

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO

PROBLEMAS DE COMPATIBILIDAD ENTRE DERECHOS
FUNDAMENTALES
PAOLO COMANDUCCI

SOBRE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS;
¿UNIVERSALIDAD O UNIVERSALISMO?
FRANCISCO J. BARIFFI

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA CONVENCIÓN
INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:
FUNCIÓN Y CONTENIDO
MIGUEL CILLERO BRUÑOL

LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE
INOCENCIA EN CHILE
LUIS I. DÍAZ GARCÍA

DISCURSO MAPUCHE Y DERECHOS HUMANOS
RODRIGO LILLO VERA

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN
EUROPA: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ

APROXIMACIÓN A LOS PODERES DE POLICÍA Y EL DERECHO
A LA LIBERTAD PERSONAL EN EL REINO UNIDO
ANDRÉS PÉREZ MUNGUÍA



REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO

PROBLEMAS DE COMPATIBILIDAD ENTRE DERECHOS
FUNDAMENTALES

PAOLO COMANDUCCI

SOBRE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS;
¿UNIVERSALIDAD O UNIVERSALISMO?

FRANCISCO J. BARIFFI

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA CONVENCION
INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:
FUNCION Y CONTENIDO

MIGUEL CILLERO BRUÑOL

LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE
INOCENCIA EN CHILE

LUIS I. DÍAZ GARCÍA

DISCURSO MAPUCHE Y DERECHOS HUMANOS

RODRIGO LILLO VERA

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN
EUROPA: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ

APROXIMACIÓN A LOS PODERES DE POLICÍA Y EL
DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN EL REINO UNIDO

ANDRÉS PÉREZ MUNGUÍA

Universidad Católica de Temuco
Escuela de Derecho
Manuel Montt 056 - Campus San Francisco
Fono Fax: (56 45) 205497
<http://www.derecho.uct.cl>
revidere@derecho.uct.cl
Temuco - Chile

Dirección
Rodrigo Coloma Correa

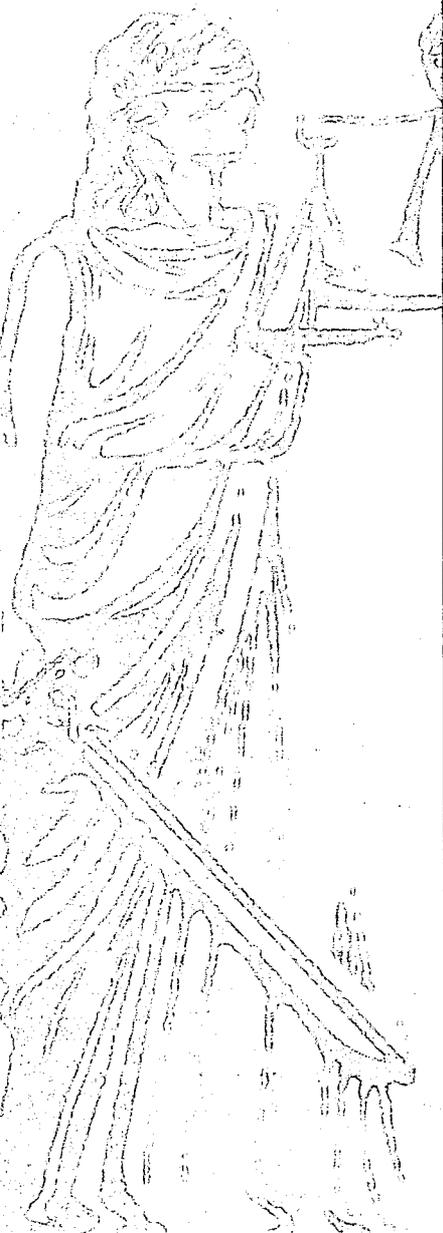
Comité Editorial
Rodrigo Coloma Correa
Jesús Escandón Alomar
Gonzalo Navarrete Villegas

Coordinación
Mario Vargas Cociña
mvargas@uct.cl

Impreso por Imprenta Austral
Diseño: Hardessen Design - www.hardessen.cl

Es propiedad del Autor
(c) Universidad Católica de Temuco
Registro de Propiedad Intelectual N° 135.317
Cuarto Número, Revista de Derecho

Esta obra se terminó de imprimir en octubre de 2003



- I. PROBLEMAS DE COMPATIBILIDAD ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES
PAOLO COMANDUCCI 13
- II. SOBRE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS;
¿UNIVERSALIDAD O UNIVERSALISMO?
FRANCISCO J. BARIFFI 31
- III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: FUNCIÓN Y CONTENIDO
MIGUEL CILLERO BRUÑOL 53
- IV. LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN CHILE
LUIS IVÁN DÍAZ GARCÍA 73
- V. DISCURSO MAPUCHE Y DERECHOS HUMANOS
RODRIGO LILLO VERA 113
- VI. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ 149
- VII. APROXIMACIÓN A LOS PODERES DE POLICÍA Y EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN EL REINO UNIDO
ANDRÉS PÉREZ MUNGUÍA 177



PRESENTACIÓN

El presente número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco ha sido dedicado íntegramente a la temática de los derechos fundamentales.

El primero de los artículos, a cargo de Paolo Comanducci, refiere al problema de la compatibilidad entre derechos fundamentales. Para enfrentar tal interrogante, Comanducci realiza una serie de distinciones acerca de la manera en que el problema puede ser abordado. Entre las diversas alternativas existentes, el autor se sitúa en el que considera el más básico de los niveles de análisis, esto es, el plano teórico, en el cual se precisa abordar cuestiones de uso lingüístico relativas a los enunciados *derechos fundamentales* e *incompatibilidades*. Bajo tal supuesto, en el desarrollo del artículo, el autor expresa sus claras preferencias por el análisis del problema desde una óptica descriptiva, según la cual sería posible afirmar, tanto en términos abstractos como concretos, la posibilidad de incompatibilidades entre derechos fundamentales. Su postura es contrastada con los planteamientos —propios de un análisis de carácter normativo— de Luigi Ferrajoli. Según el autor de *Derecho y razón* no existirían incompatibilidades serias entre derechos fundamentales; a lo más, se presentarían colisiones entre algunos derechos de libertad plenamente identificables. Para Comanducci, tal conclusión es inadecuada y es obtenida al costo de no asumir adecuadamente la división entre ser y deber ser, diferenciación de la que, por lo demás, el propio Ferrajoli se declara partidario.

A continuación, Francisco Bariffi, se refiere al tema de la fundamentación de los derechos humanos. El hilo conductor del trabajo está constituido por la distinción que Gregorio Peces Barba traza entre universalismo y universalidad de los derechos. Bariffi rechaza los planteamientos de Peces Barba, en términos que, precisamente, su universalismo y universalidad les servirían de *sopORTE*. Sostiene, en cambio, que "la postura occidental sobre los derechos humanos es racional y coherente y digna de ser tenida en cuenta, no por su corrección o justicia intrínseca basada en un sistema ético moral, sino porque se trata de una postura coherente, una práctica consolidada en el tiempo, uniforme y consistente, generalizada, con sólidas básicas teóricas y convencimiento de que se obra conforme a derecho." Para llegar a estas conclusiones se provee de un contexto histórico, poniendo especial énfasis en el cambio de escenario provocado por la segunda guerra mundial, por cuanto ha implicado que la dimensión universal de los derechos humanos pase a constituir un asunto de derecho internacional antes que de ética.

El centro de atención de Miguel Cillero, autor del tercero de los artículos publicado está constituido por las implicancias que ha conllevado la incorporación de la

noción *interés superior del niño* en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Las pretensiones del autor pasan por dotar de significado al enunciado interés superior del niño, aquejado fuertemente por el problema semántico de la vaguedad, como también, por aclarar la función que le debe ser atribuida. Respecto a esto último, se plantea que el *interés superior del niño* sería una garantía que no sólo limita la esfera válida de acción a los legisladores, sino que también produce efectos sobre toda autoridad e institución pública y privada, e incluso sobre los propios padres. Asimismo, tal enunciado, desempeñaría una función como principio de interpretación de las normas jurídicas con el consecuente impacto para el proceso de adjudicación. Por último, constituiría una directriz política por cuanto debiera orientar la formulación de políticas públicas para la infancia.

Luis Iván Díaz, enseguida, se enfrenta a las dudas relativas a la jerarquía constitucional de la presunción de inocencia en Chile, surgidas como consecuencia del silencio del texto constitucional chileno relativo a la presunción de inocencia. El autor, a partir de tal omisión normativa, explora distintos caminos con el fin de buscar su carácter de derecho fundamental. Las vías exploradas pasan por la remisión de la constitución a otros textos, en especial, a tratados sobre derechos humanos suscritos por Chile, como también, a lo que Alexi ha llamado normas *adscritas* a la constitución. Esta última, es la vía preferentemente elegida, por cuanto de acuerdo al autor sería posible establecer una conexión fuerte entre la presunción de inocencia y el artículo 19 N°3 por cuanto en éste se estipulan exigencias de justicia y racionalidad de los procedimientos.

Rodrigo Lillo desarrolla el tema de la justificabilidad desde el punto de vista de los derechos humanos de las reivindicaciones presentes en el discurso de los mapuches en Chile. El autor hace una serie de aclaraciones relativas a las distintas expectativas de los mapuches, las cuales no serían reducibles a una posición unitaria. Es más, en los últimos años, se ha ido pasando desde un discurso en el cual se pretendía fundamentalmente la propiedad de mayores extensiones de tierra para los miembros de la etnia a una demanda de autodeterminación, la que por cierto varía en matices dependiendo de la organización de la cual se trate. Luego de trazar tal panorama, se hace cargo del contenido de diversos instrumentos internacionales relativos a la protección de las etnias y de la tensión entre derechos individuales y derechos colectivos que podría acarrear la adopción de una posición de marcada preferencia por el multiculturalismo. La vía que Lillo vislumbra para la solución del problema pasa por reconocer la vigencia de los límites estipulados de los derechos individuales. Siendo respetada tal base mínima, debieran, sin duda, privilegiarse mecanismos que favorezcan el respeto a la diversidad cultural, lo que puede considerar aspiraciones de autodeterminación. En palabras del autor "El sentido de los derechos de las minorías consiste en eliminar la colonización a que se encuentran sometidas, pero también, adicionalmente, a toda

forma de sometimiento interno que forma parte de las contradicciones de cada sociedad y familia.”

Argelia Queralta aborda, en su trabajo, el impacto que ha tenido la reestructuración del tribunal europeo de derechos humanos. Las innovaciones introducidas han apuntado a convertir el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales “en una verdadera jurisdicción internacional plenamente accesible a los particulares, a través de un procedimiento sencillo y razonablemente rápido que pueda hacer frente al creciente número de demandas presentadas.” La autora se hace cargo de los éxitos y fracasos del nuevo sistema, los cuales resultan de gran interés para nuestro continente, por cuanto los órganos competentes para la protección de los derechos humanos, esto es la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentan una organización y procedimientos muy cercanos a los imperantes en Europa en forma previa a las modificaciones introducidas por el protocolo N° 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Andrés Pérez, por su parte, hace un análisis de la situación actual del derecho a la libertad personal frente a los poderes de policía en el Reino Unido. Identifica un aumento de las facultades policiales como respuesta al incremento del terrorismo y la criminalidad en general. Este cambio se ve en parte neutralizado, por la existencia de procedimientos policiales exhaustivos para reportar intervenciones, como asimismo, por la creciente influencia del sistema regional europeo de derechos humanos. El caso del Reino Unido permite reflexionar sobre la conveniencia o no de incrementar los poderes policiales en sociedades que, como las nuestras en Latinoamérica, no presentan todas aquellas condiciones de control.

Una vez más ha sido la unión de muchos esfuerzos la que ha hecho posible esta publicación. Quisiera agradecer a Luis Iván Díaz, Sergio Meline, a Mario Vargas y a la Fundación Hewlett y, por cierto, en forma muy especial a los autores que han elaborado los trabajos aquí publicados.



PROBLEMAS DE COMPATIBILIDAD ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES*

Paolo Comanducci**

* Texto revisado de una ponencia presentada en las "Primeras Jornadas Internacionales de Derechos Fundamentales y Derecho Penal", Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba – I.N.E.C.I.P., Córdoba (Argentina), 10-12 de Abril 2002. Una versión en italiano de este texto será publicada en *Analisi e diritto 2002. Ricerche di giurisprudenza analitica*, P. Comanducci y R. Guastini (comp.), Giappichelli, Torino, octubre 2003.

** Catedrático de Filosofía del derecho en la Universidad de Génova, Italia.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos fundamentales y de su compatibilidad se puede enfocar en diferentes niveles de análisis. Siguiendo una sugerencia de Luigi Ferrajoli,¹ yo diría que hay al menos cuatro niveles en los que se puede examinar este tema. Un nivel *histórico-sociológico*, donde se analizan, por un lado, las distintas generaciones de los derechos fundamentales y su desarrollo histórico, y, por el otro, cuales son los derechos de hecho vigentes en las sociedades actuales y cuál es la eficacia de sus garantías. Un segundo nivel, *dogmático*, que quizás es más conocido entre los operadores prácticos del derecho, que estudia, en un ordenamiento jurídico específico, las reglas que confieren derechos fundamentales, cómo se interpretan y qué tipo de conflictos pueden darse entre estos derechos fundamentales. Un tercer nivel, *filosófico-político*, en que se trata sobre todo de justificar, desde un punto de vista moral o político, los derechos fundamentales; nivel en que se discute, por ejemplo, si hay una adecuación de la realidad jurídica a un modelo filosófico propuesto, o en que se discute críticamente de las instituciones jurídicas existentes. Y, al final, un nivel *teórico* en el cual se discute el concepto de derechos fundamentales, su tipología y estructura, y se construyen modelos explicativos de la realidad jurídica. El nivel teórico tiene una primacía lógica sobre los demás niveles, ya que, antes de analizar de cualquier forma el tema, se debe individualizar el objeto de análisis (¿qué son los derechos fundamentales?), y esta es sin lugar a dudas una tarea teórica.

Entonces, a la pregunta: ¿Hay compatibilidad o incompatibilidad entre los derechos fundamentales?, se pueden dar respuestas distintas, y no necesariamente incompatibles entre sí, según el nivel de análisis que se elija, según la definición que se maneje de "derechos fundamentales", y también según lo que se entienda por (in)compatibilidad.²

Yo limitaré mi discurso, por razones de tiempo, sólo al nivel teórico, con fugaces referencias a los demás niveles.

¹ Cf. L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, en L. Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de A. de Cabo y G. Pissarello, Trotta, Madrid, 2001, pp. 289-91.

² Da manera muy tentativa, diría que, en un nivel teórico, hay incompatibilidad entre normas (generalmente principios) que confieren derechos fundamentales cuando los dos derechos no pueden ser satisfechos contemporáneamente (en abstracto o en concreto). En un nivel filosófico-político hay incompatibilidad absoluta entre derechos fundamentales si no se puede brindar una justificación coherente de ambos en el interior de un mismo sistema filosófico-político normativo; hay en cambio incompatibilidad relativa si, en una situación concreta, ambos derechos no pueden ser satisfechos contemporáneamente.

Entre las diferentes posturas teóricas que se enfrentan en el debate contemporáneo, sólo daré cuenta de dos. Esta elección se explica por la simple razón que una de ellas tiene, como uno de sus representantes más destacados, a Luigi Ferrajoli, cuyas tesis quiero discutir aquí, y que la otra ha sido desarrollada, conectándose con el realismo jurídico escandinavo y norteamericano, justo en mi Universidad, por la escuela de Tarello a la que pertenezco. Por eso, quizás, no voy a ser completamente imparcial en la presentación crítica de las dos posturas.

2. NIVEL TEÓRICO

2.1. TEORÍAS DEL DERECHO

Voy a caracterizar primero, de manera muy esquemática, las dos alternativas teóricas, ya que, lo repito, en mi opinión la respuesta a la pregunta sobre la (in)compatibilidad entre derechos fundamentales depende en buena medida de la opción por una u otra teoría.

La primera alternativa, consiste en una teoría reconstructiva, crítica, o normativa en sentido metodológico: la tarea del teórico del derecho consiste en estipular un aparato conceptual³ sobre la base de explícitas pautas metodológicas, y luego en construir modelos con pretensiones explicativas de la realidad (estos modelos, sin embargo, pueden también tener usos normativos, para criticar la realidad y servir de ideales regulativos). Este tipo de teorías pueden incluso definirse (siguiendo a Bobbio) “meta-jurisprudencias”⁴ prescriptivas, en el doble sentido de que: a) “prescriben” a la dogmática jurídica de describir el derecho, y le prohíben – cuando ella participa en la construcción del derecho – hacerlo ocultamente, sobre la base de opciones valorativas escondidas; b) “corrigen” el lenguaje del legislador y de la dogmática, haciendo terapia lingüística y conceptual, en un nivel meta-lingüístico.⁵

³ Cf. M. Jori, *Ferrajoli sobre los derechos*, en L. Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 118.

⁴ La expresión “meta-jurisprudencia” es usada por Bobbio para designar cualquier teoría que verse sobre las actividades desarrolladas (o que deberían ser desarrolladas) por la dogmática jurídica.

⁵ La filosofía analítica del lenguaje distingue entre dos posibles objetos de discurso: uno extralingüístico y otro lingüístico. Los objetos extralingüísticos del discurso son hechos, eventos, estados de cosas, etc., y los objetos lingüísticos del discurso son palabras, locuciones, enunciados, etc. No se trata de una distinción con carácter concluyente ni, mucho menos, de una duplicación del mundo: también los objetos lingüísticos son reducibles a hechos o eventos. No obstante, con el fin de realizar un análisis del lenguaje, parece oportuno introducir esta distinción para dar cuenta de los distintos niveles lógico-semánticos en los que se coloca el discurso. Una cosa es hablar de la casa, y decir que

Los criterios para evaluar – también comparativamente – este primer tipo de teorías, en las que incluyo también la de Ferrajoli, son fundamentalmente dos: el de la coherencia interna y el de la potencia explicativa (alcance y capacidad de dar cuenta de los elementos relevantes de la realidad).

La segunda alternativa teórica consiste en una teoría descriptiva, que se sitúa en un mayor nivel de abstracción respecto a la primera alternativa. La tarea del teórico del derecho consiste en dar cuenta de la realidad jurídica concebida como fenómeno prevalentemente lingüístico: de los discursos del legislador, de los jueces, de los operadores prácticos del derecho, de la misma dogmática. También – siguiendo a Bobbio –, podría definirse este tipo de teorías como meta-jurisprudencias descriptivas, que explican y analizan las operaciones prevalentemente prácticas, normativas, de los distintos actores del juego jurídico.

Ambas posturas teóricas – la normativa y la descriptiva – tienen necesariamente un aparato conceptual, que les sirve como herramienta para desarrollar sus actividades de investigación (por ejemplo, un concepto de derechos fundamentales): pero la primera – la teoría normativa – lo estipula explícitamente, la segunda prevalentemente lo recoge de la práctica de los juristas y de los órganos, tomando como punto de partida un inventario de los usos lingüísticos. Piénsese, por ejemplo, en la diferencia entre la definición, explícitamente estipulativa, que Ferrajoli ofrece de “derechos fundamentales”, y una definición léxica – típica del segundo enfoque – que hace un inventario de los sentidos en que hoy en día se habla de derechos fundamentales en un sistema jurídico determinado.

En el debate que opone a los partidarios de los dos tipos de teorías, los primeros – digamos Ferrajoli – afirman que los segundos no hacen teoría, sino sociología del derecho. Mientras que los segundos – digamos los Genoveses – acusan a los primeros de no hacer teoría, sino filosofía política normativa: es decir que la teorías del primer tipo serían normativas no solo en sentido metodológico, sino más bien ideológico.

Tomando ahora distancia de este debate, quizás se podrían captar las diferencias entre los dos enfoques como una cuestión de grado y no cualitativa.

tiene cuatro habitaciones; y otra cosa es hablar de “casa” y decir que tiene cuatro letras. En el primer caso, el discurso versa sobre una entidad física y se coloca en el primer nivel del lenguaje. En el segundo caso nuestro discurso versa sobre una palabra (y esto, en el lenguaje escrito, se señala habitualmente poniendo la palabra entre comillas) colocándose en un segundo nivel de. Los discursos que versan sobre otros discursos (o sobre otras entidades lingüísticas) son llamados metadiscursos, es decir se colocan en un nivel *meta-lingüístico*. Los discursos (o las otras entidades lingüísticas) acerca de los cuales se habla son llamados discursos-objeto.

Usando una analogía, se podría decir que los partidarios de las teorías normativas se parecen a los gramáticos, y los partidarios de las teorías descriptivas se parecen a los compiladores de diccionarios. Gramáticas y diccionarios son meta-lenguajes, que hablan de un mismo lenguaje objeto, una lengua natural – el español, el italiano, el francés –. Las gramáticas son directamente normativas (prescriben reglas de usos correctos del lenguaje), mientras que los diccionarios son directamente descriptivos (brindan informaciones sobre los usos corrientes del lenguaje). Pero las gramáticas, indirectamente, reflejan también los usos lingüísticos correctos, y son por lo tanto también descriptivas; y los diccionarios eligen sólo algunos de los sentidos en que se usan las palabras de una lengua, y son por lo tanto también normativos.

Paralelamente se podría decir que las teorías del primer tipo, las normativas, son también, indirectamente, descriptivas, ya que los conceptos y los modelos que construyen pretenden dar cuenta de los elementos relevantes de la realidad jurídica; y que las teorías del segundo tipo, las teorías descriptivas, son también, indirectamente, normativas, ya que necesariamente seleccionan sólo algunos usos lingüísticos y eligen, con el criterio de la relevancia, sólo algunos elementos de la realidad jurídica.

2.2. (IN)COMPATIBILIDAD ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Sea cual sea el enfoque elegido, en un nivel teórico, dada una definición de “derecho subjetivo” y de “derechos fundamentales” (definición brindada por las respectivas teorías), se plantea el problema de la (in)compatibilidad entre derechos fundamentales: mejor dicho, entre normas, a menudo principios, que confieren derechos fundamentales.

Cabe observar, de paso, que aquí sólo me planteo explícitamente el problema de los conflictos entre derechos fundamentales, y no el de los conflictos entre, por un lado, normas que confieren derechos fundamentales y, por el otro, normas que adscriben obligaciones o prohibiciones (no me ocupo, por ejemplo, del conflicto entre la libertad de expresión y la prohibición de expresar determinadas ideas, aún si, por supuesto, estos conflictos podrían también ser reconstruidos – eventualmente – como antinomias entre derechos: la libertad de expresión y el derecho-poder de limitarla por parte de un órgano del Estado).

Ahora bien, me parece que un rasgo común de varias teorías normativas – y entre ellas la teoría de Ferrajoli – es la afirmación que no se dan, en abstracto, conflictos entre derechos fundamentales (o que si estos conflictos se dan, no son muy “graves”), y/o que, si se dan en la fase de la aplicación de los derechos fundamentales

en situaciones concretas, pueden ser resueltos racionalmente (o sea, que la solución de conflictos cumple con criterios de racionalidad que permiten además prever ex ante cuál derecho va a prevalecer, o al menos cuál debería prevalecer en un conflicto entre derechos fundamentales).³

En cambio, las teorías descriptivas generalmente afirman que de hecho puede darse incompatibilidad entre los derechos fundamentales y que no es generalmente posible prever ex ante cuál derecho va a prevalecer en una situación concreta de conflicto, por falta de un criterio único o correcto de resolución de los conflictos.

Para dar cuenta de estas distintas respuestas a la cuestión sobre la compatibilidad o no entre derechos fundamentales, me parece oportuno desarrollar mi análisis en dos distintos niveles, que llamaré (in)compatibilidad “en abstracto” y “en concreto”. En efecto, la incompatibilidad o la compatibilidad pueden ser configuradas o bien en la fase de interpretación en abstracto de las formulaciones que confieren derechos fundamentales (en la que se prescinde de cualquier supuesto de hecho concreto), o bien en la fase de interpretación en concreto de dichas formulaciones, es decir en la fase de su aplicación a un caso.

2.3. (IN)COMPATIBILIDAD EN ABSTRACTO

Las teorías descriptivas, que afirman la posibilidad de conflictos en abstracto entre derechos fundamentales, proceden generalmente así. Primero reconstruyen, a partir de un análisis de los usos lingüísticos de los juristas, una noción de derecho subjetivo, clase a la que pertenece el sub-conjunto de los derechos fundamentales. Es decir, identifican generalmente estructura y tipología de los derechos subjetivos y, después, de los derechos fundamentales. Como los derechos subjetivos son de distintos tipos, esto permite individualizar, en el plano abstracto, los conflictos potenciales entre las normas que los confieren. Y permite averiguar, después, haciendo referencia a un sistema jurídico específico y basándose en el aparato conceptual previamente elaborado, las eventuales incompatibilidades que se den en abstracto entre los derechos que son considerados fundamentales en ese sistema jurídico.

Por ejemplo, una teoría del derecho descriptiva puede utilizar, quizás reformulándolo, un análisis standard de “derecho subjetivo”, como es el clásico análisis de Wesley N. Hohfeld.

Como es conocido, según Hohfeld, la pluralidad de palabras que los juristas usan, sin mucho rigor, para hacer referencia a posiciones jurídicas de ventaja y, correlativamente, de desventaja, pueden ser reducidas, sin gran pérdida de significado, a

ocho conceptos o modalidades jurídicas fundamentales – cuatro modalidades activas y cuatro pasivas –, que Hohfeld agrupa en dos tablas: una de correlativos y otra de opuestos.

Genaro Carrió, en su “Nota preliminar” a la traducción castellana del artículo de 1913,⁶ que después constituirá el núcleo del libro de Hohfeld *Fundamental Legal Conceptions*,⁷ da un resumen, muy bien hecho, de la tabla de correlación y oposición de Hohfeld. Como no sabría decirlo mejor, voy a citar a Carrió:

“En la tabla de los correlativos se destacan las cuatro modalidades activas – que suelen ser encubiertas por un uso indiscriminado de la palabra “derecho” (subjetivo) – y se las presenta en su relación con las cuatro modalidades pasivas correspondientes. Mientras que cada una de las modalidades activas identifica la situación de un sujeto A en su relación con un sujeto B, cada una de las modalidades pasivas identifica la situación que, en cada caso, tiene B frente a A. A la modalidad activa “derecho” (en sentido estricto), le corresponde como su complementaria, en cabeza de otro sujeto, la modalidad pasiva “deber”; a la modalidad activa “privilegio” le corresponde la modalidad pasiva “no-derecho”; a la modalidad activa “potestad” le corresponde la modalidad pasiva “sujeción”; y a la modalidad activa “inmunidad” le corresponde la modalidad pasiva “incompetencia”. Con otros términos: Si A tiene *derecho* a que B haga el acto X, B tiene el *deber* frente a A de hacer el acto X, etc.”.⁸

Los derechos subjetivos, y los derechos que se definen como fundamentales, en los sistemas jurídicos contemporáneos pueden ser analizados usando este aparato conceptual. Es así fácil darse cuenta que muchos derechos, y varios derechos fundamentales, son figuras jurídicas complejas, formadas por la unión de varias modalidades activas elementales. En palabras de Carrió: “Decir que A es propietario del objeto Z, importa afirmar que A tiene, frente a cada uno de los otros miembros de la comunidad, un cúmulo de derechos, privilegios, potestades e inmunidades superpuestos, relativos al objeto Z”.⁹

⁶ W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, trad. castellana, a cargo de G. R. Carrió, de W. N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning. I*, en “Yale Law Journal”, 23, 1, 1913, pp. 16-59.

⁷ Cf. W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, ed. by W. W. Cook, Yale UP, New Haven, 1923.

⁸ G. R. Carrió, *Nota preliminar*, en W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, cit., pp. 13-14.

⁹ *Ivi*, p. 15.

¹⁰ L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2000⁴.

¹¹ L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001².

Desarrollando libremente el análisis de Hohfeld, y aplicándolo al problema de la (in)compatibilidad entre derechos fundamentales, una teoría del derecho descriptiva podría decir que hay incompatibilidad en abstracto entre dos normas que ambas confieren derechos fundamentales, si se dan dos condiciones:

- 1) Si los supuestos de hecho a los que se aplican (o sea sus ámbitos de aplicabilidad) son total o parcialmente coincidentes.
- 2) Si la primera norma adscribe a una clase de sujetos una modalidad activa y la segunda adscribe, a otra clase de sujetos, la modalidad activa opuesta a la que debería ser la modalidad correlativa de la modalidad adscrita por la primera.

Parece, dicho así, muy complicado. En realidad es muy sencillo. Tomamos la pretensión, por ejemplo, o sea el derecho subjetivo en sentido estricto. El correlato de la pretensión es el deber de otra persona. El opuesto del deber es el privilegio. Entonces hay incompatibilidad entre dos normas (con ámbitos de aplicabilidad total o parcialmente coincidentes) si una atribuye una pretensión a una clase de sujetos, y la otra atribuye, a otra clase de sujetos, un privilegio; o bien si una atribuye una potestad y la otra una inmunidad. Si una – pongamos – confiere el derecho a que nadie obstaculice la manifestación de las opiniones, y la otra confiere el privilegio al gobierno de censurar preventivamente la manifestación de opiniones a través de la prensa.

Cabe agregar, sin embargo, que la mayoría de las normas que confieren derechos fundamentales (normas que a menudo se llaman hoy en día “principios”) en nuestros sistemas jurídicos tienen un ámbito de aplicabilidad “abierto”, es decir que sus condiciones de aplicabilidad son ausentes, o bien ampliamente indeterminadas. Esto provoca a menudo que, en el plano abstracto de la interpretación, es muy difícil (pero no imposible) que se presenten casos de incompatibilidad entre principios que confieren derechos fundamentales. Es más probable que casos de incompatibilidad se detecten (y se configuren por parte de los juristas) cuando, en la aplicación de las normas a un caso concreto, se “cierren” sus condiciones de aplicabilidad.

Pero queda claro que, para una teoría descriptiva, los conflictos entre derechos fundamentales son posibles también en el plano abstracto (de la interpretación de un documento constitucional, por ejemplo).

Diferente es la conclusión a la que llegan varias teorías normativas, y específicamente la teoría de Ferrajoli. En *Derecho y razón*,¹⁰ y más aún en sus últimos libros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* y *Derechos y garantías*,¹¹ Ferrajoli

ha presentado una novedosa teoría de los derechos fundamentales, que es parte de un trabajo mucho más amplio que él está elaborando. Esta teoría de los derechos fundamentales comprende una definición formal, una tipología y una fundamentación ética de los derechos fundamentales. Por supuesto, no voy a exponer ahora por completo esta teoría. Sólo presentaré un pequeño resumen, suficiente para comprender cuál es la postura de Ferrajoli frente al problema de la (in)compatibilidad en abstracto entre derechos fundamentales. La definición formal de Ferrajoli de derechos fundamentales, es la siguiente:

“Son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”.¹² Y agrega: “Los rasgos estructurales que, con base en esta definición, distinguen a estos derechos de todos los demás, son tres, todos ellos independiente del contenido de las expectativas que tutelan: a) la forma universal [en el sentido lógico] de su imputación...; b) su estatuto de reglas generales y abstractas...; c) su carácter indisponible e inalienable”.¹³

Sobre la base de esta definición formal y estructural, Ferrajoli construye una doble tipología, que es también formal, de los derechos fundamentales: “una, *subjetiva*, relativa a las clases de sujetos a los que se atribuyen tales derechos; la otra, *objetiva*, relativa a los tipos de comportamiento que son el contenido de tales derechos”.¹⁴ Sin entrar en los detalles de esta doble tipología, cabe subrayar la distinción entre derechos fundamentales primarios y secundarios (que se refiere tanto a los sujetos como a sus contenidos): los derechos primarios, respecto a su contenido, son los derechos de libertad y los derechos sociales; los derechos secundarios son en cambio los derechos de autonomía, privada y política. Cito: “Mientras los derechos primarios consisten, esencialmente, en expectativas sustanciales (de no lesión, en el caso de los negativos, o de prestación, en el caso de los positivos) y, por consiguiente, en los *beneficios* que se les aseguran a sus titulares, los derechos secundarios, sean civiles [es decir privados] o políticos, al ser ejercidos mediante actos que producen efectos jurídicos, son además *poderes* y, como tales, se encuentran sometidos, en el Estado de derecho [cursiva mía], a límites y vínculos legales”.¹⁵

¹² L. Ferrajoli, *Derechos fundamentales*, en L. Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 19.

¹³ *Ivi*, pp. 291-92.

¹⁴ *Ivi*, pp. 292-93.

¹⁵ *Ivi*, p. 298.

En mi opinión, aquí está la clave de la postura de Ferrajoli acerca de la compatibilidad entre derechos fundamentales, ya que es aquí que su teoría pasa desde una definición y una tipología puramente formales y estipulativas de los derechos fundamentales, a un plano que es a la vez explicativo y normativo: explicativo de una específica realidad jurídica, el Estado constitucional de derecho; y normativo en sentido, no sólo metodológico como era hasta aquí, sino también ético-político.

Ferrajoli construye un modelo, que es explicativo y normativo a la vez, en el que instituye una clara jerarquía entre derechos fundamentales. Me permitan una larga cita muy esclarecedora de las ideas de Ferrajoli al respecto: "Es preciso distinguir tres niveles de figuras deónticas. En el nivel más bajo está la *libertad natural* o extra-jurídica, que no es un derecho sino una situación de no-derecho. Es la libertad que consiste en poder hacer deónticamente todo lo que se puede hacer materialmente, incluso asesinar o robar o de algún modo dañar a los demás, y que, por lo tanto, está destinada a ser limitada (y dentro de tales límites, protegida), por un lado, por las leyes, y por otro, por los negocios jurídicos entre particulares. En un plano superior están los poderes – privados y públicos, vinculados, unos directa y otros indirectamente, a los *derechos de autonomía*, respectivamente civiles y políticos – cuyo ejercicio, a través de leyes y negocios jurídicos, limita siempre la libertad. Finalmente, en un plano superior a tales poderes se encuentran los *derechos de libertad*, sean de rango constitucional, lo que es necesario para que operen como límites frente al poder legislativo, sean de rango legislativo, lo que es suficiente para que sirvan como límite a los poderes contractuales. Las libertades negativas y positivas del primer tipo son limitadas de distintas maneras por el ejercicio de los derechos-poderes de autonomía: de manera tendencialmente igual por las leyes, de forma desigual por la contratación privada. Las libertades positivas del segundo tipo, es decir, los derechos de autonomía, dado que interfieren en las libertades del primer tipo, son, además poderes limitados en cuanto tales por el derecho. Finalmente, las libertades negativas del tercer tipo, o sea, los derechos de libertad, son precisamente los límites impuestos a los derechos-poderes de autonomía".¹⁶

La jerarquía instituida por Ferrajoli entre derechos fundamentales primarios y secundarios refleja (pero sólo parcialmente) las jerarquías existentes en muchos sistemas jurídicos contemporáneos, que constitucionalizaron a los derechos fundamentales; pero, siendo explícitamente instrumental¹⁷ a la consecución de fines o valores ético-políticos (Ferrajoli menciona esencialmente cuatro de estos valores: la

¹⁶ *Ivi*, pp. 310-11.

¹⁷ Cf. *ivi*, pp. 317 y 362.

igualdad, la democracia, la paz y la tutela del más débil.), esta jerarquía está también en tensión crítica con la realidad jurídico-institucional de nuestros Estados contemporáneos. En efecto, el modelo de Ferrajoli, en sus empleos normativos, constituye un ideal regulativo que sirve para criticar los sistemas jurídicos existentes, si se alejan del modelo, y para determinar las metas que tales sistemas deberían alcanzar.

Sobre la base de esta reconstrucción de la teoría de Ferrajoli, es fácil entender su postura acerca de la compatibilidad entre derechos fundamentales.

Ferrajoli, criticando la tesis propuesta por las teorías descriptivas, es decir, que los derechos fundamentales pueden colisionar en abstracto entre sí y entrar “en relación recíproca de suma cero”,¹⁸ admite que pueden darse conflictos entre derechos fundamentales, pero limita muchísimo el alcance de esta posibilidad. En efecto, para él, sólo pueden darse conflictos¹⁹ entre algunos derechos de libertad (“que encuentran los límites impuestos por su convivencia con los derechos de libertad de los demás”²⁰): se trata, en particular, de la libertad de expresión frente al derecho a la privacidad, de la libertad de asociación y del derecho de huelga frente a los demás derechos fundamentales.

Pero los conflictos política y socialmente más relevantes, a los que apuntan las teorías descriptivas, en el interior de la teoría de Ferrajoli no se dan. No hay conflicto posible “para la mayor parte de los de derechos de libertad que consisten en inmunidades”,²¹ es decir para la libertad de conciencia, la inmunidad frente a la tortura o a las penas arbitrarias, el derecho a la vida y a la integridad personal.

No hay conflictos entre los derechos sociales a prestaciones positivas y los otros derechos fundamentales. No lo hay con los derechos de libertad, ya que en el modelo de Ferrajoli los derechos sociales no encuentran límites en los derechos de libertad, “sino sólo en los costes de su satisfacción, financiados con la recaudación fiscal, en perjuicio de los derechos patrimoniales”.²² Ni hay conflicto entre los derechos sociales, y en general los derechos primarios, y los derechos de autonomía privada (de intercambio e iniciativa económica) y política, ya que éstos últi-

¹⁸ A. Pintore, *Derechos insaciables*, en L. Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 350.

¹⁹ Cf. L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 351-52.

²⁰ *Ivi*, p. 353.

²¹ *Ivi*, p. 351.

²² *Ivi*, p. 354.

mos son derechos-poderes. Afirma Ferrajoli: "Dado que los derechos de autonomía consisten en poderes jurídicos, su relación con los otros derechos fundamentales no es configurable como 'conflicto', sino más bien como sujeción a la ley".²³ No hay, por último, conflictos entre derechos fundamentales en el caso de los así llamados "derechos culturales", ya que estos últimos o son reducibles a derechos de libertad o a derechos sociales, o bien, no siendo atribuidos a individuos sino a colectividades, no son derechos fundamentales, según la definición misma de Ferrajoli.

Hasta aquí la reconstrucción – espero fiel – de la postura de Ferrajoli. Desde el punto de vista de una teoría descriptiva (hacia la cual van mis evidentes simpatías), el planteamiento de Ferrajoli puede ser criticado siguiendo dos líneas argumentales, que me limito a esbozar brevemente.

La primera línea argumental apunta a la falta de coherencia interna del modelo (es una vieja polémica que tenemos con Luigi Ferrajoli). Ferrajoli es declaradamente divisionista, acepta, es decir, la gran división entre ser y deber-ser, pero construye un modelo teórico que tiene – contemporáneamente – las dos opuestas direcciones de ajuste: palabra a mundo, mundo a palabra. Es decir, exactamente lo que resulta inaceptable para un divisionista. El mismo modelo es – a la vez – normativo desde el punto de vista ético-político, y explicativo de la realidad. En mi opinión, Ferrajoli construye una teoría que quiere ser a la vez, formal (fruto de estipulación), explicativa (pretende dar cuenta de la realidad), y, además, instrumental a la realización de finalidades ético-políticas. Sigo sin poder entender, a pesar de los argumentos de Ferrajoli, cómo esta teoría puede ser compatible con una postura divisionista, es decir que acepta la división entre "ser" y "deber ser" y la así llamada "ley de Hume".

La segunda línea argumental, conectada con la precedente, apunta a la falta de capacidad explicativa de la teoría de Ferrajoli. Es decir, si no tomamos su modelo como ideal regulativo, sino más bien como una herramienta para entender nuestra realidad jurídica, y específicamente los problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales, la teoría de Ferrajoli resulta, en algunas de sus piezas, muy lejana de la manera en que los dogmáticos y los operadores prácticos del derecho configuran e interpretan las relaciones entre los derechos fundamentales (pienso sobre todo en la reconstrucción que Ferrajoli da de los derechos de autonomía privada, y de las relaciones entre los derechos sociales y los demás derechos fundamentales).

²³ *Ivi*, p. 353.

Si Ferrajoli contestara esta crítica – como suele hacer –, subrayando el carácter formal, es decir estipulativo, de sus tesis, diciendo entonces que no le importa dar cuenta de lo que piensan o construyen los dogmáticos, o los juristas, en mi opinión, su tesis estaría “begging the question”: porque la cuestión es, justamente, la capacidad de las estipulaciones de dar cuenta de la realidad. Sino, ¿por qué estipulamos?

En mi opinión, la razón de esta posición de Ferrajoli se encuentra en la relación de medios a fin que él instituye entre su teoría y la realización de algunas finalidades ético-políticas. Son estas finalidades, y no las puramente explicativas, que, me parece, le importan en serio a Ferrajoli.

2.4. (IN)COMPATIBILIDAD EN CONCRETO

La última, y mucho más breve, parte de mi presentación versa sobre (in)compatibilidad en concreto entre derechos fundamentales.

Ninguna teoría del derecho, ni de corte descriptivo ni de corte normativo, niega que en la realidad de nuestros sistemas jurídicos puedan darse conflictos entre derechos fundamentales en la fase de su aplicación a casos concretos. Sería suficiente un simple vistazo a la jurisprudencia de cualquier Tribunal Constitucional para darse cuenta que algunos de los fallos más importantes se ocupan justamente de este tipo de conflictos. Aquí, entonces, la oposición entre teorías descriptivas y teorías normativas se manifiesta sobre todo en la distinta apreciación que los dos tipos de teorías dan del procedimiento usado para resolver tales conflictos. Las teorías descriptivas, y en particular las que se conectan al realismo jurídico, subrayan el amplio margen de discrecionalidad del que gozan los jueces (ordinarios y/o constitucionales) al momento de solucionar un conflicto entre principios que describen derechos fundamentales. Como estos principios presentan a menudo condiciones de aplicación fuertemente indeterminadas, el juez, antes de aplicar uno u otro principio de una forma que puede ser reconstruida como subsuntiva, pondera o balancea (según la terminología hoy en día muy de moda) los principios en cuestión, determinando cuál debe prevalecer en el caso concreto. Actuando así, el juez “cierra” las condiciones de aplicación (el ámbito de aplicabilidad) de los principios, pero sólo para el caso que está juzgando. Ya que nada impide que en otro caso, aunque parecido al precedente, él u otro juez no “reabra”, quizás por el procedimiento que en el *common law* se llama de *distinguishing*, el balance entre los principios y lo resuelva de manera distinta, o no haga jugar un principio adicional, revisando así las condiciones de aplicación de aquellos principios que confieren derechos fundamentales. Siendo así las cosas, resulta imposible, cuanto menos

muy difícil, prever ex ante cuál será el resultado de la ponderación judicial en casos futuros.

Según las teorías descriptivas, por lo tanto; aún si puede satisfacer otros fines valiosos desde un punto de vista ético-político, la presencia en un sistema jurídico de principios que confieren derechos fundamentales, con condiciones de aplicaciones genéricas, disminuye la posibilidad de alcanzar el valor de la seguridad jurídica. Hay, en cambio, teorías normativas que rechazan rotundamente esta conclusión. La más conocida es, sin lugar a dudas, la teoría de Dworkin, pero, justamente por eso, porque es muy conocida, no me voy a detener sobre ella aquí. Presentaré, en cambio, brevemente, una propuesta muy reciente de José Juan Moreso²⁴ y dos argumentos críticos en contra de esta propuesta.

Por razones de brevedad, y para evitar demasiados tecnicismos, voy a simplificar drásticamente la argumentación de Moreso, que es muy sofisticada. Me limitaré a presentar la idea intuitiva que él desarrolla e intenta fundamentar.

Moreso centra su teoría acerca de la ponderación entre principios constitucionales que confieren derechos fundamentales sobre la distinción entre normas derrotables y normas inderrotables, y sobre la noción de revisión de una norma derrotable. El aparato lógico que usa Moreso ha sido elaborado por Carlos Alchourrón, en sus últimos trabajos: la idea de Moreso es justamente aplicar este aparato lógico para dar cuenta de la ponderación judicial entre principios. La tesis de Moreso es que muchos principios constitucionales pueden ser concebidos como normas derrotables (es decir, que pueden ser superadas, desplazadas por otros principios, pero no derogadas o anuladas, como le pasa en cambio a una regla cuando entra en conflicto con otra regla y es superada por esta). Los conflictos entre normas derrotables pueden ser resueltas, según Moreso, de una manera racional: es decir que la solución puede ser racionalmente fundamentada y controlada, y por eso también prevista. La solución del conflicto pasa a través de la revisión de las normas derrotables en conflicto, siendo esta revisión una operación sujeta a numerosos vínculos formales: en esto consistiría, según Moreso, la ponderación judicial. Como resultado de la revisión de los dos principios constitucionales en conflicto, tendremos dos nuevas normas que serán, entre sí, compatibles.

Las razones, que parecen empujar a Moreso a configurar los principios fundamentales que confieren derechos fundamentales como normas derrotables, son de orden ético-político. Si concibiéramos (y aplicáramos) los principios constitucionales

²⁴ J. J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, en "Ragion pratica", 18, 2002, pp. 207-27.

les como normas inderrotables, se producirían, en la fase de su aplicación, conflictos prácticos insanables: en el sentido de que tendríamos dos principios constitucionales en conflicto, ninguno de los cuales puede ceder frente al otro. Sería por lo tanto un conflicto práctico sin solución. Mientras que si los concebimos como normas derrotables, esto permite una solución racional de los conflictos entre derechos fundamentales.

Esta propuesta de Moreso, acerca de la incompatibilidad en concreto entre derechos fundamentales, me parece muy inteligente y bien argumentada; me parece sin embargo que puede ser criticada, simétricamente a la de Ferrajoli, por falta de coherencia interna y por falta de capacidad explicativa.

La primera crítica ha sido desarrollada, de forma absolutamente brillante, por Bruno Celano²⁵ y no puedo hacer otra cosa que brindar aquí un resumen de una pequeña parte de su argumentación.

Celano se hace una pregunta muy sencilla: ¿los principios constitucionales revisados, es decir las dos nuevas normas que son el resultado de la ponderación y que son entre sí compatibles, son normas derrotables o inderrotables?

Si la respuesta de Moreso es que son normas a su vez derrotables, el criterio de ponderación racional brindado por Moreso no tiene ninguna utilidad, ni teórica ni práctica, ya que se limita a postergar al infinito el problema del conflicto entre derechos. En un nuevo caso siempre quedaría abierta la posibilidad de efectuar otra ponderación entre las dos nuevas normas derrotables, y el resultado de la ponderación podrían ser dos nuevas normas, a su vez derrotables, y así hacia adelante.

Si la respuesta de Moreso – y es ésta seguro la respuesta de Moreso –, es que los principios constitucionales revisados son normas inderrotables, el criterio propuesto tendría, en cambio, utilidad teórica y práctica, ya que permitiría una revisión estable de los principios en conflicto, generando dos principios entre sí compatibles.

Pero, según Celano – y yo estoy de acuerdo con él –, Moreso no ofrece ningún argumento para sostener esta segunda solución. Si hay, se pregunta Celano, razones ético-políticas para considerar derrotables dos principios constitucionales en conflicto, ¿por qué estas mismas razones no deberían ser tomadas en cuenta en el

²⁵ B. Celano, 'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili, en "Ragion pratica", 18, 2002, pp. 229-45. Véase la respuesta de Moreso a estas críticas: A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano, en "Ragion pratica", 18, 2002, pp. 247-54.

caso de conflictos entre principios constitucionales revisados? ¿Por qué estas razones juegan un papel en la primera revisión y no deberían jugarlo más en las siguientes?

La segunda crítica a Moreso es más bien externa a su propuesta teórica y no interna como la de Celano, que acepta los presupuestos del planteamiento de Moreso. Retomo aquí la crítica que hace rato hice a Ferrajoli. La teoría de Moreso carece de capacidad explicativa de la realidad de nuestros sistemas jurídicos: no nos dice cómo los jueces ponderan principios constitucionales, no nos dice cómo de hecho se solucionan los conflictos entre derechos fundamentales. Nos dice, en cambio, cómo se debería desarrollar la ponderación, cómo deberían racionalmente solucionarse los conflictos entre derechos fundamentales. En todo esto no hay nada de malo, al contrario. Cualquiera puede presentar propuestas normativas, en sentido ético-político, para mejorar el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos, y Ferrajoli y Moreso lo hacen muy bien. Presentan propuestas muy finas y bien argumentadas.

Lo que no me parece lícito es confundir o sobreponer estas propuestas, que son normativas no sólo en sentido metodológico, sino más bien en sentido ético-político, que son valorativamente comprometidas, como si fueran explicación de la realidad jurídico-institucional.

Lo que no me parece lícito, para decirlo con viejas palabras de Bobbio, es confundir el derecho tal como es, con el derecho como debería ser.





II. SOBRE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS; ¿UNIVERSALIDAD O UNIVERSALISMO?

Por Francisco J. Bariffi*

* Profesor en Derecho Internacional de la Universidad Nacional de Mar del Plata Argentina.



I. INTRODUCCIÓN

En su obra *Curso de Derechos Fundamentales*, el profesor Peces Barba, al referirse a la dimensión universal de los derechos humanos considera importante hacer una distinción terminológica. Sostiene este autor: "desde mi punto de vista cabría una mayor precisión y procedería hablar de universalismo de los derechos, en referencia a una cualidad propia y exclusiva de éstos, sin relación o comunicación con ningún contexto", en cambio "la universalidad de los derechos hace referencia a derechos universales, en sentido de racionales y válidos para todos los hombres, pero situados en un contexto histórico o geográfico".¹

Continúa Peces Barba señalando que "cuando se habla de universalidad de los derechos se están diciendo el menos tres cosas diferentes, aunque vinculadas en su raíz". En el plano racional la universalidad se refiere a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos, y nos hallamos en general dentro del campo de la filosofía del derecho. En el plano temporal, la universalidad implica que dichos derechos tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y validos en cualquier momento de la historia, y nos encontramos en este caso en el campo de los historiadores del derecho. Por ultimo cuando no referimos al plano espacial, esto es, que entendemos por universalidad la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción, y cuyo estudio está básicamente tratado por el derecho internacional.²

En realidad esta división de tres planos diferentes (racional, temporal y espacial) queda, según la propuesta de distinción terminológica de Peces Barba, dividida en dos. Por un lado el universalismo de los derechos (plano racional), y por otro la universalidad de los derechos (planos temporal y espacial).

La cuestión de la universalidad de los derechos humanos es, sin duda alguna, de extrema complejidad analítica y pragmática. Por ello esta diferenciación de esferas o planos propuesta por Peces Barba me ayudará a clarificar la exposición y a situarnos en ámbitos específicos del derecho, como la filosofía del derecho, la historia del derecho, el derecho constitucional o el derecho internacional.

En este trabajo intentaré analizar la distinción entre universalismo y universalidad, para dilucidar algunos interrogantes como si el universalismo es el motor o base de

¹ Peces Barba Martínez, G. *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 300.

² *Ibídem*, p. 299.

la universalidad de los derechos, o si la universalidad de los derechos humanos es una cuestión de la ética. Para ello haré referencia a dos antinomias, que a mi entender contradicen las bases teóricas del fundamento de la universalidad en su plano racional. La antinomia entre universalidad de los derechos y la soberanía, así como la antinomia entre guerra por los valores y garantías de los derechos.

Con todo pretendo demostrar que luego de la Segunda Guerra Mundial ha cambiado considerablemente el paradigma de los derechos humanos y que su dimensión universal es principalmente hoy día un tratamiento del derecho internacional (del plano espacial o de la universalidad) así como refutar la idea sostenida hoy día por la mayoría de los filósofos contemporáneos, de que una declaración universal de los derechos fundamentales es incompatible con la defensa del relativismo cultural y moral.

II. LOS DERECHOS HUMANOS EN UN CONTEXTO HISTÓRICO

Los derechos humanos constituyen una categoría histórica. Nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera intelectual que inspirara las revoluciones liberales del siglo XVIII. Si bien el concepto de derechos humanos no aparece de la noche a la mañana, y se pueden encontrar numerosos antecedentes medievales, es sin duda alguna la Ilustración quien hará las más decisivas aportaciones tanto en el campo político como jurídico.³

Como señala Pérez Luño,⁴ "son ingredientes básicos en la formación histórica de la idea de los derechos humanos dos direcciones doctrinales que alcanzan su apogeo en el clima de la Ilustración: el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo... Ambas concepciones tienen en común postular unas facultades jurídicas básicas comunes a todos los hombres".

No es mi intención abordar los antecedentes históricos de los derechos humanos, puesto que ello excede el objeto del presente trabajo y, además, ha sido oportunamente tratado en otras obras.⁵ Simplemente quisiera resaltar la primera de las anti-

³ Ibídem, Capítulo V, pp. 113-144.

⁴ Pérez Luño A. E., *La Universalidad de los Derechos Humanos*, Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Epoca, Tomo XV, 1998, pp. 96-97.

⁵ Al respecto se puede consultar la obra emprendida por el instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, *La Historia de los Derechos Fundamentales*, bajo la dirección de Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig, Dykinson S. L., Madrid, 1998-2001.

nomias mencionadas anteriormente, es decir, la génesis casi simultánea del concepto de derechos del hombre por un lado y del estado-nación soberano por el otro. Esta relación entre derechos universales y soberanía estatal, es el elemento que marca a mi entender una división histórica en la universalidad de los derechos humanos. De este modo, veremos a continuación dos etapas históricas bien diferenciadas, donde siguiendo la distinción de Peces Barba, podemos hablar de universalismo en la primera y de universalidad en la segunda.

La Primera etapa la podríamos situar entre las revoluciones del siglo XVIII hasta fines de la Segunda Guerra Mundial donde la dimensión universal de los derechos se proyecta desde adentro hacia fuera. Es decir, los derechos se originan, se consolidan y se formulan dentro de un ámbito mas o menos circunscripto de personas y territorio paradójicamente para constituir un estado soberano, y que luego representará el mayor escollo para el ejercicio de esos derechos proclamados a todos los hombres. Al respecto sostiene Ferrajoli que, "Los revolucionarios de 1789, cuando hablaban de *hommes*, pensaban evidentemente en los *citoyens* franceses y no como *droits du citoyen* para atribuirles, al menos externamente, mayor universalidad. Y podían hacerlo sin mayores costes, puesto que no era verosímil ni previsible que hombres y mujeres del Tercer Mundo pudieran llegar a Europa y reclamar que esas declaraciones de principios fueran realizadas en la práctica".⁶

Si bien al momento de las revoluciones del siglo XVIII no podemos hablar aún de soberanía absoluta en el sentido moderno puesto que nos hallamos en la misma génesis del Estado liberal y del Estado nación, podemos notar claramente en este periodo lo que Ferrajoli denomina la parábola Estado-Nación, y que implica un acrecentamiento cada vez mayor de la brecha entre soberanía y derechos universales que alcanzará su extremo máximo a fines del siglo XIX con la filosofía Hegeliana. "Estado de derecho en el interior y absoluto en el exterior crecen conjuntamente como las dos caras de una misma medalla. Cuando más se limita, y a través de esos límites se auto legitima, la soberanía interna tanto más se absolutiza y se legitima frente a los demás Estados y, en especial, frente al mundo de los "bárbaros", la soberanía externa. Cuando más se aleja en el interior ese estado de naturaleza, mas se reproduce y se multiplica en el exterior. Y cuando más se juridifica el Estado como ordenamiento, más se consolida como entidad autosuficiente, identificándose con el derecho, pero a la vez convirtiéndose en una entidad autónoma y *legibus soluta*".⁷

⁶ Ferrajoli L. *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2001, p. 116.

⁷ Ferrajoli L. *La Sovranità nel Mondo Moderno, Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 34-36.

Aquí la universalidad se proyecta básicamente en un plano racional y abstracto, se crea una ficción jurídica que permite y justifica un pensamiento filosófico y sobre todo político de una clase burguesa en ascenso al poder. En definitiva la universalidad de los derechos viene impuesta como otra de las tantas ficciones utilizadas por el liberalismo como la "mano invisible" de Adam Smith, el "contrato social" de Locke, Hobbes y Rousseau, que resultaron esenciales para el desarrollo del capitalismo. Lo dicho explica fácilmente el por qué de la clásica división en la declaración de 1789; derechos del hombre (derechos de libertad) y derechos del ciudadano (derechos políticos), como dice Ferrajoli "unos y otros esenciales no solo para el desarrollo del capitalismo, sino también para el de la democracia".⁸

La segunda etapa comienza luego de la Segunda Guerra Mundial hasta el fin de Guerra Fría y esta caracterizada por dos elementos; la guerra y los crímenes contra la humanidad, y que genera un nuevo orden internacional. La universalidad de los derechos se proyecta de afuera hacia dentro, es decir, se genera en un ámbito externo a los Estados y se proyecta hacia dentro del Estado soberano. La dimensión espacial de los derechos humanos se sitúa en un primer plano, siendo la comunidad internacional la encargada de consensuar, discutir, conceptualizar, fundamentar y elaborar estándares mínimos y universales de derechos. A pesar de que el nuevo orden internacional se basa en la subjetividad estatal, se pueden notar grandes cambios respecto de la antinomia entre soberanía y derechos, y un comienzo paulatino y lento de regresión en la parábola del Estado-Nación.

La constitución de las Naciones Unidas en virtud de la conferencia de San Francisco que dio a luz a la carta de Naciones Unidas, se abocó prácticamente a mitigar la práctica de la guerra y a conseguir la paz. Muy tímidamente se hacen alusiones a los derechos humanos y se consolida un orden internacional basado en el reconocimiento de la igualdad jurídica de los estados y de sus respectivas soberanías. Luego de las dos Guerras Mundiales, la paz era el objetivo prioritario a conseguir por parte de los Estados tanto en Europa como en el Pacífico. Lograda y asegurada la paz, tanto en lo jurídico como en lo político, la comunidad internacional a través de Naciones Unidas comienza con un periodo de discusión, consenso y codificación de tratados, convenios y declaraciones que permiten trasladar definitivamente el tema de los derechos humanos y en especial su validez universal a la escena internacional.

⁸ Ferrajoli L., *Derechos y garantías...*, op. cit., p. 101.

El segundo de los elementos que caracterizó la constitución de este nuevo orden internacional se originó en un hecho concreto que seguramente a la humanidad le cueste olvidar. El Holocausto nazi fue quizá el peor ataque directo a la dignidad de la humanidad. A mí entender por primera vez, el hombre fue capaz de ir más allá de lo imaginable y consideró a un semejante no ya como desigual, como súbdito, como inferior, como enemigo, o como pecador sino como algo inhumano, y por ende sin derechos ni siquiera a vivir.

A pesar de encontrar la idea de los derechos del hombre arraigada ya en tres siglos de historia, declaraciones, constituciones, majestuosas obras jurídicas y filosóficas, y nos encontramos en 1945 ante un tribunal que reunido en Nuremberg para juzgar la violación más básica a los derechos del hombre y a la dignidad humana, en la misma cuna de las grandes revoluciones no es capaz de mencionar la palabra derechos humanos en los cientos de folios y expedientes que documentaron el juicio. Se trató de un proceso judicial que, sin desestimar la honestidad y valor intelectual de los jueces y fiscales, tuvo un trasfondo más político que jurídico, donde la idea de crímenes contra la humanidad tuvo que ser literalmente inventada, y donde fue inevitable la violación de arraigados principios jurídicos básicos e históricos. Sin mencionar el profundo debate iusfilosófico que luego se desencadenó, me queda por preguntarme si realmente se trataba de un contexto histórico y filosófico, donde la idea de derechos del hombre por su calidad de tal estaba en una etapa de afianzamiento o en su misma génesis.

Considero que se podría señalar el comienzo de una tercera etapa aun muy incipiente que podríamos situar luego del fin de la guerra fría, cuando el escenario político internacional permite arremeter directamente contra la barrera de soberanía y de los asuntos internos de los estados. Esta superación del orden internacional de posguerra se manifiesta bajo la confirmación del individuo como sujeto de derecho (de un derecho universal al margen e inclusive en contra del derecho estatal), como sujeto de derecho activo, la posibilidad de reclamar directamente ante tribunales supra-estatales así como el derecho de reclamar la ayuda internacional en contra de un régimen estatal que les priva y/o viola reiteradamente sus derechos humanos (Intervenciones Humanitarias), como sujetos de derecho pasivos la responsabilidad penal individual por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

III. UNIVERSALISMO COMO LEGITIMACIÓN DE UNIVERSALIDAD

¿Podríamos sostener como afirma Peces Barba, “que la universalidad racional es una forma de legitimar a las otras dos aproximaciones o, que éstas, en última instancia, descansan o se enraízan en aquella”?⁹

Es cierto que la filosofía de la Ilustración fortaleció la idea de universalidad, desde principios generales y abstractos validos para todos los tiempos y para todas las naciones. Pero la declaración de 1789 no tuvo nada de abstracta y poco de general, me refiero a que por un lado dividió a ciudadanos de hombres, y por otro lado exigió su positivación. Además, como bien señala Ferrajoli “en la actualidad nuestra cultura ha olvidado los orígenes poco luminosos de la ilustración jurídica y de los derechos universales. Aquellos derechos –*peregrinandi, migrandi, degendi*– fueron proclamados como iguales y universales en abstracto aun cuando eran concretamente desiguales y asimétricos en la práctica, por ser inimaginable la emigración de los *indios* hacia Occidente, y servían para legitimar la ocupación colonial y la guerra de conquista de mundos nuevos por parte de nuestros jóvenes Estados nacionales”.¹⁰

Pero esa universalidad racional de la Ilustración, esa idea de principios racionales abstractos y validos para todos los tiempos y todas las naciones, ¿puede hoy día seguir guiando la universalidad de los derechos? Evidentemente, como he señalado anteriormente, tenemos que hablar de dos tipos de universalidades, la universalidad de la revolución francesa donde la misma se genera y sostiene básicamente en un plano racional, y la universalidad del nuevo orden internacional, donde ésta se relaciona con el consenso, con el debate, con el Estado de Derecho, con el poder político y donde el plano racional es de importancia pero donde no se puede afirmar que sea el motor de los planos históricos y espacial. Más aún, considero posible resolver la universalidad de los derechos sin necesidad de hacerlo desde lo racional, sólo que en mi opinión ello no resultaría deseable.

Debo reconocer que de adoptar una postura racional absoluta no queda mas remedio que circunscribir el debate al plano racional y abstracto en referencia a una cualidad propia y exclusiva de los derechos sin relación o comunicación con ningún contexto. Si hablamos de una verdad o una justicia absoluta, como resultado de una elaboración científica que me permite arribar a resultados objetivamente justos y correctos, entonces es lógico que resulte innecesario confrontar esa tarea

⁹ Peces Barba Martínez G., Curso ..., op. cit., pp. 301-302.

¹⁰ Ferrajoli, op. cit., p. 118.

con ningún factor exógeno. Conforme a las ideas de Descartes y sus seguidores, quienes "pensaron que un solo sistema de conocimiento que abarcara todas las provincias y contestara todas las preguntas, podría establecerse por inquebrantables cadenas de argumento lógico de axiomas válidos universalmente, no sujetos a refutación o modificación por experiencia alguna de tipo empírico".¹¹

Hablar de universalidad desde la abstracción, al menos en los términos de Laporta, implica como él mismo ha señalado,¹² descontextualización de los derechos de cada sistema jurídico concreto, de instituciones éticas concretas, de culturas históricas, y de escuelas filosóficas o religiosas, y sobre todo que los derechos no se sitúan en el ámbito del derecho positivo puesto que se trata de derechos morales y su campo es el de la ética. Peces Barba critica esta postura pero sólo en lo que se refiere a los derechos morales; para éste, en su concepción dualista del derecho la positivación es requisito indispensable para hablar de derechos, y por ello reduce, como veremos mas adelante, la universalidad a la moralidad de los derechos, "desde las pretensiones morales justificadas que se convierten en derechos, cuando se positivizan".¹³

Parece ser que para gran parte de la filosofía jurídica contemporánea como sostiene González Amuchastegui, "el ámbito de los derechos humanos es el de la ética".¹⁴ También en esta línea de pensamiento se encuentran autores como Nino,¹⁵ Garzón Valdés,¹⁶ y Eusebio Fernández. Este último sostiene que "los derechos humanos fundamentales son la construcción de una teoría ética aplicable a la condición y naturaleza humana. Esa teoría ética cuenta con fundamentos posibles centrados en los valores últimos que están detrás de cada tipo de derechos".¹⁷

Este punto nos lleva irremediabilmente al dilema iusfilosófico respecto de la relación entre derecho y moral, el cuál no es mi intención abordar en este trabajo, sino

¹¹ Berlín Isaiah, *Contra la Corriente, Ensayos sobre historia de las ideas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 61.

¹² Laporta F., *Sobre el concepto de derechos humanos*, Doxa, Nº. 4, 1987, pp. 33-35.

¹³ Peces Barba Martínez G., *Curso...*, op. cit., p. 311.

¹⁴ González Amuchastegui J., *¿Son los derechos humanos universales?*, Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Epoca, Tomo VX, 1998, p. 50.

¹⁵ Nino C. S., *Ética y Derechos Humanos*, Ariel, Barcelona, 1989.

¹⁶ Garzón Valdés E., *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, Clave de la Razón Práctica, Nº. 74, 1997.

¹⁷ Fernández García E., *Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas" Nº. 21, Dykinson, Madrid, 2001, p. 91.

que simplemente trataré de circunscribirme a la universalidad de los derechos, y en especial sobre qué postura ha de adoptarse en el discurso práctico sobre los derechos.

Es oportuno tratar ahora la segunda de las tesis que me he propuesto demostrar, y que reside en refutar la idea de que una declaración universal de los derechos fundamentales es incompatible con la defensa del relativismo cultural y moral. Al respecto sostiene Pérez Luño, que “el pluralismo cultural, o sea, el reconocimiento de una realidad plural de tradiciones e instituciones políticas y culturales, no debe confundirse con el relativismo cultural, es decir, con el mito de que todas las formas culturales poseen idéntico valor”.¹⁸ Eusebio Fernández al referirse al prejuicio de la utopía multicultural que implica la confusión entre pluralismo y el relativismo cultural afirma, “mi crítica a este prejuicio se hace a partir de la defensa del principio de que no todas las culturas tiene el mismo valor y de que existen elementos intersubjetivos que nos permiten preferir unas a otras”.¹⁹

Creo que no es tan importante distinguir entre multiculturalismo y pluralismo, lo más importante es la idea de valor o cultura superior que a mi entender resulta inaceptable. El historiador Isaiah Berlin ha tratado el tema del pluralismo afirmando “que no hay una forma de vida perfecta en la que nuestra naturaleza alcance su máximo desarrollo, pues no hay un valor o principio al cual puedan ser reducidos todos los demás y que nos sirva de pauta absoluta para la elección de nuestros fines. Los valores son plurales y cada forma de vida los asume o rechaza creando diferentes combinaciones, ninguna de las cuales puede demostrar su superioridad. No es posible, por tanto, descubrir racionalmente una jerarquía de valores que fundamente nuestra elección”.²⁰

Todos creemos que nuestros valores son superiores, pero ello no implica que tengan que ser impuestos. Y digo imponer porque, y a pesar de que algunos filósofos se empeñan en abstraer sus razonamientos de toda realidad, el considerar su postura superior, correcta y justa (me refiero desde una posición absoluta), en la práctica lleva indefectiblemente a ignorar y considerar que los valores de _ partes del mundo no son dignos de ser tenidos en cuenta, o en el peor de los casos, tal como parece ser la nueva tendencia la imposición a la fuerza.

¹⁸ Pérez Luño A. E., *La Universalidad de...*, op. cit., p. 105.

¹⁹ Fernández García E., *Dignidad humana...*, op. cit., p. 55.

²⁰ García Guitián E., *El Pensamiento Político de Isaiah Berlin*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 62.

Por muy loables que resulten los intentos de establecer valores absolutos, correctos y justos por parte la filosofía occidental moderna, y por mas que se empeñen en trabajar el tema desde la abstracción racional con bases científicas, no se puede evitar que tanto desde un plano teórico-racional, como político, se culmine en el primer caso como conclusión lógica, en el segundo como retórica, imponiendo dichos valores por la fuerza.

Quisiera mencionar en este punto, un trabajo de Luigi Ferrajoli sobre el papel desempeñado por Occidente y en especial por Europa a través de la OTAN en el conflicto de Kosovo. Para el filósofo italiano, "occidente siempre ha justificado sus guerras -sus cruzadas, sus conquistas y sus colonizaciones- en nombre de sus propios valores", y con ello señala la segunda de las antinomias mencionadas en la introducción de este trabajo entre guerra y garantía, y que define como "esa ruptura del nexo entre derecho y derechos, que se expresa en la idea de que los derechos pueden ser tutelados con medios antijurídicos incluso mediante la guerra". Por último concluye que "en efecto, Occidente hizo esta vez exactamente lo mismo que siempre había reprochado al comunismo soviético: imponer violentamente sus propios valores. Si ayer la imposición del socialismo por la fuerza, esta vez lo impuesto por la fuerza sería la democracia y el respeto de los derechos humanos. Lo que, en rigor, supondría llevar la guerra a cada rincón del planeta, incluidos muchos países occidentales".²¹

Pareciera ser que la posición a asumir desde la negación de los valores absolutos, me situaría indefectiblemente en un relativismo. No es que me incomode esta caracterización, siempre que se me permita matizar respecto de algunas críticas clásicas y muy sólidas, pero a mi entender atribuibles a un relativismo extremo. Como señala Ortega "es inconsecuente guillotinar al príncipe y sustituirle por el principio. Bajo éste, no menos que con aquél, queda la vida supeditada a un régimen absoluto. Y esto es precisamente lo que no puede ser: ni el absolutismo racionalista -que salva la razón y nulifica la vida-, ni el relativismo, que salva la vida evaporando la razón".²²

La postura que propongo puede considerarse relativista porque no reconoce un resultado objetivamente correcto, racional o justo, es decir, cualquier conclusión a la cual podemos arribar resulta en principio válida, lo que no implica que pueda lograrse de cualquier forma. La racionalidad se traslada de los fines, a los medios o

²¹ Ferrajoli L., *Una derrota del derecho, la moral y la política*, Jueces para la Democracia Nº. 36, noviembre/1999, pp. 93-98.

²² Ortega y Gasset, *El tema de nuestro tiempo*, Revista de Occidente en Alianza Editorial, Madrid, 1981, pp. 96-97.

a las formas. Primera gran crítica, si esto es así entonces, el resultado podría ser la negación misma de este postulado. Se trata, a mi entender, de un sano riesgo que se debe correr, así como la democracia puede dar lugar a grupos antidemocráticos, o como la elección autónoma de planes de vida por parte de individuos puede llevar a una elección que contradiga ese y otros valores superiores.

Partimos del supuesto de que estamos de acuerdo en que es posible establecer un estándar mínimo de derechos al hombre por su calidad de tal y con validez universal. Negar que exista una ética globalizada, no importa negar que puedan haber objetivos o fines comunes entre diferentes culturas y concepciones morales. Berlín los denomina fines humanos objetivos y los define como “los que un ser humano, mediante un esfuerzo imaginativo suficiente, puede ver, a pesar de estar muy abajo en su propia escala de valores, como fines a alcanzar por los hombres, quizás en sociedades, situaciones y con inclinaciones muy diferentes de la suya, pero, a pesar de ello, incuestionablemente humanos: es decir, criaturas con las cuales se podría en principio establecer comunicación, que mantienen puntos de vista que no podría imaginarse capaz de asumir”.²³

La universalidad que creo posible está caracterizada por un elemento fundamental, y es que la universalidad de los derechos se pacta, se conviene, se consensúa entre los distintos actores universales representados hoy día por culturas, estados y grupos representativos de personas. Cada cultura tiene sus propios métodos de estudio, desarrollo, contrastación, jerarquización, y fundamentación de valores y creencias. En general la historia y sobre todo la historia de la guerra y de la sangre es un monólogo de intentos de universalizar, valores, creencias, dogmas y culturas. El desafío de nuestros tiempos y del mismo concepto de derechos humanos es lograr que el hombre no siga siendo siempre la única víctima de las disidencias de la incompreensión y de la ignorancia.

Precisamente de ello se trata, de ponernos de acuerdo en algo, de dejar al margen nuestros valores y creencias y de ver sobre qué podemos ponernos de acuerdo con el otro, de lograr establecer una zona de diálogo, de entendimiento y sobre todo de lograr la paz. Tener objetivos o fines comunes no implica que tengamos que compartir valores comunes, al menos de seguro no implica que tengamos que insertar dichos valores comunes dentro de una ética o moral concreta y globalizada. Si tres culturas se ponen de acuerdo en respetar el derecho a la vida, poco importa que sea en virtud de los valores superiores del hombre racional, de la voluntad de Alá, o como consecuencia de un deber básico.

²³ García Guitián E., *El Pensamiento Político...*, op. cit., pp. 68-69.

El relativismo ético y cultural que propongo no implica la anarquía, el vacío, el todo vale, el oportunismo, la discrecionalidad. Implica primero de todo ponernos de acuerdo sobre dos puntos básicos, que existen fines u objetivos comunes y que el dialogo y la discusión se debe desarrollar bajo ciertas reglas. Sin esto a mi entender, no solo no es posible la universalidad sino ningún otro intento de entendimiento pacífico. Como señala Rafael De Asís, la discusión, decisión y determinación de los derechos debe establecerse mediante el recurso a la idea del consenso cuyos resultados van a ser todos argumentables, donde la participación en la comunicación es libre e igual, y tiene pretensiones de universalidad.²⁴

A mi entender, la universalidad de los derechos hoy día solo puede ser entendida y analizada desde una perspectiva del derecho internacional, desde el entendimiento de una comunidad plural, y sobre la base de un racionalismo de formas o de medios y no de fines.

IV. DISTINCIÓN ENTRE GENERALIZACIÓN Y UNIVERSALIZACIÓN

La polémica no es nueva, y se remonta al mismo origen de la declaración de 1789, la distinción entre ciudadanos y hombres ha estado presente en los ordenamientos jurídicos desde entonces y hasta nuestros días. ¿Porqué esta distinción? ¿Implica ello una contradicción de la idea universalizadora?

A pesar de que la mayoría de los derechos se le atribuyen al hombre, el ciudadano está en ventaja puesto que además de los derechos del hombre también tiene los del ciudadano. Pero la realidad ha sido y aun lo es, muy diferente, como apunta Eusebio Fernández, "el modelo antropológico vigente hasta tiempos recientes ha sido el del hombre-ciudadano de un Estado nacional. Los derechos y deberes de los hombres y mujeres son los derechos y deberes vinculados a la pertenencia al Estado respectivo".²⁵ Pensemos en todas las consecuencias jurídicas que hoy día se relacionan con el estado de ciudadano que se traduce en la nacionalidad. Al extremo tal se ha vinculado al hombre con un Estado y con una nacionalidad que la comunidad internacional ha gestionado un régimen de Apátridas por considerar que todo ser humano tiene derecho a una nacionalidad.

²⁴ Asís Roig R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº. 17, Universidad Carlos III, Dykinson, 2001, p. 53.

²⁵ Fernández García E., *Dignidad humana...*, op. cit., p. 51.

La distinción entre hombre y ciudadano, se sitúa a fines del siglo XX, frente al desafío que plantean los flujos migratorios al discurso de los derechos humanos. Para Javier De Lucas este fenómeno se da porque “un nuevo sujeto social pugna por romper el círculo cerrado de la ciudadanía entendida como fortaleza, por derribar un (PEN) último muro, el de la negación de los derechos y aun de la condición de sujeto de derechos a los extranjeros, el de su exclusión del espacio público (relegados sólo a lo privado, cuando no a lo clandestino). Y hablar de extranjeros habría que decir, mejor, inmigrantes. Porque de eso se trata, de romper la barrera entre los derechos del hombre y los del ciudadano”.²⁶

Para Ferrajoli, “tomar en serio estos derechos -se refiere a los derechos humanos- significa hoy tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como “pertenencia” (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal. Y desvincularlos de la ciudadanía significa reconocer el carácter supra-estatal -en los dos sentidos de su doble garantía constitucional e internacional- y, por tanto, tutelarlos no solo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a este gran *apartheid* que excluye de su disfrute a la gran mayoría del género humano contradiciendo su proclamado universalismo”.²⁷

Eusebio Fernández defiende la idea de ciudadanía cosmopolita pero insiste en su doble naturaleza, “la concepción de ciudadano del mundo no sustituye a la de ciudadano de un país, sino que debe convivir con ella y en caso de ciertos derechos, los más fundamentales o básicos, la debe preceder”. Concluye Fernández revisando la idea de Ferrajoli citada anteriormente que “si queremos tomar en serio los derechos humanos fundamentales, debemos desvincularlos de la condición de ciudadanía-nacional y conectarlos con la condición de ciudadanía-cosmopolita, pero hemos de valorar también la existencia de otro tipo de derechos y deberes derivados de la pertenencia a comunidades nacionales. En ningún caso los derechos *nacionales* tendrán prioridad sobre los derechos *cosmopolitas*”.²⁸

Por su parte Peces Barba, justifica la dicotomía de derechos en su tenaz intento de aislar la filosofía de estos, su plano lógico o racional, de toda vinculación no sólo de los planos espacial y temporal sino también de aspectos sociológicos, psicológicos, económicos, culturales etc.

²⁶ De Lucas J., *La Globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)*, Jueces para la Democracia, Nº. 32, julio 1998, p. 6.

²⁷ Ferrajoli L., *Derechos y garantías...*, op. cit., p. 117.

²⁸ Fernández García E., *Dignidad humana...*, op. cit., pp. 108-118.

En resumen, creo necesario realizar algunas aclaraciones. Antes que nada, como me he comprometido en la metodología de este trabajo, hay que distinguir a qué plano de universalidad nos estamos refiriendo. La pregunta surge a mi entender en determinar si dentro de un plano racional es justificable o válido hablar de universalidad y distinguir entre ciudadanos y hombres, o si se quiere en este caso entre europeos e inmigrantes. De Lucas y Fernández llegan a conclusiones opuestas pero ambos utilizando argumentos, hechos, y datos que surgen de los planos espacial y temporal, cuando no, sobre estudios sociológicos, políticos, culturales etc. Esto resulta a mi entender saludable si no fuera por el hecho de que ambos autores sostienen que los derechos humanos son una cuestión de la ética.

Peces Barba en cambio, aclara que el proceso de internacionalización de los derechos no debe ser confundido con el universalismo lógico de los valores y principios en que se basan y fundamental los derechos. Con esta distinción según este autor "carecería de sentido la objeción de De Lucas, respecto al proceso de internacionalización que no puede ser identificado con el de universalización, por la discriminación de los extranjeros".²⁹

Lo que no queda claro es como Peces Barba justifica ya desde un plano estrictamente racional la distinción entre ciudadanos y extranjeros, puesto que, a mi entender, es justamente al realizar esta operación de abstraer la universalidad racional, cuando la distinción entre hombres y ciudadanos resulta difícil de comprender, y más aún cuando hacemos referencia a una cuestión actual como lo es la inmigración ilegal en Europa.

Como he mencionado anteriormente, la universalidad de los derechos humanos debe entenderse hoy día principalmente desde un plano espacial, es decir, desde la internacionalización y teniendo en cuenta la diversidad cultural y sobre la base de una racionalidad de medios y no de fines. La inmigración o mejor dicho, la circulación y asentamiento de los hombres en diferentes puntos de nuestro planeta, es un fenómeno complejo y no es mi intención tratarlo aquí.

Lo que se trata es determinar si existe algo así como un derecho universal a emigrar un *ius migrandi* como ya lo había apuntado en su tiempo el padre Vitoria, un derecho a buscar una mejor calidad de vida, a tener unas condiciones de vida social que permita libremente elegir los planes de vida, en definitiva, si esa pretendida vocación moral única de todos los hombres además de reconocerle derechos les permite a ir por ellos.

²⁹ Peces Barba Martínez G., Curso..., op. cit., p. 313.



A mi entender el mundo debe compararse con un gran barco, si todos decidimos ir a la proa seguramente el barco perderá equilibrio y naufragará con todos sus pasajeros y por ello es necesario mantener una distribución que garantice el equilibrio, sin embargo, ello no implica que en dicho barco necesariamente tenga que haber primera segunda y tercera clase.

V. UNIVERSALIDAD Y POSITIVACIÓN

El último de los temas que voy a tratar se relaciona con la positivización de los derechos humanos, es decir, si para hablar de derechos humanos tenemos que fijarnos en el derecho positivo. La cuestión cobra un especial cariz, al momento de hablar de derechos universales y sobre todo si nos hallamos dentro de la universalidad espacial.

El derecho internacional contemporáneo, tal lo concibió Hans Kelsen como el inevitable monismo de primacía del derecho internacional sobre el derecho estatal,³⁰ nos sitúa ante un pseudo positivismo. En efecto, los tratados y convenios sobre derechos humanos son un nuevo tipo de derecho positivo. El viejo dilema entre derecho natural y derecho positivo, en la esfera internacional, y sobre todo después de Hugo Grocio, ha quedado desdibujado por la inexistencia de un poder centralizado encargado de decir y aplicar el derecho. De este modo la discusión o el dilema, se ha trasladado a determinar si una norma o principio es derecho o no lo es, a través de sus fuentes.

Según Eusebio Fernández "si admitimos el rasgo de universalidad entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo".³¹ Para Peces Barba, "La universalidad como a priori no se puede predicar desde la positividad, tampoco tiene mucho sentido afirmar para proclamarla como hemos dicho, que los derechos son morales y deben ser considerados exclusivamente desde esa vertiente. Lo importante es, a mi juicio, que la universalidad tiene que plantearse desde la moralidad y en nuestro caso desde la de los derechos, desde las pretensiones morales justificadas que se convierten en derechos, cuando se positivizan".³²

³⁰ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, Séptima edición, Trad. Por R. J. Vernengo, Edit. Porrúa, S. A., México, 1993, pp. 330-345.

³¹ Fernández García E., *Dignidad humana...*, op. cit., p. 103.

³² Peces Barba Martínez G., *Curso...*, op. cit., pp. 310-311.

En cambio para Ferrajoli, “la existencia o la inexistencia de una situación jurídica, o sea, de una obligación, una prohibición, un permiso o una expectativa jurídica, depende de la existencia de una norma positiva que la prevea, que, a su vez, no es deducida de la de otras normas, sino inducida, como hecho empírico, del acto de su producción”. “Si no queremos caer en una forma de paradójico iusnaturalismo realista y hacer desempeñar a nuestras teorías funciones legislativas, habremos de admitir que los derechos y las normas que los expresan existen tanto en cuanto son positivamente producidos por el legislador, sea ordinario, constitucional o internacional”. “En el derecho moderno, la juridicidad de una norma ya no depende de su justicia o racionalidad intrínsecas, sino sólo de su positividad, o sea, del hecho de ser “puesta” por una autoridad competente en la forma prevista para su producción”.³³

Los postulados que he intentado defender en este trabajo me llevan indefectiblemente a refutar las ideas esbozadas por Peces Barba y por Eusebio Fernández y a matizar las afirmaciones de Ferrajoli. A mi entender hablar de derechos, es hablar de la posibilidad de exigir su cumplimiento. Reducir los derechos humanos a simples pretensiones morales es sinceramente reducirlos a muy poco, a abstraerlos de manera tal que su ejercicio resulte utópico.

Sin embargo, es necesario distinguir la positivización de los derechos humanos en los derechos estatales, hecho que generalmente se le atribuye al constitucionalismo, y la positivización (prefiero hablar de consolidación) del derecho internacional de los derechos humanos. La primera distinción reside en coincidir que la universalidad de los derechos es un hecho independiente al acto de positivización por parte de los estados, lo que no implica que ello no ayude a consolidar un derecho o una norma como universal. La segunda distinción reside en sostener que al consolidar un derecho como universal, este resulta exigible no solo ante la ausencia de derecho positivo estatal sino inclusive en contra de éste.³⁴

En definitiva, derechos humanos son aquellos que han sido aceptados por parte de la comunidad internacional como universales, solo que su producción no se produce de un modo formal, tajante, preestablecido inequívoco. Es más, la consolidación de un derecho como universal se produce por la concurrencia de varios factores, en general medidos u observados durante un período de tiempo.

³³ Ferrajoli L., *Diritti Fondamentali, Un dibattito teorico, a cura de Ermanno Vitale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 28-36.

³⁴ Me refiero a una consolidada norma del derecho internacional mediante la cual una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (art. 27 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969).

Como he mencionado anteriormente, la universalidad se encuentra supeditada a un pacto, al consenso entre actores donde la manifestación de la voluntad es elemento primordial y necesario para lograr ese consenso. A través de ese consenso se han logrado importantes avances en la universalización de los derechos humanos, y que se expresan la declaración del 1948, los Pactos de 1966, y los numerosos instrumentos específicos. Sin embargo, si afirmamos que la voluntad hace al derecho, la misma puede posteriormente negarlo. La voluntad es suficiente para el reconocimiento, pero insuficiente por sí misma para su negación.³⁵

Dijimos que la racionalidad se trasladaba a las formas, que al interlocutor se le acepta cualquier tipo de postura, y que la discusión se centra en encontrar puntos en común. Pero, aceptar cualquier tipo de postura como punto de partida, como un *a priori*, no implica que no se puedan cuestionar, juzgar o refutar.

¿Cómo juzgar una postura sin elementos normativos intrínsecos? La respuesta la encontramos en buscar un parámetro. Algo es grande, alto, pesado en virtud del contexto en el cual nos encontremos o del contraste del elemento con un parámetro. Una postura será racional, entonces, no ya en virtud de elementos intrínsecos, sino de un elemento externo de un parámetro al cual podemos representar a través de la "coherencia".

No es posible establecer desde una perspectiva abstracta o precisa, cuando una práctica, una conducta o una postura es a ciencia cierta coherente. Quizás sea mucho más fácil determinar cuando no lo es. De todos modos el mejor método para analizar una postura desde el prisma de la coherencia, es analizar sus elementos constitutivos. Así a mi entender, una práctica, una conducta o una postura será coherente y por ende racional si se dan los siguientes elementos: a) Duración en el tiempo, b) Uniformidad y consistencia, c) Generalidad d) *Opinio juris* e) Ausencia de objeciones.³⁶

³⁵ Con esto quiero decir que los avances y los resultados del debate sobre derechos, no pueden depender únicamente de la voluntad del interlocutor. Es necesario afianzar las coincidencias y los acuerdos, de modo que no pueda cualquier interlocutor intentar refutar con su simple voluntad un consenso concreto que lleva ya tiempo de discusión y debate, así como un considerable tiempo de práctica y consolidación histórica.

³⁶ Estos elementos son los constitutivos del derecho consuetudinario, y creo es el modo más apto o al menos el más objetivo para afirmar la existencia y por ende la exigibilidad de un derecho u obligación. Sobre elementos de la costumbre internacional ver: Brownlie I., *Principles of Public International Law*, fifth edition, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 4-15.

El único modo de catalogar una postura como coherente es en su contexto y en un período de tiempo dado. Se trata por ende de una operación empírica, donde no se puede determinar a priori el tiempo necesario para su configuración. La uniformidad y consistencia, se refiere a una práctica constante y uniforme, que obedezca a una convicción y no a un oportunismo, que se pueda establecer una conexión de contrastación y verificación entre los argumentos y la práctica y de los argumentos entre sí. La generalidad evita el triunfo de posturas individuales o que de hecho no son compartidas por un número representativo de personas, aunque el grado de exigencia estará íntimamente relacionado con el grado de objeciones que se opongan a dicha generalización. En la *opinio juris*, se encuentra a mi entender el máximo aporte de la ciencia del derecho, en especial de la filosofía y la teoría del derecho, cuyos trabajos avalen una práctica, una conducta o una postura como conforme a derecho y por ende como obligatoria. Por último la ausencia de objeciones, requisito primordial como prueba de igualdad de los interlocutores, que evita la consolidación de una práctica, conducta o postura si la misma ha sido reiteradamente objetada, cuestionada o protestada.

Por ello, a mi entender, la postura occidental sobre los derechos humanos es racional y coherente y digna de ser tomada en cuenta, no por su corrección o justicia intrínseca basada en un sistema ético moral, sino porque se trata de una postura coherente, una práctica consolidada en el tiempo, uniforme y consistente, generalizada, con sólidas bases teóricas y convencimiento de que se obra conforme a derecho. Respecto de la falta de objeciones pareciera ser que la codificación y aceptación de los instrumentos internacionales que contienen básicamente la postura occidental sobre los derechos del hombre, se puede considerar como aceptación no ya tácita sino implícita.

BIBLIOGRAFÍA

- BERLIN Isaiah, *"Contra la Corriente, Ensayos sobre historia de las ideas"*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- BROWNLIE I., *"Principles of Public International Law"*, fifth edition, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- DE ASIS ROIG R., *"Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista"*, Cuadernos Bartolomé de las Casas N°. 17, Universidad Carlos III, Dykinson, 2001.
- DE LUCAS J., *"La Globalización no significa universalidad de los derechos humanos"*. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48), *Jueces para la Democracia*, N°. 32, julio 1998.
- FERRAJOLI L., DIRITTI Fondamentali, *"Un dibattito teorico, a cura de Ermanno Vitale"*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2001.
- FERRAJOLI L., *"Una derrota del derecho, la moral y la política"*, *Jueces para la Democracia* N°. 36, noviembre 1999.
- FERRAJOLI L., *"Derechos y garantías, la ley del más débil"*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2001.
- FERRAJOLI L., *"La Sovranità nel Mondo Moderno, Nascita e crisi dello Stato nazionale"*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1997.
- FERNÁNDEZ García E., *Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas" N°. 21, Dykinson, Madrid, 2001.
- GARCÍA GUTIÁN E., *"El Pensamiento Político de Isaiah Berlin"*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- GARZÓN VALDÉS E., *"Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural"*, *Clave de la Razón Práctica*, N°. 74, 1997.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI J., *"¿Son los derechos humanos universales?"*, Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Epoca, Tomo VX, 1998.
- Kelsen Hans, *"Teoría pura del derecho"*, Séptima edición, Trad. Por R. J. Vernengo, Edit. Porrúa, S.A., México, 1993.
- LAPORTA F., *"Sobre el concepto de derechos humanos"*, *Doxa*, N°. 4, 1987.
- NINO C.S., *"Ética y Derechos Humanos"*, Ariel, Barcelona, 1989.
- ORTEGA Y GASSET, *"El tema de nuestro tiempo"*, Revista de Occidente en Alianza Editorial, Madrid, 1981.

- PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *"Curso de Derechos Fundamentales"*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- PECES-BARBA, Gregorio; Eusebio Fernández García y Rafael de Asis Roig, *"Historia de los Derechos Fundamentales"* Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson S.L., Madrid, 1998-2001.
- PÉREZ LUÑO A. E., *"La Universalidad de los Derechos Humanos"*, Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Epoca, Tomo XV, 1998.



III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: FUNCIÓN Y CONTENIDO¹

Miguel Cillero Bruñol

¹ Una versión más extensa de este trabajo se encuentra publicado en «Infancia, Ley y Democracia en América Latina». E. García Méndez y Mary Beloff compiladores. Tenús-Depalma, Bogotá, 1998.

INTRODUCCIÓN

Uno de los preceptos más conocidos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es el relativo al interés superior del niño. El propio Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas -creado para supervigilar y promover el cumplimiento de la Convención- lo ha considerado como un principio general que, junto a los de no-discriminación, derecho a la vida y a la supervivencia y consideración del punto de vista del niño, debe ser utilizado para la interpretación de los demás artículos de la CIDN y para favorecer una aplicación integral del conjunto de sus normas.

Sin embargo, ni el Grupo de Trabajo para la Redacción de la CIDN ni el Comité de los Derechos del Niño han dado una definición precisa del contenido del interés superior del niño ni de la función específica que el principio debe cumplir al interior del sistema de protección de los derechos humanos de la infancia.

Al revisar los trabajos preparatorios de la Convención se observa que la mayor discusión se refirió al grado de importancia o «peso» que tendría la consideración del interés superior del niño con relación a otros criterios. En una primera propuesta se establecía «que la consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño» redacción que provocó una enmienda en el sentido de que no debía ser la única consideración, sino una de las más importantes a la hora de adoptar una decisión, posición que finalmente fue recogida en el texto definitivo del artículo tres de la CIDN.

Ante la ausencia de determinación conceptual, se ha mantenido la antigua idea de que el interés superior del niño sería algo indeterminado, cuya interpretación debería hacerse caso a caso, según criterios tanto de carácter jurídico como psicosocial.

De acuerdo al enfoque pre-convención -elaborado por las leyes y justicia de menores- el recurso al interés superior del niño tendría por finalidad otorgar legitimidad jurídica a decisiones de la autoridad y de los adultos (padres, jueces, legisladores, trabajadores sociales, etc.) sobre la vida y futuro del niño. Estas resoluciones no pretenderían fundamentarse en la protección de los derechos y libertades del niño, las que no se encuentran jurídicamente reconocidas en el marco de la legislación tutelar de menores, sino en la particular idea de la vida buena y del bien del niño que poseen quienes adoptan tales medidas.

De este modo, las decisiones, más que buscar su concordancia con los derechos fundamentales, pretenden mostrar la capacidad de quien las toma para ejercer de un modo correcto los poderes jurídicos o técnicos que les han sido conferidos.

La hipótesis central de este artículo es que la noción interés superior del niño se ha visto modificada al ser incorporada a la Convención. Con la Convención el interés superior del niño ha adquirido el carácter de norma fundamental, con un rol estrictamente jurídico y un contenido determinado, que se proyecta además hacia las políticas públicas.

En consecuencia, es legítimo y conveniente proponer una interpretación del «interés superior del niño» acorde con el nuevo contexto que, a su vez, favorezca la precisión conceptual y determinación de su función en el marco de un sistema jurídico que reconoce los derechos del niño y subordina las actuaciones de la autoridad y los padres a la protección de sus derechos.

En este nuevo marco se propone que el contenido del principio del interés superior del niño es la satisfacción de sus derechos y no la particular visión de la vida buena de los padres o las autoridades. En consecuencia, las medidas que se adopten concernientes a los niños tienen por fundamento sus derechos y deben ser consistentes con una visión plural de la vida fundamentada en las ideas de libertad y autonomía.

Respecto a la función del principio al interior del sistema de protección de los derechos humanos de los niños -que es una protección complementaria del sistema constitucional general- aquí se proponen dos ideas centrales:

- El principio permite resolver conflictos de derechos concurrentes a través de una interpretación integral de los derechos de los niños.
- El principio establece una prioridad no excluyente de los derechos de los niños respecto a los derechos de otras personas que tendrá aplicación en la resolución de casos particulares, en la legislación y en las políticas públicas en general.

En el número I de este artículo se hace una breve referencia a la CIDN que permitirá entrar más fácilmente al análisis del «interés superior del niño»; en el número II se analiza la naturaleza jurídica de «principio-garantía» de la disposición del artículo tercero de la CIDN; posteriormente se revisa, bajo el número III, el contenido de la noción «interés superior del niño», concluyéndose que ésta se identifica con la satisfacción de sus derechos; el número IV contiene una explicación de las funciones del principio, destacándose su función hermenéutica, su utilización para resolver conflictos entre derechos, la relación entre interés superior y garantías penales, la prioridad de las políticas para la infancia y, finalmente, un análisis sobre una regla de aplicación del principio sobre la base de realizar la máxima operatividad de los derechos; en el número V se considera la importancia del principio para las relaciones parentales.

I. LA CONVENCÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Durante el siglo XX se ha desarrollado un profundo y dinámico proceso de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, cuya manifestación más significativa es la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989. En el transcurso de este proceso es posible destacar dos hitos fundamentales en el ámbito internacional (la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959) y numerosas iniciativas legales de alcance nacional que, con mayor o menor eficacia, han pretendido proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar.

Pese a la dificultad de la materia que aborda, en que los horizontes culturales tan diversos parecen un escollo insalvable, la CIDN es un instrumento jurídico de rápido reconocimiento jurídico y masiva aceptación social. La Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como la relación del niño con la familia; los derechos y deberes de los padres y del Estado y las políticas sociales dirigidas a la infancia.

Durante el Siglo XX, y particularmente en los últimos decenios en América Latina, los derechos humanos aspiran a convertirse en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas; de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos pasan a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social.

Sin duda alguna, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos -así como los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones nacionales- son aplicables a todas las personas, con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien, porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia/adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La CIDN reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y en favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.

Pero la CIDN no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; también es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos y sus derechos y deberes recíprocos.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

En una región como América Latina, con importantes áreas de derechos insatisfechos que se reflejan en fuertes índices de pobreza en la población infantil y escasa participación de los niños en los asuntos de su interés, la CIDN presenta un nuevo esquema de comprensión de la relación entre el Estado, las políticas sociales y el niño y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras de decisión de los asuntos públicos.

Por su parte, la subsistencia de legislaciones y prácticas en el ámbito de la infancia, que constituyen sistemas tutelares discriminatorios o que estructuran modelos de protección y control de las infracciones a la ley penal al margen de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas, exige una radical modificación de las legislaciones de menores vigentes en América Latina que entran en contradicción con los derechos de los niños reconocidos en la Convención.

La CIDN, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la CIDN es profundamente respetuosa de la relación niño-familia enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, y limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales.

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños -incorporadas por medio de la ratificación de la CIDN y por normas de fuente nacional- cumplen los siguientes cometidos: reafir-

mar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños como los derivados de la relación paterno/filial o el derecho al juego; establecer mecanismos de protección de los derechos adicionales o complementarios a los generales; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas con relación a la infancia.

El reconocimiento jurídico del «interés superior del niño» tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como «principio» que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO «PRINCIPIO - GARANTÍA»

La CIDN contiene «principios» -que a falta de otro nombre, denominaré estructurantes- entre los que destacan los de no-discriminación (Art. 2); de efectividad (Art. 4); de autonomía y participación (Art. 5 y 12); y de protección (Art. 3). Estos principios -como señala Dworkin- «son proposiciones que describen derechos... que buscan justificar una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o de grupo... considerándose su cumplimiento como una exigencia de la justicia y no del mero bienestar de la colectividad».²

Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, permiten entre otras funciones resolver situaciones difíciles en que se producen conflictos entre derechos jurídicamente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de «principios», la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, que creer que el interés superior del niño debe meramente «inspirar» las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

² DWORKIN, Ronald. «Los Derechos en Serio», pp. 72, 148 y 159.

Es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la CIDN constituye un «principio» que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar el «interés superior del niño» como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados.

Dicho de otro modo, los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen con independencia de las particulares concepciones del bienestar que tengan quienes las dicten.

Si aplicamos estas ideas al análisis del artículo 3.1 de la CIDN, comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades:

«En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño».

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos «principio», siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la CIDN, como «garantía», entendidas éstas últimas con Ferrajoli «como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos y, más en general, a los principios axiológicos sancionados por las leyes».³

Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la CIDN es un principio-garantía o garantista.

III. ¿CUÁL ES EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO?

LA SATISFACCIÓN DE SUS DERECHOS

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos del niño, hecho jurídico que se produce con la ratificación de la CIDN por los distintos Estados, se

³ FERRAJOLI, Luigi. «Derecho y Razón», p. 28.

superan las expresiones programáticas del «interés superior del niño» y es posible proponer que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo «interés superior» pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo declarado derecho, por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser «interés superior».

Antes de la CIDN, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción «interés superior» pareciera remitir a algo que estaba más allá del Derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de «Derecho».

Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al «interés superior del niño» podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño.

En las legislaciones pre-CIDN, y lamentablemente en algunas que siendo post-convención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia.

Antes, el juez, el legislador o la autoridad administrativa «realizaban» el interés superior del niño, lo «constituían» como un acto potestativo que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que la autoridad se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que se suponía reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el juez buen padre de familia presentado como modelo en legislaciones y literatura basada en la doctrina tutelar o de la situación irregular.

En aquella orientación teórica, el «interés superior» tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños.

La CIDN propone otra solución. Establece el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los derechos que consagra, asegurando una aplicación integral y sistemática, identificando el interés superior con la satisfac-

ción de ellos; es decir, el principio cobra un nuevo sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos.

El principio le indica a la autoridad que ella no «constituya» soluciones jurídicas desde la nada, sino que en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en la sustancia, a los derechos de los niños sancionados legalmente. El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se legitima, orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño. El interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable -realizado por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico que obliga a la autoridad independiente de las particulares concepciones del bien que ella posea.

Esta interpretación, sin embargo, transformaría el principio del interés superior del niño en innecesario, ya que sólo expresaría que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente aunque no por ello respetado- considerando la adhesión de las Constituciones liberales al principio que la soberanía se encuentra limitada por los derechos de las personas.

El desafío que surge es conciliar este principio constitucional con una interpretación del principio del interés superior del niño que no lo reduzca a algo inútil o superfluo.

Se pretende, entonces -teniendo como punto de partida que el interés superior del niño se identifica con la satisfacción de sus derechos- encontrar la función que un principio de reconocimiento del deber de actuar en favor de la satisfacción de los derechos pueda tener en la solución de casos en que existen derechos concurrentes. Ello es, en la consideración de la integralidad e interdependencia de los derechos del niño y en el reconocimiento de algún grado de prioridad de los derechos del niño.

Es en esta dirección en la que es posible proponer la función del principio del interés superior en el contexto del sistema de protección de derechos del niño. Hay que alejarse, entonces, de cualquier interpretación que dado el carácter indeterminado del principio entendiera el artículo tercero de la CIDN como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.

La única manera de evitar este riesgo es promoviendo una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la CIDN.

Cualquier otra fórmula -como las que lamentablemente se han propuesto en algunos proyectos o leyes en América Latina- ya sea de base bio-psicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez; o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos y resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan.

Hecha esta salvedad, señalaré que una concepción garantista del principio no sólo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia basada en el reconocimiento de los derechos de los niños para los fines de interpretación y solución de casos en que existen derechos concurrentes.

IV. FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CIDN

Además del cometido principal de la disposición ya expuesto, limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, propondré a continuación otras importantes funciones que puede cumplir el principio tal cual se encuentra formulado en el artículo tercero de la CIDN.

IV. A. CARÁCTER INTERPRETATIVO Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS

Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.

Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente, ya que en su conjunto aseguran la debida protección al desarrollo y vida del niño. Durante la infancia/adolescencia, por razones vinculadas a la etapa de desarrollo de la persona humana, la interdependencia de los derechos tiene mayor importancia que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación de la CIDN que favorezca un desarrollo integral del niño y el desarrollo de su plena personalidad, que son finalidades del sistema de protección de los derechos humanos y de los instrumentos específicos relativos a la infancia.

Esta mirada integral del interés superior permite señalar que el interés superior del niño se identifica con la satisfacción integral de sus derechos.

Sin embargo, es un hecho que no escapa al derecho ni a la Convención que hay situaciones en que es imposible la satisfacción de todos los derechos. Para estos casos, el principio del interés superior del niño entrega criterios para la resolución de conflictos entre derechos.

El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en que todos los niños tienen derechos. Estos derechos pueden entrar en conflicto o pueden existir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la CIDN para un mismo niño. Finalmente, también se debe considerar que existen conflictos entre derechos de los niños y derechos de los adultos.

Situaciones como las del maltrato al interior de la familia; el derecho del niño a mantener relaciones con ambos padres aún en casos de que ellos se encuentren separados, son conocidas diariamente por los Tribunales y que ponen de manifiesto la dificultad o imposibilidad de proteger conjuntamente los derechos del niño.

En estos casos, el principio permite «arbitrar» conflictos jurídicos de derecho. A propia CIDN, en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión - establece un orden de prelación de un derecho sobre otro- para luego relativizarla o dejarla sujeta al «interés superior del niño». El ejemplo más característico viene dado por el artículo 9 de la CIDN, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso característico es el artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos «a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño».

Estas disposiciones de la Convención establecen una regla de prioridad entre derechos del niño: convivencia familiar e integridad física, pero la dejan sujeta a la ponderación que la autoridad haga basándose en el interés superior del niño. Esta relativización de la regla de prelación exige que el juez, la autoridad administrativa, las instituciones privadas o los padres, realicen un examen integral de la situación y adopten la medida que mejor proteja el conjunto de los derechos del niño.

Para tomar esta decisión propongo aquí el criterio de máxima operatividad y mínima restricción, que se explica más adelante, que debe complementar los meros razonamientos de prioridad de un derecho fundamental sobre otros que son comunes en el razonamiento constitucional.

Es evidente, que esta solución propuesta en algunos artículos de la CIDN, puede aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos y en los que la Convención no ha sugerido ninguna prelación. En síntesis, sea que la Convención lo haya establecido expresamente o no lo haya hecho, el principio del interés superior del niño -entendido ahora como satisfacción integral de los derechos- deberá servir para complementar los criterios de prelación de derechos para solucionar casos en que la tutela efectiva de los derechos se ve afectada por la existencia de derechos concurrentes.

Sin embargo, este principio debe aplicarse desde una perspectiva «antiperfeccionista»⁴ para que pueda tener una función de límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en situaciones difíciles, en que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados de un modo integral.

Hay otros casos, sin embargo, en que la regla de prelación es clara y no se admitiría su relativización ni aún aduciendo el interés superior del niño. El artículo 32 relativo al trabajo infantil es un caso de este tipo. En él se establece que el niño «debe ser protegido», es decir, tiene derecho a la protección del Estado, de los trabajos que puedan «entorpecer su educación» además de aquellos peligrosos o nocivos para su desarrollo.

En esta disposición se está garantizando que el derecho a la educación consagrado en los artículos 28 y siguientes no puede verse afectado por la actividad laboral del niño, ni aún en los casos en que éste se pretenda justificar en una extrema necesidad que pudiera afectar su derecho a la integridad y desarrollo. En estos casos la protección del derecho del niño no puede pasar porque el Estado renuncie a cumplir su obligación de proteger al niño de las actividades laborales que entorpezcan su educación.

Este ejemplo permite anticipar otra función, especialmente en el ámbito de la legislación y las políticas públicas, del interés superior del niño, esto es mostrar un objetivo social valioso al que debe apuntarse de una manera prioritaria con los recursos del Estado y la sociedad. En el ejemplo, a la erradicación de todo trabajo que pueda entorpecer la educación del niño y al fortalecimiento de los servicios públicos destinados a satisfacer el derecho a la educación del niño.

⁴ Me es imposible desarrollar aquí, con la extensión que requiere, la consistencia de una doctrina antiperfeccionista a los derechos del niño, aunque ella remite necesariamente a la discusión relativa a los límites del paternalismo y al concepto de autonomía progresiva.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver «conflictos entre derechos del niño» recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, en el marco de una mirada integral que reconozca la interdependencia de los derechos de los niños.

Para evitar un uso abusivo del principio, sería conveniente establecer en la legislación nacional ciertos requisitos, por ejemplo la reserva judicial. Igualmente, es un requisito fundamental para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro que se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

Es evidente que la aspiración de esta interpretación es limitar el paternalismo y restringir la discrecionalidad. El principio del interés superior del niño, no puede disolver por sí mismo la tensión existente entre paternalismo, autonomía y renunciabilidad del niño en el ejercicio de los derechos del niño y el principio de protección de los derechos contenido en el propio artículo 3 de la CIDN. Por ello, cualquier solución de conflictos entre derechos debe considerar, no sólo el interés superior del niño, sino también la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos y el derecho a expresar su opinión en los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 CIDN), limitando cualquier resolución que pretenda justificarse en algún abstracto principio de autoridad o concepción acerca del bien del niño.

Otro problema a considerar es cómo resolver los conflictos donde concurren derechos del niño con los adultos. Aquí se trata de establecer un principio de prioridad no excluyente de los derechos del niño sobre los derechos de los adultos. El caso más complejo es el de la persecución de las infracciones a la ley penal, a las que se hará referencia largamente más adelante.

IV. B. GARANTÍAS PENALES E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Durante mucho tiempo los modelos autoritarios de control de la infancia se sustentaron en la supuesta autonomía del Derecho de menores y, por consecuencia, la inaplicabilidad de las normas del Derecho penal, incluidas las que consagran las garantías, aunque ellas estuvieran contenidas en la Constitución.

Uno de los argumentos que se utilizaron para la formulación de ese modelo fue la necesidad de estructurar un sistema basado en el principio de interés superior del niño, que excluía la idea de responsabilidad penal, pero la sustituía por un control estatal paternalista y discrecional del comportamiento pasado y futuro del niño.

Como se ha venido diciendo, también en este ámbito debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior del niño; por el contra-

rio, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas penales relativos a la infancia.

En este caso, el principio del interés superior del niño se reflejará en el diseño y aprobación de un complejo sistema legal de atribución de responsabilidad y sanción por las infracciones a la ley penal cometidas por niños. Es decir, el principio orienta y limita al legislador y obliga a una aplicación restrictiva en el ámbito jurisdiccional.

Más aún, es necesario que se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del «interés superior del niño» que puedan afectar su derecho a la libertad o integridad personal, siguiendo los principios contenidos en el artículo 37 de la CIDN que señalan que la privación de la libertad es un último recurso y la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

En el ámbito de la justicia penal de adolescentes existen dos modelos que se disputan su hegemonía. Un sistema de reacción ante las infracciones a la ley penal que ponga el énfasis en las facultades de la autoridad para el uso de la fuerza, que tiende a la construcción de formas autoritarias de control reactivo que se centran en la idea del poder de la autoridad para inhibir o censurar conductas de los sujetos. Esta ha sido la base del sistema tutelar de menores existente en toda América Latina antes de la entrada en vigencia de la CIDN.

La CIDN propone un sistema que se basa en la idea de reconocimiento de los derechos de los individuos, y tiende hacia formas de control social activo, que busca promover un comportamiento legal por diferentes medios que complementen la prohibición de la violación de la norma y diseñan un sistema de juzgamiento y sanción que reconoce los derechos de los infractores.

A los niños y los adolescentes, el sistema tutelar de menores, les ha negado o debilitado su carácter de titulares de derechos por lo que se han encontrado, en general, sometidos sin contrapeso ante un sistema autoritario centrado en reprimir sus actos ilícitos y promover por la vía de tratamientos coactivos, la modificación de su conducta.

El elemento fundante de una política específica destinada a los adolescentes infractores, se encuentra, entonces, en estimular la construcción del orden pacífico - en oposición al orden de violencia que impone la criminalidad- y consolidar el

orden democrático, en oposición al orden autoritario impuesto por legislaciones basadas en la idea del niño como un sujeto incapaz.

Se trata de una política jurídica, basada en el reconocimiento del derecho de todas las personas a la protección jurídico-estatal frente a actos de violencia y en el reconocimiento del derecho de los niños a limitar y oponerse jurídicamente a la pretensión estatal de castigarlos o corregirlos. En síntesis, se trata de la creación de un sistema de garantías, tanto para los autores, como para las víctimas.

En este contexto se debe considerar que el interés superior del niño tiende a realizar al máximo los derechos del niño y por ello debe ser una barrera para la aplicación de restricciones de derechos propias del sistema penal. En consecuencia, siempre que se aplica a un niño una consecuencia derivada del poder de control y castigo del Estado, se está en presencia de un mal, de una restricción de derechos, que como tal debe reducirse al mínimo posible.

La integración entre interés superior del niño y garantías penales y procesales sólo puede darse en la medida que ambos constituyen un límite a la pretensión punitiva del Estado. En este sentido, la finalidad específica del sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal basado en la CIDN, será limitar el poder punitivo del Estado; proteger al niño de las penas abusivas y de los efectos adversos que su aplicación significa para su desarrollo; resolver conflictos jurídicos de extrema gravedad; y disuadir la ocurrencia de hechos delictivos.

En este sentido, un nuevo derecho de la responsabilidad juvenil deberá tener un carácter mínimo que se expresará en la aplicación de técnicas de descriminalización legal; aplicación del principio de oportunidad; reconocimiento de la diferencia entre niños y adolescentes o jóvenes y del principio de responsabilidad por el acto; aplicación estricta de todas las garantías penales, sustanciales y procesales; y la necesidad de garantizar condiciones especiales para la ejecución de las consecuencias o sanciones derivadas de la responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

Todas estas características son una aplicación a nivel del programa legislativo del principio del interés superior del niño. No corresponde al juez crear en el caso particular el marco mínimo de garantías, sino que a la ley siguiendo estrictamente las exigencias del principio de legalidad como límite infranqueable de la actividad punitiva del Estado.

IV. C. PRIORIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA INFANCIA. INTERÉS DEL NIÑO E INTERÉS COLECTIVO

Como se ha señalado reiteradamente, la formulación del Art. 3 de la CIDN proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmembrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Cuando la CIDN señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño -es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada y que, los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser desmembrado por intereses administrativos relativos a la organización de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros.

Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia, en un sistema social donde los diversos grupos compiten por recursos escasos; sin embargo, la CIDN exige considerar con alguna prioridad a la infancia. En este sentido, parece adecuada la solución de la Constitución del Brasil que señala una prioridad absoluta, sólo referida a ciertas materias y otorga, para éstos y otros asuntos, la posibilidad de acciones de interés público que pueden ejercerse contra la autoridad, en caso de no respetarse la prioridad de la infancia.

IV. D. ¿CÓMO APLICAR EL PRINCIPIO?: INTEGRALIDAD, MÁXIMA OPERATIVIDAD Y MÍNIMA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo 5 de la CIDN. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o «nivel de vida adecuado» (Art.27.1.CIDN).

Por ello, una correcta aplicación del principio, especialmente en la esfera judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la satisfacción máxima de los derechos y la menor restricción de ellos, atendiendo a alguna regla de preferencia que sea razonable y justificada.

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible -siempre perfectible- de la intervención a través de recursos «penales» sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar. En efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio, no sólo de los derechos expresamente privados, sino también de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o privado del medio familiar. Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso.

Pero incluso en estos casos, se deben proveer todos los mecanismos para que el niño pueda ejercer los derechos que expresamente no se le han privado. Así, el adolescente privado de libertad por haber cometido un grave delito contra la integridad física o la vida de otra persona, tendrá derecho a que se le satisfaga su derecho a la educación; también el niño separado de uno o ambos padres tendrá derecho a que se le asegure la posibilidad de él mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño, como dispone el Art. 9.3 de la CIDN.

V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LAS RELACIONES PARENTALES

Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la CIDN es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres; numerosas disposiciones regulan la materia. Los artículos quinto y dieciocho reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la «evolución de sus facultades».

Por su parte, uno de los aportes de la CIDN ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materias de familia), hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres.

Así, el artículo dieciocho -luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación, y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo- señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación «fundamental»: el interés superior del niño (Art.18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es «que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención», de acuerdo a la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación que conjugue las dos disposiciones, es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, con relación a la orientación y dirección de sus hijos, tiene por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.

El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

CONCLUSIÓN

De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una correspondencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo, es posible afirmar que en cuanto a su contenido el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.

Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la CIDN, permite desprender las siguientes funciones del principio: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud, ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente, es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

BIBLIOGRAFÍA

- Alston Ph. Editor, *«The Best Interests of The Child»*. Oxford University Press, 1994.
- ÁLVAREZ VELEZ, María Isabel, *«La Protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y el Derecho Constitucional Español»*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.
- CILLERO, Miguel, *«Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos»* en *«Sistema Jurídico y Derechos Humanos»*. C. Medina y 3. Mera editores. Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996.
- *«Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios»*. Derecho a Tener Derechos. UNICEF Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1999.
- *«Los Derechos de los Niños y los Límites al Sistema Penal»*. En Revista Realidad y Utopía. Lima, 1998.
- DWORKIN, Ronald, *«Los Derechos en Serio»*. Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed. 1989.
- FERRAJOLI, Luigi, *«Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal»*. Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- GARCÍA MÉNDEZ E., *«Derecho de la Infancia adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral»*. Forum Pacis, Bogotá 1994.
- GARZÓN VALDÉS, E., *«Derecho, Ética y Política»*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1993.
- HODGKIN, Rachel y NEWELL, Peter *«Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child»*. UNICEF, New York, 1998.
- NINO, Carlos S. *«Los Límites de la Responsabilidad Penal»*. Una teoría liberal del delito». Ed. Astrea, B. Aires, 1980.
- PAJA BURGOA, José *«La Convención de los Derechos del Niño»*. Madrid, 1998.
- PARKER, Stephan *«The Best Interests of the child- Principles and Problems»*, en Alston, op. cit.
- PEÑA, Carlos *«El Derecho Civil en su Relación con el Derecho Internacional de los derechos Humanos»*.



IV. LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN CHILE¹

Luis Iván Díaz García²

¹ Quiero expresar mi profunda gratitud a Rodrigo Coloma Correa, cuyos amables y certeros comentarios han permitido limar deficiencias de este texto. Las muchas que subsisten en el mismo son, evidentemente, exclusiva responsabilidad del autor y, también en parte, de su porfía.

² Profesor Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco.

INTRODUCCIÓN

La finalidad del presente trabajo es determinar si resulta posible sostener que la presunción de inocencia tiene rango constitucional en Chile. O, para ser más precisos, si puede afirmarse que aquélla es un derecho fundamental en el sistema jurídico chileno.

Evidentemente, la pregunta sobre la iusfundamentalidad de la presunción de inocencia no es irrelevante para el Derecho. Esta calidad le permite generar una serie de efectos sobre los demás elementos que integran el sistema jurídico. Por ello no es menor el interés en determinar si puede sostenerse que es un derecho fundamental.

La duda no se produciría si la Constitución formalmente expresara el derecho a la presunción de inocencia. En tal caso, sería más conveniente aportar reflexiones en torno a, por ejemplo, su sentido o a los efectos derivados de su iusfundamentalidad. Sin embargo, y como se verá más abajo, el silencio de los enunciados normativos constitucionales en este punto es evidente.

Lo expresado sugiere que el problema planteado no sólo es relevante, sino también pertinente. Como propuesta de solución, este trabajo parte de la siguiente hipótesis: es posible sostener que la presunción de inocencia es un derecho fundamental en el sistema jurídico chileno. Para su comprobación se recurrirá como método a la argumentación jurídica.

Para estos fines, la exposición se estructura en torno a tres títulos. En el primero se precisa cuáles son, en doctrina, las fuentes de los derechos fundamentales. A continuación se revisa qué dice cada una de ellas en el sistema jurídico chileno respecto de la presunción de inocencia. En el último, y dada la insuficiencia de estas fuentes, se formula una argumentación jurídica con el fin de justificar la hipótesis expresada en este trabajo.

I. LAS NORMAS IUSFUNDAMENTALES COMO FUENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales sólo pueden ser concedidos por normas iusfundamentales. Sin embargo, no existe sólo una, sino al menos tres categorías de tales normas. Esto es, en síntesis, lo que se expone bajo el presente primer apartado.

1. EN BUSCA DE UNA NORMA IUSFUNDAMENTAL VÁLIDA EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

Para precisar qué elementos son derechos fundamentales es necesario atender al sistema jurídico. En particular, debe determinarse si ella se encuentra jurídicamente expresada en el nivel constitucional.³ El camino hacia la respuesta exige atender al concepto de norma y, más específicamente, al de norma iusfundamental.

En efecto, entre la noción de derecho subjetivo y la de norma jurídica existe una relación estrecha. Quien es titular de un determinado derecho se encuentra en tal situación porque una norma válida así lo establece. Dicho en términos más amplios, todo derecho proviene de una norma jurídica que lo concede.

Esa premisa general es, evidentemente, aplicable a los derechos fundamentales. Siempre que alguien posee un derecho fundamental existe una norma iusfundamental válida que le otorga ese derecho.⁴ Esto puede explicarse gráficamente afirmando que las normas de derecho fundamental son vehículos de los derechos fundamentales.⁵

³ Es efectivo que la expresión derechos fundamentales carece de sentido unívoco en el derecho y la doctrina. Este trabajo sigue aquella corriente de pensamiento que los asocia de modo necesario con la Constitución. Al respecto, Aguiar De Luque, siguiendo a Cruz Villalón, afirma que "los derechos fundamentales son una categoría dogmática del Derecho Constitucional. Donde no hay Constitución, no habrá derechos fundamentales, habrá otras cosas más importantes (...), pero si no hay Constitución, no habrá derechos fundamentales" (Aguiar De Luque, "El concepto de derechos fundamentales", sin apartados).

⁴ Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", p. 47.

⁵ Con todo, debe advertirse que las normas jurídicas pueden portar cosas distintas de derechos. La misma regla es otra vez aplicable a las normas iusfundamentales, que pueden expresar cosas distintas de derechos fundamentales.

Ahora bien, se dijo que para precisar qué elementos son derechos fundamentales debe atenderse al sistema jurídico. Pero, dado que éste depende del sistema de fuentes que lo genera, esa precisión no es posible en abstracto. Sólo se podrá calificar como derechos fundamentales los así concedidos por un determinado sistema jurídico.

En la doctrina italiana, en este mismo sentido se pronuncia Palombella. Afirma que “cabe hablar perfectamente de derechos (subjetivos) fundamentales *para el Derecho objetivo*, o sea para (o en) un ordenamiento jurídico (perteneciente a cualquier sociedad organizada)”. Por ello reserva la expresión derechos fundamentales “para los derechos que puedan serlo en el seno de un ámbito definido, y en particular en el seno de un ordenamiento jurídico, o sea, *por obra del* (y en el) Derecho positivo”.⁶

Estas afirmaciones permiten delimitar el círculo de las normas iusfundamentales útiles a efectos de este trabajo. Ellas son exclusivamente las generadas en el seno del sistema jurídico chileno. Sólo aquéllas cuentan con aptitud para otorgar derechos fundamentales válidos para el mismo.

En particular, y como se analizará a continuación, tres categorías de normas pueden constituirse en fuente de derechos fundamentales: las normas iusfundamentales directamente estatuidas, las normas iusfundamentales por remisión constitucional y las normas iusfundamentales adscritas.

2. LAS NORMAS IUSFUNDAMENTALES DIRECTAMENTE ESTATUIDAS

Los derechos fundamentales deben buscarse, según se ha dicho, en normas iusfundamentales. En general, éstas son directamente establecidas en enunciados normativos de la Constitución.⁷ En otras palabras, es el propio texto constitucional el que directamente expresa una norma iusfundamental en la que se otorga un derecho fundamental.

⁶ Por el contrario, los derechos humanos, o del hombre como también los llama el autor, “son los que así define una *concepción del hombre* y no un *ordenamiento* jurídico”. Palombella, “Derechos fundamentales. Materiales para una teoría”, pp. 526 y 527.

⁷ El término enunciado normativo se utiliza aquí en el sentido que le da Alexy. Es decir, como aquella forma en que se expresa una norma, que puede consistir en palabras o signos. Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, p. 51.

En la doctrina alemana estas normas han sido llamadas por Alexy normas iusfundamentales directamente estatuidas por el texto constitucional.⁸ Para individualizarlas se debe atender, como es evidente, a los enunciados normativos de derecho fundamental. Cuestión diferente es identificar sus prescripciones, para lo cual se puede acudir a auxilios como la reformulación deóntica de esos enunciados.⁹ Al efecto es posible utilizar, por ejemplo, las modalidades deónticas de mandato, prohibición y permisión.

Para clarificar lo recién expresado parece conveniente exponer un ejemplo. En la Constitución chilena se encuentra el siguiente enunciado normativo: "Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos" (artículo 19, número 11, inciso cuarto).

La norma que subyace al enunciado normativo iusfundamental transcrito puede identificarse mediante las modalidades deónticas. Así, bajo la de prohibición la norma iusfundamental directamente estatuida puede expresarse del siguiente modo: Se permite a los padres elegir el establecimiento educacional para sus hijos. Bajo la de prohibición puede manifestarse así: Se prohíbe coartar la libertad de los padres para elegir el establecimiento educacional para sus hijos.

Bajo cualquiera de esas formulaciones de la norma iusfundamental es posible encontrar el derecho fundamental. En efecto, aquélla concede a los padres el derecho fundamental de elegir libremente el establecimiento educacional para sus hijos. De este modo se cierra el camino que comenzó en el enunciado normativo iusfundamental.

En síntesis, los derechos fundamentales son concedidos por normas iusfundamentales. Éstas son llamadas normas de derecho fundamental directamente estatuidas cuando se expresan en enunciados normativos iusfundamentales. Esto es, cuando se manifiestan formalmente en una disposición constitucional.

⁸ En lo pertinente, expresa el autor: "De acuerdo con las definiciones provisionarias que se acaban de formular, normas de derecho fundamental son sólo aquéllas que son expresadas directamente por enunciados de la LF (Ley Fundamental) (disposiciones de derecho fundamental)". Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", página 66. Ver también las pp. 62 y 63.

⁹ Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", especialmente pp. 50 a 52.

3. LAS NORMAS IUSFUNDAMENTALES POR REMISIÓN CONSTITUCIONAL

El carácter de fuente de los derechos fundamentales también puede reconocerse a las aquí denominadas normas iusfundamentales por remisión constitucional. Se trata de normas expresadas en enunciados normativos no incluidos en la Constitución, pero cuya iusfundamentalidad resulta de una referencia constitucional que les otorga este carácter.

En este caso no puede decirse que se trata de normas iusfundamentales directamente estatuidas por el texto constitucional. Esto se debe a que tales normas han sido establecidas en textos distintos de aquélla. Sin embargo, es la propia Constitución, mediante remisión al texto que las contiene, en general, o a las propias normas, en particular, la que les otorga carácter iusfundamental.

Para explicar esta categoría de normas iusfundamentales puede recurrirse a un ejemplo de derecho comparado. La Constitución de Argentina expresamente concede rango constitucional a los tratados en materia de derechos humanos que enumera.¹⁰ La misma jerarquía otorga a los demás tratados en materia de derechos humanos que sean aprobados por las dos terceras partes del Congreso Nacional.¹¹ En virtud de una y otra remisión, y cumpliéndose los requisitos indicados, cada una de las normas incluidas en tales instrumentos son iusfundamentales.

Sin embargo, no toda referencia a textos jurídicos atribuye carácter iusfundamental a las normas en ellos expresadas. Un claro ejemplo en este sentido puede encontrarse en la Constitución Española. En ella se prescribe que sus normas sobre derechos fundamentales deberán ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los demás tratados sobre la materia ratificados por España.¹² Por tanto, no se les concede jerarquía constitucional, sino que se les valida como instrumentos para la interpretación de las normas iusfundamentales.

Es evidente que el enunciado normativo en que se expresa la remisión constitucional puede generar dudas en cuanto a sus efectos. Si aquél se ha formulado de modo impreciso, no será fácil determinar si la referencia confiere jerarquía constitucional a los textos aludidos. Inevitable consecuencia será el debate en torno a la iusfundamentalidad de las normas contenidas en ellos.

¹⁰ Artículo 75, número 22, párrafo segundo, de la Constitución de Argentina.

¹¹ Artículo 75, número 22, párrafo tercero, de la Constitución de Argentina.

¹² Artículo 10.2 de la Constitución Española.

Pese a la centralidad de este problema, no es objeto de estas líneas proponer una regla de interpretación al respecto. La pretensión ha sido mostrar una segunda fuente de los derechos fundamentales: las normas iusfundamentales por remisión constitucional.

4. LAS NORMAS IUSFUNDAMENTALES ADSCRITAS

Como se ha visto, la identificación de las normas iusfundamentales directamente estatuidas y de las normas iusfundamentales por remisión constitucional no provocan mayores dificultades. Distinto es el caso de las normas iusfundamentales adscritas que a continuación se tratan. Esto, unido a su centralidad a efectos del presente trabajo, han exigido explicarlas con mayor detención.

4.1. INSUFICIENCIA DE LAS NORMAS IUSFUNDAMENTALES DIRECTAMENTE ESTATUIDAS

a) La indeterminación de las normas iusfundamentales directamente estatuidas

Las normas iusfundamentales directamente estatuidas bastarían si pudieran solucionar todas las controversias que las involucran. Es decir, si pudieran resolver todos los casos mediante la directa aplicación de sus mandatos. Como es evidente, tal pretensión las supone carentes de ambigüedades o indeterminaciones semánticas o estructurales.¹³

Sin embargo, la experiencia cotidiana muestra que lo anterior no puede sostenerse de modo general. Es decir, que no bastan los mandatos, prohibiciones o permisiones expresados en las normas iusfundamentales directamente estatuidas. Cualquier asunto medianamente problemático exigirá razonamientos adicionales a los aportados por ellos.

¹³ Detrás de esta pretensión se esconde la falsa premisa del derecho como sistema normativo carente de lagunas, contradicciones y ambigüedades. Aquél se complementa con el mito de la aplicación silogística del Derecho y que Hernández Ramírez expone en los siguientes términos: "Consideramos que otro desenfoco que se ha dado al tema de la interpretación, es el suponer que el Derecho se halla preconstituido en la Constitución, los Códigos, las Leyes y los Reglamentos, y que entonces la interpretación va a consistir simplemente en proyectar a los casos concretos lo que se hallaba establecido ya en abstracto y en términos generales en las normas jurídico positivas". Hernández Ramírez, "Análisis de la fórmula: "interpretación jurídica" del párrafo cuarto del artículo 14 constitucional", apartado 1.

A este efecto útiles pueden resultar las gráficas expresiones con que Tejada Gorráiz alude al sistema jurídico en general. Con ellas puede afirmarse que las posibilidades silogísticas del Derecho se parecen más a una tela de araña que a la espesa madriguera de un topo.¹⁴ Los espacios existentes entre los hilos de esa tela serían las situaciones inalcanzables con la sola aplicación de las normas formalmente expresadas.

Esa analogía relativa al sistema jurídico en general es también oponible a las normas iusfundamentales directamente establecidas. Lo mandado, prohibido o permitido por ellas no permite resolver todos los casos en que se reclama su aplicación. En otras palabras, por sí solas se muestran insuficientes frente a casos medianamente problemáticos.

Esto se debe, como afirma Alexy, a la apertura semántica y estructural de los enunciados normativos iusfundamentales. Ellas son abiertas semánticamente en cuanto a la indeterminación de algunas de las expresiones que la conforman. Y lo son estructuralmente en cuanto a la indeterminación del alcance del mandato respecto de, por ejemplo, la obligación de hacer o no hacer del Estado, o si el mandato incluye derechos subjetivos.¹⁵

La indeterminación de una norma iusfundamental directamente estatuida no es indiferente para el sistema jurídico. La falta de precisión le impide cumplir las funciones a que está llamada dentro de aquél. En particular, las de operar como norma de significación y como norma de reconocimiento.

Así, esa indeterminación constituye un obstáculo para que cumpla su función de norma de significación del derecho fundamental que concede. En efecto, el contenido de un derecho fundamental está determinado por aquello que la norma iusfundamental que lo otorga manda, prohíbe o permite. Ignorándose qué es lo exactamente prescrito por esta última no es posible precisar el contenido del primero.

Por otra parte, esa indeterminación hace inviable que la norma iusfundamental (y, en consecuencia, el derecho fundamental que atribuye) opere como norma de reconocimiento. Esto significa que se hace imposible evaluar iusfundamentalmente

¹⁴ Tejada Gorráiz en "La crisis de la ley", apartado 1, utiliza la comparación para caracterizar el calado legislativo. Aquí se ha empleado para una finalidad distinta: expresar simbólicamente las aptitudes silogísticas del derecho. Es decir, para manifestar las posibilidades y limitaciones de la aplicación silogística del sistema jurídico al enfrentarse a una controversia.

¹⁵ Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pp. 66 a 68.

normas infraconstitucionales que sean contrastadas con ella. La evaluación tampoco será viable respecto de actuaciones de órganos constituidos y gobernados.¹⁶

Debe advertirse que esta indeterminación normativa no es característica necesaria de una norma iusfundamental directamente estatuida. Ella puede depender, por una parte, de la configuración del respectivo enunciado normativo. Y, por otra parte, del carácter más o menos problemático del caso que se contrasta con la norma iusfundamental.

b) Un ejemplo en la jurisprudencia constitucional chilena

Una sentencia del Tribunal Constitucional chileno, de 1995, ofrece un buen ejemplo sobre el problema de la indeterminación de las normas iusfundamentales directamente estatuidas.¹⁷ En ella se pronunció sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.¹⁸

Dos enunciados normativos iusfundamentales sirvieron de estándar para la evaluación de ciertas disposiciones del proyecto de ley. Uno de ellos fue el del artículo 19, número 3, inciso quinto, que expresa: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Correspon-

¹⁶ Palombella sostiene que los derechos fundamentales cuentan con valor funcional y jurídico pues, por su jerarquía, se erigen en normas de reconocimiento. Especifica el autor italiano: «Las reglas de reconocimiento por un lado sirven para identificar las normas (jurídicamente válidas) y por otro, como ponen de relieve Atienza y Ruiz Manero, funcionan como «guía de conducta y un criterio de valoración para los particulares y para los órganos de producción y de aplicación del Derecho». Y agrega: "Si aceptamos la conjunción de estos elementos, estas normas se erigen en todo caso en criterio de justificación o de «crítica de las conductas»". Palombella, «Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría», pp. 542 y 543.

Aunque sin utilizar la expresión "norma de reconocimiento", Tejada Gorráiz en "La crisis de la ley", apartado 7, coincide con estos alcances de los derechos fundamentales. Al respecto, expresa el autor español que "fijadas ya las bases de los derechos fundamentales en la escena constitucional, su actuación irradiará por tratarse las normas superiores del sistema de textos vivos, vinculantes para los poderes públicos, así como para los individuos -, además de sobre otros entes, sobre el reducto reservado al legislador, de modo que su capacidad para imponer restricciones va a toparse con una serie de obstáculos que impedirán una normativa arbitraria y atentatoria".

¹⁷ Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno 198/1995, de 4 de enero.

¹⁸ A diferencia de lo que ocurre con otros Tribunales Constitucionales, como el español, el chileno ejerce sus potestades de manera preventiva. Eso significa que el juicio de constitucionalidad lo efectúa sobre textos normativos con anterioridad a su incorporación al sistema jurídico. Ver artículo 82, número 1, de la Constitución Política de Chile.

derá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

El otro enunciado normativo fue el del artículo 19, número 5°, que prescribe: “La Constitución asegura a todas las personas: La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.¹⁹

Las disposiciones evaluadas se expresaban en el artículo 16, inciso primero, del citado proyecto de ley.

Por efectuarse similar análisis respecto de todas, para los fines en desarrollo bastará con atender a una de ellas. Esta permitía al Consejo de Defensa del Estado²⁰ recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios que estimara necesarios para la investigación de los hechos ilícitos a que se refiere el proyecto de ley, en caso de aparecer indicios graves que de esta diligencia haya de resultar el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para aquélla.²¹

Expresadas las normas iusfundamentales que operarán como norma de reconocimiento y la disposición legal a evaluar, se debe analizar si es posible realizar el contraste de iusfundamentalidad. La pregunta es si la norma legal que permite al Consejo de Defensa del Estado recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios que estime necesarios para la investigación de los hechos ilícitos a que se refiere el proyecto de ley puede ser enjuiciada iusfundamentalmente desde la exclusiva consideración, por una parte, del derecho fundamental a que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en una investigación y un proceso racionales y

¹⁹ Para el Tribunal Constitucional chileno, que afirma seguir a la doctrina, esta disposición iusfundamental, junto con la del artículo 19, número 4°, expresa el derecho fundamental a la intimidad de que gozan las personas y sus familias. Ver sentencia 198/1995, de 4 de enero, considerando 10, letra c).

²⁰ El Consejo de Defensa del Estado es un servicio público descentralizado de la administración pública chilena que cumple funciones de persecución penal frente a determinados delitos.

²¹ En lo estrictamente pertinente, el artículo 16, inciso tercero, del proyecto de ley disponía lo siguiente: “Con el voto favorable de los dos tercios de sus miembros en ejercicio, el Consejo de Defensa del Estado podrá adoptar las siguientes medidas: a) Recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios que estime necesarios para la investigación de los hechos, en caso de aparecer indicios graves que de esta diligencia haya de resultar el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para aquélla”.

justos y, por otra, del derecho fundamental a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

Lo dicho expresa de modo bastante preciso la dificultad que enfrenta la norma iusfundamental en el ejemplo planteado. Sin embargo, su extensión puede invisibilizar la insuficiencia que se le atribuye en estas líneas. Es probable que ese problema pueda advertirse más claramente mediante su parcelación en tres preguntas:

- a) ¿Es posible emitir un juicio sobre la iusfundamentalidad de la norma legal que permite a la administración recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios que estime necesarios para la investigación de los hechos ilícitos a que se refiere el proyecto de ley desde el derecho fundamental a que toda sentencia se funde en una investigación racional y justa? O, por el contrario, la apertura semántica y estructural de las expresiones «investigación racional y justa» impide resolver esta duda constitucional atendiendo a la sola norma iusfundamental directamente estatuida.
- b) ¿Es posible emitir un juicio sobre la iusfundamentalidad de la norma legal que permite a la administración recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios que estime necesarios para la investigación de los hechos ilícitos a que se refiere el proyecto de ley desde el derecho fundamental a que toda sentencia se funde en un proceso racional y justo? O, por el contrario, la apertura semántica y estructural de las expresiones «proceso racional y justo» impide resolver esta duda constitucional atendiendo a la sola norma iusfundamental directamente estatuida.
- c) ¿Es posible emitir un juicio sobre la iusfundamentalidad de la norma legal que permite a la administración recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios que estime necesarios para la investigación de los hechos ilícitos a que se refiere el proyecto de ley desde el derecho fundamental a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada? O, por el contrario, la apertura semántica de la expresión «inviolabilidad» impide resolver esta duda constitucional atendiendo a la sola norma iusfundamental directamente estatuida.

Si no se dota de significado las normas iusfundamentales, la conclusión parece bastante evidente. En efecto, muchas normas iusfundamentales directamente estatuidas no bastan por sí solas para emitir un juicio de iusfundamentalidad. Ello se debe a la apertura semántica y estructural de ciertas expresiones contenidas en enunciados normativos iusfundamentales.

4.2. LAS NORMAS IUSFUNDAMENTALES ADSCRITAS COMO RESPUESTA

El vacío del sistema jurídico frente a la indeterminación de una norma iusfundamental debe ser completado normativamente. Tal imperativo genera, entre otras, preguntas relativas a la creación y jerarquía de las nuevas normas. Por ello en los siguientes apartados se revisan, primero, algunas perspectivas doctrinarias respecto de la generación de esas normas. A continuación se expone la jerarquía que los autores atribuyen a las mismas. Por último, se plantea una perspectiva crítica respecto de esos dos cuestionamientos, esto es, la creación y rango de las nuevas normas.

a) La creación de las nuevas normas: entre la jurisprudencia y la argumentación

Si se admite que el vacío normativo exige la creación de nuevas normas surge naturalmente un primer problema. Este consiste en determinar cómo o quién crea esas nuevas normas. Es decir, qué mecanismo u órgano es capaz de generarlas válidamente.

Para muchos autores la indeterminación de las normas iusfundamentales debe ser reparada, al menos preferentemente, por los jueces. Al aplicar una norma iusfundamental al caso particular generan nuevos mandatos, prohibiciones o permisiones jurídicamente vinculantes. Subsanan el vacío normativo se traduce, entonces, en la incorporación jurisdiccional de nuevas normas al derecho.

Esta es la opinión de Jiménez en la doctrina argentina. Para el autor el carácter multívoco de los derechos fundamentales permite destacar “la potestad material de los Magistrados, que en el cotidiano quehacer de impartir justicia, descifran y concretizan el contenido de tales fórmulas lexicales y por ende, el contenido de los derechos”.²²

Desde la perspectiva española, Tejada Gorráiz parece legitimar exclusivamente al Tribunal Constitucional. Afirma que, por su especial naturaleza y función, a él corresponde concretar el precepto constitucional. En tal sentido, la Constitución estaría escudada por dicho órgano jurisdiccional.²³

El también español Aguiar De Luque parece sostener una perspectiva algo más tradicional. Sostiene que corresponde al constituyente determinar el contenido de

²² Jiménez, “Sistema jurídico y derechos humanos”, apartado II.

²³ Tejada Gorráiz, “La crisis de la ley”, apartado 6.

los derechos fundamentales.²⁴ Pero debe configurar los respectivos enunciados normativos de modo preciso y riguroso, pues sólo así podrán cumplir sus funciones en el ordenamiento.²⁵

Pese a estas afirmaciones, reconoce la importancia de los diversos modelos de justicia constitucional. Para este autor español, ellos «pueden ser funcionales para la configuración y la construcción para (sic) la categoría de derechos fundamentales». La jurisdicción, admite, «se ve hoy irremediabilmente avocada a tener un carácter mucho más creativo que en el pasado».²⁶

Respecto del alcance de la potestad jurisdiccional, más rotundo es, entre los autores venezolanos, Cánova González. Afirma que la tendencia actual es la “judicialización del Ordenamiento jurídico”. En efecto, “los jueces, al verse en la necesidad de aplicar y por ende interpretar la Constitución, en sus decisiones, dan a luz verdaderas normas jurídicas”.²⁷

Alexy formula una propuesta distinta para superar la indeterminación de las normas iusfundamentales. Admite que los precedentes judiciales y los consensos dogmáticos son relevantes a este efecto. Sin embargo, afirma que “con la mera referencia a cómo se ha decidido y a qué es lo que se ha querido decir, no es posible dar respuesta a esta cuestión”.²⁸

²⁴ En tal sentido, afirma el autor: “En lo referente al contenido de los derechos, corresponde al constituyente de cada momento histórico hacer la ponderación de los valores en presencia, según las posiciones ideológicas del constituyente, y en razón de ello seleccionar aquellos derechos que estima que deben quedar incorporados a la categoría de derechos fundamentales por entender que son estos los que inmediatamente materializan una determinada concepción de la dignidad de la persona”. Aguiar De Luque, «El concepto de derechos fundamentales», sin apartados.

²⁵ Esas ideas son así expresadas por el autor: «Sin embargo para que la noción de derechos fundamentales pueda desplegar toda su operatividad, no basta con un texto constitucional que se limite a enumerar retóricamente los tradicionales derechos básicos de la persona en sus lineamientos generales. Es preciso que la Constitución defina los elementos esenciales de su régimen jurídico; sujeto, objeto, facultades básicas que comprende su contenido etc. De modo que quede constitucionalmente configurado con la previsión y el rigor propios del lenguaje jurídico, que es el estatuto básico de estos derechos en un ordenamiento». Aguiar De Luque, «El concepto de derechos fundamentales», sin apartados.

²⁶ Aguiar De Luque, “El concepto de derechos fundamentales”, sin apartados.

²⁷ Cánova González, “¿Es necesaria la revisión por el Tribunal Constitucional de las decisiones judiciales? Un tema pendiente de discusión entre los juristas iberoamericanos”, sin apartados.

²⁸ Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, pp. 70 y 71.

Para el autor alemán es necesario dilucidar si las normas tendientes a subsanar la indeterminación se han generado conforme a derecho.²⁹ La referencia a precedentes jurisprudenciales y consensos doctrinarios sólo indica que se han generado, pero no cómo. Puede decirse que se tiene una norma, mas no la certeza de que ella sea jurídicamente sostenible.

Por ello, frente a este criterio, que llama empírico, propone un criterio normativo. Este criterio normativo atiende a las posibilidades de una fundamentación iusfundamental de la norma propuesta. En palabras de Alexy, ésta sólo será válida si respecto de ella es posible una argumentación iusfundamental correcta. En la construcción de esa argumentación intervendrán justificaciones desde las dimensiones ética, social y jurídica.³⁰

Alexy admite que es posible que para una misma indeterminación se propongan normas con prescripciones diversas. Incluso ellas pueden encontrarse en conflicto entre sí. Y ambas con una justificación iusfundamental igualmente correcta. En tal caso, habrá de optarse por una de las normas.³¹

b) La jerarquía constitucional de las nuevas normas

Con lo dicho se ha tratado el problema de la creación de normas tendientes a remediar vacíos normativos. Sin embargo, no debe olvidarse que tal vacío es generado por la indeterminación de normas iusfundamentales. El problema de la jerarquía de las nuevas normas ha de ser enfrentado desde esta premisa.

Entre los autores ya citados, Cánova González reconoce jerarquía constitucional a esas nuevas normas. Lo que llama judicialización del sistema normativo no es más que "la creación jurisprudencial del Derecho Constitucional".³² Así, la indeterminación de las normas iusfundamentales directamente estatuidas es remediada por normas de igual rango.

²⁹ Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", p. 71.

³⁰ Para el autor las normas directamente estatuidas son válidas por referencia al enunciado iusfundamental que las expresa. Esto no es posible respecto de la norma que pretende remediar las indeterminaciones de las primeras. En otras palabras, ella no puede considerarse válida por la sola referencia a un enunciado normativo iusfundamental. La norma propuesta tampoco podrá considerarse jurídicamente válida en virtud de una validez ética o socialmente justificada. Sin embargo, en la construcción de una argumentación iusfundamentalmente correcta intervendrán esas tres nociones de validez. Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", p. 71.

³¹ Ver Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pp. 71 y 72, y nota al pie número 56.

³² Cánova González, "¿Es necesaria la revisión por el Tribunal Constitucional de las decisiones judiciales? Un tema pendiente de discusión entre los juristas iberoamericanos", sin apartados.

Para Alexy es posible afirmar la jerarquía constitucional de las nuevas normas porque no tienen una relación casual con la norma iusfundamental directamente estatuida. Por el contrario, son necesarias cuando la Constitución debe aplicarse a casos concretos. Si no fuera por esas normas no sería claro qué es lo ordenado, permitido o prohibido por el texto constitucional.

Es efectivo, agrega el autor, que no son directamente estatuidas por el enunciado normativo iusfundamental. Sin embargo, tales normas tienen una relación de precisión con la norma iusfundamental expresada por ese enunciado. Además, esas normas tienen su fundamentación, al menos parcial, en la norma iusfundamental a la que se adscriben.³³

En virtud de su jerarquía, estas normas son normas de derecho fundamental. En virtud de su conexión con las directamente estatuidas por el texto constitucional, reciben el nombre de normas iusfundamentales adscritas³⁴ o adscriptivas.³⁵ Aquí se sigue esta misma denominación.

c) Algunas ventajas de la argumentación jurídica

En cuanto a la creación de las normas iusfundamentales adscritas es fácil advertir diferencias entre Alexy y los demás autores citados. Sin embargo, no parece difícil apreciar también que no todos enfrentan la pregunta desde la misma perspectiva. Las afirmaciones de Alexy son prescriptivas, mientras las de los demás autores son descriptivas.

En efecto, la generalidad de los autores citados parece enfrentar el problema desde el modo en que actualmente se resuelve. Las indeterminaciones normativas de las normas de derecho fundamental directamente estatuidas son subsanadas por la actividad judicial. Y esto ocurre con prescindencia de que sus decisiones cuenten con argumentación jurídica o que ésta sea incorrecta.

Por el contrario, Alexy parece hacer frente al problema desde el modo en que entiende debería ser solucionado. Para este autor la cuestión no es si los precedentes judiciales o los consensos doctrinarios han generado una nueva norma iusfun-

³³ Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pp. 69 y 70.

³⁴ Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", p. 70, y López Ayllón, "El derecho a la información como derecho fundamental", pp. 160 y 161.

³⁵ Seoane Rodríguez, "¿A quién pertenece la historia clínica? Una propuesta armonizadora desde el lenguaje de los derechos", p. 241.

damental. La pregunta es si esa norma, destinada a remediar la indeterminación de una norma iusfundamental directamente estatuida, ha sido producida conforme a derecho. Esto se responde comprobando si es ella susceptible de una fundamentación iusfundamental correcta.

Ahora bien, es efectivo que estas nuevas normas pueden ser generadas por los precedentes judiciales y los consensos doctrinarios con o sin argumentación jurídica. Sin embargo, el que una norma de derecho fundamental adscrita carezca de esa fundamentación o el que ésta sea incorrecta no es indiferente para el derecho. La importancia de la argumentación jurídica puede apreciarse en la creación, elección y sustitución de tales normas.

Como afirma Coloma Correa, sin fundamentación es difícil evitar la existencia de espacios de discrecionalidad injustificados de la función judicial.³⁶ Por ello, y siguiendo a Alexy, sólo si la creación de una norma iusfundamental adscrita se ha justificado jurídicamente es posible evaluar su conformidad con el derecho. En caso contrario, puede dudarse no sólo de su jerarquía constitucional, sino también de su aptitud para operar como norma iusfundamental.

La relevancia de la argumentación jurídica se aprecia también en el caso de existir dos normas iusfundamentales adscritas contradictorias. Si sólo una cuenta con fundamentación iusfundamental, es evidente que ha de optarse por ella. Si ambas cuentan con una argumentación iusfundamental, Alexy afirma que habrá de preferirse una de ellas. En virtud de su selección, desde entonces esa norma estará iusfundamentalmente mejor justificada.³⁷

En fin, la importancia de la argumentación jurídica puede advertirse también en la sustitución de una norma iusfundamental adscrita. Es posible que ella se justifique en los precedentes judiciales o los consensos dogmáticos, pero carezca de fundamentación iusfundamental correcta. En tal caso, una nueva norma iusfundamental adscrita que cuente con tal fundamentación tendrá especial aptitud para reemplazarla.

³⁶ Al respecto, señala el autor: "Es indudable que una adecuada fundamentación del Derecho -es decir, una apropiada determinación del significado de los enunciados normativos aplicables para la solución de un caso- implica un importante límite a ciertos espacios de discrecionalidad injustificados". Coloma Correa, «La obligación de motivar los hechos en las sentencias penales», p. 225.

³⁷ Para el autor la existencia de normas iusfundamentales adscritas igualmente bien fundamentadas no debe conducir a rechazar la categoría. Primero, porque ese problema no afecta por igual a todas las normas iusfundamentales adscritas. Segundo, porque tal situación igualmente se produciría en ausencia de la categoría. Y tercero, porque el problema de qué debe valer frente a normas iusfundamentales directamente estatuidas se plantea con la misma agudeza. Alexy, «teoría de los derechos fundamentales», p. 72.

En síntesis, las normas de derecho fundamental adscritas a las directamente estatuidas pueden crearse sin argumentación iusfundamental. Sin embargo, jurídicamente son varias las ventajas de que la misma cuente con tal fundamentación. Y esto sin considerar las consecuencias relativas a la legitimidad de la decisión judicial.

4.3. RECEPCIÓN DE LAS NORMAS IUSFUNDAMENTALES ADSCRITAS EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

Se anticipó que la jurisprudencia efectivamente crea normas iusfundamentales adscritas a las directamente estatuidas. Como es evidente, esto no significa que toda decisión judicial genere tal clase de normas. Lo que se afirma es que lo hacen y que ellas operan como normas de significación y como normas de reconocimiento. Un ejemplo extraído de la jurisprudencia chilena permitirá apreciar la efectividad de estas afirmaciones.

El caso jurisprudencial más arriba citado evaluaba el proyecto de ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Del mismo se extrajo una de las disposiciones iusfundamentalmente objetadas. Esta permitía al Consejo de Defensa del Estado recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios que estimara necesarios para la investigación de los hechos ilícitos a que se refiere el proyecto de ley.³⁸

Según se expresó, varias normas constitucionales sirvieron de estándar de evaluación de esa norma. Para simplificar esta parte de la exposición, se ha limitado el contraste con la expresada en el artículo 19, número 3°, inciso quinto. Ella concede el derecho fundamental a que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en una investigación y un proceso racionales y justos. Pues bien, la sentencia del Tribunal Constitucional conectó con esa norma iusfundamental directamente estatuida los siguientes mandatos al legislador procesal en materia penal:³⁹

³⁸ Para el uso de esta facultad el proyecto de ley exigía que aparecieran indicios graves que de esta diligencia haya de resultar el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la investigación.

³⁹ La exposición del Tribunal Constitucional chileno es bastante simple y breve en este punto. Ella se expresa en el considerando 10, letra b), de la sentencia 198/1995. En general, objeta la norma porque "no se detalla ni se precisa en forma exhaustiva, al igual como lo hace el Código de Procedimiento Penal, para garantizar eficazmente los derechos de las personas, el procedimiento a que se debe someter dicho servicio con las facultades que se le otorgan". Y agrega: "Es especialmente grave e ilegítimo, entre otros, que no se señale plazo a la investigación; la oportunidad y número de veces que las medidas pueden decretarse y realizarse; el no contemplar la asistencia de abogado defensor y no otorgar recursos ordinarios o especiales para objetarlas, etc."

- a) Detallar y precisar en forma exhaustiva el procedimiento a que debe someterse el órgano administrativo para ejercer las facultades que se le otorgan.
- b) Señalar el plazo por el cual puede extenderse la investigación.
- c) Fijar la oportunidad y número de veces que pueden decretarse y aplicarse las medidas.
- d) Contemplar la asistencia de abogado defensor.
- e) Otorgar recursos ordinarios o extraordinarios para objetar las medidas decretadas por el órgano de la administración.

Cada uno de esos mandatos permite dotar de contenido a la indeterminada norma iusfundamental referida. De este modo, la misma pasa a tener aptitud para operar como norma de significación, es decir, como norma que especifica los derechos que aquélla concede. Así, por ejemplo, el primero de dichos mandatos se traduce en el derecho a que la aplicación de medidas que afectan derechos de las personas se someta a un procedimiento detallado y preciso. El segundo, también por vía ejemplar, otorga el derecho a que esté legalmente fijado el plazo por el cual puede extenderse la investigación.

Pero esos mandatos cumplieron también una segunda función respecto de la norma iusfundamental a la que se adscriben. Ellos le permitieron operar como norma de reconocimiento, impidiendo la incorporación de ciertas disposiciones del proyecto al sistema jurídico.⁴⁰ Por tanto, se trata de normas iusfundamentales adscritas a las normas directamente estatuidas por el texto constitucional.

Para concluir debe advertirse que este es un ejemplo de norma iusfundamental adscrita que carece de fundamentación iusfundamental. El Tribunal Constitucional chileno argumenta por qué deben entenderse jurisdiccionales las facultades otorgadas al Consejo de Defensa del Estado.⁴¹ Sin embargo, no explica cuál ha sido su razonamiento para deducir los mandatos que adscribe al referido derecho fundamental.⁴²

⁴⁰ Considerando 10, párrafo primero, de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno 198/1995, de 4 de enero.

⁴¹ La argumentación del Tribunal Constitucional chileno en este punto se basa en sus propios razonamientos y en la referencia a un constitucionalista chileno (Cea Egaña). A partir de ello concluye que en el ejercicio de las facultades otorgadas, el Consejo de Defensa del Estado "está dictando resoluciones o sentencias al tenor del texto constitucional". Ver considerando 10, párrafos primero y segundo, de la sentencia 198/1995, de 4 de enero.

⁴² Incluso la sentencia 198/1995, de 4 de enero, concluye la enumeración de mandatos al legislador, derivados del debido proceso legal, con un indeterminado "etcétera" (considerando 10, letra b).

II. IUSFUNDAMENTALIDAD DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN CHILE ESTADO DE LA CUESTIÓN

El presente apartado evalúa la situación de la presunción de inocencia en Chile bajo las tres categorías de normas iusfundamentales explicadas en el apartado anterior. En otras palabras, se pretende determinar si aquélla ha sido concedida como derecho fundamental en el sistema jurídico chileno por alguna de ellas. Debe advertirse que la categoría de normas iusfundamentales adscritas sólo se revisa desde los precedentes jurisprudenciales. Su justificación desde la argumentación jurídica se ha dejado para el apartado III.

1. EL SILENCIO DE LOS ENUNCIADOS NORMATIVOS IUSFUNDAMENTALES

Como se sabe, los enunciados normativos de la Constitución chilena no hacen referencia directa a la presunción de inocencia. Es efectivo que puede relacionarse con ella la norma que impide presumir de derecho la responsabilidad penal.⁴³ Sin embargo, esto no es suficiente para afirmar que el derecho a la presunción de inocencia es otorgado por una norma iusfundamental directamente estatuida.

La omisión recién indicada no puede dejar de sorprender. La presunción de inocencia es uno de esos valores cuya positivación se impone en catálogos de derechos humanos y fundamentales. Así lo muestra su incorporación en múltiples instrumentos internacionales y Constituciones comparadas. Y todos ellos anteriores a la Constitución chilena, aprobada en 1980.

Es efectivo que la centralidad de la presunción de inocencia fue reconocida en alguno de los anteproyectos que dieron lugar a la actual Constitución. Sin embargo, no se cuenta con antecedentes que permitan explicar su exclusión del texto que en definitiva se impuso. Esto se debe a que fue concebida y aprobada bajo la dictadura militar vigente entre 1973 y 1990. El escenario político no sólo importó la ideológica selección de quienes intervinieron en su redacción. Además, importó la omisión de registros que expresaran lo ocurrido con el texto en algunas etapas de su redacción. En efecto, no hay constancia de las motivaciones que justificaron la inclusión, modificación o eliminación de ciertas normas del proyecto.

⁴³ Artículo 19, número 3º, inciso sexto de la Constitución chilena.

⁴⁴ Künsemüller L., "La recepción del principio *nulla poena sine culpa* en el derecho penal chileno", sin apartados.

Künsemüller recuerda que el derecho fundamental a la presunción de inocencia se encuentra precisamente en tal situación. Afirma que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución trató simultáneamente ese derecho y la idea de prohibir a la ley presumir de derecho la responsabilidad penal. La evidente falta de claridad en los miembros de la Comisión produjo “que el debate se desarrollara en términos muy confusos y con notoria interferencia entre las consideraciones relativas a una y otra garantía”.

Según el mismo autor, la Comisión Redactora resolvió la situación reuniendo en un mismo párrafo los dos derechos. Su tenor fue el siguiente: “Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe judicialmente su culpabilidad en conformidad a la ley, ésta no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. Künsemüller explica del siguiente modo la eliminación de la primera de estas normas: “Posteriormente, por razones que no se conocen del todo bien, fue suprimida la garantía de inocencia y se mantuvo únicamente la parte relativa a la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal”.⁴⁴

2. LA TESIS DE LA IUSFUNDAMENTALIDAD POR REMISIÓN A TRATADOS INTERNACIONALES

La jerarquía constitucional de la presunción de inocencia también puede ser sostenida por remisión a tratados internacionales. Esta es la perspectiva de la que puede calificarse como doctrina mayoritaria sobre el tema en Chile. Por otra parte, hay también autores que sostienen como tesis la jerarquía infraconstitucional de tales tratados. Sin embargo, como se verá, la cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional, al menos de momento.

Para la doctrina mayoritaria la clave se encuentra en la referencia a normas de derecho internacional que hace la Constitución. Ésta impone a los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos de las personas contemplados tanto en ella misma como en tratados vigentes.⁴⁵ Tal remisión incorporaría al ordenamiento, con jerarquía constitucional, los derechos expresados en estos tratados. Entre ellos, la presunción de inocencia.

⁴⁵ El artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de Chile prescribe que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Y agrega: “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”.

Para otros autores los tratados sobre derechos humanos estarían por debajo de la Constitución. Es la tesis sostenida, por ejemplo, por Bertelsen, quien en todo caso los ubica sobre la ley. Para justificar su posición acude a una serie de argumentos constitucionalmente sustentados.⁴⁶

Más allá de la discusión doctrinaria, el Tribunal Constitucional chileno ya ha tomado una posición sobre el tema. En sentencia del año 2002 se inclina por rechazar la tesis de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos.⁴⁷ Su centralidad recomienda una breve revisión de la argumentación con que cuenta.⁴⁸

La sentencia comienza admitiendo que el artículo 5° de la Constitución "ha llevado a algunos a pretender que los tratados sobre derechos humanos tendrían rango constitucional, de manera que podrían modificar disposiciones de la Carta Fundamental".⁴⁹ Sin embargo, rechaza esta perspectiva sobre la base de diversas líneas de argumentación.

El primer argumento del Tribunal atiende al enunciado normativo en que se basa la doctrina mayoritaria. Afirma que, aunque parezca obvio, la norma del artículo 5° de la Constitución no establece para los tratados sobre derechos humanos rango constitucional.⁵⁰

Por otra parte, en la historia fidedigna de la norma consta que esos instrumentos debían someterse al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.⁵¹ Este antecedente mostraría, según el Tribunal, que el constituyente no tenía intención de igualarlos a la Ley Fundamental.

⁴⁶ Bertelsen argumenta, por una parte, con base en la historia del establecimiento del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución chilena. En ella se dejó constancia de que los tratados de derechos humanos se someterían al recurso de inaplicabilidad, esto es, al de inconstitucionalidad de que conoce la Corte Suprema de Chile. Por otra parte, acude a diversas normas que estima incompatibles con la supuesta jerarquía constitucional de esos instrumentos. Ver Bertelsen R., "El rango jurídico de los tratados internacionales", especialmente p. 214 a 220.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile 346/2002, de 8 de abril.

⁴⁸ Parte importante de los argumentos de Bertelsen son seguidos por el Tribunal Constitucional chileno para desestimar la pretendida jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile 346/2002, de 8 de abril, considerando 60, párrafo segundo.

⁵⁰ Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional Chileno recurre a la interpretación literal para configurar este primer argumento. Sentencia 346/2002, de 8 de abril, considerando 62.

⁵¹ El segundo argumento del Tribunal Constitucional se construye sobre la historia del establecimiento de la norma. Sentencia 346/2002, de 8 de abril, considerando 63, párrafo final.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional recurre a argumentos de autoridad. Primero cita una sentencia propia en la que sostiene que no se puede modificar la Constitución mediante tratados. Luego alude a un acuerdo de igual orientación emitido por la Comisión de Constitución del Senado.⁵²

Por último, el Tribunal expresa las incoherencias de la tesis que refuta. Primero, no tendrían sentido los controles de constitucionalidad preventivo y a posteriori que la Ley Fundamental contempla para los tratados. Segundo, se vulnerarían las normas sobre reforma constitucional, pues el capítulo de derechos fundamentales exige mayoría cualificada. Por el contrario, los tratados se aprueban mediante mayoría simple de las Cámaras, como una ley ordinaria.⁵³

En definitiva, la sentencia rechaza la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos vigentes en Chile. Como consecuencia, puede afirmarse que carece también de dicha jerarquía la presunción de inocencia que en tales instrumentos se expresa. Todo esto, al menos desde la perspectiva del Tribunal Constitucional.

3. DEBILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA

En general, no es frecuente la referencia a la presunción de inocencia en la jurisprudencia ordinaria. Y en los casos que se la menciona, la falta de coincidencia respecto de su jerarquía es evidente. Así, hay sentencias que no especifican la jerarquía de la presunción de inocencia. Entre aquéllas, una del 2001 la califica de situación jurídica.⁵⁴ Otra, del año 2000, le reconoce como derecho por constar en tratados internacionales vigentes en Chile.⁵⁵ Pero también para alguna sentencia del año 2000 constituye un principio de rango legal.⁵⁶

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile 346/2002, de 8 de abril, considerandos 64 al 66.

⁵³ Sentencia 346/2002, de 8 de abril, considerandos 69 y 70.

⁵⁴ Se trata de una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago conociendo de un recurso de protección, de fecha 12 de noviembre de 2001. Su considerando 6° sostenía textualmente que "al hacer aplicación anticipada de los efectos de una sanción impugnada, en circunstancias que el procesado se encuentra en la situación jurídica de ser presuntamente inocente, el acto que se ha cuestionado constituye ejecutar una sentencia penal aún sujeta a revisión". Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCVI, año 2001, volumen 4, octubre-diciembre, sección derecho público.

⁵⁵ Se trata de la sentencia pronunciada por el Presidente de la Corte Suprema de Chile, actuando como tribunal especial, el 3 de octubre del 2000. El gobierno italiano había solicitado la extradición de Eduardo Iturriaga Neumann, por su participación en el atentado contra un matrimonio chileno en Roma, el año 1976. La justicia italiana había concluido que el acto había sido ejecutado por la DINA, policía secreta de la dictadura militar de Pinochet, a la que pertenecía el imputado. Para el rechazo de la petición se aludió, entre otros motivos, a la presunción de inocencia en cuanto derecho otorgado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y la Convención Europea

Sin embargo, la iusfundamentalidad de la presunción de inocencia en Chile también ha sido sostenida por alguna decisión judicial. Son estos fallos, y en especial sus considerandos, los que revisten interés para estas líneas. Por ello en lo que sigue se les dedica mayor atención.

Al efecto puede citarse una sentencia de 1996, relativa a uno de los casos de violaciones a derechos humanos ocurridos durante la dictadura militar. En ella la Corte Marcial adscribió la presunción de inocencia a una norma iusfundamental directamente estatuida de carácter procesal.⁵⁷ Se trata de aquella que impide a la ley presumir de derecho la responsabilidad penal, más arriba aludida.⁵⁸

Recurriendo la sentencia de primera instancia, los querellantes solicitaron que se agotara la investigación previo al sobreseimiento del caso. La Corte sostuvo que admitir esta pretensión vulneraría, textual, "especialmente la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N°. 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República, que dispone que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Esta disposición consagra, por consiguiente, la presunción de inocencia del detenido, inculpado, o procesado: su culpabilidad debe ser probada y nunca será presumida".⁵⁹

de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCVII, año 2000, volumen 3, septiembre-diciembre, sección criminal.

⁵⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 8 de agosto de 2000. El caso trató del desafuero del Senador vitalicio Pinochet Ugarte, imputado en el homicidio calificado de chilenos en diversas ciudades del país al inicio de la dictadura que dirigió. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCVII, año 2000, volumen 2, mayo agosto, sección criminal.

⁵⁷ Sentencia de la Corte Marcial de fecha 13 de julio de 1996, que aplica amnistía a los integrantes de la DINA (policía secreta de la dictadura que se extendió en Chile entre 1973 y 1990), autores de la detención y desaparición de Rodolfo González Pérez. Fue confirmada por fallo de la Corte Suprema de 27 de enero de 1997, aunque justificándose en la prescripción y no en la amnistía. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCIV, año 1997, volumen 1, enero – abril, sección criminal.

⁵⁸ Artículo 19, número 3, inciso sexto, de la Constitución chilena.

⁵⁹ Para comprender el contexto del argumento de la Corte Marcial debe considerarse dos actuaciones procesales. Primero, la resolución del juez militar que en primera instancia sobreseyó definitivamente el caso. Segundo, la apelación del querellante ante esa Corte para que continuara la investigación. La sentencia de esta última sostuvo que la responsabilidad penal estaba extinguida por aplicación de la amnistía. Por tanto, continuar la investigación vulneraría la norma constitucional que impide presumir de derecho la responsabilidad penal. Y, en consecuencia, el derecho fundamental a la presunción de inocencia (considerando noveno, párrafo segundo, de la sentencia).

En dicha sentencia no hay argumentación alguna que permita explicar la creación del derecho fundamental a la presunción de inocencia. En otras palabras, éste ha sido adscrito a la norma iusfundamental directamente estatuida sin justificación iusfundamental. Por tanto, se cuenta con un precedente judicial, pero se carece de construcción jurídica que lo sustente.

El carácter iusfundamental de la presunción de inocencia también se ha afirmado sobre insospechadas normas constitucionales. Se trata de una sentencia de 1998, de la Corte de Apelaciones de Copiapó íntegramente confirmada por la Corte Suprema el mismo año. En ella parece entenderse que el derecho fundamental a la presunción de inocencia deriva de la norma iusfundamental relativa al derecho de propiedad.⁶⁰

El asunto se inicia con una acción de protección por el atentado a tres derechos fundamentales.⁶¹ Dos de ellos no revisten interés para estas líneas: los derechos a la integridad síquica y al honor. El tercero es el relevante: el supuesto derecho fundamental de propiedad del derecho inmaterial sobre la presunción de inocencia que alegara el recurrente.

Al analizar el caso, la sentencia modifica sutil, pero sustancialmente las normas invocadas en la acción constitucional. Señala que debe verificar si se han infringido tres derechos fundamentales y un principio. Los tres primeros son los relativos a la integridad síquica, al honor y de propiedad. El principio es la presunción de inocencia, aunque ahora sin adscripción a norma iusfundamental alguna.⁶²

En la sentencia se mantiene esa modificación sutil, pero sustancial. Así, la Corte admite la acción por la que se pretende la protección de los derechos fundamentales. Entre otros argumentos sostiene que de no admitirlo resultaría vulnerado el

⁶⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 19 de octubre de 1998, confirmada por la Corte Suprema el 26 de noviembre del mismo año. Fuente: Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCV, año 1998, volumen 3, septiembre – diciembre, sección derecho público.

⁶¹ La Constitución chilena contempla la acción de protección para la tutela de la generalidad de los derechos fundamentales (artículo 19). Se exceptúan los derechos a la libertad personal y a la seguridad individual, resguardados por el recurso de amparo o habeas corpus (artículo 21).

⁶² El considerando 3 de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó afirma: "Que para los efectos de resolver el recurso interpuesto, debe considerarse si la exhibición de la entrevista al procesado Reyes Olivares amenaza los derechos constitucionales en el artículo 19 N^{os} 1, 4 y 24 de la Constitución Política de la República de Chile y el principio de la presunción de inocencia que le asiste al procesado".

derecho a la presunción de inocencia.⁶³ Ahora se le califica de derecho, pero otra vez no se indica cuál es su fuente. Menos aún se le adscribe a norma iusfundamental alguna.

Es efectivo que en ningún momento el fallo expresa que la presunción de inocencia es un derecho fundamental. Sin embargo, es para tutelarla que se deduce, considera y acoge la acción constitucional, que existe para la protección de derechos fundamentales. Además, la Corte hizo operar la presunción de inocencia como norma de reconocimiento, al impedir la realización de determinada conducta que se estimó contraria a ella.

En síntesis, es posible encontrar sentencias emanadas de tribunales ordinarios que apliquen la presunción de inocencia e incluso algunas que le otorguen jerarquía constitucional. Sin embargo, al menos en estas últimas se omite toda argumentación o justificación que explique tal concesión. Se trata, por tanto, de fallos escasos, contradictorios en sus perspectivas y carentes de argumentación jurídica que permita preferir a uno sobre otro.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA IUSFUNDAMENTALIDAD DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN CHILE

El presente apartado toma el camino de la argumentación jurídica. Con ella se debe justificar la creación de una norma que conceda el derecho a la presunción de inocencia. La argumentación debe permitir, además, que esta nueva norma se adscriba de modo necesario y no casual a una norma iusfundamental directamente estatuida.

Para estos efectos, a continuación se intentará justificar dos afirmaciones sucesivas. Primero, que la presunción de inocencia es un mecanismo de tutela de los derechos fundamentales. Segundo, que un proceso racional y justo, en el sentido expresado por la Constitución chilena, es el que garantiza la protección de tales derechos. Si ambas afirmaciones son aquí sostenidas de modo persuasivo, se habrá justificado el carácter iusfundamental de una norma que otorga el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

⁶³ El considerando 5 de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó señala que de no admitir el recurso "resultará afectado no sólo el derecho del imputado a la presunción de su inocencia hasta la decisión judicial definitiva, sino también el derecho de los jueces llamados a estudiar y resolver el caso, de decidir con serenidad, sin presiones de cualquier orden, ajenas a lo jurisdiccional".

1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ES UN MECANISMO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El discurso de este apartado se ordena en torno a tres ideas fundamentales. En primer lugar se pretende mostrar la insuficiencia de aquellas tesis que explican la presunción de inocencia como mecanismo de distribución de la carga probatoria. Luego se aporta una concisa mirada respecto de las causas ideológicas que llevaron a su formulación. Por último, se muestra que la presunción de inocencia sólo puede ser comprendida, en el contexto del proceso penal, como un mecanismo de tutela de los derechos fundamentales.

1.1. INSUFICIENCIA DE LAS TESIS SOBRE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PROBATORIA

Múltiples tesis se han levantado para explicar el significado de la presunción de inocencia. En general, ellas han optado por calificarla de mecanismo para la distribución de la responsabilidad probatoria. En particular, operaría atribuyendo el peso de la prueba a quien pretende la aplicación del *ius puniendi*. Es el caso de quienes la entienden como presunción *iuris tantum*, artificio técnico jurídico, verdad *interrina* o afirmación jurídica previa.

Pero más allá del diverso punto de partida, todas esas tesis coinciden en un mismo punto de llegada. La presunción de inocencia es explicada como un mecanismo para la atribución de la responsabilidad probatoria en quien pretende la aplicación del *ius puniendi*. Por ello, la pretensión del acusador sólo será satisfecha si cuenta con prueba de cargo suficiente. En caso contrario, subsistirá la inocencia que en principio ampara a todo imputado.

Si la presunción de inocencia sólo fuera eso, constituiría una mera opción normativa. Es decir, una prescripción jurídica generada por la voluntad del que la ha expedido. En virtud de tal voluntad, se ha fijado el peso de la prueba en el encargo de sostener la pretensión punitiva.

La fragilidad del sustento de la presunción de inocencia bajo estas perspectivas es evidente. Su reemplazo por la asignación de responsabilidad probatoria contraria (presunción de culpabilidad) sólo parecería afectar una opción respecto del *onus probandi*. Y el acto de voluntad normativa sólo respondería de un cambio en las opciones sobre distribución de responsabilidad probatoria.

Sin embargo, no resulta fácil aceptar que la presunción de inocencia sea sólo un mecanismo de imputación de responsabilidad probatoria. Tampoco parece admisible que, como tal, cuente con tan frágil sustento en el sistema jurídico. Por el contrario, pareciera que su reemplazo afecta el sistema jurídico más allá de la sola alteración en la carga del *onus probandi*. Es lo que se intentará mostrar a continuación.

En efecto, la presunción de inocencia no puede ser explicada sin una radical conexión con la lógica del proceso penal y con los derechos fundamentales. Las perspectivas que entienden a la presunción de inocencia como mecanismo para la fijación del *onus probandi* en la acusación presentan una conexión insuficiente con esos datos. De ahí que, aunque bien orientadas, no ponen de manifiesto la radical significación de la misma.

1.2. UNA CONCISA JUSTIFICACIÓN IDEOLÓGICA DESDE LA ILUSTRACIÓN

Es efectivo que la fijación de la responsabilidad probatoria es fundamental para explicar la presunción de inocencia. Sin embargo, esta idea no recoge íntegramente su significación para el sistema jurídico, pues existiría un objetivo superior que no se plasma en su función probatoria.

En efecto, la presunción de inocencia sólo puede ser adecuadamente explicada desde el derecho penal y en radical conexión con los derechos fundamentales. Esta es la idea inicial de la tesis que a continuación se explica. Ella permite reconocer a la presunción de inocencia como mecanismo de garantía, a los derechos fundamentales como objeto de su tutela y a la atribución de responsabilidad probatoria en quien pretende la aplicación del *ius puniendi* como medio para la eficacia de aquélla. Una primera aproximación a esta tesis recomienda atender al aporte ideológico generado desde la ilustración.

La presunción de inocencia en los términos que hoy se entiende nace en y a propósito del moderno proceso penal.⁶⁴ Es efectivo que operó como reacción ilustrada frente a las prácticas del vigente paradigma inquisitivo. Pero, más allá de esto, su formulación se enlaza directamente con los postulados ideológicos del nuevo pensamiento.

El enjuiciamiento inquisitivo funcionaba, en la práctica, tratando al imputado como si fuese un culpable. Es efectivo que la aplicación de la condena estaba formal-

⁶⁴ Aunque la presunción de inocencia surge en el proceso penal, ello no es obstáculo para aplicarla a otras áreas del derecho. Por ejemplo, en el caso español, así ha ocurrido respecto del derecho administrativo sancionatorio.

mente reservada para el momento de la sentencia final. Sin embargo, bastaban las sospechas para que el individuo quedara sometido a los tormentos, encierros y demás tratos crueles del proceso.⁶⁵

Frente a esa situación, los pensadores ilustrados levantaron la inocencia de todo imputado como supuesto del proceso criminal. Ella habría sido una de las exigencias más generalizadas en la época de la revolución francesa.⁶⁶ Se ha dicho incluso que, junto con el otorgamiento de plenos derechos a la defensa, la idea coronaría un nuevo paradigma de enjuiciamiento penal.⁶⁷

Manifestación de la centralidad de la inocencia es su inclusión en los catálogos de derechos de 1789 en Francia y de 1791 en Estados Unidos.⁶⁸ Es probable que esas ideas se universalizaran bajo la fórmula de presunción de inocencia precisamente debido a que así se enunciaba en la Declaración Francesa. En efecto, su artículo 9º expresó que todo hombre se presume inocente a menos que se pruebe lo contrario.

La centralidad de la inocencia en el discurso ilustrado no sólo responde a un intento de humanizar el derecho penal. Su decidida afirmación es resultado inevitable de aplicar las lógicas de esta nueva ideología al proceso penal. En particular, las fundamentales nociones de contrato social, sostenida por los pactistas, y de derechos naturales, por el iusnaturalismo racionalista.⁶⁹

Como se sabe, la idea de derechos inherentes a la naturaleza humana no es una innovación ilustrada. Sin embargo, ahora se enarbolan como mecanismos para blindar a los individuos frente a la autoridad del monarca.⁷⁰ En virtud del pacto

⁶⁵ Ver Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez, "Derecho procesal penal", p. 86; Vázquez Sotelo, "La presunción de inocencia", especialmente pp. 114 y 115.

⁶⁶ Prieto Sanchís, en Peces-Barba, Fernández García y De Asís Roig, tomo II, volumen II, especialmente pp. 144 a 173.

⁶⁷ Vázquez Sotelo, "La presunción de inocencia", p. 114.

⁶⁸ Ver artículo 9º de la Declaración francesa y Quinta enmienda a la Constitución de Estados Unidos de América.

⁶⁹ Para Bramsted y Melhuish la doctrina de los derechos del hombre contenida en la Declaración francesa de 1789, síntesis histórica del pensamiento ilustrado con pretensión vinculante, fue manifestación de la ley natural, de los derechos naturales y el pacto social. En "El liberalismo en occidente. Historia en documentos", tomo II, p. 133.

⁷⁰ Peces-Barba Martínez en Peces-Barba Martínez, Fernández García y De Asís Roig, "Historia de los derechos fundamentales", tomo II, volumen II, pp. 121 y 122.

social, la legitimidad del poder público y, por tanto, la subordinación al mismo dependerá del efectivo respeto de tales derechos.⁷¹

Ese conflicto entre derechos y potestad estatal resulta perfectamente transferible al ámbito procesal penal. En el período prerrevolucionario el *ius puniendi* constituía una de las más directas manifestaciones del poder real. Durante los siglos XVI y XVII, éste lo había ido concentrando progresivamente y en exclusiva.⁷²

Pues bien, el pensamiento ilustrado no cuestionó la existencia de la potestad punitiva. Supuso que la conservación de un orden social jurídicamente legitimado exige incluso doblegar la voluntad de los súbditos.⁷³ Pese a ello, sí advirtió los riesgos que su ejercicio importaba para el efectivo disfrute de los derechos.

Por ello, quien deseara afectarlos mediante el ejercicio del *ius puniendi* debía probar la legitimidad de su procedencia. En otras palabras, a quien pretendiera su aplicación correspondía la responsabilidad probatoria respecto del ilícito. Mientras ello no ocurriera, el individuo debía continuar disfrutando de sus derechos como si fuera inocente de los cargos imputados.

1.3. LOS DERECHOS HUMANOS COMO FIN Y LA ASIGNACIÓN DEL ONUS PROBANDI COMO MEDIO

En la actualidad, el ejercicio de la potestad punitiva no representa únicamente la amenaza advertida por los ilustrados. Como expresa Bascuñán Rodríguez, el ejercicio del *ius puniendi* es también un mecanismo de tutela de los derechos fundamentales. Por tanto, éstos operan como límite de dicha potestad, pero también como impulso para su ejercicio.⁷⁴

⁷¹ Fernández García en Peces-Barba Martínez, Fernández García y De Asís Roig, "Historia de los derechos fundamentales", tomo II, volumen II, pp. 34 y 35.

⁷² Segura Ortega expresa que el monarca concentra el *ius puniendi* y que prácticamente la totalidad de la legislación penal será dictada por él. en Peces-Barba Martínez, Fernández García y De Asís Roig, "Historia de los derechos fundamentales", tomo II, volumen II, especialmente la introducción del capítulo VI.

⁷³ Como señala Bascuñán Rodríguez, el paradigma ilustrado es liberal, no anarquista. Ello explicaría la legitimidad del *ius puniendi*, pese a que su ejercicio inevitablemente afecta derechos fundamentales. En "Derechos fundamentales y derecho penal", apartado 1.1.

⁷⁴ Bascuñán Rodríguez, "Derechos fundamentales y derecho penal", apartado 1.1.

Pese a esto, puede admitirse que las claves primarias del discurso ilustrado permanecen vigentes. Es decir, por una parte, que el ejercicio del *ius puniendi* puede afectar el disfrute de diversos derechos fundamentales. Por otra parte, que la presunción de inocencia constituye un mecanismo de garantía de estos mismos derechos.

En efecto, el disfrute de los derechos fundamentales del imputado puede verse afectado en cualquier momento del proceso penal. La máxima expresión en tal sentido se produce tras la dictación de la sentencia condenatoria. Sin embargo, ello también ocurre durante el enjuiciamiento porque, por ejemplo, es necesario realizar actuaciones tendientes a la averiguación del ilícito. O también porque se hace necesario el aseguramiento de la persona del imputado o la protección de la víctima.⁷⁵

La misma idea es expresada en los siguientes términos por la jurisprudencia constitucional española: “En efecto, al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema –la pena criminal–, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más “sagrado” de sus derechos fundamentales”.⁷⁶

Por tanto, en el ámbito procesal penal la conexión entre potestad punitiva y derechos fundamentales es directa. En aquél el debate se traduce frecuentemente en determinar en qué grado se admitirá la perturbación de éstos para la satisfacción de aquélla. En otras palabras, la tramitación del enjuiciamiento avanzará con esa tensión como contrapunto permanente.⁷⁷

⁷⁵ En este mismo sentido, expone Binder Barzizza: “Por ejemplo: para poder localizar una prueba puede hacerse necesario ingresar a un domicilio, o bien secuestrar un objeto o un documento perteneciente a una tercera persona, o bien efectuar una investigación corporal o mental sobre el imputado o sobre un testigo. Todos estos actos de investigación afectarían o bien el ámbito de la intimidad, o bien la reserva debida a los papeles privados, o bien la propiedad o la integridad física de las personas”. En “El proceso penal”, apartado II, subapartado 1, bajo el epígrafe “Autorizaciones jurisdiccionales”.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español 81/1998, fundamento jurídico 2, párrafo quinto. El texto transcrito es cita de la propia doctrina del Tribunal Constitucional, fijada en sentencia 41/1997, fundamento jurídico 5.

⁷⁷ La idea, que no es novedosa entre los estudiosos del proceso penal, se ve reflejada en el siguiente texto: “La historia del enjuiciamiento criminal es en definitiva la historia de la lucha, de la acción y de la reacción, entre los principios de “autoridad” y “libertad”, ninguno de los cuales debe perecer del todo en el camino del proceso. Al contrario, la armonización de ambas exigencias constituye precisamente el desafío para la *summa ars* del legislador”. Vázquez Sotelo, “La presunción de inocencia”, apartado III.

Una adecuada explicación de las llamadas garantías procesales debe considerar este dato. Esta exigencia es también aplicable, evidentemente, a la presunción de inocencia. Ella no puede comprenderse satisfactoriamente sin una directa relación con los derechos fundamentales. Y, además, con la tensión en que ellos se encuentran durante el proceso penal en virtud de la pretensión punitiva del Estado.

Si lo anterior es efectivo, resulta fácil advertir que la conexión entre presunción de inocencia y derechos fundamentales no es casual, ni secundaria. Por el contrario, es precisamente en estos derechos que se encuentra la justificación de aquélla. En efecto, la presunción de inocencia existe y subsiste en cuanto mecanismo para la protección de los derechos fundamentales del imputado.

Es en este contexto que debe comprenderse el sentido de la fijación del peso de la prueba en quien pretende la aplicación de la potestad punitiva. Durante el proceso penal la inocencia es afirmada como mecanismo cautelar de los derechos fundamentales. Por tanto, quien desee afectarlos debe probar que ello es necesario para los fines del procedimiento penal. Es decir, para la averiguación del ilícito, el aseguramiento del imputado, la protección de la víctima o el castigo penal, entre otros.

En consecuencia, si se suprimiera la presunción de inocencia no sólo se alteraría una determinada distribución de la carga probatoria. Al desaparecer una de sus garantías, lo que en realidad resulta dañado es un seguro disfrute de los derechos fundamentales.

En síntesis, la presunción de inocencia es un mecanismo para la tutela de los derechos fundamentales. Es efectivo que opera fijando la responsabilidad probatoria en el encargado de sostener la pretensión punitiva. Sin embargo, esta distribución del onus probandi, aunque le es esencial, constituye un medio al servicio de dicha finalidad cautelar.

Esta perspectiva permite apreciar mejor la significación de la presunción de inocencia para el sistema jurídico. Sobre todo, permite apreciar el verdadero alcance de las decisiones que la involucran. Si se afecta en algún grado o se desactiva, son derechos fundamentales los que resultan perturbados.

2. EL PROCESO JUSTO ES EL QUE RESGUARDA LA PREEMINENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La presunción de inocencia se inscribe en la lógica procesal y, para efectos de estas líneas, específicamente en la procesal penal. La Constitución chilena no dedica ningún enunciado normativo a expresar directamente la presunción de inocencia. Sin embargo, mediante una norma iusfundamental directamente estatuida sí concede el derecho fundamental a un proceso racional y justo. La significación de esta norma, cuya indeterminación es evidente, es el objeto de la reflexión que sigue.

2.1. UNA SIGNIFICACIÓN DESDE LAS OPCIONES VALORATIVAS DEL ESTADO DE DERECHO

La norma sobre el proceso racional y justo no permite precisar si desde la imputación un sujeto debe ser presumido inocente o culpable. Para subsanar esta indeterminación es necesario generar una nueva norma, adscrita a ella. Pero para que la nueva norma tenga jerarquía constitucional, su creación debe estar iusfundamentalmente justificada. Además, aquélla debe conectarse de manera necesaria y no casual con la que expresa el derecho al proceso justo.

La argumentación iusfundamental que aquí se propone parte del reconocimiento del alcance axiológico de la norma sobre el proceso racional y justo. En este sentido, Roxin afirma que la noción de proceso justo es consecuencia de las decisiones valorativas del Estado de Derecho.⁷⁸ En consecuencia, para precisar el alcance de la norma debe considerarse las opciones éticas del mismo.

En efecto, sólo será racional y justo el proceso que respete esas opciones valorativas. Por el contrario, no lo será el que las contraviene. La misma exigencia se extiende a las normas que pretendan adscribirse a aquélla. Por tanto, sólo podrán conectarse a esta norma iusfundamental directamente estatuida las que respeten las opciones valorativas del Estado de Derecho.

El reconocimiento del alcance axiológico de la norma iusfundamental relativa al proceso racional y justo no debe conducir a equívocos. Es efectivo que ni esa

⁷⁸ "Finalmente, el mandato superior del derecho procesal penal en su totalidad es el principio del proceso justo. Esta máxima en forma de cláusula general es una consecuencia de las decisiones valorativas fundamentales del Estado de derecho y del Estado social". Roxin, "Derecho procesal penal", p. 79.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno 325/2001, considerando 12. En el mismo sentido se cita sentencia 53/1988, de 5 de abril.

norma ni la que exprese la presunción de inocencia, en cuanto adscrita a aquélla, pueden desconocer dicha perspectiva. Sin embargo, estas líneas no pretenden una justificación axiológica o meramente valorativa de esta última.

En efecto, la argumentación que la adscriba a la norma constitucional sobre el proceso racional y justo debe fundamentarse jurídicamente. Pero no a partir de cualquier sistema jurídico, sino específicamente desde el derecho chileno. Más aún, la presunción de inocencia debe ser sustentada iusfundamentalmente, esto es, desde la cúspide del ordenamiento.

Como consecuencia, para que las decisiones valorativas del Estado de Derecho sean útiles a esta argumentación deben encontrarse expresadas en el sistema jurídico. Sólo las normas respetuosas de estas opciones podrán ser adscritas a la relativa al proceso racional y justo. Más específicamente, sólo las normas coherentes con las opciones que se expresan en el nivel constitucional.

En síntesis, la noción de proceso racional y justo será significada en cada caso desde las decisiones valorativas del Estado de Derecho. Para que esta significación sea jurídicamente relevante esas preferencias éticas deben estar recogidas por el derecho. Por tanto, un proceso será iusfundamentalmente justo en cuanto respete las opciones valorativas expresadas en el sistema jurídico y ante todo en la Constitución.

2.2. SUPREMACÍA Y LIMITABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una de las opciones valorativas más importantes del Estado de Derecho es la supremacía de los derechos fundamentales. Esto no se refiere sólo a su jerarquía constitucional, pues precisamente por ello son fundamentales. Ahora más bien se quiere expresar la preeminencia intraconstitucional que el propio derecho les concede.

En efecto, la propia Constitución chilena configura a los derechos fundamentales como marco para el ejercicio del poder. Así, prescribe que el logro de los fines en ella expresados debe buscarse con pleno respeto de tales derechos (artículo 1°). El ejercicio de la soberanía, dispone también, reconoce como limitación el respeto a los mismos (artículo 5°).

Debe destacarse que estas dos normas se encuentran en el capítulo I de la Constitución, sobre Bases de la Institucionalidad. El Tribunal Constitucional chileno ha señalado que ellas y otras del mismo Capítulo "son preceptos normativos que reflejan la filosofía que inspira nuestra Constitución".⁷⁹ En consecuencia, con aquéllas debe armonizar siempre la interpretación de las disposiciones de ésta.

Pero no sólo los dos preceptos indicados permiten sostener la supremacía de los derechos fundamentales. Ella también ha sido afirmada con carácter general por la jurisprudencia constitucional chilena. Al efecto ha sostenido que es un principio de interpretación universalmente reconocido la preeminencia de la libertad por sobre el ejercicio del poder público. Por tanto, en caso de controversia entre aquélla y éste, debe prevalecer la primera.⁸⁰

La supremacía que se atribuye a los derechos fundamentales no es sinónimo de intangibilidad. Ellos pueden ser limitados, pero sólo por o a partir de normas constitucionales. Esto es, por otros derechos fundamentales, por bienes constitucionalmente establecidos o por normas infraconstitucionales autorizadas por una norma constitucional.⁸¹ Esto se debe a que la satisfacción de cualquiera de estos intereses puede afectar el efectivo disfrute de determinados derechos fundamentales.

La propia Constitución chilena expresa varias hipótesis en que los derechos fundamentales pueden ser limitados.⁸² Por su conexión con este trabajo, especial mención merecen las vinculadas al ejercicio de la potestad punitiva. Al respecto se prescribe que sólo previa autorización judicial se podrá amenazar, perturbar o privar del disfrute de los mismos al imputado o a terceros.⁸³

El escenario recién planteado puede sintetizarse en la siguiente idea: los derechos fundamentales cuentan con supremacía, pero pueden ser limitados. La pregunta que sigue a esta síntesis es inevitable: ¿de qué sirve esa supremacía si igualmente pueden ser restringidos?

La respuesta puede encontrarse dotando de un adecuado sentido la noción de supremacía que se atribuye a los derechos fundamentales. Como se ha dicho, ella no es sinónimo de intangibilidad de tales derechos. En el otro extremo, tampoco puede ser un concepto vacío, que permita cualquier afectación de los mismos.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno 325/2001, considerando 6.

⁸¹ Alexi, cuya distinción aquí se sigue, denomina restricciones directamente constitucionales a las contempladas en la Ley Fundamental y restricciones indirectamente constitucionales a las de rango infraconstitucional autorizadas por aquélla (p. 277).

⁸² Considérese, por ejemplo, el propio número 26 del artículo 19 de la Constitución chilena. En él se afirma expresamente la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos fundamentales. La restricción se encuentra en la imposibilidad de afectarlos en su esencia. Es efectivo que la norma presenta innumerables problemas derivados no sólo de su aplicación sino incluso de su validez. Sin embargo, no corresponde por ahora extenderse sobre la misma.

⁸³ El artículo 80 A de la Constitución chilena dispone, en su inciso tercero, que “las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa”.

Pues bien, parece razonable ubicar ese punto medio en la expresión preeminencia. La supremacía de los derechos fundamentales consistiría, entonces, en su preeminencia frente a otros intereses. En particular, frente a otros derechos fundamentales o a bienes constitucionalmente expresados cuya satisfacción implicara una afectación de aquéllos.

Esta preeminencia se traduciría en que quien desee afectar un derecho fundamental debe justificarlo. Esto no significa simplemente oponerle otro derecho fundamental o un bien constitucionalmente expresado. La justificación debe incluir, además, la necesidad de la afectación y el grado en que ésta procede.

En síntesis, el doble juego de supremacía y limitabilidad de los derechos fundamentales se traduce en preeminencia. Preeminencia, en particular, frente a bienes constitucionalmente expresados, como el ejercicio de la potestad punitiva. Preeminencia que exige justificar su afectación a quien ello pretenda mediante el ejercicio del *ius puniendi*.

Pues bien, lo dicho permite dotar de significación jurídica un concepto primariamente axiológico. En efecto, un proceso será justo en cuanto respete la preeminencia de los derechos fundamentales. En otras palabras, un proceso será justo en cuanto la eventual afectación de tales derechos deba ser justificada por quien ello pretenda en el curso de un proceso penal.

3. CONCLUSIÓN

La conexión de la presunción de inocencia con lo hasta aquí expresado es evidente. Como se sostuvo más arriba, ella constituye un mecanismo de garantía de los derechos fundamentales. Para estos efectos radica la responsabilidad probatoria en quien persigue la aplicación del *ius puniendi*.

Por tanto, su eventual eliminación importa más que una alteración en la responsabilidad probatoria. Ello efectivamente ocurriría, pero no es lo verdaderamente relevante en el contexto del derecho penal y del procesal penal. La consecuencia más radical sería suprimir una garantía o mecanismo de tutela de los derechos fundamentales.

En efecto, sin presunción de inocencia los derechos fundamentales pueden ser vulnerados desde la imputación. Al penalmente perseguido le correspondería acreditar que esto no es necesario. O, al menos, debería demostrar que la intensidad de la afectación pertinente es inferior a la solicitada.

Esto es claramente contrario a la constitucional noción de proceso racional y justo que recién se explicara. Un proceso tiene tales calidades en cuanto se configura de acuerdo con las opciones valorativas expresadas en el sistema jurídico y ante todo en la Constitución. Como se sabe, entre tales opciones valorativas se encuentra la preeminencia de los derechos fundamentales. Por tanto, un proceso es racional y justo en cuanto respeta la preeminencia de los derechos fundamentales.

Lo dicho permite advertir que una norma que concede el derecho a la presunción de inocencia no es iusfundamentalmente indiferente. En cuanto mecanismo de tutela de los derechos fundamentales, garantiza su preeminencia frente a quienes pretenden su afectación. Expresa, por tanto, directamente lo que la Constitución chilena entiende por derecho a un proceso racional y justo. Su sustitución por la opción normativa contraria (presunción de culpabilidad) se encontraría en contradicción con este mismo derecho fundamental.

De este modo, la norma relativa a la presunción de inocencia no tiene una relación casual con aquella que concede el derecho al proceso racional y justo. Por el contrario, con esta última presenta una conexión necesaria, pues la dota de sentido. Además, esa nueva norma puede ser justificada, al menos parcialmente, desde el derecho fundamental al proceso justo.

En síntesis, al justificar la presunción de inocencia desde la tutela de los derechos fundamentales y desde las opciones valorativas iusfundamentalmente expresadas permite afirmar que es otorgada por una norma iusfundamental. Ella se adscribe de modo necesario y encuentra su explicación, al menos en parte, en la relativa al proceso racional y justo. Por tanto, esta nueva norma, de jerarquía constitucional, expresa un derecho fundamental: a la presunción de inocencia.

Sólo una consideración final. El derecho fundamental a la presunción de inocencia encarna una opción por el respeto de la preeminencia de los derechos fundamentales. Es efectivo que su supresión y reemplazo por la presunción de culpabilidad desde la imputación no está vedada para el constituyente. Sin embargo, esta alteración jurídica importaría también una contradicción con las opciones valorativas constitucionalmente expresadas.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, *"El concepto de derechos fundamentales"*, en http://derecho.udea.edu.co/contenido/eventos/principal/convencion_latinoamericana/docentes/archivos/luis_aguiar_de_luque.doc, fecha consulta internet: 12 de abril de 2003.
- ALEXY, Robert, *"Teoría de los derechos fundamentales"*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *"Derechos fundamentales y derecho penal"*, en <http://www.yale.edu/lawweb/lawfac/fiss/sbascunan.pdf>, fecha consulta internet: 2 de abril de 2003.
- BERTELSEN R., Raúl, *"El rango jurídico de los tratados internacionales"*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 23, Nº. 2 y 3, T. I, septiembre de 1996. Número Monográfico: "Aplicación del Derecho Internacional en Chile".
- BINDER BARZIZZA, Alberto, *"El proceso penal"*, en <http://www.ilanud.or.cr/dd57.doc>, fecha consulta internet: 12 de mayo de 2003.
- BRAMSTED, E. K., y MELHUIISH, K. J., *"El liberalismo en occidente. Historia en documentos"*, tomo II, Las raíces del liberalismo. El siglo XVIII, traducción de Eloi Fuentes, Unión, Madrid, 1982.
- CÁNOVA GONZÁLEZ, Antonio, *"¿Es necesaria la revisión por el Tribunal Constitucional de las decisiones judiciales? Un tema pendiente de discusión entre los juristas iberoamericanos"*, en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/ICI/05-01-foro-revision.htm>, fecha consulta internet: 20 de enero de 2003.
- COLOMA CORREA, Rodrigo, *"La obligación de motivar los hechos en las sentencias penales"*, en Universidad Católica de Temuco, Seminario Reforma Procesal Penal, Santiago de Chile, ConoSur, 2001, páginas 225-241.
- GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, CORTÉZ DOMÍNGUEZ, Valentín, Derecho Procesal Penal, Colex, tercera edición, Madrid, 1999.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, José Luis, *"Análisis de la fórmula: "interpretación jurídica" del párrafo cuarto del artículo 14 constitucional"*, en <http://www.filosofiaydercho.com/rtfd/numero5/interpretacion.htm#. %20Sobre%20el%20concepto%20de%20la%20interpretación>, fecha consulta internet: 4 de marzo de 2003.
- JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, *"Sistema jurídico y derechos humanos"*, en <http://derecho.org/comunidad/lexetiure/sistema.htm>, fecha consulta internet: 2 de abril de 2003.

- KÜNSEMÜLLER L, Carlos, *“La recepción del principio “nulla poena sine culpa” en el derecho penal chileno”*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, año XCVIII, 2001, número 1, enero–marzo. En este trabajo se ha seguido la versión en internet: <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm>, fecha consulta internet: 17 de marzo de 2003.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *“El derecho a la información como derecho fundamental”*, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/7/5.pdf>, fecha consulta internet: 16 de abril de 2003.
- PALOMBELLA, Gianluigi, *“Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría”*, en Doxa Nº 22, 1999, páginas 525-579. En este trabajo se ha seguido la versión en internet: http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuaderno22/DOxa22_24.pdf, fecha consulta internet: 19 de enero de 2003.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, y DE ASÍS ROIG, Rafael (Dirección), *“Historia de los Derechos Fundamentales”*, Dykinson, S.L., Madrid, 2001.
- ROXIN, Claus, *“Derecho procesal penal”*, traducción de la 25 edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, *“¿A quién pertenece la historia clínica? Una propuesta armonizadora desde el lenguaje de los derechos”*, en <http://www.ajs.es/RevistaDS/Vol1002-8.pdf>, fecha consulta internet: 15 de abril de 2003.
- TEJADA GORRÁIZ, Queralt, *“La crisis de la ley”*, en <http://www.uv.es/~afd/CEFD/2/queralt.html>, fecha consulta internet: 2 de abril de 2003.
- VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, *“La presunción de inocencia”*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 103-137.



V. DISCURSO MAPUCHE Y DERECHOS HUMANOS

Rodrigo Lillo Vera^{1,2}

¹ Abogado y profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco.

² Agradezco las sugerencias y observaciones de Rodrigo Coloma.



INTRODUCCIÓN

Durante la última década, uno de los conflictos en Chile que ha generado uno de los mayores niveles de atención por parte de los medios de prensa y de los tres últimos gobiernos, ha sido el llamado "conflicto mapuche".³

El Instituto Libertad y Desarrollo realizó un estudio en julio de 2002,⁴ donde se da cuenta de que los noticiarios de los principales canales de televisión (Megavisión, Chilevisión, Televisión Nacional y de la Universidad Católica), mostraron 75 noticias referidas a este tema, entre enero y marzo del mismo año. La imagen que ofrece la prensa de los mapuche,⁵ los muestra como los protagonistas exclusivos del conflicto; en general, se les ve como organización(es), no como pueblo o cultura.

En junio del 2002 se realizó una sesión especial de la Cámara de Diputados, para debatir acerca del "conflicto mapuche". En este debate especial se planteó que "el terrorismo se expande en sectores rurales de la Novena Región y en la parte sur de la Octava Región",⁶ producto de la infiltración o de la "instrumentalización" de los mapuche por grupos radicalizados. Se hicieron propuestas al gobierno consistentes en la toma de medidas para proteger la seguridad de la zona. En definitiva, la Cámara de Diputados acordó expresar su rechazo a la violencia como mecanismo de reivindicación de tierras y de obtener decisiones de la autoridad y solicitar al gobierno que se haga parte en todos los procesos judiciales "iniciados a raíz de estos delitos violentos en contra de estas personas".

En julio de 2003 la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado chileno, conformado por parlamentarios de distintos partidos, emitió un voto de mayoría,⁷ en que se afirma que:

³ Aunque esta denominación es equívoca, ha sido acuñada por la prensa y recogida por la opinión pública. Lo que en sí, denota ya cierta percepción de la cuestión.

⁴ Serie Informe Social N°. 69 "La Cuestión Mapuche en los noticieros de televisión", Magdalena Gaete, Instituto Libertad y Desarrollo.

⁵ Ver FAÚNDEZ, Juan, "El discurso de la prensa de circulación nacional y el conflicto mapuche", en "Derechos, Reforma a la Justicia y Pueblo Mapuche", Instituto de Estudios Indígenas y Corporación FORJA Formación Jurídica para la Acción, pp. 109-116 (2002).

⁶ Intervención del Diputado Francisco Bayo.

⁷ El senador Rafael Moreno de la Democracia Cristiana planteó un voto de minoría en el que sostuvo que el senado carecía de facultades fiscalizadoras y que el problema indígena tenía más dimensiones que el sólo aspecto de la seguridad pública.

“A partir de la época indicada (mitad de la década del 90’) comenzó a hacerse patente en la zona un clima de efervescencia, que ha tenido por constante el intento de delimitar ciertos sectores territoriales para ser denominados “tierra mapuche” o más directamente “territorio mapuche”, respecto del cual inicialmente se reclamó propiedad, sobre la base de derechos ancestrales incluso anteriores a la instauración de la República, declarándose más tarde claros propósitos autonomistas, exigiendo un territorio y un gobierno propio y desconociendo las autoridades del Estado de Chile legalmente constituidas por parte de connotados dirigentes y promotores de estas acciones”

Las razones históricas del conflicto escapan a las finalidades de este artículo; me interesa en cambio, analizar el conflicto que se ha generado en torno a la demanda reivindicada por el movimiento mapuche.

En efecto, el discurso que han ido paulatinamente asumiendo líderes mapuches, con mayor o menor propiedad, ha provocado una oposición transversal en la sociedad, principalmente, en los actores políticos.⁸ Se cuestiona el discurso mapuche porque atenta contra las Bases Institucionales establecida en la Constitución Política. En primer término, porque una demanda que pone énfasis en las diferencias y que reclama autonomía de carácter colectivo, es contraria a la unidad nacional, y al carácter unitario del país; aunque, probablemente, la principal oposición proviene de que, en definitiva, la demanda de los mapuche sería una demanda que se contraponen con los derechos humanos. Las demandas de los indígenas, no provocarían otro efecto que socavar el escenario (la democracia) que las hace posible. Se ha dicho que el discurso mapuche (y a estas alturas, el de los indígenas en general) es de carácter comunitarista, que se enfrenta fundamentalmente al liberalismo, en tanto este discurso —como el de los movimientos indígenas en América Latina— opondría interferencias o contenciones al ejercicio de la autonomía individual; que consiste básicamente en la capacidad que tienen las personas de establecer un plan de vida y actuar conforme a él, de escoger y decidir de acuerdo a sus propias opciones.

Para referirse a la legitimidad y/o exactitud de esta pretensión, y habida cuenta de que se trata —tal como lo dicen los propios indígenas— de reivindicación de derechos, es necesario contrastar el discurso del movimiento mapuche con la noción de Derechos Humanos y su desarrollo.

⁸ Ver LILLO, Rodrigo. 2001. “Situación de los Derechos Indígenas en Chile”, inédito.

Para realizar este examen haré un análisis desde una doble perspectiva. Por una parte, intentaré demostrar por qué la demanda mapuche reconoce su fundamento y justificación en la doctrina de los derechos humanos (aun cuando algunos de quienes sostienen éstas demandas, ignoren este origen). En segundo término, y en una discusión —aunque poco novedosa, no menos importante— en el contexto de este debate, intentaré precisar aquellos aspectos de las demandas que sí pudieren constituir vulneración de los derechos humanos, o pueden inducir a ello, y en que los defensores de los derechos indígenas y los líderes de ellos deben poner su preocupación.

EL DISCURSO MAPUCHE: UNA DEMANDA POR RECONOCIMIENTO

Hablar del discurso mapuche implica referirse a algo sumamente heterogéneo, por lo mismo complejo. No existe actualmente en el movimiento mapuche un solo discurso, con unas demandas y propuestas que se condigan con él. Asimismo, en la historia del “movimiento mapuche” nos encontramos con varios discursos, incluso contradictorios entre sí (pero esto, probablemente ocurra en todas las sociedades). No obstante estas dificultades, y para efectos de este trabajo, intentaré hacer una descripción muy gruesa y general de la demanda mapuche, destacando aquellos elementos reiterativos y destacables, aunque para ello pierda en prolijidad, por encasillar a discursos diferentes bajo una misma categoría.

En una perspectiva histórica, es a comienzos del siglo XX cuando se empieza a escuchar una demanda reivindicativa mapuche, con la conformación de las primeras organizaciones indígenas, cuya principales preocupaciones consistirán en la manera de integrarse en el espacio social de sus vencedores, fundamentalmente a través de la educación,⁹ y de cómo defender las tierras tituladas por el Estado del avance de los colonos.

El discurso reivindicativo mapuche siempre ha tenido una relación directa con la cuestión de tierras; por eso varios autores¹⁰ coinciden en el hecho que el proceso,

⁹ BENGOA, José, 1996. “Historia del Pueblo Mapuche”; Ediciones Sur. Santiago, 5ª edición, 1996; p. 382 y siguientes; MARIMAN, Pablo, 1997. “Tierra y legislación: una mirada desde el programa del movimiento mapuche”; en revista Liwen N° 4: Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Temuco, 1997, pp. 143-171; MARIMÁN, Pablo. 1999. “Coñoeapan en el Parlamento de 1947. Argumentos de la Corporación Araucana”; en revista Liwen N° 5: Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Temuco, 1999, pp. 157-174.

¹⁰ BENGOA, José, 1996; MOLINA, Raúl. 2000; PARMELLE, Elizabeth. Sin fecha. CALFUCURA, Jorge. Sin fecha. NAGUIL, Vctor. 1999.

por el cual se titularon tierras para los mapuche generó una serie de consecuencias que marcan un profundo cambio en la sociedad mapuche, tanto en lo cultural, en lo político, como en lo económico. La organización política se ve fuertemente fragmentada y debilitada: la figura de *logko* (cacique), que se levantaba en torno a la posesión de tierras y riquezas, pasará a ser con el tiempo una figura casi decorativa, que resguarda sólo algunas funciones.¹¹

En la segunda mitad de la década del `60, y hasta comienzos del `70, los mapuches participaron en el proceso de Reforma Agraria, al formar parte de los asentamientos a los que se le traspasarán la tierras expropiadas. Se trata en este caso de una demanda “campesinista”, que consiste en la idea de verse a sí mismos como campesinos proletarios, con requerimientos de tierra para la labranza, la que políticamente se origina también en la idea de la acción afirmativa (*affirmative action*); es decir, la idea de que otorgando beneficios especiales a determinada parte de la población ahora, permitirá que en el futuro se puedan hallar en situación de igualdad que haga innecesarias las franquicias actuales, y sin hacer referencia —en cambio— a una identidad étnica especial.

Posteriormente, en el gobierno militar, la tenencia mapuche de la tierra se verá nuevamente afectada, desde un doble flanco. Por una parte, a través de la “contrarreforma agraria”, proceso que pone fin a la Reforma Agraria y redistribuye las propiedades expropiadas, sea parcial o totalmente a sus antiguos dueños —por medio de la revisión de la indemnización hecha a los expropiados— o bien, rematando aquellas tierras que permanecían a nombre de CORA,¹² principalmente en favor de empresas forestales. Por otra, se materializa la división casi total de los títulos de merced que habían sido entregados por el Estado a los indígenas. La principal preocupación de los mapuches durante el gobierno militar, será impedir la división de tierras de las comunidades del movimiento y proteger las tierras indígenas, lo que será considerada en la elaboración de la nueva legislación indígena (1990-1993).¹³

¹¹ “Hasta los años cincuenta la sociedad mapuche aún tenía sus jueces, todavía tenía *logkos* que dirimían los conflictos, y existían ciertos métodos propios para superar las diferencias, como el *juego del palín*” (PÉREZ -SALES, Pau; BACIC, Roberta y DURÁN, Teresa. 1998. “Muerte y despacrición forzada en la Araucanía”. Una aproximación étnica”. Universidad Católica de Temuco; p. 65).

¹² La Corporación de la Reforma Agraria (CORA) fue el órgano público que estuvo a cargo de decidir y ejecutar las expropiaciones, y entregar las tierras a los campesinos, promoviendo actividades agrícolas; más tarde, durante el Gobierno Militar, administrará la restitución de los predios y/o el pago de indemnizaciones.

¹³ Ley Nº 19.253, sobre fomento, protección y desarrollo de los indígenas, de 5 de octubre de 1993.

En términos genéricos, todo el desarrollo discursivo político del movimiento mapuche durante gran parte del siglo XX hasta ahora, es un discurso campesinista, que se restringe a la reclamación de tierras en el marco de las reducciones que le fueron asignadas por el Estado.¹⁴ A partir de la crítica al Acuerdo de Nueva Imperial, desde la organización Consejo de Todas Las Tierras (que nace como una escisión de Ad Mapu) y del Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, surge un discurso, que algunos autores¹⁵ han denominado como *etnonacional*. Éste contiene la idea que los problemas de los mapuches se deben a que están sometidos a un régimen político de *colonialismo interno*. Las condiciones impuestas tras la derrota, a fines del siglo XIX, convirtieron a los mapuches en una minoría oprimida y colonizada. Oprimida, porque no les fue reconocido “ningún derecho en tanto colectividad social, única y diferenciada”.¹⁶ Colonizada, porque le fue expropiada su base material (territorio y riquezas).

“La causa principal de la situación de los mapuches, en tanto “personas y colectividad, se debe a la dominación que el Estado ejerce sobre nosotros, negándonos el legítimo derecho a habitar un territorio, a practicar y desarrollar nuestra cultura y a decidir por nosotros mismos el tipo de gobierno que rija nuestro destino”.¹⁷

En este contexto el Consejo de Todas las Tierras sostiene que “el derecho a la autodeterminación constituye una condición determinante para el ejercicio efectivo de los derechos, reconocido en el proceso constitucional y define la base institucional para la nueva relación con el Estado chileno”.¹⁸

¹⁴ Cfr. MARIMÁN, Pedro. 1997; “La Diáspora mapuche. Una reflexión política”; en revista Liwen N° 4: Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Temuco, 1997, (216-223). ANCÁN, José y CALFÍO, Margarita. 1999. “El retorno al país mapuche. Preliminares para una utopía por construir”; en revista Liwen N° 5: Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Temuco, 1999, (43-78).

¹⁵ FOESTER, Rolf; VERGARA, Jorge. 2000. “Los mapuches y la lucha por el Reconocimiento en la sociedad chilena”; en CASTRO, Milka (ed.). 2000. Actas del XII Congreso Internacional “Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos en el tercer milenio. Marzo, 13-17 de 2000. Arica, Chile”. Universidad de Chile, Universidad de Tarapacá; pp. 191-205

¹⁶ MARIMÁN Pedro; op. cit.; p. 218.

¹⁷ CAYUQUEO, Pedro. 1999. “La autodeterminación mapuche en el marco de un Estado multinacional”. Ponencia presentada en el foro: Estado y Pueblo Mapuche: Derecho Indígena, Territorio, Autonomía. Universidad Academia de Humanismo Cristiano; en www.soc.uu.se/mapuche; p. 4.

¹⁸ Consejo de Todas Las Tierras. 1999. “Los Derechos de los Pueblos Indígenas. Un Desafío para la Democracia”, en “Jornada Temática: Los Derechos de los Pueblos Indígenas. Un Desafío para la Democracia” (p. 156). Secretaría de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados. Santiago, 12 Julio de 1999; p. 144.

Si bien se reiteran en la voz de la dirigencia las palabras de *autonomía, libre determinación, territorio*, no pareciera que el movimiento se encuentre organizado de acuerdo a estos contenidos e ideas trascendentales, ya sea porque estos conceptos se entienden de manera muy diferente o, simplemente, porque se utilizan en el discurso pero no se *manejan*. Aun ante ésta situación, es posible encontrar contenidos comunes y persistentes entre los discursos de la elite mapuche; entre los destaca, la pretensión de reconocimiento político y jurídico. Ya en el proceso de consulta para la elaboración de la actual legislación sobre indígenas se consideraba la necesidad de que se reconociera legalmente a los indígenas, individual como colectivamente (pueblo o comunidad).¹⁹

Por otra parte, se aprecia una lenta, pero sostenida, evolución del discurso, desde una reivindicación por tierra, a una por territorio. Las que sin ser contradictorias, son diametralmente diferentes, y en el discurso de las organizaciones, se tienden a confundir.

La demanda por tierra, como se ha dicho, es una tributaria del discurso indigenista y del propio programa del movimiento indígena, y es el contenido principal de la reivindicación indígena, la “devolución de las tierras usurpadas”. Aunque cuáles sean aquellas, es un cuestión más oscura, ya que en sus quejas los mapuches incluyen situaciones de distinta naturaleza, donde la pérdida proviene de diferentes causas, a veces difíciles de establecer.²⁰

El territorio, en cambio, tiene diferentes sentidos. Por una parte es una noción política; en este sentido, “es el elemento esencial que contiene al grupo, que posibilita su existencia y asegura su porvenir. El territorio no es la tierra —tomada únicamente como un factor de la producción económica— sino que es un espacio político donde el grupo étnico ejerce un dominio que se esfuerza por mantener —y muchas veces recuperar— ante adversarios reales o potenciales”.²¹ Pero también el territorio tiene una connotación económica, y se vincula a la pertenencia y uso de los recursos naturales de un espacio delimitado; en este sentido el territorio es una nueva forma de relación y distribución de los recursos escasos, distinto del derecho de propiedad (sentido jurídico), y que en el ámbito de los indígenas, incluso sobrepasa las relaciones materiales.

¹⁹ Comisión Especial de Pueblos Indígenas CEPI. Sin fecha. “Nueva Ley Indígena (Borrador de discusión)”; pp. 10-14.

²⁰ LILLO, Rodrigo. 2003. “Los Conflictos de Tierra de los mapuches en Arauco Sur”, inédito.

²¹ MARIMÁN, Pedro; op. cit.; p. 221.

En cuanto a la definición (delimitación) del *territorio mapuche*, en tanto elemento constitutivo de un pueblo o nación, existen diferentes propuestas; algunas ambiguas e incompletas, como la del Consejo de Todas las Tierras, que plantea la devolución de un territorio ancestral desde el río Bío Bío al sur. La de las Identidades Territoriales, conformadas por organizaciones de base, que aspiran a reconstituir las organizaciones del siglo XVIII y XIX, también denominados butalmapus y que distinguen espacios territoriales según las relaciones familiares, prácticas culturales y características ecológicas de los espacios de ocupación.²²

Otra fórmula establecida de delimitación territorial, lo constituye la fórmula utilizada por Liwen, formada por la región de la Araucanía más algunas zonas adyacentes²³. Como LAVANCHY²⁴ ya ha señalado, en este espacio la población mapuche no es mayoría, con lo que en definitiva podría no tener la preponderancia, en una región que aspiran a dirigir. Por eso, una recuperación del territorio implica necesariamente una operación de "retorno y repoblamiento del país mapuche"; que debe ser el desafío y la utopía del movimiento mapuche.²⁵

Por otra parte, ANCAN y CALFIO utilizan el término *País Mapuche* para referirse a un territorio histórico de influencia, que tiene como frontera el Bío Bío por el norte; e incluye por el sur —con excepción de la provincia de Valdivia— hasta Llanquihue; y al este las pampas argentinas.²⁶

También se puede apreciar como parte relevante del discurso mapuche un reclamo por el manejo o control de los recursos naturales de un espacio determinado, como es el caso de la Identidad Territorial Lafquenche.

Otro de los énfasis en el actual discurso en el liderazgo mapuche (y que lo diferencia de la demanda de los 80'), consiste en resaltar las diferencias de paradigma

²² Pascual Coña describe con cierta precisión esta organización, aunque es necesario advertir que existen varias versiones de esta división. "En tiempo antiguo había cuatro tierras aliadas: una del norte que comprendía Cañete, Paicaví, Quidico, Pangueco; otra se extendía de Boroa hacia la Cordillera; otra de San José hacia el sur y la cuarta, este Ngulumapu desde Imperial acá". COÑA, PASCUAL. 2000. "Testimonio de un cacique mapuche". Editorial Pehuén, Santiago, 2000; p. 134

²³ MARIMÁN, José y Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. 1990. "Pueblo Mapuche. Estado y Autonomía Regional". Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco, 1990; p. 28.

²⁴ LAVANCHY, Javier. 1999. "Conflicto y propuestas de autonomía mapuche"; en <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/lava1.html>

²⁵ ANCAN, J., et. al.; op. cit.; p. 74.

²⁶ ANCAN J., et. al., op. cit.

desde las que se plantean una y otra sociedad. En esta perspectiva, el reconocimiento de los mapuche como minoría nacional, no implica más que dar cuenta de una realidad palpable, que muchos de los problemas que tienen se debe precisamente al desconocimiento de esta realidad. Los mapuches afirman tener otra forma de ver las cosas, que se traducen en cuestiones fundamentales como el derecho o el desarrollo. No obstante, también en esta idea se pueden encontrar matices entre quienes colocan esas diferencias en aspectos culturales, y quienes lo centran más bien en lo político.

En este último sentido, NAGUIL hace un cuestionamiento del concepto de desarrollo y modernización en Chile, porque se restringe al solo aspecto del crecimiento, excluyendo un elemento fundamental, como es el mejoramiento de la calidad de vida. Pero también, advierte NAGUIL, que cuando éste se relaciona con el pueblo mapuche, el ejercicio de la autodeterminación "representa una pieza clave, y debe ser la columna vertebral en una nueva conceptualización del desarrollo y la modernización en el marco territorial mapuche".²⁷ También en este sentido político, REIMAN atribuye el origen de las dificultades (una pérdida territorial importante y la situación de pobreza crítica) a que se ven enfrentados los mapuche, a la estrategias utilizadas por el Estado y a la penetración ideológica de los partidos políticos en las organizaciones mapuche.²⁸

En cambio, para las Identidades Territoriales la diferencia se encuentra en que:

"el desarrollo y el territorio para la cultura mapuche responden a otra lógica. Nuestra visión de desarrollo está enmarcada en el *ad mapu*, es a través de él que nos relacionamos con la naturaleza y desde donde podemos reconocer nuestra identidad. El desarrollo lo vemos en forma multidimensional, donde esté presente lo material y lo espiritual".²⁹

En el mismo sentido de rescate de la diferencia, para José QUIDEL y Fernando JINEO "nos encontramos en una profunda crisis existencial, trastocación (sic) de

²⁷ NAGUIL, Víctor 1997. "Desarrollo Mapuche y Derecho de Autodeterminación"; en revista Liwen N° 4: Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Temuco, 1997, (8-35); p. 11.

²⁸ REIMAN, Alfonso. 2000. "Asociación Comunal de Comunidades Mapuche Ñancuqueo. Lumako"; en PÉREZ, Sandra. (comp.) 2000 *Pueblo Mapuche: Desarrollo y Autogestión. Análisis y perspectivas en una sociedad pluricultural*. Ediciones Escaparate, Temuco; p. 150.

²⁹ Identidades Territoriales. 2002. "Nuestra Visión Del Desarrollo Territorial Reflexión Colectiva de las Identidades Lafkenche, Calafquenche, Nangche, Wenteché, Huilio, Makewe Y Pewenche". Declaración pública, junio de 2002, en www.derechosindigenas.cl

valores, un exceso de individualismo..."³⁰... "La propuesta nuestra es que cada territorio se reconstruya a partir de sus referentes existentes", y de sus autoridades propias, el *logko*, *ñizol logko*, *werken*, *machi*, *gempiñ*; recuperar y fomentar la educación mapuche y las prácticas religiosas; práctica de la justicia propia o autorregulación.³¹

Los matices que se plantean son fundamentales para apreciar la diferencia de planteamientos y proyectos al interior del movimiento mapuche, y constituye un núcleo del discurso que podemos enfrentar con la doctrina de los derechos humanos. Así, para la visión *culturalista*, la autonomía mapuche no es sólo una cuestión política, sino que de lo que se trata es de luchar "en contra de un tipo de racionalidad anclada en un discurso de poder que representa la racionalidad científica occidental",³² por lo que pasa por entender el carácter enajenado del Estado chileno y los chilenos. Se define la autonomía como un "proceso de autoconstrucción sociocultural, donde la capacidad sobre ella misma es lo que viabiliza su proyecto social".³³ Esto constituye la médula de las diferentes maneras de apreciar la cuestión de las minorías nacionales y los horizontes que esta cuestión, a tal punto, que (por poner un ejemplo) la crítica que CURÍN y VALDÉS hacen a la propuesta de Liwen, se basa en el carácter reformista que ven en ella, ya que ésta se sustenta en definiciones y principios de la racionalidad no indígena, desde el Estado.

La relación establecida por dicha institucionalidad —según estos autores— "tiene que ver con la explotación de los recursos naturales, sociales y culturales para efectos de mercado, pero separa el mundo de lo natural del mundo social, en dicha institucionalidad no hay conexión entre estos dos mundos sino de dominación sobre la materia, en este sentido, explotar a sus ciudadanos y su entorno, entregar sin ningún miramiento sus recursos cuando tienen que someterse al mundo mercantil, es parte de su correlato lógico, cuestión que para un mapuche no tiene ningún sentido".³⁴

³⁰ QUIDEL, José y JINEO, Fernando. "Las raíces para nuestro cultivo", en Caro, Aracely; Durán, Teresa y Tereucán, Julio, ed. *Estilos de desarrollo en América Latina*. Universidad Católica de Temuco, Universidad de la Frontera. Temuco, 1999. (pp. 147-158); p. 155.

³¹ QUIDEL et. al., op. cit.; p. 156.

³² CURIN, Eduardo; VALDÉS, Marcos. 2000. "A los intelectuales; o de cómo resulta necesario repensar la cuestión mapuche"; en PÉREZ, Sandra. (comp.) 2000 *Pueblo Mapuche: Desarrollo y Autogestión. Análisis y perspectivas en una sociedad pluricultural*, Ediciones Escaparate, Temuco; p. 171.

³³ CURÍN, E., et. al.; op. cit.; p. 168.

³⁴ CURIN, E., et. al.; op. cit.; p. 171.

Muy toscamente he enunciado que los mapuches (en su discurso político) enarbolan el reclamo por el reconocimiento de su diferencia respecto de la sociedad mayoritaria o nación chilena; una base material para ejercerlo (territorio), y un fundamento para uno y otro (el hecho diferencial y la deuda histórica). Demandas respecto a las cuales, los mapuches en general se refieren como “sus derechos”, en sus agendas y programas políticos. Pero, ¿se trata realmente de derechos? Para responder esta cuestión debemos referirnos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que es el marco donde se debaten estos asunto, y revisar si existe un lugar allí para unos “derechos indígenas”.

LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el ámbito Derecho Internacional, con la conformación de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DU), se generó un cambio en la percepción de los Estados acerca de su compromiso por el respeto de los derechos de las personas, dejando de ser un asunto exclusivo de la esfera doméstica de los Estados, para transformarse en un asunto de competencia internacional.

Lo anterior constituye un paso relevante que se inicia con la enunciación de la existencia de facultades que las personas pueden oponer al poder de los gobernantes, ya que es en aquellos en quienes radica la soberanía, y no en éstos.

Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos (DU) de 1948 —primer catálogo internacional de derechos— no es un instrumento vinculante para los Estados, la obligatoriedad la DU, fue reconocida por los Estados en la Declaración de Teherán (1968), incluso los tratadistas sostienen que sus contenidos forman parte del Derecho Internacional Consuetudinario.³⁵

La DU no hace referencias a los derechos de las minorías étnicas, sino que sólo se reconoce y consagran derechos individuales. Aun así, se puede decir que la evolución de los derechos de los indígenas, en tanto minoría,³⁶ se desarrolla a partir de ese momento, pues quedan enunciados allí, los principios fundamentales del De-

³⁵ FRULING, Hugo. 1990. “El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos”, MEDINA, Cecilia (ed). 1990. Derecho Internacional de los Derechos Humanos”; p. 35.

³⁶ No se utiliza este término en sentido peyorativo, ni demográfico.

recho Internacional de los Derechos Humanos: igualdad y no discriminación. Este silencio puede explicarse por el hecho que al seno de NU se trasladó la disputa de la "guerra fría". Mientras los representantes de los Estados socialistas priorizaban los derechos de carácter colectivo y los económicos, sociales y culturales, los representantes de países occidentales afirmaban que los "verdaderos derechos" eran los civiles y políticos, desde una perspectiva liberal. Esta pugna tampoco pudo ser resuelta en la Comisión de Derechos Humanos, durante el debate para la elaboración de un catálogo de derechos; lo que redundó en la elaboración de dos Convenciones, en lugar de una sola (Pacto de Derechos Civiles y Políticos y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Aun así, en 1947, la Comisión de Derechos Humanos había establecido una Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las minorías, conformado por 26 miembros expertos, no representantes de sus países, cuya función es la de hacer recomendaciones a la Comisión sobre temas relacionados con la prevención de todas formas de discriminación y la protección de las minorías. Es de este órgano que surge la inquietud de incorporar al primer instrumento vinculante de derechos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 la norma del artículo 27, que consagra el derecho de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, para desarrollar su cultura, ejercer su religión y utilizar sus idioma. Aunque se ha criticado esta norma, por cuanto deja a los Estados la determinación de si en ellos existen minorías, y porque no establece derechos que puedan ser reclamados por las minorías, sino por las personas que pertenecen a ellas;³⁷ tiene la importancia de encontrarse consagrada en uno de los primeros instrumentos de derechos humanos, que ha sido ratificado por muchos países, incluido Chile. Posteriormente, estos derechos serán descritos con mayor precisión en la Declaración de los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales y Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (DM) de 1992.

No obstante la estrategia de los indígenas ha privilegiado otros escenarios jurídicos, por entender que ellos no constituyen una minoría, ya que —por cierto— en algunos países son mayoría (v. gr. el caso de Bolivia, Guatemala, Perú y Ecuador, en que los indígenas superan el 40% de la población); y porque en general entre ellos comparten ciertas características y origen histórico que los diferencia de otras minorías. Por ello, a fines de los 60', cuando NU encomienda realizar un estudio sobre discriminación racial (1971), la situación de los indígenas es postergada para un informe específico.

³⁷ STAVENHAGEN, Rodolfo. 1997. "El marco internacional del derecho indígena"; en GÓMEZ, MAGDALENA coordinadora. 1997. "Derecho Indígena", Instituto Nacional Indigenista INI y Naciones Unidas NU, México; p. 54.

El informe del relator JOSÉ MARTÍNEZ COBO se publica en 1983, y tiene la importancia de contener una definición las Comunidades, Pueblos y Naciones Indígenas.

“Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes en la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”.³⁸

El reconocimiento como “pueblos”, tiene una importancia central para los indígenas debido al estatus que goza este término en el Derecho Internacional. Los indígenas han reclamado que no es posible ejercer los derechos consagrados en instrumentos internacionales, si es que no tienen garantizado el derecho para autodeterminarse. El propio PIDCP establece en su artículo 1 el derecho a la libre determinación de los pueblos. Sin embargo, no existe consenso en cuanto a si ellos son titulares de la autodeterminación, ya que no hay acuerdo en el seno de NU en torno a la definición de pueblo; aunque Naciones Unidas se ha inclinado en el sentido de que se trata de “un conjunto de pobladores de un territorio o de un Estado, independientemente de sus elementos políticos o culturales”.³⁹ Sólo se ha aceptado una interpretación diferente para el caso de los pueblos coloniales dominados por una potencia extranjera, en cuyo caso la libre determinación se ejerce por una vez para acceder a la independencia política.⁴⁰ Por norma general, el Derecho Internacional privilegia el principio de la integridad territorial del Estado, frente al cual no es posible esgrimir el derecho a la secesión de un pueblo minoritario al interior de un Estado que se conduce “de conformidad con el principio de la igualdad y de la libre determinación de los pueblos y está dotado de un gobierno que representa a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de credos, raza o color”.⁴¹

³⁸ MARTINEZ COBO, José. 1986. “Estudio del problema de la discriminación contra poblaciones indígenas, vol V, Conclusiones, propuestas y recomendaciones”, Nueva Cork, Naciones Unidas (ECN. 4/Sub. 2/1986/7/Add. 4).

³⁹ STAVENHAGEN, Rodolfo. 1997, op. cit.; p. 57.

⁴⁰ Es el caso particular de la descolonización en África y la conformación de estados independientes en ese continente, hacia la década del 60’.

⁴¹ Resolución 2625 (XXV), adoptada por acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 24 de octubre de 1970.

Por último, la Declaración de la Conferencia Preparatoria de las Américas contra el Racismo y la Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo (Durban, 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001), ratifica esta determinación de los derechos indígenas, en el sentido, de que el término “pueblos” no “tiene consecuencia alguna sobre los derechos que conlleva esa palabra en el derecho internacional” y que la expresión “pueblos indígenas” no “tiene repercusión alguna en cuanto a los derechos reconocidos por las normas jurídicas internacionales”.

En 1989 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo aprueba el “Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, el que incorpora a los Pueblos Indígenas y Tribales (PIT), como sujetos de derecho internacional. Con la limitación de que este concepto no debe entenderse en el sentido que se utiliza en otros instrumentos internacionales, en clara alusión al derecho a la libre determinación. En todo caso, el Convenio sí estableció derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a decidir sobre sus prioridades en el ámbito de su desarrollo (art. 7), el derecho a ser consultados por los gobiernos (art. 6), el derecho a la tierra y el territorio (art. 13). Los artículos 8 y 9 del Convenio consagran la obligación de los Estados de considerar debidamente las costumbres o el derecho consuetudinario de los Pueblos indígenas, al aplicar su legislación. El derecho de estos pueblos a “conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Bajo la misma condición anterior (sujeción a los derechos humanos), el derecho a que se respeten los métodos a los recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Al informe de MARTÍNEZ COBO, le siguieron dos nuevas relatorías; en 1993 Erica-Irene Daes, Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías presenta su “Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas”, que da cuenta de los problemas de los indígenas en la conservación de su patrimonio, y afirma que el gobierno que no protege los derechos colectivos de las poblaciones indígenas a su patrimonio, puede ser calificado como discriminatorio. En 1999 se publica el informe “Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas” de Miguel Alfonso Martínez. Actualmente, el Relator Rodolfo Stavenhagen ha elaborado 2 informes (un informe anual sobre Pueblos Indígenas y otro sobre Pueblos Indígenas y megaproyectos).

Paralelamente, en la década del '70 surge la idea de crear un Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas para generar un instrumento universal específico, y que, al alero del Consejo Económico y Social, comienza a funcionar en 1982.

NU a través de la acción de sus distintos órganos ha ido desarrollando un intenso reconocimiento de los derechos de los indígenas, aunque con cierta lentitud y ambigüedad a la hora de determinar obligaciones concretas respecto de un Estado.

En la Organización de Estados Americanos OEA, se discute actualmente sobre un Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante el Proyecto), que presentó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1997. Este Proyecto recoge la misma restricción respecto de los Pueblos que se establece en el Convenio de la OIT; no obstante es más explícito que este último al disponer que “los Pueblos Indígenas tienen derecho a determinar libremente su status político y promover su desarrollo económico, social, espiritual y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a....” (art. XV. 1).⁴²

Por su parte, el Sistema de Protección de Derechos Humanos de la OEA, a través de la labor jurisdiccional de la Corte Interamericana (la Corte), y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), han desarrollado una importante jurisprudencia internacional en relación con la protección de los derechos de los indígenas, aun cuando no existe ningún instrumento regional específico. La Comisión, por ejemplo, se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el derecho a la tierra. En el año 1970 se refirió a la obligación del Estado de defender las tierras de los indígenas, en el caso Guahibos en Colombia. En el caso de los Yanomami en Brasil (1985) se ratifica la posibilidad reclamar derechos colectivos ante la CIDH. En este caso, el asunto fundamental estuvo centrado en la vulneración de derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, como el derecho a la vida y a la salud. Finalmente, el caso se resolvió a través de una solución amistosa en que el Gobierno de Brasil se comprometió a la delimitación y demarcación del territorio Yanomami; para ello se recomendó al gobierno de Brasil la implementación de un Parque Yanomami de 9 millones de hectáreas. Recuerda, en este caso, la CIDH, “que el Derecho Internacional, es su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural”.⁴³

⁴² Aunque estrictamente, la libre determinación sería el derecho, y la autonomía, la forma de ejercerlo.

⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. 2000. “La Situación de los Derechos de Humanos de los indígenas en las Américas”, Secretaría General de la Organización de Estado Americanos, Washington, 2000, p. 134.

El caso de la comunidad Mayagna contra el Estado de Nicaragua, es el primero que la CIDH presenta a la decisión de la Corte en materia de tierras indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, a propósito de la denuncia de la comunidad indígena de Awas Tingni (Nicaragua), "que el artículo 21 de la Convención [Americana] protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de la comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal...";.... "que para las comunidades indígenas la relación material con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".⁴⁴ Finalmente la Corte consideró que "la propiedad comunal la constituyen las tierras, aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las Comunidades de la Costa Atlántica".⁴⁵

En otro sentido, la Corte reconoció en el caso Aloeboetoe con Suriname (1993), que los indígenas de la tribu Saramaca tienen una organización social y familiar diferente de la establecida en las leyes de Suriname, que dicha autonomía, incluye también la resolución de conflictos sobre estas materias. Para efectos de determinar a quien debía hacerse el pago de indemnizaciones compensatorias, la Corte aplicó el derecho consuetudinario de los Saramaca, aún cuando Suriname no haya ratificado el Convenio 169 de la OIT, y en todo lo que no fuera contrario a la Convención.

En el caso de los Miskitos de Nicaragua, presentada por la organización Misurasata por los persistentes bombardeos de poblaciones, asesinatos de personas, amenaza de eliminar la "casta indígena", etc. en el marco de la consolidación del gobierno Sandinista en las regiones atlánticas de Nicaragua. En este caso, la Comisión se abocó a examinar los derechos colectivos de los miskitos, particularmente el derecho a la autonomía y autogobierno. Para ello, los denunciantes acompañaron antecedentes referidos a la creación del reino Miskito, reconocido en 1697 por la Corona Británica, y los tratados posteriores. La Comisión se pronunció positivamente en relación a la "participación de los miskitos y otras etnias en las decisiones en el ámbito nacional que puedan afectar sus intereses, así como la administración de la región de la Costa Atlántica"⁴⁶ y recomienda como parte de la solución amistosa

⁴⁴ Caso de la Comunidad mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de Agosto de 2001, p. 78.

⁴⁵ Ib. Id.

⁴⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2000. "La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas". Organización de Estados Americanos, Washington DC 2000; p. 124.

una reunión para tratar no sólo este tema, sino las condiciones y medios para que ellos participen en un diálogo con el gobierno de Nicaragua. Cabe tener presente que este proceso culminó con la constitución de las Regiones Autónomas del Atlántico de Nicaragua consagrado en la Constitución de ese país.

A través de relatorías, recomendaciones, decisiones jurisdiccionales e instrumentos de derechos humanos, que son las maneras en que se manifiesta el Derecho Internacional, se ha ido construyendo un *corpus* de derechos indígenas, que se encuentra en evolución. En este proceso es posible destacar, tres grupos principales de derechos: a) derechos políticos, b) derecho a utilizar el Derecho Consuetudinario y c) derecho a la tierra y el territorio; aun cuando existen también otros derechos reconocidos como el derecho a la salud, al patrimonio, al uso del idioma, o el derecho de los niños que pertenecen a minorías o poblaciones indígenas a tener su propia vida cultural, practicar su propia religión y emplear su propio idioma (artículo 30 de la Convención sobre los derechos del niño).

Los derechos políticos se refieren a dos aspectos fundamentales. La posibilidad de los indígenas para participar con igualdad de condiciones en los Estados; y por otra, la facultad para resolver sus propios asuntos internos. Se reconoce el derecho de los indígenas para aplicar el derecho consuetudinario (o propio) en sus asuntos internos.

“El concepto de tierra dice relación con la propiedad, con el uso y goce individual y comunitario de la tierra en su acepción física, material”.⁴⁷ El concepto de territorio, por lo mismo es cualitativa y cuantitativamente más amplio que el de tierra. Por una parte, no sólo incluye el suelo, sino que “...comprende el medio ambiente total de las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado de otra forma”.⁴⁸ Por otra, el poseer un territorio, no implica ser “dueño” de un espacio, sino que tener jurisdicción sobre él, es decir, determinar o influir de alguna manera en lo que pasé allí. Además, implica considerar las relaciones espirituales y sociales de los indígenas con el espacio. En términos de tierra y territorio, el siguiente cuadro, resume los contenidos de ellos contemplados en el Convenio 169 de la OIT y el Proyecto de Declaración Americana de Derechos Indígenas.

Derecho Obligación del Estado Convenio 169 Proyecto de la CIDH a la propiedad y posesión sobre las tierras que tradicional o históricamente ocupan”. -a proteger

⁴⁷ BENGEOA, José. 1994.

⁴⁸ BENGEOA, José. 1994; op. cit., p. 9.

su posesión y dominio. -a determinar cuáles son estas tierras. Art. 14.1, art. 14.2, art. 14.3. XVIII. 2, XVIII. 4, XVIII. 8.

A utilizar las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos -a determinar cuáles son (demarcación). -a salvaguardar su utilización. -a establecer mecanismos de resolución de reivindicaciones de tierras 14.1. XVIII. 2, XVIII. 3, XVIII. 8.

Sobre los recursos naturales: dominio, administración, utilización, beneficio, conservación, ser indemnizados.⁴⁹ -establecer mecanismos de conservación. -consultar a los PIT.⁵⁰ Art. 15 XVIII. 2, XVIII. 4, XVIII. 5.

-A no ser trasladados de sus tierras -a regresar a sus tierras -establecer procedimientos de consulta -indemnizar los PIT. Art. 16 XVIII. 6, XVIII. 7.

Al uso de sus formas tradicionales y propias para usar, distribuir y transmitir las tierras. -marco de protección legal. -consultar para modificar las formas tradicionales. -impedir que terceros abusen de estas normas. Art. 17. XVIII. 1, XVIII. 3 iii), XVIII. 4, XVIII. 8.

Fuente: "Informe de Derechos Humanos 2003. Hechos 2002". Programa de Acciones de Interés Público y Derecho Humanos de la Universidad Diego Portales. Santiago, 2003; p. 305.

Si comparamos la evolución de la protección de los derechos indígenas en los órganos internacionales, con el discurso que utilizan actualmente los mapuche, se aprecia una clara derivación de uno respecto del otro. Aunque la transformación del discurso mapuche parece tardía en relación con lo que ocurre en los órganos internacionales: mientras que en los `70 la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las minorías, dudaba en clasificar a los indígenas como minoría, y en los `90 ya es una cuestión poco discutible, entre los mapuche solo a fines de los `80 comienzan a surgir los discursos en este sentido. También es posible apreciar que en el caso de los mapuche, si bien se plantea claramente el reconocimiento colectivo, la demanda política —que es a la vez, la más discutida en el orden internacional— no tiene tanto arraigo en la sociedad mapuche como el reclamo por tierras (que actualmente, se transforma lentamente en demanda por territorio), que constituye un derecho sobre el que no se discute su procedencia, aunque existan conflictos en la práctica.

⁴⁹ Esto último, cuando los recursos naturales pertenezcan al Estado.

⁵⁰ Idem.

Por lo mismo, si bien es claro que estamos frente a un tema de derechos humanos, la naturaleza y efectos de estos derechos, ha sido duramente cuestionada en diferentes sentidos, tanto a nivel internacional, como doméstico: a) en primer sentido se cuestiona el reconocimiento de unos tales derechos de los indígenas porque propiciarían la desintegración del Estado, afectando el principio de la integridad territorial; b) en segundo término se ha señalado que esta demanda es —en verdad— antidemocrática, porque pone en riesgo los derechos (los individuales), que constituyen el motor y motivo del Estado de Derecho; c) en relación con lo anterior, se dice que la demanda indígena sería contraria a los Derechos Humanos, porque pone en duda una de las características fundamentales de tales derechos, su universalidad; y que lo que requiere el tratamiento de los indígenas son mecanismos eficientes de garantía, y no nuevos derechos.

Aunque algunas de estas afirmaciones, como veremos son erróneas; otras, ponen realmente a prueba los discursos indígenas y establece un marco de acción democrático de sus demandas.

ESTADO, NACIÓN Y NACIONALISMO

Aunque, no existe claridad en torno a la conciencia nacional o étnica de los mapuches, tal vez nos encontremos frente a una etapa de formación de ella, y que los indígenas muden, por lo mismo, en un movimiento nacionalista. Esto es lo más resistido (a nivel doméstico e internacional) en el tema de los derechos indígenas; por ello vale la pena detenerse un momento en su análisis, y en los dilemas que subsisten entre este planteamiento y la noción de derechos humanos y democracia, definida —entre nosotros— en la Constitución Política.

Uno de los argumentos más reiterados en contra de las reformas legales que incorporan derechos de los indígenas, se refiere a que se contrapondría al Estado unitario y a la “unidad nacional”; confundiendo dos asuntos bastante diferentes.

En cuanto al Estado unitario, se trata de la forma jurídica escogida por la Constitución chilena, no sólo en 1980, sino en todas las Constituciones chilenas en su historia. La forma de Estado se refiere “al principio con sujeción al cual se organiza, ejerce y controla”⁵¹ el poder, en relación con el territorio. Se distinguen de acuerdo a él, Estados simples o unitarios y compuestos o federales. Además, desde

⁵¹ CEA, José. 2002. “Derecho Constitucional chileno”: Ediciones de la Universidad Católica de Chile. Santiago, 2002, p. 199.

un tiempo a esta parte, se distingue un tipo de Estado que se encuentra equidistante entre uno y otro, el Estado autonómico o regional; que nace como Estado unitario, pero evoluciona a través de la descentralización política, hacia uno federal.⁵² La autonomía se distingue del federalismo, por el grado de poder de las regiones y, por que el criterio que determina y justifica el régimen de autonomía es uno especial, "el hecho diferencial", que puede estar constituido por el idioma, los fueros, etc.

En los últimos años (desde que después de la primera guerra, la región de los *Asland* adquirió su autonomía respecto de Finlandia), los estados han concedido la autonomía a ciertos territorios, como una forma de descentralizar el poder. Pero también, el régimen de autonomía ha sido útil para resolver o canalizar las demandas de movimiento nacionalistas en su interior, como en el caso de España, en relación con los vascos, gallegos y catalanes (aunque actualmente la autonomía se ha generalizado con el "café para todos"). También la fórmula de la autonomía ha sido una alternativa en el caso de los indígenas, como por ejemplo el caso de los Inuit que habitan Groenlandia, respecto de Dinamarca (1978); las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y Sur (RAAN y RAAS) de Nicaragua, donde habitan Miskitos, Mayagnas, Ramas y Garífunas (1986); y las Comarcas de Panamá, que tienen una historia más antigua (desde comienzos del siglo XX). También los Espacios Territoriales Indígenas ETI consagrados en la Constitución colombiana del 1991, constituyen territorios autónomos, porque se garantiza la jurisdicción a los indígenas y la capacidad de elegir a sus propias autoridades; aunque ninguno de estos Espacios se ha podido crear en la práctica.

En todo caso, el régimen de autonomía no es la única alternativa que tienen los indígenas. Existen una serie de experiencias en diferentes países, que —sin ser autonomías— recogen los derechos políticos y territoriales consagrados en el ámbito internacional, y que se encuentran a medio camino entre la autonomía indígena y el desconocimiento de los derechos colectivos sobre la tierra, sobre los recursos naturales y de participación (como el caso de los mapuche). Se puede destacar el caso de los municipios autónomos en algunos estados de México, o los municipi-

⁵² La construcción del Estado unitario "deriva generalmente de la concentración de poder que realizó la monarquía absoluta entre los siglos XVI y XVIII", y que no fue transformada con la revolución. El Estado unitario tiene un solo nivel institucional y un solo centro de impulsión política. Esto se traduce en que posee unidad de ordenamiento jurídico, unidad de autoridades o estructura del poder, unidad de gobernados o destinatarios del ordenamiento, singularidad o unidad del territorio. Mientras la teoría de separaciones de poderes de Montesquieu, se ha entendido como un requisito para garantizar la libertad del ciudadano y control del gobernante, porque erige una división horizontal entre los principales poderes estatales (legislativo, ejecutivo y judicial), la federación constituye una separación "vertical" de poderes, en tanto existen distintos niveles de poder y no existe una única estructura política.

pios indígenas en Bolivia, la co-gestión de las áreas protegidas, la co-administración (o administración exclusiva) de recursos naturales, etc. La no proliferación de otras autonomías puede deberse a una negativa de los Estados, pero también,—en ocasiones— a la verdadera imposibilidad de ser sostenidas por aspectos económicos y/o tecnológicos.

Se dice también que la demanda de los indígenas como identidades nacionales o pueblos, llevaría a la fragmentación de la soberanía; ergo, el resultado previsible es la división del Estado. Esta afirmación se funda en una suposición, de la cual no existe ningún antecedente que pueda llevar a su demostración, esto es, que el reconocimiento de los derechos indígenas provoca la división de la nación.^{53, 54}

Además, esta idea, parte de la hipótesis falsa de que cada Estado está formado por una sola nación y que cada nación se autoafirma constituyéndose en Estado. La Constitución chilena señala que el titular de la soberanía es la nación (artículo 5), lo cual supone la existencia de una sola nación en la cual reside el poder supremo que se delega en las autoridades constitucionales, proscribiendo la posibilidad que otras personas, o grupos de ellas, se arroguen autoridad o derechos que no les corresponden. Esto explica por qué el gobierno y el Tribunal Constitucional, le otorgan al término pueblo indígena, un significado que nunca se ha dado en el Derecho Internacional, pero que se adapte al de grupos intermedios, reconocidos en el artículo 1 de la Constitución Política.⁵⁵

⁵³ La idea de soberanía, que en la Constitución se atribuye a la nación, se refiere al hecho de poder mantener “en el ámbito interior la paz y el orden y que puede proteger externamente las fronteras” Es decir, tiene una dimensión interna, que consiste en que no hay otro poder que se sobreponga al Estado, y al orden jurídico; y una externa, que implica tener el status de sujeto de derecho internacional, reconocido por los otros estados como miembro independiente. Por lo mismo, no hay otra entidad que pueda ejercer la soberanía dentro del Estado, esto afecta la constitución misma del Estado (de ahí que en el derecho internacional existe un estatuto especial en el caso de Estado que se encuentran en guerra civil, y uno de los bandos ejerce el poder en una parte del territorio). No se aprecia hasta aquí, por qué el conceder derechos a los indígenas puede afectarla. Aún en el caso de las autonomías, el Estado no entrega la soberanía, sino que la forma en que se ejerce la soberanía —es decir, como se distribuye el poder estatal— no es a través de un Estado unitario (v. gr. Chile). Pero las autonomías sí forman parte del Estado, pues están previstas por el propio ordenamiento jurídico (la mayor de la veces en la Constitución).

⁵⁴ Distinto es el desafío que ha planteado KYMLICKA, en cuanto a que podría afectar la solidaridad y la ciudadanía.

⁵⁵ Argumento sostenido por el presidente de la República en su contestación del requerimiento interpuesto por algunos parlamentarios en contra del Convenio por ser inconstitucional, causa Rol Nº 309. Informe evacuado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, a la Comisión de Relaciones Exteriores, asuntos interplanetarios e integración latinoamericana, donde da cuenta de las declaraciones que se formularán por el gobierno al Convenio.

Estos temores derivan de una concepción errónea, que se explica en la histórica confusión entre Estado y Nación. La idea de nación, sólo a partir del siglo XIX se entiende como “pueblo propio de un Estado”, vinculándolo directamente a la idea de Estado, pero el término nación puede entenderse en diferentes sentidos, de acuerdo a la época histórica de que se trata. Para lo romanos por ejemplo, *natio* era opuesto a *civitas*, los miembros de las naciones no tenían los mismos derechos que los ciudadanos romanos, no estaban integradas al marco estatal de Roma y sólo tenían relaciones de vecindad y lingüísticas. Para la época medieval, se entendía a la nación, como cierta clase de súbditos, que tenía una existencia política restringida. Mientras al pueblo (entendido como la totalidad de los súbditos) se les negaba la titularidad de derechos (y por ende, su condición de ciudadanos), la nobleza, gozaba de esta representación frente al poder de la Corte. “La transformación de la ‘nación de la nobleza’ en ‘nación étnica’ —un proceso que avanza desde finales del siglo XVIII— presupone, en definitiva, un cambio de la conciencia inspirado por los intelectuales”.⁵⁶

Según MARTÍNEZ (1999) existen tres enfoques teóricos a la hora de analizar la identidad nacional, primordialismo, instrumentalismo y constructivismo. Algunos ponen énfasis en los elementos objetivos (lengua, cultura, raza), otros lo hacen en los subjetivos, por lo que la nación en definitiva, sería un “fenómeno de conciencia que se activa para determinados fines”.⁵⁷ AZCONA (1984), en cambio, sostiene que “el nacionalismo vasco y todos los nacionalismos son construcciones sociales, humanas, en cuya edificación se emplean materiales objetivables empíricamente, pero con una significación de naturaleza diferente de la que poseen en su empiricidad”.⁵⁸ “En el fondo —complementa MARTÍNEZ— el surgimiento y la vivencia colectiva de una conciencia nacional diferenciada dependen de la capacidad de todo proyecto político de generar símbolos de legitimación social y de su habilidad para reproducirlos y mantenerlos”.⁵⁹

La idea de nación y la identidad nacional, tienen aspectos o dimensiones positivas, que en la historia universal han provocado avances sólidos de la humanidad hacia una sociedad más democrática; por oposición, ha sido el sostén ideológico para el genocidio y el imperialismo.

⁵⁶ HABERMAS, J., op. cit.: 87.

⁵⁷ MARTÍNEZ, Josetxu. 1999. “La construcción nacional de Euskal Herria”, Editorial Tarttalo; p. 28.

⁵⁸ AZCONA, Jesús. 1984. “Etnia y nacionalismo vasco, una aproximación desde la antropología”. Editorial Anthropos, Barcelona 1984; p. 117.

⁵⁹ MARTÍNEZ, Josetxu; op. cit.; p. 29.

HABERMAS sostiene que la noción del Estado nacional, es decir, la idea de que los súbditos de un Estado conforman una agrupación más o menos uniformes, que comparten tanto elementos subjetivos como objetivos y poseen una identidad común, favoreció el tránsito de una sociedad medieval la época moderna, desde un Estado monárquico hacia la conformación del Estado democrático de derecho, a través de la integración social sobre la base de un nuevo modo de legitimación⁶⁰. En efecto, la formación de los Estados modernos, especialmente de algunos países de Europa (como Alemania, Italia, Francia), y de América implicó que por razones más bien azarosas, de la noche a la mañana personas que no tenían nada en común se encontraron bajo un mismo poder estatal. Sólo la idea de nación, permitió que la figura del Estado tomará vigor, que con la sola vinculación jurídica, no podría adquirir. En fin, la idea de Estado nacional, facilita la transformación de un Estado monárquico —en que la soberanía reside en el Príncipe, y que por lo mismo, las facultades “concedidas” a los súbditos son reconocidas como “libertades subjetivas” (verbi gracia, el acta habeas corpus de 1215)— a una Estado donde la soberanía reside en el pueblo, y sus facultades son, en cambio, derechos del hombre y del ciudadano. Así las cosas, es claro que Estado y Nación son dos cosas diferentes, y que se encuentran relacionadas en la coyuntura histórica de la conformación del Estado moderno.

Este es el aspecto positivo de la idea de Estado nacional, y de la identidad nacional. En forma directa, la generación de este sentimiento de sentirse parte de una identidad cultural que se identifica con una forma jurídica: el Estado de derecho, que a su vez trae consigo la noción de la dignidad humana, los derechos humanos, la democracia y la responsabilidad de los gobernantes. Sin embargo, “en las sociedades modernas, los grupos de poder deben recrear constantemente los símbolos y llenarlos de sentido para que puedan guiar el camino de unas representaciones colectivas en proceso constante de cambio”,⁶¹ lo que implica la uniformización en torno a una sola identidad nacional. Como reconoce el propio HABERMAS, “detrás de una fachada tal (un pueblo presuntamente homogéneo) se esconde tan sólo la cultura hegemónica de una parte dominante”.⁶² De tal forma que el Estado nacional entra en conflicto con la nación étnica, la noción de universalidad de los derechos, con la particularidad de las identidades culturales y la diversidad. Por ello, es que HABERMAS plantea que la luz en el túnel, debe buscarse en una armonización entre la concepción de ciudadanía y la identidad nacional étnica.

⁶⁰ Cfr. HABERMAS, Jürgen, op. cit.

⁶¹ MARTINEZ, Josetxu, op. cit., p. 29.

⁶² HABERMAS, Jürgen, op. cit.: 94.

El nacionalismo, es decir la radicalización del discurso nacional (estatal y no estatal), contiene en sí varios riesgos, pero que pueden resumirse en el peligro de que el discurso nacional se puede volver propagandístico y permitir a las minorías ejercer una dominación sobre la sociedad (v. gr. los discursos por la libertad y anti musulmanes del gobierno norteamericano); por otra parte (y referido a las minorías nacionales), que la idea de nación como estado natural⁶³ se sobreponga y genere una posición etnocéntrica, donde el objetivo de los connacionales es afirmar la independencia de la nación a cualquier costo.

IGUALES, PERO DIFERENTES

Una de las críticas más elocuentes al reconocimiento de los derechos indígenas (y en general de las minorías) proviene del liberalismo (o de un sector de aquél), y consiste básicamente en que (1) se trataría de derechos colectivos, cuya naturaleza de derechos es inadmisibles desde el liberalismo; por otra, (2) que sobrepone a la universalidad de los derechos, los particularismos de las identidades culturales.

Los que sostienen estas críticas agregan además, que resulta innecesario plantearse ante esta situación que tensiona los rasgos más fundamentales del liberalismo, filosofía que hegemoniza las nociones de democracia vigentes hoy día, ya que se puede respetar las minorías sin dar cabida a unos derechos extraños y peligrosos para la democracia. Para ello, es suficiente, una aplicación adecuada del principio de igualdad.

El principio de igualdad que enunciaron los pensadores de la Ilustración, tenía que ver con la igualdad individual, o como ha señalado DWORKIN, con el derecho a la igual consideración y respeto, que es —según el pensador norteamericano— el más importante de los derechos.⁶⁴ El derecho a ser tratado como igual es el que se encontraría consagrado en las bases de nuestro sistema jurídico social y se sostiene en la concepción del hombre como un *sujeto moral* en sentido kantiano. Es decir, como un individuo capaz de discernir su propio bien, de trazar un plan de vida a la luz de ese discernimiento, y de adecuar el conjunto de sus actos a ese plan.⁶⁵ Se

⁶³ La nación no constituye una organización "natural" y que por ello, la voluntad de quienes la integran no tiene referencia alguna en su conformación. La nación entonces, es un ente artificial, en el sentido que no existe "desde siempre", o independiente de sus forjadores. Una idea naturalista de la nación favorece posiciones etnocéntricas y fundamentalistas.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. 1989. "Los derechos en serio". Editorial Ariel.

⁶⁵ Cfr. PEÑA, Carlos. 1998. "Por qué necesitamos a Kant"; en Revista Estudios Públicos N° 69 del Centro de Estudios Públicos, Santiago.

consagra así la igualdad como un valor, fundada en la autonomía individual; y también, como el más fundamental de los derechos; en tanto cuanto, por el sólo hecho de pertenecer a la clase de los humanos, tenemos acceso a los mismos derechos, y el hecho de ser privado de alguno de ellos (y por ende, del derecho a ser tratado como igual), significa considerar a alguien como menos que una persona. Sin duda un principio fundamental en cualquier parte del mundo, y que puede ser esgrimido por los indígenas como una defensa de sus derechos.

No obstante, la aplicación de este principio, leído en clave liberal clásica, ha significado el levantamiento de críticas y un discurso de reivindicación por parte de las minorías, como el que se describió en la primera parte, que acusan este discurso de discriminatorio. Surge la disputa entre universalistas y relativistas.

Para una posición relativista, sólo es posible entender una conducta o valorar un hecho, a la luz de la comprensión que emana de la cosmovisión de esa sociedad particular. Para BOHANNAN por ejemplo, por más celo que se aplique a la tarea de analizar otra cultura “desde afuera”, no es posible eliminar el etnocentrismo de manera absoluta. Lo que según el autor provoca una “cierta tendencia a elaborar análisis falsos del derecho vigente en África, Oceanía y entre los indios de América, mediante un simple traslado de las características del derecho occidental....”⁶⁶; no quedando más alternativa que usar los “conceptos y categorías nativos de las sociedades estudiadas”.⁶⁷ Pero esta posición, puede llevar a situaciones contrarias a los derechos humanos, puesto que según ella en general ninguna actuación puede ser valorada, sino desde la propia perspectiva, con lo cual no sería posible cuestionar actos que se consideran violatorios de los derechos humanos, como el ya tradicional (no por eso legítimo) caso de la ablación del clítoris a mujeres africanas, o más cercano, la libertad sexual de las mujeres indígenas púberes. La demanda de las minorías en definitiva, pone en riesgo la vigencia de los derechos humanos.

En las teorías liberales del derecho, no comunitaristas, la igualdad se estructura sobre la base de dos principios conexos: a) que no puede justificarse un trato diverso por razones sexo, raza, lengua o religión, y b) que todos los hombres [y mujeres] tienen iguales derechos.⁶⁸

⁶⁶ BOHANNAN, Paul. 1964. “La Antropología y la ley”, en TAX, SOL (ed.) “Antropología: una nueva visión”, editorial norma, Colombia, 1964; p. 230 (228-237).

⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. 1991. “Estado, Derecho y Luchas sociales”: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá Colombia; p. 65.

⁶⁸ COMANDUCCI, sin fecha. “La imposibilidad de un comunitarismo liberal”; p. 6.

Estas afirmaciones para KYMLICKA —un liberal de otro signo— corresponden a una etapa superada de la discusión sobre los derechos de las minorías, porque se sostiene en dos supuestos falsos. Primero, que esta visión de las cosas supone —como lo hace el liberalismo clásico— que esta teoría política es etnoculturalmente neutral. Segundo, que estamos frente a un debate entre liberales y comunitaristas: un debate entre quienes comparten una idea de sociedad democrática donde tienen vigencia los derechos, y otros que creen en una sociedad donde, por sobre los derechos, se plantean una serie de tradiciones y costumbres, y en que lo colectivo se encuentra, por sobre lo individual.

Los Estados Liberales, según la primera idea, tratarían a las culturas como a las religiones, es decir “como algo en lo que la gente debería ser libre de dedicarse en su vida privada, pero que no concierne al Estado (mientras se respeten los derechos de los demás).⁶⁹ Pero esta supuesta neutralidad del Estado liberal, no es sólo un error, sino derechamente una falsedad. La idea de Estado nacional, en efecto, ha permitido establecer un vínculo más estrecho entre los ciudadanos, resaltando aquellos rasgos que los unen (la racionalidad, la autonomía individual), por sobre los que los separan (de hecho, como se señaló, es la noción de Estado nacional la que favoreció la formación de los estados modernos).

Es de esta manera que han actuado los Estados colonizadores, descaracterizando las diferencias, promoviendo un desconocimiento, o un falso reconocimiento de las minorías. Esto es, precisamente lo que hacían (hacen) los conquistadores para internalizar en los colonizados su imagen de tal, afectando incluso su autoestima. La idea es generar, a través de la educación una idea negativa de sí, de su cultura. Este dispositivo, la asimilación, le permite al Estado dispersar los conflictos sociales que se producen por la exclusión, imponiendo un idioma, una educación, una forma de control social, conformando de esta manera una cultura hegemónica que desconoce el valor de otros conocimientos distintos de los que aportan las ciencias modernas (aquellos que son producto de las identidades rivales de la cultural hegemónica).

Aquella forma de integrar en una cultura societaria, en este caso hegemónica, es parte de lo que KYMLICKA denomina como *nation-building*.⁷⁰ Pero KYMLICKA sostiene que, bajo esta perspectiva, las minorías no requieren demostrar que deben

⁶⁹ KYMLICKA, Will. 2002. “El nuevo debate sobre las minorías”, en REQUEJO, Ferrán 2002. “Democracia y Pluralismo Nacional”. Editorial Ariel, Barcelona, 2002; p. 32.

⁷⁰ KYMLICKA, Will. 2002, op. cit.; p. 33.

ser “reconocidos”, sino que —ante la falsedad de esta neutralidad— es el Estado el que se encuentra obligado a revertir su actitud de condescendencia con la etnia dominante. Es posible, continúa KYMLICKA, “que las políticas gubernamentales promuevan dos o más culturas societarias, de hecho, esto es lo que define a Estado multinacionales como Canadá, Suiza, Bélgica o España”.⁷¹

El segundo supuesto, es en verdad un falso problema. La defensa de los derechos de las minorías no consiste en revivir el debate que se dio en sede de NU en la década del 50', a propósito de cuales eran los “verdaderos derechos”. Una disputa, propia de la guerra fría, entre los gobiernos liberales que defendían la consagración a nivel internacional de los derechos “civiles y políticos”, derechos individuales clásicos, contra los países socialistas que reivindicaban los derechos colectivos y “sociales”, particularmente el de libre determinación, como un derecho de los Estados a definir su futuro sin admitir injerencias extranjeras. En suma una disputa marcada por la polaridad entre igualdad y libertad, donde la opción definía también, una serie de asuntos y lealtades absolutas.

Actualmente —en general— las minorías que defienden sus derechos colectivos, no lo hacen con el objeto de transformarse en una sociedad comunitarista. Los defensores de los derechos de las minorías, no defienden (necesariamente) la idea de una sociedad en que el hombre es sólo un medio, para el beneficio de la comunidad en general. Los derechos colectivos no son sino un mecanismo que permite defender de manera más eficiente los derechos de los indígenas,⁷² de otro modo no tienen ningún sentido, y dejan de ser tales derechos.⁷³ En este sentido, los oponentes de la diversidad (parafraseando a DIAZ POLANCO) lo constituyen el liberalismo universalista, pero también, un comunitarismo etnicista, según el cual no es posible juzgar desde “fuera” una cultura, y que por tanto se valora la propia como la superior. Pero, ¿existe otra respuesta posible?

DE SOUZA SANTOS, con ese objetivo, distingue entre los conceptos de igualdad e identidad/ desigualdad y diferencia, que el universalismo antidiferencialista que subyace en la gestión del Estado capitalista moderno, reduce a un simplismo into-

⁷¹ Ib. Id.; p. 34.

⁷² ¿Cómo podría ejercer una indígena, su derecho a la práctica de ritos tradicionales, se pregunta Magdalena Gómez, si se niega el acceso de la comunidad a sus sitios sagrados? (GÓMEZ, 2000: 1047).

⁷³ Cfr. ASSIES, Willem; VAN DER HAAR, Gemma; HOEKEMA, André. 1999. La diversidad como desafío”, en ASSIES, VAN DER HAAR y HOEKEMA (ed). 1999. “El reto de la diversidad”, El Colegio de Michoacán; p. 519.

lerable. Por ello, y en la búsqueda de una nueva articulación entre políticas de igualdad e identidad, SANTOS enuncia un nuevo imperativo categórico: “Tenemos derecho a ser iguales siempre que la diferencia nos inferioriza; tenemos derecho a ser diferentes siempre que la igualdad nos descaracteriza”.⁷⁴ Toda política que niega —en cambio— diferencias que no inferiorizan, es una política racista. Tenemos derecho a tener las mismas oportunidades para superarnos individualmente, las mujeres deben tener los mismos derechos sexuales o de oportunidad para acceder a un trabajo, con igual remuneración; y a que se remuevan las condiciones que provocan estas discriminaciones. Pero tenemos también derecho a mantener las diferencias que nos caracterizan, como el idioma, la religión, las tradiciones.

Este imperativo categórico debe llevarnos a rechazar, por una parte, un liberalismo igualitario universalista, que pretenda que existe una única (o superior) visión del mundo y las relaciones humanas, una sociedad, aplicable en todo tiempo y lugar. Como sostiene MARIMAN, para establecer relaciones interétnicas en plano de igualdad, es necesario considerar a los chilenos como una etnia más, “ser iguales en derechos, pero distintos en cuanto conformación étnica, supone relativizar la validez general de la cultura y el proyecto civilizatorio chileno. No significa desecharlo, significa que es simplemente tan válido para su grupo, como lo son variados y potenciales proyectos de las culturas de los pueblos indígenas”.⁷⁵

En palabras de la Corte Constitucional de Colombia el reconocimiento de “la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”.⁷⁶ Pero también, y con la misma fuerza, este imperativo nos permite rechazar la exaltación de aquellas diferencias que sólo nos *inferiorizan*, que afectan la dignidad de la persona. Aun cuando este concepto, sea foráneo, porque a estas alturas sí parece ser compartido, y un eficaz instrumento para la defensa de cualquier persona, indiferente de cual sea su origen y su futuro. No es posible justificar, en nombre de la cultura, cualquier

⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. 1995. “A construção multicultural, da igualdade e da diferencia”, ponencia presentada en el VII Congreso Brasileiro de Sociología, realizado en el Instituto de Filosofía y Ciencias Sociales de la Universidad de Río de Janeiro 4-6 de Septiembre de 1995; p. 42.

⁷⁵ MARIMÁN, Pedro. 1997, op. cit., p. 223.

⁷⁶ Sentencia T-308 de 1993. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Septiembre de 1993. Citada por SÁNCHEZ, ESTHER. 1998. “Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia”. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales y Políticas, Bogotá, Colombia, 1998; p. 81.

atrocidad. En este sentido, si bien no es posible prejuizar una sociedad, porque tiene una conformación diferente, como inferior, tampoco es admisible la descalificación de un juicio informado sobre una determinada práctica cultural. El argumento proveniente desde la teoría de la dependencia y de Foucault, según la cual toda opinión "ajena" es influenciada desde el poder, no aporta más que el mantenimiento de una perspectiva asistencialista. El sentido de los derechos de las minorías consiste en eliminar la colonización a que se encuentran sometidas, pero también, adicionalmente, a toda forma de sometimiento interno que forma parte de las contradicciones de cada sociedad y familia.

Esto es importante en este caso, pues las minorías sometidas, como la sociedad mapuche, tienden a caer en la tentación de suponerse la etnia superior, síntesis de lo mejor de la humanidad, como una forma de defender su autoestima y eliminar la manera en que sus colonizadores han intentado imponer en sus conciencias una imagen distorsionada de sí mismos. Asimismo, líderes indígenas contemporáneos caen, con este objeto (de *desconstruir* la imagen que les ha construido el colonizador), en describir la relación interétnica como un *binarismo fundamentalista*; en que, o eres indígena o eres "ladino" (winka, mestizo, blanco, etc), donde ambas nociones de personas no son sólo diferentes, sino opuestas,⁷⁷ y en que lo mestizo es signo de la decadencia de la humanidad;⁷⁸ lo que no parece dar cuenta de la realidad interétnica, que parece consistir más en un contexto donde interactuamos y *negociamos* nuestras diferencias.⁷⁹

⁷⁷ Cfr. MORALES, MARIO Roberto. 1998. "La articulación de las diferencias o el síndrome de Maximon: los discursos literarios y políticos en el debate interétnico en Guatemala". FLACSO, 1998.

⁷⁸ Individualismo, mercantilismo, envidia, violencia, conflicto, etc.

⁷⁹ Parece ser, que aún cuando el discurso político de los indígenas sostiene un tipo de relación con las cosas que se opone al sistema de apropiación, propio de la regulación capitalista; en la práctica los indígenas resuelven sus propios conflictos, en lo que se refiere a la regulación sobre el uso y disposición de los recursos naturales, en un especie de escenario colectivo -forum jurídico, en los términos de ORELLANA (2001) -; es decir, "un foro en que los actores parlamentan y a través de la argumentación tópica retórica van construyendo no sólo la decisión o la sanción sino, inicialmente, el objeto mismo del conflicto" (ORELLANA, 2001: 33), donde los argumentos y las instancias de la ley estatal no están ausentes. Actualmente sería imposible entender la forma en que actúan los mapuche para resolver sus problemas, si atendemos sólo a los discursos más tradicionales. Es claro que en la práctica los mapuches habitualmente acuden a los órganos institucionales del Estado para reclamar por su tierra, por un camino, por un deslinde, etc.; y no en cambio, donde el *logko*. Y utilizan un discurso espiritual, tanto como uno legal. Cada discurso responde a un paradigma determinado, pero tampoco parece que exista un margen total entre estos dos paradigmas; como si establecieran dos "sistemas" de regulación; sino que en términos de ASSIES, 2000, los separa una frontera porosa.

Sin adscribir plenamente a la posición de MORALES, por cuanto entendemos que es posible distinguir diferencias que nos hacen sociedades también diferentes; rescato que bajo esta perspectiva, que no es necesario que los indígenas exageren (o creen) diferencias que no existen, con el objeto de justificar la defensa de sus legítimos derechos.

Toda sociedad tiene el derecho y el deber de revisar las prácticas fundadas en sus tradiciones, costumbres y valores; como es el caso de los sacrificios humanos, la violencia contra la mujer,⁸⁰ las marcadas diferencias sociales. Críticas que no provienen de una sociedad que no contenga contradicciones sociales (pena de muerte, discriminación, dominación); sino que se fundan en el imperativo emancipador de SANTOS y en la dinámica interna propia de la sociedad mapuche.

⁸⁰ Ver las referencias a los logros Kolipi y Koliman, entre otros en GUEVARA, Manuel; MANKELEF, Manuel. 2002. "Las últimas familias". Editorial Colibrís y Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Santiago 2002.

BIBLIOGRAFÍA

- ANCÁN, JOSÉ y CALFÍO, Margarita. 1999. "El retorno al país mapuche. Preliminares para una utopía por construir"; en revista Liwen Nº 5: Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco. 1999, (43-78).
- ASSIES, Willem; VAN DER HAAR, Gemma; HOEKEMA, André. 1999. "La diversidad como desafío", en ASSIES, VAN DER HAAR y HOEKEMA (ed). 1999. "El reto de la diversidad", El Colegio de Michoacán.
- AJA, Eliseo. 1999. "El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales". Editorial Alianza. Madrid. 1999.
- AZCONA, Jesús. 1984. "Etnia y nacionalismo vasco, una aproximación desde la antropología". Editorial Anthropos, Barcelona. 1984.
- BENGOA, José. 1996. "Historia del Pueblo Mapuche"; Ediciones Sur. Santiago, 5ª edición, 1996.
- BOHANNAN, Paul. 1964. "La Antropología y la ley", en TAX, SOL (ed.) "Antropología: una nueva visión", editorial Norma, Colombia. 1964; p. 230 (228-237).
- CAYUQUEO, Pedro. 1999. "La autodeterminación mapuche en el marco de un Estado multinacional". Ponencia presentada en el foro: Estado y Pueblo Mapuche: Derecho Indígena, Territorio, Autonomía. Universidad Academia de Humanismo Cristiano; en www.soc.uu.se/mapuche; p. 4.
- CEA, José. 2002. "Derecho Constitucional chileno". Ediciones de la Universidad Católica de Chile. Santiago, 2002.
- COMANDUCCI, sin fecha. "La imposibilidad de un comunitarismo liberal".
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2000. "La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas". Organización de Estados Americanos, Washington DC 2000.
- Comisión Especial de Pueblos Indígenas CEPI. Sin fecha. "Nueva Ley Indígena (Borrador de discusión)".
- Consejo de Todas Las Tierras. 1999. "Los Derechos de los Pueblos Indígenas. Un Desafío para la Democracia", en "Jornada Temática: Los Derechos de los Pueblos Indígenas. Un Desafío para la Democracia" (p. 156). Secretaría de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados. Santiago, 12 Julio de 1999; p. 144.
- COÑA, Pascual. 2000. "Testimonio de un cacique mapuche". Editorial Pehuén, Santiago, 2000.

- CURIN, Eduardo; VALDÉS, Marcos. 2000. *"A los intelectuales; o de cómo resulta necesario repensar la cuestión mapuche"*; en PÉREZ, Sandra. (comp.) 2000 *Pueblo Mapuche: Desarrollo y Autogestión. Análisis y perspectivas en una sociedad pluricultural*, Ediciones Escaparate, Temuco.
- DWORKIN, Ronald. 1989. *"Los derechos en serio"*. Editorial Ariel.
- FERNANDEZ, SONIA. Sin fecha. *"Naciones Indígenas"*; en www.derechoysociedad.org
- FOESTER, Rolf; VERGARA, Jorge. 2000. *"Los mapuches y la lucha por el Reconocimiento en la sociedad chilena"*; en CASTRO, Milka (ed.). 2000. *Actas del XII Congreso Internacional "Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos en el tercer milenio. Marzo, 13-17 de 2000. Arica, Chile"*. Universidad de Chile, Universidad de Tarapacá; p. 191-205
- FRULING, Hugo. 1990. *"El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos"*, MEDINA, Cecilia (ed). 1990. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos"*.
- GUEVARA, Manuel; MANKELEF, Manuel. 2002. *"Las últimas familias"*. Editorial Colibris y Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Santiago 2002.
- HABERMAS, Jürgen. 1999. *"La Inclusión del otro"*; editorial Paidós, Barcelona, 1999.
- Identidades Territoriales. 2002. *"Nuestra Visión Del Desarrollo Territorial Reflexión Colectiva de las Identidades Lafkenche, Calafquenche, Nangche, Wenteché, Huilio, Makewe Y Pewenche"*. Declaración pública, junio de 2002, en www.derechosindigenas.cl
- KYMLICKA, Will. 2002. *"El nuevo debate sobre las minorías"*, en REQUEJO, FERRAN. 2002. *"Democracia y Pluralismo Nacional"*. Editorial Ariel, Barcelona, 2002.
- LAVANCHY, Javier. 1999. *"Conflicto y propuestas de autonomía mapuche"*; en <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/lava1.html>
- LILLO, Rodrigo. 2003. *"Los Conflictos de Tierra de los mapuches en Arauco Sur"*, inédito.
- MARIMAN, Pablo. 1997. *"Tierra y legislación: una mirada desde el programa del movimiento mapuche"*; en revista Liwen N° 4: Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Temuco, 1997 (143-171).
- MARIMÁN, Pablo. 1999. *"Coñoeapan en el Parlamento de 1947. Argumentos de la Corporación Araucana"*; en revista Liwen N° 5: Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Temuco, 1999 (157-174).

- MARIMÁN, Pedro. 1997; *"La Diáspora mapuche. Una reflexión política"*; en revista Liwen Nº 4: Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Temuco, 1997, (216-223).
- MARIMÁN, José y Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. 1990. *"Pueblo Mapuche. Estado y Autonomía Regional"*. Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco, 1990.
- MARTINEZ COBO, José. 1986. *"Estudio del problema de la discriminación contra poblaciones indígenas, vol V, Conclusiones, propuestas y recomendaciones"*, Nueva Cork, Naciones Unidas (ECN. 4/Sub. 2/1986/7/Add. 4)
- MARTÍNEZ, Josextu. 1999. *"La construcción nacional de Euskal Herria"*, Editorial Tarttalo.
- MORALES, Mario Roberto. 1998. *"La articulación de las diferencias o el síndrome de Maximon: los discursos literarios y políticos en le debate interétnico en Guatemala"*. FLACSO, 1998.
- NAGUIL, Víctor. 1997. *"Desarrollo Mapuche y Derecho de Autodeterminación"*; en revista Liwen Nº 4: Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. Temuco, 1997, (8-35).
- PÉREZ -SALES, Pau; BACIC, Roberta y DURÁN, Teresa. 1998. *"Muerte Y despacrición forzada en la Araucanía. Una aproximación étnica"*. Universidad Católica de Temuco.
- PEÑA, Carlos. 1998. *"Por qué necesitamos a Kant"*; en Revista Estudios Públicos Nº 69 del Centro de Estudios Públicos, Santiago.
- Programa de Acciones de Interés Público y Derecho Humanos de la. Universidad Diego Portales, 2003. *"Informe de Derechos Humanos 2003. Hechos 2002"*. Santiago; 2003.
- QUIDEL, José y JINEO, Fernando. *"Las raíces para nuestro cultivo"*, en Caro, Aracely; Durán, Teresa y Tereucán, Julio, ed. *Estilos de desarrollo en América Latina*. Universidad Católica de Temuco, Universidad de la Frontera. Temuco, 1999. (p. 147-158).
- REIMAN, Alfonso. 2000. *"Asociación Comunal de Comunidades Mapuche Ñancucho. Lumako"*; en PÉREZ, Sandra. (comp.) 2000 *"Pueblo Mapuche: Desarrollo y Autogestión. Análisis y perspectivas en una sociedad pluricultural"*, Ediciones Escaparate, Temuco.
- REQUEJO, Ferrán. 2002. *"Pluralismo, Democracia y Teoría Política"*; en REQUEJO, Ferrán, 2002.

- SÁNCHEZ, Esther. 1998. *"Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia"*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias políticas y Sociales. Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales y Políticas, Bogotá, Colombia, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Suetosa. 1991. *"Estado, Derecho y Luchas sociales"*: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá Colombia.
- SANTOS, Boaventura de Suetosa. 1995. *"A construção multicultural, da igualdade e da diferença"*, ponencia presentada en el VII Congreso Brasileiro de Sociología, realizado ene. Instituto de Filosofia y Ciencias Sociales de la Universidad de Río de Janeiro 4-6 de Septiembre de 1995.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. 1997. *"El marco internacional del derecho indígena"*; en GÓMEZ, MAGDALENA coordinadora. 1997. *"Derecho Indígena"*, Instituto Nacional Indigenista INI y Naciones Unidas NU, México.
- TAYLOR, Charles. 1993. *"El multiculturalismo y la política del Reconocimiento"*: Editorial Fondo de Cultura Económica, México.





VI. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Argelia Queralt Jiménez
Profesora del Dpto. Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona

“Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen”, Preámbulo del CEDH, Roma el 4 de noviembre de 1950.



1. PRESENTACIÓN

El presente artículo se refiere, fundamentalmente, a las conclusiones alcanzadas acerca de la nueva configuración del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, resultado de una investigación desarrollada en los últimos años respecto del Protocolo Nº. 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 11 de mayo de 1994 (Estrasburgo), que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998.¹ Dos son, básicamente, las razones por las que se ha considerado necesario el estudio y análisis del nuevo sistema de garantía. Por una parte, un primer acercamiento al contenido de la reforma introducida por el Protocolo Nº. 11 indicaba que su efectiva implementación supondría la *jurisdiccionalización íntegra* de la garantía europea de salvaguardia de los derechos humanos. En efecto, el nuevo texto del CEDH asentaba el mecanismo europeo de garantía sobre un órgano único, permanente y autónomo, el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con competencia obligatoria y al que los particulares podían acceder en defensa de sus derechos en igualdad de condiciones que los Estados Partes.² Así pues, la entrada en vigor del Protocolo Nº. 11 parecía destinada a consolidar definitivamente la posición ya de por sí preponderante de la Corte de Estrasburgo en el nuevo escenario europeo respecto de, principalmente, el mantenimiento y desarrollo del estándar mínimo común relativo al nivel de respeto y garantía de los derechos humanos en nuestro continente, del que se viene haciendo responsables a los órganos de control del CEDH durante los últimos 50 años.

Por otra parte, el nuevo TEDH aparecía como una nueva pieza en el fenómeno de internacionalización de la protección de los derechos fundamentales a la que asistimos en las últimas décadas y que parece está experimentando un nuevo impulso en los últimos años tal como demuestra el hecho de que se esté optando por reforzar mecanismos ya existentes o bien con la aparición de nuevos instrumentos, que en el ámbito europeo puede identificarse con la reforma del CEDH, y aunque con otras finalidades, la aparición de la Carta de Derecho Fundamentales de la Unión

¹ Vid. A. QUERALT JIMÉNEZ, *La reforma del procedimiento europeo de protección de los derechos humanos: balance y perspectivas*, Memoria para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona, Julio, 2001.

² En palabras de A. SÁNCHEZ LEGIDO, *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Colex, Madrid, 1995, p. 133, "la necesidad de consolidar el carácter independiente y judicial del mecanismo de protección, haciéndolo, además, plenamente accesible al individuo" (la negrita es del original) fue uno de los elementos que capitalizaron las discusiones acerca de la reforma del sistema europeo de garantía.

Europea.³ Precisamente el TEDH puede estar llamado a jugar un importantísimo papel en relación con los derechos fundamentales, no sólo respecto de los ordenamientos de los Estados partes del CEDH, sino, también, respecto del propio ordenamiento comunitario, en tanto que se observa como una posibilidad bastante factible que la CE/UE acabe finalmente, adhiriéndose al CEDH, lo que supondría llevaría al TEDH a controlar la actividad de las instituciones y órganos comunitarios, incluido, por tanto, el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.⁴

³ La *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Proclamación Solemne el 7 de diciembre de 2000, en Niza) es objeto de estudio por el Prof. Marc Marsal en otra contribución publicada en este mismo número de la *Revista de Derecho*; por esta razón nos remitimos a lo que en ella se refiere acerca de este nuevo documento en materia de derechos fundamentales, tanto sobre el fondo como respecto de la información bibliográfica que allí se aporta.

⁴ En los trabajos que se están llevando a cabo en el seno de la Convención Europea sobre el futuro de Europa -creada al término del Consejo Europeo de Laeken (14 y 15 de diciembre de 2001)- el Grupo de Trabajo II "*incorporación de la Carta/adhesión al CEDH*" presentó su informe final a la Convención el 22 de octubre de 2002, Doc. CONV 354/02, WG II 16, y en él se presenta una opinión favorable respecto de que, en primer, lugar, la Carta sea incorporada a los Tratados Constitutivos y, en segundo lugar, la posibilidad de que la CE/UE se adhiera a la CEDH; esta opción apuesta por la complementariedad de ambas medidas: una vez incorporada la Carta en el TUE, el TEDH puede realizar un control externo e institucionalizado de la actividad comunitaria. Este documento de la Convención puede consultarse en <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/02/cv00/00354es2.pdf> (visitado el 9 de diciembre de 2002).

⁵ Respecto del proceso de internacionalización que ha experimentado la cuestión relativa a la garantía de los derechos fundamentales referida, concretamente, a las Naciones Unidas y al Consejo de Europa, vid., entre otros, J. A. PASTOR RIDRUEJO, *El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (I), Plano universal: La obra de las Naciones Unidas*, en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Seminario Conmemorativo del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 35-46; J. A. CARRILLO SALCEDO, *El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (II), Plano regional: El sistema de protección instituido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Seminario Conmemorativo..., op. cit., pp. 47-76; y, en general, para un análisis más detallado respecto del funcionamiento de los distintos mecanismos existentes en el ámbito internacional, pueden consultarse, entre otros, C. VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho Internacional de Derechos Humanos*, Ed. Trotta, Madrid, 2002; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de derecho internacional público*, Ed. Civitas, Madrid, 2ª ed. rev., 2002; M. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de derecho internacional público*, Ed. Tecnos, Madrid 13ª. Ed., 2001; A. TRUYOL Y SERRA, *Los derechos humanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 5ª. Ed. puesta al día, 2000; J. A. CARRILLO SALCEDO, *Curso de derecho internacional público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991; en cuanto a la incidencia que ha supuesto la internacionalización del Derechos de los derechos fundamentales y las relaciones que se generan entre los diversos sistemas de protección, vid. F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Ed. PUF, Paris, 2001.

2. INTERNACIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES⁵

Como se dijo al principio de estas páginas, desde hace algún tiempo asistimos a un proceso de internacionalización de la protección de los derechos fundamentales. En efecto, además de los mecanismos de protección de derechos que prevén los ordenamientos internos, tras la segunda Guerra Mundial, han ido apareciendo numerosos sistemas de control de los derechos humanos tanto en el ámbito universal como en el ámbito regional. Así, en el seno de la Organización de Naciones Unidas aparece en 1948 la *Declaración Universal de Derechos Humanos*⁶ y, posteriormente, en 1966, se firman el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales* (PIDESC),⁷ respecto de todos ellos se han previsto mecanismos de protección convencionales y extraconvencionales. En el ámbito regional, en el seno de la Organización de Estados Americanos, tras la firma en 1948 de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, se firma la *Convención Americana de Derechos Humanos* en 1969 que incorpora un mecanismo de protección con dos órganos, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, muy similar al sistema europeo instaurado por el CEDH en 1950, sin embargo, en ningún caso se

⁶ Respecto del sistema universal de garantía de los derechos humanos, como recuerda A. TRUYOL Y SERRA, *Los derechos humanos, op. cit.*, p. 37, no es hasta la *Carta de las Naciones Unidas*, aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945, cuando aparece un *reconocimiento internacional de principio* de los derechos humanos. Pese a la escasez de previsiones directamente dedicadas a los derechos humanos en la Carta, el desarrollo de estos ha sido muy amplio gracias al trabajo realizado por la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946 por el ECOSOC (Comité Económico y Social) La Comisión de Derechos Humanos, compuesta por 53 expertos gubernamentales, se reunió por primera vez en 1947. En un principio poseía exclusivamente funciones de tipo promocional de los derechos humanos, siendo muy destacada su labor de redacción de normas internacionales relativas a derechos humanos. Esta labor dio su primer gran fruto con la redacción de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH), aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.

⁷ El PIDCP y su Primer Protocolo Facultativo relativo a la legitimación de los particulares para presentar sus quejas ante el Comité de Derechos Humanos fueron adoptados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 y entraron en vigor el 23 de marzo de 1976, una vez que fueron depositados los 35 instrumentos de ratificación que exige el art. 49 PIDCP; por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue aprobado por la Asamblea General de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. El cumplimiento por los Estados Partes de las obligaciones que les impone el Pacto y el grado de efectividad de los derechos y las obligaciones en cuestión es vigilado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano creado por el ECOSOC en 1985 y no por el propio Pacto Internacional.

prevé que los particulares puedan acceder ante la Corte.⁸ También en el ámbito regional, en el seno de la Organización para la Unidad de África, desde julio de 2002, la Unión Africana, se firma en 1981 la Convención Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos,⁹ texto en el que quedan recogidos una serie de derechos de cuya garantía se encarga la Comisión Africana.¹⁰

En la región europea, en el seno del Consejo de Europa,¹¹ en 1950 tuvo lugar la firma del CEDH.¹² El CEDH preveía no sólo una declaración de derechos indivi-

⁸ Respecto de los mecanismos de protección de los derechos humanos en la Organización de Estados Americanos pueden consultarse, entre otros, T. BURGENTHAL, R. E. NORRIE, D. SHELTON, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Ed. Civitas, Madrid, 1990; M. PINTO, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1993; R. NIETO NAVIA, *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Bogotá, 1993; J. S. DAVIDSON, *The Interamerican Human Rights System*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1997; C. PIZZOLO, G. BIDART CAMPOS (ed), *Derechos humanos: Corte interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000.

⁹ Respecto de los mecanismos de protección de los derechos humanos en la Organización para la Unidad de África, vid., entre otros, M. HAMALENGWA, C. FLINTERMAN, E. V. O. DANKWA, *The international Law of Human Rights in Africa. Documents and Annotated Bibliography*, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988; G. J. NALDI, *The organisation of African Unity. An analysis of its role*, Ed. Mansell, Londres, 1989.

¹⁰ Debe ser puesto de manifiesto que el 9 de junio de 1998 la OUA adoptó un *Protocolo a la Carta de derechos del Hombre y de los Pueblos relativo al establecimiento de un Tribunal Africano de derechos del Hombre y de los Pueblos*, que todavía no ha entrado en vigor. El texto de este Protocolo puede encontrarse en *HRLJ*, vol. 20, N°. 4-6, 1999 (pp. 269-271).

¹¹ Tras los desastres que a todos los niveles había dejado tras de sí la segunda gran guerra, en el ámbito político, impulsados por el afán de la reconstrucción de la entonces maltrecha Europa, numerosos movimientos en pro de la Unidad de Europa decidieron aglutinarse en torno del *Comité Internacional de los Movimientos por la Unidad de Europa*. Su primera gran actuación fue la celebración del Congreso de Europa, celebrado en la Haya los días 7 y 10 de mayo de 1948. Este Congreso tuvo como resultado la firma por Bélgica, Francia, Luxemburgo, Holanda, Gran Bretaña, Irlanda, Italia, Dinamarca, Noruega y Suecia del *Estatuto del Consejo de Europa*, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949. El Consejo de Europa quedó configurado como una organización regional de fines generales construida sobre la voluntad de defender y de promover la libertad y la democracia en Europa y cuyo principal objetivo, tal y como se desprende del art. 1 de su Estatuto, era alcanzar una gran unidad entre sus miembros con el propósito de salvaguardar y realizar los ideales y principios que son patrimonio común de todos ellos y de facilitar su desarrollo económico y social. Este objetivo deberá ser alcanzado a través de los órganos del Consejo mediante la discusión de cuestiones de interés común, y por medio de acuerdos y acciones comunes en asuntos económicos, científicos, jurídicos y administrativos y en el mantenimiento y futuro desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales; vid., entre otros, F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, París, 2001, p. 98; sobre este período de construcción, vid., asimismo, las referencias bibliográficas que se aportan en nota N°. 13.

duales y libertades fundamentales, sino que, además, instauraba un sistema de protección de aquellos derechos y libertades.¹³ Este sistema de protección fue el primero en establecer un mecanismo de garantía en el que aparecía la posibilidad de los particulares de acudir ante una instancia internacional, la Comisión Europea, en defensa de sus derechos.¹⁴ Han pasado 50 años y, tras la reforma del Protocolo Nº. 11 la CEDH, pese a que se mantiene el mismo listado de derechos, el nuevo mecanismo ha dejado de ser aquel sistema embrionario de salvaguardia de los derechos humanos, para convertirse en el mecanismo internacional de protección más eficaz de todos los existentes, en tanto que es el único que se erige como auténtica jurisdicción a la que los particulares tienen libre acceso.

¹² *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

¹³ Respecto del funcionamiento del anterior sistema y sobre los derechos reconocidos por el CEDH y el desarrollo progresivo que respecto de ellos han realizado, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. LINDE, L. I. ORTEGA, y M. SÁNCHEZ MORÓN en *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 1979; G. COHEN JONATHAN, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 1989; R. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993; D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres, 1995; H. ROBERTSON y J. G. MERRILLS, *Human Rights in Europe. A Study of the European Convention on Human Rights*, Manchester, 1996; D. GOMIEN, D. HARRIS, L. ZWAAK, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Estrasburgo, 1996; P. Van DIJK y G. J. H. van HOOFF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 3ª ed., 1998; E. PETTITI (ed), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Ed. Economica, Paris, 2ª ed., 1999; F. SUDRE, *Droit international...*, op. cit.

¹⁴ Vid. A. RODRÍGUEZ, *Integración europea y derechos fundamentales*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 100-101.

3. RAZONES PARA LA REFORMA DEL SISTEMA EUROPEO DE GARANTÍA

El establecimiento del actual sistema de protección del CEDH es el fruto de una reforma que venía siendo reclamada desde hacía algún tiempo.¹⁵ Así, la situación socio-política en Europa había cambiado sustancialmente desde 1950. Estos cambios afectaban de modo patente al funcionamiento del originario sistema previsto por el CEDH, hasta tal punto que el sistema de garantía se convirtió, como se ha reiterado en numerosas ocasiones, en víctima de su propio éxito.¹⁶ La situación ante los órganos de control, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el antiguo TEDH, devino insostenible debido, esencialmente, a la avalancha de demandas,¹⁷ provocada, de una parte, por el hecho de que el conocimiento por parte de los particulares de la garantía europea fuera cada vez mayor y, por otra, por la incorporación de los Estados del antiguo bloque soviético al Consejo de Europa tras la caída del muro de Berlín¹⁸. Esta situación fue puesta de manifiesto en la

¹⁵ Las dificultades por las que atravesaba el mecanismo de garantía habían sido puestas de relieve bastante tiempo atrás. Así, en la *Conferencia Ministerial Europea sobre los Derechos Humanos*, celebrada en Viena en los días 19 y 20 de marzo de 1985, la delegación suiza presentó un completo Informe titulado "*Funcionamiento de los órganos de la Convención Europea de Derechos Humanos: evaluación, mejora y fortalecimiento del mecanismo internacional de control instituido por la Convención*". En este informe se ponían de manifiesto las dificultades por las que atravesaban los órganos de control durante lo últimos años para poder hacer frente al crecimiento de demandas, situación que ellos mismos habían ido paliando con pequeñas modificaciones internas en los procedimientos que ante ellos se desarrollaban; estas medidas, no obstante, únicamente podían hacer frente a la creciente carga de trabajo a corto plazo. Este mismo informe se hizo eco de la advertencia hecha por la Comisión en 1980 en un memorando presentado al Comité de Ministros en el que se calificaba la situación, en lo concerniente al examen de las demandas, como grave. A este respecto, vid., PEUKERT, *A propos de la réforme du system de protection prévu par la Convention européenne des droits de l'Homme*, en RUDH, 1992, p. 217-226.

¹⁶ Vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, *Vers la réforme du system européenne de protection des Droits de l'Homme*, en *Mélanges Velu*, vol. II, 1992, p. 1320.

¹⁷ La evolución experimentada por el mecanismo de control se ve claramente reflejada en el número de expedientes provisionales abiertos a lo largo de los años: 2000 en 1976; 3000 en 1985; 4000 en 1988, 5000 en 1990, y 9323 en 1993. El número de demandas registradas: 138 en 1955; 400 en 1981, 500 en 1983, 700 en 1986 1009 en 1988 y 2037 en 1993. Estos datos pueden ser consultados y contrastados, entre otros en PEUKERT, *A propos de la réforme...*, pp. 218-219; asimismo, vid. P. MAHONEY, *Speculating on the future of the reformed European Court of Human Rights*, en RUDH, 1999, vol. 20, N°. 1-3 (p. 1-4).

¹⁸ Como señaló H. GOLSONG, *On the reform of the supervisory system of the European convention on human rights*, en HRLJ, 31.8.1992, vol. 13, N°. 7-8, p. 265, la suma de todas estas circunstancias habían conducido a las instituciones europeas de salvaguardia a una situación muy cercana al colapso, que necesitaba una rápida solución; de lo contrario, la credibilidad del mecanismo europeo estaría en grave peligro.

Conferencia de Jefes de Estados y Gobierno del Consejo de Europa, celebrada en Viena en 1993, donde se adoptó, finalmente, la decisión política de reformar el procedimiento de garantía. Tres fueron las principales causas esgrimidas para la reforma: la falta de legitimación de los particulares ante los órganos de protección, la excesiva duración y la complejidad de los procedimientos y, finalmente, la anomalía de que el Comité de Ministros realizara una función casi judicial. Los objetivos a alcanzar eran, por su parte, el reforzamiento del mecanismo y la mejora de su eficacia.¹⁹

4. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL SISTEMA DE GARANTÍA EUROPEO TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL PROTOCOLO N.º 11²⁰

4.1. INCIDENCIA DEL TEDH COMO ÓRGANO ÚNICO Y PERMANENTE EN ESTATUTO DE SUS JUECES

En primer lugar, el Protocolo N.º 11 establece un **órgano único y permanente** (art. 19 CEDH), rasgos que aparecen como esenciales en la jurisdiccionalización del mecanismo. En efecto, el nuevo CEDH ha eliminado la existencia de la Comisión Europea y ha despojado al Comité de Ministros de su potestad para conocer sobre el fondo de los asuntos, siendo ahora únicamente responsable de la correcta ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo (SSTEDH).

¹⁹Vid. CARRILLO SALCEDO, ARCOS VARGAS y SALADO OSUNA, La Declaración de Viena de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembro del Consejo de Europa (9 de octubre de 1993), en *R/E*, vol. 21, N.º. 1, 1994 (pp. 119-136); también respecto de las causas que llevaron a la reforma del CEDH vid. H. SCHERMERS, *The Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights*, en *ELR*; vol. 19, N.º. 4, 1994, pp. 367-372.

²⁰ Para el estudio del nuevo procedimiento de garantía del TEDH deben tenerse en cuenta además del texto del CEDH reformado por el Protocolo N.º 11 al CEDH, el propio texto del Protocolo N.º 11 y el Informe Explicativo redactado por el Grupo de Expertos, vid. CONSEIL DE L'EUROPE, Protocole N.º 11 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme et rapport explicatif, Strasbourg, mai 1994, [H94-5F], H (94)5 y también en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm> (visitado el 9 de diciembre de 2002); por último, debe tenerse en cuenta en todo momento el Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 1 de noviembre de 1998, versión de octubre 2002, que incluye las últimas modificaciones, y puede consultarse en <http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/RulesofCourt2002.htm> (visitado el 9 de diciembre de 2002). En cuanto contribuciones doctrinales, vid. entre las monografías, A. SÁNCHEZ LEGIDO, *La reforma...*, op. cit., pp. 149-289; A. SÁNCHEZ LEGIDO, *La reforma...*, op. cit., p. 58; en el mismo sentido, vid. E. GARCÍA JIMÉNEZ, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998; VV.AA., *Le Protocole N.º. 11 à la Convention européenne des droits de l'homme: actes de la table-*

El carácter permanente del nuevo Tribunal, por su parte, obligó a los redactores del Protocolo Nº. 11 a variar sustancialmente el **estatuto de los jueces** de tal manera que se ha producido su **profesionalización definitiva**.²¹ Desde el 1 de noviembre de 1998 los miembros del TEDH desarrollan su labor en régimen de exclusividad, por lo que se prohíbe que los jueces puedan realizar cualquier otra actividad que sea incompatible con la exigencia de una función que debe ser desempeñada a tiempo completo, con plena disponibilidad. Por otra parte, han sido previstas una serie de garantías con el objetivo de asegurar la salvaguardia de los principios de independencia e imparcialidad de su labor. Estos principios pretenden ser garantizados desde el mismo momento de la elección de los candidatos por la Asamblea Parlamentaria quien se ha esforzado en mejorar el procedimiento de elección, implicando, por cierto, en tal mejora a los Estados Partes.

En cuanto al mantenimiento de la imparcialidad y la independencia judicial en el ejercicio de su mandato, que es de seis años con posibilidad de reelección (art. 23 CEDH), la nueva regulación prevé los mecanismos pertinentes de sustitución para los supuestos en los que un juez se vea imposibilitado para conocer de una determinada causa (art. 4, 24, 26 y 29 CEDH). La nueva regulación prevé, finalmente, la posibilidad de que un juez sea separado de su cargo por decisión del resto del colegio judicial del TEDH, en caso de haber dejado de reunir las condiciones necesarias para formar parte de este órgano (art. 24. 1 CEDH), entre las que, por supuesto se encuentran, el respetar en su actuación los principios de independencia e imparcialidad judicial. Las condiciones previstas para poder proceder a la definitiva separación de cargo de uno de los jueces hacen efectiva la garantía de la inamovilidad judicial. Por último, como consecuencia del carácter permanente del nuevo TEDH se ha introducido en el estatuto de los jueces el límite de edad de los 70 años para poder ejercer esta función (art. 23. 6 CEDH).

ronde organisée le 22 septembre 1994 par l'Équipe de recherche "Droit comparé des droits de l'homme" de l'Institut des hautes études européennes de l'Université Robert Schuman à Strasbourg, Ed. Bruylant, Bruselas, 1995 ; vid, entre los artículos, J. BONET, El Protocolo Nº. 11 y la reforma del sistema europeo de protección, en REDI, vol. XLVI, 1994, Nº. 1, pp. 474-485; A. DRZEMCZEWSKI y J. MEYER-LADEWIG, Principales caractéristiques du nouveau mécanisme de contrôle établi par la C.E.D.H suite au Protocole Nº. 11, signé le 11 mai 1994, en RUDH, vol. 6, Nº. 3, 1994, pp. 81-86 ; .A. SALADO OSUNA, El protocolo de enmienda Nº. 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en RIE, vol. 21, 1994, Nº. 3, pp. 950 y ss.; H. SCHERMERS, The Eleventh Protocol..., op. cit., pp. 367-372; G. COHEN-JONATHAN: Le protocole Nº. 11 et la réforme du mécanisme international de contrôle de la Convention européenne des Droits de l'Homme, en Europe, Nº. 11, 1994 (p. 2); O. DE SHUTTER, La nouvelle Cour Européenne des Droits de l'Homme, en Cahiers Droit Européen, 1998, Nº. 3 y 4, pp. 319-352.

²¹ Vid. H. SCHERMERS, *Election of judges to the European Court of Human Rights*, en *European Law Review*, vol. 23, diciembre 1998, Nº. 6, pp. 568-578.

Deben ser muy tenidos en cuenta dada la actual configuración del TEDH en que existe un único cuerpo de magistrados que forman parte de las distintas formaciones. Si estos principios no son respetados con la máxima rigurosidad pueden producirse cierto quiebre en la imparcialidad judicial.

4. 2. LOS PARTICULARES ANTE EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como se ha apuntado ya, con la entrada en vigor del Protocolo N^o. 11 se reconoce por primera vez en el seno del mecanismo europeo la **legitimación de los particulares** para acceder en igualdad de condiciones que los Estados ante TEDH. En la versión final del CEDH adoptada en 1950 se optó por un sistema en el que los particulares únicamente podían interponer sus demandas ante la Comisión siempre y cuando los Estados aceptasen tal competencia y se excluía la posibilidad de que pudieran acceder ante el TEDH.²² Hasta la entrada en vigor del Protocolo N^o. 11 al CEDH la posición de los particulares en el seno del procedimiento ha ido evolucionando gracias a la acción de los propios órganos de protección, básicamente,²³ mediante el desarrollo de ciertas prácticas que permitieron una relativa presencia de los particulares en la fase del procedimiento que se desarrollaba ante el TEDH.²⁴ Así, en 1961 gracias al *asunto Lawless* (N^o. 3)²⁵ se inició una práctica por la que el TEDH autorizaba a la Comisión a que esta se hiciera eco de las alegaciones del demandante individual e, incluso, a que este acompañara al Delegado de la Comisión ante el TEDH. En 1982 se reformó el RTEDH²⁶ de manera que

²² A este respecto resulta de gran interés la consulta de los trabajos preparatorios para la elaboración del CEDH, vid. CONSEIL DE L'EUROPE: *Recueil des "Travaux Préparatoires"*, Ed. Martinus Nijhoff, La Haya, 1975.

²³ Puede considerarse que este objetivo se ha desarrollado también mediante la interpretación extensiva del concepto de víctima; respecto de los conceptos de víctima potencial (p. ej., STEDH *Klass y otros c. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978; STEDH *Open Door y Dublin Well Women c. Irlanda*, de 29 de octubre de 1992) e indirecta (p. ej., STEDH *Ekinci c. Turquía*, de 18 de julio de 2000; STEDH *Demiray C. Turquía*, de 21 de noviembre de 2000), vid., por todos por el grado de actualización, F. SUDRE, *Droit international...*, op. cit., pp. 413 y ss.

²⁴ Respecto del papel que jugaron los delegados de la Comisión durante los primeros años de funcionamiento de la Corte de Estrasburgo en relación con el particular, vid., por todos, M-A. EISEN, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 1985; también, del mismo autor, vid. *La procédure de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, en VV.AA., *Introduire un recours a Strasbourg?*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1986, pp. 41-62; Entre la doctrina española, vid., entre otros, A. SÁNCHEZ LEGIDO, *La reforma...*, op. cit., pp. 53-55.

²⁵ STEDH, *asunto Lawless contra Irlanda* (N^o. 3), 1 de julio de 1961.

²⁶ Reglamento del TEDH, de 24 de noviembre de 1982, entró en vigor el 1 de enero de 1983.

la relación demandante individual/ TEDH devino directa permitiéndose así que la Comisión recuperara su posición de parte representante de los intereses del CEDH.²⁷

Los esfuerzos de la Comisión y del TEDH, sin embargo, no permitieron equiparar la posición de los particulares a la de los Estados. Ni siquiera el Protocolo Nº. 9 al CEDH²⁸ incorporó un verdadero derecho de acceso de los particulares, ya que únicamente preveía la posibilidad de que un particular, una vez superada la fase del procedimiento ante la Comisión, planteara su asunto ante un comité de tres jueces que decidía sobre la relevancia suficiente del asunto desde la perspectiva del CEDH para poder ser conocido por el TEDH.²⁹ En definitiva, la entrada en vigor del Protocolo Nº. 11 al CEDH ha supuesto reconocer, por primera vez, subjetividad internacional a los individuos en el marco del sistema europeo de garantía de los derechos humanos.³⁰

4. 3. LA DESAPARICIÓN DE LA FUNCIÓN CASI JUDICIAL DEL COMITÉ DE MINISTROS

En cuanto a la **función casi jurisdiccional** que atribuía el anterior CEDH al **Comité de Ministros**, esta se reveló como la tercera gran causa para la reforma del antiguo procedimiento.³¹ Parecía del todo inadecuado que un órgano de marcado carácter político tuviera potestad para llevar a cabo funciones para-judiciales, que consistían en conocer finalmente de aquellos asuntos que, una vez obtenido el informe

²⁷ El art. 29 del Reglamento del TEDH de 1959 disponía que los Delegados de la Comisión “*pueden, si lo desean, hacerse asistir por cualquiera persona de su elección*”. Además, este Reglamento recogía otros preceptos en los que se permitía la actuación del demandante individual como, por ejemplo, el art. 38 RTEDH que preveía que el Tribunal recogiera la declaración de cualquier persona sobre los puntos de derecho en el marco de las investigaciones, peritajes y otras medidas de instrucción.

²⁸ Protocolo Nº. 9 al CEDH, hecho en Roma el 6 de noviembre de 1990, que entró en vigor para los Estados que lo ratificaron el 1 de octubre de 1994.

²⁹ Vid. A. SÁNCHEZ LEGIDO, *La reforma...*, op. cit., p. 58; en el mismo sentido, vid. E. GARCÍA JIMÉNEZ, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 1998, p. 195, y A. DRZEMCZEWSKI, *The European Human Rights Convention: Protocol Nº 11. Entry into force and first year of application*, en HRLJ, vol. 11, Nº. 7-9, 1999, p. 2.

³⁰ Vid. F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, *Perfecciones e imperfecciones...*, op. cit., p. 136.

³¹ Para un análisis completo de este procedimiento, vid., por todos, D. J. HARRIS, M. O’BOYLE y C. WARBRICK, *Law of the ECHR...*, op. cit., p. 691 a 669; además, se encontraran referencias a este procedimiento en las obras citas más arriba en nota Nº. 13.

de la Comisión,³² no hubieran sido elevados al TEDH.³³ Por otra parte, el sistema de votación en el Comité de Ministros podía llevar, como de hecho pasó, a que no se tomara ninguna decisión. En efecto, según el art. 32 antiguo CEDH las decisiones sobre la existencia o no de una vulneración de los derechos recogidos en el Convenio debían ser tomadas por una mayoría de dos tercios de sus miembros; esta exigencia de alcanzar una mayoría reforzada para tomar decisiones entraña una perversión del CEDH: la posibilidad de que se produjera una situación de no decisión,³⁴ como, de hecho, ocurrió en cinco ocasiones.³⁵ La jurisdicción obligatoria del nuevo TEDH ha finalmente hecho innecesaria esta potestad.

4. 4. UN PROCEDIMIENTO MÁS SIMPLE

Retomando la cuestión relativa a las causas que motivaron la reforma, como ya se anunció, esta perseguía acabar con la **excesiva complejidad** del anterior mecanismo de garantía en el que, recuérdese, participaban tres órganos de control diferentes: la Comisión Europea de Derechos Humanos, el antiguo Tribunal y el Comité

³² Como señalan D. J. HARRIS, M. O'BOYLE y C WARBRICK, *Law of the ECHR...*, op. cit., pp. 692-693, dos tipos de casos eran los que finalmente acostumbraban a ser resueltos por el Comité de Ministros, en vez de llegar al TEDH: por una parte, aquellos asuntos en los que la Comisión consideraba que no se había producido vulneración del CEDH y que, además, no revestían especial relevancia respecto del CEDH; por otra parte, aquellos asuntos en los que el Informe de la Comisión revelaba una vulneración del CEDH pero respecto de los que existía jurisprudencia previa consolidada del TEDH o bien el Estado estaba conforme con la opinión de la Comisión y estaba en condiciones de adoptar las oportunas medidas de reparación.

³³ Según G. COHEN-JONATHAN, *Le protocole N° 11 et la réforme du mécanisme international de contrôle de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, en *Europe*, N° 11, 1994, p. 2, el procedimiento seguido ante el Comité de Ministros se caracterizaba por "*l'absence totale de toute procédure publique et contradictoire*".

³⁴ Vid. F. SUDRE, *Droit International...*, op. cit., p. 388. Debe ponerse de manifiesto que en 1992 fue redactado el Protocolo N° 10 al CEDH, de 25 de marzo de 1992, hecho en Basilea, por el que se eliminaba del art. 32 anterior CEDH la expresión "dos tercios", de tal manera que la nueva redacción del precepto mantenía únicamente la referencia a la mayoría de sus miembros. El Protocolo N° 10 al CEDH, sin embargo, nunca llegó a entrar en vigor.

³⁵ Estos cinco casos fueron *Huber contra Austria* (1975), *East African Asians contra Gran Bretaña* (1977), *Dores y Silveira contra Portugal* (1985), *Dobbertin contra Francia* (1988) y *Warwick contra Gran Bretaña* (1989). Para un análisis sobre el contenido y procedimiento sobre estos casos, vid. D. J. HARRIS, M. O'BOYLE y C WARBRICK, *Law of the ECHR...*, op. cit., pp. 693 a 695. Parece oportuno señalar, además, que respecto de los cinco casos en los que el Comité de Ministros no alcanzó la mayoría requerida, la Comisión, en el procedimiento previo, había considerado y así lo había plasmado en su Informe siempre por amplia mayoría o por unanimidad que los Estados demandados sí que habían violado los derechos recogidos en el CEDH.

de Ministros;³⁶ además, recuérdese que gran parte de este procedimiento se regía por el principio de confidencialidad.

Ante esta situación, dos fueron las **principales propuestas** barajadas para reformar el procedimiento³⁷: la creación, por una parte de un sistema uniorgánico³⁸ que supusiera la fusión de la Comisión y el TEDH y, por otra parte, la creación de un sistema jurisdiccional de doble instancia. Ambas propuestas preveían el libre acceso de los particulares y la eliminación de la función casi judicial del Comité de Ministros.³⁹ Pues bien, el actual TEDH es el resultado del compromiso político al que llegaron los partidarios de las dos opciones ante la dificultad de alcanzar un acuerdo respecto de la configuración definitiva que debía adoptar el nuevo mecanismo de garantía, lo que ha provocado que el TEDH, pese a ser un órgano completamente nuevo, resulte ser, en cierta manera, un híbrido de las dos propuestas.⁴⁰

4. 5. PROBLEMAS NO RESUELTOS POR EL PROTOCOLO Nº. 11 AL CEDH

La reforma instituida por el Protocolo Nº. 11, como ya se ha dicho, no ha supuesto ninguna modificación relativa a la falta de ejecutividad de las sentencias del TEDH⁴¹, ni respecto al carácter no obligatorio de las medidas cautelares que el TEDH considere oportunas tomar en relación con un asunto, pese a ser cuestiones que vienen siendo muy debatidas en los últimos años. Al igual que ocurría bajo el anterior

³⁶ Vid, J. A. CARRILLO SALCEDO, M. ARCOS VARGAS, y A. SALADO OSUNA: *La declaración de Viena...*, *op. cit.*, p. 121; así, en un trabajo más reciente, los Profs. N. ROWE Y V. SCHLETTE, *The protection of Human Rights in Europe after the Eleventh Protocol to the ECHR*, en *ELR*, vol. 23, 1998, p. 5, afirmaban que *"the most obvious weakness of the old system [of protection] was its extraordinary complexity"*.

³⁷ Para un tratamiento más detallado sobre esta cuestión vid. A. SÁNCHEZ LEGIDO, *La reforma...*, *op. cit.*, pp.156-157.

³⁸ Vid. M. A. GARCÍA JIMÉNEZ, *El Convenio Europeo...*, *op. cit.*, p. 196.

³⁹ Vid A. SÁNCHEZ LEGIDO, *La reforma...*, *op. cit.*, p. 155.

⁴⁰ Respecto de la naturaleza de la opción adoptada por los redactores del Protocolo Nº. 11 al CEDH como *híbrido* entre las dos propuestas, vid. M. R. ABRAHAM, *Le nouvelle procédure*, en *Le Protocole Nº 11 à la CEDH*, *op. cit.*, p. 66, quien afirmaba que se ha instaurado un sistema de doble grado de jurisdicción en una única jurisdicción; cfr. G. COHEN-JONATHAN, *Le Protocole Nº. 11...*, *op. cit.*, p. 2, *"reforma radical"*.

⁴¹ A este respecto algunos expertos, por todos, A. DRZEMCZEWSKI, en su contribución en *Le Protocole Nº. 11...*, *op. cit.*, p. 75, han señalado que el Protocolo Nº. 11 al CEDH no era el instrumento idóneo para resolver los problemas de relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno; el objeto del Protocolo es la reforma de un procedimiento determinado en aras de mejorarlo.

sistema, nada establece el nuevo CEDH respecto de las **medidas cautelares**.⁴² Es el RTEDH (art. 39) el que prevé que el TEDH pueda sugerir a los Estados implicados en el asunto la adopción de una determinada medida provisional en aras del buen desarrollo del procedimiento. Sin embargo, el hecho de no seguir esta sugerencia no comporta ninguna consecuencia jurídica negativa para el Estado afectado. Por otra parte, como ya se ha dicho el régimen jurídico de las medidas cautelares queda previsto en Reglamento del TEDH, sin contar, al menos en principio, con cobertura convencional. Por esta razón se ha discutido también cual es la vinculatoriedad que estas previsiones reglamentarias puedan tener respecto de los Estados Partes. En este trabajo, no obstante, se mantiene la posición que defiende que la obligatoriedad de las medidas cautelares puede entenderse recogida en el art. 34 CEDH en "*no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho*".

En cuanto a la **naturaleza de las sentencias del TEDH** nada nuevo ha aportado el Protocolo Nº. 11: las SSTEDH son definitivas, obligatorias pero no ejecutivas (art. 44 y 46 CEDH). Del carácter obligatorio de las SSTEDH se derivan dos tipos de efectos fundamentales: los efectos directos, que son aquellos que revierten inmediatamente en los particulares involucrados en el procedimiento ante Estrasburgo y, por otra, los efectos indirectos que son aquellos que desbordan la cosa juzgada de las SSTEDH⁴³. Respecto de los efectos indirectos puede decirse que gozan de un impacto muy importante en los ordenamientos internos, en tanto que pueden, por una lado, provocar cambios en las legislaciones y prácticas de las autoridades públicas y, por otro, se erigen, en virtud del efecto de cosa interpretada, en instrumentos hermenéuticos de primer orden. En lo relativo a esta cuestión, España se ha convertido en uno de los Estados estandarte porque, en virtud del art. 10. 2 CE,⁴⁴ los poderes públicos deberán interpretar los derechos constitucionales de manera

⁴² Sobre medidas cautelares en el marco del Convenio Europeo, vid., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Sobre la legitimidad de las medidas cautelares utilizadas por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Sentencia TEDH Cruz Varas y otros, de 20 de marzo de 1991, en La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español, Ed. Civitas, Madrid, 2ª. ed. ampliada, 1995, pp. 345 a 382, y R. MACDONALD, Interim Measures in international law, with special reference to the European system for the protection of Human Rights, en ZAÖRV, vol. 52, 1992, tomo 3/4.

⁴³ Sobre la diversidad de efectos que generan las SSTEDH en los ordenamientos internos de los Estados parte, puede vid, por todos, E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999.

⁴⁴ El art. 10. 2 CE establece que "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*".

compatible con las previsiones del CEDH y la jurisprudencia del TEDH, lo que significa que no podrá interpretarse un derecho constitucional de manera que se contradiga el alcance atribuido por la Convención o por el TEDH a ese mismo derecho.⁴⁵

En cuanto a los efectos directos, precisamente la falta de ejecutividad de las decisiones de la Corte de Estrasburgo ha sido utilizada por algunos para cuestionar el carácter jurisdiccional del TEDH. Ahora bien, respecto de esta afirmación deben hacerse algunas matizaciones. En primer lugar, la obligatoriedad de las SSTEDH ha recuperado en los últimos años un gran protagonismo en la jurisprudencia del TEDH. Desde la STEDH *Papamichalopoulos contra Grecia*,⁴⁶ considerada como la decisión del TEDH en la que se manifestó el punto de inflexión a este respecto, la Corte de Estrasburgo, si bien continua reconociendo que las partes gozan de libertad para elegir las medidas más apropiadas para dar efectivo cumplimiento a sus sentencias, exige que, si de acuerdo al ordenamiento interno del Estado infractor la *restitutio in integrum* es posible, esta se lleve a cabo, en virtud de la obligación de resultado que impone el CEDH.⁴⁷ De esta forma, se devuelve el carácter subsidiario con el que está configurada la satisfacción equitativa del art. 41 CEDH. La libertad de que gozan los Estados parte para escoger los medios no es absoluta, sino que debe entenderse limitada por el propio CEDH.⁴⁸ En segundo lugar, debe

⁴⁵ Sin duda puede consultarse, por todas, por su complejidad y actualidad, A. SÁIZ ARNÁIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los Derechos Humanos. El art. 10. 2 CE de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

⁴⁶ STEDH *asunto Papamichalopoulos y otros contra Grecia* (art. 50 Ant. CEDH), de 31 de octubre de 1995, p. 34.

⁴⁷ Sobre la evolución que ha experimentado la consideración del propio TEDH sobre la fuerza de sus sentencias es de gran interés el libro de E. LAMBERT, *Les effets...*, *op. cit.*, sobretudo el Capítulo II, y el artículo de D. NICOL "Lessons from Luxembourg: federalisation and the Court of Human Rights", en *ELR*, HR Survey 2001, pp. 3-21. Este autor divide en distintas fases la evolución antes señalada y concluye que actualmente nos encontramos en una fase de supranacionalización de las SSTEDH, pese a que la Corte sigue expresándose a través de los criterios de derecho Internacional más propios de épocas anteriores.

⁴⁸ En la STEDH *asunto Papamichalopoulos y otros contra Grecia* (art. 50 Ant. CEDH), de 31 de octubre de 1995, par. 34, podía leerse: "*The Contracting States that are parties to a case are in principle free to choose the means whereby they will comply with a judgment in which the Court has found a breach. This discretion as to the manner of execution of a judgment reflects the freedom of choice attaching to the primary obligation of the Contracting States under the Convention to secure the rights and freedoms guaranteed (Article 1) (art. 1). If the nature of the breach allows of restitutio in integrum, it is for the respondent State to effect it, the Court having neither the power nor the practical possibility of doing so itself. If, on the other hand, national law does not allow - or allows only partial - reparation to be made for the consequences of the breach, Article 50 (art. 50) empowers the Court to afford the injured party such satisfaction as appears to it to be appropriate*".

tenerse en cuenta que muchos de los Estados partes del CEDH han adoptado las medidas necesarias en sus respectivos ordenamientos para hacer efectivas las decisiones del TEDH.⁴⁹ El Estado español⁵⁰ se encuentra entre aquellos Estados en los que la ejecución de las SSTEDH, pese a no estar prevista por el Derecho escrito, puede entenderse permitida en casos muy específicos de conformidad con una serie de decisiones de nuestro Tribunal Constitucional.⁵¹

⁴⁹ Respecto a esta cuestión existen algunos estudios recientes en los que se analiza la posición en la que se encuentran las sentencias del TEDH en los distintos Estados Partes. De entre los más recientes vid. T. BARKHUYSEN, M. VAN EMMERIK, y P. H. VAN KEMPEN, *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Right decisions in the National Legal Order*, Holanda, 1999, en el que se lleva a cabo un análisis de la ejecución de las sentencias del TEDH en los Países Bajos, en Noruega, en Rusia, en Bélgica, en España y en Austria; B CONFORTI y F. FRANCONI. (ed.): *Enforcing international Human Rights in domestic Courts*, La Haya, 1997; A. DRZEMCZEWSKI Y P. TAVERNIER, *L'exécution des décisions des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l'Homme*, en la obra Société française pour le droit international, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, colloque de Strasbourg*, Ed. Pedone, Paris, 1998; E. LAMBERT, *Les effet...*, *op. cit.*; en España, entre los más recientes, vid. C. RUIZ MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

⁵⁰ Para un estudio de la ejecución de las SSTEDH como la principal manifestación de su efectividad en la doctrina española, en primer lugar, es muy interesante la confrontación de las perspectivas ofrecidas en L. M. BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, y C. RUIZ MIGUEL, *La ejecución...*, *op. cit.*; entre los artículos de revista destacan, J. DELGADO BARRIO, *Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Jurisprudencia española*, en RAE, Nº. 119, 1989, pp. 233-252; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, *Ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en REDI, vol. 42, Nº. 2, 1990 (pp. 547-570); C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, *Notas a la STS (Sala 2ª) de 4 de abril de 1990 y al ATC (Sala 2ª) de 18 de julio de 1990*, en REDI, vol. 42, 1990, pp. 549-570; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, *Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó. (Comentario a la STC 245/1991, de 16 de diciembre)*, en RIE, vol. 19, Nº. 1, 1992, pp. 139-163; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de junio de 1993, en el asunto Ruiz Mateos c. España*, en REDI, vol. 45, Nº. 2, 1993, pp. 573-580; J. L. REQUEJO PAGÉS, *La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/1991, "Caso Bultó")*, en REDC, Nº. 35, 1992, pp. 179-202; A. SORIA JIMÉNEZ, *Algunas reflexiones en torno a la ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Anuario de Navarra*, 1995, pp. 327-352.

⁵¹ Estas decisiones del TC son: STC 245/1991, de 16 de diciembre, asunto Barberà, Messegú y Jabardo; Providencia de 31 de enero de 1994, asunto Ruiz Mateos; y Providencia de 23 de abril de 1997, asunto Hiro Balani. De la consideración conjunta de estas decisiones de nuestro Constitucional en relación con la efectividad directa de las decisiones de Estrasburgo, puede afirmarse que, en tanto que el legislador español no incorpore en nuestro ordenamiento los mecanismos necesarios para ejecutar las decisiones del TEDH, la vía que actualmente sirve a este fin es el recurso de amparo. Eso sí, siempre y cuando concurren una serie de condiciones: en primer lugar, la vulneración del CEDH constatada por el TEDH debió producirse en el curso de un procedimiento penal; en segundo lugar, debe tratarse de una vulneración del derecho de toda persona a un proceso equitativo (art. 6

5. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL NUEVO TEDH⁵²

Veamos brevemente cuales son las principales características del mecanismo de salvaguardia. El nuevo procedimiento está configurado sobre cuatro formaciones distintas: el **comité de tres jueces**, las **Salas**, el **colegio de cinco jueces**, y la **Gran Sala**. Las Salas de 7 jueces y la Gran Sala de 17 llevan a cabo la función propiamente jurisdiccional del TEDH, mientras que los comités de tres jueces y el colegio de cinco jueces son formaciones interpuestas que, cada una en su ámbito de competencias, llevan a cabo funciones de filtro. Pese a no ejercer funciones propiamente judiciales, debe destacarse la labor realizada por los juristas de la Secretaría del Tribunal (art. 25 CEDH), que desempeñan, fundamentalmente, dos funciones: por una parte, desarrollan una actividad de apoyo a los jueces, llevando a cabo una labor de preparación de los expedientes y posterior redacción de las decisiones de las Salas bajo las instrucciones del Juez ponente y, por otra parte, la función de filtro previo al registro de las demandas (apertura de expedientes provisionales) que venía realizando el cuerpo de letrados de la Secretaría de la Comisión en el antiguo procedimiento. El nuevo procedimiento se caracteriza por asentarse, a diferencia del anterior, sobre el **principio de publicidad**, el **principio de igualdad de armas** y el **principio de contradicción entre las partes**.

5. 1. LAS FORMACIONES JURISDICCIONALES DEL TEDH

El **comité de tres jueces** (arts. 27 y 28 CEDH), una vez que la demanda ha sido registrada por las Secretarías, tiene asignada la función de rechazar aquellas demandas que sean manifiestamente inadmisibles, de acuerdo con las previsiones del art. 35 CEDH, revelándose su función como primordial en un sistema que empieza a verse desbordado por la carga de trabajo. En efecto, actualmente, según

CEDH) que a su vez ponga de manifiesto una vulneración de la tutela judicial efectiva reconocida por el art. 24 CE; en tercer lugar, la conculcación del art. 24 CE debe suponer una lesión-actual del derecho a la libertad personal del art. 17 CE. Esta última condición debe entenderse como que la vulneración de alguna de las garantías del art. 24 CE supuso en su momento la condena a una pena privativa de libertad del particular y que tal pena se encuentra en fase de ejecución. Si concurren estos elementos, el particular deberá interponer directamente un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en el plazo de 20 días desde la notificación de la STEDH. Vid. A. QUERALT JIMÉNEZ, *La efectividad de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento español*, Memoria para la obtención del Diploma de la Academia de Derecho Público Europeo, Barcelona, 2002, pp. 135-146.

⁵² A este respecto, vid. las referencias bibliográficas *op. cit.*, nota 20.

datos del propio TEDH, estos comités están inadmitiendo cerca del 96% de las demandas registradas por la Secretaría del TEDH.⁵³

En cuanto al **colegio de cinco jueces** esta es la formación encargada de dirimir que asuntos son merecedores de ser reexaminados por la Gran Sala, de acuerdo con lo previsto por el art. 43. 2 CEDH. Del examen de la función asignada al colegio de cinco jueces puede concluirse que de su correcto funcionamiento -que debe interpretarse como la aplicación restrictiva de las cláusulas del art. 43. 2 CEDH- depende, en una parte importante, el éxito del nuevo sistema. En efecto, en su mano está no sobrecargar a la Gran Sala de asuntos, y de convertir a esta formación en el intérprete supremo del CEDH, haciendo que lleguen ante ella los casos auténticamente trascendentes en relación con la Convención y con el orden público europeo que ésta representa.

Las **Salas** (arts. 27-29 CEDH) son las encargadas de conocer ordinariamente de las cuestiones relativas a la admisibilidad y fondo de los asuntos, mientras que la **Gran Sala** resolverá aquellos asuntos que le sean elevados por inhibición o en reexamen (arts. 31 CEDH). En la articulación de estas dos formaciones reside eminentemente el carácter de compromiso del nuevo TEDH.⁵⁴ Fundamentalmente así lo demuestra, en primer lugar, la facultad de las partes en el procedimiento para poder **vetar** la decisión de una **Sala de inhibirse** en favor de la Gran Sala (art. 30 CEDH), cuando aquella considere que el asunto presenta una cuestión grave relativa a la interpretación del CEDH o de sus Protocolos o que la solución pudiera ser contraria a la jurisprudencia anterior del TEDH. El veto aparece, de esta forma, como una intromisión de las partes en la jurisdicción obligatoria del TEDH. Sin embargo, la inclusión de esta previsión fue una de las concesiones que los partidarios del sistema uniorgánico hicieron a los defensores de la doble instancia; estos últimos no podían permitir que las partes, concretamente las estatales, perdieran la posibilidad de solicitar el reexamen de su asunto ante la Gran Sala, que aparecía como el sustitutivo de la posibilidad de acudir ante el TEDH después del informe de la Comisión, prevista en el anterior sistema de garantía.⁵⁵ A este respecto vale la pena señalar que ya se ha producido un caso en el que efectivamente un parte se opuso a la inhibición de la Sala: *asunto Pellegrine contra Italia*.⁵⁶

⁵³ Para conocer cuales son las cifras que maneja actualmente el Tribunal Europeo son de gran utilidad las Informations Notes y las Surveys que el TEDH publica periódica y regularmente, como mínimo, en su página web, vid. <http://www.echr.coe.int/Eng/InfoNotesAndSurveys.htm> (editado el 9 de diciembre de 2002).

⁵⁴ Vid., por todos, H. G. SCHERMERS, *The Eleventh Protocol...*, op. cit., p. 374.

⁵⁵ Vid. P. WACHSMANN, *La nouvelle structure*, en *Le Protocole N° 11 à la CEDH...*, op. cit., p. 26.

⁵⁶ El *asunto Pellegrine contra Italia*, fue admitido por Sala el 29 de junio de 2000.

En segundo lugar, la instauración de un **mecanismo de reexamen** ante la Gran Sala entraña, también, diversas complicaciones a la hora de articular el conjunto del mecanismo.⁵⁷ Destacaré en este momento que cuando la Gran Sala dicta una sentencia en la que se contradice la decisión tomada por la Sala, hay que tener presente que, en cierto modo, se está cuestionando la autoridad de las sentencias de Sala. Por esta razón, en relación con el reexamen, es esencial que en el desempeño de su función el colegio de cinco jueces, que es el que posee la llave de la Gran Sala, mantenga siempre presente la naturaleza excepcional con la que quiso configurarse el reexamen, como demuestran las causas sobre las que se puede fundamentar la solicitud de reexamen. Esta es la razón por la que no se puede hablar propiamente de doble instancia o de un derecho absoluto de recurso. Esta excepcionalidad exige, a su vez, que el colegio de cinco jueces aplique criterios sumamente restrictivos, de forma que no se perjudique la posición de las Salas en el nuevo procedimiento y que, por otra parte, la Gran Sala pueda erigirse en intérprete supremo del CEDH, dotando de homogeneidad al sistema y marcando, a través de la inhibición y el reexamen, las líneas maestras de la jurisprudencia del TEDH.

Desde la entrada en vigor del Protocolo N°. 11 al CEDH hasta el 31 de diciembre de 2000 las Salas se inhibieron en favor de la Gran Sala, *asuntos Stretetz, Kessler y Krenz contra Alemania* y *F.K.-H. W. contra Alemania*,⁵⁸ *Maaouia contra Francia*,⁵⁹ *Krees contra Francia*.⁶⁰ En 2001 las Salas se inhibieron en favor de la Gran Sala respecto de los siguientes asuntos: *I. contra Gran Bretaña*,⁶¹ *Goodwin contra Gran Bretaña*,⁶² *Slivenko contra Letonia*,⁶³ *Calvelli y Ciglio contra Italia*,⁶⁴ *Stafford contra Gran Bretaña*,⁶⁵ *Ilascu y otros contra Moldavia y Rusia*,⁶⁶ *Mastromatteo contra Italia*, *Polacek and Polackova contra la República Checa*, *Gratzinger y Gratzingerova contra la República Checa*.⁶⁷ Durante el año 2002,⁶⁸ la inhibición se ha producido

⁵⁷ Sobre el porqué de la instauración de un sistema de reexamen, una explicación muy clara encontramos en F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, *Perfecciones e imperfecciones...*, *op. cit.*, pp. 154-158.

⁵⁸ SSTEDH de Gran Sala 22 de marzo de 2001.

⁵⁹ Asunto resuelto por STEDH de Gran Sala de 5 de octubre de 2000.

⁶⁰ Asunto resuelto por STEDH de Gran Sala el 7 de junio de 2001.

⁶¹ Asunto resuelto por STEDH de Gran Sala de 11 de julio de 2002.

⁶² Asunto resuelto por STEDH de Gran Sala de 11 de julio de 2002.

⁶³ Asunto no ha sido todavía resuelto por la Gran Sala.

⁶⁴ Asunto resuelto por STEDH de Gran Sala de 17 de enero de 2002.

⁶⁵ Asunto resuelto por STEDH de Gran Sala de 28 de mayo de 2002.

⁶⁶ Asunto todavía no resuelto por la Gran Sala.

⁶⁷ Estos asuntos no han sido todavía resueltos por la Gran Sala.

⁶⁸ Hasta 31 de octubre de 2002.

respecto de los siguientes asuntos *J. B. contra Polonia* (marzo); *asuntos Kleyn y otros contra Holanda, Mettlet Toledo BV contra Holanda, Raymakers contra Holanda y Vereniging Landelijk Overleg Betuweroute contra Holanda* (julio); *asunto Maestri contra Italia* (octubre). Ninguno de estos casos ha sido resuelto todavía por la Gran Sala.

Respecto de la excepcionalidad con la que se ha caracterizado en este trabajo al reexamen que se lleva a cabo ante la Gran Sala, puede afirmarse que el colegio de cinco jueces parece seguir una línea de actuación muy acorde con tal condición, tal y como se desprende de los datos que aparecen en las Notas Informativas publicadas por el TEDH mensualmente.⁶⁹ Así, en el año 2001,⁷⁰ fue aceptado el reexamen de los asuntos *Kingsley contra Gran Bretaña*,⁷¹ *K. y T. contra Finlandia*,⁷² *Göc contra Turquía*,⁷³ *N.C. contra Italia*,⁷⁴ *Adoud y Bosoni contra Francia*,⁷⁵ *Meftah contra Francia*,⁷⁶ *Refah Partisi y otros contra Turquía*,⁷⁷ y *Perna contra Italia*,⁷⁸ el colegio rechazó, en cambio, 54 peticiones de reexamen. Desde el 1 de enero hasta el 31 de octubre de 2002, el colegio de cinco jueces ha aceptado el reexamen de los asuntos *Hatton y otros contra Gran Bretaña*,⁷⁹ *Sahin contra Alemania*,⁸⁰ *Sommerfeld contra Alemania*,⁸¹ *Gorzelik y otros contra Polonia*,⁸² y *T.A. contra Turquía*,⁸³ esta formación, sin embargo, ha rechazado 42 solicitudes de reexamen.

⁶⁹ Vid, *op. cit.* *Information Notes* del TEDH.

⁷⁰ Durante el año 2000, el colegio de jueces no autorizó la llegada de ningún asunto ante la Gran Sala y rechazó, siempre de acuerdo con los datos de las Notas Informativas del TEDH, 26 solicitudes de reexamen.

⁷¹ Sentencia de Sala de 7 de noviembre de 2000.

⁷² Sentencia de Sala de 27 de abril de 2000.

⁷³ Sentencia de Sala de 9 de noviembre de 2000.

⁷⁴ Sentencia de Sala de 11 de enero de 2001.

⁷⁵ Sentencia de Sala de 27 de febrero de 2001.

⁷⁶ Sentencia de Sala de 26 de abril de 2001.

⁷⁷ Sentencia de Sala de 31 de julio de 2001; Sentencia de Gran Sala de 19 de junio de 2002.

⁷⁸ Sentencia de Sala de 25 de julio de 2001.

⁷⁹ Sentencia de Sala de 2 de octubre de 2001.

⁸⁰ Sentencia de Sala de 11 de octubre de 2001.

⁸¹ Sentencia de Sala de 11 de octubre de 2001.

⁸² Sentencia de Sala de 20 de diciembre de 2001.

⁸³ Sentencia de Sala 9 de abril de 2002.

5. 2. NOTAS GENERALES DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE GARANTÍA

El procedimiento que se desarrolla ante la Corte de Estrasburgo consta de dos fases, una escrita y una oral, aunque debe advertirse que esta segunda podrá ser obviada si concurren determinadas circunstancias, y en ellas se garantizan la igualdad de armas y el principio de contradicción entre las partes, que, aunque con matices, venían respetándose bajo el anterior sistema. Ahora bien, por otra parte, rige como regla general en este nuevo procedimiento el **principio de publicidad**, que ha supuesto una de las principales y más relevantes novedades introducida por la última reforma del Convenio.⁸⁴ La incorporación del principio de publicidad en el procedimiento de garantía supone un cambio radical respecto al régimen anterior en el que, como ya se ha mencionado, la confidencialidad era la norma en gran parte del procedimiento, en tanto que regía ante la Comisión como ante el Comité de Ministros. Se ha puesto fin así a una situación en la que, de un lado, se garantizaba en el Convenio el derecho a un juicio con todas las garantías entre las que, obviamente, se encuentra la publicidad de los procedimientos, y, de otro, se protegía tal derecho, entre otros, ante instancias que se caracterizaba por trabajar a puerta cerrada. Poco carácter jurisdiccional podía atribuirse entonces a este sistema de protección. Con la implantación del principio de publicidad como principio general aplicable a todo el procedimiento se ha dado, por tanto, un salto hacia la plena jurisdiccionalización del mecanismo europeo.

En relación con el **arreglo amistoso**, la entrada en vigor del Protocolo Nº. 11 al CEDH no ha supuesto variaciones sustantivas respecto del anterior mecanismo de protección (art. 38. b. CEDH); simplemente, se han previsto las correcciones necesarias para adaptarlo al nuevo procedimiento. Así, el arreglo amistoso será intentado por los letrados de la Secretaría del Tribunal, función que antes llevaban a cabo los letrados de la Secretaría de la Comisión. Sorprende, no obstante, que el arreglo amistoso también pueda ser intentado en fase de Gran Sala. La sorpresa viene provocada por la razón siguiente: el hecho de que un asunto llegue ante la Gran Sala, ya sea por inhibición de la Sala o por que las partes, tras solicitar el reexamen de su asunto, han superado el filtro de cinco jueces, implica que tal asunto presenta una naturaleza específica que los determina como relevantes, por unos motivos o por otros, respecto de la Convención. Así pues, si se parte de la premisa de que la Gran Sala queda configurada como la autoridad máxima con relación a la interpretación y aplicación del CEDH, cuesta entender, al menos primeramente, que las partes puedan, finalmente, disponer sobre el asunto y zanjarlo mediante un acuer-

⁸⁴ Art. 33 RTEDH: se refiere tanto a las vistas celebradas en Estrasburgo como a la documentación depositada en la Secretaría del Tribunal y relacionada con el asunto en cuestión.

do. Parece que se asiste, de nuevo, al igual que ocurría con el veto en la inhibición, a una intromisión de las partes en la jurisdicción obligatoria del TEDH. Esta intromisión queda justificada, esta vez, por el hecho de que, frente a la falta de ejecutividad de las sentencias del TEDH que resuelven sobre el fondo de los asuntos, la total efectividad de los acuerdos entre las partes aparece como una realidad constatada durante 50 años de funcionamiento del mecanismo de garantía.

6. EL TRIBUNAL EUROPEO EN EL SIGLO XXI

6. 1. SITUACIÓN ACTUAL DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN EUROPEO

Como se dijo más arriba, dos causas más motivaron la reforma del mecanismo de garantía: la **enorme carga de trabajo** a la que se habían visto sometidos los órganos del anterior sistema y la consiguiente **duración excesiva** de los procedimientos. Pues bien, las cifras demuestran que efectivamente el nuevo procedimiento ha supuesto un espectacular incremento de la productividad del TEDH.⁸⁵ en 1999 el Tribunal dictó 177 sentencias, en 2000 fueron 695, y en 2001 dictó 888 sentencias. Así, mientras que la antigua Corte dictó 837 sentencias en 40 años, el nuevo ha pronunciado 1760 sentencias en tres años. Además, en total en 1999 fueron resueltos 3.695 asuntos, 7.459 en el año 2000, y 9.522 en 2001. Sin embargo, el TEDH no sólo ha asumido las demandas acumuladas por los anteriores órganos de protección, sino que, la continua adhesión de los Estados del este de Europa al CEDH y el cada vez mayor conocimiento por parte de los particulares del mecanismo de garantía previsto por el CEDH provocan ya que el número de demandas ante el TEDH aumente a un ritmo vertiginoso. Recuérdese que a 31 de diciembre de 2000 eran 15.858 las demandas registradas pendientes ante el TEDH. Además, las demandas dirigidas contra los Estados de nuevo ingreso no cesan de crecer. Así, para ejemplificar esta realidad, la Secretaría del TEDH registró contra Polonia 691 demandas en 1999, 775 en 2000, y 1.763 en 2001; en cuanto a Rusia, en 1999 se registraron 971 demandas, 1.323 en 2000, y 2.108 en 2001; por último, contra Ucrania en 1999 fueron registradas 434 demandas, 727 en 2000, y 1.062 en 2001.

La enorme carga de trabajo provoca, a su vez, que los procedimientos empiecen a dilatarse excesivamente. Mientras que algunas unidades de la Secretaría legal del TEDH mantienen un ritmo de tramitación acorde con las exigencias del art. 6.1

⁸⁵ Así lo manifestó públicamente el TEDH en su página web, vid.: <http://www.echr.coe.int/Eng/Press/jan/Pressconference2112002epress.htm> (visitado el 9 de diciembre de 2002).

CEDH, otras unidades no dan literalmente, abasto, situación que provoca, a su vez, que el TEDH incumpla, de nuevo, el plazo razonable prescrito por el citado art. 6.1 CEDH.

6. 2. ALGUNAS PROPUESTAS DE MEJORA

Los Estados y las Instituciones del Consejo de Europa han tomado conciencia de este problema respecto del que se barajan soluciones más o menos drásticas. Así, en la *Conferencia sobre Derechos Humanos celebrada con motivo de la conmemoración del 50 Aniversario de la CEDH* y que tuvo lugar en Roma los días 3 y 4 de Noviembre de 2000, se enmarcó la situación del Tribunal de Estrasburgo en un ámbito más general, en el que la mejora del procedimiento ante esta institución pasa a su vez, por un lado, por que los Estados integren definitivamente y de manera real el CEDH en sus ordenamientos internos, de forma que el TEDH pueda asumir verdaderamente su función de mecanismo de protección subsidiario; por otro lado, el Comité de Ministros debe llevar a cabo su labor de supervisión de ejecución de las sentencias del TEDH con mayor rigor, ya que, si no, poco sentido tiene la protección de los derechos humanos si después no se da efectivo cumplimiento a las condenas que se derivan de las sentencias del TEDH.⁸⁶

Para encontrar soluciones a la actual situación del TEDH, fue creado en abril de 2000 un **Comité de Enlace** entre el Comité de Ministros, en tanto que órgano de decisión política del Consejo de Europa, y el TEDH, con el objetivo de establecer un foro de diálogo común entre ambas instituciones. Este Comité dio paso a la creación de un **Grupo de Reflexión** sobre la mejora de los procedimientos de protección ante el TEDH, constituido bajo los órdenes del Comité Director de Derechos Humanos que, en junio de 2001, presentó su primer Informe de actividades.⁸⁷ Este Grupo de Reflexión cuenta en el desarrollo de sus trabajos, además, con las

⁸⁶ Si estas cuestiones fueran tomadas en consideración de forma seria se evitarían situaciones como la de Italia en la que, hasta el pasado año (2001), no se preveía un remedio efectivo para la excesiva duración procedimientos civiles que tan descomunal número de condenas del TEDH le ha valido a este Estado parte, por ej., en 1999 de las 177 sentencias que dictó el TEDH, 45 fueron contra Italia; en 2000, de las 695 sentencias dictadas, 335 fueron contra Italia por dilaciones indebidas; en 2001 de las referidas 888 sentencias 357 fueron relativas a la duración de los procedimientos en Italia. En cuanto a la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH lo cierto es que el Comité de Ministros adopta, en ocasiones, una actitud muy laxa respecto de los Estados, no hay más que ver sus resoluciones la respecto.

⁸⁷ Vid. [http://www.coe.int/t/F/Droits_de_l'Homme/CDDH-GDR\(2001\)010%20E.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/F/Droits_de_l'Homme/CDDH-GDR(2001)010%20E.asp#TopOfPage) (visitado el 9 de diciembre de 2002).

informaciones que ofrece el **Grupo de Evaluación** creado por el Comité de Ministros respecto del funcionamiento del TEDH y que presentó su primer informe en septiembre de 2001.⁸⁸ Las primeras conclusiones alcanzadas por estos grupos dieron lugar a la *Declaración sobre la protección de los derechos humanos en Europa: la garantía de la efectividad del Tribunal Europeo de Derecho Humanos a largo plazo* del Comité de Ministros, adoptada en su sesión 109^a, el 8 de noviembre de 2001 en Estrasburgo.⁸⁹ Estos foros de discusión y debate han servido para lanzar a la palestra diversas opciones de reforma, todas ellas con diferente grado de incidencia respecto del conjunto del sistema europeo de protección, que van desde aquellas reformas que no requieran modificaciones de la Convención Europea hasta aquellas que para poderse llevar a cabo implicarían la nueva enmienda de la Convención. Esta última posibilidad, que se califica como *la reforma de la reforma*,⁹⁰ ha sido dotada de diferentes contenidos; cabe destacar la posibilidad de regionalizar el TEDH, estableciendo una especie de “delegación” de aquel en las diferentes subregiones europeas, con una instancia máxima, el Tribunal de Estrasburgo; también se ha propuesto establecer el método *writ of certiorari* que utiliza el Tribunal Supremo de Estados Unidos; otra opción consiste en crear una instancia que se encargara únicamente de la fase de admisión de demandas, reservando al TEDH exclusivamente la función de resolver sobre el fondo de los asuntos ya admitidos; también se ha planteado convertir al TEDH en un órgano de consulta que funcionase de una forma parecida a como lo hace el TJCE mediante la cuestión prejudicial. Todas estas propuestas tienen, obviamente, sus pros y sus contras.⁹¹

En cualquier caso, hasta que no se tome alguna decisión sobre el futuro del sistema de protección previsto por el CEDH, lo cierto es que el Tribunal Europeo debe continuar con su labor de garante de los derechos humanos en el continente europeo. Por esta razón, se han apuntado otras posibles medidas que, a corto plazo, pueden suponer un remedio a las dificultades que atraviesa el sistema europeo de protección. Cabe destacar de entre estas soluciones, en primer lugar, el aumento de la dotación presupuestaria del TEDH, con la finalidad de incrementar el perso-

⁸⁸ Vid. <http://cm.coe.int/stat/E/Public/2001/rapporteur/clcedh/2001egcourt1.htm> (visitado el 9 de diciembre de 2002).

⁸⁹ Vid. http://cm.coe.int/stat/E/Public/2001/adopted_texts/declarations/2001dec7.htm (visitado el 9 de diciembre de 2002).

⁹⁰ Vid. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la reforma de la reforma*, en *AJLR*, Nº. 6-7, 2000-2001, pp. 429-442.

⁹¹ Para un estudio de las repercusiones de cada una de estas propuestas de reconfiguración del sistema, vid. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *El Tribunal Europeo...*, *op. cit.*, pp. 434-436.

nal al servicio del TEDH, sobre todo, el personal adscrito a la Secretaría del TEDH, teniendo en cuenta la relevancia de la labor que los letrados desempeñan en el seno de la Corte de Estrasburgo (60% de potenciales demandantes desiste). En segundo lugar, los comités de tres jueces deben restringir el acceso al TEDH de aquellas demandas que no tengan relevancia o que ya hayan sido discutidas anteriormente por el TEDH, siempre manteniendo como límite a esta actuación el reconocimiento de la legitimación de los particulares, que no puede quedar desvirtuada en ningún caso. También se discute sobre la posibilidad de convertir los comités de 3 jueces en comités de 2 jueces o incluso de un solo juez. En tercer lugar, cabría crear Salas especiales que se dedicaran al estudio de determinados asuntos que, por sus especiales características, supongan un escollo en el buen funcionamiento de todas las Salas. Por último, el TEDH, siguiendo su reciente jurisprudencia, debe recordar a los Estados Partes que el mecanismo de control europeo es un sistema de garantía de naturaleza subsidiaria. De hecho, puede afirmarse que gran parte del colapso que sufre el TEDH no se debe tanto a que en Europa se violen constantemente los derechos humanos, sino a que los Estados no cuentan en sus ordenamientos internos con los recursos efectivos que exige el art. 13 CEDH, y por tanto, se ha convertido al Tribunal Europeo en una tercera/cuarta instancia. Con el objetivo de formar a los ciudadanos de los Estados europeos en el respeto de los derechos humanos, de colaborar con los Estados para que adopten los mecanismos internos precisos para garantizar los derechos y, por último, con el objetivo de inculcar el carácter subsidiario del mecanismo de protección europeo, deben actuar conjuntamente todas las instituciones del Consejo de Europa.

7. CONCLUSIONES

La nueva organización del mecanismo de protección y el nuevo procedimiento de garantía responden, lógicamente, a las novedades introducidas por el Protocolo N.º 11 al CEDH. Sin embargo, las innovaciones estrictamente procedimentales introducidas por este no son tantas, puesto que tanto el CEDH como el nuevo Reglamento del Tribunal se han nutrido, en gran parte, de las disposiciones previstas en los Reglamentos de la antigua Comisión y del viejo Tribunal. En las páginas precedentes se han resaltado aquellos aspectos de la nueva normativa que responden verdaderamente al cambio de concepción en la protección de los derechos humanos que ha supuesto el Protocolo N.º 11 al CEDH: la determinación de convertir al sistema europeo de garantía en una verdadera jurisdicción internacional plenamente accesible a los particulares, a través de la instauración de un procedimiento sencillo y razonablemente rápido que pueda hacer frente al creciente número de demandas presentadas.

Se ha podido comprobar que, en efecto, el TEDH es desde el 1 de noviembre de 1998 una institución íntegramente jurisdiccional de carácter internacional, a la que pueden acceder libremente los particulares en defensa de sus derechos. Lejos quedan ya aquellos tiempos en los que el particular únicamente podía acceder ante la Comisión y únicamente si el Estado parte afectado así lo había autorizado. La evolución ha sido larga y ha supuesto numerosos esfuerzos por todos los actores involucrados, pero ha merecido la pena en tanto que la Corte de Estrasburgo se ha convertido finalmente en una jurisdicción internacional única entre sus homólogos que le hacen merecedora, sin duda, de un esfuerzo conjunto que le permita mantenerse como garante del estándar común europeo relativo al respeto y garantía de los derechos humanos en nuestro continente.⁹²

Ahora bien, también perseguía la reforma del Convenio instaurar un procedimiento más sencillo y más rápido que fuera capaz de hacer frente a la avalancha de demandas que ya empezaba a colapsar a los órganos de control existentes bajo el anterior sistema. La entrada en vigor del Protocolo N.º 11 ha supuesto una racionalización del sistema de garantía instaurado por el CEDH al convertir un sistema de control estructurado sobre tres órganos diferentes en uno sólo, que aparece ante los demandantes como órgano de referencia al que acudir en busca de la

⁹² Vid. A este respecto, entre otros, A. SÁNCHEZ LEGIDO, *La reforma...*, op. cit., p. 104: "*La jurisprudencia del TEDH está conformando paulatinamente una identidad europea en la protección de los derechos humanos, un Derecho común europeo de los derechos humanos*" (la negrita es del original).

efectiva garantía de sus derechos a través de un procedimiento lineal, no bifurcado. Asimismo, en el nuevo sistema han desaparecido las diferentes vías de desarrollo de la garantía europea dependiendo del grado de intensidad con el que los Estados se hubieran comprometido con tal sistema.⁹³ Sin embargo, las cifras ponen de manifiesto que el nuevo mecanismo de garantía no es capaz de hacer frente a todas las demandas que ante él llegan en un tiempo que pueda considerarse razonable, de acuerdo al art. 6 CEDH. Diversas posibilidades de perfeccionamiento del actual sistema están siendo barajadas, entre las que se incluyen tanto medidas de baja intensidad como otras de enorme trascendencia, sin que aparezca ninguna de ellas, por el momento, como solución definitiva al problema de la sobrecarga de demandas que padece el TEDH y que es, hoy por hoy, el gran reto a perseguir en Estrasburgo. Por el momento, debemos confiar en los extraordinarios esfuerzos que en su labor cotidiana realizan todos los miembros de la Corte, tanto jueces como personal de la Secretaría, y en la recuperación de la naturaleza subsidiaria del mecanismo de garantía, ya que esto supondría permitir al TEDH realizar su función de garante con sosiego y garantías de calidad; en definitiva, permitiría que el TEDH pudiera subsistir.⁹⁴

⁹³ Sobre el funcionamiento de las cláusulas facultativas que regían en el anterior sistema de garantía, vid. *op. cit.*, nota Nº. 13.

⁹⁴ Respecto del refuerzo del principio de subsidiariedad a través de su propia jurisprudencia, merece la pena señalar la afirmación aparecida en "*Analysis of the Court Case-Law 2001. Document prepared by the Jurisconsult under the authority of the President of the Court (Translation)*", <http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/JURISPRUDENCE%202001Annual%20reportE.pdf> (visitado el 9 de diciembre de 2002): "This process continued in 2001, when the Court's case-law underwent some spectacular developments, revisiting its sources and also striking out in new directions. It revisited its sources by reaffirming two traditional principles which are the central basis of the Strasbourg protection system – but it also reformulated them in a new spirit, reflecting the broader, pan-European context in which the Court now operates. The first is the principle that international protection is subsidiary to national protection of human rights and fundamental freedoms. The second (closely linked to the first) is the principle that states, in protecting those rights and freedoms, are increasingly subject to positive obligations, whose nature may vary with the right concerned" (Introduction, p. 3), la cursiva y la negrita son nuestras.



VII. APROXIMACIÓN A LOS PODERES DE POLICÍA Y EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN EL REINO UNIDO

Andrés Pérez Munguía

INTRODUCCIÓN

Como su título lo indica, el presente trabajo pretende ser tan sólo una aproximación a la problemática de la protección y límites del derecho a la libertad personal en el Reino Unido. Se encontrarán, sin embargo, ideas que permean toda la composición y un acercamiento que, desde una perspectiva de Derecho Comparado, pretende no sólo describir, sino también contextualizar histórica y regionalmente la normativa inglesa sobre el tema, intentando asimismo algunas reflexiones analíticas.

Se comienza con una referencia, por cierto muy breve y parcial, a la figura histórica del habeas corpus. No puede ser de otra manera dada la significación que esta institución ha tenido para la libertad personal en Inglaterra (donde tuvo su origen), como en otros países que conforman lo que hoy conocemos como la Mancomunidad Británica (Commonwealth). Cabe señalar que, siguiendo las más recientes líneas de investigación sobre la materia, este repaso tiene que ser necesariamente crítico y realista respecto a los orígenes y aplicación de este instituto, si bien reconoce el avance que implicó el habeas corpus frente a la arbitrariedad del poder, y, la difusión que ha tenido más allá del mundo anglosajón.

A continuación, se revisa el régimen actual de los poderes de policía y la libertad personal en el Reino Unido. En este sentido, no resulta gratuito el poner en relieve el adjetivo "actual" porque, como consecuencia de los grandes cambios que se están produciendo en el Derecho Público Británico, la regulación de nuestro tema de estudio se ha modificado considerablemente en los años recientes. Como se verá, por un lado avanza la preeminencia del *statute law*, lo cual no sólo implica un cambio formal de fuentes, sino también la concesión de mayores facultades a las fuerzas de seguridad. Como los mismos constitucionalistas británicos reconocen, atrás ha quedado la visión romántica del policía inglés que se paseaba amigablemente por la calle armado únicamente con su garrote. Por el otro lado, tal vez funcionando como un balance a la primera novedad apuntada, asoma la creciente influencia que habrá de tener en el futuro la Convención Europea de Derechos Humanos y su interpretación por parte del Tribunal de Estrasburgo. Y es que, a partir de la entrada en vigor de la *Human Rights Act*, se torna sumamente importante el estudio del Convenio de Roma y la doctrina del Tribunal Europeo en conexión con el Derecho Británico. Como se verá, Estrasburgo ha devenido a la vez un importante medio de control externo de las decisiones administrativas y judiciales inglesas y un vehículo para la introducción de conceptos jurídicos continentales ajenos (pero no por ello menos garantistas y necesarios) a la tradición del Common Law.

El trabajo concluye con unas reflexiones finales que tratan de encontrar el sentido de las nuevas tendencias del régimen de la libertad personal en el Reino Unido y de los retos que dichos desarrollos presentan a otros ordenamientos jurídicos que, aunque de otras familias, se ven abocados a la solución de similares problemas.

I. EL HABEAS CORPUS COMO GARANTÍA DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA HISTORIA DEL DERECHO BRITÁNICO: MITO Y REALIDAD¹

Tradicionalmente se ha asumido que desde la Edad Media, el habeas corpus ha sido el instrumento por excelencia para la defensa de la libertad personal en el Derecho Inglés. Sin embargo, los estudios de historia constitucional elaborados en las últimas décadas indican que no fue sino hasta la emisión de las leyes de habeas corpus de 1640 y 1679 (*Habeas Corpus Act*) cuando realmente fue abolida la capacidad del monarca para ordenar detenciones sin previa autorización legal. Uno de los impulsores más connotados de dicho logro fue Sir Edward Coke, quien, como redactor del *Petition of Right* y de los *Institutes*, se pronunciaba contra la detención administrativa (*executive imprisonment*) ya desde el siglo XVII. Posteriormente, en el siglo XVIII, Blackstone reconoció el valor de la institución del habeas corpus.

A pesar de esta importante tradición, la realidad británica, desde aquellas fechas a nuestros días, tanto en Inglaterra como en los territorios que conformaron su vasto imperio, revela una tendencia sostenida de suspensión temporal del habeas corpus y de recurrencia a poderes de emergencia. Ya desde 1640 fue una práctica común otorgar poderes al Ejecutivo (el Rey en aquel entonces) para ordenar arrestos en épocas de crisis. Esto permitía al monarca detener personas bajo sospecha (por lo demás, un criterio muy discrecional) y mantenerlas privadas de libertad sin seguirles juicio. La situación llegó a ser tan frecuente que para mediados del siglo XIX dichas autorizaciones se habían producido en al menos quince ocasiones. Sólo durante el período de la Revolución Francesa, en la década de 1790, las leyes de habeas corpus estuvieron suspendidas por ocho años continuos.

Fuera del territorio inglés propiamente tal, el caso de Irlanda ha sido igualmente sinuoso. Como reacción a las crisis periódicas en dichos territorios, se emitió legislación concediendo amplios poderes de detención a los representantes del Ejecutivo británico en seis ocasiones durante el período que medió entre 1800 y 1848. Alguna de esa legislación suspensiva de garantías tuvo una vigencia duradera, tal fue el caso de las medidas mantenidas entre 1802 y 1805, entre 1807 y 1810, y, entre 1822 y 1824.

¹ El presente acápite se basa en el capítulo II, pp. 35 – 60 de CLARK, D. *The most fundamental legal right: habeas corpus in the commonwealth* / David Clark and Gerard McCoy. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Otro supuesto histórico importante que representó transgresiones al habeas corpus fue la práctica de los internamientos de personas en épocas de guerra. Muy especialmente durante las dos guerras mundiales del siglo XX, se produjeron detenciones de grupos de personas alegando razones de seguridad nacional en países del Commonwealth, particularmente en Canadá y Australia. En algunos casos se llegó incluso a afectar judíos (quienes venían huyendo de la persecución en sus países) por el único hecho de ser nacionales de estados enemigos.

Por otro lado, si bien es cierto que los ingleses introdujeron la institución del habeas corpus en muchas de los territorios que dominaron, el examen de la experiencia colonial británica deja también sinsabores. Especialmente, en los casos en los que se advierte la utilización de un "doble rasero", que se tradujo en la aplicación de unos criterios en las islas y otros muy distintos en ultramar. En varias de las colonias, la figura existía de forma nominal únicamente, en tanto en otros sitios, ésta fue llanamente evitada. Tal fue la suerte de las leyes de habeas corpus de Massachusetts en 1693, Carolina del Sur en 1692 y Barbados en 1702; esto, a pesar que dichos intentos se habían inspirado en la ley inglesa sobre la materia de 1679. Otras razones para la poca eficacia del recurso en los dominios coloniales fueron la falta de tribunales con suficiente rango para resolver, y, en un plano más político, porque el Acta de 1679 se oponía a prácticas muy arraigadas de las autoridades coloniales, tales como las detenciones ejecutivas sin límite de tiempo y el destierro a lugares remotos.

Aún así, bastante peor la tenían las colonias donde imperaba la esclavitud. La regla general ahí era que las cuestiones que involucraban esclavos se consideraban asuntos de propiedad. El recurso de habeas corpus, entonces, podía ser invocado únicamente por negros libres o manumitidos. En Jamaica y Estados Unidos, por ejemplo, la Administración partía de que el color de una persona implicaba, o no, una presunción de servidumbre. Uno de los casos más sonados en este sentido fue el *Somerset en 1787*, en el que se alegó que la esclavitud era la norma para los negros en las colonias. Al final, Lord Mansfield resolvió que por no existir en Inglaterra Derecho positivo que respaldara la esclavitud, el esclavo del litigio debía ser liberado, lo que pasó a ser interpretado como que, al menos en suelo inglés propiamente tal, los esclavos podían solicitar su libertad.

Tampoco tuvo vigencia el habeas corpus con relación a prisioneros políticos producto de las rebeliones en las colonias de India, Canadá, África, Oriente Próximo y Oceanía. A estos se les aplicó el exilio a otros territorios coloniales remotos, o, restricciones a la residencia en sus lugares de origen. Una muestra de la severidad de estos procedimientos fue el destierro de prisioneros políticos canadienses a

Australia entre 1838 y 1839, lo que visto a la luz del desarrollo de los medios de comunicación de aquel entonces, casi implicaba el riesgo de un extrañamiento de por vida.

Ya en épocas muy recientes, a partir del último cuarto del siglo XX, las suspensiones del habeas corpus han estado asociadas con la prevención del terrorismo en Irlanda del Norte. En 1974 es emitida la primera ley de prevención del terrorismo, *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act*, la que, a pesar de su nombre, vino siendo renovada por un espacio mayor a los veinte años. Esta legislación permitía a las autoridades mantener incomunicados a los detenidos hasta por 48 horas, sin posibilidad de notificar a sus abogados, familia o amigos. Cerca de 7,000 personas fueron detenidas en aplicación de esta normativa entre 1974 y 1990, aunque casi 6,000 de ellas fueron liberadas sin presentarse cargos en su contra, permaneciendo la mayor parte de los sospechosos menos de las 48 horas en custodia policial.

Todo lo anterior, sin contar las situaciones concretas en las que, aún habiendo legislación protectora vigente, el recurso de habeas corpus fue ignorado u obstaculizado por reyes, ministros y jueces.

Desde finales del siglo XX, algunos sectores han llegado incluso a proponer la abolición del habeas corpus por considerar que el recurso de revisión judicial de los actos administrativos cumple los objetivos de aquél, y supone, por lo demás, las mismas vías y requisitos para su ejercicio. Sin embargo, sus defensores señalan que el carácter preferente y no discrecional con que el juez está obligado a resolverlo, justifica mantener una regulación separada para esta tradicional garantía de la libertad personal.

Aún si se reconoce su importancia actual, no puede dejar de decirse que, en el Reino Unido, donde no existe el control de constitucionalidad, el habeas corpus trae en sí mismo un germen de ineffectividad. Esto es así porque, en esencia, el remedio está diseñado para proteger a la persona contra detenciones ilegales. Si se constata, sin embargo, que la detención ha sido practicada conforme a la ley (una ley que puede muy bien haber conferido facultades excesivas a los cuerpos de seguridad), no hay nada más que el recurso logre hacer. Es por eso que resulta tan importante revisar los términos en que está formulada la legislación. Ese será precisamente el objeto del siguiente apartado.

II. RÉGIMEN ACTUAL DE LA LIBERTAD PERSONAL EN EL REINO UNIDO

En el tema que nos ocupa, más que un enfoque positivo, desde la conceptualización acerca de la libertad personal, los británicos han venido siguiendo un enfoque pragmático que se concreta en las facultades y límites de los cuerpos policiales. Ambos puntos son claramente ilustrados por Feldman, uno de los más serios estudiosos de las libertades civiles y los derechos humanos en Gran Bretaña, cuando afirma que, en algunas áreas, la actitud de la Policía es más importante que las reglas legales, y que, el Derecho relacionado con el arresto y la detención se ha ido construyendo más bien con un enfoque de eficiencia investigadora que con uno de protección de los derechos individuales.²

Por otro lado, en la actualidad, la regulación del derecho a la libertad personal, y la relación de ésta con los poderes de policía, está marcada por dos rasgos innovadores. Primero, una avalancha legislativa (*statute law*) en los temas de seguridad ciudadana durante la última década. Segundo, la entrada en escena de la *Human Rights Act* y, por tanto, la incorporación del catálogo de derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos al Derecho Británico. Estos dos factores están matizando muy intensamente, al menos con respecto a nuestro tópico, el tradicional enfoque del *Common Law*. En los próximos dos apartados se exponen ambos asuntos con cierto detalle.

A. LIBERTAD PERSONAL, PODERES DE POLICÍA Y LEGISLACIÓN³

Con una perspectiva de investigación del delito, la ley de policía y evidencia criminal de 1984 (*Police and Criminal Evidence Act, PACE*) continúa siendo el cuerpo jurídico más importante en materia de libertad personal y poderes de policía. Reformada a partir de 1990, está vigente en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. Esta ley tiene varios instructivos (*codes of practice*) que explican a sus operadores varios de los aspectos tratados en ella.⁴ Así, el "Code A" regula la parada y registro, el "B"

² FELDMAN, D. *Civil liberties and human rights in England and Wales*. Oxford: Oxford University Press, 1993; p. 267.

³ El presente recuento se basa en el capítulo 18, pp. 390 - 416, de ALDER, J. *Constitutional and administrative law*. 3rd ed. Londres: MacMillan, 1999.

⁴ Un *code of practice* es un conjunto de reglas que sirven como guía práctica para la aplicación de legislación en diferentes materias, pero son instrumentos sin fuerza de ley. Generalmente, la infracción de un *code of practice* no implica automáticamente responsabilidad civil o penal. Sí podría constituir, sin embargo, evidencia de que no se ha cumplido un requerimiento legal relevante. A *Dictionary of Law* / Edited by E. A. Martin. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 1997; s.v. *code of practice*.

los registros y el secuestro de bienes para efectos de evidencia, el "C" el trato a los detenidos, el "D" la identificación de sospechosos y el "E" la grabación de entrevistas. Dado que generalmente constituye el inicio de privaciones más gravosas y duraderas a la libertad personal, analizaremos en mayor detalle la materia del primero de los instructivos mencionados.

Aunque aparentemente las facultades de parada y registro (*stop and search*) comportan una mínima restricción al derecho a la libertad personal, este es uno de los poderes policiales que más fácilmente puede ejercerse con arbitrariedad. Puede ser, además, un instrumento de victimización contra grupos vulnerables o estereotipados y por tanto, una herramienta peligrosa en manos de agentes policiales con marcados prejuicios. Es por eso que la PACE introduce ciertos principios con el fin de resguardar los derechos del individuo. Entre ellos están:

- (i) Debe contarse con una base razonable para sospechar. No se encuentra en la legislación, ni en el Derecho Consuetudinario británico una definición del etéreo término "sospecha razonable" (sí ha abordado la cuestión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se verá más adelante). El agente policial deberá juzgar la pertinencia de su intervención caso por caso. La base para sospechar racionalmente puede provenir de la confluencia de varios factores, como por ejemplo, el portar determinado objeto, a determinadas horas, o en ciertos lugares, observando cierto comportamiento. El registro se puede llevar a cabo en cualquier lugar público, o al que tenga acceso el público, por policías uniformados o no. Incluso, de acuerdo a la ley de justicia penal y orden público de 1994, en la ejecución de esta diligencia la policía puede inspeccionar la boca de la persona.
- (ii) El policía debe identificarse y proporcionar información a la persona parada. Una vez que la persona ha atendido la señal u orden de parada, el policía debe indicar su nombre, estación a la que pertenece y señalar las razones del registro. El incumplimiento de este requisito puede convertir en nula la diligencia.
- (iii) La obligación del agente policial de hacer constar y reportar la diligencia a la mayor brevedad posible, gozando el parado y registrado del derecho a obtener una copia del correspondiente informe. Existen, sin embargo, excepciones a este deber, tal el caso de las situaciones masivas, paradas sin registro o cuando el registro es requisito para la entrada a un lugar.

Ya pasando a la privación total de la libertad, en el mundo anglosajón se suele distinguir el momento en que físicamente se procede a la aprehensión de una persona. Esta figura se denomina técnicamente "arresto". Si bien no hay una definición legislativa de esta operación, en el Derecho Consuetudinario británico (que

tiene en el caso *Hussein contra Chong Fook Kam*, 1970, un importante precedente) se reconoce que hay un arresto cuando el agente del orden informa a una persona que está siendo detenida, o cuando usa la fuerza para reducirla. En este último supuesto siempre debe hacerle saber sobre el arresto en el tiempo más breve que sea prácticamente posible. El arresto puede ser practicado en cumplimiento de una orden judicial o puede verificarse “sumariamente” por la Policía en los siguientes casos:

- (i) Durante la comisión de un delito flagrante (*arrestable offence*). La facultad es incluso tan amplia que se puede detener a alguien que el agente sospecha razonablemente que cometerá un delito, la cual vendría a ser una potestad cuanto menos discutible.
- (ii) Durante la comisión de faltas (*offences*), entre las que se incluyen responder con un nombre o dirección que no resulte adecuada a criterio del oficial de policía, la obstrucción de la vía pública y actos contra la decencia. Bajo este apartado se puede también arrestar a una persona con el propósito de evitar que cometa un daño a terceros o a sí misma, como cuando se conduce una bicicleta de manera peligrosa por la calzada, tal fue la situación del caso *Nicholas contra Parsonage* en 1987. Como la anterior, esta facultad es cuestionable también.

El principio de información rige también con relación al arresto pero con unos requisitos más severos y exhaustivos que para la parada y registro. Estos requerimientos incluyen la obligación de informar al detenido exactamente bajo sospecha de qué cargo se le está privando de libertad, indicando la fecha y el lugar de la supuesta comisión del delito, especialmente en el caso que no se le estuviere capturando en flagrancia. Este deber de informar detalladamente se ha ido desarrollando, a través de los juicios, por el Derecho Consuetudinario. Fuera del arresto legal, el Common Law no contempla potestades policiales para parar personas con el propósito de interrogarlas.

A la PACE se vienen a sumar los recientes desarrollos legislativos en la materia que se ven acelerados a partir del informe de la Real Comisión sobre Justicia Penal en 1993 (*Royal Commission on Criminal Justice*). En el plano de la libertad personal, esos cambios se reflejan en la necesidad de otorgar mayores poderes a la Policía para que lleve a cabo su labor en una sociedad cada día más compleja, tratando de conciliar, sin embargo, el interés por controlar las actuaciones de dicho órgano.

Cabe señalar, no obstante, que el balance parece haberse inclinado notablemente hacia el lado del aumento de los poderes policiales. Esto lo evidencia la abundan-

cia de legislación en la materia, la cual se emite en un período muy concentrado de tiempo. Destacan entre estas nuevas leyes y disposiciones, las siguientes:

- la ley de justicia penal y orden público, 1994 (*Criminal Justice and Public Order Act*), la cual contempla facultades para parar y registrar⁵ en busca de armas y la posibilidad de tomar coercitivamente muestras de ADN,
- la ley de policía, 1997 (*Police Act*), la cual permite la posibilidad de escuchas telefónicas y otras formas de vigilancia, autorizadas directamente por un jefe policial,
- la reforma a la ley de evidencia criminal, 1997 (*Criminal Evidence (Amendment) Act*) que concede facultades a la Policía para tomar muestras corporales "no-intímimas",
- la reforma a la ley de prevención del terrorismo, 1996 (*Prevention of Terrorism (Additional Powers) Act*) y la ley Knives, 1997 (*Knives Act*), que otorgan a la policía facultades adicionales de parada y registro,
- la ley de crimen y desorden, 1998 (*Crime and Disorder Act*) y la ley de armas ofensivas, 1996 (*Offensive Weapons Act*) también autorizan paradas y registro de vehículos.

Para detenerse en una de ellas nada más, se puede citar el caso de la ley de justicia penal y orden público de 1994 que utiliza de fuente, para disposiciones de aplicación general, normas utilizadas en la legislación especial de emergencia aplicada en Irlanda del Norte durante el conflicto civil en dicho territorio. Ese es el caso (aunque el ejemplo vaya aquí más en la línea del debido proceso que en la de la libertad personal) de las excepciones al derecho a no declarar contra sí mismo, que contemplan incluso la posibilidad de que el tribunal o el jurado puedan "sacar sus propias conclusiones" del silencio de los acusados.

⁵ Aunque en ambientes cotidianos y de la práctica jurídica se han venido usando indistintamente; desde el punto de vista técnico, un sector de la dogmática constitucional española reconoce diferencias entre *parar y detener*, *y, cachear y registrar*. Véase para el caso GARCIA MORILLO, J. *El derecho a la libertad personal: detención, privación y restricción de libertad*. Valencia: Tirant lo blanch / Universitat de Valencia, 1995; pp. 218 – 230. De acuerdo a estas distinciones, el cacheo equivaldría al *search for arms and weapons* de los británicos o al *frisk* de los norteamericanos. El registro sería entonces un término más amplio o genérico y en ese sentido se traslada en este trabajo cuando la legislación y la doctrina británicas se refieren a *search*. Ver también, ALCARAZ VARO, E. *Diccionario de términos jurídicos Inglés – Español / Spanish – English* / Enrique Alcaraz Varó y Brian Hughes. Barcelona: Ariel, 2001 (6ª ed. aumentada y actualizada). s.v. *search, frisk y cacheo*.

No es casual, entonces, que el Reino Unido haya tenido que comparecer muy frecuentemente a la Corte Europea de Derechos Humanos y que sea también uno de los estados que más condenas ha obtenido de parte de ese órgano judicial regional, durante los últimos años. Es por eso, y de cara al futuro que anticipa la reciente aprobación de la *Human Rights Act* por el Parlamento Británico, que vale la pena examinar el tratamiento que el Derecho Internacional Europeo de los Derechos Humanos realiza sobre el tema de la libertad personal.

B. LA LIBERTAD PERSONAL EN LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Siendo que la *Human Rights Act* básicamente incorpora al Derecho británico la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* de 1950 (en adelante la Convención), junto con su I y VI protocolos, resulta relevante revisar la jurisprudencia que ha venido desarrollando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el Tribunal) en materia de libertad personal y legalidad de la detención durante la última década. Como se observará en el siguiente recuento⁶, varios de los casos más importantes sobre los que se asientan los desarrollos jurisprudenciales en la materia tienen que ver, precisamente, con el Reino Unido.

De acuerdo al artículo 5 de la Convención, y a la jurisprudencia del Tribunal, hay ciertos requisitos para que se produzca una privación de libertad: (i) fundamento legal suficiente, (b) la observancia de garantías procedimentales, y, (iii) un motivo legítimo, según lo preceptuado en los apartados (a) al (f) del artículo 5.1 de la Convención.

En cuanto al fundamento legal, el Tribunal ha sostenido algunos criterios con relación a la ley que establece privaciones a la libertad: (i) puede tratarse de leyes en sentido material, esto es, son admitidas normas emitidas por el Ejecutivo en ejercicio de facultades delegadas por el Parlamento y disposiciones generales “no – escritas” provenientes del Common Law; (ii) la ley debe ser clara y entendible, de manera que los individuos puedan razonablemente conformar su conducta a las prescripciones y, también, (iii) la ley debe ser accesible.

En lo que se refiere al respeto de las garantías procedimentales, el Tribunal ha indicado (muy especialmente con motivo del caso *Tsirlis y Kouloumpas contra*

⁶ Se utiliza como fuente de este apartado la revisión realizada por KOLB, R. en *The jurisprudence of the european court of human rights on detention and fair trial in criminal matters from 1992 to the end of 1998*. Human Rights Law Journal, 21 (9-12): 348 – 373.

Grecia, 1997) que estas pueden provenir no sólo de textos legales formales, sino también de la práctica administrativa y la jurisprudencia de los tribunales.

En cuanto a los motivos legítimos para proceder a un arresto, estos se encuentran listados en las letras (a) a la (f) del artículo 5.1 de la Convención y son⁷: (a) la declaración de culpabilidad por parte de un tribunal competente, (b) el incumplimiento de una orden legítima emitida por un tribunal, (c) la presentación a la autoridad legal competente por sospecha racional de que el arrestado ha cometido un delito, (d) los casos de detención de menores para propósitos educativos, (e) los casos de detención de enfermos, deficientes mentales y adictos a sustancias, y, (f) los casos de detención con propósitos de control migratorio, para prevenir la entrada a un territorio o para deportación. En el caso *Quinn contra Francia (1995)*, el Tribunal afirmó que esta lista de causas legítimas para la detención debe entenderse como exhaustiva.

Uno de los conceptos más comentados con relación a la privación de libertad, tanto en la legislación interna como en la internacional, y que en la Convención es tocado por el apartado (c) del artículo 5.1, es el de "sospecha racional". El Tribunal ha abordado el significado de esta noción en dos casos, uno contra Turquía, y el otro *Murray contra el Reino Unido (1994)*. En este último, el cual estaba relacionado con actos terroristas, el Tribunal señaló que la sospecha debe descansar en hechos o información que indiquen a un potencial observador objetivo que la persona en cuestión ha cometido un delito.

En los siguientes apartados del artículo 5 de la Convención se establecen varias garantías que deberían ser observadas con posterioridad al acto de aprehensión, los que se consagran, de esta manera, como derechos del detenido. Así, el artículo 5.2 se refiere a la pronta información al detenido sobre las razones de su arresto. De acuerdo a la interpretación del Tribunal, "prontitud" implicaría en este contexto que la información tendría que ser dada al momento del arresto, o, a más tardar durante el primer interrogatorio. La información deberá ser dada, además, en un lenguaje que el acusado entienda y deberá incluir las bases legales esenciales para la detención. El que la información sea proporcionada interesa más en la doctrina del Tribunal que la forma en que aquella sea transmitida. Por tanto, las modalida-

⁷ Se mencionan aquí solamente los supuestos genéricos de cada apartado. Sin embargo, la Convención contempla algunos otros relacionados con los principales. Por ejemplo, el apartado (c) completo señala el arresto o detención legal de una persona, efectuado con el propósito de ponerla a disposición de la autoridad legal competente por sospecha razonable de haber cometido un delito o cuando el arresto es considerado razonablemente necesario para evitar que cometa un delito o se fugue después de haberlo cometido.

des de comunicación pueden variar, de acuerdo a lo indicado por el Tribunal en el caso *Murray contra el Reino Unido*. En este litigio, se consideró que la información dada al detenido en las preguntas que se le formularon durante el interrogatorio le permitían formarse una idea clara de los cargos por los que era sospechoso.

El artículo 5.3 tiene que ver con la pronta presentación del detenido ante la autoridad judicial. Tradicionalmente, el Tribunal ha considerado apropiado un máximo de hasta 3 días. En el período cubierto por Kolb, 1992 – 1998, siguieron presentándose, sin embargo, casos de retraso injustificado en la puesta a disposición de detenidos ante la autoridad judicial. Nuevamente, surge aquí un caso británico, *Brannigan y McBride contra el Reino Unido (1993)*, en el que en aplicación de la Ley para la Prevención del Terrorismo, se realizaron detenciones sin remisión a la autoridad judicial por más de 6 y 4 días, respectivamente. Aunque la situación contravenía la jurisprudencia anterior del Tribunal, éste señaló que no había existido transgresión a la Convención pues el gobierno británico había denunciado previamente dicha disposición (el artículo 5.3).

El artículo 5.4 establece, por su parte, la obligatoriedad de la existencia de remedios para cuestionar la legalidad de la detención. De acuerdo a la doctrina del Tribunal, dichos recursos deberán ser escuchados por un órgano de naturaleza jurisdiccional, en un procedimiento que incluya audiencias orales, asistencia letrada, debate contradictorio y tiempo y condiciones para preparar la solicitud. En todo caso, lo decisivo es la efectividad del recurso, no su existencia formal. En el período cubierto por Kolb, el Tribunal conoció dos casos británicos (*Hussain contra Reino Unido* y *Singh contra Reino Unido*), ambos de 1996, en los que abordó el problema de la prisión indeterminada de menores y sus mecanismos de revisión. En Gran Bretaña pervive la figura de la detención *during Her Majesty's pleasure*, la cual implica duración ilimitada, a discreción de funcionarios administrativos, de menores y disminuidos mentales que han incurrido en delitos graves.⁸

Por último, el artículo 5.5 se refiere al derecho a obtener una compensación que tienen las víctimas de un arresto o detención que contravenga la Convención. Está claro que dicha compensación tiene lugar como consecuencia de la transgresión de una de las garantías establecidas en los apartados previos del artículo 5. El Tribunal ha interpretado que dicha disposición debe entenderse aplicable tanto a la prisión como a la detención ilegal.

Se puede afirmar que, en términos generales, las garantías a la libertad personal establecidas en la Convención, y su interpretación jurisprudencial por parte del

⁸ *Diccionario de términos jurídicos ... op. cit. s.v. Majesty's pleasure, during her / his.*

Tribunal, parecen coincidir con las establecidas en lo que ahora se denomina la tradición constitucional común de los países de Europa Occidental.

REFLEXIONES FINALES

En lo que al tema de este trabajo respecta, se advierte en el Derecho Constitucional y Administrativo británico una tendencia paulatina a ir incluyendo disposiciones originalmente provenientes de la legislación de excepción. Esta "colonización" del Derecho Policial con normas restrictivas de derechos se puede percibir especialmente a través de la relativización de dos factores que tradicionalmente habían establecido la línea divisoria entre los preceptos relacionados con poderes de emergencia y los de la legislación ordinaria, a saber, el porcentaje de la población a la que afectan y su mayor o menor permanencia en el tiempo.

La obligación de informar exhaustivamente a la persona sobre las causas de privación de su libertad, el hecho de que ciertas actuaciones sólo puedan ser autorizadas (por escrito) por oficiales de rango superior y el deber de hacer constar las diligencias de parada y registro (con el consiguiente derecho del ciudadano a solicitar copia de los respectivos informes), constituyen todas garantías prácticas para minimizar el abuso policial. La existencia de guías operativas muy detalladas para los miembros de los cuerpos de seguridad (los *codes* y *guidelines* de PACE, son un ejemplo) representa igualmente una protección. No obstante, debe tenerse muy en cuenta que la amplitud de los poderes que otorga la nueva legislación asume la existencia de cuerpos policiales con una alta formación que les permita tener el criterio suficiente para aplicar con discrecionalidad estas disposiciones. Estos márgenes de decisión tienen menos riesgo de ser traspasados en países con una sólida cultura de respeto a la legalidad, como es el caso de Gran Bretaña, por lo que habría que estudiar con sumo cuidado una potencial transferencia de este tipo de facultades a fuerzas de seguridad de otras naciones.

Siendo que no existe justicia constitucional en el Reino Unido (lo cual de ninguna manera equivale a que no hay protección judicial frente a las acciones de los órganos administrativos), los británicos parecen haber optado por el principio de legalidad como el mecanismo preferido para la protección del derecho a la libertad personal.⁹ Vale decir que han utilizado la regulación exhaustiva de los poderes policiales como medio para reducir la arbitrariedad. En el plano concreto, y como

⁹ Se utiliza a propósito la categoría de principio de legalidad, dado que resultaría forzado en exceso hablar de reserva de ley. Esta última figura asume el reconocimiento constitucional expreso de derechos fundamentales, consagrando a la ley como la única vía para su posterior desarrollo y regulación.

consecuencia de la misma previsión estatutaria, al policía se le impone aplicar el criterio de razonabilidad, caso por caso, como garantía contra el exceso en la acción administrativa contra la libertad personal. Si se ve entonces el lado positivo de la carencia antes mencionada, se encontrará que la situación obliga al legislador a ser especialmente cuidadoso al momento de limitar los derechos y otorgar facultades a la policía. Cabe señalar, sin embargo, que el principio de proporcionalidad no ha sido todavía bien recibido en el Derecho Británico.¹⁰ Habrá que observar si esta situación se modifica como producto, por un lado, del Derecho Comunitario, la Declaración Europea de los Derechos Humanos y, por otro, de la aprobación de la *Human Rights Act*, aparejada esta última con la creciente influencia que podría llegar a tener la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Si bien es evidente la inexistencia de justicia constitucional en Gran Bretaña, en alguna medida el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido a erigirse en una suerte de mecanismo de control. Aunque, como señalan Alonso García y Torres Muro, durante la tramitación del proyecto de la *Human Rights Act* en el Parlamento, fracasó una enmienda encaminada a imponer la doctrina de Estrasburgo a los tribunales británicos. La jurisprudencia del Tribunal Europeo mantiene, no obstante, el carácter de “persuasiva” para los jueces británicos en la interpretación de casos de derechos humanos.¹¹

Por último, y desde una perspectiva más general y de Derecho Comparado, el modelo británico de poderes de policía y limitaciones al derecho a la libertad personal plantea un debate ético y jurídico de la mayor importancia para los defensores de los derechos fundamentales. En el plano ético, conduce a la pregunta sobre ¿qué es lo más adecuado, resistirse, por principio, a este tipo de medidas (y optar por tanto por la crítica académica y activista), o, reconociendo que, al menos en los tiempos actuales, dichas tendencias son incontenibles, buscar las garantías para que aquellas se realicen con el menor daño a la libertad personal? Desde el punto de vista jurídico, el caso inglés, aunque fundado en otro modelo de jurisdicción de los derechos del hombre, hace volver la mirada hacia la ley como instrumento de garantía de la libertad personal. La legalidad, íntimamente relacionada con salvaguardias como razonabilidad, contenido esencial y proporcionalidad, pudiera ofrecer en el futuro una opción alternativa al más tradicional y reactivo instrumento del *habeas corpus*.

¹⁰ HIMSWORTH, C. M. G. *La proporcionalidad en el Reino Unido*. Cuadernos de Derecho Público, 5 (septiembre – diciembre 1998): 273 – 286.

¹¹ ALONSO GARCIA, R. *La ley británica de derechos humanos (Human Rights Act 1998): una evolución a conciencia* / Ricardo Alonso García e Ignacio Torres Muro. Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo, 105 (enero – marzo 2000): 5 – 36; p. 29.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDER, J. *"Constitutional and administrative law"*. 3rd ed. Londres: MacMillan, 1999.
- ALONSO GARCIA, R. *"La ley británica de derechos humanos (Human Rights Act 1998): una evolución a conciencia"* / Ricardo Alonso García e Ignacio Torres Muro. Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo, 105 (Enero – Marzo 2000): 5 - 36.
- CLARK, D. J. *"The most fundamental legal right: habeas corpus in the commonwealth"* / David J. Clark and Gerard McCoy. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- FELDMAN, D. *"Civil liberties and human rights in England and Wales."* Oxford: Oxford University Press, 1993.
- GARCIA MORILLO, J. *"El derecho a la libertad personal: detención, privación y restricción de libertad."* Valencia: Tirant lo blanch / Universitat de Valencia, 1995.
- HIMSWORTH, C. M. G. *"La proporcionalidad en el Reino Unido."* Cuadernos de Derecho Público, 5 (septiembre – diciembre 1998): 273 – 286 (Traducción de J. Dorado Porras).
- KOLB, R. *"The jurisprudence of the european court of human rights on detention and fair trial in criminal matters from 1992 to the end of 1998."* Human Rights Law Journal, 21 (9 – 12): 348 – 373.

