

ISSN: 0124-7972.

Revista

# Holística Jurídica

9

Facultad de Derecho

Junio de 2011



**UNIVERSIDAD DE  
SAN BUENAVENTURA**  
CALIDAD HUMANA Y PROFESIONAL

El Derecho, entendiéndolo como sistema normativo que regula la conducta humana en sociedad, debe adecuarse a la realidad o, como decía Josseland, ella prescindirá del derecho. Esto significa que este sistema debe actualizarse constantemente, so pena de quedarse anquilosado en el pasado y de perder eficacia frente a los nuevos problemas y situaciones que se le presentan. Para esto es que es útil investigación jurídica, pues nutre este sistema, permitiéndole adecuarse a los avances sociales y tecnológicos que se dan en la realidad. Su papel es constructivo y determinante, pues al ser sus resultados un repositorio de datos de la experiencia, permite que la dogmática los tome, estudie los más relevantes y se modifique con el fin de cubrir las necesidades regulatorias de la sociedad en un momento determinado. Ahora bien, si la investigación jurídica no cumple con este propósito de servir de orientadora de la dogmática, su realización pierde todo sentido, pues estaríamos ante la recolección anárquica de datos sin efecto e importancia real.

Habiendo dicho lo anterior, a la hora de actualizar la dogmática jurídica se debe tener en cuenta otro factor de suma importancia. La globalización, definida por el profesor Joseph E. Stiglitz como *"la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras"*<sup>1</sup>, y el correlativo avance en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones nos han facilitado el acceso a investigaciones de corte jurídico provenientes de otros países, lo cual permite nutrir los estudios nacionales en la materia y proporciona nuevas formas de interpretar y actualizar la normativa propia. La globalización, fenómeno que ha aumentado sustancialmente en los últimos treinta años, ha ido eliminando progresivamente las barreras culturales y lingüísticas entre los pueblos, cosa que sumada a la eliminación de barreras temporales y espaciales propiciada por internet facilita el contacto cultural y científico con investigadores ubicados en muy diversas partes del mundo.

Es gracias a lo anterior que en esta ocasión, y valga decirlo, desde la edición anterior, hemos podido presentar a nuestros lectores una notable selección de artículos foráneos que contienen importantes resultados de investigación y reflexiones de juristas destacados. En esta edición, nos complace entonces presentar, en primer lugar, un artículo corto del profesor peruano Guido C. Águila Grados titulado "Poder Judicial Vs. Tribunal Constitucional", en el que el autor se ocupa de esbozar el panorama del neoconstitucionalismo moderno, la crisis judicial actual y la defensa de la Constitución por parte de la rama judicial, con énfasis en la protección de los derechos fundamentales.

Como segundo, tenemos un artículo del profesor argentino Patricio Marianello titulado "El Activismo Judicial y las Declaraciones de Inconstitucionalidad", en el que el autor explica el concepto de activismo judicial constitucional en referencia a las declaraciones de inconstitucionalidad y pone de presente la necesidad de defensa de la Constitución como norma suprema de un Estado.

---

<sup>1</sup> STIGLITZ, Joseph. El malestar en la Globalización. Bogotá. Editorial Planeta. P. 256.

# E ditorial

En tercer lugar, presentamos un artículo de la profesora de nuestra facultad Yennesit Palacios titulado “Alcance del Corpus Iuris del Derecho Internacional de los Derechos de los Niños ante el Fenómeno de la Explotación Sexual Comercial”, el cual es resultado de una investigación sobre las causas de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en Colombia, tomando como punto de partida los derechos fundamentales de dicho grupo poblacional y su relevancia para el derecho internacional.

A continuación, tenemos un artículo del especialista principal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA Mario López-Garelli, de nacionalidad paraguaya, titulado “Derechos Humanos de las Personas Migrantes en las Américas - Realidades y Desafíos”, en el que se describe el alcance de los mecanismos de protección de derechos humanos que están disponibles para las personas migrantes, así como los desafíos que enfrentan tanto el sistema interamericano como los Estados en esta materia.

Luego, ofrecemos un artículo de la profesora española Ángeles Solanes titulado “La Doble Respuesta Europea en el Control de las Entradas de Nacionales de Terceros Estados”, en el que la autora estudia la gestión selectiva de los flujos migratorios que se hace en la Unión Europea a través de la cual se prefiere la inmigración altamente calificada, por razones laborales y de mercado, así como su incidencia en los procesos de integración regional.

Sigue un artículo de la profesora Mexicana Martha Guadalupe Guerrero titulado “Casos Presentados ante la Corte Internacional de Justicia por Impedimento al Ejercicio de la Asistencia Consular” que nos presenta, a través de un estudio de casos, las formas en las cuales los estados pueden llegar a violentar los derechos de los ciudadanos extranjeros que se encuentren en su territorio por omisión de información sobre las facultades de asistencia consular de los agentes consulares de su país de origen o por negarles el acceso a la misma, resaltando como dichas conductas pueden afectar indirectamente los derechos de los Estados mismos.

Continuamos con un artículo del profesor italiano Iván Salvadori titulado “Responsabilidad Penal de los Directores de Periódicos en la Legislación Italiana”, en el que analiza si a la luz de la legislación italiana los directores de medios telemáticos son o no responsables penalmente por escritos ofensivos publicados por terceras personas en el medio que dirigen, así como las implicaciones que tendría tal responsabilidad en el derecho de libertad de expresión a través de los medios de comunicación.

Se presenta luego un artículo del profesor Checo Jiří Herczeg, publicado en alemán y titulado “Die Grenzen des Staatszwangs bei Auskunftserlangung im Strafverfahren: Folterverbot im Rechtsstaat” (Los Límites a la Coerción Estatal para Obtener Información Durante los Procesos Penales: La Prohibición Legal de la Tortura), en el que se analiza la prohibición de torturar a las personas que se encuentran en prisión o han sido detenidas a la luz de la legislación europea sobre derechos humanos, así como la relativización de dicha prohibición por razón de ciertos factores como la lucha frente al terrorismo.

Y, finalmente, tenemos una reseña del libro “Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho” escrito por Mario Pinzón elaborada por la profesora de nuestra facultad Catalina Moreno, en la que se resalta la importancia que tendría para Colombia analizar los problemas jurídicos desde una perspectiva económica.

# E ditorial

En la búsqueda de la indexación, entendiendo esta como la inclusión de una publicación en un prestigioso índice o base de datos por razón de su calidad científica y editorial, desde la revista *Holística Jurídica* hemos optado por tratar de presentar a nuestros lectores una selección de artículos que, a nuestro juicio, presentan resultados de investigación o reflexiones importantes en su campo de estudio específico, con el fin de mantener la calidad científica que se exige de una publicación de este tipo. Creemos, pues, cumplir con esta edición tal propósito y esperamos que la selección de artículos sea de utilidad para nuestros potenciales lectores, es decir, todos los operadores del derecho nacionales.

*Carolina Mejía Osorno*  
*Editora*

# E ditorial

Law, understood as a system of rules that regulates human conduct, must conform to reality or, as Josseland once said, it will disregard law. This means that the system should be constantly updated, so as to not become obsolete and to not lose effectiveness regarding the new situations and problems that arise. This is what legal research is useful for, since it nurtures the system by helping it to comply with social and technological advances. Its role is constructive and decisive because, since its results are a repository of data acquired from experience, it allows legal dogma to take them, select and study the most relevant of them and modify itself in accordance to them so as to fulfill the regulatory needs of society in a given time. Now, if legal research does not serve the purpose of guiding legal dogma, its execution has no meaning whatsoever, for it would merely be an anarchic recollection of data with no effectiveness or real importance.

Having said this, when it comes to updating legal dogma one must take into account another very important factor. Globalization, defined by professor Joseph E. Stiglitz as “The closest integration of countries and peoples of the world produced by the enormous reduction of transportation and communication costs, as well as the dismantling of artificial barriers for the flow of goods, services, capitals, knowledge and (in a lesser degree) people throughout frontiers”<sup>1</sup>, and the correlated advance of information and communication technologies have made it easier to access legal research results from other countries, which allows us to feed national studies with new ideas and provides new ways of interpreting and updating our legal regulations. Globalization, a phenomenon that has rapidly grown in the last thirty years, has been gradually eliminating the cultural and language barriers between peoples, which in addition to the elimination of temporal and spatial barriers caused by the surge of internet usage, helps cultural and scientific contact with researchers from all over the world.

It is because of this that now, and since our last edition, we have been able to present our readers with a notable selection of articles that contain important research results and thoughts of renowned foreign lawyers. In this edition, then, we are pleased to present, first, a short article by Peruvian Professor Guido C. Águila Grados called “Judicial Power Vs. Constitutional Tribunal”, in which the author outlines modern neo-constitutionalism and explains the current judicial crisis and the defense of the Constitution by the judicial branch, emphasizing on the protection of fundamental rights.

Then, we have an article by Argentinian Professor Patricio Marianello called “Judicial Activism and the Declarations of Unconstitutionality”, in which the author explains the concept of constitutional judicial activism and where he highlights the need of defending the Constitution as it is the supreme regulation in any given State.

Next, we have an article by professor Yennesit Palacios, a member of our faculty, called “Scope of International Law’s Corpus Juris of Children’s Rights Regarding the Phenomenon of Commercial Sexual Exploitation”, which is the result of a research project on the causes of commercial sexual exploitation of children in Colombia, by taking the fundamental rights of this group and its relevance for international law as a starting point.

---

<sup>1</sup> STIGLITZ, Joseph. El malestar en la Globalización. Bogotá. Editorial Planeta. P. 256.

# E ditorial

Then, we have an article by the main specialist of the Inter-American Commission for Human Rights of the OAS Mario López-Garelli, a Paraguayan National, called "Human Rights of Migrants in the Americas: Realities and Challenges" where he describes the scope of human rights protection mechanisms available for migrants, as well as the challenges the Inter-American system and individual states face in these matters.

Then, we offer an article by Spanish Professor Ángeles Solanes called "The European Dual Response in the Entry Control of Third State Nationals", in which she studies the selective administration of migratory flows that is made in the European Union, through which highly qualified immigrants are preferred for economic and labor reasons, as well as its impact on regional integration processes.

Next comes an article by Mexican Professor Martha Guadalupe Verano called "Cases Presented before the International Court of Justice for Impeding the Exercise of Consular Assistance" which shows, through the analysis of several cases, the ways in which States can violate the rights of citizens of foreign countries by omitting information on or by denying them access to consular assistance provided by consular agents from their countries of origin, highlighting how these actions can also result in an indirect violation of other States' rights.

We continue with an article by Italian Professor Ivan Salvadori called "Criminal Responsibility of Media Directors in Italian Law", in which he analyzes if, according to Italian law, directors of electronic media are criminally responsible or not for offensive comments made by third parties in their media, as well as the impact such responsibility would have on journalists' right to freedom of expression.

Then comes an article by Czech Professor Jiří Herczeg, published in German and called "Die Grenzen des Staatszwangs bei Auskunftserlangung im Strafverfahren: Folterverbot im Rechtsstaat" (The Limits of State Coercion to Obtain Information during Criminal Proceedings: The Legal Prohibition of Torture), in which the author analyzes the prohibition of torturing imprisoned or arrested people in European human rights law, as well as the relativization of such prohibition because of certain factors as the war on terrorism.

And finally we have a review of the book "An Approach to the Economic Analysis of Law" by Mario Pinzón, written by professor Catalina Moreno, a member of our faculty, in which she highlights the importance that analyzing legal problems from an economic perspective would have for Colombia.

In the search of indexation, understanding it as the inclusion of a publication in a prestigious index or database because of its scientific and editorial quality, from the *Holística Jurídica Magazine* we have chosen to present our readers with a selection of articles that, according to us, show research results or reflections that are important in their own fields of study, so that the scientific quality that is expected of a publication of its kind can be maintained. We believe to have accomplished this purpose in this number and we expect our selection of articles to be of much use for our potential readers, that is, all national legal practitioners.



créditos

**REVISTA HOLÍSTICA JURÍDICA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA  
SECCIONAL MEDELLÍN  
ISSN 0124-7972  
N° 9, Junio de 2011**

|                                  |  |   |
|----------------------------------|--|---|
| <b>Rector:</b>                   | Fray Miguel Ángel Builes Uribe, o.f.m.   |   |
| <b>Secretario General:</b>       | Fray José Norberto Agudelo Loaiza, o.f.m.  |   |
| <b>Decana:</b>                   | Julia Victoria Montaña Bedoya  |   |
| <b>Editora:</b>                  | Carolina María Mejía Osorno  |   |
| <b>Comité Editorial:</b>         | Andrés Eduardo Velandia Canosa<br>Pedro Pablo Cardona Galeano<br>Martín Agudelo Ramírez<br>Isadora González Rojas<br>Carolina María Mejía Osorno |   |
| <b>Comité Científico:</b>        | Matías Bailone<br>Iván Salvadori<br>Osvaldo Alfredo Gozaini<br>Juan Montero Aroca  |   |
| <b>Pares Académicos:</b>         | Matías Penhos<br>Boris Arias<br>Milena Pérez Vargas<br>Karin Lenis Sanín<br>Renato Vargas  | Mauricio Bocanument Arbeláez<br>Pablo Andrés Bonilla Hernández<br>Luz Estela Tobón Berrío<br>Hugo Nelson Castañeda Ruíz |
| <b>Periodicidad:</b>             | Semestral  |   |
| <b>Tiraje:</b>                   | 200 ejemplares   |   |
| <b>Traductora:</b>               | Carolina María Mejía Osorno  |   |
| <b>Diagramación e Impresión:</b> | Departamento de Publicaciones<br>Universidad de San Buenaventura<br>Seccional Medellín   |   |

**Solicitamos canje / Nous demandons l'exchange / Pede se permuta / We request  
exchange / Wir bitten um Austausch von Publikationen  
Calle 45 61-40 Bello, Antioquia, Colombia  
Teléfono 514 56 00 Ext. 4301  
[www.usbmed.edu.co](http://www.usbmed.edu.co)**

1

*Guido Águila Grados*

Poder Judicial Vs. Tribunal Constitucional

pag 15

2

*Patricio Marianello*

El Activismo Judicial y las Declaraciones  
de Inconstitucionalidad

pag 23

3

*Yennesit Palacios Valencia*

Alcance del Corpus Iuris del Derecho  
Internacional de los Derechos de los Niños  
ante el Fenómeno de la Explotación Sexual  
Comercial

pag 31

4

*Mario López-Garelli*

Derechos Humanos de las Personas  
Migrantes en las Américas -  
Realidades y Desafíos

pag 45

5

*Ángeles Solanes Corella*

La Doble Respuesta Europea en el Control  
de las Entradas de Nacionales de Terceros  
Estados

pag 61

6

*Martha Guadalupe Guerrero Verano*

Casos Presentados ante la Corte  
Internacional de Justicia por Impedimento  
al Ejercicio de la Asistencia Consular

pag 79

7

*Iván Salvadori*

Responsabilidad Penal de los Directores  
de Periódicos en la Legislación Italiana

pag 95



8

*Jiří Herczeg*

Die Grenzen des Staatszwangs bei  
Auskunftserlangung im Strafverfahren:  
Folterverbot im Rechtsstaat

pag 111

---

9

*Catalina Moreno Morales*

Reseña: "Aproximaciones al Análisis  
Económico del Derecho" por Mario Pinzón

pag 127

---

1

*Guido Águila Grados*

Judicial Power Vs. Constitutional Tribunal

pag 15

2

*Patricio Marianello*

Judicial Activism and the Declarations of Unconstitutionality

pag 23

3

*Yennesit Palacios Valencia*

Scope of International Law's Corpus Juris of Children's Rights Regarding the Phenomenon of Commercial Sexual Exploitation

pag 31

4

*Mario López-Garelli*

Human Rights of Migrants in the Americas: Realities and Challenges

pag 45

5

*Ángeles Solanes Corella*

The European Dual Response in the Entry Control of Third State Nationals

pag 61

6

*Martha Guadalupe Guerrero Verano*

Cases Presented Before the International Court of Justice for Impeding the Exercise of Consular Assistance

pag 79

7

*Iván Salvadori*

Criminal Responsibility of Media Directors in Italian Law

pag 95

8

*Jiří Herczeg*

The Limits of State Coercion to Obtain  
Information during Criminal Proceedings:  
The Legal Prohibition of Torture

pag 111

---

9

*Catalina Moreno Morales*

Review: "An Approach to the Economic  
Analysis of Law" by Mario Pinzón

pag 127

---

## PODER JUDICIAL Vs. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL UNA PERSPECTIVA DESDE EL PERÚ

Guido Águila Grados\*

**Resumen:** Este artículo pretende explicar la polémica que ha surgido entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Muestra cuál es el nuevo escenario del neoconstitucionalismo en nuestro tiempo y el control que el Estado ejerce sobre la sociedad. Además, explica algunas de las funciones que tienen los otros órganos judiciales y aborda el problema de la supremacía jurídica de la Constitución, la crisis judicial que se vive y por último la protección y eficacia de los derechos fundamentales.

**Palabras Clave:** Tribunal Constitucional; Neoconstitucionalismo; Estado de Derecho; Judicialización del Derecho; Poderes Estatales.

***Abstract:** This article attempts to explain the controversy that has arisen between the Judiciary and Constitutional Court. It shows what the new scenery of neoconstitutionalism in our time is and the control that the State exercises over society. Also it explains some of the functions that other judicial bodies have and addresses the problem of legal supremacy of the Constitution, the judicial crisis that we live and as a consequence the protection of fundamental rights.*

***Key Words:** Constitutional Court, Neoconstitutionalism, Law's State, Law's Judicialization and State's Powers.*

**Sumario:** I. Introducción. II. El Neoconstitucionalismo: Nuevo Escenario del Derecho – a. La Judicialización del derecho. b. El Estado Constitucional de Derecho - III. Conclusión.

### I. Introducción

Cuentan que una vez le preguntaron al gran prócer del fútbol mundial Alfredo Di Stefano<sup>1</sup> “¿Por qué el Madrid ganó cinco copas?” Y dejó una respuesta que nada tenía que ver con la táctica, ni la estrategia, ni la calidad: “Porque perder es muy feo”. Y no agregó más nada. Dio media vuelta y se fue.

---

\* Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina) y por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Perú). Especialista en Gerencia y Administración por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y la EOI (España). Especialista en Tutela Jurisdiccional Efectiva y Debido Proceso en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador, codirector y docente de la Escuela de Altos Estudios Jurídicos EGACAL (Perú). Docente visitante de la Maestría en Derecho Procesal de la UNR (Argentina). Miembro Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro Ordinario de la Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas SOPEJ. Miembro Honorario del Centro Latinoamericano de Investigaciones de Derecho Procesal CLIDEPRO. Miembro Ordinario del Colegio de Abogados de Lima. Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Apurímac. Correo Electrónico: [gag@egacal.com](mailto:gag@egacal.com)

<sup>1</sup> Alfredo di Stefano Laulhé (Barracas, Buenos Aires, 4 de julio de 1926) es un ex futbolista y ex entrenador hispano-argentino, actual presidente de honor del Real Madrid Club de Fútbol. Es considerado por la FIFA uno de los cuatro mejores jugadores de fútbol del siglo XX, junto a Pelé, Diego Maradona y Johan Cruyff; en el 2004 fue elegido el cuarto Mejor Jugador del Siglo XX por la IFFHS y también por todos los ganadores del Balón de Oro hasta 1999.

Cuando en la primavera ciudad de Trujillo, el presidente del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires, nos preguntó por el tema que íbamos a abordar en el III Congreso Costarricense de Derecho Procesal, le contestamos: “Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional”. Su respuesta fue similar a la del notable Don Alfredo: ¡Bah! ¿Qué vas a discutir allí? ¡Eliminan una y ya! Lógica químicamente pura y una verdad granítica.

Ya estábamos a punto de abortar la temática prometida, cuando surgió una tabla de salvación: ¡Analicemos el porqué del conflicto! Y es lo que les propongo. No encontrarán una opinión del suscrito sobre cuál es el órgano jurisdiccional que debe excluirse. Es como pedirme que escoja a cuál de mis dos hijas quiero más. Pero al revés.

Esta relación tirante e insana entre dos órganos fundamentales dentro del ordenamiento del Estado peruano no es una situación novedosa ni inédita. Si el lector se pone a *googlear* -nuevo verbo de esta generación- encontrará que en el Perú hay otros versus: Poder Ejecutivo vs. Poder Judicial, Poder Legislativo vs. Tribunal Constitucional, Poder Judicial vs. Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional vs. Jurado Nacional de Elecciones y otras postales boxísticas lamentables.

Poniendo la lupa en el tema que nos convoca, creemos que este choque de astros se produce por una desconfiguración de los parámetros iniciales establecidos por la Constitución de 1993. O mejor aún, por la falta de parámetros en que incurrió el constituyente peruano. Sin embargo, al margen de esta gravísima omisión, también es cierto que estamos ante un nuevo escenario del Derecho en general y, en particular, del Derecho procesal. Se llama neoconstitucionalismo y ha movido el ángulo del eje del planeta Derecho.

## II. El Neoconstitucionalismo: Nuevo Escenario del Derecho

Cuando vemos las cosas con distintos ojos a los que teníamos cuando escolares, muchas de ellas ya no nos parecen tan creíbles. Es difícil creer, por ejemplo, en Historia Universal, que la Edad Moderna comenzaba exactamente el 29 de mayo de 1453, fecha de la Toma de Constantinopla por los turcos, y culminaba inexorablemente el 14 de julio de 1789, efemérides que convencionalmente marca el inicio de la Revolución Francesa. Lo mismo ocurre en el mundo del Derecho con sus mutaciones y transformaciones que vemos pasar cada día delante de nosotros con no poca perplejidad.

No podemos señalar el momento exacto, pero sí afirmar que desde los últimos tiempos finiseculares hasta estos momentos, se ha venido experimentando un nuevo escenario, una nueva estructura en la arquitectura del Derecho. Y en el Derecho Constitucional como su piedra angular. Y en el Derecho Procesal Constitucional como garantía del control de constitucionalidad.

Por ello, el Derecho Constitucional ya no es más la materia de comparsa del Derecho Civil y Penal. Ya no se es más juez constitucional por subsidiaridad que otorga por rebote el control difuso. El juez – cualquiera que sea su competencia por razón de su materia – es primero, y ante todo, un juez constitucional. Los constitucionalistas más renombrados que eran al mismo tiempo políticos reconocidos ya están jubilados. El jurista de hoy, adentrado en los temas del Derecho Constitucional, debe ser el más versado en el Derecho en puridad. Se desprenden especialidades como Derecho Constitucional Procesal, Derecho Constitucional Penal, Derecho Constitucional Tributario, Derecho Constitucional Electoral, al mismo tiempo que surge una nueva nomenclatura jurídica. Nomenclatura que es ajena a la formación de los abogados que tienen apenas una década de profesionales: precedente vinculante, sentencias manipulativas, *amicus curiae*, bloque de constitucionalidad, doctrina jurisprudencial constitucional, eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales y la lista continúa con neologismos que vinieron en la misma carreta que el siglo XXI.

Esa es la razón por la que las primeras líneas de análisis al tema de esta ponencia están dedicadas a reconocer el territorio que habita el Derecho de hoy. Reconocimiento que no es exclusivo dentro del mapa peruano. Es perfectamente aplicable a toda Latinoamérica, por lo menos. Cambian nombres, plazos, circunstancias, pero en el Derecho en general, el constitucional en particular y el procesal en específico, en esta parte del mundo, fuimos amamantados de un mismo pecho.

En este nuevo escenario del Derecho, destacan nítidamente dos fenómenos como consecuencia del neoconstitucionalismo: La judicialización del entero ordenamiento jurídico estatal y El Estado Constitucional de Derecho.

### **A. La Judicialización del Derecho**

Entre otras cosas, la judicialización del ordenamiento jurídico significa que al reconocer a la Constitución como una composición de textos imprecisos, declarativos y valorativos, estas normas valdrán lo que los órganos con capacidad de interpretar vinculantemente dicen que valen. Y es allí donde se yerguen por encima de todos el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Ya esto por sí solo causa urticaria en los demás poderes: de esta manera se está legitimando al PJ y al TC como órganos distintos al Poder Legislativo y al Poder Constituyente incluso como órganos creadores de Derecho (legal y constitucional).

Hasta aquí, en el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional vemos dibujarse una sonrisa en la fachada de sus sedes institucionales. Este poder legislativo que asumen lo tienen que sustentar en sus argumentaciones. En la razón. Sin embargo, en la compulsa entre los dos los resultados muestran al segundo dos o tres escalones por encima del primero y esto resulta el inicio del conflicto. El Poder Judicial a través de su máximo órgano, la Corte Suprema, emite precedentes judiciales (en el Perú, con especial énfasis en el ámbito penal) que vinculan sólo a la especialidad; por otro lado, el Tribunal Constitucional emite precedentes que vinculan a todos los particulares y a todos los poderes del Estado, incluido el Poder Judicial.

Este choque de planetas ha dejado hasta ahora como vencedor por K.O. al TC. Es más, la misma Constitución autoriza a que mediante un proceso de amparo – cuya última y definitiva instancia es el Tribunal Constitucional – se revisen resoluciones judiciales emanadas de un proceso irregular.

Con este panorama es fácil advertir que en aquellos casos de gran sensibilidad jurídica o política se llegue a la violencia verbal entre magistrados de uno y otro órgano. Y se desatan interminables discusiones circulares. Es aquí dónde se observa que el problema es de diseño. Es error de fábrica. Mientras el Poder Judicial ingresa al *checks and balance* y existe un recíproco control entre los poderes del Estado, el último constituyente peruano omitió peligrosamente control alguno para el Tribunal Constitucional. Por ello, el ambiente de ensorbecimiento en que vive el supremo intérprete de la Constitución. La autodenominación de “Alto Tribunal”, “Poder Constituyente constituido” o el recurrir a la “autonomía procesal” para justificar decisiones que no encuentran sustento legal ni constitucional, está poniendo al estado peruano a expensas de las decisiones del supremo intérprete. Los errores no han sido pocos. Recemos porque siempre estén iluminados y precisos. A nivel nacional no hay vuelta de rosca sobre esas decisiones.

### **B. El Estado Constitucional de Derecho**

Es moneda corriente escuchar como argumento de un discurso que nos encontramos en un “Estado Legal de Derecho” o “Estado Social de Derecho” o, simplemente, un “Estado de Derecho”, para señalar que son las condiciones normales de presión y temperatura de toda convivencia humana dentro de un Estado que se precie de serlo.

Pues ahora, como corolario de esta metamorfosis señalada líneas arriba que nos coloca en una nueva escenografía jurídica, debemos referirnos en adelante a un “Estado Constitucional de Derecho”.

El cambio no es baladí. No es un ajedrez de términos por moda tan frecuente en las disciplinas jurídicas. Es mucho más. Es el reflejo exacto, una fotografía real del nuevo Estado del que todos formamos parte. Todas las adjetivaciones que antes acompañaban al Estado de Derecho se subordinan al nuevo Estado Constitucional de Derecho. Los Estados que aún sienten no serlos, deben tener como objetivo inmediato y urgente el alcanzar tal categoría por su propia subsistencia. De lo contrario, estarán, institucionalmente, con respirador artificial.

Entonces, surge la pregunta espontánea e inevitable al mismo tiempo: ¿Cómo reconocer a un Estado Constitucional de Derecho? ¿Cómo saber si el nuestro lo es? Decirlo es fácil. Lo difícil es corroborarlo de manera objetiva e indubitable.

Consideramos que tres son las características que debe tener todo Estado Constitucional de Derecho:

- Supremacía jurídica de la Constitución
- Separación contemporánea de poderes.
- Reconocimiento, protección y eficacia de los derechos fundamentales.

Una lectura rápida y algo distraída nos llevaría a precipitarnos en un juicio y decir: “Pero esto existe desde siempre. Siempre fueron los requisitos mínimos de un Estado en los últimos doscientos años”. No es así. Una mirada más detenida y atenta podría llevar a reconocer pequeños cambios que constituyen el desenlace del nuevo escenario que pretendemos demostrar. Ayudaremos con nuestras cursivas, negritas y subrayados, como para que lo vean los invidentes juntos: supremacía *jurídica* de la constitución, separación *contemporánea* de poderes y reconocimiento, protección y *eficacia* de los derechos fundamentales.

Esas variantes resaltadas han producido un sismo en el Derecho. Se han caído bibliotecas enteras y se han producido derogaciones tácitas en cantidades industriales. Intentaremos explicar como cada una de estas nuevas características ha ido aumentando la intensidad de este terremoto que ha tenido como epicentro la Constitución Política de nuestros Estados.

#### • **Supremacía Jurídica de la Constitución**

Desde el amanecer del constitucionalismo hasta muy cerca de nuestros días la esencia de los documentos constitucionales siempre ha sido política. Su despertar, a comienzos del Siglo XVIII, así lo exigía: el establecer una valla, un freno al exceso de poder. En cualquier punto de Latinoamérica, si pedimos que nos acerquen una Constitución, la portada de la misma –proviene de una imprenta clandestina o de la editorial *Il Mulino* - rezará el mismo epitafio: “Constitución Política de...”. Aunque su raíz más profunda la encontramos después de la Segunda Guerra Mundial, ha sido en la última década del siglo XX -con la confluencia de varios factores y los vientos frescos que asoman al final de una centuria en todos los campos del saber- en que se ha dado la aparición del apellido materno de la Constitución Política: Jurídica. Y todos sabemos que este cambio de identidad conlleva a importantes consecuencias.

Este fenómeno, que el estudioso peruano CASTILLO CÓRDOVA<sup>2</sup> denomina una nueva concepción de la Constitución, se deriva precisamente de una nueva concepción del Estado; significa que se deja de lado el concepto enunciativo, declarativo y retórico del constitucionalismo clásico para convertirse en una norma que vincula por partida doble: al poder político y a los particulares. A partir de esto, las disposiciones de la Constitución son normas superlativas y abiertas a valores que conllevarán –como se verá líneas abajo– a una eficacia de los derechos fundamentales.

Como corolario de lo esgrimido se desprende: primero, una irradiación de los derechos fundamentales a todo el ordenamiento jurídico nacional. A esto es lo que se ha denominado “la constitucionalización del Derecho”; segundo, al ser los postulados constitucionales abiertos, incompletos e imprecisos por naturaleza, cobra una importancia mayúscula los entes encargados de concretar estos postulados. Y el órgano que determina, completa y precisa el texto constitucional en un nivel superior es el Tribunal Constitucional. Como se aprecia, ya se va delineando la silueta de la sombra que asoma en forma inesperada.

### • Separación Contemporánea de Poderes

Este nuevo escenario significa el fin de la concepción clásica del estado moderno. Un Estado en que se yergue la legalidad como cúspide del ordenamiento para dar paso a una norma distinta, diferente, pero –sobre todo– superior: La Constitución jurídica.

No es de extrañar entonces que ya no sólo aparezcan en escena los poderes clásicos del Estado, sino que se sume un cuarto integrante: El Tribunal Constitucional. No habría ningún problema en incorporar un invitado que nadie esperaba, sino fuera porque este invitado de pronto pasó a ser el dueño de la casa y de la fiesta. Y ello altera las condiciones normales de presión y temperatura:

- i. Colisiona su labor jurisdiccional con la del Poder Judicial. Y en caso de conflicto prevalece el que no es poder estatal, pues es el supremo intérprete de la Constitución.
- ii. Realiza labor legislativa a través de sus precedentes vinculantes y sus sentencias normativas, con lo que se siente amenazado el Poder Legislativo.
- iii. Sus decisiones son inimpugnables y vinculan a todos los poderes del Estado.

Hoy en el Perú, ambas instituciones conviven aún, pero como lo hacen aquellos matrimonios que procuran que sus grietas sólo sean internas, es decir, habitan la misma morada pero en realidad no se hablan ni duermen juntos. Y como ocurre en estas situaciones, aunque se esfuercen en aparentar que todo marcha bien, siempre salen señales de esta escisión.

### • Reconocimiento, Protección y Eficacia de Los Derechos Fundamentales

Hasta hace menos de dos décadas muchos de los derechos fundamentales eran como promesas de novio desesperado: carecían de eficacia en la realidad. Ya es conocido que, luego de la segunda posguerra, progresivamente fueron reconocidos en los textos constitucionales. Al mismo tiempo también se regulaba su protección, vía habeas corpus y amparo, respectivamente. Sin embargo, en la realidad, su eficacia colisionaba con un muro inexpugnable: el Estado no estaba en condiciones de brindar una garantía total. La falta de presupuesto, el desbalance entre lo señalado en la Constitución y la realidad, además del imperio de una legalidad por sobre una Constitución romántica.

<sup>2</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis: El Carácter Normativo Fundamental de la Constitución Peruana. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, 2006, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, p. 121 - 145.



En este neoconstitucionalismo lo descrito ya no tiene espacio. Y es aquí donde es más notorio el giro que ha significado que en el Perú el Derecho se cree a partir de la jurisprudencia. Y, si bien es cierto la jurisprudencia – entendida en rigor como el fallo de los más altos tribunales - del Poder Judicial ha existido desde siempre, esta ha sido más persuasiva que obligatoria. Es a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, en diciembre de 2004, que surge la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional. Todo lo demás es corolario de esta figura.

Fue en los primeros años del nuevo milenio que el Tribunal Constitucional peruano ya asomaba con sentencias que buscaban la eficacia de los derechos fundamentales. El caso Azanca Meza García<sup>3</sup> es emblemático. Esta mujer, infectada de VIH y con anemia perniciosa crónica, demandó al Estado para que le brindara las medicinas específicas para su mal. El Poder Judicial, en las dos primeras instancias, no le dio razón a su pretensión por considerar que el derecho a la salud era un derecho fundamental progresivo y, por ello, la exigencia al Estado no podía ir más allá de sus posibilidades presentes. El TC resuelve declarar fundada la demanda señalando que en este caso –la mujer estaba desahuciada- también se estaba afectando el derecho a la vida por lo que ordena al Estado que le brinde la medicación requerida y que, como parte de la ejecución de la sentencia, se establecía una supervisión semestral del cumplimiento de la resolución. Cuando se expidió la sentencia, Azanca Meza García tenía cinco días de fallecida. Empero, quedó la decisión para ser aplicado a casos sustancialmente iguales. La casuística se ha repetido de manera múltiple. Todo indica que debíamos ponernos de pie y tributar un aplauso interminable al supremo intérprete de la Constitución peruana. Sólo que la foto no ha salido completa.

Otro de los casos paradigmáticos, pero en sentido contrario, es el de Manuel Anicama Hernández<sup>4</sup>. En este proceso, el Tribunal Constitucional estableció los criterios para la procedencia del amparo residual en materia previsional. Y aunque consideramos que la residualidad del amparo en el Perú es inconstitucional, esto no lo trataremos en este espacio. Lo que produjo estupor e indignación fue que 5000 casos que tenían la misma lógica que el caso Anicama fueron devueltos a fojas cero para que sean revisados nuevamente bajo los parámetros establecidos. Es decir tuvo una grosera aplicación retroactiva. Al TC no se le movió ni un pelo.

Ya recorrimos el año 2010 y la situación sigue entrampada. Un Poder judicial que grita su investidura de poder estatal desde el amanecer de las repúblicas y clama por tener el protagonismo de antaño. Y en la otra orilla, el Tribunal Constitucional con su frescura de veinteañera y la fuerza de un tsunami que no encuentra freno en los peñascos, disfruta de este nuevo escenario que le calza como el zapatito a la cenicienta. Y no se divisa ninguna patología cercana que lo debilite. Ni estornuda. Ni bostezo siquiera. Tiene la fortaleza de un atleta olímpico.

Ha sido nuestra intención mostrar la perspectiva inca. Cada uno de los lectores podrá tener la suya y, a partir de ella, proponer soluciones que ayuden a destrabar un conflicto que, visto desde cerca no parece tener otra respuesta que la del magistrado argentino: ¡Eliminen uno de los dos... y ya!

<sup>3</sup> Azanca Alheli Meza García, tuvo rostro e historia. Su historia de vida le perteneció pero también nos pertenece a nosotros pues en ella la Sociedad y el Estado Peruano dejaron muchos rezagos. Azanca murió a consecuencia de haber contraído VIH/SIDA, agravado con cáncer a la tiroides, más el sinsabor de la soledad y la indiferencia del Estado. Murió cargando el estigma de una de las peores enfermedades del mundo pero también el estigma de la pobreza y la desventaja social, aquel 'mal' que impide que tu voz y poca fortuna sea escuchada, entendida y atendida a tiempo. Texto disponible en: [http://www.escri-net.org/usr\\_doc/Decision\\_Azanca\\_A\\_Meza\\_Garcia.html](http://www.escri-net.org/usr_doc/Decision_Azanca_A_Meza_Garcia.html)

<sup>4</sup> En el caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), este Colegiado estableció que "(...) los criterios uniformes y reiterados contenidos en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria, mantienen sus efectos vinculantes. En consecuencia, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por este Colegiado". Texto disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

### III. Conclusión

No se divisa en el horizonte jurídico una solución a esta controversia. Mientras el Poder Judicial - en corifeo con los poderes clásicos - clama una inmediata delimitación de las funciones del Tribunal Constitucional, éste insiste en una autorregulación que no genera confianza alguna. El supremo intérprete de la Constitución señala que su naturaleza es esencialmente autónoma, pero la ejerce lo más parecido a una autarquía.

¿Qué pensamos que va a ocurrir en el futuro inmediato? No sentimos que vaya a mejorar la enfermedad. Entrampados en sus posturas interesadas, es más fácil estornudar con los ojos abiertos que se termine este enfrentamiento. Sólo nos queda arrojar una moneda en la fuente y pedir el deseo que se restablezca un auténtico Estado Constitucional de Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA SANCHEZ, José: Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

CASTILLO CORDOVA, Luis: El Precedente Judicial y el Precedente Constitucional, ARA Editores, Lima, 2008.

\_\_\_\_\_. El Carácter Normativo Fundamental de la Constitución Peruana. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, 2006, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, p. 121 - 145.

HABERLE, Peter: El Estado Constitucional, Trad. de Héctor Fix-Fierro, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2003.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: Sentencia Caso Manuel Anicama Hernández, Exp. N.º 1417-2005-AA/TC, 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: Sentencia Caso Azanca Meza García, Exp. N.º 2945-2003-AA/TC, 2004. Texto disponible en: [http://www.escri-net.org/usr\\_doc/Decision\\_Azanca\\_A\\_Meza\\_Garcia.html](http://www.escri-net.org/usr_doc/Decision_Azanca_A_Meza_Garcia.html)

## EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD\*

Patricio Alejandro Marianello\*\*

**Resumen:** En el presente artículo se analiza el novel instituto del activismo judicial, con sus conceptos y orígenes. Luego de ello se aborda la temática del activismo constitucional, explicando sus dos mayores exponentes: la inconstitucionalidad de oficio y de omisión; entre las que si bien encuentra similitudes, existen divergencias que resulta de vital importancia su desarrollo, y de este modo ir mejorando el mentado instituto.

**Palabras Clave:** Activismo constitucional; Semejanzas y diferencias entre la inconstitucionalidad de oficio y por omisión; Actualidad del activismo judicial y la función judicial.

**Abstract:** *This paper analyzes the new institution of judicial activism by conceptualizing it and studying its origins. Later, it addresses the issue of constitutional activism, by explaining its most relevant examples, that is, ex-officio unconstitutionality and unconstitutionality by omission, which are very similar but also differ in some important aspects that greatly influence the development of constitutional activism and that have improved the institution.*

**Key Words:** *Constitutional Activism; similarities and differences between ex-officio unconstitutionality and unconstitutionality by omission; importance of judicial activism and of the judicial function.*

**Sumario:** Introducción. I. Concepto y orígenes del activismo judicial. II. El activismo constitucional. III. Controversias entre la inconstitucionalidad de oficio y de omisión. IV. Semejanzas entre ambos institutos. IV.1. Noveles corrientes doctrinarias. IV.2. Órgano. IV.3. Limitación de ciertos derechos y principios constitucionales. IV.4. Orden público. IV. 5. La fuerza normativa de la constitución. IV.6. Efectos. IV.7. Principio "iura novit curia". IV.8. Elementos de validez. V. Diferencias entre la inconstitucionalidad de oficio y por omisión. V.1. Facultad sustitutiva del juez. V.2. Finalidades. VI. A modo de conclusión.

### I. Introducción

Mientras el siglo XIX fue el período del Parlamento -la ley- y, el siglo XX fue el del Poder Ejecutivo -decretos legislativos-, el siglo XXI será la era de los jueces -como sostenía Bobbio-; y justamente en esta tendencia es donde nace una nueva dinámica en el rol de los magistrados, denominado "Activismo Judicial".

---

\* Conferencia extraordinaria expuesta en el "X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional", celebrado en la ciudad de Lima (Perú) entre el 16 al 19 de septiembre de 2009.

\*\* Profesor de Grado y Posgrado en la Facultad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nacional. Profesor Titular en la Universidad de Concepción del Uruguay. Profesor Distinguido de la Universidad de San Marcos (Perú). Profesor de Doctorado en la Universidad del Salvador. Profesor de Posgrado de la Universidad Abierta Interamericana. Profesor Asociación en la Universidad en la UCEs. Conferencista Internacional y autor de más de 20 libros en la materia. Correo electrónico: [pmaraniello@fibertel.com.ar](mailto:pmaraniello@fibertel.com.ar); [www.patriciomaraniello.com.ar](http://www.patriciomaraniello.com.ar)

El mentado instituto brega por la implementación de nuevas funciones del juez, donde pasa de ser un simple espectador o arbitro del proceso a cumplir una función con mayor protagonismo<sup>1</sup>, llegando a ser parte de la causa judicial, es decir, una especie de tercero protector del buen servicio de justicia.

Esta obligación surge del mismo preámbulo de la Constitución Nacional donde se establece como objetivo del mismo Estado el de “*afianzar la justicia*”. Si bien es una obligación trazada para todos los miembros del estado, el mayor peso recae sobre el Poder Judicial, por ser el órgano por excelencia en la correcta administración de la actividad jurisdiccional para todos los justiciables.

Dentro del activismo judicial tenemos dos herramientas que la componen, las procesales y las constitucionales. Dentro de las primeras encontramos las medidas autosatisfactivas, los recursos *in infinitum*, la reposición *in extremis*, etc... A este tipo de activismo se lo denomina “*activismo judicial procesal*”, donde su importancia fue de tal envergadura que en algunos casos ha llegado a tener regulación normativa y en otras apoyaturas jurisprudenciales.

En lo que respecta a las herramientas constitucionales, que llamaremos “*activismo judicial constitucional*”, nos centralizaremos, tan solo, en dos de los temas más controvertidos dentro del control de constitucionalidad, nos estamos refiriendo a la declaración de inconstitucional de oficio y la inconstitucionalidad por omisión.

## II. Concepto y Origen del Activismo Judicial

Activismo deriva de “activo”, palabra latina *activus*, que significa facultad de obrar, con diligencia, eficacia, y prontitud, sin dilación<sup>2</sup>.

La locución “activismo judicial” fue posiblemente usada por vez primera por la Suprema Corte de EEUU, alrededor de 1953 cuando se autoproclamo “activista”, muy especialmente bajo la presidencia del Juez Earl Warren, con el celebre caso “*Brown vs. Board of Education*” -17/05/1954- donde se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas Norteamericanas. Lo curioso de este caso, de ahí la posición activista, es que nada se dijo sobre la forma de ejecución de dicha sentencia, ni incorporaba a los 5 chicos demandantes, ni obligaba a las cinco mil escuelas a dejar de lado la norma inconstitucional que beneficiaría a 3.000.000 de estudiantes de color.

Los jueces en este caso tuvieron dos caminos: obligaban a acatar la sentencia de cumplimiento imposible o tomaban un rol protagónico político cuya decisión se basara en tan solo colocar en la sentencia a la gente que el sistema excluía que chocaba con los derechos constitucionales que estaban en vía de extinción. La Corte opto por este ultimo y al año, es decir, en 1955 las grandes ciudades y los centros marginales habían cumplido la sentencia. Sólo los estados sureños fueron los que más se resistieron al cambio y recién a los 7 años las escuelas lo cumplieron en su totalidad, dicha modificación comenzó en el año 1958 con el fallo “*Little Rock, Cooper v. Aaron*” donde la Corte reafirmo su posición estableciendo su obligatoriedad para la Legislatura y los Tribunales de Justicia de dicho estado.

<sup>1</sup> OST F. Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge entraîneur. Trois modèles de justice. En: GÉRARD Ph., OST F., van de KERCHOVE M. Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements. Bruxelles, Publications des F.U.S.L, 1983, pp. 1-70.

<sup>2</sup> Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation.

Esta decisión con ribetes políticos no altera la división de poderes, que como sostiene Alberto Bianchi<sup>3</sup> es la reafirmación dinámica del Estado de Derecho.

Si bien como se ha señalado la palabra activismo tuvo sus comienzos en los fallos de la Corte de EEUU, el instituto tuvo sus antecedentes hace más de 700 años en las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, donde en la Partida Tercera Ley 11 Título IV, donde se le imponía al juez *“saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese”* otorgándole un poder muy amplio (activismo) siempre que lo sea en aras de esclarecer la verdad del pleito.

Ello fue sostenido por Estévez Seguí<sup>4</sup> -uno de nuestros primeros procesalistas Argentinos- había rescatado esta facultad proveniente de las partidas, antes de que la ley de Enjuiciamiento Civil española la haya incorporado a su texto, al señalar en su tratado que el juez podía buscar la verdad en cualquier tiempo hasta la sentencia. Es por ello que Estévez Seguí no solo fue el primer procesalista sino uno de los primeros activistas judiciales.

### III. El Activismo Constitucional

Para el activismo judicial, la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el plan de la justicia, sino más bien un estímulo<sup>5</sup>. Con su brillantez habitual, Bidart Campos enseñaba que *“el juez es el administrador de la justicia; con ley, sin ley o contra ley. Porque el valor justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla cuando manda en el Preámbulo “afianzar la justicia”*. Con ley, sin ley o contra ley.

Afianzar la justicia es uno de los pocos elementos que nos ha dejado la constitución histórica 1853/60. El término “afianzar” tiene varias acepciones tales como:

- apoyar,
- sostener,
- afirmar o,
- asegurar,
- hacer firme,
- consolidar algo (Ej. El éxito de la novela afianzo su carrera).

Y por el otro lado “justicia” está dentro de las políticas del Estado que se relacionan con el derecho, la razón y la equidad.

Por lo tanto, afianzar la justicia es apoyarla cuando no está estable o corre riesgos en su esencia, o sostenerla cuando no está muy firme con elementos que la ayuden a una mejor administración, aplicado desde la esfera de un poder del estado.

Dentro de las diversas formas que puede asumir el activismo de los jueces las más importantes se encuentra configurada por la declaración de inconstitucionalidad por omisión y de oficio.

<sup>3</sup> BIANCHI, Alberto. “Dinámica del Estado de Derecho” Ed. Abaco, 1996, Bs.As., Argentina, p.22.

<sup>4</sup> ESTEVEZ SAGUI, Miguel. “Tratado elemental de los procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires”, año 1850, pag. 236.

<sup>5</sup> PEYRANO, Jorge W. “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas”, en “Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart”, Editorial Fundación de cultura universitaria, Montevideo 1999, pág.131 y siguientes.

Aunque entre ellas resultan puntos controvertidos y semejanzas que resultan convenientes su desarrollo para el esclarecimiento del activismo judicial.

#### **IV. Controversias entre la Inconstitucionalidad de Oficio y la Inconstitucionalidad por Omisión**

La controversia se desarrolla sobre la base de considerar, en los jueces, facultades que no ostentan o que por lo menos no les son propias. En lo que respecta a la inconstitucionalidad de oficio, la potestad la exteriorizan las partes (actor y demandado), mientras que en la declaración de inconstitucionalidad por omisión, la evidencian los poderes políticos (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo).

#### **V. Semejanzas entre Ambos Institutos**

Entre las semejanzas podemos citar, en cuanto a la cuestión temporal, que ambas son noveles corrientes doctrinarias, productos del nuevo rol del juez a través del activismo judicial. En estos nuevos institutos tenemos dos clases de órganos, los aplicadores (Poder Judicial) y los órganos receptores de dichas medidas son los estamentos políticos (Poder Ejecutivo y Legislativo). Las limitaciones son los derechos y principios constitucionales. Ambas son cuestiones de orden público, apoyado sobre la base de la fuerza normativa de la constitución. Los efectos son erga omnes y el principio aplicador es el de "iura novit curia". Las ideas de validez moral e inacción son los que convierte a ambas inconstitucionales de indispensable utilización.

##### **a. Noveles Corrientes Doctrinas**

En cuanto a la cuestión temporal, ambas pertenecen a la nueva corriente llamada "activismo judicial constitucional" especie del género activismo judicial, *productos del nuevo rol del juez a través del activismo judicial*.

##### **b. Órganos**

El órgano aplicador es el Juez y los órganos receptores son los poderes políticos (PL y PE). Aunque, al estar inmerso en una causa judicial los receptores inmediatos son las partes y los mediatos los poderes políticos del Estado que son los que mayor atención deberán tener al ser ellos los organismos creadores de las normas declaradas inconstitucionales.

##### **c. Limitación de Ciertos Derechos y Principios Constitucionales**

En los dos casos existe una necesaria limitación de ciertos derechos y principios constitucionales en un caso por acción –ante una norma inconstitucional- y en el otro por omisión de alguna regulación constitucional. Como por ejemplo el derecho de defensa (en el primer caso) y principio de reserva (en el segundo caso).

#### d. Orden Público

Que actúa como una especie de habilitador de los juzgadores para declarar la inconstitucionalidad de una norma, sin tener en cuenta, en ambos casos, la voluntad de las partes<sup>6</sup>. Al respecto Bidart Campos remarcaba que impedir las declaraciones de inconstitucionalidad de oficio implica tanto como dejar librado a la voluntad de las partes aquel examen de constitucionalidad, lo cual haría que el principio de Supremacía de la Constitución, al quedar librado a la voluntad de las partes, no sea de orden público, lo cual evidentemente constituiría un absurdo. Y del mismo modo ocurre con la inconstitucionalidad por omisión, al pasar a un segundo plano toda verificación que se haga de las voluntades de los poderes políticos y las partes en lo que respecta a los mandatos constitucionales.

#### e. La Fuerza Normativa de la Constitución

Considerar como doctrina válida la fuerza normativa de la constitución. El mismo autor citado<sup>7</sup> indica que: *“la fuerza normativa de la constitución no se circunscribe a prohibir que se la transgreda positiva o afirmativamente mediante una actividad –normativa o de otra índole- contraria a ella que implique hacer lo que ella veda, sino que también se proyecta a ordenar con imperio que no haya abstenciones o dilaciones que cohíban su aplicación efectiva”*. Señala, además, que no se estima reprochable cualquier omisión, sino aquella omisión que incumple un mandato de obrar. *“De ahí que el no hacer en la omisión inconstitucional merece ser reputado no sólo como inacción, sino como infracción a una exigencia constitucional de acción. La abstención debe, por eso, encadenarse al deber concreto de actuar”*<sup>8</sup>

#### f. Los Efectos

Son al caso concreto y no puede en ningún caso declararse con efectos *erga omnes*, al tener nuestro país un sistema difuso, es por ello, que resulta muy dificultosa su aplicación a los amparos colectivos o acción de clase. Pues se debe tener en cuenta que para cumplir con los elementos esenciales del acto se deberán alterar los elementos fácticos en cuestión, situación esta que resulta de difícil realización debido a la gran cantidad de actores divisibles indivisibles que tienen estos tipos de acciones.

#### g. Principio “Iura Novit Curia”

Se podrá subsanar la falencia de derecho, en clara aplicación del principio *“iura novit curia”*, pero en ningún caso se podrán alterar los elementos fácticos, de ser así se estaría alterando el principio de congruencia de primer grado (demanda, contestación de demanda o contrademanda) y de segundo grado (los agravios en los recursos de apelación).

#### h. Elementos de Validez

Lo que confiere validez a una sentencia, lo que en un sentido estricto la torna vinculante, es su enlace con la idea moral del derecho que da validez al sistema jurídico. La función del juez es juzgar aplicando el derecho omitido o decretarlo inconstitucional. Normalmente ese derecho aparece definido en la ley o en la constitución, que es su modo habitual de posición.

<sup>6</sup> MARANIELLO, Patricio: “Declaración de Inconstitucionalidad de oficio” Ed. El Jurista, año 2007, Bs.As. Argentina, p.126.

<sup>7</sup> BIDART CAMPOS: “El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa”, Editorial Ediar, 1998, p. 348.

<sup>8</sup> Bidart Campos Germán J., ob.cit.



### i. Inacción

Las semejanzas se desarrollan sobre la base de una exagerada pasividad por parte de los integrantes de la acción, es decir, del actor o demandado y de los órganos legislativos o ejecutivos.

## VI. Diferencias entre la Inconstitucionalidad de Oficio y la Inconstitucionalidad por Omisión

Entre las diferencias se encuentra en la facultad sustitutiva, donde en la inconstitucionalidad de oficio suplanta a las partes y en la de omisión a los órganos políticos. Otra diferencia la encontramos entre las finalidades, pues en la inconstitucionalidad por omisión lo que se busca en definitiva es un actuar por parte de los otros poderes del estado.

### a. Facultad Sustitutiva del Juez

Mientras que en la inconstitucionalidad por omisión el juez puede llegar en algunos casos a suplir la norma incompleta – o por lo menos a solicitar que se cumpla la omisión constitucional<sup>9</sup>-, en la inconstitucionalidad de oficio no podría en ningún caso suplir la norma declarada inconstitucional, sino que suple a las partes en lo que respecta la constitucionalidad de las normativas en cuestión.

### b. Finalidades

La inconstitucionalidad de oficio tiende a declarar la inconstitucionalidad de la norma al caso concreto para su utilización por parte de las partes en el proceso, mientras que la de omisión tiende más a la subsanación del mandato constitucional en forma abstracta, por más que sea al caso concreto y los efectos son inter partes, debemos tener en cuenta que la finalidad real es una alerta o llamada de atención al haciéndole saber la necesidad de un actuar por parte del órgano político (Poder Ejecutivo y Legislativo). Más cercano a la inconstitucionalidad por omisión se encuentra el *mandamiento o acción de cumplimiento o injunción*<sup>10</sup>. Recordemos que la acción de cumplimiento es una garantía individual para que el sujeto perjudicado en sus derechos y libertades -bloqueado por ausencia de reglamentación- pueda hacer efectivo su ejercicio. La acción por omisión constitucional resulta, más bien, una fiscalización abstracta tendiente a remediar la omisión<sup>11</sup>.

## VII. A Modo de Conclusión

El activismo judicial constitucional referido a las declaraciones de inconstitucionalidad de oficio y por omisión, con sus similitudes y con sus diferencias, se basan en la defensa de la más sagrada de

<sup>9</sup> El art. 103 inc. 2 de la Constitución de Brasil tiene por objeto dar a conocer al órgano competente la inconstitucionalidad declarada por omisión en la adopción de una medida necesaria, a fin de que adopte las providencias conducentes.

<sup>10</sup> Existen dos tipos de obligaciones constitucionales los mandamientos de ejecución y de prohibición, y las acciones de cumplimiento o de injunción. Dentro de estos últimos existen las legales donde el incumplimiento se da en la ley (art. 200 inc. 6 de la Constitución de Perú) y las constitucionales, aquí la falta de norma reglamentaria torna inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales (art. 5 LXXI de la Constitución de Brasil de 1988).

<sup>11</sup> Bidart Campos, ob.cit.

las normas, que es la constitución, donde los jueces son sus guardianes en forma permanente sin poder tener excusa alguna para no resguardarla, pues en ella radica la esencia misma del sistema republicano (división de poderes), es decir, un verdadero reaseguro a los límites de los otros dos poderes del Estado.

Como nos recuerda Hans Kelsen<sup>12</sup> “...La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder...” y, “...como toda norma, también la Constitución puede ser violada por aquellos que deben cumplirla...”

---

<sup>12</sup> Kelsen, Hans: “ El defensor de la Constitución”, Tecnos. España. Año 1995.

## BIBLIOGRAFÍA

BIANCHI, Alberto: *Dinámica del Estado de Derecho*, Ed. Ábaco, 1996, Buenos Aires.

BIDART CAMPOS, Germán José: *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Ed. Ediar, Buenos Aires.

ESTEVEZ SEGUÍ, Miguel: *Tratado Elemental de los Procedimientos Civiles en el Foro de Buenos Aires*, Ed. Imprenta Americana, 1850, Buenos Aires.

KELSEN, Hans: *El defensor de la Constitución*, Tecnos, 1995, Madrid.

MARANIELLO, Patricio: *Declaración de Inconstitucionalidad de Oficio*, Ed. El Jurista, 2007, Buenos Aires.

MICROSOFT® ENCARTA® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation.

OST F. Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge entraînéur. Trois Modèles de Justice. En: GÉRARD Ph., OST F., van de KERCHOVÉ M. *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*. Bruxelles, Publications des F.U.S.L, 1983, pp. 1-70.

PEYRANO, Jorge W. "Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas", en "Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart", Editorial Fundación de cultura universitaria, Montevideo 1999.

## ALCANCE DEL CORPUS IURIS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS ANTE EL FENÓMENO DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL

Yennesit Palacios Valencia\*

**Resumen:** Este artículo es producto de una investigación denominada “*Determinación de los factores causantes de la Explotación Sexual Comercial en Niños, Niñas y Adolescentes (ESCNNA) en Barranquilla y Sincelejo*”, la cual fue realizada por un grupo multidisciplinario de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín en los años 2007 y 2008, y auspiciada por la ONG Suiza Tierra de Hombres. Con esta labor se plasmó, producto del diseño metodológico, una caracterización cuantitativa y cualitativa sobre el fenómeno de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes en las enunciadas localidades, haciendo especial énfasis en los desplazados por la violencia, lo cual fue aplicado en dos barrios de cada municipio, con el fin de establecer estrategias de intervención que aportasen a la consolidación de políticas públicas. En relación con lo anterior, la temática central gira en torno a la defensa de los derechos de la niñez, pues en el desarrollo de la propuesta investigativa se evidenciaron algunas problemáticas que se contraponen al efecto y alcance que deben tener los tratados internacionales, como parte de ese amplio y comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los derechos de los niños (en adelante entiéndase por tal niño o niña). Por ello, para enfocar a dicho grupo poblacional como colectivo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional, hay que partir de la base de entenderlos como sujetos de protección especial, en tanto ameritan amparo no sólo desde la familia, sino por parte de la sociedad y el Estado, como quiera que sus derechos priman sobre los derechos de los demás por el llamado interés superior de los niños, principio rector tanto en el ámbito nacional como internacional. Y por lo que se deriva cuando los niños son lesionados, no es fácil concluir que la ESCNNA deteriora cualquier proyecto de vida, por esto no es menos complejo su contrarrestarla por el accionar conjunto.

**Palabras Clave:** Niños; Niñas; Adolescentes; Explotación Sexual Comercial; Interés Superior de los Niños(as); Convención de los Derechos de los Niños, Políticas Públicas.

**Abstract:** *This article is the result of a research project called “Determination of the Causes of Commercial Sexual Exploitation of Boys, Girls and Teenagers (CSEC) in Barranquilla and Sincelejo”, which was developed by a multidisciplinary group of people linked with the University of San Buenaventura (Medellín) during 2007 and 2008 and which was sponsored by Terre des Hommes, a Swiss NGO. It consists of a quantitative and qualitative characterization of the phenomenon of commercial sexual exploitation of children in the previously mentioned locations, focusing on children that had been displaced by violence, in order to gather specific information that would permit the establishment of several intervention strategies that would help the consolidation of public policies. The main topic of this article is, consequently, the defense of children’s rights; because during the aforementioned research it became evident that there are some problems that deny the efficacy international treaties on this subject should have, as part of the comprehensive international corpus iuris of children’s rights protection. That is why, in order to focus on such population group as one that has deserved the biggest interest of the international community, one has to start by understanding it as a*

---

\* Abogada de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Miembro del Grupo de Investigación Derecho, Cultura y Ciudad. Especialista en Cultura Política: Pedagogía de los Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Magister y Doctoranda en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla-España. Maestranda en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia. Correo Electrónico: [yennesit.palacios@gmail.com](mailto:yennesit.palacios@gmail.com)

*group that deserves special protection, not only by their families but also by society and the state, because their rights prevail over everyone else's rights because of the superior interest of children's principle. And because of the consequences of abusing children, it is not easy to conclude that CSEC deteriorates any life project, which is why it is very complex to try and counteract it by a joint action.*

**Key Words:** *Boys; Girls; Teenagers; Commercial Sexual Exploitation; Superior Interest of Children; Convention on the Rights of Children; Public Policy.*

**Sumario:** I. Introducción. II. Primera Aproximación al Reconocimiento de los Derechos de los Niños en la Comunidad Internacional. III. Alcance de la Convención de los Derechos de los Niños como Punto de Partida. IV. Caso específico: Violación de los Derechos de los Niños por el Fenómeno de la ESCNNA. V. Conclusiones.

*Alto. Haz un pare en la lectura para pensar  
En los niños y niñas...  
Para entender de una vez y para siempre  
“(...) que la realidad no termina donde dicen los textos,  
Que su concepción del mundo es  
Más acorde con la naturaleza que la de  
Los adultos y que la vida sería más larga  
Y feliz si cada quien pudiera trabajar en lo que le gusta,  
Y sólo en eso”  
Gabriel García Márquez.*

## I. Introducción

Este escrito, resultado de una labor investigativa multidisciplinar, tiene como punto de partida los estándares internacionales de protección de los derechos de los niños para enfrentar la *Explotación Sexual Comercial*, como quiera que dicha problemática termina destruyendo cualquier proyecto de vida que se quiera ver concretado en el ahora y en el futuro de los niños como sujetos de protección especial, ya que es una práctica que atenta contra la dignidad humana y los restantes derechos, y por ende, les impide tener un desarrollo armonioso e integral. En tal sentido:

*“Se trata de un principio de naturaleza constitucional que reconoce a los menores [niños] con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se les proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad.”*  
(Corte Constitucional, República de Colombia. (1998). Sentencia T-556/98”).

Como se observa, de tal principio emana un compromiso claro y preocupante pues la labor, no obstante los avances, sigue siendo compleja ante la realidad de miles de niños en todo el mundo. En tal sentido, aunque el esfuerzo por la defensa de estos derechos ha sido y sigue siendo una lucha constante por el respeto a unas garantías mínimas que se consideran esenciales, la realidad demuestra la eficacia simbólica del derecho. Por ende, si se quiere dar un alcance a la normatividad internacional que es de obligatoria observancia en el derecho interno, el actuar de las instituciones gubernamentales debe verse reflejado en la construcción y aplicación de políticas públicas, en el ejercicio del deber-poder del Estado para con sus asociados, para cumplir no sólo

con las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales, sino con los postulados básicos emanados de la propia Constitución política como norma de normas y ley de leyes.

## II. Primera Aproximación al Reconocimiento de los Derechos de los Niños en la Comunidad Internacional

El primer instrumento internacional relativo a los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra de 1924, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia. En ésta se reconoció *“que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, como un deber que se halla por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia”* (CIDH, OC 17/2002). Como se observa, se da un primer paso en la comunidad internacional, pero dicha circunstancia generó una aproximación necesaria, más no suficiente, en la protección y garantía de los derechos de los niños como sujetos llamados a tener un trato preferente, más no discriminatorio.

Posteriormente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948), y hasta en la Convención Americana sobre Protección de los Derechos Humanos (1969), se empieza a dilucidar un mayor interés en la preocupación de la comunidad internacional por salvaguardar unos derechos para unos sujetos que son merecedores de protección especial.

Es así, que en 1989 aparece en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Convención sobre los Derechos de los Niños, que brinda un tratamiento exclusivo a la niñez, por tratarse de derechos que prevalecen<sup>1</sup> sobre los derechos de los demás, siendo coherente con el enunciado interés superior del niño, pues como guía y regulador de la normativa de los derechos del niño, se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, (República de Colombia, (2006). Ley de Infancia y Adolescencia. Artículo 8). A este respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño establece:

*“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”*

Armonizado con lo anterior, dados los efectos jurídicos que tienen las declaraciones por no ser vinculantes, salvo algunas excepciones en supuestos que contemplen normas de *ius cogens*, la mencionada Convención sobre los Derechos de los Niños es el primer código universal de los derechos de los niños legalmente obligatorio. Los derechos que proclama corresponden a todos

<sup>1</sup> Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-839/01. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy. Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de dos mil uno (2001) Esta primacía, que es manifestación clara del Estado Social de Derecho y se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretende “garantizar el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno los derechos de los menores, y de protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. “La vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión”, son derechos fundamentales de los niños que deben ser protegidos por el Estado mediante la expedición de leyes internas y la ratificación de instrumentos internacionales que persigan ese fin.

los niños<sup>2</sup> menores de 18 años independientemente del lugar de nacimiento, de quiénes sean sus padres o su familia, de cuál sea su sexo, su etnia, la religión que practiquen o la clase social a la que pertenezcan (UNICEF, 2004. P. 5). Por ello, todos los países han venido reformando sus leyes de infancia con el propósito de adaptarlas a los mandatos de la Convención y así militar en la efectiva protección de los derechos de los niños, tarea conjunta de la Familia, la sociedad y el Estado.

No obstante dicha consagración, en la praxis muchos niños ven afectado su desarrollo por diversos fenómenos, entre ellos la Explotación Sexual Comercial, hecho que los cosifica y explota como se mostrará en este escrito.

### III. Alcance de la Convención de los Derechos de los Niños como Punto de Partida

Colombia, con la proclamación de la Constitución de 1991, paralelamente a la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, dado que coincide con el contexto de su creación, retoma lo consagrado en dicho instrumento internacional, e integra los derechos fundamentales de los niños de la siguiente manera:

*“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.*

*Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

*La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (Constitución Política de 1991. Art 44).*

Es de precisar que los Convenios, los Pactos, y los Protocolos, todos estos tratados, son normas jurídicas de derecho internacional público. Por consiguiente tienen el valor y los efectos jurídicos propios de todo sistema de derecho y obliga a todos los Estados que lo ratifican. (Normativa nacional e internacional para la prevención y atención del abuso y la Explotación Sexual en la Niñez, 2003, p. 94). Pues son incorporados automáticamente al derecho interno de cada Estado, siendo normas de obligatoria observancia y de imperativo cumplimiento. Siendo coherente con ello, Colombia progresa en la preocupación por la erradicación de la violencia contra la niñez pero desafortunadamente el número de personas menores de edad sometidas a la explotación sexual aumenta (UNICEF, 2004, p. 6).

Con estos antecedentes, y con ocasión de la realidad que se vive en todo el mundo y por la obligación contraída a nivel internacional, en Colombia se han tratado de implementar, políticas y

---

<sup>2</sup> Según La Convención de los Derechos del Niño de 1989, entrada en vigor para Colombia el 2 de septiembre de 1990, se entiende por niño toda persona menor de 18 años de edad, salvo que la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Art 1.

planes en pro de la niñez, ya que millones de niños, como manifiesta la UNICEF (2004), sufren y padecen con demasiada frecuencia como consecuencia de las transformaciones de las estructuras familiares, la fragilidad de las nuevas formas de empleo, las migraciones, los recortes de los programas sociales o los modelos de comercio faltos de escrúpulos, la violencia sexual, y en concreto, el fenómeno de la Explotación sexual Comercial. Circunstancias que hacen que la niñez vea cada día más lejana la idea de un desarrollo integral, pues este fenómeno en particular, hace que este colectivo vulnerable se conciba como una mercancía que se compra y vende, producto del mercado que los trafica y explota, ante la carencia de unos estándares mínimos de bienestar que no logran ser garantizados, ni satisfechos.

En este evento, *“el corpus iuris del derecho internacional de protección de los derechos humanos de los niños (del cual forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos), debe ser utilizado como fuente de derecho (...), por el contenido y los alcances de las obligaciones que han asumido los Estados. En particular al precisar las medidas de protección a las que se hace referencia en el mencionado precepto”*<sup>3</sup>.

Es necesario también resaltar que con la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales, y la elaboración de la doctrina de la protección integral, trajeron consigo el surgimiento del Derecho de los niños como una nueva rama jurídica, basada en tres pilares fundamentales:

*“El interés superior del niño, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño; y el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental: siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía”* (CIDH, OC 17, 2002).

Por consiguiente, en palabras de Alejandro Martínez Caballero, Ex Magistrado de la Corte Constitucional, –siendo coherente con la Carta Magna– es el niño titular y poseedor, en principio de la capacidad de autoprotección mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales, y que además requiere de una heteroprotección que la deben cumplir la familia, la sociedad y el Estado, ya que tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Este es el gran reto asumido por la Constitución al vincular esa gama de derechos al ordenamiento jurídico interno como normas íntegras a seguir.

Así consagrado el interés del superior del niño, *“es un principio de naturaleza constitucional que reconoce a los [menores] niños y niñas con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se les proteja de manera especial, se les defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral (...)”* (Corte Constitucional, 1998. Sentencia T-556 de 1998).

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Villagrán Morales y otros. Caso “niños de la calle. Contra Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999. párr. 194 y Ss. Entre las medidas de protección a que alude el artículo 19 de la Convención Americana, merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación.



No obstante, aunque el esfuerzo de la comunidad internacional por la defensa de estos derechos ha sido y sigue siendo una lucha constante por el respeto a unas garantías mínimas que se consideran esenciales, la realidad demuestra la eficacia simbólica del derecho, puesto que el contexto nacional está enmarcado en una coyuntura social, económica, política, etc., que carece de mecanismos reales de poder como diría Ferdinand Llasalle (1982), que coadyuven en una respuesta pronta y efectiva al grado de vulnerabilidad al que están sometidos los niños, en muchos sectores de la población colombiana, donde si bien es cierto, hay presencia del Estado, su papel se torna parcialmente inoperante, e ineficaz, ante la carencia de un control institucional, y políticas públicas de intervención en las necesidades de la niñez, que garanticen un mínimo vital, una vida digna y un desarrollo integral.

En este entendido, ciertas obligaciones contraídas en tratados o Convenios internacionales sobre derechos humanos indistintamente, muchas veces no concuerdan con las labores a desarrollar por los Estados. Pues así existan ideales basados en la responsabilidad que tiene la humanidad para con la niñez, los derechos humanos han constituido la formulación más general de esa necesidad. *“Han sido vistos como la exigencia normativa más abstracta y universal de la exigencia humana, por encontrarse a sí misma en la lucha histórica por la dignidad. Y ello ocurre, porque acudir al concepto de lo que es común a lo humano, constituye una tendencia histórica de largo alcance, por la que múltiples pueblos y distintas formaciones sociales han intentado formalizar sus pretensiones más genéricas”* (HERRERA, 2007, p. 138-139).

#### IV. Caso específico: Violación de los Derechos de los Niños por el Fenómeno de la ESCNNA

Para ser coherentes con las obligaciones internacionales, en el evento específico de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (ESCNNA), estamos ante un fenómeno de violación de los derechos fundamentales de la niñez que comprende el abuso sexual por parte del adulto y remuneración en dinero o especie para el niño o para un tercero, o grupo de personas, donde el niño es tratado como objeto sexual y como mercancía. Lo que constituye una forma de coerción y violencia y es considerada una forma contemporánea de esclavitud (Declaración y Agenda para la Acción-Estocolmo, 1996). Lo cual es definido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1999. Convenio 182), como una de las peores formas de trabajo infantil, por ser una actividad que esclaviza al niño, lo separa de su familia, lo expone a graves peligros y enfermedades, o lo deja abandonado. Por lo tanto, como se advertirá, en el ámbito nacional e internacional se están desarrollando diferentes medidas, expresadas en acciones y planes, que son el marco rector a seguir.

Por ello, hay muchos avances en materia de los derechos humanos de los niños, y no son suficientes, aún más, porque: *“falta divulgación de las normas existentes al interior de la sociedad, y por la carencia de formación de los funcionarios y personas que trabajen en este campo. Y porque existen normas diseminadas en diferentes documentos de difícil acceso aún para los funcionarios públicos encargados de aplicarlas”* (UNICEF, 2003, p. 22). No obstante, por la obligatoriedad que recae en los Estados, por la normatividad emanada del *corpus iuris internacional* de los derechos de los niños, se denota claramente que luchar en la búsqueda de protección efectiva de este colectivo es una tarea fuerte que se afianza con el paso del tiempo, por el compromiso que ello significa.

Al mismo tiempo, en este desafío se necesita educar niños soñadores, felices, no productos del mercado, niños libres, que puedan reír, “pensar” pero de otro modo, sin miedo. Porque pensar: *“es crear, es una tarea de resistencia frente a las debilidades y pasividades que marcan los planos de trascendencia, y, como tal, una afirmación de indignación frente a lo intolerable”* (HERRERA, 2006, p, 243). En esto, la tarea es grande y no menos compleja.

Toda vez que la Explotación Sexual Comercial en niños, niñas y adolescentes, es un fenómeno que necesita intervención de la comunidad internacional en su conjunto, puesto que no es un fenómeno local, ni exclusivo, se puede catalogar no como un problema de índole interno, sino que traspasa las fronteras y se convierte en una problemática de orden internacional que le compete a uno u otro Estado indistintamente, pues pone en riesgo a una parte de la población, ya que los niños son utilizados como objetos de mercancías para el beneficio económico de terceras personas que se lucran gracias a sus necesidades.

Por ende, Colombia se ha propuesto diseñar y desarrollar políticas públicas de infancia y adolescencia entendidas como: *“el conjunto de acciones que adelanta el Estado, con la participación de la sociedad y de la familia, para garantizar la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes”* (Código de Infancia y Adolescencia, 2006. Art 201). Las cuales se ejecutan a través de la formulación, implementación, evaluación y seguimiento de planes, programas, proyectos, y estrategias de los entes estatales.

Sin embargo, cuando se atienden problemáticas de esta índole, que son de orden global, la justificación que encuentra soporte normativo, económico, y político en esa generalidad y pretensión de registrar y responsabilizar a la humanidad, ha conducido en muchas ocasiones a idealizaciones y fundamentaciones trascendentes de los mismos (HERRERA, 2007, p. 138-139). Por ello, para dar pleno cumplimiento a los derechos humanos de los niños y niñas, más allá de políticas asistencialistas, el Estado debe ofrecerle a la infancia, en primera instancia, por ser la etapa más importante en el desarrollo de todo ser humano, las mejores condiciones para el ejercicio pleno de sus derechos. Coadyuvando desde todos los niveles, sean estos locales, departamentales o distritales, en una respuesta pronta y efectiva al grado de vulnerabilidad al que están sometidos los niños en muchos sectores de la población colombiana, donde si bien es cierto hay presencia del Estado, su papel se torna parcialmente inoperante ante la carencia de un control institucional holístico y políticas públicas de intervención en las necesidades de la niñez que garanticen un mínimo vital, una vida digna y un desarrollo integral.

Muchos de los niños que son utilizados para explotación sexual comercial viven en contextos muy desfavorables, ya que *“con frecuencia han sido producto de relaciones inestables, de padres o madres ausentes que no están preparados ni comprometidos en el ejercicio de una paternidad y maternidad responsables. Esto lleva a situaciones de abandono o maltrato hacia los hijos, y en relación con ellos, estos niños establecen con sus padres vínculos afectivos muy débiles, ambivalentes e inestables, cargados de sentimientos de desprotección y baja autoestima”* (Hermida, 2005).

Por ende, el desarrollo y evolución de este fenómeno hace que el papel del Estado frente a esta problemática sea más activo y genere, si bien no la solución, al menos alternativas de intervención y atención a la niñez, para que generaciones venideras no corran el mismo riesgo. Por ello, desde comienzo de la década de los noventa, el país se ha propuesto en ofrecerle a la infancia las mejores condiciones para el ejercicio pleno de sus derechos, a través de diferentes estrategias y acciones<sup>4</sup> a saber:

1. La ratificación de la Convención y la consagración de los derechos Fundamentales de la niñez en la Constitución Política de 1991, donde se establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás.

---

<sup>4</sup> La Convención de los Derechos de los Niños en Colombia. (2011). En la asociación Ai.Bi. Amici dei Bambini. Documento recuperado en <http://www.aibi-co.org/la-convencion-de-los-derechos-de-los-ninos-en-colombia/> el 15 de marzo. 2011. 14:42:04 GMT.

2. Legislación por la infancia. La formulación y puesta en marcha en los últimos 10 años del Plan de Atención en Favor de la Infancia (PAFI), en el que adopta las metas de la Cumbre mundial en favor de la infancia de 1990 y prioriza a la niñez en la agenda política, económica y social del Estado.

3. El desarrollo del Programa para la Erradicación Paulatina del Trabajo Infantil y la Protección del Joven Trabajador. Inclusión de la situación de la niñez en los Planes de Desarrollo de los gobiernos desde 1990 hasta el 2002.

4. La creación del Programa Rumbos promovido por la Presidencia de la República orientado a afrontar el problema del incremento en el consumo de drogas y sustancias psicoactivas en la población de niños, niñas y adolescentes. El Proyecto Enlace orientado también a la prevención del consumo de drogas, que vincula al Ministerio de Educación, ICBF y otros organismos públicos.

5. La reforma en proceso al ICBF como Organismo Rector del Sistema de Bienestar Familiar, promovida por su actual director y orientada a impulsar el proceso de descentralización y optimizar la función del Instituto.

•6. La adopción por parte del ICBF del enfoque de derechos y la doctrina de la Protección integral como marco ético para la planeación, seguimiento, evaluación y asesoría a las instituciones vinculadas al Sistema nacional de Bienestar Familiar. El Plan Nacional de Alimentación y Nutrición orientado a impulsar el logro de las metas establecidas en Seguridad Alimentaria y mejoramiento de las condiciones nutricionales de la población. También se cuenta con la creación del Plan Nacional para la Prevención y erradicación de la Explotación Sexual comercial de Niños, Niñas y Adolescentes menores de 18 años del 2006 al 2011. Que entre sus principios orientadores consagra

• **Corresponsabilidad:** Para significar que el cumplimiento y ejercicio de los derechos es una responsabilidad que atañe tanto al Estado como a los particulares y que hace que cada vez sea más necesario por parte de la sociedad civil actuar de manera activa, participativa, solidaria y concertada con el Estado para lograr la vigencia de los derechos y lograr la paz y la convivencia social armónica.

• **Protección integral:** Entendido el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

• **Participación de niños y niñas:** La participación de niños, niñas y adolescentes dentro del plan de prevención y erradicación de la explotación sexual comercial, debe procurarse en los diferentes ámbitos en los que transcurre su vida: la familia, en la sociedad en los diversos espacios sociales y públicos y en los espacios de interrelación con el Estado o el sector privado, y siempre que se trate de adoptar decisiones que les afecten.

• **Complementariedad con otras políticas:** Pues de la misma manera que los derechos son complementarios entre sí, las políticas públicas también lo son. El Plan Nacional y los planes locales requieren de la formulación de políticas públicas y acciones complementarias en diferentes sectores, como son la justicia, la educación, la salud y la protección social, la participación social, entre otras.

Es claro que en lo enunciado juega un papel fundamental la función de la sociedad y la familia, en función del principio de corresponsabilidad (Ley 1098 de 2006, art 10), pues la búsqueda de soluciones a problemas generados en la sociedad no es solamente tarea de los entes gubernamentales, es conjunta y armónica desde la familia como institución y la misma sociedad

civil, por ello se necesita apropiación social y participación activa para fortalecer y dar cabal cumplimiento a los fines del Estado.

Ahora bien, un problema que está íntimamente ligado con el tema de debate es la pobreza, como quiera que dicha circunstancia puede degenerar otras tantas, entre ellas, la explotación sexual comercial, como medio algunas veces de supervivencia, de niños, niñas y adolescentes. Esto lleva a plantear que no se está respondiendo con el desarrollo del mínimo vital de gran parte de la niñez en el país, esto es, la educación, la vivienda y la salud, coyunturas que hacen que esta situación esté ligada a muchas otras más, lo cual agrava indudablemente las circunstancias y hace que en algunos contextos las víctimas, entre ellas la niñez, se pierdan en el mundo de la calle, y se involucren en este orden de ideas, a ser el sujeto pasivo de la Explotación Sexual Comercial en varias regiones del país<sup>5</sup>. Debido a que encuentran una solución rápida a sus problemas por la remuneración económica, factor predominante en este fenómeno.

No obstante, vale advertir que en este proceso de intervención estatal en políticas públicas para la niñez en situaciones de vulnerabilidad, juega un papel fundamental el llamado principio de progresividad de los derechos, consagrado en diversos Convenios o Pactos internacionales. Con el que se busca, no es más que ese desarrollo y evolución permanente que debe tener todo Estado en la tarea de propender por el desarrollo económico, social, y cultural en la prestación de los servicios esenciales y en el perfeccionamiento de los derechos, para garantizar un mínimo vital a sus asociados, y con mayor razón, si se vincula la ESCNNA con el fenómeno de desplazamiento forzado que se padece en algunas regiones del país, lo que hace que los niños estén en mayor grado de vulnerabilidad, al ser parte de la población desplazada (Análisis Jurídico de Legislación Internacional y colombiana. 2005, p. 141), ya que:

Los instrumentos de medición presentados por las instituciones públicas, en lo que tiene que ver con el componente de prevención y protección de la población desplazada, han evidenciado fallas protuberantes en los indicadores aplicados por algunas de las entidades, se observa que algunos de éstos, no permiten establecer avances y retrocesos en la satisfacción de los derechos de dicha población (Procuraduría General de la Nación. 2006), que deben propender a la progresividad y no a la regresividad de sus derechos.

Es claro, que este tipo de población en reasentamiento está en situación de vulnerabilidad, con lo cual se quiere significar que se sufre un dramático proceso de empobrecimiento, pérdida de libertades, lesión de derechos sociales, económicos y culturales, al igual que carencia de participación política (Corte Constitucional. 2003. Sentencia: T-602 de 2003). Y en peores circunstancias como se advierte, terminan siendo víctimas de la explotación sexual dado el grado de vulnerabilidad latente.

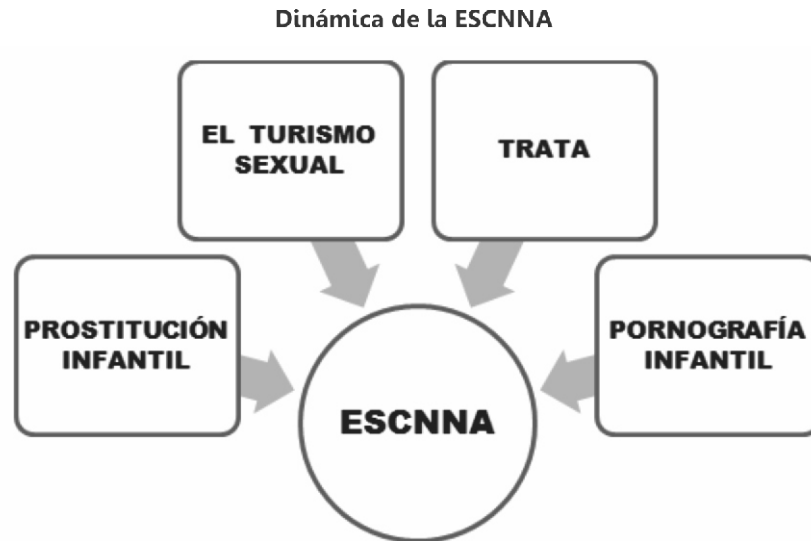
Así pues, cuando se habla de explotación sexual comercial hay un discurso que va relacionado con otros aspectos, pues los niños, niñas y adolescentes pueden ser explotados de diferentes formas o figuras<sup>6</sup> conexas así: con la trata, cuando son reclutados o llevados por terceras personas con propósitos de explotación sexual comercial, utilizando para ello la fuerza u otras formas de coerción; a través de la pornografía infantil, cuando son representados en fotografías, libros, revistas, películas, internet, etc; con el turismo sexual, cuando las personas viajan fuera de su país o localidad para tener actividades sexuales con niñas, niños y adolescentes; a través de la

---

<sup>5</sup> Para coadyuvar a contrarrestar esta problemática se crea el Plan de Acción Nacional para la Prevención y Erradicación de la Explotación Sexual Comercial En Niños, Niñas y Adolescentes 2006-2011. Y a nivel regional el Plan Acción para la Prevención y Erradicación de la ESCNNA. BARRANQUILLA. Que tiene como objetivo lograr un conocimiento sistemático del fenómeno que permita visibilizarlo y generar pautas para su intervención.

<sup>6</sup> Descritas en el Documento Normativo y Conceptual para la VI Conferencia Iberoamericana de Ministras, Ministros y altos Responsables de la Niñez y Adolescencia en San José, Costa Rica, el 18 y 19 de octubre, de 2004.

prostitución infantil, que como término es inexacto ya que la expresión es utilizada de forma errónea porque el niño es un sujeto pasivo de la acción que desde la figura del Código Penal nunca puede elegir, por cuanto es menor de edad y no posee el discernimiento adecuado. Por esta razón, es más coherente decir que realmente los niños, niñas y adolescentes son prostituidos por adultos.



Gráfica 2. (De propia autoría)

Situaciones que pretenden ser contrarrestadas con las exigencias consagradas desde la Ley de Infancia y Adolescencia, donde se le está dando prioridad a la niñez orientando los recursos y la acción del Estado hacia el logro de condiciones sociales, económicas, políticas, culturales y ambientales que hagan posible el desarrollo de las capacidades y oportunidades de los niños y los adolescentes como sujetos en el ejercicio responsable de sus derechos. Sin embargo, aún quedan muchos desafíos, se necesita educar niños soñadores, felices, no productos del mercado, en esto, la tarea es grande y no menos compleja.

## V. Conclusiones

Por ello se puede decir a modo de conclusión lo siguiente:

Claramente, el grado de vulnerabilidad que viven los niños, niñas y adolescentes hace necesario el activar múltiples estrategias concertadas de forma conjunta, y aún más en la lucha contra el fenómeno de la ESCNNA, donde si bien es cierto el derecho juega un papel fundamental como orden regulador de la conducta humana, es también cierto, que el derecho por sí sólo no es la solución, es una de las tantas herramientas a emplear.

Por tal razón, se necesita el apoyo y participación constante no sólo de la sociedad y la familia, sino también de la comunidad internacional, para consolidar y dar cabal cumplimiento a las obligaciones propias de cada Estado y a las contraídas en los tratados internacionales, porque no se está, garantizando el mínimo vital de gran parte de la niñez, esto es, la educación, la vivienda, la salud, situaciones que muchas veces van acompañada de pobreza que viven muchas familias colombianas y otras tantas en América Latina.

En el contexto colombiano, la realidad de la niñez en cuanto al fenómeno de la ESCNNA, se puede ver agravada gracias a una cadena de circunstancias, entre ellas el fenómeno del desplazamiento forzado, que hacen que la problemática se agudice, lo cual permite que este colectivo sea cada vez más vulnerable, empeorando indudablemente el escenario y hace que en numerosos casos las víctimas se involucren en este orden de ideas, en ese juego de la oferta y la demanda, como si fueran objetos de compra y venta, al ser sujetos pasivos de la Explotación Sexual Comercial, fenómeno que no ve en ellos seres humanos, sino objetos con valor y precio que no tienen derecho ni siquiera a una simple “risa”.

*Quítame el pan, si quieres/ quítame el aire, pero/ no me quites tu risa...  
Amor mío, en la hora/ más oscura desgrana/ tu risa. Y si de pronto/ ves  
que mi sangre mancha/ las piedras de la calle/ ríe...  
(Pablo Neruda, Tu risa)<sup>7</sup>.*

---

<sup>7</sup> En cita de: HERRERA FLORES, Joaquín. O nome do riso. Op. Cit. p 1.

## BIBLIOGRAFÍA

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1989). Entrada en vigor para Colombia el 2 de septiembre de 1990.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Quince años después. (2004). UNICEF. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. P. 5.

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN COLOMBIA. (2011). En la asociación Ai.Bi. Amici dei Bambini. Documento recuperado en <http://www.aibi-co.org/la-convencion-de-los-derechos-de-los-ninos-en-colombia/> el 15 de marzo de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL, República de Colombia. (1998). Sentencia T-556/98. Colombia.

\_\_\_\_\_, República de Colombia. (2001). Sentencia C-839/01. Colombia.

\_\_\_\_\_, República de Colombia. (2003). Sentencia T-602/03. Colombia.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (1999). *Caso Villagrán Morales y otros*. Caso "niños de la calle. Contra Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999.

\_\_\_\_\_. (2002). Opinión Consultiva OC 17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, (1924) aprobada por la Sociedad de Naciones.

DECLARACIÓN Y AGENDA PARA LA ACCIÓN-ESTOCOLMO. (1996). Adoptada durante el Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes. Estocolmo, Suecia 27-31 agosto.

HERMIDA, G. (2005). Características de la infancia que generan vulnerabilidad. En OIT IPEC. Cartas de navegación para la prevención y erradicación de la explotación sexual comercial infantil, Bogotá.

HERRERA, Joaquín. (2005). Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata.

HERRERA, Joaquín. (2007). O nome do riso. Breve tratado sobre Arte y Dignidad. Traducción de de Nilo Kaway Jr. Cesusc e a Bernúncia Editora.

ICBF, UNICEF, OIT, IPEC & Fundación Renacer (2006). Plan de Acción Nacional para la Prevención y Erradicación de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes menores de 18 años (ESCNNA). Bogotá: ICBF, UNICEF.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. (1959). Declaración de los Derechos del Niño.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, (1991). Constitución política de 1991. Colombia.

\_\_\_\_\_, (2000). Ley 599 de 2000. Colombia.

\_\_\_\_\_, (2006). Ley 1098 de 2006. Colombia.



## DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN LAS AMÉRICAS: REALIDADES Y DESAFÍOS\*

Mario López-Garelli\*\*

**Resumen:** El presente artículo busca presentar información general sobre algunos de los componentes de la compleja situación que afecta a millones de personas migrantes en las Américas. En particular, se intentan explicar brevemente ciertos aspectos sociales, económicos y jurídicos de dicha realidad, con énfasis en las obligaciones de derechos humanos en el ámbito nacional e internacional. El artículo desarrolla algunos de los mecanismos principales de protección de derechos humanos en el sistema interamericano, y destaca las conclusiones de algunos informes generales y casos individuales relevantes de la Comisión y la Corte Interamericana. En definitiva, se intenta describir los mecanismos de protección disponibles a las personas migrantes, y definir su alcance y los desafíos pendientes.

**Palabras Clave:** Migración; Derechos Humanos; Mecanismos de Protección; Sistema Interamericano.

**Abstract:** *In this article, the author presents general information on some of the components of the complex reality affecting millions of migrants in the Americas. Specifically, it attempts to briefly explain certain social, economic and juridical aspects of such reality, with an emphasis on the national and international human rights obligations. The article develops some of the main human rights protection mechanisms in the inter-American system, and it highlights the findings of some relevant general and individual reports of the Inter-American Commission and Court. Ultimately, it is an effort to describe the mechanisms of protection available to migrants, and to define their scope and the pending challenges.*

**Key Words:** *Migration; Human Rights; Protection Mechanisms; Inter-American System.*

**Sumario:** I. Introducción. II. Situación de las Personas Migrantes en América Latina y el Caribe. III. Jurisprudencia del Sistema Interamericano. IV. Enfoque Temático: La Relatoría de la CIDH sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios. V. Consideraciones Finales.

---

\* Las opiniones expresadas en este artículo son del autor y no representan necesariamente la posición de la CIDH.

\*\* Abogado, Especialista Principal de la Comisión interamericana de Derechos Humanos. Mario López-Garelli, de nacionalidad paraguaya, es abogado y doctor en ciencias jurídicas. Trabaja en la CIDH desde 1995, y sus responsabilidades actuales incluyen la coordinación de la Sección Regional EFP de la CIDH (la cual abarca Brasil, Canadá, Estados Unidos, Haití, Suriname y los Estados miembros del caribe anglófono); de las actividades de la Relatoría de la CIDH sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias; y de las sesiones y audiencias de la Comisión Interamericana. Ha trabajado en casos y temas referidos a varios Estados miembros de la OEA y participado en varias visitas de investigación in loco, visitas de trabajo, y sesiones extraordinarias fuera de la sede. Antes de su incorporación a la Secretaría Ejecutiva de la CIDH fue Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional Paraguaya de Cooperación con la UNESCO, asesor jurídico de la Entidad Binacional ITAIPÚ y profesor de Derecho en la Universidad Nacional de Asunción. Correo Electrónico: [mlopez@oas.org](mailto:mlopez@oas.org)

## I. Introducción

El movimiento de personas para encontrar un espacio que les permita desarrollarse tanto de manera individual como colectiva forma parte de la propia historia de la humanidad, aunque hoy en día época la migración se caracteriza por sus grandes cantidades, intensidad y efecto sobre las estructuras nacionales. El flujo continuo de personas ha sido el factor determinante no solamente en el desarrollo y el progreso económico, sino también en el intercambio de ideas, tradiciones y costumbres, avances tecnológicos y expresiones artísticas.

Los flujos migratorios tienen innumerables y complejos motivos relacionados entre sí, aunque probablemente el principal sea la pobreza y la diferencia de oportunidades y grado de desarrollo entre los distintos países. Hay un número cada vez mayor de países que están aplicando iniciativas innovadoras, tales como la transferencia de remesas colectivas para apoyar proyectos de desarrollo específicos, para movilizar el apoyo de los migrantes connacionales en el extranjero y para llevar adelante estrategias de combate contra la pobreza. Desde luego, el presupuesto básico para hacer posible la contribución de los migrantes internacionales es la garantía de sus derechos humanos, específicamente la protección contra la discriminación o xenofobia.

En el más reciente Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Migración Internacional y Desarrollo se estima en 214 millones el número de personas migrantes internacionales en 2010, en comparación con 195 millones en 2005.<sup>1</sup> El 49% de estas personas son mujeres. Dicho informe indica igualmente que el número de migrantes internacionales en los países en desarrollo aumentó de 4 millones entre 2000 y 2005 a 8 millones entre 2005 y 2010. La mayor parte de ese aumento puede atribuirse al número creciente de refugiados, que aumentó en 2,7 millones entre 2005 y 2010. En 2010, se estima que hay 86 millones de migrantes internacionales en los países en desarrollo, incluidos 14 millones de personas refugiadas.

## II. Situación de las Personas Migrantes en América Latina y el Caribe

El fenómeno migratorio en América Latina y el Caribe se caracteriza principalmente por factores económicos, aunque igualmente se observan motivos demográficos, políticos e incluso relacionados con el medio ambiente. Durante los últimos años, prácticamente todos los países de la región se han transformado en países de origen, tránsito y destino de migrantes. A pesar de la gran importancia asignada al análisis del flujo de capitales y bienes, el crecimiento económico y el desarrollo humano, los Estados miembros de la OEA aún no han logrado establecer la infraestructura institucional requerida para regular adecuadamente el flujo migratorio y, lo que es más importante, para proteger a los trabajadores migratorios de abusos y violaciones de derechos humanos.

### a. Tendencias Migratorias en el Hemisferio

El destino principal de las personas migrantes durante cientos de años ha sido el hemisferio occidental. Prácticamente cada uno de los países de las Américas fue un lugar de destino para migrantes de todas las regiones del mundo, lo que se ha acentuado en las décadas recientes con los

---

<sup>1</sup> Naciones Unidas, Informe del Secretario General sobre Migración Internacional y Desarrollo, 29 de octubre de 2010.

procesos de integración política. Actualmente se estima que una de cada 20 personas de América Latina y el Caribe vive fuera del país de su nacimiento, un porcentaje mayor que el de cualquier otra región en desarrollo. Aproximadamente el 83 por ciento de estas personas permanece en países de las Américas, cuyos destinos principales son Estados Unidos y Canadá. La inmigración regular y permanente de países de América Latina y el Caribe a Estados Unidos ha pasado de 207 mil a 470 mil entre 1986 y 2008. Los flujos migratorios de carácter regulado y permanente a Canadá también han crecido en un periodo similar, aunque en menor proporción, de unos 22 mil en 1986 a casi 26 mil en 2007. Estas cifras no incluyen los flujos de personas que transitan de manera indocumentada y temporal.

La migración de personas de nacionalidad haitiana con destino a la República Dominicana constituye igualmente un fenómeno en constante crecimiento, principalmente por razones económicas y debido a la inestabilidad política en Haití, pero desde enero de 2010 también como consecuencia de la catástrofe humana ocasionada por el terremoto que tuvo su epicentro cerca de Puerto Príncipe. Otros flujos migratorios importantes son los que se realizan de Nicaragua a Costa Rica, de Paraguay y Bolivia a Argentina, de centroamericanos a México, de peruanos y argentinos a Chile, y en menor medida de hondureños y nicaragüenses a El Salvador. Por otra parte, en Brasil hay considerable movimiento interno de migrantes desde los estados más pobres del noreste con dirección las regiones del sureste, donde se hallan las industrias y los mayores centros urbanos. En cuanto a la migración que se dirige fuera de la región, una nueva tendencia reciente es la migración desde Paraguay y los países andinos hacia España e Italia.

De acuerdo con un estudio realizado por la Universidad de California, se estimaba en 2005 que más de 27 millones de migrantes latinoamericanos y caribeños vivían fuera de sus países de origen<sup>2</sup>. La migración dentro de la región se duplicó en la década de los 70 y luego se estabilizó durante los 90, hasta alcanzar un 60% del total de movimientos migratorios en 2000. El mismo estudio indica que el 86% de los más de 27 millones de migrantes de América Latina y el Caribe han migrado fuera de la región (migración Sur-Norte a los Estados Unidos) y que un 14% ha migrado dentro de la región. En cuanto a la composición de estos flujos, la migración intrarregional resulta cada vez más “feminizada”, mientras que la tendencia extrarregional ha variado a partir de los 90 para volverse predominantemente masculina.

## **b. La Crisis Económica y su Impacto Sobre las Migraciones**

En las últimas décadas se ha vuelto cada vez mayor la interdependencia entre el capital y el mercado de bienes, servicios y trabajadores. Estos crecientes vínculos políticos y económicos han resultado en un crecimiento sin precedentes en las Américas, donde se ha registrado un aumento en las economías del orden del 3,4 por ciento entre 1990 y 2007. Sin embargo, la crisis económica que se inició a fines de 2007 detuvo de manera abrupta este crecimiento, con un impacto directo sobre los índices de desempleo.

El Banco Interamericano de Desarrollo ha publicado un informe reciente en el que se señala que durante 2009 los flujos de remesas que reciben los países de América Latina y el Caribe sufrieron una contracción debido a la crisis financiera global en los países en los que vive y trabaja la gran mayoría de los emisores de estos envíos<sup>3</sup>. La recesión económica en los países tradicionales de

<sup>2</sup> University of California, Davis, “Migration from Central and South America and the Caribbean to Mexico: Magnitude and Challenges”, Leticia M. Jáuregui Casanueva, Seminario Técnico sobre el Sistema de Reporte Continuo de Migración Laboral para las Américas – SICREMI, marzo de 2009, disponible en [http://www.sedi.oas.org/ddse/documentos/mide/Memoria\\_PrimerSeminarioTecnico.pdf](http://www.sedi.oas.org/ddse/documentos/mide/Memoria_PrimerSeminarioTecnico.pdf).

<sup>3</sup> Banco Interamericano de Desarrollo, “Las remesas a América Latina y el Caribe durante el 2009: los efectos de la crisis financiera global”, René Maldonado con Natasha Bajuk y Gregory Watson, marzo de 2010.

recepción de los migrantes de la región, principalmente Estados Unidos, España y Japón, tuvo un fuerte impacto en el empleo y en los ingresos de los emisores de remesas. Como consecuencia, el valor anual acumulado de las remesas a América Latina y el Caribe se redujo sustancialmente a un monto de \$US 58.8 mil millones a fines de 2009.

El informe del BID señala que luego de un largo período en el que aumentó de forma sostenida el volumen de remesas a la región, 2009 fue el primer año en que se registró una tasa de crecimiento negativo. Entre 2002 y 2008, la tasa de crecimiento anual promedio alcanzó el 17%; desde mediados de 2006, sin embargo, se constata una desaceleración importante, hasta llegar a una tasa de crecimiento de sólo 1% en 2008. Esta reducción del crecimiento fue el resultado de la crisis financiera global, cuyo impacto se hizo sentir en las remesas a partir del último trimestre de ese año. Los efectos de la crisis se notaron con mayor impacto sobre los flujos de remesas, que cayeron durante el segundo y tercer trimestres del año a un -17%. Sin embargo, las tasas de caída menores respecto a las que se habían observado durante los meses anteriores, parecen indicar una posible estabilización de estos flujos.

A pesar de estas reducciones, el BID destaca que las remesas enviadas en 2009 representan más del 10% del PIB para 7 países de la región (Guatemala, Jamaica, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Haití y Guayana. Las remesas siguen representando una fuente de ingreso imprescindible para millones de familias en la región, que dependen de dichos recursos para la atención de sus gastos básicos. No se espera que las economías emisoras de remesas tengan crecimiento importante en el corto plazo, por lo que no es probable que los flujos de remesas aumenten.

Incluso en la presente coyuntura económica, las remesas siguen siendo una fuente importante de recursos para las economías receptoras. Por ello, mejorar la información disponible sobre este fenómeno se hace indispensable para garantizar una acertada toma de decisiones, tanto por parte de los gobiernos, instituciones internacionales y actores del sector privado, como de los consumidores. Continuar impulsando un mercado más eficiente, transparente y competitivo es fundamental para lograr mejoras en la eficiencia, eficacia y seguridad de estas transacciones, tan importantes para la supervivencia de millones de familias en toda la región, así como para el desarrollo y crecimiento de la economía de los países en que habitan.

El Informe del Secretario General de las Naciones Unidas dado a conocer a fines de octubre de 2010 se centra principalmente en los efectos de la crisis económica y financiera en la migración internacional. Uno de los efectos de la crisis ha sido la primera reducción de las remesas a los países de ingresos bajos y medios desde 1980. Tales remesas han bajado de \$336 mil millones de dólares en 2008 a un estimado de \$ 316 mil millones de dólares en 2009, lo que afecta principalmente a América Latina y el Caribe, Europa Oriental y Asia Central. El aumento del desempleo en los países más afectados por la crisis ha afectado desproporcionadamente a las personas migrantes internacionales. Se constata en el informe de Naciones Unidas que los hombres migrantes han sido especialmente vulnerables a los aumentos en el desempleo, mientras que ha aumentado la participación de mujeres migrantes en la fuerza de trabajo en varios países, debido en cierta medida a la necesidad de compensar las pérdidas de ingresos de los hombres en sus familias.

El Instituto de Políticas Migratorias de Washington D.C. señala que durante una crisis económica debe prestarse especial atención a la protección de ciertos derechos de las personas migrantes: la protección contra la expulsión, la protección durante el tránsito, y la protección de los derechos laborales y sociales de todos los trabajadores.<sup>4</sup> A fin de que la protección resulte efectiva, mientras

---

<sup>4</sup> Migration Policy Institute, International Migration, the Global Economic Crisis, and Human Rights in the Americas, Demetrios G. Papademetriou and Aaron Terrazas, Background Paper – Inter-Parliamentary Forum of the Americas, Working Group No. 3 – International Migration and Human Rights, Ottawa, Canada – September 13-15, 2009

las autoridades de los países de destino inician los programas y sancionan a los quienes violan los derechos, los países de origen deben informar a las personas migrantes de sus derechos fundamentales. Todos los gobiernos, en particular los de los países en desarrollo, encuentran grandes obstáculos para hacer cumplir sus leyes y reglamentos, por lo que resulta necesario dotar a las propias personas migrantes del conocimiento de la capacidad de protegerse a sí mismas, mediante campañas de educación y concientización que vayan más allá de las comunidades de migrantes.

### c. Las Personas Migrantes y la Seguridad Ciudadana

La seguridad es uno de los derechos fundamentales inherentes a las personas migrantes, como a todo ser humano. En los últimos años, la Comisión Interamericana se ha enfocado en el análisis de la seguridad ciudadana y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y ha publicado un informe especial sobre la materia.

En su “Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos”, la CIDH ha entendido que los índices de violencia y criminalidad en el hemisferio han hecho de la seguridad ciudadana una de las principales demandas de la sociedad a sus autoridades.<sup>5</sup> La situación resulta de un proceso de varias décadas que incluyen diversos factores sociales, económicos, culturales e institucionales y que se expresan por medio de las acciones del crimen organizado, la gran cantidad de armas de fuego en manos de particulares, el abuso de estupefacientes, la violencia contra las mujeres, niños, niñas y adolescentes; la violencia contra la población indígena y población afrodescendiente, conflictos en que participan movimientos sociales y comunitarios, y la violencia relacionadas con la delincuencia juvenil. Esta situación ha sido respondida en varios países de la región mediante políticas históricamente ineficaces: incrementar la presión punitiva; reducir las garantías procesales; o bajar la edad de imputabilidad para aplicar el derecho penal de adultos a los niños y niñas.

El referido informe de la Comisión Interamericana contiene varias recomendaciones específicas sobre modernización y profesionalización de las fuerzas de seguridad, incluidas las siguientes:

*“Capacitar al personal policial para atender en forma eficaz y eficiente a personas que integran grupos especialmente vulnerables de la sociedad (como niños, niñas y adolescentes; mujeres; población indígena y afrodescendiente y migrantes);*

*Generar las capacidades en materia de inteligencia policial (marco jurídico conforme a los estándares internacionales en materia de derechos humanos; personal capacitado; y equipamiento e infraestructura) para un adecuado trabajo de prevención de situaciones de violencia y criminalidad, en especial respecto a las formas de criminalidad organizada o compleja”.*<sup>6</sup>

En tal sentido, cabe mencionar que durante marzo de 2010 tuvo lugar una audiencia ante la CIDH respecto a la situación de los derechos humanos de los trabajadores migratorios víctimas de secuestro y extorsión mientras se hallan en tránsito por México. La gravedad de esta situación se puso de manifiesto pocos meses después en Tamaulipas, donde se perpetró una masacre de 72 migrantes que se hallaban en tránsito por dicho estado mexicano. Según la información de las propias autoridades mexicanas, basada en declaraciones de testigos sobrevivientes, la masacre

<sup>5</sup> CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 de diciembre de 2009.

<sup>6</sup> Idem, Capítulo VII.B, Recomendaciones Específicas, párr. 9 (f) y (g), respectivamente.

fue cometida por una organización criminal que intentaba reclutarlos para cometer delitos, o extorsionarlos.

La Comisión Interamericana emitió un comunicado de prensa en que expresó su preocupación y condena enérgica por tales hechos y a la vez remitió una solicitud de información con base en el artículo 41 de la Convención Americana respecto a las medidas de investigación de los hechos, la identificación de las víctimas y notificación a sus familiares, y la protección de la integridad personal y la vida de los testigos. El Estado mexicano ha expresado su interés en colaborar con la Comisión Interamericana para el cumplimiento de su mandato de observación de esta situación, y se han iniciado comunicaciones para definir una visita a dicho país en los próximos meses. La Organización de Estados Americanos<sup>7</sup> y otros órganos de derechos humanos, así como distintas organizaciones de la sociedad civil, expresaron su condena a estos hechos<sup>8</sup>.

Por otra parte, mediante su sistema de peticiones y casos individuales, la CIDH ha recibido denuncias respecto de actos de violencia contra inmigrantes en distintos Estados miembros de la OEA. Recientemente fue admitido un caso en el que la Red de Acción Fronteriza, una organización no gubernamental con sede en Arizona que defiende los derechos de los migrantes, imputa responsabilidad al Gobierno de Estados Unidos por presuntos actos de violencia e intimidación a mano de grupos de “vigilantes” anti-inmigrantes que operan principalmente a lo largo de la frontera entre dicho estado y México<sup>9</sup>. Los peticionarios citan 24 incidentes específicos en los que afirman que se cometieron por lo menos diez delitos estatales y federales, incluido el uso de armas de fuego para amenazar y detener a las presuntas víctimas contra su voluntad. Según los peticionarios, a menudo los vigilantes vestirían ropa similar a los uniformes oficiales de la Patrulla Fronteriza de los Estados Unidos lo que confundió a las presuntas víctimas con respecto a la verdadera identidad de aquellos y al hecho de que carecen de autoridad para arrestar a las personas. El caso se halla actualmente en la etapa de fondo.

### III. Jurisprudencia del Sistema Interamericano

En un contexto de vulnerabilidad que afecta a los trabajadores migratorios y a los miembros de sus familias, los órganos internacionales de protección han definido de manera más precisa los

<sup>7</sup> El Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Roberto Cuéllar, expresó que “ahora, más que nunca, la solidaridad es una condición imprescindible, tanto como imperativo es el cumplimiento de las obligaciones de no discriminación y la protección de sus derechos humanos...para quienes abandonan sus países en la búsqueda del derecho a la vida digna, esta obligación de proteger marcaría la diferencia entre la vida y la muerte, entre el sufrimiento y la seguridad humana fundada en los derechos de las personas inmigrantes en la región.” Mensaje del Director Ejecutivo del IIDH, a un mes de la matanza en Tamaulipas: “¿Cuántos asesinatos, ignominia y tratos inhumanos sufrirán las corrientes humanas migratorias para que se cumpla la opinión consultiva de la Corte IDH sobre los derechos de las personas migrantes indocumentadas?”, 27 de septiembre de 2010. Por su parte, el Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, expresó que “este trágico episodio refleja la confluencia de dos fenómenos que afectan el desarrollo de América Latina y su sistema democrático: la acción del crimen organizado y la desprotección que viven tantos compatriotas latinos que emigran en busca de un futuro mejor”. Comunicado de Prensa C-306/10, Secretario General de la OEA condena masacre de 72 migrantes en México, 27 de agosto de 2010.

<sup>8</sup> El Relator Especial de Naciones Unidas para las Migraciones, Jorge Bustamante que llamó al Gobierno de México a que ofreciera una explicación más amplia de los hechos, ya que la Comisión Nacional de Derechos Humanos de ese país había señalado la posible participación de policías en actos de secuestro de migrantes. <http://www.informador.com.mx/mexico/2010/247625/6/panorama-internacional-para-migrantes-empeora-asegura-relator-de-la-onu.htm>.

<sup>9</sup> CIDH, Informe No. 78/09, Petición 478-05, Admisibilidad, Migrantes indocumentados, residentes legales y ciudadanos estadounidenses víctimas de vigilantes anti-inmigrante, Estados Unidos, 5 de agosto de 2009, disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/EEUU478-05.sp.1.htm>.

derechos fundamentales de los migrantes documentados e indocumentados en los países receptores, así como las obligaciones de éstos de garantizarles sus derechos básicos.

### a. Derecho a Igual Protección y a No Ser Discriminado

Varios tratados e instrumentos internacionales, incluida la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, consagran y garantizan el derecho a igual protección ante la ley y el derecho a no ser discriminado. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”.<sup>10</sup>

El desarrollo del derecho internacional ha resultado en la consolidación de ciertos principios de derechos humanos con la categoría de *jus cogens*, es decir, que se trata de normas generales imperativas de derecho internacional que no pueden ser alteradas o suprimidas por otras leyes o tratados. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-18 de 2003 en la que analiza los derechos de los trabajadores indocumentados: “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.”<sup>11</sup>

Como consecuencia directa de la vigencia de estos principios de *jus cogens*, los Estados tienen un deber afirmativo de corregir toda situación de hecho o disposiciones legales vigentes bajo su jurisdicción territorial. Desde luego, ello no implica que los Estados no puedan realizar distinciones razonables y objetivas entre poblaciones diferentes, lo cual está permitido por el derecho internacional y forma parte también de la jurisprudencia de la CIDH y de la Corte Interamericana.

### b. Derecho al Debido Proceso, a la Familia y a la Libertad Personal

La consecuencia lógica de los principios antes mencionados es que si un Estado falta a su deber de asegurar la igual protección de una persona, debe entonces garantizar a dicha persona el acceso a un debido proceso que le permita reclamar sus derechos fundamentales. Como lo ha afirmado la Corte Interamericana, “los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio”<sup>12</sup>

El debido proceso resulta esencial para determinar si un migrante indocumentado tiene un reclamo válido que le permite permanecer en el país receptor. Cabe recordar en tal sentido que el principio de *non-refoulement* aplicable a los migrantes que temen ser objeto de persecución si retornan a sus países de origen, está consagrado en varios instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Asimismo, hay un importante número de migrantes que tiene otro tipo de reclamos legítimos basados en cuestiones familiares, humanitarias o incluso en casos en que su propia ciudadanía les es negada erróneamente por el Estado.

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984 “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, párr. 55.

<sup>11</sup> Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, (Ser. A) No. 18 (2003), párr. 101.

<sup>12</sup> Idem, párr. 107.

La CIDH y la Corte Europea de Derechos Humanos han destacado que el derecho internacional requiere la consideración del mejor interés de los hijos del deportado en cualquier procedimiento de expulsión. La Corte Europea ha sostenido en varias decisiones que *“el mejor interés y bienestar de los niños de un no ciudadano debe ser tomado en consideración en un procedimiento de expulsión”*.<sup>13</sup>

En forma similar, en su informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, la CIDH afirmó que *“teniendo en cuenta la naturaleza de los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, interpretados en relación con las obligaciones de Canadá en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin”*.<sup>14</sup> La Comisión Interamericana agregó que *“la aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias.”* En tal sentido, al decidir un caso reciente respecto a Estados Unidos sobre la deportación de dos personas a sus países de origen, la CIDH determinó que los procedimientos de expulsión de no ciudadanos deben tomar en consideración los mejores intereses de los hijos de los no ciudadanos y los derechos del deportado a una vida familiar, de conformidad con el derecho internacional.<sup>15</sup>

Lamentablemente, mientras se consideran estos reclamos que en algunos casos resultan legítimos, varios Estados han optado por un modelo criminal, consistente en encarcelar a los migrantes indocumentados mientras aguardan la decisión final sobre la validez de su presencia en el país. Por ejemplo, en los Estados Unidos muchos solicitantes de asilo permanecerán meses, incluso años en prisión antes de que se determinen los méritos de sus reclamos. Durante dicho periodo pueden ser liberados a discreción de la autoridad migratoria regional, pero si dicho funcionario se negara a otorgar la libertad, el migrante no tiene derecho de apelar la decisión ante una autoridad judicial. Asimismo, en México funcionan unos 119 centros de detención migratoria, varios de los cuales sufren de condiciones insalubres y alimentación insuficiente. La Relatoría ha sido informada de que en muchos casos los migrantes que se hallan en México no son informados de su derecho al debido proceso y son deportados antes de tener la oportunidad de presentar debidamente su solicitud de permanecer en dicho país.

### c. Derechos Laborales

Las garantías del debido proceso resultan fundamentales también para la determinación de otros derechos de los trabajadores migratorios, lo que incluye los derechos laborales. Todo Estado ciertamente goza de la facultad de regular las condiciones y requisitos del trabajo y de no permitir el empleo de los migrantes indocumentados, y lo mismo es cierto de los empleadores privados.

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, Maslov vs. Austria, Sentencia de 23 de junio de 2008, No. 1638/03, párrafo 82, citando Corte Europea de Derechos Humanos, Üner vs. Países Bajos, Sentencia de 18 de octubre de 2006, No. 46410/99, párr. 166.

<sup>14</sup> CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 166.

<sup>15</sup> CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, Publicación, Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros, Estados Unidos, 12 de julio de 2010. En dicha decisión, la Comisión Interamericana consideró que Estados Unidos incurrió en responsabilidad internacional debido a que no dio al señor Smith ni al señor Armendariz la oportunidad de presentar una defensa humanitaria ante la deportación; y a que los funcionarios que tomaron las correspondientes decisiones no consideraron debidamente sus derechos de familia antes de ejecutar tal medida, ni tomaron en cuenta los mejores intereses de sus respectivos hijos, ciudadanos estadounidenses.



En ninguna de estas circunstancias se estaría incurriendo en violaciones de los principios de *jus cogens* consistentes en la igualdad ante la ley y la no discriminación.

Los derechos laborales corresponden a todos los trabajadores, con independencia de su condición migratoria. En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado de manera clara que *“una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.”*<sup>16</sup> El Estado debe ser el garante último de tales derechos y es responsable ante la comunidad internacional por su protección, independientemente de que la relación laboral, sea con el Estado o con una entidad privada que opera dentro de su jurisdicción territorial.<sup>17</sup>

Los derechos laborales de los que goza todo migrante por su condición de trabajador incluyen el derecho a asociarse libremente, a la negociación colectiva, a salarios justos, seguridad social, condiciones seguras y salubres, y pago de horas extraordinarias. Se trata de derechos inalienables para todo trabajador, sin importar el Estado en que se encuentren, y surgen desde el momento en que son empleados.

### c. Restricciones Permitidas

El respeto de los derechos básicos de los migrantes no puede entenderse como un impedimento para que los Estados definan y apliquen sus propias políticas migratorias de manera razonable. Por el contrario, el Estado tiene un papel necesario en la implementación de políticas migratorias adecuadas a su propia realidad. La Corte Interamericana ha señalado al respecto que *“en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores.”*<sup>18</sup> Señaló igualmente la Corte Interamericana que las medidas que pueden tomar los Estados incluyen el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, aunque aclaró que los Estados están obligados a establecer mecanismos para asegurar que no se incurra en discriminación alguna y que de tal manera *“se garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional.”*<sup>19</sup>

## IV. Enfoque Temático: La Relatoría de la CIDH sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios

El Preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos apela al *“sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad”* para consolidar un marco de instituciones

<sup>16</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 133.

<sup>17</sup> Desde un punto de vista más práctico, la Corte Interamericana ha señalado: “No es admisible que un Estado de empleo proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaleciendo de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente”. Ídem, párr. 170.

<sup>18</sup> Ídem, párr. 169.

<sup>19</sup> Ibid.

democráticas, libertad individual, justicia social y derechos humanos en las Américas. En su artículo 45 la Carta dispone que *“todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”*.

### **a. Marco Legal y Mandato**

En 1997 la CIDH creó su Relatoría sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, en respuesta a un pedido específico de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. La creación de la Relatoría refleja el interés de los Estados miembros de la OEA por brindar especial atención a un grupo caracterizado por su vulnerabilidad, lo que lo expone en mayor medida a violaciones de derechos humanos.

En cumplimiento de su mandato, la Relatoría de la CIDH sobre derechos de los trabajadores migratorios y miembros de sus familias cumple los siguientes objetivos:

- Generar conciencia en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias;
- Presentar recomendaciones específicas a los Estados miembros de la OEA sobre materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de estas personas, a fin de que se adopten medidas en su favor;
- Elaborar informes y estudios especializados sobre la situación de los trabajadores migratorios y sobre temas relativos a la migración en general; y
- Actuar con prontitud respecto a peticiones o comunicaciones en las que se aleguen violaciones de derechos humanos en perjuicio de trabajadores migratorios y sus familias en algún Estado miembro de la OEA.

### **b. Actividades**

En cumplimiento de un mandato de la Tercera Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas, la Relatoría participó activamente en la discusión y elaboración de un Programa Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes. Dicho programa, aprobado en junio de 2005 por la Asamblea General, tiene como objetivo principal la protección de los derechos humanos de los migrantes, a través de la promoción de políticas públicas, legislación, intercambio de mejores prácticas y cooperación entre países de origen, tránsito y destino. El Programa también establece una serie de objetivos específicos que abarcan la gestión eficaz y ordenada de los flujos migratorios, la promoción de un intercambio más efectivo de información sobre legislación y políticas migratorias, la atención a las necesidades especiales de grupos vulnerables de migrantes — tales como niños, niñas, mujeres e indígenas — y la inclusión de los derechos humanos de los migrantes como un eje transversal en todas las actividades pertinentes que lleva a cabo la OEA.

Asimismo, la Relatoría participó en el proceso de la Opinión Consultiva No. OC-18 de 17 de septiembre de 2003 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la presentación de un dictamen sobre la materia. La OC-18 fue elaborada a partir de una solicitud del Gobierno de México sobre el alcance del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación y su

aplicación a los derechos laborales de los trabajadores en situación migratoria irregular en el Estado en que viven y trabajan.

Algunos efectos del fenómeno migratorio han sido abordados en estudios especiales efectuados por la Comisión Interamericana. En particular, se ha aludido a ellos en varios de los informes de progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, aprobados por la CIDH e incluidos en sus informes anuales. En uno de sus informes la situación de este grupo humano en el hemisferio, la Comisión Interamericana manifestó, entre otras cosas:

*“Los Estados miembros de la OEA están obligados a garantizar los derechos consagrados en la Declaración y la Convención así como en otros tratados de los que sean parte, a todas las personas que se encuentren bajo su autoridad y control, recayendo sobre el Estado la carga de probar la existencia de una limitación permisible que explícitamente restrinja o excluya la aplicación de algunas o de todas las disposiciones del instrumento a una clase determinada de personas, como los extranjeros. Esto significa que la condición migratoria de las personas puede constituir un factor al evaluarse la manera en que el Estado puede dar efecto adecuadamente a los derechos consagrados en la Declaración o la Convención. Sin embargo, dicha condición migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos”.*<sup>20</sup>

Durante sus periodos ordinarios de sesiones, la CIDH ha celebrado varias audiencias temáticas referidas a la situación de los trabajadores migratorios y sus familias, tales como la antes mencionada sobre secuestro de migrantes en tránsito por México. También varias audiencias sobre Estados Unidos en las que se abordaron temas tales como la detención de trabajadores migratorios con sus hijos, el derecho al debido proceso, y las actividades anti-inmigrantes y de violencia en el sur del estado de Arizona. En el período de sesiones de octubre de 2010 se analizaron y las disposiciones de la Constitución la República Dominicana que afectan la situación jurídica de los migrantes de origen haitiano. En otra audiencia pública la CIDH recibió información sobre la situación de migrantes que se desempeñan como empleados y empleadas domésticas de funcionarios diplomáticos e internacionales, particularmente lo relativo a su indefensión jurídica debido a abusos de la inmunidad que gozan sus empleadores. Asimismo, se han realizado audiencias sobre legislación migratoria en varios países, y sobre el impacto en materia migratoria de los tratados de libre comercio y los derechos humanos en Centroamérica.

### c. Visitas

La Relatoría lleva a cabo visitas a países miembros de la OEA para observar en el terreno las condiciones en materia de derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. Estas visitas permiten a la Relatoría elaborar informes sobre situaciones específicas y presentar recomendaciones documentadas a los Estados sobre temas relacionados al tratamiento de los trabajadores migratorios y sus familias.

La Relatoría ha efectuado diversas visitas a países miembros de la OEA, que incluyen a Costa Rica, Estados Unidos, Guatemala y México. Ha publicado informes sobre tales visitas en sus informes anuales desde finales de los 90.

<sup>20</sup> CIDH, Informe Anual 2002, Capítulo VI, Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev.1, 7 de marzo de 2003, párr. 101.

Durante la última semana de julio de 2009 la Relatoría se trasladó a varios tipos de centros de detención ubicados en Arizona y Texas, Estados Unidos. El objeto de la visita fue recibir información respecto del cumplimiento de normas de inmigración, detención y debido proceso en los Estados Unidos de parte de las autoridades encargadas de las detenciones, de las propias personas detenidas y de representantes de organizaciones de la sociedad civil.

#### **d. Informe sobre Detención y Debido Proceso de Migrantes en Estados Unidos**

En 2002, poco tiempo después de los ataques terroristas a Estados Unidos en septiembre de 2001, fueron creados en dicho país el Departamento de Seguridad Nacional (DHS por sus siglas en inglés) y el Departamento de Control de Inmigración y Aduanas (ICE, por sus siglas en inglés). Ambas instancias estatales del gobierno federal lideraron la aplicación de criterios más estrictos en la aplicación de la ley a las violaciones en materia de inmigración. Este creciente uso de la detención migratoria en Estados Unidos llevó a la Comisión Interamericana a considerar relevante efectuar una investigación sobre la compatibilidad de las políticas y prácticas en esa materia con las obligaciones internacionales de derechos humanos de Estados Unidos.

Con base, principalmente, en las mencionadas visitas que llevó a cabo la Relatoría a centros de detención de Estados Unidos, en diciembre de 2010 la CIDH completó un informe sobre inmigración, detención y debido proceso en dicho país.<sup>21</sup> El informe de la Comisión Interamericana tuvo en cuenta también la información recibida durante audiencias temáticas celebradas durante sus sesiones, las consultas a expertos en inmigración en Estados Unidos, organizaciones internacionales, abogados y defensores y defensoras de los derechos de las personas migrantes. Adicionalmente, la CIDH entrevistó a ex detenidos y a sus familias y participó de reuniones informativas organizadas en las oficinas del ICE.

Una de las principales preocupaciones de la Comisión Interamericana es el creciente uso de la detención, partiendo desde la presunción de que la misma es necesaria, cuando debería ser la excepción. La CIDH explica en el informe que en muchos casos, si no en la mayoría de ellos, la detención constituye una medida desproporcionada y los programas de alternativas a la detención configurarían una opción más equilibrada a fin de dar cumplimiento al interés legítimo del Estado de asegurar el cumplimiento de la normativa migratoria. Asimismo, la Comisión Interamericana considera preocupante la rápida expansión de las asociaciones con agencias locales y estatales para la aplicación de leyes migratorias civiles. La CIDH encuentra que el ICE no ha desarrollado un sistema de supervisión y rendición de cuentas apropiado para garantizar que estas asociaciones locales no apliquen las disposiciones migratorias de manera discriminatoria, recurriendo al uso de perfiles raciales, ni que sus prácticas utilicen la supuesta investigación de delitos como pretexto para perseguir y detener inmigrantes indocumentados.

Para aquellos casos en que la detención sea estrictamente necesaria, la Comisión Interamericana considera preocupante que el sistema de detención no sea auténticamente civil, y que por tanto no reúne las condiciones generales compatibles con la dignidad y el trato humano, así como aquellas condiciones especiales propias de una detención no punitiva. Asimismo, en el informe la CIDH observa que se recurre con frecuencia a contratistas privados para la administración y el cuidado personal de las personas migrantes detenidas, sin información suficiente sobre los mecanismos de supervisión.

El informe de la CIDH observa el impacto negativo de la detención sobre el goce efectivo del derecho al debido proceso de las personas migrantes en Estados Unidos, principalmente en el

---

<sup>21</sup> CIDH, Informe sobre Inmigración: detención y debido proceso, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78, 30 diciembre de 2010, Original: Inglés.

derecho a acceder a un abogado, y por tanto, en la posibilidad de ser liberadas. En tal sentido, la CIDH destaca la necesidad de ampliar a todo el país la cobertura del Programa de Orientación Legal. Asimismo, la Comisión Interamericana observa con preocupación la falta de representación legal suministrada o facilitada de oficio por el Estado para casos de niñas y niños no acompañados, inmigrantes con enfermedades mentales y otras personas incapaces de representarse a sí mismas.

El informe de la CIDH contiene una serie de recomendaciones dirigidas a Estados Unidos, a fin de tener presente el enfoque de las obligaciones internacionales de derechos humanos en el proceso de reformas migratorias ya iniciadas en dicho país. Igualmente, la definición de algunos parámetros en dicho informe será relevante para otros Estados miembros de la OEA que se enfrentan a situaciones jurídicas similares, a pesar de que el contexto social y político pueda ser completamente distinto.

## V. Consideraciones Finales

En el presente artículo se ha intentado compartir alguna información y consideraciones sobre el complejo fenómeno de las migraciones, desde sus antecedentes en la historia hasta el panorama actual, en una región cada vez más globalizada e interdependiente. No cabe duda de la importancia creciente de promover el conocimiento de los derechos humanos de las personas migrantes y los mecanismos jurídicos para su efectiva vigencia.

El sistema interamericano ofrece el marco institucional y jurídico adecuado para el análisis de muchos de los problemas que afectan a las personas migrantes en su búsqueda de mejores oportunidades para ellas y los integrantes de sus familias. Los órganos políticos, tales como la Asamblea General y el Consejo Permanente de la OEA, conforman un foro donde los Estados pueden compartir sus buenas prácticas y promover el cumplimiento de las normas que protegen a las personas migrantes, mientras que los órganos técnicos de la Secretaría General realizan los informes desde los puntos de vista social y laboral.

Por su parte, la Comisión Interamericana recibe denuncias y solicitudes de intervención urgente para la aplicación de los tratados regionales que protegen a las personas migrantes y al mismo tiempo realiza actividades de observación general y estudios temáticos mediante su Relatoría especializada en la materia. La Corte Interamericana, órgano jurisdiccional del sistema, recibe en instancia única aquellos asuntos que no fueron solucionados en el ámbito de la CIDH y se pronuncia a través de sus sentencias, o emite interpretaciones mediante sus opiniones consultivas. Finalmente, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos promueve el conocimiento de la dinámica social y jurídica que rodea a la migración y a los grupos vulnerables, mediante actividades como la presente, con lo que aporta de manera considerable a aumentar el acceso de dichas personas a los referidos mecanismos de protección.

Sin embargo, todas las instituciones interamericanas puestas al servicio de la protección de los derechos de las personas migrantes no pueden sustituir el deber primordial de los Estados Miembros de la OEA de respetar y garantizar, sin discriminación alguna, los derechos de todas las personas sometidas a su jurisdicción. En efecto, el sistema interamericano de derechos humanos es esencialmente subsidiario y no tiene por objeto reemplazar las obligaciones de respeto y garantía asumidas libremente por los países de las Américas. El desafío primordial, entonces, consiste en la creación y consolidación de instituciones y mecanismos fuertes y

confiables de protección de los derechos humanos en el ámbito nacional. Así, de manera complementaria, podrá fortalecerse también el sistema interamericano para atender los problemas y casos que seguirán llegando, pero ya no como regla sino como excepción.

## BIBLIOGRAFÍA

BAJUK, N., MALDONADO, R. Y WATSON, G.: *“Las remesas a América Latina y el Caribe durante el 2009: los efectos de la crisis financiera global”*, Banco Interamericano de Desarrollo, marzo de 2010.

CIDH, *“Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado”*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 166.

\_\_\_\_\_, Informe Anual 2002, Capítulo VI, *“Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio”*, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev.1, 7 de marzo de 2003, párr. 101.

\_\_\_\_\_, Informe No. 78/09, Petición 478-05, Admisibilidad, *“Migrantes indocumentados, residentes legales y ciudadanos estadounidenses víctimas de vigilantes anti-inmigrantes”*, Estados Unidos, 5 de agosto de 2009, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/EEUU478-05.sp.1.htm>

\_\_\_\_\_, *“Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos”*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 de diciembre de 2009.

\_\_\_\_\_, Informe No. 81/10, Caso 12.562, Publicación, Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros, Estados Unidos, 12 de julio de 2010.

\_\_\_\_\_, *“Informe sobre Inmigración: detención y debido proceso”*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78, 30 diciembre de 2010, Original: Inglés.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *“Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”*, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984.

\_\_\_\_\_, *“Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, (Ser. A) No. 18 (2003).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Maslov vs. Austria, Sentencia de 23 de junio de 2008, No. 1638/03, párrafo 82, citando Corte Europea de Derechos Humanos, Ünner vs. Países Bajos, Sentencia de 18 de octubre de 2006, No. 46410/99.

EL INFORMADOR: Comunicado de Prensa C-306/10, "Secretario General de la OEA condena masacre de 72 migrantes en México", 27 de agosto de 2010. Disponible en: <http://www.informador.com.mx/mexico/2010/247625/6/panorama-internacional-para-migrantes-empeora-asegura-relator-de-la-onu.htm>.

LETICIA M. JÁUREGUI CASANUEVA: "Migration from Central and South America and the Caribbean to Mexico: Magnitude and Challenges", University of California, Davis, Seminario Técnico sobre el Sistema de Reporte Continuo de Migración Laboral para las Américas – SICREMI, marzo de 2009. Disponible en: [http://www.sedi.oas.org/ddse/documentos/mide/Memoria\\_PrimerSeminarioTecnico.pdf](http://www.sedi.oas.org/ddse/documentos/mide/Memoria_PrimerSeminarioTecnico.pdf).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Informe del Secretario General sobre Migración Internacional y Desarrollo, 29 de octubre de 2010.

PAPADEMETRIOU, DEMETRIOS G. & TERRAZAS AARON: *International Migration, the Global Economic Crisis, and Human Rights in the Americas*, Migration Policy Institute, Background Paper – Inter-Parliamentary Forum of the Americas, Working Group No. 3 – International Migration and Human Rights, Ottawa, Canada – September 13-15, 2009.



## LA DOBLE RESPUESTA EUROPEA EN EL CONTROL DE LAS ENTRADAS DE NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS\*

Ángeles Solanes Corella\*\*

**Resumen:** Este trabajo se ocupa de la gestión “selectiva” que respecto a los flujos migratorios se realiza en la Unión Europea, centrándose en el análisis de dos de los vectores de diferenciación por excelencia: la nacionalidad y el mercado. Las políticas de control cuantitativo de la movilidad humana, basadas en la protección de los mercados nacionales desde una perspectiva de mano de obra primaria, están dejando paso en el ámbito europeo a lo que puede considerarse una apertura prioritaria respecto a determinados flujos. En efecto, la Unión, como en su día se impulsó por países como Estados Unidos, Canadá o Australia, se apunta a la competencia mundial por la inmigración altamente cualificada. Aparecen así replanteados los ejes de acción de la política europea de inmigración sin renunciar, teóricamente, a organizar la inmigración legal teniendo en cuenta prioridades, necesidades y capacidades de recepción determinadas por cada estado miembro, asumiendo el hipotético compromiso de favorecer la integración; luchar contra la inmigración irregular; reforzar la eficacia de los controles fronterizos; y crear una colaboración global con los países de origen y tránsito.

**Palabras Clave:** Flujos Migratorios; Nacionalidad; Mercado; Integración; Derechos Fundamentales.

***Abstract:** This paper deals with the “selective” management that is implemented in the European Union towards migration flows, focusing on the analysis of two different perspectives: nationality and the market. Quantitative control policies of human mobility, based on the protection of domestic markets from the perspective of primary labor force, are giving way to what can be considered a priority opening for certain flows in the European context. Indeed, the Union, as in his day was promoted by countries like the United States, Canada or Australia, points to the global competition for highly qualified immigrants. Thus restated, the action pivots of European immigration policy emerge without, theoretically, quitting to organize legal immigration taking into account priorities, needs and reception capacities determined by each member state, assuming the hypothetical commitment to encourage integration, fight against illegal immigration, strengthen the effectiveness of border controls, and create a global partnership with countries of origin and transit.*

**Key Words:** Migrations ; Nationality ; Market ; Integration ; Fundamental rights.

**Sumario:** I. La Unión Europea Frente a las Actuales Migraciones. II. La Nacionalidad como Criterio de Diferenciación: Viejos Esquemas en Nuevos Contextos. III. La Mano Visible del Mercado. IV. La Integración Condicionada.

\* Este artículo se enmarca dentro del proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”, CSD 2008-00007.

\*\* Doctora en Derecho por la Universitat de València (2009). Profesora Titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universitat de València; miembro del Instituto Universitario de Derechos Humanos de la mencionada Universidad. Directora del Postgrado Inmigración, Integración y Derechos (Universitat de València), Codirectora del Diploma de Especialización Profesional Universitario en Asesoramiento y Prestación de Servicios al Inmigrante y Profesora del Master Internacional de Migraciones (Universitat de València). Correo electrónico: [angeles.solanes@uv.es](mailto:angeles.solanes@uv.es)

## I. La Unión Europea Frente a las Actuales Migraciones

Las últimas propuestas lanzadas desde la Unión Europea en pro de un enfoque global de la migración que se concrete en el desarrollo de una política común, tantas veces invocada incluso de forma antagónica, apenas se han movido en lo que a consagración de principios se refiere desde la omnipresente voluntad de protección de las fronteras, la lucha contra la inmigración clandestina y la integración. Sin embargo, nuevos elementos, especialmente significativos en lo que a la futura evolución de la inmigración hacia Europa se refiere, han entrado en juego. Me refiero a la participación activa de la Unión en lo que puede considerarse el nuevo contexto de las migraciones: la competencia mundial por la captación de élites profesionales, en detrimento de la mano de obra catalogada como primaria.

Ciertamente en el ámbito internacional, esta competencia no es reciente para países como Estados Unidos, Canadá, Australia o Nueva Zelanda, incluso en la dimensión europea Gran Bretaña o Alemania hace tiempo que decidieron adoptar incentivos para atraer a los trabajadores altamente cualificados. La diferencia, ahora, radica en que se presenta como una ofensiva comunitaria pensada para resultar tan, o más, atractiva que la de sus potenciales adversarios. Ello no supone la total reformulación de los esquemas de selección hasta ahora vigentes, entre otras cuestiones porque cada uno de los Estados sigue teniendo la competencia para regular la entrada y permanencia de nacionales de terceros países en su territorio siempre que atienda a las directrices, en forma de mínimos, de la Unión.

El conjunto de medidas europeas arbitradas como la directiva sobre procedimientos y normas comunes para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio; la directiva sobre las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo; o el denominado programa de Estocolmo, no suponen cerrar la puerta a la inmigración económica. Más bien la dejan entreabierta asegurando la selección que cada Estado estime oportuna con medidas como las cuotas o contingentes, pero sin regularizaciones generales, manteniendo la nacionalidad del extranjero como criterio de diferenciación en la concreción de su estatuto jurídico; y al mismo tiempo, de forma paralela, articulando políticas para captar a los trabajadores altamente cualificados. Estos van a ser los dos ejes sobre los que pivote la recepción de flujos migratorios por parte de los Estados de la Unión en los próximos años, concretando un modelo dualista de apertura selectiva, o de respuesta en blanco (inmigración cualificada) y negro (inmigración no cualificada de la que no se puede prescindir totalmente, e inmigración padecida entendiéndose por tal la que viene de la mano del ejercicio de derechos fundamentales como el de asilo o la reagrupación familiar<sup>1</sup>, que relega el discurso de los derechos y las garantías a las necesidades del mercado.

## II. La Nacionalidad como Criterio de Diferenciación: Viejos Esquemas en Nuevos Contextos

Desde la construcción histórica del Estado-nación y el consiguiente proceso ficticio de homogeneización (en varios sentidos) de toda la población del territorio del Estado, la nacionalidad ha sido utilizada como un argumento de diferenciación entre nacionales y

---

<sup>1</sup> WIHTOL DE WENDEN, Catherine. Algunas Reflexiones Sobre la Ley Francesa de Inmigración e Integración de 24 de julio de 2006. En: Revista Española del Tercer Sector, nº 4 septiembre-diciembre, 2006: 261-266. También DE LUCAS, Martín Javier. Dos Test Sobre la Consistencia del Estado de Derecho Ante los Proyectos de Reforma de Asilo y Extranjería. En: Jueces para la Democracia, nº 64, 2009: 15-23.

extranjeros, nosotros y los otros. Así, la clásica triada del Estado (territorio, poder y pueblo) se concreta en los ordenamientos jurídicos modernos ciñendo la idea de pueblo a la de nacional/ciudadano por oposición al que no forma parte de la nación, al extranjero, que aunque sometido temporalmente al ordenamiento jurídico no es, como aquél, sujeto y objeto del poder estatal.

La identificación entre nacionalidad y ciudadanía, como categoría jurídica univoca frente a la extranjería, utilizadas de forma sinónima, ha aglutinado distintas dimensiones en una sola para legitimar la limitación o negación de cada una de ellas a los considerados como extranjeros: bien el estatuto legal o técnico que se adquiere y pierde según las normas de cada Estado y que va asociado a la titularidad y el ejercicio de los derechos ligados a la condición de miembro pleno de la comunidad; bien el título de poder que hace que el ciudadano sólo en su calidad de nacional sea el titular de la soberanía y participe de las decisiones de la comunidad política; o bien el vínculo de identidad, de pertenencia y de reconocimiento que se presupone conectado a una identidad nacional<sup>2</sup>.

El discurso relativo a la consideración de los derechos como un proyecto jurídico y moral que constituye un marco formal a través del cual los seres humanos pueden desarrollar diferentes planes de vida en el ejercicio de su autonomía moral, ha quedado relegado al insistir en las limitaciones que la nacionalidad supone para la universalidad de los derechos<sup>3</sup>. A pesar de que moralmente la nacionalidad no puede concebirse como una razón que justifique la diferenciación (negativa o positiva) ni desde la perspectiva de la identidad cultural, ni desde la consideración de que tiene un peso ético indirecto, bien a través de la idea del compromiso con la organización o a través del rechazo al "hombre aprovechado"<sup>4</sup>, su relevancia jurídica como criterio de distinción en el ámbito de la extranjería no ha cedido.

Los flujos migratorios sacan de nuevo a debate la cuestión de replantear los viejos esquemas de diferenciación y exclusión sobre los que se asienta la nacionalidad y la ciudadanía como categorías concéntricas, para apostar por una diferenciación. Ciertamente respecto a los inmigrantes en un país de acogida surgen problemas derivados de las legitimaciones liberales y democráticas de autoridad política. Como apunta, entre otros, Bauböck<sup>5</sup>, en las democracias liberales, como alternativa, los Estados han optado por desconectar de la nacionalidad algunos privilegios, vinculándolos bien a los derechos humanos universales, o bien a la residencia y el trabajo<sup>6</sup>. Sin embargo, esta alternativa, para poblaciones con una clara voluntad de asentamiento permanente es insuficiente.

Múltiples posibilidades se proponen como alternativa que no subsuma ambas nociones, oponiéndolas como conjunto a la de extranjero, entre ellas la de vincular derechos a la ciudadanía unida a la residencia (de forma progresiva) y no a la nacionalidad<sup>7</sup>. Desde una perspectiva

<sup>2</sup> DE LUCAS MARTÍN, Javier. *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona: Icaria, 2003; p. 107.

<sup>3</sup> SOLANES CORELLA, Ángeles. *Derechos Humanos, migraciones y diversidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

<sup>4</sup> DE ASÍS ROIG, Rafael. "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos", en CAMPOY CERVERA, Ignacio. *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Madrid: Dykinson, 2006; p. 45 - 50.

<sup>5</sup> BAUBÖCK, Rainer. "Cómo transforma la inmigración a la ciudadanía: perspectivas internacionales, multinacionales y transnacionales", en AUBARELL, Gemma y ZAPATA, Ricard (eds). *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Icaria. Antrazyt, IEMed, Barcelona, 2004; p. 180. También BAUBÖCK, Rainer. "Migración y Ciudadanía", *Zona abierta*, n° 116-117, 2006; p. 135-169

<sup>6</sup> DE LUCAS MARTÍN, Javier y SOLANES CORELLA, Ángeles (eds.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Madrid: Dykinson, 2009.

<sup>7</sup> DE LUCAS MARTÍN, Javier. "La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración" en DE LUCAS MARTÍN, Javier y Díez BUESO, Laura. *La integración de los inmigrantes*, Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2006: 11-43.

estrictamente constitucional también sería posible concebirlas de forma recíproca. En este sentido, la nacionalidad puede ser vista como el vínculo legal que une al individuo con un ordenamiento jurídico estatal, configurándole como uno de los súbditos estables y permanentes; mientras que la ciudadanía, desde un enfoque gradual, podría articularse como la pluralidad de situaciones jurídicas que facilitase la integración del individuo en las diversas esferas de comunicación social. Con esta dualidad la nacionalidad supondría una afección personal y territorial mayor que la que tendrían los extranjeros residentes y éstos, a su vez, la tendrían en mayor medida respecto a los extranjeros que solo esporádicamente se relacionan con el Estado en cuestión, de ahí la gradación<sup>8</sup>.

Sin embargo, mientras esa redefinición democrática de las funciones de la nacionalidad y la ciudadanía no se plasma a nivel normativo, la primera categoría identificada con la segunda hasta el punto de casi diluirla, sigue siendo en un contexto plural totalmente distinto del tradicional Estado-nación, el referente para la diferenciación de que es objeto el extranjero.

La nacionalidad se ha convertido por tanto, en el contexto de los respectivos Estados, pero también en el común europeo, en un argumento de primera catalogación frente a los flujos migratorios. Solo en base a ella se establece un amplio listado de países cuyos nacionales necesitan visado para entrar en la Unión Europea. En efecto, desde que el reglamento nº 574/1999 del Consejo, de 12 de marzo de 1999, determinará una primera lista de los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, el elenco no ha dejado de crecer, con sucesivas reformas pensadas también para la armonización. Así en 2009 se aprobó el reglamento por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código comunitario sobre visados, Diario Oficial de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2009), en el cual se señala que la organización de la recepción de los solicitantes debe hacerse con el respeto debido a la dignidad humana, de manera profesional, respetuosa y proporcionada a los objetivos que se persiguen.

Los nacionales de terceros países sometidos a visado son, por dicha condición, la mayoría de los destinatarios de las respectivas legislaciones de extranjería e inmigración de los Estados miembros que escalonan el reconocimiento y garantía de derechos en base a la nacionalidad.

Así ocurre en el ordenamiento jurídico español. El artículo 1 de la actual ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LO 4/2000 modificada por sucesivas LO 8/2000, 14/2003 y 2/2009, conocida comúnmente como ley de extranjería), considera extranjeras a las personas que carezcan de la nacionalidad, sin hacer referencia a la ciudadanía puesto que la subsume, salvo los supuestos que se contemplan en leyes especiales o tratados internacionales en los que España sea parte, los casos de los Estados de la Unión Europea y aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario<sup>9</sup>.

Los supuestos de adquisición de la nacionalidad española se concretan en el Código Civil (reformado en este punto por la Ley 36/2002, del 8 de octubre) que establece básicamente las siguientes vías: por nacimiento, por residencia, por opción, por carta de naturaleza, y por posesión de estado. Además pueden acceder a ella, con valor de simple presunción aquellos que hayan nacido en España de padres extranjeros cuando la legislación nacional de los países de sus

<sup>8</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito. Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿a quién pertenece la Constitución?, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006; p. 14 y 309.

<sup>9</sup> MENDOZA NAVAS, Natividad y CABEZA PEREIRO, Jaime (coords.). Tratamiento Jurídico de la Inmigración, Albacete: Bomarzo, 2008. También VV. AA., Extranjería y derecho de asilo. Análisis de la LO 2/2009, de reforma de extranjería, y de la nueva Ley 12/2009, de asilo, Barcelona: Bosch, 2010.

padres no les transmite la nacionalidad, es decir, para evitar supuestos de apátridas. Si se analizan de forma pormenorizada los distintos supuestos mencionados (lo cual excede de las posibilidades de este trabajo)<sup>10</sup> y teniendo además en cuenta las disposiciones específicas de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, se observa que la adquisición de la nacionalidad española dista mucho de ser flexible. Más bien al contrario, la dificultad en el acceso a la misma cuestiona la legitimidad democrática del sistema jurídico, puesto que, siendo la nacionalidad un requisito imprescindible para el ejercicio del núcleo de la ciudadanía, básicamente para los derechos de participación en su variante política en sentido amplio, siguen sin democratizarse las exigencias de adquisición de la misma<sup>11</sup>.

Con la nacionalidad unida a la ciudadanía, o a la inversa, las distintas normativas de extranjería en el ámbito del ordenamiento jurídico español, han consagrado brechas legales de exclusión tan solo recortadas por las continuas llamadas de atención de la jurisprudencia, básicamente constitucional, que ha insistido en la posibilidad de modular las condiciones del ejercicio de los derechos en función de la nacionalidad de las personas, admitiendo la libertad de establecer un tratamiento desigual entre nacionales y extranjeros, si bien no de modo absoluto.

En efecto, el Tribunal Constitucional, aún manteniendo en el punto neurálgico de su argumentación la ya tradicional teoría tripartita de los derechos (diferenciando aquéllos que por estar unidos a la dignidad de la persona deben reconocerse tanto a los nacionales como a los extranjeros; los que responden al mandato constitucional de la configuración legal; y aquellos derechos privativos de los nacionales, cuyo reconocimiento y garantía está vetado para los extranjeros), ha señalado el ámbito de acción del legislador a la hora de concretar el estatuto legal atendiendo a la nacionalidad. Las sentencias que han resuelto los recursos de inconstitucionalidad que tenía pendientes la LO 8/2000, en especial la primera, reiterada sucesivamente (vid., entre otras, STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001. Interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 10 diciembre de 2007 y las sucesivas que la reiteran, vid. Vidal. 2009), plasman la posibilidad de configuración legal de los extranjeros atendiendo a diversos límites:

- a. El grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana.
- b. El contenido preceptivo del derecho, teniendo en cuenta que éste puede venir reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución. El doble respeto a los tratados internacionales y a las pautas constitucionales son un eje ineludible en la configuración legal de los derechos de los extranjeros en España. Para la concreción de esos derechos que deben considerarse vinculados a la dignidad humana y también para la delimitación del contenido esencial habrá que estar, además de a lo declarado en la jurisprudencia constitucional, a lo establecido en el estándar mínimo que contienen los tratados internacionales, con la correspondiente jurisprudencia

<sup>10</sup> ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. La nacionalidad española (Análisis de la normativa vigente), Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Subdirección Publicaciones, 2003.

<sup>11</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito. "Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática" en PRESNO LINERA, Miguel Ángel. Extranjería e Inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; p. 59.

que de ellos surja, a menudo recogida también por nuestro Tribunal Constitucional<sup>12</sup>. El hecho de encontrarnos ante derechos fundamentales legalmente configurados no les hace perder su carácter de constitucionales. Por tanto, el legislador no puede configurar libremente el derecho, ni atacar su contenido esencial, aunque atienda a la nacionalidad.

- c. Las condiciones de ejercicio establecidas por la ley deberán estar encaminadas a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, guardando la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Las llamadas de atención jurisprudenciales, apelando a la constitucionalidad de la norma de extranjería, que han permitido declarar inconstitucionales las exigencias de regularidad en el ejercicio de derechos como el de libertad de sindicación, reunión y asociación, y anular la inclusión del término “residentes” en el reconocimiento de derechos como el de educación o asistencia jurídica gratuita, así como la expresa exigencia de autorización de trabajo para el ejercicio del derecho de huelga, tienen un importante efecto catalizador. Sin embargo, buena parte de la realidad permanece inalterada por estas sentencias y requiere de ulteriores intervenciones jurídicas.

El último reducto en el ámbito jurídico vinculado a la nacionalidad lo constituyen los derechos de participación en su dimensión política que asimismo se ven cuestionados por la inmigración como agente exógeno que llama a modular nuevas formas de pertenencia<sup>13</sup>. A pesar de que en España han comenzado los primeros movimientos políticos, con acuerdos bilaterales, encaminados a potenciar el voto inmigrante en el ámbito local, tal como se reconoce ya en otros Estados de la Unión, el hecho de que inicialmente se haya optado por no realizar la modificación constitucional del principio de reciprocidad, dificultará la igual participación electoral de los inmigrantes atendiendo a cual sea su nacionalidad<sup>14</sup>. No puede obviarse que dichos acuerdos para potenciar la participación en el ámbito local por parte de un Estado democrático como España parecen difícilmente compatibles con los regímenes de algunos de los lugares de origen, de tal forma que no todos los nacionales de terceros países podrían, en principio, verse beneficiados de esta hipotética medida<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> DE LUCAS MARTÍN, Javier. “Ciudadanía, Extranjería y Derechos”, en BETEGÓN, Jerónimo, DE PÁRAMO, Juan Ramón, LAPORTA, Francisco J., y PRIETO, Luis (coord.), Constitución y derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. También RUBIO MARÍN, Ruth, “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, en VV. AA., Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

<sup>13</sup> DE LUCAS MARTÍN, Javier (Dir.) Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes, Madrid: Fundación BBVA, Informes 2008.

<sup>14</sup> SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, Nacionalidad, Extranjería y Derecho de sufragio, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. También MOYA MALAPEIRA, David y VIÑAS FERRER, Alba (eds), Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa, Barcelona: Fundació Pi i Sunyer, 2010.

<sup>15</sup> SOLANES CORELLA, Ángeles. “La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate”, Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año nº 12, nº 18, 2008: 67-96.

### III. La Mano Visible del Mercado

Junto a la nacionalidad, las necesidades del mercado de trabajo son el otro gran argumento selectivo frente a la movilidad humana. Tras décadas apostando por un modelo de inmigración catalogada como no cualificada (lo que no significa que realmente lo fuera) pensada para ocupar puestos de trabajo en los últimos peldaños de la escalera laboral, con una voluntad utilitarista de no permanencia reflejada en el clásico modelo del trabajador huésped<sup>16</sup>, el conjunto de los estados de la Unión han formulado una segunda variable de diferenciación. En un contexto económico marcado por la crisis a escala mundial, la alternativa que ya habían tomado en sus legislaciones nacionales países como Francia, Gran Bretaña o Alemania, de optar por potenciar la inmigración cualificada, se ha trasladado a la política común, como directriz, y ha comenzado a tomar forma en el contexto español haciendo visible, una vez más, la potente mano del mercado en la articulación de la política y la normativa de inmigración.

En el seno de la Unión, se ha aprobado de la Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (Directiva 2009/50/CE del Consejo de 25 de mayo de 2009, Diario Oficial de la Unión Europea de 18 de junio de 2009) que ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español por la LO 2/2009.

Uno de los primeros problemas de gran impacto que plantean medidas de este tipo es el de evitar la fuga de cerebros en los países en vías de desarrollo, puesto que como ha destacado, entre otras, la Organización Internacional del Trabajo (Documento temático para la sesión 3: Migración por motivos laborales, dentro de las fronteras e internacionalmente. Foro OIT 2007) existe una clara vinculación entre iniciativas de este tipo y la fuga de talentos. Sin embargo reducir la cuestión de la inmigración cualificada a esta pérdida de capital humano es demasiado simplista (vid. PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 2009 «Superando barreras: movilidad y desarrollo humanos»).

Además, la definición del trabajo que ha de ser considerado como cualificado o altamente cualificado para satisfacer las necesidades de los mercados europeos y garantizar así la estrategia de Lisboa requiere, como ha alertado el Comité de Regiones (Dictamen del Comité de las Regiones “Un enfoque global de la migración: el desarrollo de una política europea de inmigración laboral y su encaje en las relaciones con los países terceros 2008/C 257/04, DOUE de 9 de septiembre de 2008), de una ulterior aclaración. Así, dicho Comité sugiere que se tenga en cuenta el nivel educativo del inmigrante, su experiencia laboral, su capacitación lingüística y otros factores que se consideren relevantes.

Esta opción no conlleva necesariamente minimizar la aportación de los trabajadores no cualificados o con baja cualificación en algunos de los mercados de trabajo europeos. Por ello en el dictamen se pide a la Comisión que, previo análisis y evaluación de las posibilidades de contratación de dichos trabajadores, tenga en cuenta los compromisos del Consejo sobre la aproximación de los procedimientos de admisión por razones vinculadas al empleo, tal como prevé el Plan de política en materia de migración legal (cfr. Dictamen del Comité de Regiones sobre el “Plan de política en materia de inmigración legal- Lucha contra la inmigración ilegal-Futuro de la red europea de migración” CDR 233/2006, DOUE de 13 de febrero de 2007).

En este contexto conviene tomar en consideración que no existe una estrecha y armónica interrelación dinámica, sino más bien todo lo contrario, entre el desarrollo de una política de

<sup>16</sup> CASTLES, Stephen. “Guestworkers in Europe: a Resurrection?”, *International Migration Review*, vol. 4, number 4, winter 2006: 741-766.

inmigración que desea captar a trabajadores altamente cualificados y la potenciación de una inmigración circular que debería tener en cuenta los peligros de la fuga de cerebros, ya que, a diferencia de lo que puede suceder (o pretender que suceda) con otro tipo de inmigración, en este caso el retorno es cuestionable.

En efecto, como recuerda, entre otros, Wihtol de Wenden<sup>17</sup> impedir la fuga de cerebros y animarles a que vuelvan a su país de origen son ideas discutibles. En principio, los propios Estados generadores de inmigrantes, tienen en las remesas de éstos (cualificados o no) unas cantidades nada desdeñables. Además si las élites cualificadas no tienen posibilidades reales de ejercer sus talentos en sus respectivos países, por ejemplo por el tipo de régimen imperante, hay que aceptar que el retorno solo se hará de forma limitada. La idea de inmigración circular no parece por tanto casar con la atracción de trabajadores altamente cualificados.

La estrategia de intentar atraer a las élites hacia Europa se completa con la ofensiva demoleadora a la inmigración que no cumple ese requisito de la alta cualificación, así, dos instrumentos están pensados para “afrontar” esos flujos migratorios que no se desean: la Directiva relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (conocida como “directiva de la vergüenza” por las flagrantes vulneraciones de derechos que conlleva, Directiva 2008/115/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, Diario Oficial de la Unión Europea de 24 de diciembre de 2008, que ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español por la LO 2/2009) y el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo.

La primera suscitó encarnizadas críticas por suponer un claro retroceso en derechos ya reconocidos, en mayor o menor medida para los inmigrantes poniendo así en tela de juicio los fundamentos del propio Estado de Derecho. Ciertamente la Directiva puede lesionar derechos fundamentales, como ha señalado entre otros De Lucas<sup>18</sup>, al incentivar procedimientos de privación de libertad ante la comisión de una infracción administrativa, autorizar plazos de detención de hasta los 18 meses con condiciones de internamiento semejantes a las penitenciarias, establecer la posibilidad de detención de menores no acompañados cuya expulsión no garantiza la reunificación con su familia, o concretar las expulsiones a terceros países que no son el de origen del extranjero o la renuncia a las más mínimas garantías para quienes sean detenidos en el plazo de siete días a partir de su entrada en territorio europeo. Además es evidente su contradicción con distintas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, mucho más garantista y propias de un Estado de Derecho que las que contempla la Directiva (vid. Dictamen del Gobierno Vasco. Dirección de Inmigración 4 de julio de 2008).

En cuanto al Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo (vid. Doc. 13440/08, aprobado por el Consejo JAI del 25 de septiembre de 2008 y adoptado por el Consejo Europeo; y Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Bruselas 15 y 16 de octubre. Doc. 14368/08, Bruselas, 16 de octubre de 2008), tras múltiples matices producto de las desavenencias entre los distintos Estados se ha establecido finalmente la necesidad de que las regularizaciones se realicen caso por caso y no con carácter masivo. Sin embargo, los pilares de este acuerdo no se han movido, en concreto, en lo relativo a la protección de las fronteras en la clave de externalización y deslocalización propia de los últimos años<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> WIHTOLDE WENDEN, Catherine. Op. Cit., p. 263.

<sup>18</sup> DE LUCAS MARTÍN, Javier. “Cal y arena de la Unión Europea ante la inmigración”, Página abierta, nº 195, septiembre 2008. También DE LUCAS MARTÍN, Javier. “Dos test sobre la consistencia del Estado de Derecho. Ante los proyectos de reforma de asilo y extranjería”, Jueces para la democracia, nº 64, 2009.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ BESSA, Cristina y MAZKIARAN, Mikel, Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa, Barcelona: Editorial Virus, 2008.



Entre los cinco compromisos fundamentales del Pacto, aunque persiste la voluntad de construir una Europa de asilo, se destaca la necesidad de organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinadas por cada Estado miembro, favoreciendo la integración. Es precisamente en este punto donde se insiste en reforzar el poder de atracción de la Unión Europea para los trabajadores altamente cualificados; combatir la inmigración irregular garantizando, por ejemplo, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular; fortalecer la eficacia de los controles de fronteras y crear una colaboración global con los países de origen y de tránsito que favorezca las sinergias entre la inmigración y el desarrollo. Así, aunque la aparente intención de fomentar la integración y el desarrollo persisten en el Pacto, la voluntad soberanista de cada Estado miembro (teniendo en cuenta el potencial de recursos humanos en toda la Unión) y el principio de seguridad se encuentran en la base de este proyecto común de gestión de las migraciones.

Con estos instrumentos, la fórmula que se propone para atender al mercado es, en conjunto, la de prohibición de regularizaciones masivas y el impulso al retorno para hacer desaparecer la inmigración que ya no se quiere y la potenciación de la selección internacional de las élites que ahora se buscan. El precio por ello son los derechos y sus garantías (más en un tipo de extranjeros que en otros), de tal forma que se difuminan el acceso a la jurisdicción, el derecho a la resolución fundada en Derecho, las garantías en el proceso, la asistencia jurídica gratuita; por no invocar las obligaciones internacionales ya asumidas por los Estados Europeos a través de diversos instrumentos internacionales de respetar, proteger, satisfacer, promover y garantizar los derechos humanos.

Estas políticas, tanto en su dimensión de mano de obra no cualificada como en la de captación de trabajadores altamente cualificados, parecen propugnar una vuelta al más puro liberalismo económico, en una forma de entender los flujos migratorios más propia de una concepción liberal de la economía incipiente a principios del siglo XX, que apostaba por la no regulación de las migraciones internacionales en pro de la acción que a tal efecto surtiría el mercado de trabajo<sup>20</sup>. Desde este esquema, ahora reformulado, el Estado puede ejercer su soberanía para arbitrar las medidas de control de los inmigrantes en situación irregular o el asilo en su territorio, al tiempo que afronta la escasez de tiempo y recursos necesarios para desarrollar las cualificaciones profesionales y técnicas que requiere.

Este es el entorno en el que ha de ubicarse la política y la legislación española de extranjería. En el caso español, asistimos al tránsito del estricto modelo de mano de obra primaria al de trabajadores altamente cualificados. En los últimos diez años, la población inmigrante se ha convertido en un elemento imprescindible para poder mantener la expansión de actividades caracterizadas por con una fuerte carga de trabajo manual, en las que se había asentado en buena medida, hasta el momento, el modelo de crecimiento español. Así ha sido factible una cierta movilidad laboral ascendente de las personas inmigrantes, entendiendo por tal la que se visualiza a través de los cambios en el régimen laboral hacia los que pueden considerarse más favorables. Es decir, según los datos de los distintos regímenes de la Seguridad Social de los trabajadores extranjeros, en los últimos años, antes de la crisis, se observó un aumento del peso del Régimen General en detrimento de regímenes laborales especiales (como el agrario y el de empleados de hogar, ambos incluidos, por otra parte, de forma sistemática en los contingentes) cuyas condiciones laborales son peores. De dicha movilidad ascendente, aunque con limitaciones, podían extraerse diversas conclusiones<sup>21</sup>: el ascenso hubiera sido imposible sin las regularizaciones que han abierto el

<sup>20</sup> FANJUL, Gonzalo, "Migraciones internacionales: las consecuencias de gobernar el siglo XXI con políticas del siglo XIX", Área: Demografía, Población y Migraciones/Cooperación y Desarrollo, ARI 56/2010, Real Instituto El Cano, Fecha: 23/03/2010.

<sup>21</sup> PUMARES FERNÁNDEZ, Pablo; GRACIA COLL, Arlinda y ASENSIO HITA, Ángeles, La movilidad laboral y geográfica de la población extranjera en España, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Observatorio Permanente de la Inmigración, 2006; p. 111-114 y 196-199.

camino a la legalidad; el contexto de fuerte crecimiento económico ha sido decisivo para que las personas extranjeras consiguieran una cierta promoción en el ámbito laboral; esta movilidad de trabajadores extranjeros se esperaba que dejara vacantes en el mercado laboral “por debajo” de los puestos de ascenso, que requerirían de nuevos inmigrantes para ser cubiertas, de forma que podría continuar un flujo migratorio no necesariamente en las dimensiones de los últimos años y, en todo caso, ligado al desarrollo económico de sectores cruciales, como por ejemplo, la construcción.

Sin embargo, los acontecimientos de los últimos tiempos y el desmoronamiento de algunos de los sectores que hasta el momento habían impulsado el crecimiento económico, y con él la demanda de mano de obra primaria (como por ejemplo la construcción) han frenado bruscamente esta evolución; y esas vacantes que se esperaba que continuaran existiendo han desaparecido, junto con la posibilidad de un acceso paulatino aunque extremadamente rígido a la regularidad.

En la tónica europea dominante, también España invita a los trabajadores nacionales de terceros Estados a regresar a sus países de origen si están en situación de desempleo. El plan de retorno de inmigrantes es voluntario, pero también permanente, con medidas incentivadoras como las que contemplaba el Real Decreto-Ley 4/2008 (de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen, BOE de 20 de septiembre de 2008) cuyo único objetivo era establecer una modalidad de pago anticipado y acumulado de la prestación por desempleo, a favor de trabajadores extranjeros no comunitarios que retornaran voluntariamente a sus países de origen, que se completaba con la posibilidad de establecer ayudas directas y preparatorias que faciliten dicho traslado libremente elegido. Los requisitos de encontrarse legalmente en territorio español y tener derecho a percibir, o estar percibiendo, la prestación por desempleo de nivel contributivo, así como comprometerse a retornar a su país de origen en el plazo de treinta días naturales, desde que se optara por esta medida, y no volver a España durante tres años, son ineludibles, además de ser nacional de algún país con el que España tenga convenio en materia de Seguridad Social para poder gestionar esta medida.

La previsión de retorno voluntario incentivada es complementaria a instrumentos europeos como la mencionada Directiva de retorno que se enfoca a la inmigración irregular, y persigue, igualmente seleccionar la inmigración que ya se encuentra en España y dejar espacio a la cualificada. La competencia por trabajadores altamente cualificados exigirá replantear las políticas sobre entrada de mano de obra extranjera. Así restricciones pensadas básicamente para sectores sin demanda de cualificación en época de esplendor económico, como los contingentes por actividades, las limitaciones para cambiar de empleador o las que afectan al empleo del cónyuge, han de eliminarse para propiciar los incentivos que atraigan a esa inmigración elitista. Esta dualidad comienza a vislumbrarse en el ámbito español con la creación de la Unidad de Grandes Empresas, pensada para impulsar la contratación de personal cualificado en origen.

En la dimensión europea, el denominado Programa de Estocolmo (Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 2 de diciembre de 2009 (04.12) (OR. en) 17024/09CO EUR-PREP 3 JAI 896 POLGEN 229, asunto: El Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano) insiste en que en el ámbito de la inmigración es necesaria una política concertada adaptada a las necesidades del mercado laboral nacional. Así, el Consejo Europeo reconoce que la inmigración laboral puede contribuir al aumento de la competitividad y la vitalidad económica.

En concreto, en relación al tema que nos ocupa, el Consejo Europeo en el apartado 6.1.3 del mencionado programa opina que la Unión debería fomentar la creación de sistemas de admisión flexibles que den respuesta a las prioridades, las necesidades, las cifras y los volúmenes determinados por cada Estado miembro y permitir a los migrantes aprovechar plenamente sus cualificaciones y su competencia. En esta línea para facilitar un mejor ajuste de la mano de obra, son necesarias unas mejores evaluaciones de integración de las cualificaciones demandadas por

los mercados laborales europeos. Asimismo, deberían tenerse debidamente en cuenta las competencias de los Estados miembros, en especial para la gestión de sus mercados laborales, así como el principio de preferencia de la Unión. Es decir, claramente se opta por primar la cualificación pero sin renunciar a asegurar previamente el mercado europeo para sus ciudadanos.

Por ello el Consejo Europeo hace distintas propuestas en el Programa de Estocolmo entre las que, por ejemplo, invita a la Comisión y al Consejo a que sigan aplicando el plan de política en materia de migración legal; a la Comisión, a que estudie la manera más eficaz de utilizar las fuentes y redes de información existentes para garantizar la disponibilidad de datos comparables sobre asuntos migratorios; a la Comisión y al Consejo, a que evalúen las políticas existentes que deberían, entre otras cosas, mejorar el reconocimiento de las cualificaciones y el ajuste en materia de mano de obra entre la Unión Europea y los terceros países, así como la capacidad de analizar las necesidades del mercado laboral, la transparencia de la información europea disponible en Internet sobre empleo y contratación, la formación, la divulgación de la información, y el ajuste de las cualificaciones en el país de origen; y a la Comisión, a que evalúe el impacto y la eficacia de las medidas adoptadas en este ámbito con vistas a determinar si es necesario consolidar la legislación vigente, también en relación con las categorías de trabajadores no contempladas en la actualidad por la legislación de la Unión.

#### **IV. La Integración Condicionada**

Un tercer eje sobre el que reformular la nueva política de inmigración en la Unión Europea, siempre pendiente, es el de la integración. Mientras se idean las medidas para atraer y retener a esos trabajadores altamente cualificados que impulsen la estrategia de Lisboa, el Programa de Estocolmo y las directrices integradas para el crecimiento y el empleo, asegurando la competitividad de la Unión Europea o lo que es lo mismo la mayor adaptabilidad de trabajadores y empresas, así como la flexibilidad de los mercados de trabajo, otro tipo de inmigrantes encasillados en la mano de obra primaria se encuentra ya en los Estados de la Unión y aunque se les invite a irse puede que no quieran hacerlo. Para este segundo grupo la integración cada vez va a estar más condicionada.

Es decir, uno más de los sacrificios de esta política pro inmigración elitista es el de cuestionar la integración de la ya existente que ahora parece no desearse. En un esquema condicional simple, ante el proceso de integración la apuesta europea se formularía de la siguiente manera: si se es trabajador altamente cualificado, la integración ha de ser un derecho; si se es mano de obra primaria, la integración está sometida a condiciones "contractuales" explícitas o implícitas. Fuera de la inmigración llamada a ser favorecida por la simplificación en la admisión mediante el establecimiento, por ejemplo, de un sistema de puntos de la Unión Europea, y por la potenciación de la movilidad intracomunitaria, la integración de los inmigrantes que no sean catalogados como altamente cualificados dista mucho del proceso bidireccional que la Unión proclamaba en otros tiempos.

En efecto, desde la reiterada COM (2000) 757, los Estados, al menos formalmente, parecían asumir que la integración debía entenderse como un proceso bidireccional basado en derechos mutuos y obligaciones correspondientes a los ciudadanos de terceros países en situación legal y de la sociedad de acogida que permitiera la plena participación de los inmigrantes<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> AÑÓN ROIG, María José, "Integración: una cuestión de derechos", *Arbor*, nº 744, julio-agosto, 2010.

Varias cuestiones resultaban de especial relevancia en esta definición como punto de partida para combatir la exclusión o, si se quiere, la inserción diferenciada implícita de que ha sido objeto el inmigrante hasta el momento en buena parte de los Estados europeos:

- a. Si se trataba de un proceso bidireccional, exigía un esfuerzo de todos los agentes implicados, incluida la población autóctona que no puede pretender ser impermeable a los cambios que los flujos migratorios traen consigo.
- b. Si se basaba en derechos y deberes mutuos que además permitan la plena participación, éstos no han de ser diferenciales sine die, es decir, no pueden existir escalones del estatuto jurídico totalmente vetados al extranjero, sino que su titularidad y disfrute deben poder adquirirse, al menos, de forma progresiva.

Esta propuesta ahora parece que sería reconducible especialmente a la inmigración elegida, a la de élite, puesto que sólo así se compatibiliza con las condiciones favorables que son necesarias para la atracción de la inmigración cualificada y con los contratos de integración que algunos Estados Europeos ya han puesto en marcha. Ambos instrumentos son contradictorios en la medida en que están pensados con distintas finalidades.

Un sistema dual parece por tanto vislumbrarse también para la integración: en el caso de los trabajadores con tarjeta azul (altamente cualificados), una equiparación a nivel europeo a los residentes de larga duración en un período de tiempo más reducido y un estatuto jurídico que haga atractiva esta situación jurídica para dicho tipo de profesionales; en el resto de supuestos, las respectivas legislaciones nacionales de extranjería e inmigración pueden aplicar la obligación de integración para la inmigración que se instala, llamándola o no “contrato”, con las exigencias que se estimen oportunas.

En primer lugar, para captar a las élites es necesario establecer un sistema totalmente diferente: un conjunto de criterios y un procedimiento abreviado de entrada con condiciones más favorables y garantistas respecto de derechos como el de trabajo, la reagrupación familiar inmediata o la adquisición rápida del estatuto de larga duración. Así se entiende que la integración efectiva en la sociedad y en el mercado de trabajo de los extranjeros nacionales de terceros países altamente cualificados es la mejor manera para contribuir al máximo a la competitividad y al crecimiento económico y mejorar la efectiva capacidad de la Unión para enfrentarse a los actuales desafíos, aunque los efectos de esta política se limitarían a los Estados miembros considerados de forma individual.

Aunque estas previsiones dejarán un amplio margen de actuación a los Estados para adaptarlas atendiendo a las necesidades de sus respectivos mercados laborales, pudiendo determinar el número de inmigrantes que pueden ingresar en su territorio, el hecho de que se opte por la directiva para regular el trabajo cualificado (no por una comunicación por ejemplo), respetando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, nos da la medida de hasta qué punto la Unión Europea está necesitada de atraer laboralmente a las élites internacionales. En efecto, aunque las propuestas que se contemplan no sean una competencia exclusiva de la Unión, los retos que la inmigración supone para Europa y la clara divergencia entre la inmigración que se tiene (o que “fácilmente” se puede tener) y la que se quiere (altamente cualificada), requiere la actuación conjunta y global de los Estados que como la propia directiva reconoce no podrían, por su cuenta, hacer frente a la competencia internacional por los trabajadores muy cualificados procedentes de terceros países.

Las ventajas de la acción común están pensadas para facilitar la integración de estos nacionales de terceros países que serán admitidos con arreglo a normas comunes; disfrutará del mismo nivel de derechos en la Unión Europea; y tendrán la posibilidad de trasladarse de un Estado miembro a

otro (tras cumplir un período inicial en el Estado a través del cual acceden a la Unión) para hacer frente así a las fluctuaciones del mercado de trabajo.

Este modelo de inmigración presenta claras ventajas en forma de un estatuto jurídico inicial más pleno, respecto a la tradicional inmigración de mano de obra primaria, y se articula pensando teóricamente en la integración, sin embargo no puede sostenerse que el enfoque de esta política vaya más allá de las necesidades del mercado de trabajo.

No nos encontramos, por tanto ante, una propuesta que pueda catalogarse dentro de la potenciación del capital humano<sup>23</sup>, como por ejemplo ocurre en países como Canadá, en el que el objetivo es enriquecer a largo plazo las existencias de recursos humanos cualificados para lo cual se otorga, entre otros incentivos, la residencia permanente, junto con la total movilidad en el mercado de trabajo y, en último lugar, la naturalización adquiriendo el conjunto de derechos sociales y políticos de los que disfrutan los nacionales. En este modelo, con independencia del modo en que se traslade este enfoque a los programas concretos de admisión, el objetivo de activar el capital humano persiste, bien adoptando criterios que asignan puntos específicos a determinadas características del capital humano; o bien concretando las cualidades de excelencia que han de tener los candidatos; incluso en último caso dejando la decisión a las autoridades en materia de inmigración.

En cambio, la Unión apuesta por un esquema de necesidades del mercado de trabajo en la medida en que tan solo intenta proporcionar una solución para la falta de cualificación laboral centrándose en la admisión de trabajadores extranjeros que posean la experiencia y la titulación requerida. Ahora bien, por mucho que se insista en la integración no se está pensando en una inmigración necesariamente permanente, así se constata en las limitaciones a las que se somete la tarjeta azul durante los dos primeros años, siempre de la mano de las exigencias del mercado.

De hecho, este modelo, a diferencia del enfoque que opta por el capital humano, puede adoptar distintos criterios siendo los empresarios o los respectivos gobiernos quienes determinen las necesidades y la flexibilidad para ajustar la duración de la estancia, pero se caracteriza por asumir que la escasez de mano de obra tiene carácter cíclico de tal forma que la política que se arbitre debe intentar minimizar los desequilibrios, disponiendo de flexibilidad<sup>24</sup>. Así se propone en el caso concreto de la Unión, a través de la movilidad entre los Estados miembros o incluso, si se modifican las circunstancias del reclamo durante los dos primeros años, no descartando la posibilidad de que se interrumpa la estancia, aunque de momento no se diga expresamente. Ciertamente está por ver la implementación efectiva de este modelo emergente en la Unión, de tal forma que en la concreción es posible y deseable que se acabe apostando por un enfoque de capital humano, desligado del despotismo del mercado y que al mismo tenga en cuenta medidas de inclusión democrática en contextos migratorios<sup>25</sup>.

En segundo lugar, fuera ya de la inmigración elegida, encontramos los denominados contratos de integración. En los últimos años, coincidiendo con las reformas de las legislaciones de extranjería en distintos países europeos, como por ejemplo Francia, se han ido introduciendo medidas que tratan de contrastar o certificar la voluntad de integración mediante la exigencia no sólo de la residencia estable, sino también de una suerte de “disposición ciudadana” que sería comprobable a través de distintos exámenes de conocimientos que van desde el idioma hasta la Constitución y las leyes, pasando por las instituciones y/o las costumbres. Es en este contexto

<sup>23</sup> ABELLA, Manuel. “Competencia global por trabajadores cualificados”, en BLANCO FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Cristina (Ed.). Migraciones. Nuevas Movilidades en un mundo en movimiento, Barcelona: Anthropos, 2006; p. 190.

<sup>24</sup> ABELLA, Manuel. Op. Cit. p. 191.

<sup>25</sup> BAÜBOCK, Rainer. “Migración y Ciudadanía”, Zona abierta, n° 116-117, 2006.

donde se ubican los denominados “contratos de integración” que articulados de distintas formas están pensados para exigir un plus de lealtad al inmigrante, que en el caso del nacional se presupone.

La exigencia del conocimiento del idioma, que podría imponerse a través de medidas promocionales y no necesariamente mediante técnicas de sanción negativa, es un requisito que podría juzgarse, en función de cómo se articulara, como razonable. Sin embargo, no parece justificado que a los extranjeros se les impongan determinados deberes que no son exigidos ni siquiera a los nacionales. No todos los nacionales superarían un test de conocimiento constitucional. Además buena parte de las constituciones europeas se asientan sobre el ideal de no imponer a nadie ninguna creencia, valor u opinión, en la clara voluntad de configurar un marco democrático de convivencia común. La contradicción es flagrante y parece que este tipo de exigencias no se sostienen, si en el abanico de un mismo ordenamiento jurídico se pretendiera trasladarlas a los nacionales.

Por otro lado, estas medidas están pensadas para poner a prueba al inmigrante con el evidente riesgo de que este no supere el test al cual se le somete, lo cual está descartado si se le quiere captar por su capacitación.

A pesar de que la referencia al contrato de integración haya desaparecido del ya mencionado Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, en contra de las reticencias francesas, cada Estado puede libremente condicionar el proceso de integración, aunque ello suponga evidentes problemas. Desde el punto de vista interno del propio Estado, si la integración se plantea como una condición de la inmigración duradera, y no a la inversa, (aunque en Estados como, por ejemplo, Francia la situación que se haya producido en el pasado sea la contraria, es decir, la inmigración duradera ha llevado a la integración) es imprescindible concretar de forma “transparente” los indicadores de la misma. Algunas legislaciones nacionales, como por ejemplo la francesa con la ley de julio de 2006, han permitido situaciones tan flagrantes como la de que pueda retirarse el permiso de residencia tras diez años de estancia si las condiciones de la integración no se han alcanzado, teniendo en cuenta que se puede arrastrar con ello a la familia ¿qué ocurrirá con los niños nacidos en Francia?<sup>26</sup>

En el caso español, la legislación estatal no contempla un contrato de integración al estilo francés, de hecho España ha sido una de las firmes opositoras a la inclusión del mismo en el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, quizá también porque en el ámbito español tradicionalmente la integración se ha entendido desde una marcada dimensión social más que jurídico-política<sup>27</sup>.

La última de las reformas de la ley de extranjería, la operada por la LO 2/2009, ha introducido un artículo dedicado a la integración de los inmigrantes (el artículo 2 ter) que no hace ninguna referencia al contrato de integración. Dicho precepto tan solo señala, como no podría ser de otra forma, que “Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley”. Además, continúa indicando que las administraciones públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato.

<sup>26</sup> Wihtol de Wenden. Op. Cit., p. 265.

<sup>27</sup> MORA CASTRO, Albert, “La integración social de las personas inmigrantes en España: participación, sociabilidad y políticas públicas”, en PÉREZ RUALES, Nicole y VALLE FRANCO, Alex (eds.), Los Derechos Humanos en la movilidad humana: del control a la protección, Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Al mismo tiempo, dichas administraciones “procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración”. Ninguna de estas previsiones puede ubicarse, por ejemplo, al nivel del contrato francés de integración, si no que más bien responde a una apelación que podría entenderse incluso como reiterativa puesto que alude al mandato general de respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico<sup>28</sup>.

Cualquiera que sea el tipo de inmigración, el proceso de integración exige a nivel jurídico-político lo que se ha denominado una “laicización de las identidades”, es decir, la existencia de una pertenencia común en un espacio de derechos, obligaciones y valores compartidos, y una pertenencia singular, en un espacio privado en el que cultivar la diferencia<sup>29</sup>.

La coexistencia de ambos modelos en una política de inmigración (común y estatal), donde la pauta diferencial sea bien la nacionalidad para seleccionar la mano de obra primaria destinada a cubrir nichos laborales, como ha ocurrido tradicionalmente con las cuotas o cupos, sacrificando los derechos fundamentales de los extranjeros hasta caer en leyes manifiestamente inconstitucionales, o bien la cualificación profesional buscando incentivos y dando facilidades para captar a las elites internacionales; apenas esconde una peligrosa evidencia: la sumisión del Estado de Derecho a la anarquía del mercado. Esta vuelta a un liberalismo exacerbado hace que la integración (social pero también jurídica en forma de derechos y obligaciones), la cooperación al desarrollo, el cálculo de las pérdidas que puede suponer para los países en desarrollo la fuga de cerebros, etc., se presenten como cuestiones “secundarias”, siempre que pueda asegurarse el permanente ejército marxiano de reserva, hasta que el mercado ya no lo necesite.

---

<sup>28</sup> SOLANES CORELLA, Ángeles. “¿Integrando por ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley Autonómica Valenciana 15/2008”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 20, Marzo 2009: 47-75.

<sup>29</sup> NAÏR, Sami. “Y vendrán...Las migraciones en tiempos hostiles”, Barcelona: Bronce - Planeta, 2006; p. 207.

## BIBLIOGRAFÍA

ABELLA, Manuel. "Competencia global por trabajadores cualificados", en BLANCO FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Cristina (Ed.). *Migraciones. Nuevas Movilidades en un mundo en movimiento*, Barcelona: Anthropos, 2006: 185-205.

ALÁEZ CORRAL, Benito. "Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática" en PRESNO LINERA, Miguel Ángel. *Extranjería e Inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004: 43-70.

\_\_\_\_\_. *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿a quién pertenece la Constitución?*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. *La nacionalidad española (Análisis de la normativa vigente)*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Subdirección Publicaciones, 2003.

AÑÓN ROIG, María José, "Integración: una cuestión de derechos", *Arbor*, nº 744, julio-agosto, 2010: 625-638.

BAUBÖCK, Rainer. "Cómo transforma la inmigración a la ciudadanía: perspectivas internacionales, multinacionales y transnacionales", en AUBARELL, Gemma y ZAPATA, Ricard (eds). *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Icaria. Antrazyt, IEMed, Barcelona, 2004: 177-214.

\_\_\_\_\_. "Migración y Ciudadanía", *Zona abierta*, nº 116-117, 2006: 135-169.

CASTLES, Stephen. "Guestworkers in Europe: a Resurrection?", *Internacional Migration Review*, vol. 4, number 4, winter 2006: 741-766.

DE ASÍS ROIG, Rafael. "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos", en CAMPOY CERVERA, Ignacio. *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Madrid: Dykinson, 2006: 35-57.

DE LUCAS MARTÍN, Javier. "Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas", Barcelona: Icaria, 2003; p. 107

\_\_\_\_\_. "Ciudadanía, Extranjería y Derechos", en BETEGÓN, Jerónimo, DE PARAMO, Juan Ramón, LAPORTA, Francisco J., y PRIETO, Luis (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004: 379-407.



\_\_\_\_\_. “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración” en DE LUCAS MARTÍN, Javier y DÍEZ BUESO, Laura. La integración de los inmigrantes, Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2006: 11-43.

\_\_\_\_\_. “Cal y arena de la Unión Europea ante la inmigración”, Página abierta, nº 195, septiembre 2008.

\_\_\_\_\_. (Dir.) Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes, Madrid: Fundación BBVA, Informes 2008.

\_\_\_\_\_. “Dos test sobre la consistencia del Estado de Derecho. Ante los proyectos de reforma de asilo y extranjería”, Jueces para la democracia, nº 64, 2009: 15-23.

DE LUCAS MARTÍN, Javier y SOLANES CORELLA, Ángeles (eds.), La igualdad en los derechos: claves de la integración, Madrid: Dykinson, 2009.

FANJUL, Gonzalo, “Migraciones internacionales: las consecuencias de gobernar el siglo XXI con políticas del siglo XIX”, Área: Demografía, Población y Migraciones/Cooperación y Desarrollo, ARI 56/2010, Real Instituto El Cano, Fecha: 23/03/2010.

FERNÁNDEZ BESSA, Cristina y MAZKIARAN, Mikel, Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa, Barcelona: Editorial Virus, 2008.

MENDOZA NAVAS, Natividad y CABEZA PEREIRO, Jaime (coords.). Tratamiento Jurídico de la Inmigración, Albacete: Bomarzo, 2008.

MORA CASTRO, Albert, “La integración social de las personas inmigrantes en España: participación, sociabilidad y políticas públicas”, en PÉREZ RUALES, Nicole y VALLE FRANCO, Alex (eds.), Los Derechos Humanos en la movilidad humana: del control a la protección, Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009: 237-260.

MOYA MALAPEIRA, David y VIÑAS FERRER, Alba (eds), Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa, Barcelona: Fundació Pi i Sunyer, 2010.

NAÏR, Sami. Y vendrán... Las migraciones en tiempos hostiles, Barcelona: Bronce- Planeta, 2006.

RUBIO MARÍN, Ruth, “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, en VV. AA., Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004:13-51.

PUMARES FERNÁNDEZ, Pablo; GRACIA COLL, Arlinda y ASENSIO HITTA, Ángeles, La movilidad laboral y geográfica de la población extranjera en España, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Observatorio Permanente de la Inmigración, 2006.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, Nacionalidad, Extranjería y Derecho de sufragio, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SOLANES CORELLA, Ángeles, "La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate", Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año nº 12, nº 18, 2008: 67-96.

\_\_\_\_\_. "¿Integrando por ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley Autonómica Valenciana 15/2008", Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 20, Marzo 2009: 47-75.

\_\_\_\_\_. (Ed.), Derechos Humanos, migraciones y diversidad, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

VV. AA., Extranjería y derecho de asilo. Análisis de la LO 2/2009, de reforma de extranjería, y de la nueva Ley 12/2009, de asilo, Barcelona: Bosch, 2010.

VIDAL FUEYO, M. Del C., "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007", Revista Española de Derecho Constitucional, 85, año 29, enero/abril 2009: 353-379.

WIHTOL DE WENDEN, Catherine, "Algunas reflexiones sobre la ley francesa de inmigración e integración de 24 de julio de 2006", Revista Española del Tercer Sector, nº 4 septiembre-diciembre, 2006: 261-266.

## CASOS PRESENTADOS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA POR IMPEDIMENTO AL EJERCICIO DE LA ASISTENCIA CONSULAR

Martha Guadalupe Guerrero Verano\*

**Resumen:** Este artículo se ocupa, en primer lugar, de describir las conductas a través de las cuales los Estados pueden llegar a violentar los derechos de los ciudadanos extranjeros que se encuentren en su territorio por omisión de información sobre las facultades de asistencia consular de los agentes consulares de su país de origen o por negarles el acceso a la misma, así como de explicar por qué además dichas conductas son una violación indirecta a los derechos de los Estados mismos. Luego, la autora expone algunas acciones adelantadas ante varias cortes internacionales por razón de estas conductas, así como las normas internacionales que rigen la materia para, finalmente, estudiar el caso específico de México y los Estados Unidos de América.

**Palabras Clave:** Asistencia Consular; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; Corte Internacional de Justicia; Derecho Internacional.

**Abstract:** *This article describes the actions through which States can violate the rights of foreign citizens by omitting information or by denying them access to consular assistance provided by the consular agents of their countries of origin. It also explains why such actions also constitute an indirect violation of the rights of States themselves. Then, the author explains several cases regarding such actions that have been decided by different international Courts, as well as the international regulations on these matters, and lastly, studies the particular case of Mexico and the United States of America.*

**Key Words:** *Consular Protection; Vienna Convention on Consular Relations; International Court of Justice; International Law.*

**Sumario:** I. Introducción. II. Estados Demandantes. III. El Caso Breard. IV. El Caso Lagrand. V. El Caso Avena. VI. México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. VII. México ante la Corte Internacional de Justicia. VIII. Conclusiones.

### I. Introducción

La facultad que todo Estado tiene de ejercer la asistencia consular a sus connacionales, cuando éstos se encuentran fuera de su territorio, está señalada en primera instancia en las disposiciones contenidas en su propio ordenamiento jurídico, y en segunda instancia, en los instrumentos internacionales sobre la materia, que una vez que han sido adoptados y ratificados por los Estados se convierten también en fuente de derechos y obligaciones en el ámbito internacional.

---

\* Profesora Investigadora en el Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Maestra en Estudios Diplomáticos por el Instituto Matías Romero de la Secretaría de Relaciones Exteriores; Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por el Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid; Candidata a Doctora en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid. Correo Electrónico: [mgverano@hotmail.com](mailto:mgverano@hotmail.com)

\*\* Resumen agregado por la editora.

Un instrumento de vital importancia para la aplicación de la asistencia consular es la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, ya que en ella se establece no sólo la manera en que habrán de conducirse las relaciones consulares entre los Estados contratantes, sino también en lo que se refiere a la atención hacia sus connacionales.

De todo el articulado de la Convención, resaltan dos artículos que protegen a los derechos de sus connacionales, ya sea de manera directa o indirecta; estos son, el artículo 5, que establece las funciones consulares, específicamente los apartados a), e), i), y el artículo 36.

Cuando los Estados de origen se percatan de que el derecho de sus nacionales de ser asistidos por sus agentes consulares está siendo violentado debido a una grave omisión por parte de las autoridades del Estado receptor, y además se les limita el ejercicio de sus funciones a los agentes consulares, se constituye una violación flagrante de los derechos y obligaciones contenidos en dicho instrumento.

Por una parte, al no informar a las autoridades consulares del Estado que envía que ha habido detenciones de sus connacionales, le está impidiendo, en caso de que así lo decida, ejercer su facultad de proveer asistencia a sus nacionales, misma que está contenido tanto en la Convención de Viena como en el propio ordenamiento jurídico del Estado que envía.

Y por otra parte, se le está negando al detenido ese mismo derecho, el de la asistencia consular, lo cual le perjudica en el derecho a acceder a un juicio justo, se le niega el acceso a un debido proceso; ya que muchas de las ocasiones el detenido desconoce el idioma, o aunque lo conociera, desconoce la forma en la que se llevan a cabo estas diligencias, es decir, desconoce el sistema legal del Estado receptor.

Al ser violentadas las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales ratificados por los Estados, éstos se encuentran en todo su derecho de acudir ante la Corte Internacional de Justicia para tratar de dirimir la controversia generada, a efecto de que sea resuelta con base en el Derecho Internacional; de esta manera Paraguay (Caso Breard), Alemania (Caso Lagrand) y México (Caso Avena), han acudido por separado ante la Corte Internacional de Justicia demandando a los Estados Unidos, por no respetar este último, las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; lo cual afecta tanto al individuo como al Estado acreditante.

## II. Estados Demandantes

En los últimos años, algunos Estados, específicamente Paraguay, Alemania y México, han interpuesto demandas ante la Corte Internacional de Justicia en contra de los Estados Unidos de América debido al incumplimiento de obligaciones estipuladas en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que establece, entre otras cosas, el derecho que tienen las personas detenidas de ser informadas, sin dilación, que pueden recurrir a la asistencia consular por parte de los agentes consulares de su país.

En ese mismo artículo, en el apartado b), se establece que las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente sobre la detención de personas de su nacionalidad, a fin de que puedan acudir a visitar a los detenidos y así asistirlos durante su procedimiento judicial.

Cabe señalar la importancia que los casos *Breard* y *LaGrand* generaron al ser los antecedentes ante la Corte Internacional de Justicia de las reclamaciones que los Estados de Paraguay y Alemania, en los casos mencionados anteriormente, del descontento hacia los Estados Unidos por la violación a los derechos contenidos en el instrumento internacional que los tres países habían ratificado.

Esto es, no sólo en lo que se refiere a la violación a los derechos humanos del connacional detenido, de por sí ya grave, sino también por la obstrucción al Estado que envía de ejercer su facultad de asistir a dichos connacionales en los supuestos señalados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y en los de su propio ordenamiento jurídico.

Con lo cual existe una doble violación a derechos, una violación es directamente a los derechos humanos de los connacionales que son detenidos, mediante la omisión por parte de las autoridades estadounidenses del derecho que tienen de solicitar la asistencia del consulado de su nacionalidad; la otra violación, un tanto indirecta, dependiendo del punto de vista, hacia el Estado que envía, al también impedirle el derecho de ejercer su facultad, que aunque unilateral es su facultad, de asistencia consular.

Es importante señalar que México, previamente a interponer la demanda en contra de los Estados Unidos de América ante la Corte Internacional de Justicia el 9 de diciembre de 1997 solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos su Opinión Consultiva respecto a la “*naturaleza y sentido de las obligaciones contenidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*”. Éste fue el primer paso que el Gobierno Mexicano dio en su afán por proteger los derechos humanos de los mexicanos que son detenidos en territorio estadounidense por las autoridades locales, sin que sean informados al momento de su detención de su derecho a ser asistidos por las autoridades consulares de su país; también, el derecho que tiene el Estado Mexicano de ejercer su facultad de asistencia a sus connacionales cuando se encuentran en territorio distinto del ámbito de su competencia, es decir, cuando sus connacionales se encuentran en el exterior y no se tiene manera de protegerlos más que mediante la aplicación de los compromisos que los Estados han asumido a través de la adhesión y ratificación de instrumentos internacionales.

### III. El Caso *Breard* <sup>1</sup>

El primer caso que se presentó ante la Corte Internacional de Justicia fue el presentado por Paraguay contra Estados Unidos el 3 de abril de 1998, el llamado Caso *Breard*. Este caso representa la primera manifestación de inconformidad que hiciera país alguno ante la Corte Internacional de Justicia en contra de los Estados Unidos de América por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; instrumento del que en su momento eran parte ambos países.

Con fecha 3 de abril de 1998 Paraguay interpuso una queja ante la Corte Internacional de Justicia indicando que Estados Unidos había incumplido con las obligaciones contenidas en la mencionada Convención, en perjuicio de uno de sus connacionales.

Los hechos se sucedieron de la siguiente manera: en septiembre de 1992 fue detenido en Virginia, Estados Unidos, el paraguayo Ángel Francisco *Breard*, acusado de violación y homicidio de una

---

<sup>1</sup> Un estudio completo de este caso se encuentra en TORRECUADRADA, S. (2000). La indicación de medidas cautelares por la Corte Internacional de Justicia: El asunto *Breard* (Paraguay c. Estados Unidos). THEMIS Pontificia Universidad Católica de Perú, 40.

mujer de nombre Ruth Dickie; fue juzgado, declarado culpable el 23 de junio de 1993 y sentenciado a muerte. Sin embargo, no fue informado al momento de su detención, ni posteriormente, de su derecho a ser asistido por los agentes consulares de su nacionalidad.

En 1996, tres años después de haber sido sentenciado, el gobierno paraguayo tuvo conocimiento de la situación de su connacional, por lo que se pone en contacto con el señor *Breard* y lo asiste el 30 de agosto de 1996 ante el Tribunal Federal de Primera Instancia. Se solicita un *habeas corpus* pero es rechazado.

El gobierno de Paraguay intentó por diversos medios que las autoridades judiciales estadounidenses revisaran el caso del señor *Breard* y que reconsideraran la pena; sin embargo, sus esfuerzos fueron en vano, ya que las autoridades de ese país se negaron a la revisión del caso.

Ante tales circunstancias, el 3 de abril de 1998 el gobierno de Paraguay interpuso demanda ante la Corte Internacional de Justicia en contra de los Estados Unidos de América por el incumplimiento de las obligaciones de la Convención de Viena.

Junto con la demanda, Paraguay presentó una solicitud de medidas provisionales (o cautelares) para evitar que el señor *Breard* fuese ejecutado antes de que la Corte se pronunciara respecto al fondo del asunto.

Paraguay argumentaba que al no haber sido asistido por personal consular, y al no contar con un intérprete por no conocer el idioma<sup>2</sup> ni el sistema judicial estadounidense, *Breard* había tomado decisiones no adecuadas que lo perjudicaban sobremanera.

El 9 de abril de 1998, la Corte Internacional de Justicia emitió una Ordenanza en la que se le solicitaba a Estados Unidos la suspensión de la ejecución de Ángel Francisco *Breard* en tanto la propia Corte no se pronunciara sobre el fondo del asunto.

A pesar de las medidas provisionales señaladas en la ordenanza del 9 de abril, Estados Unidos incumple con su obligación y el 14 de abril de 1998, fecha prevista con anterioridad, el señor *Breard* es ejecutado.

No obstante, este caso no se ve concretado por el desistimiento por parte de Paraguay a través de documento fechado y entregado a la Secretaría de la Corte el día 2 de noviembre de 1998. Al día siguiente, el día 3, se comunica a los Estados Unidos el desistimiento de Paraguay y se adjunta copia de éste y su renuncia a toda acción en el asunto.<sup>3</sup>

Pese a que este procedimiento quedó inconcluso, el caso *Breard* representa el inicio de la búsqueda por el respeto por parte de Estados Unidos de las obligaciones contenidas en la Convención de Viena; abriendo así el camino que habrían de seguir posteriormente Alemania y México.

---

<sup>2</sup> Estados Unidos señala que *Breard* estaba casado con una ciudadana norteamericana, por tanto conocía el idioma.

<sup>3</sup> Ordenanza de la Corte Internacional de Justicia del 10 de noviembre de 1998.

#### IV. El Caso *LaGrand* <sup>4</sup>

El 7 de enero de 1982 los hermanos Kart y Walter *LaGrand*, de nacionalidad alemana, fueron detenidos en el estado de Arizona por autoridades estadounidenses, acusados de la muerte del director de una sucursal bancaria de Marana durante su participación en el intento de robo a mano armada en dicha oficina, donde también fue herida de gravedad una empleada.

Ni en el momento de su arresto ni con posterioridad a él fueron informados de su derecho a ser asistidos por agentes consulares del Estado de su nacionalidad, tampoco se informó a las autoridades alemanas que se había detenido a dos de sus connacionales; con lo cual se violan las obligaciones contraídas por Estados Unidos a través de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, principalmente las contenidas en el artículo 5 y en el artículo 36.

Los hermanos *LaGrand* fueron juzgados y declarados culpables el 17 de febrero de 1984 de homicidio agravado, así como de otros delitos<sup>5</sup> y sentenciados a muerte. Durante su estancia en la cárcel, 10 años después de su detención, supieron a través de otros reclusos de su derecho a ser asistidos por agentes consulares del Estado de su nacionalidad; motivo por el cual se contactaron con el consulado alemán.

Cuando los hermanos hicieron saber a los agentes consulares que habían sido detenidos, juzgados y sentenciados a muerte, sin haberseles informado de su derecho a la asistencia consular, las autoridades alemanas iniciaron negociaciones diplomáticas. Los ministros alemanes de Asuntos Exteriores y de Justicia contactaron a sus respectivos homólogos estadounidenses el 27 de enero de ese año; el ministro de Asuntos Exteriores ese mismo día le escribió al Gobernador de Arizona, días después al Presidente de Estados Unidos. También el Presidente de la República Federal Alemana le escribió al Presidente de Estados Unidos el 5 de febrero de 1999.

Sin embargo, las negociaciones no fructificaron, por lo que una vez agotadas, el gobierno alemán decidió recurrir a los métodos jurisdiccionales e interpuso demanda ante la Corte Internacional de Justicia en contra de los Estados Unidos de América; el depósito de ésta se realizó el 2 de marzo de 1999, un día antes de la fecha en la que Walter *LaGrand*, de 37 años de edad, sería ejecutado en la cámara de gases. Semanas antes, el 24 de febrero de ese año, Kart *LaGrand*, de 35 años, había sido ejecutado por aplicación de inyección letal.

Cabe señalar que durante la deliberación en Cámara del Consejo de la Corte Internacional de Justicia se señaló que “el 21 de diciembre de 1998, los *LaGrand* fueron oficialmente informados por las autoridades de los Estados Unidos de su derecho de comunicarse con sus autoridades consulares,”<sup>6</sup> y que Alemania alegó que su Consulado tuvo conocimiento de estos datos el 19 de enero de 1999, realmente poco tiempo antes de la ejecución de Karl *LaGrand*.

<sup>4</sup> Respecto al caso *LaGrand* se puede consultar, además de la propia sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001, los artículos de TORRECUADRADA, S. (2000). El incumplimiento de las ordenanzas sobre medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia: el caso *LaGrand*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 98, pp. 807-841; (2004) La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001 en el caso *LaGrand*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 109, pp. 207-260; DRNAS, Z. (n.d.). Nota a fallo de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001 en el asunto *LaGrand* (Alemania c/E.E.U.U.). Consultado el 21 de junio de 2009, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) <http://www.acader.unc.edu.ar/artsentenciacorteinternacional.pdf>; VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, J.C. (2007). El estudio de caso en las relaciones jurídicas internacional: Modalidades de aplicación del Derecho Internacional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 551-566.

<sup>5</sup> “Coupables de meurtre aggravé, de tentative de meurtre aggravé, de tentative de vol a main armée et de deux chefs d’enlèvement de personne.” Numeral 14 de la deliberación en Cámara del Consejo de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>6</sup> Numeral 24. Traducción propia.

Ante la premura del tiempo, el día 3 de marzo, horas antes de la ejecución, la Corte Internacional de Justicia emite en la Ordenanza de esa fecha medidas cautelares, solicitadas también por Alemania con carácter de urgente, tendientes a suspender la ejecución de Walter *LaGrand* en tanto la Corte no se pronunciara al respecto. Esta providencia fue adoptada por unanimidad, incluyendo el voto del juez estadounidense. Sin embargo, a pesar de la Ordenanza del 3 de marzo, Walter *LaGrand* fue ejecutado en la cámara de gases, en la misma fecha prevista.

Walter y Kart *LaGrand* nacieron en Alemania, en 1962 y 1963, respectivamente, pero en 1967, siendo muy jóvenes, viajaron con su madre a los Estados Unidos, donde residieron de manera permanente; no regresaron a Alemania más que una sola vez en 1974, por un periodo de seis meses. Por lo que al pasar la mayor parte de su vida en Estados Unidos habían adquirido la residencia, pero conservando su nacionalidad alemana.<sup>7</sup>

Por lo que respecta a la demanda interpuesta por Alemania ante la Corte Internacional de Justicia en contra de Estados Unidos, se solicitaba que la Corte se pronunciara respecto a diversos aspectos. El primero de ellos era respecto a la violación de las obligaciones contenidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y que habían sido contraídas por Estados Unidos; en segundo lugar, si las sentencias emitidas eran válidas, toda vez que había vicios en el procedimiento; se solicita la *restitutio in integrum* a favor de Walter *LaGrand*; y por último, se pide a la Corte que se le exigiera a Estados Unidos que los actos ilícitos no volvieran a presentarse.

Estados Unidos argumentó en la contra memoria que al haber pasado la mayor parte de su vida en ese país, los hermanos *LaGrand* conocían el idioma y por tanto no había sido necesaria la presencia de un intérprete, además de que las autoridades de Arizona argumentaban no conocer la nacionalidad alemana de los detenidos.

Asimismo, aceptó el incumplimiento de sus obligaciones jurídicas internacionales, por lo que señala que no existe controversia por cuanto hace a la interpretación o aplicación de la Convención de Viena.

La Corte desechó las objeciones de Estados Unidos y procedió al análisis del fondo del asunto. El fallo fue emitido el 27 de junio de 2001 y se establece que Estados Unidos ha violado las obligaciones contenidas en la Convención, específicamente la de informar sin dilación a los detenidos de su derecho a la asistencia por parte de las autoridades de su Estado.

## V. El Caso *Avena*<sup>8</sup>

Este caso en particular ha sido determinante para la política exterior mexicana, toda vez que México, haciendo uso de los instrumentos jurídicos internacionales y apoyándose en el Derecho Internacional, recurre a los principales tribunales internacionales para solucionar una controversia por demás delicada con los Estados Unidos de América.

<sup>7</sup> Numeral 13 de la deliberación en Cámara del Consejo de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>8</sup> Ver VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS. (2007) 567-582. GÓMEZ-ROBLEDO, J.M. (2005). El caso *Avena* y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, (V) 173-220. MÉNDEZ SILVA, R. (2008). El caso *Avena* y otros. El derecho a la información consular de los detenidos en el extranjero, con particular referencia a los sentenciados a muerte. La controversia México-Estados Unidos en la Corte Internacional de Justicia. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. 969-1013, México, UNAM. (2006) El caso *Avena* y otros, la controversia entre México y Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, (Consultado 15 de febrero de 2011) <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/internac/pdf/10-458s.pdf>



Es delicada porque al ser vecinos con la colindancia más prolongada de México, la frontera norte, con una extensión de un poco más de tres mil kilómetros, existen varios factores que se deben considerar, entre los que se encuentran los comerciales, migratorios y económicos.

En el aspecto comercial, a través del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, Estados Unidos, Canadá y México son socios comerciales desde el 1° de enero de 1994; no obstante, el intercambio comercial se da principalmente con Estados Unidos, ya que para México, el mercado del vecino del norte es más grande y donde se colocan las mercaderías nacionales.

Por lo que hace a la migración, el alto número de migrantes mexicanos que cruzan la frontera norte para internarse en territorio estadounidense en busca de mejores oportunidades laborales y por ende un mejor nivel de vida, es considerable: casi un 90% de la migración mexicana se traslada hacia los Estados Unidos.

Los puntos previamente mencionados son de vital influencia en la economía de México, ya que una buena parte de los ingresos del Producto Interno Bruto se recibe a través de las remesas provenientes de los mexicanos que se encuentran en el exterior, específicamente en los Estados Unidos. Estas remesas también contribuyen al desarrollo económico de las comunidades de procedencia de los migrantes; además, el grueso del intercambio comercial de México es precisamente con dicho país, por lo que cualquier decisión que tome el Gobierno estadounidense afecta de manera drástica la economía nacional.

## VI. México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 9 de diciembre de 1997, México solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que emitiera una opinión consultiva respecto a *“diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”*<sup>9</sup>.

México señala que la consulta tiene como antecedente las gestiones que ha realizado a favor de algunos de sus nacionales que no han sido informados oportunamente de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, lo que habría suscitado que fueran sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América.

Dicha petición fue fundada en el art. 64 apartado uno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>10</sup> que establece: *“Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos...”*

Conforme a este artículo, México, como Estado miembro<sup>11</sup> de la Organización de Estados Americanos, tenía el derecho a consultar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la protección que en los Estados americanos se les da a los derechos humanos, específicamente en los Estados Unidos de América, que también pertenece a la Organización. En este sentido, la consulta iba dirigida hacia puntos específicos de diversos instrumentos internacionales. Fueron doce las preguntas sobre las que México solicitaba versara su opinión.

---

<sup>9</sup> Párrafo 1, correspondiente a la presentación de la consulta de la Opinión Consultiva OC-16/99.

<sup>10</sup> México depositó el instrumento de adhesión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como “Pacto de San José”, el 24 de marzo de 1981.

<sup>11</sup> La Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) fue firmada por México el 30 de abril de 1948, fue ratificada el 23 de noviembre del mismo año, y entró en vigor el 13 de diciembre de 1951.

El primero de ellos, y de cierta manera el más importante, fue sobre la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en especial en lo que se refiere al artículo 36.1.b) específicamente a ¿cómo debe interpretarse la expresión “sin dilación”?

Asimismo, desde el punto de vista del Derecho Internacional, ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas por la omisión de la notificación, cuando se ha impuesto y ejecutado la pena de muerte?

Por lo que hace al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “¿deben entenderse los artículos 2, 6, 14, y 50 del Pacto, en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?”<sup>12</sup>

Sobre todo en el artículo 14 en el que se señala el derecho de toda persona a tener un juicio justo.

Respecto de la Carta reformada de la OEA y de la Declaración Americana, en el sentido de la proclamación de los derechos humanos sin distinción por motivos de nacionalidad.

El 11 de diciembre de 1997 la Secretaría de la Corte transmitió el texto de la consulta a los Estados miembros de la OEA, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al Consejo Permanente y a los órganos a que se refiere el Capítulo VIII de su Carta. El 4 de febrero de 1998 se estableció plazo para la presentación de observaciones escritas al respecto, como fecha límite para que los Estados presentaran sus observaciones se dio el 30 de abril de 1998. El presidente de la Corte, por resolución del 9 de marzo de 1998, dispuso la realización de una audiencia pública sobre la consulta, a partir de las 10:00 horas del 12 de junio de 1998, en la que podrían participar quienes hubiesen sometido por escrito sus puntos de vista. Entregaron sus observaciones en la fecha establecida República Dominicana, Honduras y el Salvador, además de la Comisión Interamericana. Posteriormente, durante la extensión entregaron Costa Rica y Paraguay. Estados Unidos entregó el 1º de junio. México presentó el primero de mayo de 1998 escrito con “consideraciones adicionales, información sobreviviente y documentos relevantes.”

Durante varios meses posteriores a la audiencia los comparecientes estuvieron presentando los escritos con observaciones finales sobre el proceso consultivo. “Mediante notas de fecha 11 de febrero de 1999 la Secretaría transmitió la versión oficial de la transcripción de la audiencia pública a todos los participantes en el procedimiento” (Párrafo 21, p.11).

Entre los comentarios que expresaron los participantes en el procedimiento respecto al fondo de la consulta, la mayoría, excepto Estados Unidos de América, coincide en que la notificación del derecho de la asistencia consular debe hacerse por parte del Estado receptor de manera inmediata, como señala el propio artículo “sin dilación”, de tal manera que el detenido pueda acceder a un juicio justo.

Costa Rica consideró que “el Estado receptor no está exento, en ninguna circunstancia de notificar al detenido de sus derechos, porque en caso contrario, este último no contaría con medios adecuados para preparar su defensa; en muchas ocasiones el extranjero condenado a muerte no entiende el idioma ni conoce la ley del estado receptor ni las garantías judiciales que le confiere esa ley y el derecho internacional...” (OC-16/99, p. 27)

El Salvador comentó que “el incumplimiento de la obligación de notificar acarrea la inobservancia de los principios del debido proceso y una situación de nulidad, puesto que se ha colocado en indefensión a un extranjero.”

---

<sup>12</sup> Párrafo 5 de la presentación de la Opinión Consultiva OC-16/99.

Guatemala señaló que *“la ausencia de uno de los requisitos del debido proceso produce una nulidad de derecho;”* en el caso en particular, la inobservancia del requisito señalado en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares podría afectar garantías del acusado.

Honduras refirió que *“si el Estado receptor no informa oportunamente a los interesados sobre el derecho que les asiste a procurar protección consular, se tornan nugatorias las garantías del debido proceso, particularmente cuando aquéllos son condenados a muerte.”*

Paraguay expresó que *“los Estados deben respetar las garantías mínimas a que tiene derecho un extranjero acusado por delitos que puedan ser sancionados con la pena capital, y su inobservancia genera responsabilidad internacional; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares contiene obligaciones a cargo del Estado receptor y no de los individuos afectados, y la inobservancia de dichas obligaciones priva a los individuos del goce de sus derechos;”* añadió que *“la participación de los agentes consulares desde el momento de detención de un nacional es fundamental, particularmente si se tiene en cuenta las diferencias de los sistemas legales entre un Estado y otro...”*

República Dominicana comentó respecto a la expresión *“sin dilación”* contenida en el artículo 36.1.b por lo que hace a la notificación que el Estado receptor debe hacer al detenido, ésta debe hacerse *“desde el momento del arresto y antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades políticas o judiciales.”*

Por su parte, la Comisión Interamericana manifestó que *“el derecho internacional ha reconocido que los extranjeros detenidos pueden estar en condiciones de desventaja o afrontar problemas en la preparación de su defensa, y el propósito del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es asegurar que esos detenidos cuenten con el beneficio de la consulta con su cónsul, que aporta medios para satisfacer su derecho a un juicio con las debidas garantías.”*

Después de analizar las opiniones de los participantes en el procedimiento, la Corte expone ampliamente sus motivos respecto a cada uno de los cuestionamientos que hace México. La Corte decide por unanimidad que es competente para emitir la opinión consultiva que le fue solicitada por México y resuelve en el siguiente sentido:

En primer lugar, que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información *“sin dilación”* sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor. También que el derecho del detenido a la información sobre la asistencia consular permite a su vez que adquiera el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, afecta las garantías del debido proceso legal. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, deben ser respetadas por los Estados Partes en las correspondientes convenciones, independientemente de que su estructura sea federal o unitaria.

La Opinión Consultiva fue redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 1 de octubre de 1999; fue leída en sesión pública en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el 2 de octubre de 1999.

## VII. México ante la Corte Internacional de Justicia

Después de varios intentos infructuosos ante las autoridades de los Estados Unidos a fin de que se diera cumplimiento a lo establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares,

específicamente en lo relacionado con la asistencia consular, el 9 de enero de 2003, el gobierno mexicano depositó en la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia una demanda en contra de los Estados Unidos por el incumplimiento de las obligaciones contraídas a la luz del artículo 36 de la Convención mencionada.

Las causas que dieron origen a la demanda fueron que Estados Unidos no informó a las autoridades consulares mexicanas respecto de la detención de 54 personas de nacionalidad mexicana,<sup>13</sup> por tanto no se les había brindado la asistencia consular correspondiente, por lo que se había incumplido con el señalamiento del artículo 36 de informar a los detenidos sobre el derecho a ser asistidos por los agentes consulares mexicanos.

Tampoco las autoridades consulares mexicanas fueron informadas por las autoridades estadounidenses que se había llevado a cabo la detención de estos 54 mexicanos, por lo que estaban coartando su facultad de realizar las funciones de asistencia señaladas en la propia Convención como en la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano.

La omisión reiterada de las autoridades estadounidenses de informar tanto al detenido como al Estado Mexicano (al detenido su derecho a la asistencia consular, y al Estado que existen personas de su nacionalidad que han sido detenidas en territorio estadounidense) tiene como efectos una violación en dos sentidos, hacia el Estado y hacia el individuo. Gómez-Robledo (2005, p. 181) señala que *“estas violaciones, constantes y repetidas, han impedido que México ejerza los derechos de protección consular que le asisten, conforme a los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena, generando así un grave perjuicio a los derechos de México, así como a los derechos de sus nacionales.”* En este sentido, como ya se había comentado la afectación por la omisión es tanto para con el Estado como para con el individuo.

Para con el Estado que envía porque al no ser informado por el Estado receptor de que hay personas de su nacionalidad que han sido detenidas, por el motivo que fuere, al desconocer esta situación no puede ejercer su facultad de asistencia consular a favor de sus nacionales, contraviniendo con ello las funciones de ayuda y protección que le han sido conferidas tanto por su ordenamiento jurídico como por el Derecho Internacional.

Por tanto, es menester del Estado receptor informar “sin retraso alguno” al Estado que envía sobre la detención de los individuos de su nacionalidad, más aún si se forma parte de un instrumento jurídico internacional específico en la materia consular como lo es la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, para que de esta manera pueda cumplir con el ejercicio de sus funciones de asistencia y apoyo a sus nacionales.

Lo que adujo el Estado mexicano fue, apoyándose también en el artículo 36 pero en otro sentido, que no se habían informado a la oficina consular las detenciones de los nacionales, con lo que se estaba coartando su facultad de ejercer la asistencia consular, instituida también en la Convención, pero en su artículo 5.

Pese a que en realidad los motivos que originaron esta demanda fueron las presuntas violaciones a derechos humanos, específicamente el haberseles denegado su derecho a la asistencia consular, para que surtiera efecto el Estado mexicano tuvo que argumentar el perjuicio que esta omisión causaba en el ejercicio de su facultad como Estado soberano.

---

<sup>13</sup> Originalmente eran 54 mexicanos, sin embargo 2 de ellos ostentaban doble nacionalidad, la mexicana y la estadounidense; por lo que la lista quedó acotada a 52 mexicanos.

En este sentido, no importa si el Estado que envía despliega su facultad de asistencia consular, lo importante es darle a éste la opción de ejercerla o no, mediante el conocimiento de que sus nacionales están detenidos; ya será cuestión del Estado, de su criterio, determinar cuál será su postura y las acciones a seguir ante dicha circunstancia.

La Corte Internacional de Justicia, en su Ordenanza del 5 de febrero de 2003, a petición del gobierno mexicano, emitió medidas provisionales respecto a dos puntos en particular: El primero trataba respecto a que los Estados Unidos debían tomar las medidas necesarias para evitar la ejecución de César Roberto Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos y Osbaldo Torres Aguilera, en tanto la Corte no haya emitido su fallo definitivo. El segundo consistía en que el gobierno estadounidense debería informar a la Corte respecto a las medidas que adoptase para la debida aplicación de esta Ordenanza.

La solicitud del gobierno mexicano de que la Corte emitiera una ordenanza indicando medidas provisionales se basó en un intento de preservación de la vida de los mexicanos mencionados, por la proximidad de las fechas de ejecución. Hasta tanto la Corte no hubiese resuelto sobre el fondo, se solicitaba que ninguno de los mexicanos sentenciados fuese ejecutado o que se señalara fecha para su ejecución. Por lo mismo, era importante para México que el gobierno estadounidense ahora si acatara la Ordenanza de la Corte.

Debemos recordar que a raíz de la desafortunada experiencia que la Corte tuvo con Estados Unidos en el caso LaGrand, en la Ordenanza del 3 de marzo de 1999, en la cual, en un sentido similar a ésta, se señalaban medidas provisionales para que Walter LaGrand no fuese ejecutado hasta en tanto no hubiese un pronunciamiento respecto al fondo del asunto; haciendo caso omiso, LaGrand fue ejecutado esa misma fecha, alegando Estados Unidos que las medidas provisionales no son obligatorias; por lo que la Corte en respuesta declaró que *"las medidas provisionales que ordenara conforme al artículo 41 de su estatuto, revisten carácter obligatorio,"* (Gómez-Robledo p. 191), por lo tanto debían ser acatadas.

Por lo que hace al primer punto, la Corte se refiere expresamente a estos tres mexicanos debido a la proximidad de las fechas programadas para su ejecución, en los siguientes seis meses; sin embargo, se reserva el derecho, en caso de ser necesario, de señalar nuevas medidas provisionales respecto de las demás personas listadas en la demanda interpuesta por México. En lo referente al segundo punto, la Corte le solicita a Estados Unidos que le mantenga informado de su actuar en lo relacionado con la aplicación y cumplimiento de la ordenanza para evitar que la propia estructura federal de ese país sirviera como excusa para el incumplimiento de la demanda.

Excusa que definitivamente no puede ser aceptada, debido a que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en el artículo 29, en lo que se refiere al ámbito de competencia de los tratados establece muy claramente que *"un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo."* Es decir, sin importar la estructura del Estado, el tratado será aplicable a todo su territorio, a menos que sea indicado su incumplimiento a través de una reserva u otro medio.

Por tal motivo, Estados Unidos no puede de ninguna manera sustraerse de las obligaciones contraídas al adherirse a un instrumento internacional argumentando su estructura federal: el cumplimiento de un tratado, el que fuese, debe realizarse en todo su territorio. Como tampoco puede aducir las disposiciones de su ordenamiento jurídico para la inobservancia de los tratados ratificados, ya que como bien lo señala el artículo 27 de la Convención sobre el Derecho de los

Tratados “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46<sup>14</sup>.”

De cierta manera, Estados Unidos acató las medidas provisionales señaladas en la ordenanza del 5 de febrero del 2003; no obstante, semanas antes de que la Corte emitiera su fallo, las autoridades judiciales de Oklahoma le fijaron fecha de ejecución a Osbaldo Torres para el 18 de mayo de 2004. Este acto fue señalado por México como violatorio de la ordenanza referida. El 13 de mayo de 2004 la Corte de Apelaciones Criminales del Estado de Oklahoma decretó suspensión indefinida de la ejecución, así como una revisión de pruebas aportadas. Ese mismo día, el gobernador del estado anunció su decisión de conmutar la pena de muerte por cadena perpetua.

El 31 de marzo de 2004, la Corte emitió su fallo en el sentido de confirmar la vigencia y la obligatoriedad del derecho a ser informado, sin dilación, de su derecho a la asistencia consular. Asimismo, ordenó a Estados Unidos que llevará a cabo una revisión y reconsideración, por la vía jurisdiccional, tanto del veredicto de culpabilidad como de la imposición de la pena, tomando en consideración las aportaciones que las autoridades consulares puedan presentar. También sugiere que se inserte este derecho a la asistencia consular a los contenidos en los derechos Miranda: Derecho a permanecer callado, derecho a la presencia de un abogado, etc.

El sentir de los mexicanos se ve reflejado en las palabras de Juan Manuel Gómez-Robledo (2005, p. 194), miembro del Servicio Exterior Mexicano y que vivió de cerca estos acontecimientos, ya que en esos momentos fue Representante permanente adjunto de México ante la Organización de las Naciones Unidas:

*“El fallo de la corte significa para México, y para la comunidad internacional en su conjunto, contar, a partir de ahora, con una interpretación definitiva del alcance de las obligaciones derivadas del artículo 36 de la Convención de Viena. En el caso particular de México, al tiempo que fortalece los argumentos jurídicos que México hará valer para promover los derechos de los mexicanos que sean arrestados por cualquier motivo, la decisión de la CIJ aporta una serie de determinaciones de enorme trascendencia para los casos individuales que originaron la intervención del gobierno mexicano a través de la protección diplomática.”*

La decisión de la Corte significó para México y los mexicanos un gran logro en materia de protección a los derechos de los connacionales que se encuentran en el extranjero, ya que por primera ocasión se recurría al máximo tribunal y basados en las normas del Derecho Internacional, se obtenía un resultado que beneficiaría no solo a los mexicanos, sino a cualquier extranjero.

A raíz de este caso, el 7 de marzo de 2005, Estados Unidos, en su afán de sustraerse de las obligaciones y de ser sujeto a juicio, denuncia el Protocolo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, con lo que deja de reconocer la competencia de la Corte Internacional de Justicia en las controversias sobre violaciones a los derechos y obligaciones contenidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

---

<sup>14</sup> Artículo 46 “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.”

## VIII. Conclusiones

Para concluir podemos señalar que la asistencia consular reviste un doble carácter, por una parte es una facultad del Estado de origen el proporcionar a sus connacionales la asistencia y apoyo cuando se encuentran en el extranjero; pero por la otra, también es un derecho innegable del individuo de recibir ayuda y protección del Estado del que es nacional ante circunstancias adversas a él, particularmente en los casos de detención.

Pese a ser una facultad del Estado acreditante (de origen), un acto unilateral que puede ser o no ejercido, la mayoría de los Estados procuran el bienestar de sus nacionales, no sólo de aquellos que se encuentran en su territorio, sino también de quienes por diversos motivos han tenido que alejarse del ámbito de su competencia.

En este sentido, la omisión de actuar del Estado receptor es la violación propiamente dicha de la obligación de informar al detenido de que tiene el derecho a ser asistido por las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad acreditadas en ese lugar.

Va mas allá de la obligación señalada en el artículo 36, es más, atenta también contra las obligaciones señaladas en el artículo 5 de la misma Convención, ya que los agentes consulares no pueden ejercer sus funciones de proteger los intereses de sus nacionales (artículo 5.a) ni de prestar ayuda y asistencia a los nacionales (artículo 5.e) mucho menos representar o tomar las medidas necesarias para su representación ante tribunales del Estado receptor. En este sentido, tampoco se le concede la oportunidad de adoptar medidas provisionales de preservación de los derechos de sus nacionales cuando por su ausencia no ha sido posible defenderlos en su momento.

Lo que agrava más la situación es que con ello se lesionan los derechos del individuo, no solo el de ser asistido por los agentes consulares, sino también, al no contar con una orientación adecuada, su derecho a un debido proceso, lo que va en detrimento del detenido.

Paraguay, Alemania y México ante las reiteradas omisiones por parte de las autoridades de Estados Unidos de informar sin dilación a los detenidos el derecho contenido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y con ello el impedimento al Estado de ejercer su facultad de asistencia consular, procedieron a someter esta controversia ante la Corte Internacional de Justicia.

La sentencia de la Corte en el caso Avena constituyó un importante logro no sólo para el gobierno mexicano, en cuanto a la protección de sus connacionales, sino también para todo aquel extranjero que sea detenido por autoridades del Estado receptor, de contar con asistencia consular.

## BIBLIOGRAFÍA

CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1948.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-16/99, 1999.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LA ONU, Ordenanza del 10 de noviembre de 1998.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 1969.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES, 1963.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMÁTICAS, 1961.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 1969.

DRNAS, Z. (n.d.). Nota a fallo de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001 en el asunto LaGrand (Alemania c/E.E.U.U.). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). Disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar/artsentenciacorteinternacional.pdf>

GÓMEZ-ROBLEDO, J.M. (2005). El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (V).

MÉNDEZ SILVA, R. (2006) El caso Avena y otros, la controversia entre México y Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/internac/pdf/10-458s.pdf>

\_\_\_\_\_. (2008). El caso Avena y otros. El derecho a la información consular de los detenidos en el extranjero, con particular referencia a los sentenciados a muerte. La controversia México-Estados Unidos en la Corte Internacional de Justicia. *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. México, UNAM.

TORRECUADRADA, S. (2000). El incumplimiento de las ordenanzas sobre medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia: el caso LaGrand. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 98.



\_\_\_\_\_. (2000). La indicación de medidas cautelares por la Corte Internacional de Justicia: El asunto Breard (Paraguay c. Estados Unidos). *THEMIS Pontificia Universidad Católica de Perú*, 40.

\_\_\_\_\_. (2004) La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001 en el caso LaGrand. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 109.

VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, J.C. (2007). *El estudio de caso en las relaciones jurídicas internacional: Modalidades de aplicación del Derecho Internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

## LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL DIRECTOR DE UN PERIÓDICO TELEMÁTICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

Ivan Salvadori\*

**Resumen:** Este artículo analiza si los directores de medios telemáticos son o no responsables penalmente por escritos ofensivos publicados por terceras personas en el medio que dirigen, a la luz de la legislación italiana. Se ocupa entonces de dilucidar si los directores de periódicos telemáticos tienen o no el deber legal de impedir la publicación de contenidos difamatorios o injuriosos en los medios que dirigen, haciendo un estudio sobre la normatividad aplicable a la prensa impresa, para concluir que la misma no es aplicable a los medios telemáticos, así como del estudio de la jurisprudencia mediante la cual se ha tratado de extender la regulación existente para la prensa a este tipo de medios.\*\*

**Palabras Clave:** Medios Electrónicos; Responsabilidad Penal; Deber de Diligencia; Limitaciones a la Actividad Periodística.

**Abstract:** *This article analyzes, from the Italian law perspective, the criminal responsibility of electronic media directors because of offensive writings that are published by third parties in the media they direct. It studies if such directors have the legal duty to prevent the publication of defamatory or injurious contents in their media, by studying the legal regulations that exist for printed media in order to conclude it cannot be applied to electronic media, as well as by studying the jurisprudence that has attempted to expand the existing regulations to electronic media.*

**Key Words:** *Electronic Media; Criminal Responsibility; Due Diligence; Limitations of Journalistic Activity.*

**Sumario:** I. Introducción. II. Los Presupuestos de la Responsabilidad Penal del Director de un Periódico por los Delitos Cometidos a Través de la Prensa. III. Sobre la No Equiparabilidad para Fines Penales de los Periódicos Telemáticos a la Prensa. IV. Las Recientes Tentativas Jurisprudenciales Dirigidas a Extender También para Fines Penales la normativa sobre la Prensa a los Periódicos Telemáticos. V. Consideraciones Finales y Perspectivas de Lege Ferenda.

---

\* Licenciado en Derecho por la Università di Trento (Italia), Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona y de la Universidad Pompeu Fabra (España), Doctor en Derecho y Economía de la Empresa de la Università di Verona (Italia). Profesor e investigador en derecho penal informático de la Università de Verona. Actualmente, Becario postdoctoral de la Universidad de Barcelona. Página de internet: [www.ivansalvadori.net](http://www.ivansalvadori.net). Correo electrónico: [ivan.salvadori@univr.it](mailto:ivan.salvadori@univr.it)

\*\* Resumen agregado por la editora.

## 1. Introducción

En los últimos años la jurisprudencia italiana ha tenido que resolver la cuestión de si la normativa penal en materia de prensa puede extenderse a los responsables de periódicos telemáticos y de blogs por los escritos ofensivos publicados en las páginas web que dirigen.

Los hechos ilícitos de difamación o de injurias cometidos a través de páginas telemáticas por parte de bloggers o de responsables de periódicos telemáticos no presentan problemas particulares. De manera pacífica, tanto la doctrina como la jurisprudencia han afirmado que la difamación cometida a través de internet tiene que ser subsumida en el tipo agravado del art. 595, párrafo tercero, del Código Penal Italiano, que castiga con una pena más elevada, no solamente la difamación cometida mediante la prensa, sino también la cometida a través de «cualquier otro medio de publicidad»<sup>1</sup>. No hay duda que esta última expresión abarca al mismo tiempo aquellas conductas de difamación que se cometen a través de páginas web. Las principales dificultades que plantean estos casos surgen respecto de la adquisición de las pruebas y sobre todo de la determinación del momento de la consumación así como del *locus commissi delicti*, desde cuya determinación depende la competencia y la jurisdicción.

Más dudas han surgido a la hora de establecer si los responsables de periódicos telemáticos (diarios telemáticos, blogs, etc.) deben responder penalmente por aquellos escritos de terceros sujetos, publicados a través del periódico telemático. Lo que se trataba de establecer en estos casos, era si los responsables de un blog o de un periódico telemático tenían un deber jurídico de impedir que mediante las páginas web que dirigían se realizaran determinados resultados típicos o eliminar la publicación de los contenidos ofensivos. Para resolver estos casos algunos sectores de la jurisprudencia han extendido *tout court* la normativa penal de la prensa a las páginas web. En particular, se ha afirmado que el responsable de un periódico telemático, así como el director de un periódico tradicional, es responsable sobre la base del art. 57 del Código Penal Italiano (en adelante “CP”), de todos aquellos delitos que se cometen a través de la prensa.<sup>2</sup>

Sin embargo, antes de afirmar la posibilidad de extender la normativa penal en materia de prensa tradicional a los periódicos telemáticos y a los blogs, la jurisprudencia hubiera tenido que determinar el ámbito de aplicación del art. 57 CP con el fin de evitar el riesgo de desbordar el límite de la legítima interpretación extensiva de la norma generando así una aplicación analógica vetada por el ordenamiento jurídico<sup>3</sup>. Una correcta solución de esta cuestión exige analizar primero la estructura típica del art. 57 CP. Para posteriormente delimitar con precisión el ámbito de aplicación de esta norma será necesario definir el concepto legal de prensa, sobre cuyo significado no existe acuerdo en la jurisprudencia. Una vez determinadas las razones jurídicas que no permiten de *lege lata* extender a los periódicos telemáticos la actual normativa penal de la prensa, será necesario establecer los presupuestos sobre los cuales se puede configurar ya una responsabilidad penal de los directores de un periódico *on-line* respecto de los delitos que se cometan mediante una publicación telemática, y finalmente se formularán, en perspectiva de *lege ferenda*, algunas consideraciones finales.

<sup>1</sup> Art. 595.3 CP: «se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a euro 516».

<sup>2</sup> En este sentido véase por ejemplo Tribunal de Aosta, 26 de mayo 2006, n. 533, en *Giur. Mer.*, n.4, 2007, 1065 ss., con comentario de SALVADORI I., I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito.

<sup>3</sup> Respecto a las relaciones entre analogía e interpretación de las normas en materia penal v. VASSALLI G., voce Analogia nel diritto penale, en *Dig. Disc. Pen.*, vol. I., 1987, 158 ss.; RINALDI R., L'analogia e l'interpretazione estensiva, en DOLCINI E., PADOVANI T., PALAZZO F. (direc.), *Sulla potestà punitiva delle Regioni*, 1994, 1 ss.; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, 170 ss.

## 2. Los Presupuestos de la Responsabilidad Penal del Director de un Periódico por los Delitos Cometidos a Través de la Prensa.

El art. 57 CP italiano, en su actual formulación introducida por la Ley de 4 de marzo de 1958, n. 127, castiga a título de imprudencia «*al director o al vicedirector, que omite ejercer sobre el contenido del periódico que dirige, el control necesario para impedir que a través del medio de la publicación se cometan delitos*»<sup>4</sup>.

Es este un delito especial, puesto que el sujeto activo que tiene el deber jurídico de controlar el contenido de los escritos publicados en el periódico que dirige, puede ser solamente la persona que posee, si bien de manera temporal, los poderes y funciones propias del director<sup>5</sup>.

El art. 3 de la Ley de 8 de febrero de 1948, n. 47, establece que el director responsable cuyo nombre debe figurar en la declaración de registro del periódico que se realiza en la cancillería del tribunal, es el sujeto que asume frente a la ley penal la responsabilidad por lo que se publica. El vicedirector es aquel sujeto que sustituye al director cuando éste tenga un cargo parlamentario (art. 3, párrafo cuarto, Ley n. 47 de 1948).

El art. 57 CP establece que el director o el vicedirector tiene a título imprudente una responsabilidad por el hecho propio de naturaleza omisiva<sup>6</sup>. Dos son los elementos típicos sobre los que se rige este tipo delictivo complejo. Además de un hecho omisivo imprudente realizado por parte del director responsable, la tipificación delictiva requiere de la realización de un delito cometido por parte del autor de la publicación. El mismo constituye el “resultado” del delito especial no querido por parte del director<sup>7</sup>.

Para evitar que el deber de control sobre el contenido de un periódico constituya una mera responsabilidad por su posición, se exige averiguar si ha mediado la inobservancia de cuidado por parte del director del periódico. El art. 57 CP establece de manera explícita que tanto el director como, en vía subordinada, el vicedirector tienen una posición de garante (ex art. 40 CP, último párrafo)<sup>8</sup>. La ratio de esta disposición se justifica por los amplios poderes de intervención

<sup>4</sup> Art. 57 CP: «il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati». Con respecto a los diferentes problemas jurídicos que plantea la estructura del art. 57 CP en la actual formulación introducida por la ley n. 127/1958 en la doctrina v., entre todos, PISAPIA G.D., La nuova disciplina della responsabilità per i reati commessi a mezzo della stampa, en Riv. it., 1958, 304 ss.; MANTOVANI F., La responsabilità per i reati commessi a mezzo della stampa nella nuova disciplina legislativa, en Arch. pen., 1959, 38 ss.; PANNAIN R., La responsabilità penale per i reati commessi a mezzo stampa, en Arch. Pen., 1958, 210 ss.; PAGLIARO A., La responsabilità per i reati commessi col mezzo della stampa secondo il nuovo testo dell'art. 57 c.p., en LEONE G. (coord), Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico, vol. II, Milano, 1960, 243 ss.; NUVOLONE P., La responsabilità del direttore di giornale nel quadro della teoria della colpa, en Riv. it., 1966, 241 ss.; PADOVANI T., Sul momento consumativo nei reati commessi col mezzo della stampa, en Riv. it., 1971, 85 ss.; SCORDAMAGLIA V., I reati commessi con il mezzo della stampa, Milano, 1984; più di recente ROMANO M., Commentario sistematico del codice penale, vol. I, 3 ed. ampliada, Milano, 2004, sub art. 57 CP, 616 ss.; v. también MANTOVANI F., Diritto penale, Parte generale, Padova, 2007, 384-387; PADOVANI T., Diritto penale, IX ed., Milano, 2008, 220-223.

<sup>5</sup> NUVOLONE P., I reati di stampa, Milano, 1951, 188 ss.

<sup>6</sup> Cfr. ROMANO M., Commentario, cit., 580; MANTOVANI F., Diritto penale, cit., 385.

<sup>7</sup> En este sentido v. DELITALA G., Titolo e struttura della responsabilità penale per i reati commessi sulla stampa periodica, en Riv. it. dir. proc. pen., 1959, 550 ss.; NUVOLONE P., Il diritto penale della stampa, Padova, 1971, 120 ss.; GROSSO C.F., voce Stampa (II), en Enc. Giur. Treccani, XXX, Roma, 1993, 3; ROMANO M., Commentario, cit., 580; MANTOVANI F., Diritto penale, cit., 385. Afirma que el delito realizado a través de la publicación constituye una condición objetiva de punibilidad PISAPIA G.D., La nuova disciplina, cit., 321.

<sup>8</sup> ROMANO M., Commentario, cit., 619.

del director, al poder decidir si se procede a la publicación de determinados artículos y al control sobre sus contenidos<sup>9</sup>. La conducta sancionada por el art. 57 CP consiste, por lo tanto, en omitir el ejercicio de control sobre el contenido de la publicación, destinado a impedir que a través del medio se cometan delitos. Según doctrina destacada, a fines penales la omisión total de control sobre los contenidos de la publicación coincide con el supuesto de control inadecuado o, en todo caso, insuficiente por parte del director<sup>10</sup>.

El director no responderá penalmente si demuestra haber adoptado todas aquellas medidas y cautelas idóneas para evitar la comisión de delitos a través de la publicación. El control tendrá que ser ejercitado según la diligencia típica de un director modelo y, de conformidad con las reglas o estándares de comportamiento determinados por los principios deontológicos que regulan el ejercicio del periodismo<sup>11</sup>.

Según destacada doctrina, para cumplir con el deber de control, el director debe leer todos los artículos previa publicación de los mismos en el periódico que dirige, buscar en los casos dudosos la fuente de las noticias que se publican, elegir con atención sus colaboradores y vigilar de manera constante su actividad<sup>12</sup>. Por tanto, el director debe ejercer un control continuo y puntual, puesto que, según la ley, tiene el deber de prevenir los delitos cometidos a través de la prensa<sup>13</sup>. Sin embargo, una reconstrucción tan estricta del deber de control produciría una excesiva limitación de la libertad de expresión ejercida mediante la prensa<sup>14</sup>.

Para garantizar un justo equilibrio entre exigencias contrapuestas, limitando, por un lado el riesgo de abusos de la prensa y, por otro, evitando ilegítimas limitaciones de la actividad periodística, será más correcto requerir por parte del director un deber de diligencia menos intenso y circunscrito a los casos de evidente ilicitud del contenido de los artículos. En cuanto a una correcta delimitación de las funciones de control del director del periódico, deberá tenerse en cuenta no solamente las dimensiones y la estructura organizativa de la empresa periodística, sino también la naturaleza de los escritos<sup>15</sup>.

Solamente en los casos de pequeños periódicos será posible pedir al director que realice un control personal sobre el contenido de las publicaciones. Por contra, respecto a las grandes empresas se tendrá que admitir que en el ejercicio de su deber de control, el director pueda delegar, en todo o en parte, en sus colaboradores (por ejemplo: jefes de redacción, jefes de servicio, etc.) aquellos poderes de intervención y de vigilancia necesarios para evitar que a través del medio se cometan delitos<sup>16</sup>. En los casos en que subsistan todos los presupuestos para que se pueda delegar de manera legítima los deberes de control, habrá que excluir la responsabilidad penal del director por aquellos escritos ofensivos que se hayan publicado en el periódico que dirige<sup>17</sup>.

<sup>9</sup> MABRIANI, cit., 729.

<sup>10</sup> GROSSO C.F., voce Stampa, cit., 1.

<sup>11</sup> MUSCO E., voce Stampa, cit., 641.

<sup>12</sup> NUVOLONE P., voce Stampa, NsD, XVII, 1971, 104.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Cfr. MUSCO E., voce Stampa, cit., 643, afirmando que «richiedere al direttore un controllo assiduo, capillare – senza precisare gli ambiti, i settori, i tipi di attività sottoposti a controllo, ecc. – può voler dire e di fatto vuol dire condizionare pesantemente al di là di ogni ragionevolezza, la legittima attività di informazione svolta dalla stampa».

<sup>15</sup> En este sentido v. PADOVANI T., Diritto penale, cit., 220.

<sup>16</sup> V. FIANDACA G., E' "ripartibile" la responsabilità penale del direttore di stampa periodica?, en Foro it., 1983, 572 ss.; MUSCO E., voce Stampa, cit., 644-645.

<sup>17</sup> MUSCO E., voce Stampa, cit., 645; MAGNANENSI S., Televisione, stampa e editoria, en Dig. disc. pen., vol. XIV Torino, 1999, 180-181. Sobre los presupuestos para una correcta delega de funciones en derecho penal v. FIORELLA A., Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa, Firenze, 1985; FIORAVANTI L., Delega di funzioni, doveri di vigilanza e responsabilità penale, en Giur. it., 1993, 769 ss.; más recientemente VITARELLI T., Delega di funzioni e responsabilità penale, Milano, 2008; también MANTOVANI F., Diritto penale, cit., 115-117; PULITANÒ D., Diritto penale, III ed., Torino, 2009, 495-503.

Para una correcta determinación del ámbito de aplicación del art. 57 CP es de fundamental importancia establecer, en primer lugar, cuales son los delitos cuya realización el director debe impedir. La expresión «*delitos cometidos a través de la prensa*», utilizada por el art. 57 CP, abarca aquellos delitos «*contenidos en escritos, dibujos o imágenes respecto a los cuales la prensa funciona como modalidad eventual o necesaria, de ejecución criminal*»<sup>18</sup>. Dicho en otras palabras, los delitos cometidos a través de la prensa son todos aquellos respecto de los cuales la prensa constituye el instrumento para la realización de un resultado lesivo para bienes jurídicos (por ejemplo: tanto delitos de opinión, difamación y vilipendio de las instituciones, como de violación de secretos, estafa, publicaciones obscenas, apologías de delitos, propaganda, etc.).

En conclusión, hay que definir bien el concepto de prensa para la correcta delimitación de las categorías de los delitos cometidos a través de la misma, cuya realización, en base al art. 57 CP, párrafo tercero, debe ser impedida por el director o vicedirector del periódico.

### 3. La No Equiparabilidad de los Periódicos Telemáticos a la Prensa.

El legislador italiano ha definido de manera expresa el concepto de prensa en el art. 1 de la Ley n. 47 de 1948. La ley reconduce «*todas aquellas reproducciones tipográficas o aquellas obtenidas con medios mecánicos o físico-químicos que de cualquier modo están destinados a la publicación*»<sup>19</sup> a la noción de imprenta o impresos; siendo los elementos sobre los que se basa el concepto legal de prensa básicamente dos: el «medio de fabricación» y su «destinación»<sup>20</sup>.

El primer elemento, que se define también como «estático» u «objetivo» consiste en la reproducción tipográfica de copias conseguidas con medios mecánicos o físico-químicos; mientras que el segundo, que se define también como «teleológico» o «dinámico», consiste en la destinación de la publicación a la reproducción tipográfica.

Evidente es la analogía entre la prensa tradicional y los escritos publicados en Internet. Ambos son medios de manifestación del pensamiento que se caracterizan por la difusión del mensaje que contienen a un número indeterminado de personas<sup>21</sup>.

La mayor potencialidad lesiva de los delitos que se cometen a través de la prensa o páginas web es debida a su intrínseca y, potencialmente, ilimitada capacidad de difusión a un número indeterminado de personas. También en el caso de un ilícito cometido mediante una publicación telemática, la ofensa no se acaba con la comisión del delito, puesto que permanece y se perpetúa

<sup>18</sup> En este sentido GROSSO C.F., voce *Stampa*, cit., 1.

<sup>19</sup> Art. 1 ley 48/1948: «*tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione*».

<sup>20</sup> NUVOLONE P., *Il diritto penale*, cit., 11; MUSCO E., voce *Stampa*, cit., 634; también PICOTTI L., *Profili penali*, cit., 302, que subraya como la destinación a la difusión a un público indeterminado constituya el elemento determinante de la noción de prensa.

<sup>21</sup> En jurisprudencia v. Cass., 17 novembre 2000, n. 4741, donde se afirma que «le informazioni e le immagini immerse «in rete», relative a qualsiasi persona sono fruibili (potenzialmente) in qualsiasi parte del mondo [...]. Una espressione ingiuriosa, una immagine denigratoria, una valutazione poco lusinghiera inserite in un «sito» web sono soggette ad una diffusione al di fuori di ogni controllo e di ogni ragionevole possibilità di «blocco», se non attraverso i mezzi coercitivi legalmente riservati alla pubblica autorità (e sempre che siano disponibili adeguati strumenti tecnici). Ma, va da sé, le procedure, appunto legali o tecniche, hanno bisogno di tempi lunghi, mentre il messaggio veicolato dal computer si propaga fulmineamente».

cada vez que un usuario se conecta a la página para leer el escrito o para descargarlo en su ordenador. Solamente con la supresión definitiva de todas las copias del artículo que contiene el mensaje ilícito, se acabará la producción de la ofensa<sup>22</sup>. Sin embargo, en el caso de un artículo difundido a través de internet, la cancelación del artículo desde la página telemática en la que se ha publicado no es en sí suficiente, puesto que el artículo puede ser, en la mayoría de los casos, recuperado a través de los comunes motores de búsqueda<sup>23</sup>.

Pese a las mencionadas afinidades entre los artículos publicados en la prensa tradicional y aquellos que se publican en la prensa telemática, la definición legal de prensa no se puede extender a las páginas telemáticas y a los artículos que se publican en ellas<sup>24</sup>. Respecto a las páginas web faltan aquellos elementos constitutivos típicos que requiere el art. 1 de la Ley n. 47 de 1948.

En primer lugar, en el caso de las páginas web, la reproducción de los artículos es meramente eventual y se realiza solamente en una fase sucesiva a su difusión en la red. A esto hay que añadir, que la reproducción tipográfica o bien, realizada mediante medios mecánicos o físico-químicos no se realiza por parte de quien difunde estos artículos, sino por parte de quien los recibe, esto es, el usuario que decide hacer una copia<sup>25</sup>.

En segundo lugar, lo que falta respecto a la prensa tradicional es el elemento “teleológico”, es decir la destinación del artículo a la publicación. El interés de quien publica noticias en internet es comunicarlas o difundirlas a un número indeterminado de personas, pero no necesariamente de imprimirlas y publicarlas sobre un soporte físico o de papel<sup>26</sup>. La reproducción mediante imprenta por un usuario corresponde a una fase solamente eventual o temporalmente sucesiva a la de su publicación en la web. Además, por razones técnicas no siempre es posible realizar una reproducción tipográfica de las comunicaciones telemáticas. Por ejemplo, piénsese en los mensajes de video o audio.

Como ha establecido el Tribunal Supremo italiano (“Corte di Cassazione”) en una reciente sentencia, la posibilidad de consultar informaciones y noticias publicadas en páginas web (por ejemplo en forum, blog, news-group, etc.) no los transforma por sí en prensa, sobre todo en aquellos casos en que estos espacios de discusión no están colocados dentro de un periódico telemático difundido a través de internet<sup>27</sup>.

En definitiva, queda claro que el deber de control sobre el contenido de la prensa periódica establecido por el art. 57 CP, no puede ser extendido, de *lege lata*, a los responsables y directores de periódicos telemáticos (páginas web, blog, forum, etc.) que difunden noticias<sup>28</sup>. Una extensión de

<sup>22</sup> NUVOLONE P., Reati di stampa, Milano, 1951, 14.

<sup>23</sup> Respecto a los peligros para la intimidad de los usuarios, que se pueden producir a través de la memorización de los datos en los buscadores v. la comunicación de la Agencia Italiana de protección de datos personales (“Garante privacy”) en materia de “Archivi storici on line dei quotidiani: accoglimento dell’opposizione dell’interessato alla reperibilità delle proprie generalità attraverso i motori di ricerca”, 11 de diciembre 2008, consultable a la siguiente página web [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

<sup>24</sup> En este sentido v. ya ZENO ZENCOVICH V., La pretesa estensione, cit., 15; TABARELLI DE FATIS S., La controversia disciplina penale della diffamazione tramite Internet, en Dir. inf. Inf., 2001, cit., 314; también SALVADORI I., I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito, en Giur. mer., n. 4, 2007, 1069 ss., 1073-1074. En la jurisprudencia v. Trib. Aosta, 15 de febrero 2002. Contra Trib. Napoli, 18 de agosto 1997, en Dir inf. inf., 1997, 970 ss.; Trib. Roma, 6 de noviembre 1997, en Dir inf. inf., 1998, 79 ss.

<sup>25</sup> Véase ZENO ZENCOVICH V., La pretesa estensione, cit., 18 ss.; también CORRIAS LUCENTE G., Il diritto penale dei mezzi di comunicazione, Padova, 2000, 260.

<sup>26</sup> PICOTTI L., Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet, en Dir. inf. inf., 1999, 302; CORRIAS LUCENTE G., cit., 261.

<sup>27</sup> Cass., sez. III, 11 de diciembre 2008, disponible a la siguiente página web [www.penale.it](http://www.penale.it)

<sup>28</sup> Con respecto a la posición del blogger, v. SALVADORI I., I presupposti, cit., 1074.

la legislación penal sobre la prensa a los directores de periódicos telemáticos constituiría una ilegítima operación analógica en malam partem, contraria a los principios penales de legalidad y de taxatividad<sup>29</sup>.

#### 4. Las Recientes Tentativas Jurisprudenciales Dirigidas a Extender También a Fines Penales la Normativa sobre la Prensa a los Periódicos Telemáticos.

Para superar el carácter obsoleto de la legislación sobre prensa, parte de la jurisprudencia italiana ha afirmado la posibilidad de equiparar, de *lege lata*, los periódicos telemáticos a la prensa tradicional<sup>30</sup>. Esta orientación se fundamenta en una interpretación equivocada del art. 1, párrafo primero, de la Ley 7 de marzo de 2001, n. 62, que introduce nuevas normas sobre la prensa y los productos editoriales<sup>31</sup>.

El art. 1 de la Ley n. 62/2001 define el «producto editorial» como «el producto realizado sobre un soporte en papel, incluyendo el libro o soporte informático, destinado a la publicación o difusión de informaciones al público por cualquier medio electrónico»<sup>32</sup>.

El párrafo tercero del art. 1 de la Ley n. 62/2001 establece que el producto editorial debe hacer referencia a las indicaciones obligatorias previstas por el art. 2, de la Ley n. 47 de 1948, mientras que el periódico, que se difunde al público con periodicidad regular y que se contradistingue por un encabezado, constituyendo el elemento identificativo del mismo, ha de ser registrado en el Tribunal, tal y como establece el art. 5 de la Ley 47 de 1948.

No se puede compartir la postura jurisprudencial que, a fines penales, equipara la prensa a los productos telemáticos. Realizando una lectura sistemática de la Ley n. 62/2001 es evidente que la intención del legislador no ha sido la de equiparar completamente la prensa a los “productos” informáticos que tienen naturaleza editorial<sup>33</sup>. La definición de producto editorial establecida por la Ley n. 61/2001 no tiene un valor general y no sustituye a la prensa tradicional, definida por el art. 1, l. n. 47/48<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Sobre la prohibición de analogía in malam partem en materia penal v. BOSCARRELLI M., Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale, Palermo, 1955; VASSALLI G., voce Analogia, cit., 158 ss.; ZACCARIA G., L'analogia come ragionamento giuridico, en Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 1335 ss.; PICOTTI L., La legge penale, sez. I, Il principio di legalità, en BRICOLA F., ZAGREBELSKY V. (coord.), Codice penale. Parte generale, Giurisprudenza sistematica di diritto penale, vol. I., II ed., Torino, 1996, 53 ss.

<sup>30</sup> En este sentido v. Trib. Modica, sentencia 8 de mayo 2008, n. 194, en Dir. inf. inf., 2008, 815 ss.; Trib. Firenze, sentencia 13 de febrero 2009, n. 982, en Dir. inf. inf., 2009, 911 ss.

<sup>31</sup> Ley 7 de marzo 2001, n. 62, “recante nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali e modifiche alla legge 5 agosto 1981, n. 416”, disponible a la siguiente página web <http://www.camera.it/parlam/leggi/01062l.htm>

<sup>32</sup> Art. 1 Ley n. 61/2001: «per «prodotto editoriale», ai fini della presente legge, si intende il prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico, o attraverso la radiodiffusione sonora o televisiva, con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici».

<sup>33</sup> En este sentido v. ya ZENO ZENCOVICH V., I «prodotti editoriali» elettronici nella L. 7 marzo 2001 n. 62 e il preteso obbligo di registrazione, en Dir. inf. inf., 2001, 161 ss. En jurisprudencia v. también Trib. Milano, sez. VI, 6 de febrero 2007, n. 1323, afirmando que pese al hecho que el art. 1 l. n. 62/2001 requiere por las revistas que tengan un carácter informativo y que se hayan realizado tanto en un soporte tradicional cuanto informático la obligación de inscripción «tuttavia tale normativa, il cui fine è quello di concedere agevolazioni economiche anche all'editoria telematica, non consente di equiparare le testate giornalistiche cartacee a quelle informatiche, essendo previsto l'obbligo di registrazione delle riviste telematiche solo “ai fini della presente legge”, cioè al fine di ottenere agevolazioni economiche».

<sup>34</sup> Cfr. TABARELLI DE FATIS S., La proposta di riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo Internet. Osservazioni critiche, en Dir. dell'Internet, n. 2, 2006, 195.



Como manifiesta de manera clara el art. 1, párrafo tercero, de la Ley n. 62/2001, es evidente que el objetivo perseguido por el legislador con esta disciplina ha sido la de extender a los periódicos y a las revistas telemáticas, la obligación de presentar las indicaciones requeridas por las imprentas, tal y como dispone el art. 2 de la Ley 47 del 1948, esto es, la indicación del lugar y año de publicación, el nombre y domicilio del impresor o, en su caso, el del editor. Respecto a los productos editoriales difundidos al público con periodicidad regular y que se contradistinguen por un encabezado, hace falta también que se cumpla la obligación de registro en la cancillería del Tribunal de la circunscripción de publicación (art. 5, de la Ley n. 47/48)<sup>35</sup>.

En definitiva, la definición de “producto editorial” prevista por la Ley n. 61/2001 no tiene en el ordenamiento jurídico italiano un valor general, de forma que se pueda afirmar que hay un único sistema normativo para la prensa tradicional y los nuevos medios telemáticos. Esta conclusión ha sido confirmada por la Ley 9 abril de 2003, n. 70, de transposición de la Directiva europea 2000/31/CE sobre el comercio electrónico.

El art. 7, párrafo tercero, de la Ley n. 70/2003, establece que «*el registro del producto editorial telemático es obligatorio sólo para aquellas actividades cuyos prestadores quieran recurrir a las facilidades económicas previstas por la Ley 7 de marzo 2001, n. 62*». Por lo tanto, es evidente que no todos los periódicos telemáticos tienen la obligación de registrarse, como requiere el art. 5 de la Ley n. 47 de 1948, sino solamente aquellos que quieran aprovechar de las facilidades económicas en favor de la editorial, previstas por la Ley n. 62/2001<sup>36</sup>.

Por todas estas razones, debe ser criticada la postura más reciente de la jurisprudencia que establece que en el ordenamiento jurídico italiano existiría, a los fines penales, una absoluta equiparabilidad entre una página web y una publicación periódica. Sobre la base de esta interpretación errónea de la definición de producto editorial, la misma jurisprudencia ha afirmado que se pueden extender también a los diarios telemáticos y blogs, las sanciones penales previstas para la prensa clandestina<sup>37</sup>. Sobre la base de esta ilegítima interpretación analógica de la ley en materia de prensa, el Tribunal de Modica ha condenado por un delito de prensa clandestina (art. 16 Ley n. 47 de 1948) a un gestor de un diario telemático (blog) por no haber respetado la obligación de registro en la cancillería del Tribunal.

Más recientemente, una sentencia del Tribunal de Florencia, ha fallado a favor de que la normativa de la prensa debe ser aplicada a la publicación telemática a fines penales a la normativa de la prensa. Lo que implica que al director de un periódico telemático se le aplica el art. 57 CP, esto es que responde penalmente a título de imprudencia por los delitos cometidos a través del periódico que dirige<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> En el mismo sentido TABARELLI DE FATIS S., La proposta di riforma, cit., 195.

<sup>36</sup> ZENO ZENCOVICH V., Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d.lgs. 70/2003, en Dir. inf. Inf., 2003, 505; también TABARELLI DE FATIS S., La proposta di riforma, cit., 194, que subraya como «l'obbligo di registrazione resta confinato in un ambito assai limitato, essenzialmente di natura amministrativa e subordinato alla volontà di usufruire delle speciali provvidenze pubbliche previste per i prodotti editoriali».

<sup>37</sup> TABARELLI DE FATIS S., La proposta di riforma, cit., 194.

<sup>38</sup> Trib. Firenze, cit., afirmando que «anche il giornale on line ha un suo direttore responsabile ed un editore che devono essere riportati sul sito web. Ragionando in questi termini, nel caso di diffamazione commessa con il mezzo di un giornale telematico, non possono non richiamarsi le norme del codice penale in materia di stampa, ossia l'art. 595, c.3, c.p. e l'art. 57 c.p.». Para un primer comentario crítico a la sentencia v. MELZI D'ERIL C., VIGEVANI G.E., La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di Internet, en Dir. inf. inf., 2010, 91 ss.

Está claro que las recientes inclinaciones jurisprudenciales de extender, de *lege lata*, el ámbito de aplicación del art. 57 CP, más allá de los límites del significado lingüístico de la expresión “prensa periódica”, tienen como objetivo superar la actual disparidad de tratamiento jurídico que hoy día existe en el ordenamiento italiano entre el director de un periódico tradicional y el de un periódico telemático<sup>39</sup>.

## 5. Consideraciones Finales y Perspectivas de *Lege Ferenda*

Finalmente hay que decir que actualmente en el ordenamiento jurídico italiano no hay una norma que permita castigar al director de un periódico telemático por la falta de control sobre los contenidos de la publicación que él mismo dirige. La configuración de una responsabilidad penal del director de un periódico telemático a través de una interpretación analógica del art. 57 CP ha de ser rechazada en cuanto resulta contraria al principio de legalidad y al de prohibición de analogía en *malam partem*.

Esto no significa, sin embargo, que de *lege lata* el director o vicedirector de un periódico telemático no pueda responder penalmente sobre la base de la vigente normativa en materia de concurso de personas en el delito (art. 110 ss CP).

En primer lugar, el director responderá como autor en el caso en que publique en el periódico telemático un artículo suyo, si éste integra todos los elementos típicos de un delito (por ejemplo: vilipendio a las instituciones, difamación, estafa, incitación al odio racial, etc.)<sup>40</sup>. En el supuesto que el director aporte una contribución determinante a la realización, junto con otros sujetos, de un hecho ilícito<sup>41</sup>, estaríamos frente a una responsabilidad por coautoría.

En el caso que el director con su conducta realice una contribución atípica de naturaleza causal o por lo menos favorecedora de la actividad de preparación o de ejecución del delito, tendrá que responder, en calidad de cómplice a título de participación material<sup>42</sup>. Paradigmático es el caso en que el director, teniendo conocimiento del contenido ofensivo de un artículo o de un comentario escrito por terceros, permita o no se oponga a su publicación en el periódico telemático que dirige.

El director responderá a título de participación material cuando existan todos los requisitos objetivos y subjetivos que requiere el ordenamiento. En este caso será necesario comprobar que su

<sup>39</sup> En este sentido v. Trib Modica, cit., donde afirma que «una diversa interpretazione delle disposizioni in commento [ ], a parere di questo Decidente, sarebbe suscettibile di irragionevolezza ed in contrasto con il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione. Difatti, qualora dovesse ritenersi che la disposizione di cui all'art. 7, comma 3, del D.Lvo n. 70/2003 abbia escluso l'obbligo della registrazione di cui all'art. 5 della L. n. 47/1948 per tutti coloro i quali pubblicano un periodico tramite la rete Internet, si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra i giornalisti della carta stampata, i quali soli sarebbero costretti a rispettare il dettato della legge del 1948 sulla stampa, ed i giornalisti telematici i quali, invece, potrebbero pubblicare in rete senza alcuna limitazione e senza alcuna forma di controllo».

<sup>40</sup> Sobre el concepto de autor en derecho penal v. en la doctrina BETTIOL F., Sulla nozione di autore del reato, en Riv. it. dir. pen., 1939, 162 ss.; PEDRAZZI C., Il concorso di persone nel reato, Palermo, 1952, 116-117; STORTONI L., L'agevolazione come forma di concorso nel reato, Padova, 1981, 105-106; INSOLERA G., voce Concorso di persone nel reato, Dig. Disc. Pen., vol. agg., Torino, 2000, 447.

<sup>41</sup> Sobre los presupuestos de la responsabilidad penal a título de “coautoría” v. GRASSO G., Sub art. 110 c.p., en ROMANO M. (cur.), Commentario, cit., 161.

<sup>42</sup> En materia de concurso en el delito a través de conductas atípicas v. STORTONI L., Agevolazione e concorso, cit., 88 ss.

contribución ha tenido una eficacia condicionante respecto al hecho típico<sup>43</sup>. Mayores dificultades podrían surgir respecto a la averiguación del elemento subjetivo, debiéndose probar, además de la representación y de la volición del hecho típico, también la conciencia de cooperar con otros en la ejecución del delito<sup>44</sup>.

Si el director, pese a no participar materialmente en la ejecución del delito, instiga o estimula a otras personas a la realización de un delito a través del medio de la publicación telemática, responderá a título de concurso moral (o participación psíquica), si ha causalmente determinado o reforzado causalmente la proposición criminal de otros sujetos<sup>45</sup>.

Finalmente, queda por analizar, en perspectiva de *jure condendo*, si cabe auspiciar en un futuro que el legislador, para superar la disparidad actualmente existente entre directores de periódicos tradicionales y directores de periódicos telemáticos, configure sobre los segundos un deber de control en base a los contenidos de las publicaciones.

Son sobre todo razones de naturaleza técnico-organizativa que llevan a excluir la oportunidad de prever una posición de garante de los directores de periódicos telemáticos. La interactividad de internet dificulta mucho la posibilidad de realizar un control profundo y preventivo sobre todos los mensajes que se insertan por parte de terceros en los periódicos telemáticos (blogs, fórum, etc.). La configuración de un difícil y casi inexigible deber de control sobre los contenidos de las publicaciones telemáticas, conllevaría el riesgo de limitar de manera muy evidente la libertad de comunicación y de información en internet<sup>46</sup>. Si el director de un periódico tuviera que analizar de manera preliminar todos los contenidos que se insertan en el periódico telemático que dirige, tendría menos posibilidad de actualizar en tiempo real los contenidos, algo que constituye la característica principal de internet y su éxito como medio de información.

Para garantizar un equilibrio justo entre libertad de manifestación de pensamiento, que incluye el derecho a la información de los usuarios de la red, y la tutela de los derechos fundamentales del hombre, y en particular, aquellos de la personalidad (dignidad, honor, reputación, intimidad, etc.), mejor sería si el legislador previera para el director de un periódico telemático un específico deber de información y comunicación a la autoridad judicial de las

<sup>43</sup> Respecto a la prueba de la relación causal entre conducta del concurrente y el hecho típico v. GRASSO G., Sub art. 110 c.p., cit., 165-169.

<sup>44</sup> Sobre las dificultades de averiguación del dolo en ámbito procesal v. las consideraciones de GALLO, voce Dolo (dir. pen.), en Enc. dir., Milano, 1964, 750 ss.; BRICOLA F., Dolus in re ipsa, Milano 1960; EUSEBI L., In tema di accertamento del dolo: confusione tra dolo e colpa, en Riv. dir. proc. pen., 1987, 1060 ss. Respecto al elemento subjetivo en el concurso de personas en el delito v. GRASSO G., Sub art. 110 c.p., cit., 180-182; PICOTTI L., Il dolo specifico. Un'indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali, Milano, 1993, 116 ss.; PEDRAZZI C., Tramonto del dolo?, en Riv. it. dir. proc. pen., 2000, 1273; INSOLERA G., Concorso, cit., 474 ss. En la doctrina española v. RAGUÉS I VALLES R., El dolo y su prueba en el proceso penal, Barcelona, 1999.

<sup>45</sup> En materia de concurso moral v. GRASSO G., Sub art. 110 c.p., cit., 169 ss. Sobre la instigación v. mas en general VIOLANTE L., voce Istigazione (nozioni generali), en Enc. dir., XXII, Milano, 1972, 896; SEMINARA S., Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato, en Riv. it. dir. proc. pen., 1983, 1123 ss.; TONINI P., Istigazione, tentativo e partecipazione nel reato, en Studi in memoria di Delitala, III, 1984, 1579 ss.; MORMANDO V., L'istigazione, Padova, 1995; SERENI A., Istigazione a reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale, Padova, 2000.

<sup>46</sup> En este sentido v. SALVADORI I., I presupposti, cit., 1078. Mas en general, sobre el principio de inexigibilidad («ultra posse nemo tenetur») en materia penal v. FORNASARI G., Il principio di inesigibilità nel diritto penale, 1990. Respecto a la peculiar posición de los Internet Service Provider ID., Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del Provider, en PICOTTI L. (cur.), Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet, Padova, 2004, 431 ss.

informaciones que posee y que pueden facilitar la actividad de averiguación de los delitos, así como un deber de eliminar los escritos con un evidente contenido ilícito publicados por terceros, cuando tenga conocimiento.

Esta ha sido, por ejemplo, la decisión tomada por el legislador italiano respecto a los prestadores de servicio (art. 17, párrafo 2, let. a) y b) D.lg.s n. 70 de 2003), que pese a no tener tanto una obligación general de vigilancia sobre las informaciones que transmiten o memorizan, como una obligación general de buscar de manera activa hechos o circunstancias que comprueben la presencia de actividades ilícitas, tendrán que informar la autoridad judicial o administrativa que tenga funciones de vigilancia, cuando tengan conocimiento de presuntas actividades o informaciones ilícitas que se refieren a un destinatario del servicio de la sociedad de la información o proporcionar, a petición de la autoridad, las informaciones que permitan identificar el destinatario de sus servicios, para determinar y prevenir actividades ilícitas<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Art. 17 (Assenza generale dell'obbligo di sorveglianza), D.lgs. n. 70/2003: «1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. 3. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente».

## BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA ITALIANA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: (“Garante privacy”), “Archivi storici on line dei quotidiani: accoglimento dell’opposizione dell’interessato alla reperibilità delle proprie generalità attraverso i motori di ricerca”, 11 de diciembre 2008, disponible en [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

BETTIOLF, Sulla nozione di autore del reato, en Riv. it. dir. pen., 1939.

BOSCARELLI M., Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale, Palermo, 1955.

BRICOLAF, Dolus in re ipsa, Milano, 1960.

Cass., sez. III, 11 de diciembre 2008, disponible en: [www.penale.it](http://www.penale.it)

CORRIAS LUCENTE G., Il diritto penale dei mezzi di comunicazione, Padova, 2000.

DELITALA G., Titolo e struttura della responsabilità penale per i reati commessi sulla stampa periodica, en Riv. it. dir. proc. pen., 1959.

EUSEBI L., In tema di accertamento del dolo: confusione tra dolo e colpa, en Riv. dir. proc. pen., 1987.

FIANDACA G., E’ “ripartibile” la responsabilità penale del direttore di stampa periodica?, en Foro it., 1983.

FIORAVANTI L., Delega di funzioni, doveri di vigilanza e responsabilità penale, en Giur. it., 1993.

FIORELLAA., Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa, Firenze, 1985.

FORNASARI G., Il principio di inesigibilità nel diritto penale, 1990.

GALLO, voce Dolo (dir. pen.), en Enc. dir., Milano, 1964.

GROSSO C.F., voce Stampa (II), en Enc. Giur. Treccani, XXX, Roma, 1993.

INSOLERA G., voce Concorso di persone nel reato, Dig. Disc. Pen., vol. agg., Torino, 2000.

LEY 7 DE MARZO 2001, n. 62, "recante nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali e modifiche alla legge 5 agosto 1981, n. 416", disponibile en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/010621.htm>

MAGNANENSIS., Televisione, stampa e editoria, en Dig. disc. pen., vol. XIV Torino, 1999.

MANTOVANI F., La responsabilità per i reati commessi a mezzo della stampa nella nuova disciplina legislativa, en Arch. pen., 1959.

\_\_\_\_\_, Diritto penale, Parte generale, Padova, 2007.

MARINUCCIG., DOLCINI E., Corso di diritto penale, III ed., Milano, 2001.

MORMANDO V., L'istigazione, Padova, 1995.

MELZI D'ERIL C., VIGEVANI G.E., La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di Internet, en Dir. inf. inf., 2010.

NUVOLONE P., I reati di stampa, Milano, 1951.

\_\_\_\_\_, La responsabilità del direttore di giornale nel quadro della teoria della colpa, en Riv. it., 1966.

\_\_\_\_\_, Il diritto penale della stampa, Padova, 1971.

\_\_\_\_\_, voce Stampa, NsD, XVII, 1971.

\_\_\_\_\_, Sul momento consumativo nei reati commessi col mezzo della stampa, en Riv. it., 1971.

\_\_\_\_\_, Diritto penale, IX ed., Milano, 2008.

PAGLIARO A., La responsabilità per i reati commessi col mezzo della stampa secondo il nuovo testo dell'art. 57 c.p., en LEONE G. (coord), Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico, vol. II, Milano, 1960.

PANNAIN R., La responsabilità penale per i reati commessi a mezzo stampa, en Arch. Pen., 1958.

PEDRAZZI C., Il concorso di persone nel reato, Palermo, 1952.

\_\_\_\_\_, Tramonto del dolo?, en Riv. it. dir. proc. pen., 2000.

PICOTTI L., Il dolo specifico. Un'indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali, Milano, 1993.

\_\_\_\_\_, La legge penale, sez. I, Il principio di legalità, en BRICOLA F., ZAGREBELSKY V. (coord.), Codice penale. Parte generale, Giurisprudenza sistematica di diritto penale, vol. I., II ed., Torino, 1996.

\_\_\_\_\_, Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet, en Dir. inf. inf., 1999.

\_\_\_\_\_, (cur.), Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet, Padova, 2004.

PISAPIA G.D., La nuova disciplina della responsabilità per i reati commessi a mezzo della stampa, en Riv. it., 1958.

PULITANÒ D., Diritto penale, III ed., Torino, 2009.

RAGUÉS I VALLES R., El dolo y su prueba en el proceso penal, Barcelona, 1999.

RINALDI R., L'analogia e l'interpretazione estensiva, en DOLCINI E., PADOVANI T., PALAZZO F. (direc.), Sulla potestà punitiva delle Regioni, 1994.

ROMANO M., Commentario sistematico del codice penale, vol. I, 3 ed. ampliada, Milano, 2004, sub art. 57 CP.

SALVADORI I., I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito, en Giur. mer., n. 4, 2007.

SCORDAMAGLIA V., I reati commessi con il mezzo della stampa, Milano, 1984.

SEMINARAS., Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato, en Riv. it. dir. proc. pen., 1983.

SERENI A., Istigazione a reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale, Padova, 2000.

STORTONI L., L'agevolazione come forma di concorso nel reato, Padova, 1981.

TABARELLI DE FATIS S., La controversia disciplina penale della diffamazione tramite Internet, en Dir. inf. Inf., 2001.

\_\_\_\_\_, La proposta di riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo Internet. Osservazioni critiche, en Dir. dell'Internet, n. 2, 2006.

TONINI P., Istigazione, tentativo e partecipazione nel reato, en Studi in memoria di Delitala, III, 1984.

TRIBUNAL DE AOSTA, 15 de febrero 2002. Contra Trib. Napoli, 18 de agosto 1997, en Dir inf. inf., 1997.

\_\_\_\_\_, 26 de mayo 2006, n. 533, en Giur. Mer., n.4, 2007.

TRIBUNAL DE MILÁN, sez. VI, 6 de febrero 2007, n. 1323.

TRIBUNAL DE MODICA, sentencia 8 de mayo 2008, n. 194, en Dir. inf. inf., 2008.

TRIBUNAL DE ROMA, 6 de noviembre 1997, en Dir inf. inf., 1998.

TRIBUNAL DE FIRENZE, sentencia 13 de febrero 2009, n. 982, en Dir. inf. inf., 2009.

VASSALLI G., voce Analogia nel diritto penale, en Dig. Disc. Pen., vol. I., 1987.

VITARELLI T., Delega di funzioni e responsabilità penale, Milano, 2008.

VIOLANTE L., voce Istigazione (nozioni generali), en Enc. dir., XXII, Milano, 1972.

ZACCARIA G., L'analogia come ragionamento giuridico, en Riv. it. dir. proc. pen., 1989.



ZENO ZENCOVICH V, I «prodotti editoriali» elettronici nella L. 7 marzo 2001 n. 62 e il preteso obbligo di registrazione, in *Dir. inf. inf.*, 2001.

\_\_\_\_\_, Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d.lgs. 70/2003, in *Dir. inf. Inf.*, 2003.

## DIE GRENZEN DES STAATSWANGS BEI AUSKUNFTSERLANGUNG IM STRAFVERFAHREN: FOLTERVERBOT IM RECHTSSTAAT

LOS LÍMITES A LA COERCIÓN ESTATAL PARA OBTENER INFORMACIÓN  
DURANTE LOS PROCESOS PENALES: LA PROHIBICIÓN LEGAL DE LA TORTURA

Jiří Herczeg\*

**Abstract:** This article studies the protection of the imprisoned or arrested people against the possibility of pressure or even torture by the repressive organs. The major question the author tries to answer is if the prohibition of torture is really absolute or if when facing global terrorism issues it tends to be relativized. In this article, the author depicts the most important international obligations of the Czech Republic regarding the protection against torture, referring specially to the European Convention on Human Rights. On concrete cases, that have been judged by the European Court of Human Rights, article 3 of the Convention has been applied accompanied by individual conceptions such as torturing is an inhuman or humiliating treatment. In the following part of the article, the operation before the European Court is described, as well as the process guarantees that result from article 3. In the last part of the article, the author reflects about the relativisation of the absolute prohibition of torturing after September 11th 2001 and he comes to the conclusion that the judicature of the European court for torturing is unambiguous: the arrangement prohibits it even in the most serious circumstances, such as are the fight against the terrorism or organised crime.

**Key Words:** State Coercion; Limits; Prohibition of Torture; Human Rights; European Convention on Human Rights; War on Terrorism; Relativization.

**Summary:** I. Preface. II. Limits of State Coercion to Obtain Information during Criminal proceedings. III. Domestic Legal Regime. IV. Justification of Torture in Extreme Situations. V. Torture in the War on Terror. VI. Conclusion.

**Resumen:** El objeto de este artículo es la protección de las personas que se encuentran en prisión o han sido arrestadas frente a la posibilidad de inflicción de presiones injustificadas o de tortura por parte de los órganos represivos. La principal pregunta que el autor trata de contestar es si la prohibición legal de la tortura es realmente absoluta o si ésta se ha relativizado por razón de la situación global de terrorismo. En el artículo, el autor muestra las obligaciones internacionales más importantes que tiene la República Checa en el ámbito de la protección contra la tortura, refiriéndose especialmente a la Convención Europea sobre Derechos Humanos. En casos concretos, que han sido resueltos por la Corte Europea de Derechos Humanos, se ha aplicado el artículo 3º de este instrumento, así como otras concepciones individuales como que la tortura es un tratamiento inhumano y humillante. A continuación se describe el

---

\* Matemático, Físico y Abogado de la Univerzita Karlova de Praga. Profesor de Derecho Penal del Instituto CEVRO y de la Univerzita Karlova de Praga. Miembro del Colegio de Abogados de República Checa. Miembro del Comité de Trabajo en Derecho Penal del Consejo Legislativo del Gobierno Checo. Miembro del Comité Editorial de la Revista Kriminalistika. Miembro del Grupo de Trabajo Internacional sobre Derecho Penal Comparado de la Universidad de Wurzburg (Alemania). Membership in the international working group of the University of Wurzburg for Comparative Criminal Law. Su actividad profesional se centra en temas como derecho penal económico, derecho constitucional, protección de derechos humanos y libertades fundamentales y en procedimientos ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Correo electrónico: [herczeg@prf.cuni.cz](mailto:herczeg@prf.cuni.cz) - [jiri.herczeg@vsci.cz](mailto:jiri.herczeg@vsci.cz)

*procedimiento ante la Corte Europea de Derechos Humanos, así como las garantías procesales que existen en este, derivadas del citado artículo 3°. En la última parte del artículo el autor reflexiona sobre la relativización de la prohibición absoluta de la tortura luego del 11 de septiembre de 2001 y llega a la conclusión de que las sentencias de la Corte Europea no son ambiguas: la Convención la prohíbe incluso en las más serias circunstancias, como en la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado.*

**Palabras Clave:** *Coerción Estatal; Límites; Prohibición de la Tortura; Derechos Humanos; Convención Europea sobre Derechos Humanos; Guerra contra el Terrorismo; Relativización.*

**Sumario:** *I. Introducción. II. Límites a la Coerción Estatal para Obtener Información Durante los Procedimientos Penales. III. Sistema Legal Nacional. IV. Justificación de la Tortura en Situaciones Extremas. V. La Tortura en la Guerra Contra el Terrorismo. VI. Conclusión.*

## I. Vorwort

Darf der Staat foltern, um ein oder mehrere Opfer terroristischer Folterung zu befreien? Kann der Staat zur Terrorabwehr auch Informationen nutzen, die möglicherweise unter Folter erlangt wurden? Da ist die Hauptfrage, die ich in diesem Beitrag zu beantworten versuche.

Im Zusammenhang mit dem Kampf gegen den internationalen Terrorismus taucht bei der Laien, aber auch bei der Fachöffentlichkeit immer wieder die Frage auf, bis zu welchem Maß es im Kampf mit diesen Erscheinungen nötig ist, seitens der Staatsmacht die Regeln einzuhalten, welche sich die staatliche Macht selbst festgesetzt hat. Der Zusammenstoß abstrakter Ideen mit den praktischen Erfahrungen deren Auswirkung in der Realität unterzieht diese Ideen ständig neuen Prüfungen und mit unterschiedlichem Maße der Dringlichkeit treten auch häretische Fragen in Erscheinung, ob zumindest einige Ideen des Rechtsstaates nicht einer Revision unterzogen werden sollen.

Die Äusserung des Verfassungsschutz-Präsidenten Heinz Fromm, er würde im Kampf gegen den Terrorismus auch Informationen nutzen, die möglicherweise durch Folter erlangt wurden, stellt erneut Frage des Schutzes der Festgenommenen bzw. Angehaltenen Personen vor Druck oder Foltermöglichkeit seitens der Sicherheitskräfte.

Man sehe es den Informationen im Übrigen nicht an, woher sie stammten und wie sie gewonnen worden seien, sagte Fromm. Die Möglichkeit, dass sie nicht nach unseren rechtsstaatlichen Grundsätzen erlangt worden sein könnten, darf nicht dazu führen, dass wir sie ignorieren. Es gehe schließlich darum, Terroranschläge zu verhindern.

Die Auffassung stiess in Deutschland an die scharfe Kritik. Wer Informationen aus Foltergeständnissen billigend in Kauf nimmt, billigt letztlich Folter, sagen die Kritiker. Das ist grundgesetzwidrig und damit wird der oberste Verfassungsschützer selbst zu einem Gefährder der Verfassung.

Die Folter wird, am Anfang des 21. Jahrhunderts, zum einem der Tabus unserer christlich-jüdischen Kultur. Verantwortliche Politiker bestreiten die Folternutzung und deren Glanztermine wie Sondermethoden der Ermittlung oder angemessener Zwang gelten wohl zur Behaltung der bisherigen Praxis.<sup>1</sup> Der absolute Folterverbot kriegt durch die globale Terrorbedrohung schwere Wunden. Der Zusammenstoß abstrakter Ideen mit den praktischen Erfahrungen der

Auswirkung dieser Regeln in der Realität unterzieht diese Ideen ständig neuen Prüfungen und in unterschiedlichem Maße der Dringlichkeit treten auch häretische Fragen in Erscheinung, nämlich ob nicht zumindest einige Ideen des Rechtsstaates einer Revision unterzogen werden sollten. Infrage gestellt wird nicht das Folterverbot an sich, wohl aber die ausnahmslose Geltung des Verbots. Sind wir aber tatsächlich in solcher Lage? Kommt es, nach den Anschlägen vom 11. September 2001, zur Relativisierung des absoluten Folterverbots?

## II. Grenzen des Staatszwangs bei Auskunftserlangung im Strafverfahren

In der Grundgesetzebene wird ein Verbot der Folterung sowie der menschenunwürdigen, grausamen oder beniedrigenden Behandlung im Art. 7 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention ("EMRK") geregelt. Im Bezug auf unsere Forschung wird zur wichtigsten völkerrechtlichen Regelung die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (weilers nur "EMRK") und in deren Rahmen besonders der Artikel 3. Gemäss dieser Bestimmung darf keiner gefoltert, beniedrigend behandelt oder bestraft werden. Dieser Verbot gilt absolut und unterliegt keinen Ausnahmen gemäss dem Art. 15 Abs. 2 der Konvention.

Gemäss der ständigen Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ist in Art. 3 EMRK einer der grundlegenden Werte einer demokratischen Gesellschaft verankert. Dieser betrifft die Grundsätze der Stellung eines Menschen, setzt Grenzen zwischen Menschlichem und Unmenschlichem, zwischen der Zivilisation und der Barbarei.<sup>2</sup> Auch unter den schwersten Umständen, wie es der Kampf gegen den Terrorismus oder das organisierte Verbrechen sind, verbietet die EMRK absolut das Foltern und eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung. Der Art. 3 lässt keine Ausnahme zu, dies auch nicht im Falle "einer öffentlichen Bedrohung der staatlichen Existenz" oder im Falle eines Verdachtes auf Terrorismus oder einer anderen verdammenswerten Aktivität einer bestimmten Person.<sup>3</sup> Während eines Verhörs zwecks Erlangung eines Geständnisses ist die Anwendung von Gewalt unzulässig. Wie das Gericht im Fall Tomasi feststellte, *"die Erfordernisse der Ermittlung und die unbestreitbaren Schwierigkeiten beim Kampf gegen die Kriminalität, vor allem im Bereich des Terrorismus, dürfen nicht zur Einschränkung des Schutzes führen, welcher der physischen Integrität einer Person gehört"*.<sup>4</sup> Der Charakter der Straftat, welcher der Beschwerdeführer beschuldigt wird, ist also nach Ansicht des Gerichtshofes für die Beurteilung aus der Sicht des Art. 3 ohne Relevanz.<sup>5</sup>

Der Gerichtshof stellte ebenfalls fest, dass die EMRK ein lebendiges Instrument sei, das im Licht der derzeitigen Lebensbedingungen zu interpretieren ist. Einige Taten, die früher als "unmenschliche oder erniedrigende Behandlung" und nicht als "Folter" qualifiziert wurden, könnten künftig anders qualifiziert werden. Der Gerichtshof ist nämlich der Meinung, dass das wachsende Niveau der Anforderungen im Bereich des Schutzes der Menschenrechte und Grundfreiheiten, parallel und unvermeidbar, eine größere Härte bei der Beurteilung der Eingriffe in die grundlegenden Werte der demokratischen Gesellschaft impliziert.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Ehrlich, A.- Johannsen, M.: Folter im Dienste der Sicherheit?, Menschenrechte – Bilanz und Perspektiven, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002, s.332 n.

<sup>2</sup> Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 18.1.1978, in Sachen Irland versus Großbritannien,

<sup>3</sup> Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 25.9.1997, in Sachen Aydinová versus Türkei,

<sup>4</sup> Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 27.8.1992 in Sachen Tomasi versus Frankreich,

<sup>5</sup> Beschluss des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 6.4.2000 in Sachen Labita versus Italien,

### III. Inländische Rechtsregelung

Wie sieht die Situation in der Tschechischen Republik aus? Darf der Polizeibeamte bei der Abwendung einer drohenden Gefahr die Folterung anwenden? Die Antwort ist nein, auf keinem Fall. Und zwar aus diesen Gründen:

Das Verhör eines Beschuldigten ist gemäß der tschechischen Strafprozessordnung (StPO) eines der Beweismittel. Der Beschuldigte besitzt das Recht, eine Aussage zu verweigern; dieses Recht darf ihm auf keine Weise entzogen werden. Der Beschuldigte darf in keiner Weise zur Aussage oder zu einem Geständnis gezwungen werden. Während des Verhöres ist seine Persönlichkeit zu schonen (Art. 40 Abs. 4 der Verfassung, § 33 Abs. 1, 92 Abs. 1, 164 Abs. 3 StPO).

Im Gegensatz zur deutschen Regelung (§ 136a StPO), legt die tschechische StPO die unzulässigen Ermittlungsmethoden nicht ausdrücklich fest. Deshalb ist es notwendig, von den allgemeinen Bestimmungen über das Verhör eines Beschuldigten und der spärlichen Judikatur auszugehen. Als Zwang gilt jede Form einer gesetzeswidrigen Nötigung, ob in Form einer direkten physischen Gewalt, Gewaltandrohung, Androhung eines anderen schweren Nachteiles oder der psychischen Nötigung. Das Oberste Gericht der Tschechischen Republik entschied, dass die Durchführung des Verhöres eines Beschuldigten unter absichtlich herbeigeführten Umständen, die deutlich ungünstig seinen psychischen Zustand zu beeinflussen in der Lage sind, ein unzulässiger Druck auf den Beschuldigten ist und einen grundlegenden Mangel eines solchen Verhörs darstellt, es sich um einen absolut unwirksamen Beweis handelt.<sup>7</sup> Der Beschuldigte darf auf keine Weise, also auch nicht durch sein sich ständig wiederholendes Verhören zum Geständnis gezwungen werden.<sup>8</sup> Nicht einmal Sicherungsinstitute, vor allem eine U-Haft, dürfen dazu missbraucht werden, den Beschuldigten zur Aussage zu zwingen.<sup>9</sup> Auch die Ausnutzung eines Abstinenzsyndroms (beim Drogenabhängigen oder beim Alkoholiker) oder Müdigkeit ist als gesetzeswidriger Zwang zu bewerten.

Ein Beweis, der durch gesetzeswidrigen Zwang oder durch die Androhung eines solchen Zwanges erreicht wurde, ist absolut unwirksam und gemäß § 89 Abs. 3 StPO darf ein solcher während eines strafgerichtlichen Verfahrens nicht verwertet werden, mit Ausnahme der Anwendung eines solchen Beweises gegen diejenige Person, die einen solchen Zwang angewendet oder einen solchen angedroht hat, also z.B. gegen den Polizeibeamten, der den Beschuldigten geschlagen hat, mit dem Ziel sein Geständnis zu erzwingen. Diese Bestimmung stellt die Umsetzung der Verpflichtung der Tschechischen Republik dar, die sich aus dem Abkommen gegen die Folterung und andere grausame und unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung (Kundmachung Nr. 143/1988 Slg.) ergibt und wurde in die Strafprozessordnung durch die Novelle Nr. 175/1990 Slg. eingefügt. Das strafrechtliche Verbot von Folterungen ist in der Bestimmung des § 259a StGB enthalten, nach welcher die Straftat einer Folterung und einer anderen unmenschlichen und grausamen Behandlung derjenige begeht, der im Zusammenhang mit der Ausübung der Kompetenz eines Staatsorgans, eines Organs der Gebiets selbstverwaltung oder eines Gerichtes einem anderen durch Folter oder eine andere unmenschliche oder grausame Behandlung körperliche oder geistige Qual verursacht.

---

<sup>6</sup> Beschluss des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 28.7.1999 in Sachen Selmouni versus Frankreich,

<sup>7</sup> Beschluss des Obersten Gerichtes der ČR vom 6.3.1989, Akt.-Nr.7 To 1/89,

<sup>8</sup> Urteil des Obersten Gerichtes vom 9.4.1968, Akt.-Nr.7 Tz 11/68,

<sup>9</sup> Urteil des Obersten Gerichtes vom 15.2.1968, Akt.-Nr. 5 To 11/68,

Die Bestimmung über Notwehr gemäß § 13 StGB oder Notstand gemäß § 14 StGB darf also auf solche Handlungsweisen eines Amtsträgers, die das Verbot der Folter oder unmenschlicher Behandlung übertreten würden, wenn auch mit der Absicht, dadurch einen anderen Wert zu retten, nicht angewendet werden. Es ist daher offensichtlich, dass der gesetzeswidrige Zwang während des Verhöres eines Verdächtigen keine Handlung ist, der durch die Anwendung der angeführten Bestimmungen des Strafgesetzes die Rechtswidrigkeit entzogen werden könnte. In solchen Fällen stellt das Folterverbot genau deshalb eine Grenze dar, weil der Polizist im Namen des Staates handelt, als Organ der Staatsmacht auftritt und er durch die gleichen Grenzen in seinen Handlungen gebunden ist, wie der Staat selbst.

Der Ausschluss der Rechtswidrigkeit des Missbrauches der Amtsgewalt nach den Bestimmungen über die Notwehr und den Notstand ist in einer Reihe von Fällen sicher denkbar: z.B. ein Polizist entlässt einen festgenommenen Täter in einer Situation, wo sein Komplize mit der Zündung einer Bombe droht. Eine solche Handlungsweise ist eine Handlung im Notstand, die Gefahr konnte auf keine andere Art abgewendet werden und die verursachte Folge ist von geringerer Bedeutung, als die angedrohte. Falls er jedoch einen Täter festhalten würde, bei dem der Grund zur Annahme besteht, dass er über die platzierte Bombe Bescheid weiß, darf er die bestehende Gefahr nicht durch die Überschreitung des Folterverbotes abwenden- die nötige Information um den Preis einer Folterung zu gewinnen- weil die verursachte Folge – die Explosion der Bombe – abstrakt gesehen, ebenso schwerwiegend ist wie der Verstoß gegen die Grundsätze des Rechtsstaates und es zu einer Verletzung des Grundsatzes der Proportionalität kommen würde.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass gemäß der gültigen Rechtsregelungen, die Anwendung der Bestimmung des Strafgesetzes über Notwehr und Notstand auf die Vorgehensweise der beim Strafverfahren wegen Anwendung von Gewalt oder von anderen vergleichbaren erzwingenden Mitteln während des Verhöres eines Verdächtigen oder Beschuldigten tätigen Organe, völlig ausgeschlossen ist und die Anwendung von Zwangsmitteln im Widerspruch zur Rechtsordnung je nach der Intensität der angewandten Gewalt als Straftat des "Missbrauchs der Amtsgewalt" gemäß § 158 StGB oder als Straftat "Folterung und einer anderen unmenschlichen oder grausamen Behandlung" gemäß § 259a StGB bewertet werden müsste.

#### **IV. Rechtfertigung von Folter in Extremsituationen**

Die angedeutete, aus dem Prinzip der Legalität und Rechtssicherheit ausgehende Lösung, spricht gegen die Applikation des Notstandes bei der Handlung des Staates, nichtsdestoweniger bleibt die Frage, wie die eventuelle Untätigkeit des Staates zu lösen wäre, damit diese Untätigkeit nicht zu Lasten der Bürger geht, die vom Staat erwarten, dass er seine grundlegende Funktion und zwar den Schutz seiner Bürger erfüllen wird.

Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit kann somit vor allem dadurch gelöst werden, dass die Anwendung der Bestimmung über Notwehr und Notstand nur dann in Frage kommt, wenn es sich um eine vollkommen atypische und außerordentliche Situation handeln würde, mit welcher der Gesetzgeber nicht rechnen konnte und wo der Unterschied zwischen den kollidierenden rechtlichen Interessen so groß wäre, dass die Untätigkeit des Staates der allgemeinen Vorstellung über Gerechtigkeit widersprechen würde.

Dworkin schreibt: "Falls wir einer Gruppe von Verdächtigen die Rechte entziehen, die wir für andere Menschen als grundlegend betrachten, machen wir uns einer Ungerechtigkeit schuldig. Es wäre eine sehr ernsthafte Bedrohung, die fähig wäre, außerordentliche und ungerechte Maßnahmen anderer Regierungen zu entschuldigen, würden derart ungerechte Schritte das Risiko einer Katastrophe senken. Allerdings müsste auch in so einem Fall darauf geachtet werden, dass es tatsächlich nur zu einer unvermeidlichen Beschränkung der traditionellen Rechte kommt."<sup>10</sup>

### a. Fall Daschner

Die öffentliche Diskussion über Grenzen des Staatszwangs auf die Verdächtigen hat der Fall Daschner ausgelöst. Am 27.09.2002 ist auf dem Heimweg von der Schule der damals 11-jährige Jacob von Metzler, Sohn des bedeutenden frankfurter Bankier, entführt worden. Der Täter, Jurastudent Magnus Gäfgen, hat den Jungen angesprochen und ihn unter falschem Vorwand in seine Wohnung eingelockt, ihn dort erwürgt und sein Körper im nahen See versteckt. Magnus Gäfgen wurde wegen Entführung und Mord zur lebenslänglichen Freiheitsstrafe verurteilt, dennoch beschäftigt ganz Deutschland bis heute die Frage der Erlangung des Geständnisses durch die ermittelnden Polizeibeamten. Der Täter verriet das Versteck des Opfers nämlich erst nach der Drohung der Anwendung körperlicher Gewalt. Der Frankfurter Polizeivizepräsident Wolfgang Daschner befahl einem ihm untergebenen Kriminalhauptkommissar, Gäfgen mit Gewalt zu drohen, falls er nicht sage, wo er den Jungen versteckt hält. 10 Minuten später gestand Gäfgen und teilte den Ort mit, an dem er den Leichnam des Kindes versteckt hatte. Daschner informierte darauf hin die Staatsanwaltschaft über seine Vorgehensweise und machte folgenden Eintrag in die Akte: *"Um das Leben des entführten Jungen zu retten, ordnete ich an, dass es nötig sei, nach vorheriger Drohung durch Schmerzverursachung (keine Verletzungen) und unter Anwesenheit eines Arztes, den Verdächtigen Gäfgen erneut zu verhören"*.

Mehr als zwei Jahre nach dem Mord des entführten Schülers musste sich der hohe Polizeioffizier (und der ausführende Polizeibeamte) wegen Nötigung vor Gericht verantworten. Am 20.12.2004 erließ dann das Landgericht Frankfurt das lang erwartete Urteil. Das Gericht erklärte Wolfgang Daschner der Anstiftung zur Nötigung gemäß §§ 357 I, 240 I StGB für schuldig und legte ihm eine Ermahnungsstrafe unter Vorbehalt einer Geldstrafe in Höhe von 10.800 EUR (90 Tagessätze) auf. Der Polizist, der seinen Befehl ausgeführt hatte, wurde wegen Nötigung verurteilt und es wurde ihm unter Vorbehalt einer Geldstrafe in Höhe von 3.600 EUR (60 Tagessätze) eine Ermahnungsstrafe auferlegt. Das Gericht ordnete keine Beschränkungen an und setzte eine einjährige Bewährungsfrist fest. Diese Art der Strafe wird nur selten angewandt und gehört zu den mildesten strafrechtlichen Sanktionen. Die beiden Polizisten werden als nicht vorbestraft angesehen. Das Gericht hat sich klar ausgesprochen: die Daschers Anordnung war rechtswidrig.

- *Die im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung gegenüber dem Vernommenem geäußerte Drohung, man werde ihm Schmerzen zufügen, um ihn zu wahrheitsgemässen Angaben ( hier: Preisgabe des Aufenthaltsorts eines entführten Kindes) zu zwingen, stellt eine unzulässige Nötigungshandlung i.S. des § 240 dar.*

<sup>10</sup> In Holländer, P., Musil, J., Švestka, J.: Sicherheitsaufforderungen und Einschränkung der Grundrechte in der postmodernen Realität, Sammelwerk Sicherheit der Tschechischen Republik, MU Brno, 2003, S.104,

- *Bei den im juristischen Schrifttum erörterten Ausnahmekonstellationen handelt es sich um Grenzfälle, die jedenfalls dann keine abweichende Bewertung rechtfertigen, wenn die in der konkreten Situation in Frage stehenden Verdachtsmomente noch nicht ausreichend sicher ermittelt und gesetzlich zulässige Ermittlungsmassnahmen noch nicht erschöpft sind.*<sup>11</sup>

Es gab keine Rechtfertigungsgründe. Selbst wenn man der Rechtsansicht folgt, welche die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe, die für Privatpersonen gelten, auch auf hoheitliches Handeln anwendet, ist das Vorgehen des Angeklagten weder durch Nothilfe (§ 32 StGB) noch durch rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) gerechtfertigt. Die Androhung von Schmerzzufügung war jedoch nach Art und Mass nicht das mildeste Mittel, da derzeit noch sonstige, mildere Mittel (Konfrontierung des Beklagten mit Geschwistern des Entführten) zur Verfügung standen. Grundgesetz, die Menschenrechtskonvention sowie der hessische Polizeigesetz verbieten eine Bedrohung der Gewalt oder sonstigen Zwangs. Nicht einmal eine Information, welche die Gefahr abwendet, darf unter der Androhung eines gesetzeswidrigen Druckes gewonnen werden. Die verbotenen Verhörmethoden dürfen nicht einmal zur Abwendung einer Gefahr angewandt werden. Das Gericht führte ausdrücklich an: *„In einem Rechtsstaat kann keiner zum Objekt der Staatsgewalt werden. Der Staat erfüllt gegenüber allen Bürgern die Schutzfunktion. Die Achtung der menschlichen Würde ist die Grundlage eines Rechtsstaates. Auch nicht im Dienste der Gerechtigkeit oder in schwierigen Situationen darf die Polizei von diesem Grundsatz abweichen.“*

Zur Strafe führte das Gericht aus, dass der Schutz der Rechtsordnung einen Ausspruch bezüglich der Schuld, nicht aber einen Ausspruch bezüglich der Strafe gebietet. Dem Beschuldigten ging es um die Rettung eines Lebens, seiner Meinung nach wurden alle Möglichkeiten ausgeschöpft, bis auf zwei – die Gewaltandrohung und die Gewaltanwendung. Die Polizisten befanden sich in einer Notsituation, sie wollten ein Menschenleben retten und begingen hierbei eine Straftat. Die Rettung eines Menschenlebens ist ein ehrenhaftes Motiv und das Gericht zeigt Verständnis für den inneren Konflikt, den die Polizisten zu lösen hatten. Das Gericht führt ausdrücklich aus, dass dem Beklagten Respekt ausgesprochen werden muss, dass er sich in einer Zeit, wo es üblich ist, sich der Verantwortung zu entziehen, nicht bemühte, seinen Verstoß zu verdecken.

## b. Das Verfahren vor dem EGMR

Im Juni 2005 legte Gäfgen Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ein, um die Wiederaufnahme des Verfahrens zu erreichen. Er berief sich auf eine Verletzung der Art. 3 EMRK (Folter- und Misshandlungsverbot) und Art. 6 EMRK (fairer Verfahren). Nach Auffassung Gäfgens wurde die Folterandrohung im späteren Strafverfahren gegen ihn nicht ausreichend berücksichtigt. Das Verfahren hätte wegen der Folterandrohung eingestellt werden müssen. Er sei daher immer noch ein Folteropfer. Darüber hinaus seien durch sein Geständnis Beweismittel erlangt worden, die nur infolge dieser Aussagen von den Behörden hätten sichergestellt und verwertet werden können (vgl. Früchte des verbotenen Baumes). Dies verletze seinen Anspruch auf ein faires Verfahren. Am 30. Juni 2008 wies der EGMR die Beschwerde Gäfgens als unbegründet zurück. Der Gerichtshof urteilte mit 6 zu 1 Stimmen, dass Gäfgen zwar Opfer einer Verletzung von Art. 3 EMRK (Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung) geworden sei, den Opferstatus bei Einleitung des Verfahrens vor dem EGMR aber verloren habe, weil die deutschen Gerichte – allen voran das Bundesverfassungsgericht – die Vernehmungsmethode als Verstoß gegen Art. 3 EMRK anerkannt hätten, die beiden Polizeibeamten strafrechtlich verurteilt worden waren und das durch verbotene

<sup>11</sup> Urteil des Landesgerichtshofes in Frankfurt am Main vom 20.12.2004, Aktenz.5/27 Kls 7570 Js 203814/03, NJW 10/2005, S.692 ff.,



Vernehmungsmethoden erlangte Geständnis im Strafverfahren nicht gegen Gäfgen verwertet wurde. Ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) wurde nicht festgestellt. Denn die Verurteilung stützte sich auf ein späteres Geständnis des Mörders. Er hatte dieses vor Gericht abgegeben, nachdem er darüber belehrt worden war, dass alle früheren Aussagen nicht gegen ihn verwendet werden dürfen. Außerdem hatte Gäfgen bei seinem neuen Geständnis angegeben, er würde dieses freiwillig ablegen, aus Reue und um Verantwortung für sein Verbrechen zu übernehmen.

Gegen diese Entscheidung rief Gäfgens Anwalt die mit 17 Richtern besetzte Große Kammer des EGMR an, die am 1. Juni 2010 den Entscheid fällt. Sie betonte, dass die Drohungen gegen Gäfgen zwar keine Folter, aber eine durch Art. 3 EMRK gleichfalls verbotene unmenschliche Behandlung war. Im Gegensatz zur Vorinstanz war aber die Große Kammer der Auffassung, dass Gäfgen weiterhin geltend machen kann, das Opfer eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK zu sein, denn die beteiligten Polizeibeamten wären nur zu einer geringen Geldstrafe verurteilt worden. Weiterhin wäre das von Gäfgen angestrebte Amtshaftungsverfahren nach über drei Jahren noch immer nicht abgeschlossen. Gäfgen erzielte insofern einen teilweisen Erfolg.

Sein Hauptziel erreichte Gäfgen jedoch nicht. Denn die Große Kammer teilte die Einschätzung der Vorinstanz, dass das Recht Gäfgens auf ein faires Verfahren nicht verletzt worden war. Gäfgen könne daher nach Auffassung des Gerichtshofs kein neues Strafverfahren oder die Wiederaufnahme seines Strafverfahrens fordern.<sup>12</sup>

### c. Das "Ticking Timebomb" Szenario

Auch wenn die öffentliche Abscheu gegenüber Folterpraktiken fast einhellig ist, werden in letzter Zeit immer häufiger Einwände gegen die Absolutheit des Folterverbots angemeldet. Infrage gestellt wird nicht das Folterverbot an sich, wohl aber die ausnahmslose Geltung des Verbots. Meist geschieht dies unter Verweis auf eine mögliche unmittelbare und masive Bedrohung, von der angenommen wird, dass sie nur durch Anwendung aller verfügbaren Mittel, einschliesslich der Folter, abgewendet werden konnte. Sogar Befürworter der Relativisierung des absoluten Folterverbots lassen dessen Milderung nur ausnahmsweise und als ultima ratio zu. Oft zitiert man das sog. "ticking timebomb Szenario". Eine von Terroristen platzierte Chemiebombe, die in wenigen Stunden explodieren wird, droht Tausende von Menschen zu vernichten. Die Polizei verhaftet einen mutmasslichen Terroristen, der über die Information verfügt, die man braucht, um die Katastrophe abzuwenden. Sonstige Möglichkeiten der Gefahrenabwehr – etwa durch Erfüllung der Forderung der Terroristen – bestehen nicht. Welche Verhörmethoden sind in diesem Fall noch legal? Für die Zulassung von Folter in Extremfällen hat sich z.B. Prof. Dr. Winfried Brugger von Uni Heidelberg ausgesprochen.<sup>13</sup> Brugger plädiert dafür, in einer solchen Situation von Staats wegen Folter einzusetzen, um die eventuell lebensrettende Information aus dem mutmasslichen Terroristen herauszupressen. Brugger bedingt die Zulässigkeit von Folter mit folgenden Bedingungen:

- *Es liegt eine klare, unmittelbare und erhebliche Gefahr für das Leben und die körperliche Integrität einer unschuldigen Person vor;*
- *Diese Gefahr ist durch einen konkreten Täter verursacht und dieser Täter ist die einzige Person, die die Gefahr beseitigen kann;*

<sup>12</sup> EGMR Nr. 22978/05 (5. Kammer) - Urteil vom 30. Juni 2008 (Gäfgen vs. Deutschland).

<sup>13</sup> Brugger, W.: Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, Juristen Zeitung, 4/2000, 165 ff.,

- *Die Anwendung körperlichen Zwangs ist das einzig erfolgversprechende Mittel zur Informationserlangung und Gefahrabwendung.*

Brugger geht dabei vom Polizei – und Verfassungsrecht aus. Absichtlich schiebt er die Bestimmungen der Strafprozessordnung abseits, da sich um keine Straftatermittlung, sondern um Abwendung der Lebensgefahr des Entführten handelt. Der gravierendste Widerspruch liegt in der Zulässigkeit des sog. "finalen Rettungsschusses", also Tötung etwa eines Geiselnähmers zur Rettung der Gisel. Folgendmassen regelt der § 54 Abs.2 des Polizeigesetzes von Baden – Württemberg: *"Ein, für den Täter mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit tödlicher Schuß, ist nur dann zulässig, sollte dieser zum einzigen Abwendungsmittel einer direkt drohender Lebens- oder Körperintegritätsgefahr werden."* Für Brugger ergeben sich daher einige Prinzipien, die sich auf die Folterproblematik übertragen lassen: Zum einen hat die Polizei Gefahren effektiv abzuwehren und zu beseitigen, zum anderen hat die Polizei "Gesetz und Recht zu schützen und denjenigen, der die Grenze überschreitet, in seine Schranken zu verweisen".

Warum sollte die Folter zum Zweck der Auskunftserlangung verboten sein, wenn sogar die Tötung des Täters erlaubt ist? Dazu zeigt Brugger folgendes Beispiel vor: *"Hält Geiselnähmer die Pistole an die Schläfe, darf er von der Polizei erschossen werden, wenn dies das einzige Mittel zur Rettung des Lebens der Geisel. Hat ein Geiselnähmer eine tickende Bombe an der Gisel befestigt, darf dieser zur Mitteilung des Zündungskodes keinerlei durch Folter gezwungen sein."*

Man kann über Spalte zwischen der Moral und dem Recht sprechen. Verbietet die Rechtsordnung eine Folterung ausnahmslos, wird diese in Extremfällen etisch rechtfertigend. Im Ergebnis schlägt Brugger vor, die einer Folter entgegenstehende nationale und internationale Normen für die Fälle teleologisch zu reduzieren, in denen die vom ihm formulierten Kriterien gegeben sind.

In der deutschen Literatur sowie in der Gerichtspraxis (Fall Daschner) wird diese Stellung vorwiegend abgelehnt.<sup>14</sup> Beispielsweise in dem obgeführten Fall Daschner äusserte das Gericht auch im theoretischen Fall der "tickenden Bombe" seine prinzipielle Zweifel über Anwendung der Notstandbestimmung. *"Wie weit kann die Polizei ihren Zwang treiben? Den Daumen ausrenken, wie von Daschner vorgeschlagen, den Arm brechen oder den Terroristen gleich töten? Und was wird mit dem folterverweigernden Polizist?"*

Mit dieser Frage befasst sich jeder Staat allein und nach seiner Art. Sofern eine Grundrechtsderogierung für die meisten demokratischen Europaländer zum unüberwindlichen moralen und rechtsphilosophischen Hinderniss wird,<sup>15</sup> fühlt die Bush-Administrative keine Hemmung. Laut dem Vize-Präsident Dick Cheney verdienen die Terroristen keine der gesetzlichen Garantien und Sicherungen, die der üblichen Gerichtsprozedur unterliegenden Bürgern zusteht. Diese verdienen nicht einmal den Kriegsgefangenen-Status.<sup>16</sup> Mit dieser Absicht ist demfolgend eine Sonderhaftanlage Camp Delta an der Militärbasis Guantanamo errichtet worden, wo hunderte von Personen (derzeitig za. 500) ohne Beklagung und Gericht festgehalten bleiben und wo Folter zur üblichen Verhörmethode wird.

<sup>14</sup> z.B. Hilgendorf, E.: Folter im Rechtsstaat? Juristen Zeitung, 7/2004, s.331 n., Roxin. C.: Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, C.h.Beck, Mnichov 2005, S.461,

<sup>15</sup> Pikna, B.: Nekteré aktuální aspekty a možnost omezení základních práv v České republice z hlediska ústavního a evropského práva po 11.září 2001 (Einige Aspekte und Beschränkungsmöglichkeit der Grundrechte in der Tschechischen Republik mit Rücksicht auf das Verfassungs- und Europarecht nach dem 11. September 2001), Sborník Bezpečnost České republiky (Sammelbuch Sicherheit der Tschechischen Republik), Masaryk-Uni Brno, 2003, S.66,

<sup>16</sup> Respekt 3/05,

Zum Extremfall zählt bestimmt auch der Israel, der ungezügelt direkte Gewalt zur Vollstreckung der allgemein erkannten Gerechtigkeit, wie bei der Operation "Der Schwert von Kidon", also bei Vernichtung der Auslöser des Attentats bei olympischen Spielen 1972 in München, waagelos ausübt. Trotz der Nichtbenutzung des Folterausdrucks bleibt Israel wohl die einzige westliche Demokratie, die offiziell Billigung des Häftlingsfolters bei Verhören zugibt.

Letztendlich fand der oberste Gerichtshof von Israel im Jahre 1999 einige Verhörmethoden des Geheimdienstes Shin-Bet als gesetzwidrig.<sup>17</sup> Diese Methoden bezeichnete das Gericht zwar nicht als Folter, doch gab diese als Verletzung der Rechte und Würde der Verhafteten an. Es handelte sich um folgende Praktiken: (i) gewaltsame intensive Schütterung des Verdächtigen, (ii) Haltung in der "Schabach-Stellung": der Verdächtige sitzt auf kleinem und niedrigem Stuhl mit hinter seinem Rücken verbundenen Händen wobei sein Kopf mit undurchsichtbarem Sack bedeckt ist (iii) hocken an Fingerspitzen (iv) übermässiger Fesselanzug und (v) Schlafbehinderung.

Tatsächlich handelte sich um Beschwerden der terrorverdächtig Festgenommenen, gegen die obgenannte Methoden beim Verhör angewendet worden sind. Die Geheimdienstzentrale teilte dazu mit, einige Tage vor der Festnahme bekame sie verdachtbegründenden Auskünfte, die Beschwerer sollen über wichtige Auskünfte besitzen, die Menschenleben retten bzw. bevorstehende schwerwiegende Terrorattacken in Israel verhindern könnten. Während der Untersuchung tauchten noch weitere Tatsachen auf, die obgeführte Verdacht noch verstärkten. Der angewendete Körperzwang sei kein "Folter" im Sinne der UN-Anti-Folter-Konvention und sei durch Notstandbestimmung zu berechtigen.<sup>18</sup>

Das oberste Gericht äusserte sich dazu, dass Notstandbestimmung (§ 34) des israelischen Strafgesetzes darf keinerlei dazu dienen, den Ermittlern eine Zulassung von solchen Verhörmethoden zu ermöglichen. Gemäss der gültigen Rechtsbestimmung verfügen weder die Regierung noch die Geheimdienstzentrale über Befugniss zum Erlass oder Anordnung zur Anwendung der foltereinbezüglichen Ermittlungsmethoden gegen den feindterrorverdächtigen Personen. Keiner der Ermittler oder sonstiger Polizeibeamten ist zur Anwendung solcher freiheitsbeschränkenden Mittel beim Verhör berechtigt; es sei denn handelt sich um tatsächlich integrale, sinnvolle und vernünftige Untersuchungsmittel. Benutzt der Ermittler solche Mittel, überschreitet dieser damit sein Befugniss und seine Verantwortung ist dann gesetzmässig zu bestimmen.<sup>19</sup> Bestehender Notstand begründet kein Staatsbefugniss zur Anwendung solcher Mittel, wobei Einsatz der Notstandbestimmung beim Ermessen der Strafverantwortung des jeweiligen Ermittlers unbeschränkt bleibt.

Bei absichtlicher Wille des Staates Körperzwangsmethoden dem Geheimdienst werwenden zu erlauben müsste ein solcher Befugniss im Sondergesetz, bei gleichzeitiger Beachtung des Menschenfreiheits- und Würdegrundsatzes, eingeführt werden. Derzeitige Rechtslage steht solch einem Gesetz, indem die Ansicht des Gesetzgebers auf die mit Verwendung dieser Untersuchungsmethoden angebundene soziale, ethische und politische Probleme geäussert wäre, nicht im Weg.

<sup>17</sup> Urteil des Obersten Gerichtshofes Israels vom 6.9.1999 Aktenz. H.C. 5100/94, H.C. 4054/95, H.C. 6536/95, H.C. 5188/96, H.C. 7563/97, H.C. 7628/97, H.C. 1043/99 in Sache Antifolterkommission Israels und weitere ca. Genereller Sicherheitsdienst,

<sup>18</sup> Gem. § 34 des israel. StGB ist strafrechtliche Verantwortung für die zur Menschenlebens-, Freiheits- oder Vermögensrettung vor bestimmten, zur Zeit der Handlung bestehenden Gefahrumstände, ausgeübte Handlung, ausgeschlossen.

<sup>19</sup> Gem. Artikel 277 des israel. StGB kann ein Amsträger für Gewaltanwendung oder Bedrohung gegenüber einer Person zwecks des Straftatgeständnisses oder der straftatbeziehenden Auskunft bis zur dreijährigen Freiheitstrafe verurteilt werden.

Schliesslich berichtete der Gerichtshof über sein Bewusstsein der Sicherheitslage in Israel. Es sei zur Schande der Demokratie, dass nicht sämtliche Mittel zulässig sind was die Demokratie zwingt oft mit einer hinter dem Rücken gefesselten Hand zu kämpfen. Sobald die zweite Intifada begonnen hat, insbesondere nach einer Reihe von Selbstmordattentaten, begann der israelische Geheimdienst erneut die Körpergewalt als übliche Verhörpraxis zu verwenden. Unterstützt von Mehrheit der einheimischen Bevölkerung, ungestört wegen Folterung der Palестineser beim Terrorkampf. Im Jahre 1996 haben 73% der Israelis diese Techniken befürwortet.<sup>20</sup>

#### IV. Folter im Krieg gegen den Terror

Laut dem Vize-Präsident Dick Cheney verdienen die Terroristen keine der gesetzlichen Garantien und Sicherungen, die der üblichen Gerichtsprozedur unterliegenden Bürgern zusteht. Diese verdienen nicht einmal den Kriegsgefangenen-Status.<sup>21</sup> Mit dieser Absicht ist demfolgend eine Sonderhaftanlage Camp Delta an der Militärbasis Guantanamo errichtet worden, wo hunderte von Personen (derzeitig za. 500) ohne Beklagung und Gericht festgehalten bleiben und wo Folter zur üblichen Verhörmethode wird.

In einem Memorandum der Rechtsabteilung des Justizministeriums an das Weisse Haus vom 1. August 2002 heisst es, der Präsident könne das Folterverbot aufheben; ferner könnten Ermittler starke Schmerzen zufügen, ehe sie die Grenze zur Folter überschreiten. Weiter gebe es eine breite Palette an Massnahmen, die zwar grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung darstellen könnten, jedoch nicht als Folter zu werten seien. US-Behördenvertreter, die diese Methoden einsetzten, könnten dem Memorandum zufolge nicht nach US-Recht, welches Folter ausserhalb der USA verbietet, strafrechtlich verfolgt werden. Selbst wenn ihre Verhörmethoden Folterungen umfassten, könnten Notwehr oder eine Zwangslage Begründungen darstellen, die jede strafrechtliche Verfolgung verhindern würden.

Die euphemistisch mit "Druck und Horte" bezeichneten Techniken, die sich im Krieg gegen den Terror der USA auch in Guantánamo herausgebildet haben, bedeuten, dass Gefangene gezwungen werden, über längere Zeiträume in einer stehenden oder knienden Position zu verharren; zudem umfassen sie Schlafentzug, Beschallung mit lauten Geräuschen, lange Isolierung und das Überstülpen von Kapuzen. Einige Methoden wie der Einsatz von Hunden, erzwungene Nacktheit, Zwangsrasuren, sexuelle Erniedrigung durch weibliche Ermittlerinnen und der Entzug religiöser Gegenstände haben darüber hinaus auch eine diskriminierende Wirkung. Häftlinge, die im Zuge des «Kriegs gegen den Terror» von den US-Streitkräften und ihren Verbündeten festgehalten wurden, beschrieben unter anderem folgende "Befragungstechniken":

- *lang dauernde Einzelhaft*
- *Schlafentzug*
- *sensorische Manipulation durch grelles Licht und laute Musik*
- *sexuelle Erniedrigung*
- *Bedrohung mit Hunden, Scheinhinrichtungen und andere Drohungen*

---

<sup>20</sup> Brutale Häftlingsfolterung wird in Israel zur üblichen Praxis. in Britské listy 22.6.2004, <http://www.blisty.cz>

<sup>21</sup> Respekt 3/05,

- *Zwang zum stundenlangen Verharren in Stresspositionen*
- *Schläge*
- *Verschärfung der Haftbedingungen durch extreme Hitze oder Kälte*
- *wiederholte rassistische und religiöse Beschimpfungen, die nach den Handbüchern der US-Armee «Stolz und Selbstwertgefühl brechen» sollen*
- *Anlegen von Handschellen über einen längeren Zeitraum*
- *Überstülpen von Kapuzen und Verbinden der Augen*

Die meisten dieser Techniken hinterlassen keine körperlichen Spuren, haben aber verheerende Folgen für die Opfer. Sie sind ein Angriff auf die Persönlichkeit und die Menschenwürde des Opfers und können ernste und dauerhafte gesundheitliche Schäden hervorrufen. Häufig auftretende Symptome sind unter anderem: Angstzustände, Depressionen, Gereiztheit, Scham- und Erniedrigungsgefühle, Gedächtnisschwäche, beeinträchtigte Konzentrationsfähigkeit, Kopfschmerzen, Schlafstörungen und Alpträume, heftige Gefühlsschwankungen, körperliche Beeinträchtigungen wie Magenschmerzen oder Atem- und Herzbeschwerden, sexuelle Störungen, Amnesie, Selbstverstümmelungs- und Selbstmordabsichten, soziale Isolierung.

## **VI. Schlussfolgerung**

Die Folterung wurde zu einer weltweit verbotenen Methode der Staatsmächtausübung. Teilerfolge, die vielleicht durch das Einsetzen von Folterungen erreicht werden würden, sind nichts im Vergleich zum Leiden, das durch das absolute Verbot der Folterung gelungen ist zu verhindern. Wohin die Lockerung dieses strengen Verbotes führen kann, auch in so einer traditionellen Demokratie, wie es die Vereinigten Staaten sind, zeigen die Bilder aus Abu Ghraib und Guantanamo. Es bleibt allerdings die Aufgabe erhalten, die Tendenzen zu bekämpfen, die zur Schwächung oder Demontage der institutionellen und gesetzlichen Garantien der Gesetzlichkeit führen. Es kann nicht bestritten werden, dass diese Grenzen eine rasche und wirksame Bestrafung des Täters erschweren oder behindern. Manchmal führen sie sogar zum Entkommen der Schuldigen vor der Gerechtigkeit. Eine Geisel kann sterben, weil der gefasste Terrorist geschwiegen hat und die Polizei konnte sie nicht rechtzeitig finden. Die öffentliche Meinung wird in solchen Fällen durch die Medien gegen "die überflüssigen Hindernisse" aufgewirbelt. Die Politiker haben dann die Tendenz, im Sinne der alten Jesuiten These aufzutreten, dass der Zweck die Mittel heiligt. Darin liegt die Gefahr: Der Druck der öffentlichen Meinung kann dazu führen, dass die grundlegenden Rechte und Freiheiten zumindest begrenzt werden können.

Nicht einmal die Schutzpflicht des Staates zugunsten der von Dritten bedrohten Menschenwürde erlaubt Massnahmen, durch die der Staat die Achtung der Menschenwürde aufkündigen würde. Ein Rechtsstaat kann sich nicht auf einen Wetlauf der Barbarei einlassen. Sowie er auf Geiselnahme antworten darf, indem er seinerseits Menschen ( wie Kinder, Verwandte oder mutmassliche Sympatizanten von Terroristen ) in Geiselnhaft nimmt, sowenig darf er terroristischen Folterpraktiken eigene Folter oder Folterdrohung entgegensetzen. Ein Rechtsstaat kann sich deshalb unter keinen Umständen darauf einlassen, den Einsatz der Folter zu erlauben. Allenfalls denkbar ist, dass der Staat zum Beispiel gegenüber einem Polizeibeamten, der in einer ausweglosen Konfliktsituation zu Mitteln der Folter gegriffen hat, rückblickend auf Strafe verzichtet. Wer Folter anwendet oder ihren Einsatz befiehlt, muss deshalb wissen, dass er dafür in jedem Fall vor Gericht gestellt wird. Dies schreibt auch die Anti-Folter-Konvention

bindend vor. Nur ein öffentlicher Strafprozess kann die Frage klären, ob tatsächlich eine tragische Dilemma-Situation vorgelegen hat, in der die Anwendung von Folter zwar nicht gerechtfertigt wäre (dies ist prinzipiell unmöglich), vielleicht aber im konkreten Fall straffrei bleiben kann.

Deshalb muss auch weiterhin gelten: Die Probleme, die nur mit Hilfe von Folterungen gelöst werden können, in einem Rechtsstaat nicht legal zu lösen sind, obwohl es im Einzelfall sehr tragisch sein kann. Es ist notwendig, den Versuchungen zu widerstehen, die Grundrechte und Freiheiten unauffällig und schrittweise zu demontieren. Eine solche Erosion kann früher oder später die gesamte durch Generationen aufgebaute Struktur der Rechtskultur zerstören, was letztendlich den Sieg derjenigen bedeuten würde, gegen die eben diese Demontage zweckmäßig verwendet werden sollte.

## Bücherkunde

BESCHLUSS DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFES FÜR MENSCHENRECHTE VOM 6.4.2000 in Sachen Labita versus Italien,

\_\_\_\_\_ . 28.7.1999  
in Sachen Selmouni versus Frankreich,

BESCHLUSS DES OBERSTEN GERICHTES DER ČR VOM 6.3.1989, Akt.-Nr.7 To 1/89,

BRITSKÉ LISTY, 22.6.2004. Brutale Häftlingsfolterung wird in Israel zur üblichen Praxis.  
<http://www.blisty.cz>

BRUGGER, W.: Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, Juristen Zeitung, 4/2000, .165 ff.,

EGMR Nr. 22978/05 (5. Kammer) - Urteil vom 30. Juni 2008 (Gäfgen vs. Deutschland)

EHRlich, A., JOHANNSEN, M.: Folter im Dienste der Sicherheit?, Menschenrechte – Bilanz und Perspektiven, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002, s.332 n.

HILGENDORF, E.: Folter im Rechtsstaat? Juristen Zeitung, 7/2004, s.331 n.,

HOLLÄNDER, P., MUSIL, J., ŠVESTKA, J.: Sicherheitsaufforderungen und Einschränkung der Grundrechte in der postmodernen Realität, Sammelwerk Sicherheit der Tschechischen Republik, MU Brno, 2003, S.104,

ISRAEL StGB, 1977.

PIKNA, B.: Někteří aktuální aspekty a možnost omezení základních práv v České republice z hlediska ústavního a evropského práva po 11.září 2001, Sborník Bezpečnost České republiky, Masaryk-UNI Brno, 2003, S.66,

ROXIN. C.: Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, C.h.Beck, Mnichov 2005, S.461,

URTEIL DES OBERSTEN GERICHTES VOM 9.4.1968, Akt.-Nr.7 Tz 11/68,

\_\_\_\_\_ . 15.2.1968, Akt.-Nr. 5 To 11/68,

URTEIL DES EUROPÄISCHEN GERICHTES FÜR MENSCHENRECHTE VOM 18.1.1978, in  
Sachen Irland versus Großbritannien,

\_\_\_\_\_ . 27.8.1992 in  
Sachen Tomasi versus Frankreich,

\_\_\_\_\_ . 25.9.1997,  
in Sachen Aydinová versus Türkei,

URTEIL DES OBERSTEN GERICHTSHOFES ISRAELS VOM 6.9.1999 Aktenz. H.C. 5100/94, H.C.  
4054/95, H.C. 6536/95, H.C. 5188/96, H.C. 7563/97, H.C. 7628/97, H.C. 1043/99 in Sache  
Antifolterkommission Israels und weitere ca. Genereller Sicherheitsdienst,

URTEIL DES LANDESGERICHTSHOFES IN FRANKFURT AM MAIN VOM 20.12.2004,  
Aktenz.5/27 Kls 7570 Js 203814/03, NJW 10/2005, S.692 ff.,



## **PINZÓN, A MARIO. (2010). APROXIMACIONES AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. BOGOTÁ: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.**

**Catalina Moreno Morales\***

El libro comienza con una frase altamente provocativa de Richard Posner, tomada de su libro "Análisis Económico del Derecho", "...No resultará sorprendente que en un mundo de recursos escasos se considere inmoral el desperdicio".

Para todos los estudiosos del derecho nuestro eje central son las leyes y sus postulados deontológicos, y cuando nos hablan o preguntan por la economía abrimos los ojos como si volviera ese fantasma que no deja de perseguirnos.

En nuestra era, en la cual todo está super-especializado, dónde el abogado tiene tres (3) especializaciones, dos (2) maestrías y un (1) doctorado, en la cual estamos cada vez más compartimentando los conocimientos y escindiéndolos, encontramos una nueva herramienta: el Análisis Económico del Derecho–AED-.

Este cambio de paradigma es muy osado para unos, incomprensible para otros, y maravilloso para los demás. El enfoque del derecho desde siempre ha sido el mismo, moverse desde el deber ser basándonos en unas normas, leyes, constituciones, tratados, etc. pero las consecuencias siempre nos son esquivas. He aquí un grave problema para Colombia y los países de la región, aplicación de la ley. Colombia tiene una excelente constitución política, construcciones legislativas para que no trasciendan del papel, y sean ineficaces, porque no hay cómo hacerlas realidad. Es como cuando el juez toma la decisión fijándose no más allá del artículo de la ley, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada y materialmente es imposible de cumplir. ¿Por qué? Porque la realidad humana es más compleja que el mero catálogo de deberes y obligaciones del deber ser, y a la hora de trasladarlo al ser fallamos una y otra vez.

El problema lo plantea Coase cuando afirma que es necesario "...tener en cuenta los costes implicados en la forma de funcionar los distintos arreglos sociales tanto como los costes implicados por pasar a un nuevo sistema. Al estudiar y elegir entre diversos arreglos sociales, debemos considerar tal efecto total..."

La perspectiva es entonces, considerar la ley como un incentivo (precio), que implica la aceptación de su incidencia dentro del comportamiento del individuo, a manera de un sistema de premios y castigos, siendo esta una forma de orientar y explicar el comportamiento de los agentes en un sentido socialmente deseable o no.

La propuesta de este libro está estructurada para que sea una lectura sencilla y comprensible para los que por primera vez leen "análisis económico del derecho" y presenta tres (3) principales líneas para los más avezados en el estudio del AED.

---

\* Abogada de la Universidad de Medellín, especialista en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad EAFIT, Maestranda en derecho de la Universidad de Medellín, litigante y docente de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Correo electrónico: [abogadacmoreno@gmail.com](mailto:abogadacmoreno@gmail.com)

El libro inicia con el análisis económico del derecho haciendo énfasis en su enfoque incluyente, su propuesta metodológica, los antecedentes del movimiento, posiciones de la escuela de Chicago y de New Haven. Además, trae la escuela de la Nueva Economía Institucional –NEI- o Neoconstitucionalismo. Ésta nos presenta un análisis económico que parte de la norma como una institución o regla de juego de carácter formal, la cual tendrá injerencia en el individuo y organizaciones según la coherencia que guarde con el sistema de instituciones informales. Explicando las situaciones desde modelos matemáticos de fácil comprensión para el lector.

Por último, se establece la perspectiva de la Elección Pública –Public Choice- relacionándola con la Nueva Economía Institucional, para determinar que se encuentran ligadas al AED, ya que brinda un espacio medio entre posiciones normativas y positivas de análisis. Lo que lleva a reflexiones más acertadas sobre el comportamiento del individuo frente al derecho.

Ahora, para la realidad colombiana debemos considerar el Análisis Económico del Derecho como una herramienta básica para lograr desarrollar nuestro programa constitucional, legal y aún en el ámbito judicial el manejar la dupla derecho y economía, para asegurar el logro de los mismos.

**CONVOCATORIA REVISTA HOLÍSTICA JURÍDICA NO. 10**  
**Fecha límite: Agosto 15 de 2011**

**Recomendaciones para los autores**

1. Quienes envíen artículos para ser publicados en la revista deberán acompañarlos de una carta en la que manifiesten que los mismos son de su autoría, que son inéditos y que no han sido propuestos simultáneamente para publicación en algún otro medio. Además, en dicha comunicación deberá manifestarse expresamente la cesión de los derechos patrimoniales de autor sobre los artículos a la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, así como la autorización a dicha institución para traducirlos y divulgarlos por cualquier medio.
  
2. Los artículos que se tendrán en cuenta para publicación son los siguientes: artículo de investigación científica y tecnológica, artículo de reflexión, artículo de revisión, artículo corto, reporte de caso, revisión de tema, cartas al editor, traducción, documento de reflexión no derivado de investigación y reseña bibliográfica.
  
3. Los artículos deberán ser enviados en formato digital al director de la revista al correo [carolina.mejia@usbmed.edu.co](mailto:carolina.mejia@usbmed.edu.co)
  
4. Los artículos deben presentarse teniendo en cuenta las siguientes indicaciones de forma:
  - a. Los artículos deberán ser presentados en formato Word, hoja tamaño carta a espacio sencillo, utilizando el tipo de letra Arial en tamaño 12 y no podrán tener una extensión superior a las 25 páginas.
  
  - b. Ni el título ni el subtítulo pueden tener una extensión superior a quince (15) palabras y deben ir centrados.
  
  - c. El nombre completo del autor o de cada uno de los autores debe ir a continuación del título. La formación académica, vinculación laboral, grupo y línea de investigación a la que pertenece el autor y dirección electrónica deben ir en pie de página.
  
  - d. El artículo debe incluir un resumen no superior a quince (15) líneas. Si es posible, se puede aportar la traducción al inglés del mismo.
  
  - e. Debe incluirse un listado de mínimo cuatro (4) y máximo ocho (8) palabras clave que permitan indicar los temas de mayor relevancia que se traten en el artículo.
  
  - f. Para la citación de textos deben seguirse los lineamientos del Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación – ICONTEC.

Ejemplos:

· Libro: DE BONO, Edward. El pensamiento práctico. Barcelona : Paidós, 1996, p. 11  
· Artículo de Revista: SCHAPIRO, Susan R. y LIVINGSTON, Jennifer A. Dynamic Self – Regulation : The Driving Force Behind Academic Achievement. En: Innovative Higher Education. Vol. 25, No. 1; (fall 2000), p. 24.

· Página de Internet: Spencer, Jeffrey. “The Subsidiary Temple of Nekhtnebef at Tell el-Balamun”. BMSAES 4 (2004) : 21 – 38. 30 nov. 2005 <<http://www.thebritishmuseum.ac.uk/bmsaes/issue4/spencer.html>>.

g. Al final del artículo se debe aportar una lista de referencias o bibliografía siguiendo las normas del Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación – ICONTEC.

Ejemplos:

· Libro: PIAGET, Jean. La representación del mundo en el niño. Madrid : Morata, 1997. 342 p.

· Artículo de Revista: MEJÍA, Andrés. Reconstruction in criticality : a discussion on questions, assumptions and interpretation. En : Inquiry : critical thinking across the disciplines. Vol. 21, No. 1 (fall. 2001); p. 17 – 31.

· Artículo en Línea: ARISTIMUÑO DE OLIVIER, Lisselote. Un llamado de alerta : el estrés y la depresión en la formación del médico. En :Visión Morfológica. [en línea]. Vol. 4, No. 2 (2003). [consultado 1 dic. 2005]. Disponible en [http://bibmed.ucla.edu.ve/cgiwin/ez\\_alex.exe?Acceso=T070000059341/2&Nombrebd=BMUCLA&ForReg=http://bibmed.ucla.edu.ve/VisionMorfológicaVisionMorfo.html&TiposDoc=S](http://bibmed.ucla.edu.ve/cgiwin/ez_alex.exe?Acceso=T070000059341/2&Nombrebd=BMUCLA&ForReg=http://bibmed.ucla.edu.ve/VisionMorfológicaVisionMorfo.html&TiposDoc=S)

h. En texto aparte deberá aportarse un resumen de la hoja de vida en el que conste la formación académica del autor o autores, así como su vinculación laboral, pertenencia a grupos de investigación, dirección electrónica y dirección de correspondencia física (Esta última no será publicada y será utilizada única y exclusivamente para la base de datos de la revista).

5. Procedimiento de selección de artículos publicados: Una vez recibidos los artículos serán enviados por el Director de la Revista al Comité Editorial, órgano que nombrará al par evaluador y dará instrucciones al Director sobre la remisión del artículo para su revisión. El par evaluador contará con un plazo máximo de treinta (30) días calendario para emitir su concepto, admitiendo el escrito, rechazándolo o formulando observaciones. En este último evento, el artículo será retornado nuevamente a su autor para que haga los ajustes del caso y reenvíe el texto final al Director de la revista dentro de un plazo de treinta (30) días calendario.



**UNIVERSIDAD DE**  
**SAN BUENAVENTURA**  
**CALIDAD HUMANA Y PROFESIONAL**

Esta edición se terminó de imprimir en Junio de 2011 en el  
Departamento de Publicaciones de la Universidad de San Buenaventura Medellín.