

Abog. Mg. Luciana Díaz
Abog. María Elena Caballero
UNT

lucianadiazdavia@yahoo.com.ar
melena_caballero@hotmail.com

NORMATIVA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL: LOS VALORES UNIVERSALES COMO LÍMITES A LOS PODERES ESTATALES.

Abog. Mg. Luciana Díaz
Abog. María Elena Caballero

Retomando estudios anteriores, abordaremos una vez más, la situación de los inmigrantes ante las leyes estatales. Como lo hicimos en otros trabajos, analizaremos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya labor orienta e inspira (o debería hacerlo) a los tribunales de todo el mundo. Presentamos este trabajo en un Congreso de Sociología, porque lo consideramos de interés general ya que nos muestra cómo la comunidad internacional asume más y nuevas competencias, preservando valores universales. La legislación internacional conforma así un modelo y un límite para las facultades estatales.

Algunas referencias etimológicas

La situación del extranjero, de aquel que deja su lugar de origen para habitar otras tierras, para ser hospes, ha sido objeto de regulaciones en todas las culturas. Resulta interesante hacer una breve referencia a la etimología del término hospes, que da en sí misma, cuenta de la evolución en el trato y consideración de los migrantes.

Huésped deriva del término latino hospes, compuesto de dos nociones distintas: hostis-pet-s. Si bien el sentido clásico de hostis es "enemigo", el significado primitivo de hostis es "igualdad por compensación": hostis es el que compensa una "donación" con una "contra-donación".

Las palabras huésped y enemigo, entre otras, derivan de "extranjero". En latín el "extranjero favorable", es hospes, y el "extranjero hostil", es nemicus.

La palabra huésped, según la Real Academia Española, actualmente significa el cliente de un establecimiento hotelero, o el invitado a una casa por un anfitrión. Como término científico, huésped todavía conserva otro sentido antiguo y en desuso: "el que aloja", es decir hace referencia al organismo que aloja un parásito o simbiote.

Las palabras "extranjero", "enemigo", "huésped" deben ser interpretadas en su contexto histórico y social. De este modo, resulta posible establecer el sentido primitivo de la palabra hospes: "compensación de un beneficio, volver iguales, compensar, igualar". En el derecho romano los hospes gozaban del mismo derecho que los romanos, un hostis no era un extranjero en general, a diferencia del

peregrinus que vivía fuera del territorio, hostis era el extranjero en el que se reconocían derechos iguales a los de los ciudadanos romanos.

Este reconocimiento de los derechos implicaba una cierta relación de reciprocidad, presuponía una convención. La alianza de igualdad y de reciprocidad que se establecía entre este tipo de extranjero y el ciudadano de Roma conducía a la noción precisa de hospitalidad.

Modernamente, la palabra hostis asumió la acepción de "hostil" y ya no se aplicaba más que al enemigo. La historia de hostis resume el cambio que se ha producido en las instituciones romanas.

Analizaremos el caso **KRASSIMIR MARINOV, que fue resuelto en la etapa de casación** (Recurso de Casación N° 7/2004 – España contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en el año 2003, por el delito contra la salud pública.

Hechos

El causante, que tenía antecedentes penales no computables a los efectos de la reincidencia, fue sorprendido por agentes policiales portando 380 gramos de heroína destinada a la venta a terceros por valor de 18.000 euros.

La sentencia lo condenó como autor responsable de un delito contra la salud pública, con atenuante de drogadicción a las penas de tres años de prisión, con accesoria, inhabilitación para el sufragio, multa por el valor de la heroína secuestrada y costas. Se sustituyó la prisión por expulsión del territorio provincial, con prohibición de retorno por 10 (diez) años en base al art. 89 del Código Penal español.

El recurso de casación se fundamentó en dos hechos: 1° el causante no fue oído al sustituirse la pena de prisión por la expulsión y 2° se denunció la vulneración de los derechos de dignidad, seguridad jurídica y defensa como consecuencia de la orden de expulsión.

El Tribunal destacó la importancia de la cuestión, entre otras razones, por el número creciente de personas a la que podría aplicarse la medida debido al aumento de inmigrantes ilegales y por la afectación de otros derechos fundamentales que podría ocasionar la medida de expulsión.

El Tribunal analizó las razones que motivaron la modificación del citado art. 89 (en que se basa la sentencia): una filosofía defensista y utilitarista y consistente en devolver a sus países a quienes delinquen en España y porque la expulsión se produciría de todas formas en sede administrativa, ya que se trata de inmigrantes ilegales. También se consideró la disminución de extranjeros en prisión.

Estas razones justificaban el que no hubiera audiencias con el imputado para oírlo.

El Tribunal analiza la constitucionalidad de la sentencia a la ley de los tratados de derechos humanos formados por el Estado español, que constituyen derecho interno aplicable sino que tales derechos deben ser interpuestos conforme a estos tratados. (Jurisprudencia del Tribunal Europeo del Derecho Español sobre la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950).

El Tribunal afirma que debieron valorarse circunstancias personales del causante: “protección de la familia, en particular, como se estableció en la sentencia Caso Moustaquím vs. Bélgica, cuando el T.E.D.H. valoró el derecho a la vida, a la familia, garantizado por el art. 8 del Convenio, el cual no podía ceder ante exigencias de orden público, esta medida de expulsión fue considerada desproporcionada.

Por ello resulta necesario valorar en cada caso el arraigo y situación familiar del causante lo que hace necesario una audiencia para oír al penado.

El Tribunal hace mención al argumento del causante: residir en España desde hace 17 años, tener constituida una familia y tener dos hijos nacidos en España.

El Tribunal consideró no ajustada a derecho la decisión de expulsión, dejando intactos el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

Nos referiremos, a continuación, a otra sentencia del mismo Tribunal, en el mismo sentido. Para la selección del caso tomamos en consideración la condición de minoridad del causante así como el gran número de transgresiones a las normas penales del Estado que lo condena.

Caso Moustaquím vs Bélgica 26/1989/186/246

Corte Europea de Derechos Humanos

Hechos:

El Sr. Moustaquím, nació en Marruecos en el año 1963 y emigró a Bélgica con su madre a la edad de 2 (dos) años, para reencontrarse con su padre.

Hasta que fue deportado en 1984, vivió en Bélgica (tenía un permiso de residencia) y tres (3) de sus siete (7) hermanos tenían la nacionalidad belga.

Mientras era menor, según las leyes penales belgas (hasta 1981), la Corte Juvenil recibió 147 cargos contra él, incluyendo 82 por robo agravado, 39 por tentativa de robo agravado y 5 por robo.

Estos hechos se produjeron desde que el causante tenía 14 años. El relato de los de los mismos incluye una información sumaria que daba cuenta “que el menor” vivía en la calles y raramente retornaba a su hogar, dormía de día y cometía delitos durante las noches y que el tiempo que paso en correccionales no había tenido efectos positivos. Se concluyó, teniendo en cuenta apreciaciones similares, que el sujeto en cuestión, constituía un verdadero peligro para la sociedad.

En 1981, la Corte Penal Belga lo encontró culpable de 20 a 26 cargos y lo sentenció a 20 meses de prisión. La mitad de esta sentencia fue suspendida por 5 años bajo supervisión.

En 1983, el Ministerio de Justicia, envió el caso a “Advisory Board on Aliens” que concluyó estimando la deportación legalmente justificada, a pesar de ser “inapropiada” por el gran número de hechos protagonizados por el Sr. Moustaquím que perjudicaron el orden público y que por lo tanto justificaron la medida, a pesar de ser inapropiada.

La estimación de “inapropiada” se debía a las siguientes razones:

- ♣ por la juventud del causante,
- ♣ por haber habitado en Bélgica desde los dos años,
- ♣ porque toda su familia vivía en Bélgica,
- ♣ por tener un oficio (carnicero).
- ♣ por haber dejado la prisión en dos ocasiones sin que se produjeran nuevos incidentes, lo que demostraba cierta confiabilidad en su comportamiento.

En 1984, se ordena que el causante deje Bélgica y no retorne en 10 años, excepto con un permiso especial del Ministerio de Justicia

El padre del causante, solicitó a la Reina su intervención a favor de su hijo, pero este pedido fue denegado.

Al Sr. Moustaquím fue deportado en 1984, se fue a vivir a España, luego a Estocolmo, donde vivió algunas veces legalmente y otras ilegalmente. Finalmente obtuvo un permiso de residencia transitoria en Suiza, el cual no fue renovado a su vencimiento.

En 1985 el Sr. Moustaquím dio instrucciones a su abogado para realizar una declaración de elección de nacionalidad, conforme a la ley belga.

El Registro de Nacimientos, Muertes y Matrimonios consideró la declaración como inadmisible, considerando al causante no residente desde su deportación.

El abogado alegó que el causante sufría de depresión, por la pérdida de sus lazos familiares. En 1988 recibieron una nueva denegatoria y ese mismo año los abogados hicieron una nueva petición sin respuesta.

En 1989 mediante una orden de la Reina se suspendió por 2 (dos) años la deportación con dos condiciones: 1) que personalmente tuviera medios de subsistencia y 2) no debía perjudicar el orden ni la seguridad pública.

Al cabo de dos años, se revocó la orden.

Las leyes belgas de aplicación al caso eran las siguientes:

_ Acta del Bienestar de Niños y Jóvenes de 1965 (entre otras):

La mencionado Acta: protege la salud, moral y educación de jóvenes hasta 18 años, determinando que en caso de cometer actos delictivos, deben ser puestos bajo custodia y se aplican medidas protectoras o educativas y no se aplican sanciones penales.

_ El Código Belga sobre Nacionalidad se convirtió en Ley en 1985 - después de los eventos del caso – el cual concede el derecho de adquirir la nacionalidad “al niño que, por lo menos durante un año antes de tener seis (6) años haya obtenido su residencia principal en Bélgica con una persona bajo cuya autoridad se encuentre legalmente”.

La Comisión Europea declaró admisible el caso. El Sr. Moustaquím, alegó que su deportación afectó a su vida privada y familiar (art. 8 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Artículo 8

Derecho al respeto de la vida privada y familiar

1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2 No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

La Comisión aceptó este argumento y consideró que la sanción de deportación no guardaba proporción entre el interés del causante por mantener su vida familiar y el interés público de prevenir desórdenes.

Argumentos de la Corte Europea de Derechos Humanos

La expulsión es desproporcionada, y no guarda equilibrio entre el mantenimiento de la vida

familiar, el interés público y la necesidad de prevenir desordenes. (Violación del art. 8 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos). Tampoco se respetó la vida privada del causante.

Sostuvo además que no se trata de un caso de discriminación, puesto que el causante no es ciudadano belga, ni proviene de otros países europeos (art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y en estos casos no procede la deportación.

Artículo 14

Prohibición de discriminación

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Daños Punitivos: no se reconocen los daños por imposibilidad de trabajar, ya que el causante trabajó en Suiza.

Daños no Pecunarios: Se reconoce compensación pecuniaria por haber vivido lejos de su familia y de sus amigos.

La Corte consideró que la expulsión de hijos de inmigrantes, quienes habían pasado prácticamente toda su vida en el extranjero, que los había recibido, podía considerarse una violación del derecho a su vida familiar bajo el art. 8 de Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Otros casos que receptan la jurisprudencia del Caso Moustaquím son, entre otros, los siguientes:

Caso Beldjoudi: Un ciudadano argelino, nacido en el año 1950, casado con una francesa en 1970, se le notifica la deportación en 1979, en base a la comisión de delitos por los cuales fue condenado a más de 10 años de prisión. La Corte consideró que la expulsión era una medida desproporcionada, ponderando su vida familiar por encima de sus antecedentes penales.

Caso Lamguidaz. Hubo arreglo amistoso en la Corte, después de que la Comisión Europea había considerado que la medida de expulsión violaba el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Uno de los argumentos del Comisionado Schermeeers fue: el derecho internacional bien establecido, que confiere a los Estados pleno control sobre el ingreso de extranjeros, estaba siendo objeto de un cambio fundamental, como resultado de una creciente preocupación por los derechos humanos y una percibida necesidad de solidaridad.

Sus palabras fueron: . . . “pienso además, que la expulsión es un castigo más fuerte que una condena a prisión.”

El principio de proporcionalidad

A continuación nos referiremos brevemente al concepto jurídico de “proporcionalidad” por ser el argumento básico en que se fundamentó la sentencia del caso.

La proporcionalidad responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos.

Significado y contenido: el principio de proporcionalidad suele estudiarse desde dos sentidos, el amplio y el estricto, pero este último se encuentra comprendido dentro del primero. La proporcionalidad en sentido amplio engloba tres exigencias:

1. La exigencia de adecuación a fin: implica que el juez o el legislador tienen que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena óptima ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada al fin.
2. La exigencia de necesidad de pena: si se impone una pena innecesaria se comete una injusticia grave, para que la pena sea necesaria tiene que darse asimismo tres requisitos:
 - a. La exigencia de la menor injerencia posible o de intervención mínima: es decir, la sanción que se imponga ha de ser la menos grave posible de las que tengamos a disposición. Este requisito ha de exigirse tanto en el momento de la culminación de la pena abstracta como en la fijación de la pena en concreto).
 - b La exigencia de fragmentariedad: lo que significa que al legislador penal no le compete castigar todos los delitos sino sólo aquellos que vayan contra bienes jurídicos susceptibles de protección penal.
 - c. La exigencia de subsidiariedad: quiere decir que el Derecho Penal sólo ha de intervenir de manera residual, cuando se demuestre que el resto de mecanismos del ordenamiento jurídico han fracasado en la tutela de un bien jurídico agredido.
3. La proporcionalidad en sentido estricto: se exige básicamente al juez para que este realice un juicio de ponderación donde valore la carga o gravedad de la pena (la cual tiene que venir dada por determinados indicios: gravedad conducta, bien a proteger, etc.) y el fin que se persigue con esa pena.

Conclusión

El derecho internacional de los derechos humanos ha establecido un “standart mínimo” que garantiza a todos los habitantes por igual, el goce de algunos derechos. El desarrollo de esta noción, constituye uno de los hitos que da cuenta del carácter progresivo del derecho internacional. Si además pensamos en las pocas décadas transcurridas desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, comprendemos cabalmente la importancia de este logro.

La presencia del extranjero produce la confrontación o encuentro, entre el derecho interno de los países y ese estándar mínimo. El resultado de ese choque muestra la evolución de la legislación internacional y su fortalecimiento. En algunos casos, como éste que comentamos, pueden quedar algunos interrogantes sobre la justicia del caso, pero aún así nuestra percepción es que se preservaron algunos valores que son universales y que por ello, justamente, son privilegiados. Una cierta sensación de belleza, si cabe la expresión, inunda la resolución judicial y nos muestra, a nuestro juicio, la humanidad del fallo.

Bibliografía

- _ Diccionario Enciclopédico Larousse 2011, Decimosexta Edición.
- _ Martínez Gil, A. (2000) ¿Cómo traduciría “host”? ¿Huésped, hospedero, hospedador, hospedante o anfitrión? *Biotecnología Aplicada* 19(4):264
- _ ¿De dónde viene la palabra anfitrión?. Origen e historia. Referencias tomadas de la traducción del artículo Ospite de la Wikipedia en italiano, Categorías: Relaciones sociales y Sociología de la cultura.
- _ LUZIUS WILDHABER. 5 Trabajo de Recopilación. Ensayos en honor de Tomás Burgenthal.
- _ Caso Beldjoudi 14 y Caso Lamguindaz 15
- _ Caso Moustaquím vs Bélgica 16.
- _ libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/principio-proporcionalidad-aspectos-298553 -