este proceso extraordinario, la celeridad en el cumplimiento o, en su caso, la ejecución de lo resuelto, el ámbito de aplicación: solo frente a autoridades públicas, o también ante personas o instituciones privadas.

No se duda tampoco que ha de existir una garantía (proceso) especial para salvaguardar el adecuado ejercicio de DD y Deberes Humanos.

El 'habeas corpus' para la defensa de la llamada 'libertad ambulatoria' y el 'amparo' para todos los demás derechos, se han constituido en las dos garantías fundamentales en nuestro ámbito.

16. *Garantías efectivas*

Desde luego que las tristes historias, antiguas y contemporáneas, nos dan un panorama de graves insuficiencias no ya de las garantías, sino del respeto de los derechos humanos. Las garantías existen -hoy- con cierta frecuencia, en el papel de las Declaraciones, más que en la conciencia y la acción de quienes nos han de hacer respetar tales derechos.

Pero en los casos en que se dan las primarias garantías y existe una opinión pública reconocida y vigilante, la garantía de los procesos funciona adecuadamente y hace concebir espe-

⁶ Específicamente hemos tratado en sendos trabajos publicados en "La Justicia Uruguaya" (Monte-*(Las citas continúan en la página que sigue)*

ranzas de futuro.^{6/7}

Cada vez que decae el Estado de Derecho, resultan inútiles los Códigos y las Leyes, por más precisos y perfeccionados que sean: si no hay efectivo acatamiento a las leyes, sustentado en la opinión pública ‘escuchada’, y si no existe un sentido de responsabilidad fundado en la Ética (social) vano es clamar por el *habeas corpus* o el amparo. Lo hemos experimentado en todos los países de América Latina (y de todos los continentes) tanto en esa faz negativa, como si la positiva rige en efectividad.

VII. CONCEPCIÓN DE LA PERSONA Y DD Y DEBERES HUMANOS - PERSPECTIVA

17. *Una concepción humanista universal*

Está claro que el fundamento esencial de los DD y Deberes HH es la concepción que se tenga de la persona humana como ‘valor-existencializado’, que parte del respeto integral que se debe a cada una, como se dijo cualesquiera sean sus desviaciones y tropiezos.

Es decir: una visión efectivamente universal, de todas las personas y de lo esencial o sustancial que corresponde a cada una, que la constituye y que ‘accidentaliza’ todos los otros elementos negativos, pero incluso los positivos que, en más o en menos, puedan corresponder, en su realidad, a cada sujeto.

La persona como centro del o de los sistemas jurídicos, que tiene *en sí* los DD y Deberes HH que se orientan, que surgen de ella ‘*sub specie jus essentielle*’.^{8/9}

18. *Perspectiva indefinida*

No son pocos los que entienden que la perspectiva de avance de los DDHH en la reali-

video) - Doctrina, “Garantía Procesal general y especial de DDHH”, Tomo 111 p. 165-168, y “Enfoque sobre garantía procesal eficaz de DD y Deberes Humanos”, Tomo 113 p. 101.

⁷ *La Ley de Amparo de Uruguay* (No. 16011 de 19/XII/ 1988) se aplica tanto a los casos relativos a autoridades públicas, como a personas o instituciones particulares, lo cual le da un gran espectro de aplicación. Consagra el régimen difuso ante los Juzgados Letrados de la materia y apelación ante el Tribunal de Apelaciones respectivo. Cabe señalar que no ha habido excesivo número de procesos de amparo (a lo cual ha contribuido la aplicación del sistema de la oralidad en la Justicia Ordinaria) y, lo que es más extraordinario, el apoyo irrestricto de la opinión pública y de las autoridades tanto en la muy abreviada y concentrada etapa de conocimiento, como en la brevísima de ejecución, se aceptan en todos los casos, sin contratiempo (v. nuestro trabajo homónimo sobre “La Ley de amparo de Uruguay” publicado por la Oficina de Servicio Civil, junto con otros autores en 1989).

⁸ Una inesperada ‘analogía’, además de la interpretación de la ley vigente, en el caso genérico de los llamados “intereses difusos”, en “Porqué puede dilucidarse en amparo, la tutela de los intereses difusos” (“La Justicia Uruguaya”, Tomo 114, Doctrina, p. 29-31). En una y otra situación cada uno de los incluidos (pero en el caso de los DDHH lo serán todos los hombres) tiene su propio derecho, sin perjuicio y sin desmedro del que también corresponda a cada uno de los demás e incluso a todos en conjunto.

⁹ En “De derechos, deberes...” v. en especial cap. (1) y (3).

dad, vale decir, en su funcionamiento efectivo es escaso, de manera especial en cuanto a la extensión mundial de los mismos, atento a la extrema diversidad de etnias y culturas y a la permanente contradicción entre ellas.

En efecto, solo cabe pensar, a corto plazo, en una aproximación en las bases, una insistente apertura, que va minando el desprecio, la indiferencia o el odio.

Solo un convencimiento profundo, una militancia activa y constante, un pragmático enfoque para obtener 'lo que se puede', sin renunciar a luchar por lo que 'se debe', permitirá que esta gran tragedia universal de la violación de los DDHH poco a poco y, cuando se pueda, dando el salto hacia adelante, vaya transformando paulatinamente 'la faz de la tierra' para que la vida humana sea más digna de ser vivida por todos.

IRREGULAR COMBATANTS AND PRISONER OF WAR STATUS

Robert Kogod Goldman^(*)

INTRODUCTION

Since the latter part of the nineteenth century, the international community has sought at several diplomatic conferences to codify and update the laws of armed conflict in order to diminish the effects of hostilities and to provide greater protection to the victims of armed conflicts. Perhaps no issue has provoked more controversy at these gatherings than have proposals to revise the legal rules for giving privileged combatant status to irregular combatants.

This article traces, albeit not exhaustively, the historical development in modern treaty law of the rules applicable to combatant status and entitlement to prisoner of war status. It examines the important legal distinction between privileged and unprivileged combatants in customary and conventional international law and explains why the notion of privileged combatancy is strictly limited to international armed conflicts. It particularly focuses on and analyzes the new relaxed standards set forth in the 1977 First Protocol¹ Additional to the 1949 Geneva Conventions² under which irregular combatants both may qualify, as well as forfeit their rights, as combatants entitled to prisoner of war status.

^(*) Professor of Law and Louis C. James Scholar, The Washington College of Law, The American University.

1 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protections of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), *opened for signature* December 12, 1977, U.N. Doc. A/32/144, Annex I, II (1977), *reprinted in* 16 I.L.M. 1391 (1977) [hereinafter cited as Protocol I].

2 The Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3114, 3116, T.I.A.S. No. 3362, at 3, 75 U.N.T.S. 31, 32 [First Geneva Convention]; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Forces at Sea, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3217, 3220, T.I.A.S. No. 3363, at 4, 75 U.N.T.S. 85, 86 [Second Geneva Convention]; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3316, 3318, T.I.A.S. No. 3364, at 3, 75 U.N.T.S. 135, 136 [Third

PRIVILEGED OR LAWFUL COMBATANTS

A combatant is a person who directly engages in hostilities, which means participating in an attack intended to cause physical harm to enemy personnel or objects. Historically, such belligerents have been classified as either “privileged”, i.e. “lawful” or “unprivileged”, i.e., “unlawful” combatants. The so-called “privileged” or “lawful” combatant is a person authorized by a party to an armed conflict to engage in hostilities and, as such, is entitled to the protections encompassed in the “combatant’s privilege.”³ This privilege is in essence a license to kill or wound enemy combatants, destroy other enemy military objectives and cause incidental civilian casualties.⁴ A lawful combatant possessing this privilege must be given prisoner of war status upon capture and immunity from criminal prosecution under the domestic law of his captor for his hostile acts that do not violate the laws and customs of war.

The concept and legal implications of privileged combatancy are deeply rooted in the customary law of armed conflict. They were reaffirmed, for example, in Articles 57 and 56 of The Lieber Instructions of 1863.⁵ Article 57 formulates the notion of the combatant’s privilege as follows: “[s]o soon as a man is armed by a sovereign government and takes the soldier’s oath of fidelity, he is a belligerent: his killing, wounding, or other warlike acts are not individual crimes or offenses.”⁶ The immunity of captured combatants from prosecution is expressly recognized in Article 56. It states that “[a] prisoner of war is subject to no punishment for being a public enemy, nor is any revenge wreaked upon him by the intentional infliction of any suffering, or disgrace, by cruel imprisonment, want of food, by mutilation, death, or any other barbarity.”⁷

This concept was similarly recognized and applied by various war crimes tribunals convened after World War II. For instance, in *U.S. v. List*, the U.S. Military Tribunal stated: “[i]t cannot be questioned that acts done in times of war under the military authority of an enemy cannot involve any criminal liability on the part of officers or soldiers if the acts are not prohibited by the conventional or customary rules of war.”⁸ Referring to privileged combatants, the

Geneva Convention]; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3516, 3518, T.I.A.S. No. 3365, at 3, 75 U.N.T.S. 287, 288 [Fourth Geneva Convention] [all four collectively hereinafter 1949 Geneva Conventions].

3 See Solf, *The Status of Combatants in Non-International Armed Conflicts Under Domestic Law and Transnational Practice*, 33 Am. U.L.Rev. 53,59 (1983) [hereinafter cited as Solf].

4 Such authorization is typically evidenced by inter alia, “commission, emolument, attestation, warrant, order, conscription or enlistment.” U.S. DEP’T OF THE AIR FORCE, INTERNATIONAL LAW-THE CONDUCT OF ARMED CONFLICT AND AIR OPERATIONS, APF 110-31 para.3.2 at 3.1 (1976). [hereinafter cited as U.S. Air Force Pamphlet].

5 U.S. DEPARTMENT OF WAR, INSTRUCTIONS FOR THE GOVERNMENT OF THE ARMIES OF THE UNITED STATES IN THE FIELD, General Order No. 100 (1863) (Lieber Instructions), reprinted in *The Laws of Armed Conflicts* 3 (D.Schindler & J. Toman 2d rev.ed.1981) [hereinafter cited as Lieber Instructions].

6 *Id.*

7 *Id.*

8 *United States v. List (THE HOSTAGE CASE)*, Reported in TRIALS OF WAR CRIMINALS

tribunal added: “[i]t is only this group that is entitled to treatment as prisoners of war and incurs no liability after capture or surrender.”⁹ Comparable statements can also be found in the municipal law of states.¹⁰

It should be noted that the 1949 Geneva Conventions and its two Additional Protocols¹¹ do not use the term “privileged” or “lawful” combatant and contain no provision that expressly recognizes the immunity of such combatants from prosecution for their legitimate acts performed in the line of duty. However, this immunity is inferentially recognized in Article 57 of the Third Geneva Convention which states, in pertinent part, that “[p]risoners of war may not be sentenced ... to any penalties except those provided for in respect of members of the armed forces of the said power *who have committed the same acts.*” (Emphasis supplied). Since the detaining power would not prosecute its own soldiers for their legitimate acts of war, it cannot try prisoners of war for comparable acts. Thus, prisoners of war can be tried only for violations of the laws and customs of war and other offenses for which the detaining power is obliged by the Conventions to punish its own personnel.

THE UNPRIVILEGED OR UNLAWFUL COMBATANT

An “unprivileged” or “unlawful” combatant refers to a person who does not have the combatant's privilege, but nevertheless directly participates in hostilities. Such unlawful belligerents would include, civilians,¹² noncombatant personnel in the armed forces,¹³ as well as noncombatant members of the armed forces¹⁴ who, in violation of their protected status, actively engage in hostilities. These persons temporarily forfeit their immunity from direct individu-

BEFORE THE NUREMBERG MILITARY TRIBUNAL 1228, 1238 (1950).

⁹ *Id.*

¹⁰ Such a formulation is that “[a] homicide committed in the proper performance of a legal duty is justifiable. Thus ... killing in suppression of a mutiny or riot ... killing an enemy in a battle ... are cases of justifiable homicide.” UNITED STATES, MANUAL FOR COURTS-MARTIAL § 351 (1951).

¹¹ In addition to Protocol I, *supra* note 1, the Diplomatic Conference concluded the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), *opened for signature* Dec. 12, 1977, U.N. Doc. A/32/144, Annex I and II (1977), *reprinted in* 16 I.L.M. 1442 (1977).

¹² Civilians are not otherwise lawful or unlawful combatants. *But see* the reference, *infra* note 27, to the privileged combatant status of members of a *levée en masse*. For an authoritative discussion of unprivileged combatancy, see Baxter, *So Called Unprivileged Belligerency: Spies, Guerrillas and Saboteurs*, BRIT. Y.B.INT'L.L. (1952) [hereinafter cited as Baxter].

¹³ Such persons, who are not combatants, include civilian members of military aircraft crews, supply contractor personnel, technical representatives of government contractors, war correspondents, and members of labor units or civilian services responsible for the welfare of armed forces. Unlike other civilians, these persons are subject to capture and treatment as prisoners of war under Article 4(A)2(4) of the Third Geneva Convention.

¹⁴ Such persons include doctors, other medical personnel and chaplains. These members of the armed forces are classified as non-combatants because they enjoy special protections under the 1949 Geneva Conventions. Unlike civilians accompanying the armed forces, they may not be made prisoners of war.

alized attack during such time as they assume the role of a combatant. Unlike privileged combatants, unlawful combatants upon capture can be tried and punished under municipal law for their unprivileged belligerency, even if their hostile acts complied with the laws of war.

The notion of unprivileged combatant also has been used to describe irregular or part-time combatants, such as guerrillas, partisans, and members of resistance movements, who either fail to distinguish themselves from the civilian population at all times while on active duty or otherwise do not fulfil the requirements for privileged combatant status. Others falling within this category are those privileged combatants who violate the requirements regarding mode of dress, such as regular military personnel who are caught spying while out of uniform.¹⁵

The term “unlawful” combatant is used only to denote the fact that the person lacks the combatant's privilege and is not entitled to participate in hostilities. Mere combatancy by such persons is not tantamount to a violation of the laws of armed conflict, although their *specific* hostile acts may qualify as such.¹⁶

NON-APPLICABILITY OF PRIVILEGED COMBATANCY IN NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS

Since lawful combatant and prisoner of war status directly flow from the combatant's privilege, recognition of this privilege is limited under customary and conventional international law to situations of interstate, or international armed conflict, as defined in common Article 2¹⁷ of the Geneva Conventions, and a limited class of struggles for self-determination, recognized in Article 1(4)¹⁸ of Protocol I as international armed conflicts.

¹⁵ See U.S. AIR FORCE PAMPHLET, *supra* note 4, at para.3.3a at 3.3.

¹⁶ See Article 82 of the Lieber Instructions, *supra* note 5, which includes among those not entitled to prisoner of war status, persons who fight “with intermittent return to their homes and avocations, or with occasional assumption of a semblance of peaceful pursuits.”

¹⁷ Common Article 2 of the Geneva Conventions, *supra* note 2, states: In addition to the provisions which shall be implemented in peacetime, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them.

The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance.

Although one of the Powers in conflict may not be a party to the present Convention, the Powers who are parties thereto shall remain bound by it in their mutual relations. They shall furthermore be bound by the Convention in relation to the said Power, if the latter accepts and applies the provisions thereof.

¹⁸ Article 1(4) of Protocol I, *supra* note 1, reads: The situations referred to in the preceding paragraph include armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

In contrast, a government engaged in a civil war or other kind of internal hostilities, is not obliged to accord its armed opponents prisoner of war status since these dissidents do not have the combatant's privilege. One authority explains the reason for the non-applicability of this privilege in internal armed conflicts as follows:

Governments, particularly those that may be affected by an emerging dissident or separatist movement, are unwilling to concur in any rule of international law that, in effect, would repeal their treason laws and confer on their domestic enemies a license to kill, maim, or kidnap security personnel and destroy security installations subject only to honorable detention as prisoners of war until the conclusion of the internal armed conflict.¹⁹

Such governments therefore are free to try all captured dissidents for treason and their other violent acts.²⁰

There is, however, no rule of international law which prohibits a government during internal armed conflicts from according members of dissident armed groups prisoner of war or equivalent status.²¹ For example, the U.S. Government during the Civil War gave limited prisoner of war treatment to captured rebel combatants without expressly according them immunity from prosecution for treason.²²

Comparable policies have been followed in recent years by other governments involved in civil wars. In quelling the attempted secession of Biafra, the central government of Nigeria, although it considered the hostilities to be non-international, nevertheless, accorded Biafran combatants prisoner of war status. The Nigerian Army's code of conduct, issued in July 1967 stipulated in part: "Soldiers who surrender will not be killed, they are to be disarmed and treated as prisoners of war. They are entitled in all circumstances to humane treatment and respect for their person and their honor."²³

19 Solf, *supra* note 3, at 53.

20 Such trials must be conducted in accordance with the mandatory standards set forth in Article 3 common to the 1949 Geneva Conventions and Article 6 of Protocol II, if applicable. For a discussion of the application of these standards to trials of offenses arising from non-international armed conflicts see AMERICAS WATCH, VIOLATIONS OF FAIR TRIAL GUARANTEES BY THE FMLN'S AD HOC COURTS (1990).

21 In fact, paragraph 2 of common Article 3 envisions government and dissident forces making special agreements to apply all or part of the other provisions of the Geneva Conventions to the internal armed conflict. For a discussion of how such agreements are made see Veuthey, *Implementation and Enforcement of Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts: The Role of the ICRC*, 31 Am.U.L.Rev. 83, 92-93 (1983); Goldman, *International Humanitarian Law and the Armed Conflicts in El Salvador and Nicaragua*, 2 Am.U.J.Int'l & Pol. 539, 544-546 (1987).

22 See Articles 152-154 of the Lieber Instructions, *supra* note 5.

23 A. ROSAS, THE LEGAL STATUS OF PRISONERS OF WAR: A STUDY IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW APPLICABLE IN ARMED CONFLICT. 196-197, 277 (1977) [hereinafter cited as ROSAS].

CONVENTIONAL LAW APPLICABLE TO PRIVILEGED COMBATANCY

One eminent law of war scholar, the late Waldemar Solf, has correctly noted that “[t]he history of rules concerning the qualifications of combatant status and entitlement to be a prisoner of war has been a controversial subject at all lawmaking conferences, and has always resulted in compromise.”²⁴ The controversy has centered principally on the question of whether and under what conditions irregular combatants, not members of regular armed forces, would be entitled to privileged combatant and prisoner of war status. Solf characterizes the debate on this question as follows:

Historically, nations which view themselves as likely victims of aggression and enemy occupation have argued that guerrillas, partisans and members of resistance movements should be regarded as patriots and privileged combatants, while major military powers have argued that only regular, uniformed and disciplined combatants who distinguish themselves clearly from the civilian population should have the right to participate directly in hostilities.²⁵

These powers also have maintained that such irregular combatants, by failing to wear a uniform and carry their arms openly, effectively feign protected civilian status in order to achieve unfair surprise in attacks. By so doing, these irregulars blur the mandatory distinction in all warfare between civilians and combatants, thereby placing the civilian population, particularly in occupied territory, at risk.

THE HAGUE REGULATIONS OF 1899 AND 1907

The Hague Conventions of 1899 and 1907²⁶ and their annexed Regulations, which updated and codified the laws and customs of land warfare, recognized three categories of lawful combatants: (1) armies or regular forces; (2) irregular forces; and (3) the *levée en masse*.²⁷

Article 1 of the Hague Regulations stipulate that the laws, rights, and duties of war apply

²⁴ Solf, *A Response to Douglas J. Feith's Law in the Service of Terror - The Strange Case of the Additional Protocol*, 20 Akron L. Rev. 261, 269 (1986) [hereinafter Solf Response].

²⁵ *Id.*

²⁶ Hague Convention No. IV of 18 October 1907, Respecting the Laws and Customs of War on Land, 36 Stat. 2227, T.S. 539 and the annex thereto, embodying the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, 36 Stat. 2295 [hereinafter cited as Hague Regulations].

²⁷ Article 2 of the 1907 Hague Regulations defines the *levée en masse* as follows:

“The inhabitants of a territory which has not been occupied, who, on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading troops without having had time to organize themselves in accordance with Article 1, shall be regarded as belligerents if they carry arms openly and if they respect the laws and customs of war.” *Id.*

to both regular and irregular combatants. The term “armies” in Article 1 refers to regular members of a belligerent party’s armed forces which could include, or be entirely composed of, irregular forces, such as militia or volunteer corps.²⁸ Article 3 provides that members of the armed forces of a party to the conflict, if captured by the enemy, are entitled to be treated as prisoners of war.

However, in the case of irregulars not formally integrated into the armed forces, Article 1 conditions recognition of their privileged combatant status and their entitlement to be prisoners of war on their meeting a series of requirements. In addition to being organized, such irregulars must: (1) be commanded by a person responsible for his subordinates; (2) have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance; (3) carry arms openly; and (4) conduct their operations in accordance with the laws and customs of war.

To comply with these provisions, the irregular forces must have a commander who exercises effective control and discipline over them. The commander may obtain his authority through election by his troops or through his superior commander. In addition, the irregular forces must possess a fixed, distinctive sign which is recognizable from a distance. The forces may satisfy this requirement by wearing uniforms or even by wearing helmets or headdresses. This requirement, which ensures that combatants distinguish themselves from civilians, is designed to protect the civilian population. Members of such forces also must carry their arms openly. They may not conceal them on their persons or hide them upon approaching the enemy. Finally, the irregular forces must observe the laws of armed conflict. In particular, they must refrain from unnecessary violence and destruction.

IRREGULARS UNDER THE THIRD GENEVA CONVENTION

During World War II most members of organized resistance movements, such as the French Maquis, which operated in Axis occupied countries were harshly treated as unlawful combatants and routinely denied prisoner of war status. Despite their recognition of this problem, the members of the 1949 Diplomatic Conference, which elaborated the four Geneva Conventions, reaffirmed and incorporated with some changes the Hague Regulations’ standards

28 For example, Switzerland’s regular army is composed almost entirely of militia corps.

29 Article 4(A) Third Geneva Convention, *supra* note 2, states:

Prisoners of war, in the sense of the present Convention, are persons belonging to one of the following categories, who have fallen into the power of the enemy:

(1) Members of the armed forces of a Party to the conflict as well as members of militias or volunteer corps forming part of such armed forces.

(2) Members of other militias and members of other volunteer corps, including those of organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict and operating in or outside their own territory, even if this territory is occupied, provided that such militias or volunteer corps, including such organized resistance movements, fulfill the following conditions:

(a) that of being commanded by a person responsible for his subordinates;

applicable to irregular combatants in Article 4 A(2) of the Third Geneva Convention.²⁹

One such change was to give explicit recognition to independent, i.e., irregular militias, volunteer corps and organized resistance movements, provided, however, that they are organized and belong to a party to the conflict. Another change was that such irregular forces were authorized to operate both within and outside their own territory, whether or not that territory is occupied.

However, Article 4A(2), as do the Hague Regulations, discriminates between members of regular armed forces and members of independent irregular groups, effectively holding the latter to higher standards. As set forth in Article 4A(2), members of such irregular forces, in order to qualify as privileged combatants entitled to prisoner of war status, must, as a legal and practical matter, comply with the following conditions:

- (1) they must belong to an organized group;
- (2) the group must belong to a Party to the conflict;
- (3) the group must be commanded by a person responsible for his subordinates;
- (4) the group must ensure that its members have a fixed, distinctive sign recognizable from a distance;
- (5) the group must ensure that its members carry their arms openly; and
- (6) the group must ensure that its members conduct their operations in accordance with the laws and customs of war.

ABUSES IN THE APPLICATION OF THESE CONDITIONS

(b) that of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance;

(c) that of carrying arms openly;

(d) that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war.

(3) Members of regular armed forces who profess allegiance to a government or an authority not recognized by the Detaining Power.

(4) Persons who accompany the armed forces without actually being members thereof, such as civilian members of military aircraft crews, war correspondents, supply contractors, members of labour units or of services responsible for the welfare of the armed forces, provided that they have received authorization from the armed forces which they accompany, who shall provide them for that purpose with an identity card similar to the annexed model.

(5) Members of crews, including masters, pilots and apprentices, of the merchant marine and the crews of civil aircraft of the Parties to the conflict, who do not benefit by more favourable treatment under any other provisions of international law.

(6) Inhabitants of a non-occupied territory, who on the approach of the enemy spontaneously take up arms to resist the invading forces, without having had time to form themselves into regular armed units, provided they carry arms openly and respect the laws and customs of war.

The first three conditions are applicable to the irregular group collectively. The final three conditions are applicable to both the group collectively and its individual members. The overwhelming majority of the individual members must meet conditions (4), (5) and (6), continuously and not intermittently. If the members, generally, meet all six conditions all the time, then an individual member who fails to observe any of the last three conditions will not lose his privileged combatant status or prisoner of war status upon capture.

However, as one commentator notes, these conditions "... permit an occupying power to deny POW [prisoner of war] treatment to captured guerrillas who meet all the requirements of distinction through several escape clauses not applicable with respect to regular soldiers."³⁰ For example, it would be virtually impossible for the captured, single member of a resistance group to prove that his group complied with conditions (1) and (3) without endangering the security of his group. Indeed, a captured combatant who is compelled to prove that he is a member of an organized resistance movement with a responsible commander would be forced to reveal the identities and whereabouts of his comrades. To do so would be the end of the resistance movement.³¹

Moreover, condition (2), that the group belong to a party to the conflict, is also subject to abuse by the detaining power. A member of such a group, who otherwise observes all the conditions, can be denied prisoner of war status simply because his captors do not recognize the party to the conflict to which he belongs. This result is likely if that party is a government in exile or resistance or liberation movement. In contrast, Article 4A(2) of the Third Geneva Convention accords prisoner of war status to member of regular armed forces, even if they belong to a party not recognized by their captors.³²

In addition, it is both improbable and unrealistic to expect that members of irregular groups, particularly resistance movements in occupied territory and national liberation movements, can comply with condition (4) that requires them always to wear a distinctive sign recognizable at a distance.³³ Since such fighters are generally only part-time combatants, their compliance with this condition would be suicidal.³⁴ Nevertheless, failure to do so precludes privileged combatant and, hence, prisoner of war status upon capture.

Commander W.J. Fenrick maintains that since condition (4), as well as (5) and (6), apply

³⁰ Aldrich, *Guerrilla Combatants and Prisoner of War Status*, 31 AM. U.L.REV. 871, 872 (1982) [hereinafter cited as Aldrich].

³¹ *Id.*

³² "This would have covered the Free French Forces [under General De Gaulle], for example, but not the Maquis." *Id.*

³³ Although Article 4A(2)(b) does not explicitly state that such a distinctive sign be worn at all times, Solf notes that it "was nevertheless understood that it must be worn continuously in all circumstances." He states: "this requirement was, of course, incompatible with privileged combatant status for part-time combatants." Solf Response, *supra* note 24, at 272.

³⁴ See Baxter, *supra* note 12, at 327-28; Rosas, *supra* note 23 at 351; Aldrich, *supra* note 30; stating that "[a] rule that requires him [the guerrilla fighter] to distinguish himself all the times from the civilian population will simply make him an outlaw; he cannot respect it and hope to survive." *Id.* at 872.

both to the group collectively and to its individual members, if a *majority* of the members of the group fail to meet, for whatever reason, *all or any* of these three conditions at *any* time, then all members of the group will not qualify as privileged combatants.³⁵ Thus, despite his own compliance with these conditions, an individual belonging to such a group, as well as all other members thereof, will be denied upon capture prisoner of war status and may be tried and punished as unprivileged belligerent(s) by the detaining power.³⁶

With regard to condition (6), it is uncertain whether the captured individual irregular has the burden of proving that his group or unit conducted their operations in accordance with the laws and customs of war.³⁷ The detaining power could use this requirement to deny the single combatant prisoner of war status and therefore treat all captured members of this group or unit as war criminals on the ground that some of them may have committed war crimes. Members of regular armed forces, in contrast, do not have to prove their compliance with the laws of war and, in the event they commit war crimes, they still do not forfeit their privileged combatant status and right to be prisoners of war.

All of the requirements of Article 4A(2) of the Third Convention have proved over time to be extremely difficult if not, in fact, impossible for irregulars to comply with without jeopardizing their military operations. If such groups could not reasonably expect to qualify for prisoner of war status upon capture, they had little or no real incentive to observe these mandatory requirements. And, in practice, they generally have not done so. Aldrich writes in this connection:

... it seems clear that the 1949 rules, which were designed to protect civilians, have in fact endangered the civilian population in occupied territory. By adopting standards of distinction that are impossible to respect and by providing escape clauses through which the occupying power can deny POW status to captured guerrillas, the 1949 Convention virtually assures that guerrillas in occupied territory will disguise themselves as civilians and that the civilian population will suffer as a result.³⁸

³⁵ See lecture delivered by Cdr. W.J. Fenrick on Combatant and Prisoner of War Status delivered at New York Un. Law School - International Committee of the Red Cross and American Red Cross Seminar on International Humanitarian Law (July, 1988).

³⁶ Other authorities indicate that it is unclear whether failure by *one* or *several* members of the group disqualifies *all* the members as privileged combatants. See Rosas, *supra* note 23, at 334. Presumably, such unlawful combatants, while amenable to prosecution, are entitled to the limited protections accorded to civilians as “protected persons” by Article 5 of the Fourth Geneva Convention, assuming that they were operating in occupied territory or in territory of the enemy and they were nationals of a State Party to the Fourth Convention. Fenrick indicates that part of the evidence of the irregular group’s failure to meet conditions (1), (2) and (3) will lie in the failure of most of its members to comply with conditions (4), (5) and (6) on any occasion. Fenrick, *supra* note 35.

³⁷ See H. LEVIE, PRISONERS OF WAR IN INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS 52 (1977) [hereinafter cited as LEVIE].

³⁸ Aldrich, *supra* note 30, at 873.

In a similar vein, Solf has written:

Realization of the inadequacy of these provisions to provide privileged combatant status for those who fight regular military forces in colonial wars, occupied territory and in struggles for self-determination, gave rise to strong initiatives to relax or abolish the 1949 convention standards for "freedom fighters," frequently coupled with measures to release them from an obligation to comply with the law of armed conflict in their relation with unjust oppressors. Western states generally opposed these initiatives in U.N. Forums, but West European states, who had experienced Axis occupation during World War II or considered that they might again be subject to occupation, strove for some relaxation of the standard for resistance movement in occupied territory.³⁹

NEW RULES FOR IRREGULARS UNDER PROTOCOL I

Accordingly, one of the principal goals of the 1974-1977 Diplomatic Conference on International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict, which elaborated the two Protocols of 1977 Additional to the 1949 Geneva Conventions,⁴⁰ was to fashion new rules applicable to irregular forces that would strike a compromise between these disparate positions. The compromise, reflected in Articles 43 to 47⁴¹ of Protocol I, was essentially "[to] relax the rigid requirements of the Hague and Geneva Standards sufficiently to provide guerrillas a possibility of attaining privileged combatant status without exposing the forces fighting them to the danger inherent in the use of civilian disguise in order to achieve surprise."⁴² By so doing, the delegates to the Conference sought to strengthen the protection of the civilian population, particularly in occupied territory, from the effects of hostilities.

Ambassador Aldrich, who was the principal drafter of this compromise, notes that these articles

... create a single and non-discriminatory set of rules applicable to all combatants, regular and irregular alike, and ... prescribe necessary, limited exceptions for spies, mercenaries, and those guerrillas in occupied territory who take advantage of their apparent civilian status and conceal their weapons while moving into position for an attack. The aim of the article in each case is to make the exception as narrow as possible and to provide presumptions and procedures to prevent abuse of the exceptions.⁴³

Article 43(1) of Protocol I provides the following new definition of armed forces:

³⁹ Solf Response, *supra* note 24, at 272.

⁴⁰ Protocol I and Protocol II, *supra* note II.

⁴¹ These articles form a section entitled: "Combatant and Prisoner of War Status."

⁴² Solf Response, *supra* note 24, at 273.

⁴³ Aldrich, *supra* note 30, at 874.

The armed forces of a Party consist of all organized armed forces, groups and units which are under a command responsible to that party for the conduct of its subordinates, even if that Party is represented by a government or an authority not recognized by the adverse Party. Such armed forces shall be subject to an internal disciplinary system which, *inter alia*, shall enforce compliance with the rules of international law applicable in armed conflict.

Paragraph (2) of that Article stipulates that all members of the armed forces, other than medical personnel and chaplains, are combatants having the right to directly participate in hostilities. Article 44(1), in turn, states that “any combatant, as defined in Article 43, who falls into the power of an adverse Party shall be a prisoner of war.”

Article 43 thus eliminates the distinction found in the Hague Regulations and the Third Geneva Convention between regular armed forces and irregular voluntary corps, militias, and other organized resistance movements. All components of a party’s armed forces are thereby put on an equal legal footing. Moreover, the requirement in Article 43(1) of a responsible command link between a party to the conflict and its armed forces, is not made a condition for irregulars to enjoy lawful combatant status, but a condition applicable to all combatants.⁴⁴ This provision also “... makes applicable to regulars and irregulars alike the exception from recognition of a government or authority presently applicable only to regulars under Article 4 of the [Third] Convention.”⁴⁵ Aldrich states in this regard: “[t]hus, the key issue for determining whether a person is a member of armed forces under this article is a factual issue, command link, rather than a political issue, recognition.”⁴⁶

Subject to one important exception, Article 44(2) mandates that a combatant who fails to comply with the laws of war does not forfeit his combatant or prisoner of war status. This article provides:

While all combatants are obliged to comply with the rules of international law applicable in armed conflict, violation of these rules shall not deprive a combatant of his right to be a combatant, or, if he falls into the power of the adverse Party, of his right to be a prisoner of war, except as provided in paragraphs 3 and 4.

Article 45(1) establishes a presumption that a person who participates in hostilities is entitled upon capture to prisoner of war status if he claims that status, appears entitled thereto,

44 Aldrich notes, however, that “... the absence of either the required command link to a party to the conflict or the internal disciplinary system to enforce compliance with the law would justify a refusal to consider the force, group or unit in question no covered by Article 43. The absence would also justify a consequent refusal to accord the personnel of such a unit the right to be combatants or, if captured, to be prisoners of war.” Aldrich, *Prospects for United States Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, 18 85 Am. J. Int’l L. (1991) [hereinafter cited as Aldrich: Ratification].

45 Aldrich, *supra* note 30, at 874.

46 *Id.* at 875.

47 Article 45 states:

or his Party claims it for him.⁴⁷ The second paragraph of that Article provides that anyone who is held not as a prisoner of war and is to be tried for an offense connected with the hostilities can assert a right to prisoner of war status before a judicial tribunal and have that issue adjudicated. These provisions effectively shift the burden of proof to the detaining power on the question of a combatant's non-compliance with the laws of war. The individual combatant will not have to prove that his group complied with applicable rules in order to qualify for prisoner of war status. Upon proof of guilt, the individual will be responsible for any war crimes he may have committed, but not his group collectively.⁴⁸ Aldrich notes in this connection:

These procedures and clarifications of the burden of proof are probably essential changes in the law, if the captured guerrilla is not to be placed in the position of having to reveal information about the structure of his armed forces and the identity of his colleagues in order to demonstrate his entitlement to POW status and his right to have engaged in combat. Although the Protocol is silent on this point, it was not intended to change the Geneva Conventions rule that prohibits his captor from compelling the captured soldier to reveal more information than the minimum required for his identification.⁴⁹

THE NEW RULE OF DISTINCTION

The first sentence of Article 44(3) prescribes the new rule of distinction applicable to all combatants by stating:

1. A person who takes part in hostilities and falls into the power of an adverse Party shall be presumed to be a prisoner of war, and therefore shall be protected by the Third Convention, if he claims the status of prisoner of war, or if he appears to be entitled to such status, or if the Party on which he depends claims such status on his behalf by notification to the detaining Power or to the Protecting Power. Should any doubt arise as to whether any such person is entitled to the status of prisoner of war, he shall continue to have such status and, therefore, to be protected by the Third Convention and this Protocol until such time as his status has been determined by a competent tribunal.
2. If a person who has fallen into the power of an adverse Party is not held as a prisoner of war and is to be tried by that Party for an offense arising out of the hostilities, he shall have the right to assert his entitlement to prisoner-of-war status before a judicial tribunal and to have that question adjudicated. Whenever possible under the applicable procedure, this adjudication shall occur before the trial for the offense. The representatives of the Protecting Power shall be entitled to attend the proceedings in which that question is adjudicated, unless, exceptionally, the proceedings are held in camera in the interest of State security. In such a case the detaining Power shall advise the Protecting Power accordingly.
3. Any person who has taken part in hostilities, who is not entitled to prisoner-of-war status and who does not benefit from more favourable treatment in accordance with the Fourth Convention shall have the right at all times to the protection of Article 75 of this Protocol. In occupied territory, any such person, unless he is held as a spy, shall also be entitled, notwithstanding Article 5 of the Fourth Convention, to his rights of communication under that Convention.

48 *Id.* at 874-875.

49 *Id.* at 875-876.

In order to promote the protection of the civilian population from the effects of hostilities, combatants are obliged to distinguish themselves from the civilian population while they are engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack.

Unlike other treaty law, Article 44(3) does not specify how combatants are required to distinguish themselves. One authoritative commentary on the Protocols states in this regard: "Presumably a distinctive sign, which need not be fixed, or carrying arms openly would satisfy the requirement. The second sentence suggests that the open carrying of arms is the minimum requirement."⁵⁰

A combatant who failed to distinguish himself, as required by preexisting conventional and customary law, did not violate a rule of international law (unless his conduct involved treachery), but rather disqualified himself as a privileged combatant. He was, therefore, upon capture not entitled to prisoner of war status and could be tried as a common criminal for his unprivileged combatancy.

The language of this new relaxed rule makes clear, however, that the sanction for a combatant who fails to distinguish himself when so required is trial and punishment for a breach of the laws of war, but not loss of combatant and prisoner of war status.⁵¹ Furthermore, commanders who do not enforce this new rule of distinction are similarly amenable to punishment for violating Articles 86⁵² and 87⁵³ of Protocol I. By extending liability up the chain of command, the Article provides a considerable incentive to superiors to enforce compliance with this new

⁵⁰ M. BOTHE, K.J. PARTSCH, W. SOLF, *NEW RULES FOR VICTIMS OF ARMED CONFLICTS: COMMENTARY ON THE TWO 1977 PROTOCOLS ADDITIONAL TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 1949* 253 (1982) [hereinafter cited as "NEW RULES"].

⁵¹ Aldrich states that "the captor will have to decide whether to prosecute captured irregulars for violation of that first sentence of paragraph 3, and the military courts of the captor will have to decide whether anyone prosecuted is guilty of a violation." Aldrich Ratification, *supra* note 44 at 9.

⁵² Article 86 (failure to act) provides:

1. The High Contracting Parties and the Parties to the conflict shall repress grave breaches, and take measures necessary to suppress all other breaches, of the Conventions or of this Protocol which result from a failure to act when under a duty to do so.
2. The fact that a breach of the Conventions or of this Protocol was committed by a subordinate does not absolve his superiors from penal or disciplinary responsibility, as the case may be, if they knew, or had information which should have enabled them to conclude in the circumstances at the time, that he was committing or was going to commit such a breach and if they did not take all feasible measures within their power to prevent or repress the breach.

⁵³ Article 87 (Duty of Commanders) states:

1. The High Contracting Parties and the Parties to the conflict shall require military commanders, with respect to members of the armed forces under their command and other persons under their control, to prevent and, where necessary to suppress and report to competent authorities breaches of the Conventions and of this Protocol.
2. In order to prevent and suppress breaches, High Contracting Parties and Parties to the conflict shall require that, commensurate with their level of responsibility, commanders ensure that members of the armed forces under their command are aware of their obligations under the Conventions and this Protocol.

rule.

Significantly, this new rule of distinction implicitly recognizes for the first time the legitimacy of part-time combatancy. Thus, the part-time combatant who is captured while pursuing his civilian vocation or participating in a military operation *not* preparatory to an attack must be accorded prisoner of war status.⁵⁴ Article 44 does not, however, give examples of such permissible military operations. The New Rules suggests that the following kinds of activities would qualify as such: gathering intelligence without deception, recruiting, training, general administration, law enforcement, aid to underground political authorities, collection of contributions and dissemination of propaganda.⁵⁵ But this commentary does state that the meaning of “military operations preparatory to an attack” should be “broadly construed” to include “administrative and logistical activities preparatory to an attack.”⁵⁶ It notes in this regard: “As such activities are more likely to be conducted in a civilian environment, the civilian population is in greater risk of failure to distinguish in such preparatory activities, than in the ambush attack which is frequently conducted in a remote defile.”⁵⁷

FORFEITURE OF COMBATANT AND POW STATUS

The second sentence of Article 44(3) sets forth the only situations which entail forfeiture of combatant and prisoner of war status. It states:

Recognizing, however, that there are situations in armed conflicts where, owing to the nature of the hostilities an armed combatant cannot so distinguish himself, he shall retain his status as a combatant, provided that, in such situations, he carries his arms openly:

- (a) during each military engagement, and
- (b) during such time as he is visible to the adversary while he is engaged in a military deployment preceding the launching of an attack in which he is to participate.

Acts which comply with the requirements of this paragraph shall not be considered as perfidious within the meaning of Art. 37, para. 1(c).⁵⁸

-
3. The High Contracting Parties and Parties to the conflict shall require any commander who is aware that subordinates or other persons under his control are going to commit or have committed a breach of the Conventions or of this Protocol, to initiate such steps as are necessary to prevent such violations of the Conventions or this Protocol, and, where appropriate, to initiate disciplinary or penal action against violators thereof.

54 In this regard, para. 5 of Article 44 prohibits denial of prisoner of war status based on past activities. It states: “Any combatant who falls into the power of an adverse Party while not engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack shall not forfeit his rights to be a combatant and a prisoner of war by virtue of his prior activities.” This provision, however, does not immunize the prisoner from prosecution for precapture offenses that violate the laws of armed conflict, including failure to distinguish himself (Art. 44(3)) or perfidy (Art.37).

55 New Rules *supra* note 50, at 252.

56 *Id.*

57 *Id.*

58 Aldrich admits that “the phrase ‘military operations preparatory to an attack’ is imprecise and will have to be interpreted in practice in the light of concrete situations, but the irregulars are the ones who run the risk that flows from this lack of precision, not their adversaries.” Aldrich: Ratification, *supra* note 44, at 9.

This sentence, which effectively relaxes the requirements of the new rule of distinction set forth in the previous sentence, is both limited in time and circumstances. If there are situations in which an armed combatant cannot distinguish himself from the civilian population by carrying his arms openly, he cannot be obliged to do so. The question, therefore, is when and where do such situations occur?

The answer, according to the New Rules, is that such situations are "... very exceptional and can exist only in occupied territory and in conflicts described in Article 1(4)" [of Protocol I, i.e., struggles against colonial domination, alien occupation and against racist regimes].⁵⁹ (Emphasis supplied). Both Aldrich⁶⁰ and Solf⁶¹ concur in this interpretation. But, even in such situations, an armed combatant must distinguish himself by carrying his arms openly

(a) during each military engagement, and

(b) during such time as he is visible to the adversary while he is engaged in a military deployment preceding the launching of an attack in which he is to participate.

A captured combatant who fails to meet these relaxed standards of distinction forfeits his combatant status and hence entitlement to be a prisoner of war. Accordingly, he can be tried by the detaining power for all his hostile acts, although those acts fully complied with the laws and customs of war. Moreover, if his acts involved killing, wounding, or capturing an enemy combatant, he could also be tried for perfidy, made a breach of the law of armed conflict under para-

⁵⁹ New Rules, *supra* note 50, at 253.

⁶⁰ See Aldrich, *supra* note 30, at 877-878 (noting that combatants operating behind enemy lines in non occupied territory "... cannot expect to benefit from this provision and will certainly be vulnerable to loss of POW status unless they carry their arms openly or otherwise distinguish themselves at all times during their military operations preparatory to an attack.") *Id.* at 878; Aldrich: Ratification, *supra* note 44, at 9-10 (stating that Italy, Belgium and New Zealand, among others, have filed on ratification of Protocol I understandings to this effect).

⁶¹ Solf Response, *supra* note 24, at 276.

⁶² Article 37 provides:

1. It is prohibited to kill, injure or capture an adversary by resort to perfidy. Acts inviting the confidence of an adversary to lead him to believe that he is entitled to, or is obliged to accord, protection under the rules of international law applicable in armed conflict, with intent to betray that confidence, shall constitute perfidy. The following acts are examples of perfidy:

(a) the feigning of an intent to negotiate under a flag of truce or of a surrender;
(b) the feigning of an incapacitation by wounds or sickness;
(c) the feigning of civilian, non-combatant status; and
(d) the feigning of protected status by the use of signs, emblems or uniforms of the United Nations or of neutral or other States not Parties to the conflict.

2. Ruses of war are not prohibited. Such ruses are acts which are intended to mislead an adversary or to induce him to act recklessly but which infringe no rule of international law applicable in armed conflict and which are not perfidious because they do not invite the confidence of an adversary with respect to protection under that law. The following are examples of such ruses: the use of camouflage, decoys, mock operations and misinformation.

graph 1(c) of Article 37⁶² of Protocol I. Conversely, combatants who comply with these standards in these specified situations do not lose their right to combatant or, upon capture, prisoner of war status. However, they can be tried and punished by their captor for violating the basic rule of distinction set forth in the first sentence of Article 44(3).

According to Solf, whether these relaxed standards in the second sentence of Article 44(3) “meet” minimum expectations of a conventional armed force that [they do] not legitimize the use of civilian disguise to achieve surprise in an attack, depend on the construction of the word ‘deployment.’ The word has many different meanings in military usage and is admittedly ambiguous.⁶³ In fact, the term was deliberately left ambiguous because the delegates to the Diplomatic Conference could not reach agreement on a single meaning.⁶⁴

Some delegations, including Egypt and the United Arab Emirates, stated that the term included only a final movement to a firing position.⁶⁵ Qatar and the PLO (nonvoting) gave the term a much narrower meaning as covering only moments immediately prior to attack.⁶⁶ Most Western delegations indicated that they understood this term to mean essentially “any movement toward a place from which an attack was to be launched.”⁶⁷ The United States and Great Britain both expressed this understanding upon signing the Protocol.⁶⁸ The New Rules states that “[c]onstruing the phrase in light of the object of the rule, namely, the protection of the civilian population, the understandings expressed by Western delegations are undoubtedly correct.”⁶⁹ Since the detaining power and its tribunals, as a practical matter, will interpret this term and, presumably, will do so in accordance with its own declaration or understanding in its instrument of ratification, it is most likely that the broader Western interpretation of deployment will be applied and thus establish prevailing state practice on this issue.

CONCLUSION

The new standards applicable to privileged combatant status for irregular combatants in

63 Solf Response, *supra* note 24, at 277.

64 *Id.*; see also Aldrich, *supra* note 30, at 878-879; Aldrich: Ratification, *supra* note 44, at 10; New Rules, *supra* note 50, at 253-254.

65 See NEW RULES, *supra* note 50, at 254.

66 See Solf Response, *supra* note 24, at 277.

67 See NEW RULES, *supra* note 50 at 254.

68 Aldrich: Ratification, *supra* note 44, at 10.

69 NEW RULES, *supra* note 50, at 254. This treatise quotes Dr. Hans Blix of Sweden, who gives the following explanation of the rationale for the rule of distinction:

... the most important and most difficult question is how to increase the legal protection of the guerrillas without endangering the civilian population. If a guerrilla movement were systematically to take advantage of a surprise element that lies in attacking while posing as civilians until - as one expert said “a split second before the attack” - it would inevitably undermine the presumption, which is vital to maintain, namely that apparently unarmed persons in civilian dress, do not attack. The result of undermining or eliminating this presumption is bound to have dreadful consequences for the civilian population. *Id.*

Protocol I are a pragmatic solution to a longstanding problem. By giving irregulars both a realistic chance and an incentive to comply with the law, the Protocol may succeed in diminishing the risks to the civilian population from the effects of guerrilla warfare. Realistically, these new standards in practice are likely to be implemented only in occupied territory since those states still facing national liberation movements of the kind envisioned in Article 1(4) of Protocol I have not acceded to the Protocol and other states which are Parties to this instrument, if confronted by similar movements, are likely to deny the applicability of this article to the particular situation.

It is also worth noting that the failure of the United States of America to ratify Protocol I may pose various problems for U.S. allies that are Parties to that instrument in the event of joint military action with the United States against another state that also is a Party to the Protocol. If, for example, Canada, which has ratified Protocol I, and the United States were to occupy the territory of such an enemy state and an organized guerrilla movement began to operate therein, both countries could be faced with a practical legal dilemma over the treatment to be accorded captured guerrillas belonging to that group.

Suppose, for example, that a unit composed of U.S. and Canadian soldiers stops a member of that group, who is dressed as a civilian with his weapon concealed, and several soldiers go to search him. But, before they can do so, the irregular takes out his weapon and opens fire, wounding a soldier. If the U.S. contingent in that unit took custody of the irregular, the United States would be free under customary law and the Geneva Conventions to treat him as an unprivileged combatant, deny him prisoner of war status and try him as a common criminal. On the other hand, if Canadian troops detained him, Canada would be obliged by Protocol I to accord him prisoner of war status unless it determines that he was engaged in a military deployment according to its understanding of that term. Assuming that it determined that the guerrilla was entitled to that status, Canada, as the detaining power, arguably could not turn him over to the United States for trial and punishment without violating its obligations under the Protocol and the Third Geneva Convention.

Such an anomalous result could be obviated if the United States, as wisely suggested by Ambassador Aldrich, were to undertake a "new and unprejudiced examination"⁷⁰ of the Protocol and decided to submit it with appropriate reservations and understandings to the Senate for its advice and consent to ratification.

⁷⁰ Aldrich: Ratification *supra* note 44, at 1.