



1[1996]

INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMPARADO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA**

[1]

ACCIDENTES DEL TRABAJO. ACCIDENTE *IN ITINERE*. INTERRUPCIÓN (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

El accidente sufrido en el trayecto entre el lugar de trabajo y el domicilio del agente, no pierde su carácter de accidente del servicio por un ligero desvío derivado de “necesidades esenciales de la vida corriente” (el mencionado desvío tuvo como objeto que la agente pasara a retirar a su hijo del domicilio de la nodriza, que se encontraba en las proximidades del domicilio de la primera).

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 27/10/1995, *Ministre du Budget*, en *Revue française de droit administratif*, nro. 6, nov.-dic. 1995, p. 1261.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 75.

[2]

ACUSACIÓN. PRINCIPIO ACUSATORIO. VULNERACIÓN (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

No existe homogeneidad entre los delitos de robo y receptación, por lo que la sentencia impugnada no podía condenar por este último delito al recurrente sin que previamente hubiese existido un debate contradictorio entre las partes. Al no hacerlo así, el órgano judicial vulneró el principio acusatorio que la Constitución garantiza, tanto en lo que respecta al derecho del recurrente a ser informado de la acusación como en su derecho de defensa (art. 24.2., Constitución de España).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia 95/1995, cit. por REQUEJO PAGES y otros, “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 1995”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, nro. 45, p. 227.
Biblioteca Central, Hemeroteca, sala 2, estante 37.

[3]

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DENUNCIAS Y PETICIONES. ADMISIBILIDAD. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS. RETARDO INJUSTIFICADO DE LOS TRIBUNALES NACIONALES (JURISPRUDENCIA/OEA).

Debe considerarse que el peticionario agotó los recursos internos tal como lo consagra el art. 46.2.c. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que ha habido un retardo injustificado por parte de la Corte Suprema de Justicia (de Grenada) para proferir una sentencia final de la demanda presentada, máxime cuando el Gobierno de Grenada no ha presentado ninguna argumentación para justificar el porqué la norma cit. no debería tener aplicación (el juicio había sido presentado ante la Corte Suprema de Grenada el 20 de marzo de 1989 y en repetidas oportunidades la actora

solicitó que fuese resuelto).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Nro. 2/96 del 1-3-1996, caso *Grenada*, en *La Ley, suplemento de Derecho Constitucional*, 7-10-1996, p. 37, c/ comentario de DULITZKY, Ariel, "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *op. y loc. cit.*, p. 29.

[4]

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DENUNCIAS Y PETICIONES. ADMISIBILIDAD. PLAZO. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES. (JURISPRUDENCIA/OEA).

1. El límite de seis meses establecido en el art. 46.1.b. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para la presentación de peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tiene un propósito doble: asegurar la certeza jurídica y proporcionar a la persona involucrada tiempo suficiente para considerar su posición.

2. El plazo mencionado comienza a correr "a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva" (en el caso se consideró oportuna la petición).

3. El art. 46.1.b. cit. -y el art. 38 del Reglamento de la Comisión- no deben interpretarse de una manera excesivamente formal que comprometa el interés de la justicia.

4. "Es generalmente aceptado que el sistema procesal constituye una forma de lograr justicia y que ésta no puede sacrificarse por meras formalidades. Dentro de ciertos oportunos y razonables límites, ciertas omisiones o demoras en el cumplimiento del procedimiento pueden excusarse, siempre que se mantenga un adecuado equilibrio entre la justicia y la certeza jurídica" (c/ cita de: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2-2-1993, caso *Cayara*, Objeciones preliminares, párrafo 42).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N 11/96 del 3-3-1996, caso *Martorell*, en *La Ley, suplemento de Derecho Constitucional*, 7-10-1996, p. 37, c/comentario de DULITZKY, Ariel, "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *op. y loc. cit.*, p. 29.

[5]

CONSTITUCIÓN. COSTUMBRE CONSTITUCIONAL. TIPOS DE COSTUMBRES (JURISPRUDENCIA/PANAMÁ).

"La doctrina constitucional acepta que la costumbre puede ser una fuente de derecho constitucional aun en países de derecho escrito cuya Constitución es rígida. Por supuesto que el papel de la costumbre en estos países es menor que en los países de la familia jurídica de derecho anglosajón. Así, Paolo Biscaretti Di Ruffia, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Milán, señala que 'es innegable que todas las Constituciones, aún las rígidas, terminan por sufrir, tarde o temprano, modificaciones por vía puramente consuetudinaria' (*Diritto Costituzionale*, Editorial Jovene, duodécima edición, Nápoles, 1982, pág. 97). El mismo autor, sin embargo, señala que la costumbre abrogativa ('contra legem') usualmente no es fuente de derecho constitucional porque

modificaría la Constitución de una forma que desconocería la supremacía de ésta. En el caso de Panamá el art. 308 de la Constitución prevé las formas o vías mediante las cuales puede ser reformada la Constitución, y ellas no contemplan la posibilidad de que la misma pueda ser variada mediante una costumbre”.

“Distinta es la situación de una costumbre interpretativa ('secundum legem') y de la costumbre interpretativa ('praeter legem') de la Constitución, hipótesis que caben en nuestro medio, siempre que no contradigan expresa y abiertamente textos constitucionales”.

“La costumbre constitucional, ha dicho el tratadista mexicano Jorge Carpizo, ‘es la relacionada con la forma y sistema de gobierno, con los órganos del propio gobierno y con las garantías individuales y sociales. La costumbre constitucional se refiere a los fenómenos y procedimientos políticos que se enmarcan jurídicamente’ ('La costumbre constitucional', en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, segunda edición, México, Editorial Porrúa, 1987, Volumen I, pág. 768)”.

“En el caso que nos ocupa existe un vacío en la Constitución formal, en la Constitución escrita de nuestro país y aquí la costumbre cumple una función de integración del ordenamiento constitucional al regular lo referente a la actuación de los Viceministros”.

“Se dan aquí, a juicio del Pleno de la Corte Suprema, los dos elementos de una costumbre, a saber: la actuación constante y uniforme de los Viceministros, quienes reemplazan a los Ministros de Estado dentro de ciertas hipótesis, y la convicción generalizada de que los Viceministros actúan dentro del orden constitucional de la República de Panamá”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ, sentencia del 19-2-92, cit. por HOYOS, Arturo (Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá), “La justicia Constitucional en la reciente experiencia democrática de Panamá”, en *Universitas*, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, nro. 85, junio-1994, p. 27. V., en sentido concordante, la sentencia de la Corte cit., del 14-1-94, en *op. y loc. cit.* p. 27).
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 89.

[6]

CUESTIÓN JUSTICIABLE. ACTOS DE GOBIERNO. PODER EJECUTIVO. CONDUCCIÓN DE LAS RELACIONES EXTERIORES (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

La decisión del Presidente (de la República Francesa) de reiniciar los ensayos nucleares -previa a la negociación de un tratado internacional- no es separable de la conducción de las relaciones internacionales (de Francia) y escapa, en consecuencia, a todo control jurisdiccional, por lo que la jurisdicción administrativa no es competente para conocer la demanda de la Asociación Greenpeace de Francia tendiente a la anulación por exceso de poder de dicha decisión.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 29-9-1995, *Association Greenpeace France*, en *Revue française de droit administratif*, nro. 6, nov.-dic. 1995, p. 1255.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 75.

[7]

CUESTIÓN JUSTICIABLE. REVISIÓN JUDICIAL DE PROCEDIMIENTOS PARLAMENTARIOS. LESIÓN DE DERECHOS Y LIBERTADES (JURISPRUDENCIA/ ESPAÑA).

“Siendo claro que las Cámaras (Cortes Valencianas) gozan de autonomía para regular la organización de los debates y el procedimiento parlamentario (Auto del Tribunal Constitucional 614/1988), en la medida en que un acto parlamentario afecte a un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional sale o trasciende de la esfera irrevisable propia de los ‘interna corporis acta’ y corresponde a este Tribunal el examen, pero sólo ello, de la virtual lesión de derechos o libertades”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia 118/1995, cit. por REQUEJO PAGES y otros, “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 1995”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nro. 45, 1995, p. 209. Biblioteca Central, Hemeroteca, sala 2, estante 37.

[8]

DERECHO A LA IDENTIDAD. HIJOS EXTRAMATRIMONIALES. DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN. DERECHO DE LOS PADRES A LA INTIMIDAD (JURISPRUDENCIA/ HOLLANDA).

Un hijo (extramatrimonial) nacido en una institución dedicada a asistir a madres solteras y a sus hijos, tiene derecho a que dicha institución le proporcione una copia de los datos que se encuentren en su poder relacionados con la ascendencia, incluyendo los suministrados por la madre respecto del progenitor. No es admisible la defensa de la institución fundada en que mientras viva la madre es necesario contar con su consentimiento expreso para poder proporcionar los mencionados datos a fin de preservar la intimidad de la madre.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE HOLANDA, sentencia cit. por GUTIÉRREZ, Delia M., "Derecho a la identidad 'versus' derecho a la intimidad", en *La Ley*, 25-7-96.

[9]

DERECHO DE PROPIEDAD. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA (JURISPRUDENCIA/PANAMÁ).

“Como el inspirador de esta concepción (función social de la propiedad privada) fue el jurista francés León Duguit, la Corte considera de interés citar las ideas de este autor sobre la función social de la propiedad privada tal como fueron expuestas en su obra *Las transformaciones del Derecho Privado* (traducida del francés por Carlos Posada, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1975, pág. 240): ‘Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto

trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumple. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza'. El primero en poner de relieve esta idea en el siglo XIX, fue Augusto Comte. Escribía, en efecto, en 1850 en el *Système de politique positive*: 'En todo estado normal de la humanidad, todo ciudadano, cualquiera que sea, constituye realmente un funcionario público, cuyas atribuciones, más o menos definidas, determinan a la vez obligaciones y pretensiones. Este principio universal debe ciertamente extenderse hasta la propiedad, en la que el positivismo ve, sobre todo, una indispensable función social destinada a formar y a administrar los capitales con los cuales cada generación prepara los trabajos de la siguiente. Sabiamente concebida, esta apreciación normal ennoblece su posesión, sin restringir su justa libertad y hasta haciéndola más respetable'".

"Nuestra Constitución recogió ideas, a través del constitucionalismo colombiano, pero nosotros concebimos la propiedad privada como un derecho subjetivo, aunque de su titularidad puedan surgir obligaciones en razón de la función social que la propiedad privada debe cumplir".

"Una gran parte de las constituciones modernas recogen esta noción. En cuanto a nuestra región un estudio realizado a fines de los años setenta concluía que 'la generalidad de las constituciones latinoamericanas consagra la función social de la propiedad' (Eduardo Novoa Monreal, *El derecho de Propiedad Privada*, Editorial Temis, Bogotá, 1979, pág. 149). Las constituciones más modernas de América Latina también lo hacen, como la Constitución de Brasil de 1988 que en su artículo 5 literal XXIII dispone que la propiedad atenderá a su función social: la propiedad urbana cumple su función social, según el artículo 182, cuando atiende las exigencias fundamentales del ordenamiento de la ciudad expresadas en su plano directivo; y la propiedad rural cumple la función social, según el artículo 186, cuando el aprovechamiento de la tierra es racional y adecuado, su utilización se ajusta a los recursos naturales disponibles y a la preservación del medio ambiente, cuando se observan las disposiciones que regulan las relaciones de trabajo y cuando la explotación favorezca el bienestar de los propietarios y de los trabajadores".

"Algo similar ocurre en Europa Occidental donde la Constitución Española de 1978, en su artículo 33 señala que la función social de los derechos a la propiedad privada y a la herencia 'delimitará' el contenido de estos derechos y la Constitución de Italia de 1947 también consagra la función social de este derecho en el artículo 42".

"En otros países con economía de mercado, que no consagran la noción de función social en forma expresa en su Constitución, se ha llegado a resultados análogos, que admiten que el derecho de propiedad puede entrañar limitaciones para su titular en razón del interés o de la utilidad social. Así, el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Harvard, Laurence Tribe, nos recuerda en una obra reciente (*Constitutional Choices*, Harvard University Press, Estados Unidos de América, 1985, pág. 168) que la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en decisión proferida en 1978 en el caso *Penn Central Transportation vs. Nueva York* declaró constitucionales actos de gobierno local de la ciudad de Nueva York que impidieron a los propietarios del inmueble ocupado por la estación de ferrocarril Grand Central construir un edificio de 53 pisos sobre la estación con el objeto de preservar el valor histórico y estético de esa estación ferroviaria".

"Fijar la noción de función social de la propiedad privada no es tarea fácil ya que, como señala el profesor italiano Stefano Rodota, ese concepto 'unas veces se utiliza para

negar a la propiedad la naturaleza de derecho subjetivo... y otras veces para expresar la subordinación del momento individual... al momento social' (*El Terrible Derecho. Estudios sobre Propiedad Privada*, traducción de Luis Diez Picazo, Editorial Civitas, Madrid, Primera edición, 1986, pág. 191). En la primera vertiente se encuentran las ideas de León Duguit y en la segunda, que parece ser el sentido en que se utiliza este concepto en nuestra Constitución, la de quienes afirman que la 'función es una potestad que se ejercita, no por un interés propio (o al menos no por un interés exclusivamente propio) sino por un interés ajeno, o por un interés objetivo... la propiedad... se ejercitará por un interés objetivo: el interés general' (F. Messineo, obra citada, página 254)".

“Así pues la idea subyacente en la noción de función social de la propiedad, que en nuestro sistema es un derecho subjetivo, es que a través de la ley se pueden consagrar obligaciones a cargo del titular del derecho en atención al interés público, para obtener una mayor utilidad colectiva en el ejercicio del derecho de propiedad. La intervención del Estado, sin embargo, tiene límites, debe ser razonable y no puede suprimir o anular el derecho de propiedad, salvo el caso de expropiación previsto en la Constitución. De esta forma, en el ejercicio del derecho de propiedad privada, la ley debe tener en cuenta no solamente el interés particular del titular del derecho sino también la conexión entre éste y la sociedad en la que vive, pues el titular de ese derecho es un miembro de la comunidad y no un ser aislado”.

“Entendemos, entonces, que la función social de la propiedad privada, al plasmarse en el artículo 45 de la Constitución Política: 1) se refiere ante todo a bienes de capital y no a bienes de consumo; 2) trata de las obligaciones que pueden surgir a cargo del titular del derecho de propiedad; 3) estas obligaciones deben estar previstas en la ley, deben ser razonables, inspiradas en el interés de la colectividad y deben tener como finalidad obtener una mayor utilidad colectiva en el ejercicio del derecho de propiedad privada; y, por último, la noción de función social no puede ser utilizada por el legislador para suprimir el derecho subjetivo de propiedad privada, que es la base de nuestra economía de mercado”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ, sentencia del 26-11-93, cit. por HOYOS, Arturo (Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá), “La justicia Constitucional en la reciente experiencia democrática de Panamá”, en *Universitas*, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, nro. 85, junio-1994, pp. 33/ 35.

Biblioteca central. Hemeroteca, Sala 2, estante 89.

[10]

DERECHO DE REUNIÓN. LUGARES PÚBLICOS. PERMISO. ACTO ADMINISTRATIVO. MOTIVACIÓN. OPORTUNIDAD. ORDEN PÚBLICO (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

1. La extemporaneidad de la decisión gubernativa de prohibir o modificar los términos de una concentración convocada puede entrañar una conculcación del derecho fundamental de reunión cuando, “por ejemplo, responda a un ánimo dilatorio con el objetivo de impedir o entorpecer el ejercicio del derecho o cuando impida que los órganos judiciales se pronuncien con anterioridad a la fecha de celebración de la concentración programada por los organizadores”.

2. El límite constitucional al ejercicio del derecho de reunión (razones fundadas de “alteración del orden público, con peligro para las personas o bienes” -art. 21.2.-), debe entenderse como referente “a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sen

tido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son el fundamento del orden social, económico y político”. De este modo, las concentraciones sólo pueden prohibirse “cuando existan razones fundadas para concluir que de llevarse a cabo se producirá una situación de tal desorden material en el lugar de tránsito público afectado, entendiéndose por desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de las personas o a la integridad de bienes públicos o privados”.

3. En el caso de concentraciones que afecten a la “circulación viaria”, sólo podrán prohibirse cuando produzcan “la obstrucción total de vías de circulación que, por el volumen de tráfico que soportan y por las características de las zonas -normalmente centros neurálgicos de grandes ciudades- provoquen colapsos circulatorios en los que, durante un período de tiempo prolongado, queden inmovilizados vehículos, y se impida el acceso a determinadas zonas o barrios por imposibilidad de que la autoridad gubernativa habilite vías alternativas de circulación” pues, en tales supuestos, “puede resultar... por ejemplo ... imposibilitada la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de personas y bienes”.

4. La autoridad gubernativa, para restringir o prohibir el ejercicio del derecho de reunión, debe proceder a una ponderación casuística de las específicas circunstancias concurrentes y habrá de motivar y fundar la decisión, así como justificar la imposibilidad de adoptar medidas preventivas necesarias para permitir el efectivo ejercicio del derecho, haciendo uso, si fuera posible, de la facultad de proponer la modificación de fecha, lugar o duración de la concentración para que la reunión pueda celebrarse.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia 66/1995, cit. por REQUEJO PAGES y otros, “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 1995”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nro. 45, 1995, p. 235. Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.

[11]

ELECCIONES. CUESTIÓN JUSTICIABLE. ALCANCES (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

La decisión sobre nulidad de votos emitidos configura normalmente un juicio de estricta legalidad electoral que no puede ser revisado en sede constitucional, una vez comprobado que la interpretación seguida por los órganos judiciales ordinarios no es arbitraria, irrazonable o irrazonada.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Primera-, sentencia 115/1995, cit. por REQUEJO PAGES y otros, “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 1995”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nro. 45, 1995, p. 235. Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.

[12]

EMPLEO PÚBLICO. FUNCIONARIOS. ENCARCELACIÓN. HABERES (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

Un funcionario público no tiene derecho a percibir emolumentos durante el lapso en que no prestó servicios por encontrarse encarcelado.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAINT-DENIS-DE-LA-RÉUNION, 14-12-1994, *Préfet de la Réunion c/ Président du conseil général, M. Éric Boyer*, en *Revue française de droit administratif*, nro. 6, nov.-dic. 1995, p. 1106; v. asimismo, las decisiones análogas registradas en p. 1107, y “Un élu incarcéré ou en fuite peut-il continuer à percevoir des indemnités de fonction?”, en p. 1101.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 75.

[13]

EMPLEO PÚBLICO. INGRESO. CONCURSO. CONDICIONES. IGUALDAD (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

Atenta contra la Constitución (española, art. 23.2) el sistema de valoración establecido en las bases del concurso para ingresar a la función pública, si “supone una diferencia no razonable y arbitraria de trato entre quienes concurren a la oposición, habiendo prestado un breve tiempo de servicios como contratados e interinos y los demás opositores, a quienes en la fase del concurso no se les valoran otros méritos”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia 193/1995, cit. por REQUEJO PAGES y otros, “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 1995”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nro. 45, 1995, p. 239.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.

[14]

EXTRANJEROS. ADMISIÓN EN EL TERRITORIO. RECHAZO POR MOTIVOS DE ORDEN PÚBLICO. ACTO ADMINISTRATIVO. MOTIVACIÓN (JURISPRUDENCIA/ FRANCIA).

1. La administración (francesa) puede oponerse a la entrada en territorio francés de un extranjero, incluso si éste poseyera un permiso de estadía o un pedido de dicho permiso en curso de validez, si su presencia constituye una amenaza al orden público.

2. No satisface los requisitos legales la decisión administrativa que impide la entrada en territorio francés de un extranjero, si omite la mención de los textos aplicables que la fundarían en derecho, y se limita a invocar la amenaza al orden público que entrañaría la presencia en dicho territorio de la persona en cuestión, sin mencionar ninguna circunstancia de hecho.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 18-10-1995, *Ministre de l'Intérieur*, en *Revue française de droit administratif*, nro. 6, nov.-dic. 1995, p. 1258.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 75.

[15]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DERECHO AL HONOR. LIBRE CRÍTICA. CRÍTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. EXCESO. INTERÉS GENERAL. DIFUSIÓN DE LA EXPRESIÓN (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

1. **Voto de la mayoría:** el ejercicio de la libertad de expresión consistente en “la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional pueden ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando excedan de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace la divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena a su dignidad como persona” (fue puesto de resalto, asimismo, el interés general o relevancia pública del artículo publicado, por habérselo hecho en un diario de ámbito regional o provincial y girar en torno de un protagonista de indudable proyección pública en el entorno). El recurrente se extralimitó en el ejercicio de su libertad de expresión, menoscabando el derecho al honor del afectado, pues no se justifica la utilización de frases o palabras objetivamente injuriosas o insultantes como “claustral de babero”, “anfitrión de conspiradores”, “chambón” y “personaje inquisitorial”. La consideración global del artículo pone de manifiesto “un verdadero propósito deliberado de afrentar al así tratado tendenciosamente, con ánimo vindicativo no negado y casi explícito...”.

2. **Voto de la disidencia:** ninguna de las expresiones aludidas “por sí sola ni en el conjunto del artículo, constituye... una injuria”. El evidente carácter vindicativo “es también natural; quien a consecuencia de la decisión de otro ha perdido (injustificadamente en su opinión) la plaza a la que aspiraba, reivindica normalmente su derecho y nada tiene de particular ni de injurioso que lo haga intentando ridiculizar el ‘currículum’ y la decisión de la persona que la escribe”. Además, el caso se encuentra en el terreno “de la crítica de la función pública y de la crítica que parte de un afectado por el ejercicio de esa función... en el que la libertad de expresión se halla menos fuertemente limitada que en otras hipótesis”.

Antecedentes del caso: un aspirante a la plaza de catedrático universitario, impugnó las resoluciones judiciales que le habían condenado civilmente por una intromisión ilegítima en el derecho al honor, al haber publicado en un periódico regional un artículo en el que criticaba la trayectoria biográfica y profesional de uno de los miembros de la Comisión universitaria que revocó la propuesta que en su favor había hecho el órgano que resolvió el concurso.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia 76/1995, cit. por REQUEJO PAGES y otros, “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 1995”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nro. 45, 1995, p. 231. V. asimismo, las sentencias del tribunal cit. 78/1995 y 79/1995, reseñadas en *op. y loc. cit.* pp. 232/233.
Biblioteca Central, Hemeroteca, sala 2, estante 37.

[16]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DERECHO DE DAR Y RECIBIR INFORMACIÓN. DEMOCRACIA. PROHIBICIÓN DE INGRESO, DISTRIBUCIÓN Y CIRCULACIÓN DE LIBROS. CENSURA PREVIA. DERECHO ABSOLUTO. RESPONSABILIDAD ULTERIOR. DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL HONOR. TEORÍA DE LAS MANOS LIMPIAS. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS. ADOPCIÓN DE MEDIDAS (JURISPRUDENCIA/OEA).

1. El art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (C) engloba dos aspectos: el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho de recibirlas. Por lo tanto, cuando este derecho es restringido a través de una interferencia arbitraria, afecta no sólo el derecho individual de expresar información e ideas, sino también el derecho de la comunidad en general de recibir todo tipo de información y opiniones (c/cita de: Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-5/85 del 13-11-1985).

Los señalados aspectos de la libertad de expresión deben garantizarse simultáneamente (ídem. paréntesis anterior).

La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual reposa la existencia de una sociedad democrática. Resulta indispensable para la formación de la opinión pública. También constituye una *condictio sine qua non* para el desarrollo de los partidos políticos, los gremios, las sociedades científicas y culturales y, en general, de todos los que desean influir al público. Una sociedad que no está bien informada no es verdaderamente libre (ídem.).

2. El principio establecido en el art. 13 cit. es claro en el sentido que la censura previa es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por esa norma.

La excepción a dicho principio es la contenida en el párrafo 4 del art. 13 cit., que permite la censura de los “espectáculos públicos” para la protección de la moralidad de los menores.

La única restricción autorizada por el art. 13 cit. es la imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación.

La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 cit., es “absoluta”.

3. Los arts. 1 y 2 de la C establecen la obligación de asegurar los derechos protegidos por ésta, y requieren que los Estados parte adopten “las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos (reconocidos en la C) y libertades”.

En consecuencia, todos los Estados parte en la C tienen la obligación de asegurar que estos derechos sean adecuada y efectivamente protegidos por sus ordenamientos internos.

4. No es atendible el criterio del Gobierno y tribunales de Chile en el sentido de que en caso de conflicto entre las normas del art. 11 de la C relativas a la protección de la honra y de la dignidad, y las del art. 13 cit. que reconocen la libertad de expresión, deben prevalecer las primeras. El art. 11 cit. no puede ser interpretado por los órganos del Estado, de tal forma que resulte una violación del art. 13 cit. que prohíbe la censura previa.

Dicho conflicto debe solucionarse recurriendo a los términos empleados en el propio art. 13 cit.: responsabilidades ulteriores de quien vulnera el derecho a la honra.

Asimismo, las personas que se consideren lesionadas en su honra y dignidad cuentan, como en el caso, con recursos adecuados en los tribunales de justicia del Estado (Chile) para dirimir la cuestión.

5. Dado que el peticionario ha aceptado regresar a Chile a fin de someterse a los enjuiciamientos penales y civiles que se le siguen por “responsabilidades ulteriores” a la publicación, la Comisión no debe expedirse sobre lo alegado por Chile acerca de que, de dar acogida al planteo del peticionante, aquélla debería exigir que este último se presente ante los tribunales de dicho Estado.

“No obstante ello, corresponde señalar que no compete a la Comisión sustituir al Estado en la investigación y sanción de los actos de violación cometidos por particulares. En cambio, sí le corresponde proteger a las personas cuyos derechos han sido lesionados por los agentes u órganos del Estado. La razón que, en definitiva, explica la existencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, como en caso de la Comisión (cit.), obedece a esta necesidad de encontrar una instancia a la que pueda recurrirse cuando los derechos humanos han sido violados por tales agentes u órganos estatales [véase Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Argentina (OES/Ser.L/VII. 49), doc. 19, 11 de abril de 1980, p. 29]”.

“En el mismo sentido se pronunció la Comisión en la audiencia pública sobre excepciones preliminares celebrada el 16 de junio de 1987 en el caso *Fairen Garbi y Solís Corrales* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El juez *ad-hoc* Rigoberto Espinal Irías preguntó a la Comisión si podría existir, con referencia a ese caso ‘alguna relación o vínculo posible entre la violación de derechos humanos y la llamada teoría de las Manos Limpias (*clean hands*) reconocida en el derecho internacional’. Al responder a la pregunta del juez *ad-hoc*, la Comisión sostuvo lo siguiente: la respuesta es obviamente no. La Comisión protege seres humanos con entera prescindencia de su ideología, su comportamiento. Hay derechos que son fundamentales de toda persona. El derecho a la vida es el más importante de ellos. Cualquiera que sea la ideología, cualquiera que sea la conducta, cualquiera que sea, si una persona no tiene *clean hands* por supuesto lo que cabe al Estado es seguir un proceso regular contra ella. Pero no cabe, bajo modo alguno, que un país pueda ejecutarlo y a través de un método tan perverso como es su desaparición. De modo alguno, bajo este respecto podría aceptarse. No hay ciudadanos de primera y segunda en la protección diplomática. Su Señoría, nunca la Comisión ha preguntado ideología y el por qué, nunca ... y nunca lo va a hacer [Respuesta del Dr. Edmundo Vargas Carreno, Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Serie D: Memorias. Argumentos Orales y Documentos, p. 182]”.

6. El Estado de Chile, mediante resolución de la Corte Suprema de Justicia, que prohibió el ingreso, distribución y circulación del libro en cuestión, ha violado el art. 13 cit. Corresponde, entonces “recomendar” al mencionado Estado que levante la censura impuesta y que adopte las disposiciones necesarias para que el autor del libro pueda ingresar, circular y comercializar en Chile dicha obra.

Antecedentes del caso: los tribunales de justicia de Chile -y la Corte Suprema de Justicia en último término- prohibieron, en forma permanente, la entrada al país y la circulación del libro “Impunidad diplomática”, de Francisco Martorell, editado en la Argentina, por considerar que contenía ataques de gravedad contra personas privadas, y que sólo la total prohibición podía ser considerada una solución efectiva y adecuada para proteger la privacidad y la honra de dichas personas. El trámite judicial fue iniciado por uno de los afectados.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Nro. 11/96, 3-3-1996, caso *Martorell*, en *La Ley, suplemento de Derecho Constitucional*, 7-10-1996, p. 37, c/ comentario de DULITZKY, Ariel, “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *op. y loc. cit.*, p. 29.

[17]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DERECHO DE DAR Y RECIBIR INFORMACIÓN. DEMOCRACIA. PROHIBICIÓN DE INGRESO, DISTRIBUCIÓN Y CIRCULACIÓN DE LIBROS. CENSURA PREVIA. MEDIOS DE COMUNICACIÓN. MONOPOLIOS. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS. ADOPCIÓN DE MEDIDAS (JURISPRUDENCIA/OEA).

1. El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”. Esos términos “establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas; de donde resulta que el derecho protegido por el art. 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (c/cita de: Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-5/85, 13-10-1985).

2. “En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas ‘por cualquier... procedimiento’, está subrayando que la expresión y difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella”.

3. Los actos de confiscación y prohibición de libros tienen el efecto de imponer una censura previa a la libertad de expresión y, por ende, son violatorios del doble derecho a recibir e impartir información a toda persona, tanto al interior como hacia afuera de la comunidad, sin distinción de fronteras (art. 13 cit.).

4. En su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. “Para el cuidado común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”.

5. Con base en lo expuesto anteriormente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estima que el Gobierno de Grenada violó los derechos de los peticionarios a la “libertad de pensamiento y expresión”, cuando confiscó y prohibió los libros pertenecientes a los peticionarios. “Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión, deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”. El derecho de los peticionarios a transportar los libros a Grenada, y el derecho de recibirlos en Grenada, están protegidos por el art. 13 cit.

6. El Gobierno de Grenada ha violado la libertad de pensamiento y de expresión contenidas en el art. 13 cit, por lo que debe levantar la prohibición de ingreso de los libros en cuestión y adoptar las medidas para asegurarse de que su legislación se conforma con dicha norma.

Antecedentes del caso: Con motivo del arribo por vía aérea internacional de una serie de libros dirigidos a un residente de Grenada (Terence Marryshow, líder del Movimiento Patriótico Maurice Bishop), el Gobierno de dicho Estado prohibió el ingreso de determinadas obras que quedaron retenidas en el aeropuerto.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Nro. 2/96, 1-3-1996, caso *Grenada*, en *La Ley, suplemento de Derecho Constitucional*, 7-10-1996, p. 37, c/ comentario de DULITZKY, Ariel, “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *op. y loc. cit.*, p. 29.

[18]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EXPRESIÓN COMERCIAL. REGLAMENTACIÓN. ALCANCES (JURISPRUDENCIA/EE.UU.).

“El *Justice Stevens* escribió la decisión de la Corte en relación a las Partes I, II, VII y VIII y llegó a las siguientes conclusiones:

1. La Enmienda XXI no ampara la prohibición de hacer publicidad de los precios establecida por Rhode Island porque esa Enmienda no limita la prohibición contenida en la Enmienda I contra las leyes que restrinjan la libertad de expresión. Si bien la Enmienda XXI -que deroga la Prohibición y confiere a los Estados el poder para prohibir el comercio y el uso de bebidas alcohólicas en sus territorios- limita la aplicación de la Cláusula Comercial a las facultades reglamentarias que tienen los Estados en materia de distribución o uso de licores dentro de sus fronteras, aquélla no autoriza a los Estados a ignorar las obligaciones que les imponen otras cláusulas constitucionales. Ver por ejemplo, *Capital Cities Cable, Inc. vs. Crisp*, 467 US 691, 712; *California vs. LaRue* 409 US 109, 118-119. Como la Enmienda I debe ser incluida entre las restantes prescripciones, la Enmienda XXI no puede impedir que se analice la constitucionalidad de la prohibición publicitaria.

2. Como Rhode Island no ha logrado cumplir con la pesada carga de justificar la prohibición absoluta que había impuesto a la publicidad de los precios, la medida es inválida.

El *Justice* Stevens expuso la opinión principal en relación a las Partes III a VI, llegando a la conclusión de que la prohibición impuesta por Rhode Island a los avisos publicitarios que brindan al público información veraz sobre los precios minoristas de los licores constituye una restricción inconstitucional a la libertad de expresión.

(a) El *Justice* Stevens, con la adhesión de los *Justices* Kennedy, Souter y Ginsburg, concluyó, en la Parte III, que si bien la Enmienda I ampara la difusión de mensajes comerciales veraces y no engañosos de productos y servicios lícitos a fin de asegurar que los consumidores reciban información fidedigna (ver, *e.g.*, *Virginia Bd. of Pharmacy vs. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, 425 US 748, 765), las especiales características de las expresiones comerciales -incluyendo su 'mayor objetividad' y 'mayor audacia'-, autorizan al Estado a reglamentar la publicidad potencialmente engañosa o falaz con mayor libertad que otras formas de expresiones protegidas (ver, *e.g.*, *íd.* en pág 771-772, nota 24) y exigen una revisión *menos rigurosa de la validez de dichos reglamentos* (*Central Hudson Gas & Elec. Corp. vs. Public Serv. Comm'n of N.Y.*, 447 US 557, 566, nota 9). Sin embargo, las regulaciones que suprimen en forma absoluta las expresiones comerciales con el objeto de adoptar una política que no esté orientada a la protección del consumidor, deben ser revisadas con un 'cuidado especial', y no debe aprobarse su validez a menos que ese supuesto específico de expresión haya estado de algún modo viciado, sea por ser engañoso o por hacer referencia a una actividad ilícita (ver *íd.*).

(b) El *Justice* Stevens, con la adhesión de los *Justices* Kennedy y Ginsburg, sostuvo, en la Parte IV, que la jurisprudencia demuestra que no todas las reglamentaciones de las expresiones comerciales están sujetas a una forma similar de revisión constitucional por el simple hecho de que configuren una categoría de expresión similar. Cuando un Estado reglamenta los mensajes comerciales para proteger a los consumidores de prácticas engañosas, falaces o agresivas, o cuando requiere la difusión de información útil para los consumidores, el fin perseguido por la reglamentación resulta consistente con los que conducen a acordar protección constitucional a las expresiones comerciales y, por lo tanto, hay fundamento para que sea sometida a una revisión menos rigurosa. Sin embargo, cuando un Estado prohíbe en forma absoluta la difusión de mensajes comerciales veraces y no engañosos por motivos que no están vinculados a la preservación de un proceso de libre negociación, hay muchas menos razones para apartarse del criterio riguroso de revisión que normalmente se hace en términos de la Enmienda I. Los especiales riesgos que generan esas prohibiciones absolutas -muy especialmente el hecho de que casi excluyen los canales alternativos de comunicación-, constituyen sólidas razones para hacer una revisión más cuidadosa.

(c) El *Justice* Stevens, con la adhesión de los *Justices* Kennedy, Souter y Ginsburg, llegó a la conclusión, en la Parte V, que como la prohibición publicitaria de Rhode Island constituía una prohibición absoluta contra expresiones veraces y no engañosas relativas a un producto lícito y perseguía la satisfacción de un objetivo no vinculado a la protección al consumidor, debía ser revisada con 'cuidado especial', de acuerdo a la doctrina de *Central Hudson* (447 US en pág. 566, nota 9). La norma impugnada no puede sobrevivir a esa revisión porque ni siquiera satisface el estándar menos que estricto que generalmente se aplica a los casos de expresiones comerciales de acuerdo a lo resuelto en *Central Hudson* (*íd.* en pág. 566). En primer lugar, la prohibición publicitaria no está directamente dirigida a satisfacer el importante interés que el Estado tiene en fomentar la abstinencia (ver *ibíd.*). Como la reglamentación de las expresiones comerciales no tiene suficiente fundamento cuando solamente brinda un apoyo remoto o ineficaz al objetivo perseguido por el gobierno (*íd.* en pág. 564), pesa sobre el Estado la carga de demostrar no sólo que la medida reglamentaria ayuda a la satisfacción de su interés, sino también

que lo hará en un 'grado sustancial' (ver, *e.g.*, *Edenfield vs. Fane*, 507 US 761, 767). Entonces, en este caso, el Estado debe demostrar que la prohibición reducirá en forma significativa el consumo de alcohol. En segundo lugar, la prohibición es más amplia de lo que resulta necesario para satisfacer el interés invocado (ver 447 US en pág. 566) ya que existen otras formas alternativas de reglamentación que no incluirían una restricción a la libertad de expresión -*e.g.*, la fijación de precios más altos, sea mediante una reglamentación directa o mediante la imposición de mayores impuestos, el racionamiento de las compras per capita, o la implementación de campañas educativas centradas en los problemas de alcoholismo- y que tendrían una mayor probabilidad de fomentar la abstinencia. Por lo tanto, el Estado no ha logrado demostrar que existe un 'ajuste razonable' entre su reglamentación y sus objetivos (ver, *e.g.*, *Board of Trustees, State Univ. of N.Y. vs. Fox*, 492 US 469, 480).

(d) El *Justice Stevens*, con la adhesión de los *Justices Kennedy*, *Thomas* y *Ginsburg*, concluyó, en la Parte VI, que debía rechazarse el alegato articulado por el Estado en apoyo de su pretensión de que simplemente había ejercido un 'criterio legislativo' (*legislative judgment*) apropiado, al establecer que una prohibición a la publicidad de precios era el mejor medio para fomentar la abstinencia -*i.e.*, (1) que como las opiniones de los expertos en relación a la efectividad de la prohibición son 'encontradas', la Cámara de Apelaciones había llegado acertadamente a la conclusión de que la prohibición constituía una 'opción razonable' para la legislatura; (2) que los precedentes exigían que se diera una especial deferencia a la elección de la legislatura porque el Estado podía, si quería, prohibir directamente la venta de bebidas alcohólicas; y (3) que resultaba apropiado hacer esa deferencia porque las bebidas alcohólicas son consideradas productos propios del 'vicio'. Ver *Rubin*, 514 US en pág ... nota 2; *United States vs. Edge Broadcasting*, 509 US 418; *Posadas de Puerto Rico Associates vs. Tourism Co. of P.R.*, 478 US 328-.

El *Justice Scalia*, concluyó en que la pauta para interpretar qué es lo prohibido por la Enmienda I, en los casos en que no se analiza la supresión de ciertas ideas políticas, debe buscarse en las prácticas que el pueblo norteamericano ha aceptado desde hace mucho tiempo (ver *McIntyre vs. Ohio Elections Commission*, 514 US, (disidencia de *Scalia*). Sin embargo, como la Suprema Corte no tiene pruebas de las prácticas legislativas estatales en materia de reglamentación de las expresiones comerciales correspondientes a la época en que se adoptaron las Enmiendas I y XIV, o al menos de algún consenso nacional que al respecto se haya logrado con posterioridad, simplemente se adhiere a la jurisprudencia existente de la Suprema Corte, que hace inválida la reglamentación de Rhode Island.

El *Justice Thomas* sostuvo que, en casos como el presente -donde el interés invocado por el gobierno es el de mantener a quienes usan lícitamente un producto o servicio en la ignorancia, en orden a manipular las decisiones que toman en el mercado-, no debiera aplicarse el test del balance formulado en *Central Hudson* ya que ese 'interés' es ilegítimo *per se* (cf., *e.g.*, *Virginia Bd. of Pharmacy vs. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, 425 US 748, 768-770) y no puede justificar la reglamentación de expresiones 'comerciales' ni de las 'no comerciales'.

El *Justice O'Connor*, con la adhesión del *Chief Justice* y los *Justices Souter* y *Breyer*, estuvo de acuerdo con la opinión principal de que la prohibición de Rhode Island a la publicidad de los precios del alcohol resulta inválida y no queda legitimada por la Enmienda XXI, pero concluyó en que la cuestión de la Enmienda I debe ser resuelta con un criterio más restrictivo mediante la aplicación del test formulado en *Central Hudson Gas & Elec. Corp. vs. Public Serv. Comm'n of N.Y.* (447 US 557, 566). Asumiendo que la

prohibición satisface los tres primeros recaudos del test *-i.e.*, que (1) la expresión cuestionada hace referencia a una actividad lícita y no es engañosa; (2) el interés invocado por el gobierno es importante, y (3) la medida reglamentaria está directamente dirigida a satisfacer el interés del gobierno-, el reglamento de Rhode Island no satisface el cuarto recaudo porque la prohibición que contiene es más amplia de lo que resulta necesario para satisfacer el interés invocado. Rhode Island justifica su prohibición a la publicidad de precios alegando que apunta a sostener elevados los precios del alcohol para así mantener el consumo en un nivel bajo. Ahora bien, para que una restricción a la libertad de expresión pueda satisfacer el cuarto recaudo es necesario que exista un ajuste razonable entre el objetivo y el método usado por la legislatura (*Board of Trustees of State Univ. of N.Y. vs. Fox*, 492 US 469, 480). En tales condiciones, el reglamento no es razonable ya que el Estado tiene otros métodos disponibles *-e.g.*, fijación de precios mínimos y/o aumento de los impuestos a la venta de bebidas alcohólicas- que lograrían en forma más directa la satisfacción del interés alegado, sin entrometerse en la posibilidad que tiene el vendedor para brindar información veraz y no engañosa a los consumidores (*Posadas de Puerto Rico Associates vs. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 US 328, 341/344). La opinión principal se equivoca al adoptar un nuevo análisis para la evaluación de las medidas que reglamentan las expresiones comerciales”.

Antecedentes del caso: los peticionarios fueron dos vendedores minoristas de licores, con licencia, uno de Rhode Island y otro de Massachusetts, que contaron con el apoyo de los residentes de Rhode Island. La demanda perseguía el dictado de una sentencia que declarara que las leyes de Rhode Island que prohibían la publicación de los precios de los licores en lugares distintos a los de venta, violaban la Enmienda I. El tribunal de primera instancia llegó a la conclusión de que esa prohibición era inconstitucional porque no perseguía directamente la satisfacción del interés que el Estado había invocado en fomentar la abstinencia, y porque tenía un alcance mayor al que resultaba necesario para la satisfacción de ese objetivo. Adujo, para ello, que las restricciones que el Estado impone a las expresiones comerciales tienen que ser justificadas y que la Enmienda XXI no trasladaba ni disminuía la obligación de observar dicha exigencia. La Cámara de Apelaciones, *inter alia*, encontró “mérito esencial” en la alegación del Estado relativa a que la publicidad de los precios se traduciría, en definitiva, en un aumento de las ventas, y admitió que la Enmienda XXI brindaba a esa limitación una mayor presunción de validez. La Suprema Corte de los Estados Unidos revocó esta última decisión.

Nota de la Secretaría: v. Sección Estudios, “La libertad de expresión comercial en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos”.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 13-5-1996, *44 Liquormart, Inc. and People Super Liquor Stores, Inc., Petitioners vs. Rhode Island and Rhode Island Liquor Stores Association*, 64 *Law Week* 4313.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2.

[19]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. RADIO Y TELEVISIÓN. ESPACIOS RADIOELÉCTRICOS. REGULACIÓN (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

“Las limitaciones técnicas que impone la utilización del espacio radioeléctrico por parte de un número en principio ilimitado de usuarios hace indispensable la previa regulación del medio, la cual sólo puede ser llevada a cabo por el legislador”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Primera-, sentencia 88/1995, cit. por REQUEJO PAGES y otros, “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 1995”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nro. 45, 1995, p. 233. Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.

[20]

PARTIDOS POLÍTICOS. NOMBRE. PROTECCIÓN (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

La necesidad de evitar que los elementos de identificación de las candidaturas sean iguales o semejantes “no autoriza, sin embargo, la entrega en exclusiva, a un determinado grupo, de representaciones auténticas de líneas de pensamiento (‘socialistas’, ‘verdes’, ‘liberales’), sino que por el contrario permite que una misma corriente ideológica pueda tener diversas expresiones partidarias que, consecuentemente, lleven a representaciones que pueden parcialmente coincidir, siempre, claro está, que no conduzcan a confusión, especialmente a los electores”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencias 70/1995, 71/1995 y 72/1995, cits. por REQUEJO PAGES y otros, “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 1995”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nro. 45, 1995, p. 238. Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.

[21]

PRUEBA. SECRETO PROFESIONAL. ALCANCES. SIQUIATRAS. SICÓLOGOS. TERAPISTAS (JURISPRUDENCIA/EE.UU.).

La Regla 501 de las *Federal Rules of Evidence* brinda protección a las conversaciones que Redmond mantuvo con su terapeuta y a las notas que éste tomó durante las sesiones, frente a un pedido de que esa información sea difundida (se confirma la sentencia).

1. La regla 501 faculta a los tribunales federales a definir nuevos privilegios mediante la interpretación “de los principios del common law ... a la luz de la razón y de la experiencia”. La Regla no inmoviliza el derecho aplicable a los privilegios en un determinado momento histórico sino que ordena a los tribunales que “continúen el proceso de evolución de los privilegios probatorios” (*Trammel vs. United States*, 445 US 40, 47). Las excepciones a la regla general desfavorable al reconocimiento de este tipo de privilegios se justifican cuando éstos “estimulen en

un grado suficiente la satisfacción de

intereses importantes que deban prevalecer sobre la necesidad de contar con medios de prueba ...” (íd., p. 51).

2. Hay importantes intereses privados que justifican el reconocimiento de un privilegio a los sicoterapeutas. La sicoterapia efectiva depende de una atmósfera de seguridad y confianza y, por lo tanto, la mera posibilidad de que se divulguen comunicaciones de carácter confidencial puede impedir la creación de la relación necesaria para que el tratamiento sea exitoso. El privilegio también satisface el interés público, dado que la salud mental de la ciudadanía de la Nación -al igual que su salud física- tiene una importancia trascendental para el público. Por el contrario, el eventual beneficio probatorio que podría resultar del desconocimiento de este privilegio es modesto. El hecho de que todos los Estados y el Distrito de Columbia hayan reconocido legalmente este privilegio demuestra lo apropiado que resulta que lo admitan los tribunales federales (v. *Trammel vs. United States*, cit. pp. 48/50). Esta idea se refuerza por el hecho de que el privilegio se encontraba entre los que se recomendaron en el proyecto de ley que se rechazó al optarse por el texto más abierto de la actual Regla 501.

3. El privilegio federal, que claramente se aplica a los siquiátras y sicólogos, alcanza también a las confidencias que se hacen a trabajadores sociales matriculados, en el curso de una sicoterapia. Los fundamentos que llevan a reconocer este privilegio al tratamiento que hacen los siquiátras y sicólogos se aplican con igual fuerza a los trabajadores sociales clínicos, y la amplia mayoría de los Estados también lo ha reconocido explícitamente. Se rechaza el balance de intereses realizado por la Cámara de Apelaciones y por unos pocos Estados, porque evisceraría la efectividad del privilegio al imposibilitar que los protagonistas puedan predecir si sus conversaciones confidenciales gozarán o no de protección. Como este es el primer caso en donde esta Corte ha reconocido el privilegio al sicoterapeuta, no es necesario ni posible delinear todos sus contornos en una forma que se aplique a todas las cuestiones que se planteen en el futuro (La Cámara de apelaciones -según surge del primer párrafo del *syllabus*- había llegado a la conclusión de que “la razón y la experiencia”, que constituyen los criterios para el reconocimiento de un privilegio de acuerdo a lo dispuesto por la *Federal Rule of Evidence 501*, exigen que se reconozca el privilegio sicoterapeuta-paciente. Sin embargo, entendió que el privilegio no se aplicaría cuando el interés en hacer justicia y la necesidad probatoria de contar con esa información, tuvieran mayor gravitación que el interés en brindar protección al paciente. Haciendo un balance de esos intereses, la Cámara había llegado a la conclusión de que las notas del terapeuta gozaban de protección”).

Nota de la Secretaría: v. Sección doctrina [17] sobre antecedentes del caso.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 13-6-1996, CARRIE JAFFEE, *Special Administrator for RICKY ALLEN, Sr, Deceased vs. MARY LU REDMOND Et al*, 64 *Law Week* 4490 (Stevens expuso la opinión de la Corte, a la que se adhirieron O'Connor, Kennedy, Souter, Thomas, Ginsburg y Breyer; Scalia votó en disidencia, y Rehnquist se adhirió parcialmente a este último).

[22]

PODER DE POLICÍA. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS. PROHIBICIÓN. COMPETENCIA. MUNICIPALIDADES. ATENTADOS CONTRA LA DIGNIDAD HUMANA. LIBERTAD DE COMERCIO E INDUSTRIA. LIBERTAD DE TRABAJO (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

1. Corresponde a la autoridad investida del poder de policía municipal, tomar las medidas para prevenir un ataque al orden público.
2. El respeto de la dignidad de la persona humana es uno de los componentes del orden público.
3. Configura un atentado a la dignidad de la persona humana la atracción “lanzamiento del enano” que consiste en lanzar como un proyectil a una persona afectada de un “handicap” físico y que es presentada en tal condición.
4. La circunstancia anterior justifica que la mencionada autoridad prohíba el espectáculo en cuestión.
5. No es obstáculo para dicha decisión de la autoridad, que se hayan tomado las medidas necesarias para la seguridad de la persona puesta en juego, ni que ésta se haya prestado libremente a la exhibición, mediante una retribución.
6. El respeto del principio de la libertad de trabajo y de la libertad de comercio e industria no es obstáculo para que la autoridad investida del poder de policía municipal prohíba una actividad incluso lícita, si la naturaleza de la medida es la de prevenir o hacer cesar una perturbación al orden público.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 27-10-1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, en *Revue française de droit administratif*, nro. 6, nov.-dic. 1995, p. 1215; v. asimismo, la decisión análoga registrada en p. 1216 (*Ville d'Aix-en-Provence*), y “L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale”, p. 1204.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 75.

[23]

PRISIÓN PREVENTIVA. RECURSO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. ALCANCES DE LA COMPETENCIA (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

“Si bien corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar... ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción a la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley”, al Tribunal le corresponde “supervisar la existencia de motivación suficiente... y su razonabilidad, entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación... no sea arbitraria”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia 128/1995, cit. por REQUEJO PAGES y otros, “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 1995”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nro. 45, 1995, p. 205.

Biblioteca Central, Hemeroteca, sala 2, estante 37.

[24]

PROCESO PENAL. PRUEBA. REGLA DE EXCLUSIÓN. CONFESIÓN (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

En el caso, existe una clara relación de causalidad entre la ocupación de la droga, que motivó la posterior persecución penal, y el resultado de la observación telefónica ilícita, puesto que ésta se practicó sin autorización judicial. En consecuencia, la prohibición probatoria se extiende no sólo al resultado de las escuchas ilegales, sino también a la ocupación de la droga y, por ello, ninguno de estos indicios debe ser considerado para establecer la culpabilidad de los recurrentes. Sin embargo, entre las “evidencias derivativas”, no viciadas por la prueba ilícita, figura la confesión de uno de los coprocesados, quien pudiéndose haber negado a declarar, o limitarse a negar su conocimiento de los objetos inculpativos, reconoció libremente la comisión del delito. Para el Tribunal, aunque puede alegarse que la confesión prestada ante la evidencia de la incautación de la droga difícilmente habría tenido lugar de un modo espontáneo, es cierto que ello no vicia el valor inculpativo de la confesión como prueba de cargo, pues su validez “no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia 86/1995, cit. por REQUEJO PAGES y otros, “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 1995”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nro. 45, 1995, p. 228.
Biblioteca Central, Hemeroteca, sala 2, estante 37.

[25]

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS. DERECHO A LA JURISDICCIÓN. DEBIDO PROCESO. CONTRATO DE ADHESIÓN. CLÁUSULA COMPROMISORIA OBLIGATORIA. PARTE CONTRACTUAL MÁS DÉBIL. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/PANAMÁ).

“La resolución del Ministerio de Comercio e Industrias que ha sido impugnada ... infringe el artículo 32 de la Constitución (de Panamá), porque al hacer obligatoria la cláusula compromisoria en contratos de adhesión, impide el acceso a los tribunales de justicia a la parte que lo considere necesario para defender sus derechos. El art. 32, que consagra la garantía del debido proceso, también contiene el derecho a la tutela judicial, la cual se cierra a la parte más débil en el contrato de adhesión, como consecuencia de la resolución administrativa cuya inconstitucionalidad se impetra” (la resolución administrativa impugnada era aprobatoria del contenido obligatorio de determinadas pólizas de seguro, y obligaba a las partes a someter sus diferencias a arbitraje, cerrando la vía judicial).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ, sentencia del 29-10-92, cit. por HOYOS, Arturo (Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá), “La justicia Constitucional en la reciente experiencia democrática de Panamá”, en *Universitas*, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, junio-1994, nro. 85, p. 33.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 89.

[26]

RECUSACIÓN. SENTENCIA NO DEFINITIVA. RECURSO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

Son prematuros los recursos de amparo promovidos contra resoluciones judiciales dictadas en procedimientos incidentales de recusación de magistrados, pues sigue siendo posible la reparación judicial, durante la sustanciación del proceso principal, de la eventual lesión de derechos verificada en tales procedimientos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda- auto 168/1995 y -Sala Primera- auto 173/1995, cits. por REQUEJO PAGES y otros, "Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 1995", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nro. 45, 1995, p. 206).

Biblioteca Central, Hemeroteca, sala 2, estante 37.

[27]

SALARIO. SUELDO ANUAL COMPLEMENTARIO. SUSPENSIÓN DEL PAGO. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/PANAMÁ).

Es inconstitucional el decreto-ley que suspendió el derecho de los servidores públicos a percibir la remuneración denominada décimo tercer mes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ, sentencia del 23-9-91, cit. por HOYOS, Arturo (Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá), "La justicia Constitucional en la reciente experiencia democrática de Panamá", en *Universitas*, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, junio-1994, nro. 85, p. 36. Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 89.

[28]

SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS. DOBLE INSTANCIA (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

No existe un derecho fundamental a la doble instancia en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Primera-, sentencia 89/1995, cit. por REQUEJO PAGES y otros, "Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 1995", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nro. 45, 1995, p. 229.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.





[1]

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTROL PÚBLICO INTERNO. DEMOCRACIA. SOBERANÍA POPULAR. DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS. ACTO ADMINISTRATIVO. MOTIVACIÓN. OPORTUNIDAD. DERECHO DE PETICIÓN. DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN Y DOCUMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES (DOCTRINA/GRECIA).

1. La existencia de sistemas de control interno sobre los actos administrativos es considerada, en los principales ordenamientos constitucionales, como un derecho subjetivo fundamental. Se trata de un instrumento de la democracia, por el cual el poder ejecutivo permite a los particulares la verificación de la legitimidad de los actos administrativos.

2. El derecho de petición (d.p.).

2.1. Dentro del sistema de controles internos en Grecia, el **d.p.** ocupa un lugar destacado; la propia Constitución griega (**CG**, 1975, revisada en 1986) lo garantiza a toda persona, sea ciudadano griego o no (art. 10). El **d.p.**, fundado sobre la estructura jerárquica de la administración pública (**A**), puede ser ejercido bajo la forma de un recurso administrativo simple, o jerárquico o cuasiconcencioso, así como mediante formas especiales de recursos por el Consejo de Estado y por la Corte de Cuentas.

2.2. Caracteres del d.p.:

2.2.1. La **CG** reconoce el derecho subjetivo de exigir de la **A** una respuesta motivada en forma escrita.

2.2.2. La **CG** establece la persecución penal o disciplinaria del solicitante por las infracciones que cometa con la petición.

2.2.3. La **CG** y su reglamentación, imponen a la **A** la obligación de actuar de la manera más rápida posible.

2.2.4. La **A** no puede no dar respuesta, ni darla en forma oral.

2.2.5. La respuesta debe producirse en el plazo legalmente previsto (en general: 30 días); en caso contrario puede hacerse valer la responsabilidad de la **A**. El funcionario responsable del silencio de la **A** puede ser sancionado penal y disciplinariamente, lo cual no excluye la responsabilidad civil de la **A**.

3. El derecho a la información y el derecho de acceso a los documentos administrativos (d.i.).

3.1. Está comprendido dentro del ámbito del **d.p.** y constituye un derecho subjetivo.

3.2. Todo administrado tiene el derecho individual de solicitar en forma escrita a los servicios administrativos competentes del sector público (vale decir, independientemente de la estructura con que estén organizados los servicios), el acceso a los documentos administrativos de carácter no personal. "Toda demanda de informaciones obliga a la Autoridad competente a una respuesta en la medida prevista por las leyes" (**CG**, art. 103). Se trata de la libertad de los administrados de seguir el proceso de la acción administrativa y de conocer sus razones; se trata, asimismo, de posibilitar al individuo, día por día, la aplicación concreta del principio de la soberanía popular: la **CG** declara solemnemente que todos los poderes emanados de la soberanía pertenecen al pueblo y son ejercidos en la forma establecida por aquélla (art. 1.3.).

3.3. Caracteres del d.i.:

3.3.1. No está permitido el acceso a los documentos administrativos que tengan carácter personal (protección de la vida privada) o que, por disposición normativa, integren la lista de casos cuya divulgación podría producir grave daño a los intereses del servicio público, p.ej. secretos de Estado o militares (protección del interés público).

3.3.2. La autoridad administrativa debe admitir el acceso a la información. Un supuesto de resolución denegatoria no motivada e ilegítima, sería la fundada en razones imprecisas de interés público o del servicio.

3.3.3. El individuo, beneficiado del **d.i.**, está ubicado en condiciones de preparar su propia defensa y de valerse de un derecho de control represivo, impugnando la acción administrativa ilegítima mediante un control preventivo.

3.3.4. El **d.i.** es anejo al derecho a ser oído y al derecho de peticionar. Una información preventiva verdadera ofrece la posibilidad de defenderse ante la **A**, y facilita la aplicación de las disposiciones constitucionales que reconocen a la persona interesada el derecho a una “audiencia previa o preventiva” en caso “de acciones o de medidas administrativas tomadas en detrimento de sus derechos o intereses”.

3.3.5. La **A** (toda autoridad administrativa) está obligada a satisfacer el **d.i.**, y toda omisión o rechazo por parte de aquélla es considerado ilegal. El administrado impedido de valerse del **d.i.** puede presentar recurso por exceso de poder ante los tribunales administrativos (o una acción civil ante los tribunales civiles, si la autoridad obra como una empresa pública) reclamando la anulación de la decisión.

4. Organización del poder:

La estructura de la organización de los poderes públicos en Grecia se diversifica en los tres poderes clásicos:

a) la función legislativa: ejercida por la Cámara de Diputados; b) la función ejecutiva (o administrativa): ejercida por el Gobierno mediante la Administración pública; c) la función judicial: ejercida por los tribunales (art. 26, **CG**).

TACHOS, Anastase (Profesor de la Universidad *Aristotele di Salonicco*), “Il controllo interno dell'amministrazione pubblica in Grecia”, en *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Instituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, nro. 60, 1992, p. 272.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 33.

[2]

CERTIORARI. CRITERIOS DE SELECCIÓN. EVOLUCIÓN. SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS. PROCEDIMIENTO INTERNO (DOCTRINA/EE.UU.)

A partir de 1925, cuando el Congreso dio a los *Justices* amplias atribuciones para controlar la lista de casos que resuelven a través del *writ of certiorari*, cada vez ha resultado más difícil convencer a la Suprema Corte de los Estados Unidos para que revise un caso.

La redacción de una petición que atraiga la atención de la Corte siempre ha exigido una mezcla indefinida de destreza, conocimiento del tipo de casos que resuelve el Tribunal, y suerte.

Sin embargo, los desafíos que establece el proceso del *certiorari* han aumentado en los últimos años, a medida que los *Justices* han ido restringiendo la lista de casos que pueden alegarse.

A mediados de la década de 1980, la Suprema Corte normalmente oía los alegatos de más de 160 casos durante cada período de sesiones. Pero en el período octubre 1995-junio de 1996, sólo escuchó 75, es decir, el 1 % de los casos que se presentaron para su revisión.

Como los *Justices* han hecho tan pocas declaraciones públicas sobre el proceso del *certiorari*, los abogados y litigantes se ven obligados a encontrar pautas que los guíen en la forma en que, en la práctica, la Corte ejerce su poder respecto del *certiorari*.

La Regla 10.1 de la Corte dispone que la revisión a través del *writ of certiorari* “no es una cuestión de derecho sino de discrecionalidad judicial”, y que “sólo” se concederá “cuando existan razones especiales e importantes que lo justifiquen”.

La norma da ejemplos de cuales son esas “razones especiales e importantes”, pero advierte que “no tienen efecto vinculante ni miden la discrecionalidad de la Corte”:

a) Decisiones contradictorias dictadas por cámaras de apelaciones federales o últimos tribunales estatales competentes para entender en una causa.

b) Decisiones que “se hayan apartado tanto de las reglas de procedimiento aceptadas, que hagan necesario el ejercicio del poder de supervisión de la Corte”.

c) Decisiones que hubieran decidido una “cuestión federal importante que no haya sido aún, pero que deba ser, resuelta por la Suprema Corte”.

Estas amplias declaraciones necesitan entremezclarse con consideraciones sobre la forma en que, en la práctica, funciona el proceso del *certiorari*.

Dentro del *Pool*

Cuando un pedido de *certiorari* llega a la Suprema Corte, se envía a un *cert pool*.

Las peticiones se distribuyen al azar entre las oficinas de los 8 *Justices* que integran el *pool*. En ese proceso, cada petición es revisada por un secretario que hace un memorando en el que sintetiza el caso; dicho memorando se hace circular entre los 8 *Justices*.

Sólo el *Justice* John Paul Stevens revisa todos los pedidos con sus propios secretarios. Sin embargo, cualquiera de los *Justices* que integran el *pool* puede hacer un análisis más pormenorizado de un caso.

Los *Justices* se reúnen en un acuerdo a fin de analizar las peticiones. Para hacer lugar al pedido de abrir el recurso se necesita el voto de 4 jueces.

La creación de un *cert pool* fue propuesta por el ahora retirado *Justice* Lewil F. Powell Jr., a comienzos de la década de 1970, con el propósito de lograr un mejor manejo de la gran cantidad de pedidos que llegaban a la Suprema Corte, que actualmente asciende a más de 6.000 por año.

Inicialmente, este *cert pool* estaba integrado por 5 *Justices* que distribuían los pedidos de abrir el recurso entre sus secretarios. Sin embargo, el número de integrantes del *pool* aumentó cuando la alineación de los *Justices* se modificó. Una de las consecuencias que esto ha tenido, es que ahora son menos las personas que revisan cada pedido antes de que los *Justices* lo voten.

La instrucción que se acepta es que, para que una petición de revisión tenga alguna posibilidad de ser aceptada por la Suprema Corte, debe presentar un conflicto entre decisiones de tribunales inferiores, tratar una cuestión de importancia pública o estar presentada por el gobierno federal.

El difunto *Chief Justice* Fred M. Vinson escribió, en 1949, que la Suprema Corte procura “decidir sólo aquellos casos que presentan cuestiones cuya decisión tenga una inmediata importancia que trascienda los hechos y partes directamente comprometidos”.

Esta actitud se tradujo, dentro de la Suprema Corte, en la etiqueta “Simplemente Equivocado” (*Merely Wrong*), que a veces se pega a una decisión de un tribunal inferior que se considera errónea pero que no merece ser revisada por los *Justices*.

Una perspectiva diferente plantea el *Chief Justice* William H. Rehnquist que, en una conferencia que ofreció en 1984, comentó: “la razón más común que impulsa a los miembros de nuestra Corte a votar por la apertura del recurso es la duda de que la decisión de un tribunal inferior sea correcta”.

Resulta dudoso si esta observación sigue vigente dado que, en los 12 años transcurridos desde entonces, el Alto Tribunal ha reducido a la mitad la cantidad de los casos en los que acepta entender.

STEWART, David O. (Socio del estudio *Roper and Gray* en Washington), “The Uncertainty of Cert. Predicting Court’s choice of cases can be anyone’s guess”, en *ABA Journal*, volumen 82, abril 1996, p. 50. Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 5.

[3]

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RECOMENDACIONES. OBLIGATORIEDAD. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (DOCTRINA/OEA).

“A juicio de la Corte (Interamericana de Derechos Humanos), el término ‘recomendaciones’ usado por la Convención Americana (sobre Derechos Humanos) debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el art. 31.1. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el art. 31.4. de la misma Convención. En consecuencia el estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8-12-1995, caso *Caballero Delgado y Santana*).

Los Autores, a partir del precedente transcrito, consideran que éste comprende sólo las recomendaciones que dicte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con posterioridad a que hubiese decidido someter el caso ante la Corte cit. (art. 51.2, Convención cit.), en tanto que las restantes recomendaciones serían obligatorias y su incumplimiento por parte del Estado generaría responsabilidad internacional. Según los Autores, el precedente de la Corte cit. atañe a un caso en que la Comisión cit. elaboró su segundo informe no obstante haber ya elevado la causa a la Corte cit.

BIDART CAMPOS, Germán J. y **ALBANESE, Susana**, “La interpretación del término ‘recomendaciones’ a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 51.2 de la Convención Americana)”, en *Jurisprudencia Argentina*, 25-9-1996.

[4]

CONSTITUCIÓN. GENERALIDADES (DOCTRINA/COLOMBIA).

El Autor desarrolla un comentario acerca de:

1. Ideas directrices de la Constitución colombiana de 1991 (autolimitación del poder estatal; seguridad y previsibilidad del ordenamiento jurídico; garantías de los derechos subjetivos; Estado social de derecho; autonomía de los órganos regionales y locales; legitimación directa de los dirigentes políticos, etc.).

2. Derechos fundamentales (libertades físicas, de conciencia, de religión; derechos colectivos; garantías sociales).

3. Organización del Estado (presidencialismo moderado; incremento de los poderes del Congreso; régimen estricto en materia de incompatibilidades e inhabilidades funcionales a fin de evitar el nepotismo y al abuso de cargos públicos; gran número de mecanismos de control político; autonomía del Banco Central).

4. La rama judicial (Corte Constitucional, “una de las innovaciones más importantes de la Constitución de 1991”).

5. La nueva constitución como factor de integración.

HERDEGEN, Matthias (titular de las cátedras de Derecho Público y Derecho Internacional de la Universidad de Constanza), “El desarrollo constitucional colombiano a la luz del derecho comparado”, en *Universitas*, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, nro. 85, junio-1994, p. 7. Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 89.

[5]

CONTRATO DE TRABAJO. FLEXIBILIZACIÓN. MODALIDADES. EVALUACIÓN (DOCTRINA/ITALIA).

El Ensayo examina los diferentes tipos de trabajo flexible previstos por la ley italiana: el contrato a término, el “part-time”; el trabajo a término de jóvenes con propósitos de formación profesional; el trabajo de los aprendices; las cláusulas de reducción del horario de trabajo complementadas con la integración salarial por parte del sistema de previsión social; los programas temporarios de trabajo para los desocupados.

Según el Autor, el trabajo flexible es un fenómeno imposible de eliminar en la actualidad porque se trata de la única respuesta a un mercado y a una empresa en “turbulencia”. Sin embargo, agrega, es necesario evitar una descentralización excesiva, así como las formas anormales de explotación del trabajo. A este fin es deseable:

a) una flexibilidad de la mano de obra estable de la empresa;

b) un poder de negociación permanente de los sindicatos dentro de la empresa, reconocido por la ley;

c) un sistema de salario mínimo de crecimiento que permita rechazar las formas anómalas o

irregulares de trabajo flexible.

ANDREONI, Amos (Investigador de Legislación Social en la Universidad *La Sapienza* de Roma), "Occupazione flessibile e 'nuove' tipologie del rapporto di lavoro: l'esperienza italiana", en *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Istituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, nro. 60, 1992, p. 185). Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 33.

[6]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. SISTEMA VIGENTE EN PANAMÁ. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ. COMPETENCIA. COMPOSICIÓN. DIVISIÓN EN SALAS. PROCEDIMIENTO INTERNO (DOCTRINA/PANAMÁ).

1. Caracteres del control de constitucionalidad.

a) Es concentrado en cuanto a las leyes, proyectos de leyes y proyectos de reforma constitucional, ya que la Corte Suprema de Justicia tiene un monopolio sobre el control de estos actos.

b) Es difuso en cuanto a actos particulares, ya que el amparo y el hábeas corpus pueden ser de conocimiento de los tribunales ordinarios.

c) Puede ejercerse en abstracto, demandando directamente ante la Corte Suprema de Justicia la inconstitucionalidad de una ley, o en concreto, dentro de un proceso mediante la advertencia o consulta de inconstitucionalidad.

d) Las sentencias de inconstitucionalidad sobre las leyes o reglamentos tienen efecto *erga omnes*, y producen la nulidad de la ley con efectos *ex-nunc*. Tratándose de actos particulares, la nulidad puede tener efectos *ex-tunc*, según lo determine la Corte en el caso concreto, ya que de otra forma la sentencia estimatoria podría ser ilusoria.

e) Se ejerce generalmente como control reparador (a posteriori), aunque con respecto a las leyes y reformas constitucionales también puede ser previo (a priori), es decir, que recae sobre proyectos de ley aprobados por la Asamblea Legislativa e impugnados por el Presidente de la República, e igualmente cabe este tipo de control sobre reformas constitucionales pero solamente por vicios de forma.

f) Su objeto es sumamente amplio porque están sujetos al control judicial tanto las leyes como los actos administrativos generales (v.gr. reglamentos) y particulares, y las resoluciones judiciales, con excepción de las sentencias expedidas por la Corte Suprema o alguna de sus salas.

g) La legitimación activa en las personas constitucionales también es amplia ya que cualquier persona puede impugnar la constitucionalidad de las leyes y otros actos de autoridad, e incluso puede obrar en interés de un tercero en el proceso de amparo de garantías constitucionales.

h) Los actos de particulares, aun cuando éstos presten un servicio público, no están sujetos al control judicial de constitucionalidad. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido consistente en cuanto a excluir del ámbito del control judicial los contratos civiles o mercantiles celebrados por el Estado; las leyes que aún no han entrado en vigor por fenómenos como el de la *vacatio legis*; los tratados internacionales, los que únicamente a partir de 1991 han sido considerados como parte del objeto de la revisión judicial de constitucionalidad debido a un cambio radical en la postura de la Corte Suprema en esta materia.

2. Corte Suprema de Justicia.

2.1. Composición: nueve magistrados, que integran la Sala Plenaria que es el tribunal constitucional de Panamá. Además, los nueve magistrados integran tres salas de tres magistrados cada una, especializadas en casación civil, casación penal y casación laboral (esta sala también es tribunal de única instancia en lo contencioso administrativo). Los tres presidentes de cada una de las tres salas integran una cuarta, de Negocios Generales, que se ocupa de la cooperación judicial internacional a través de exhortos y cartas rogatorias, entre otras materias.

2.2. Régimen interno: las causas son asignadas por el Presidente de la Corte siguiendo un estricto orden alfabético entre los magistrados, de forma que cada caso que ingresa se asigna al magistrado que esté “en turno” de conformidad con su apellido.

HOYOS, Arturo (Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá), “La justicia constitucional en la reciente experiencia democrática de Panamá”, en *Universitas*, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, nro. 85, junio-1994, p. 17.
Biblioteca central. Hemeroteca, sala 2, estante 89.

[7]

DERECHO AMBIENTAL. AMBIENTE. CONCEPTO. CONCEPTO UNITARIO. DERECHOS HUMANOS. BIEN JURÍDICO. COMPETENCIA ESTATAL Y REGIONAL (DOCTRINA/ITALIA).

En la Nota, se pasa revista a las diferentes nociones jurídicas relativas al “ambiente”. Se señala, asimismo, la doctrina de la Corte Constitucional italiana que, haciendo explícita referencia a los preceptos constitucionales de los artículos 9 y 32, se atuvo a una concepción unitaria del ambiente, sea en el sentido objetivo (bien jurídico) sea en el sentido subjetivo (derecho fundamental de la persona). La Corte dio un reconocimiento específico “a la salvaguarda del ambiente como derecho fundamental de la persona e interés fundamental de la colectividad, y a la creación de institutos jurídicos para su protección. Se tiende, de esta manera, a una concepción unitaria del bien ambiental comprensiva de todos los recursos naturales y culturales” (sentencia nro. 210 de 1987). El Autor recuerda, asimismo, otro pronunciamiento de dicha Corte, en el que se afirma que “el hecho que el ambiente pueda ser disfrutado en variadas formas y en diferentes roles, como que pueda ser objeto de diversas normas que aseguren la tutela de los múltiples aspectos en los cuales se lo pueda escindir, no disminuye ni ataca su naturaleza y su sustancia de ‘bien unitario’ que el ordenamiento toma en consideración. El elemento unitario está referido a la calidad de vida, al ‘habitat’ natural en el cual el hombre vive y actúa, necesario a la colectividad y a los ciudadanos” (sentencia nro. 641 de 1987). Esto traduce, a juicio del Autor, un concepto comprensivo que prescinde de la visión atomizada y separada de los componentes singulares del ambiente. Como es fácil intuir -sostiene-, una interpretación determinada del concepto de ambiente, desde el punto de vista jurídico, no reviste sólo un valor científico, no limita sus efectos al solo campo teórico; antes bien, produce una serie de consecuencias sobre el plano sistemático, hermenéutico y operativo, en el confornte de los sujetos destinatarios de la norma y de los llamados a su aplicación (Administración Pública y Poder Judicial).

El Autor continúa con el estudio de las competencias del Estado y de las regiones, relativas a la protección del ambiente.

DELL'ANNO, Paolo (Profesor de Derecho de la Fuente de Energía Problemática Ambiental de la Universidad de *L'Aquila*), "Dalla conferenza di Stoccolma a Río de Janeiro: vent'anni de Diritto Ambientale in Italia", en *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Instituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, nro. 60, 1992, p. 209.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 33.

[8]

DERECHO COMUNITARIO. SISTEMA FEDERAL Y CONFEDERAL. TENDENCIAS. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS COMUNITARIOS. CONSECUENCIAS (DOCTRINA/COMUNIDAD EUROPEA).

El diseño institucional de la comunidad europea, tal como lo definen los tratados constitutivos de la Unión Europea, prevé un balance de las competencias entre los Estados miembros y las Instituciones de la comunidad, las cuales disponen de los poderes que los primeros le han confiado. El Tratado de la Unión Europea respeta este principio, aun cuando presenta una tendencia acentuada hacia un sistema federal.

El análisis de las dos formas de organización institucional, federal y confederal, que interesan al desarrollo futuro de la Unión Europea, pone en evidencia los rasgos característicos, emergentes sobre todo en el nivel jurídico, en tanto que desde el punto de vista político las diferencias son menos perceptibles y en definitiva de un orden cuantitativo.

El principio de subsidiariedad (que es típico de todo Estado federal) se presenta como el instrumento esencial en el actual proceso de transición. Según dicho principio, las Instituciones comunitarias ejercen las funciones que pueden ser desarrolladas de manera más eficaz en el nivel comunitario, mientras que los Estados retienen las funciones que pueden ejercer directamente de manera adecuada.

El Ensayo considera el principio de subsidiariedad a la luz de los respectivos artículos de los Tratados, subrayando los riesgos de una duplicidad o error en la interpretación de aquéllos, que puede conducir, de ser correctamente entendidos, a favorecer la perspectiva federal, mientras que, de ser considerados según la lógica nacional de los Estados miembros, llevaría a "renacionalizar" los procesos comunitarios (resulta evidente que el autor sostiene la validez prioritaria de la primera tesis).

ORSELLO, Gian Piero (Secretario General del Movimiento Europeo Internacional y Director del *Anuario*), "Il principio di sussidiarietà nella prospettiva dell'attuazione del Trattato sull'Unione Europea", en *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Instituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, nro. 60, 1992, p. 129.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 33.

[9]

DERECHO INTERNACIONAL. DERECHO DE LAS NACIONES Y DE LOS TRATADOS. INTEGRACIÓN AL DERECHO INTERNO. JERARQUÍA NORMATIVA. ORGANOS SUPRANACIONALES. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS. CONDICIONES (DOCTRINA/GRECIA).

1. Las reglas generalmente aceptadas por las Naciones, así como las contenidas en Tratados Internacionales en vigor después de la ratificación parlamentaria, “forman parte integrante del derecho interno griego y tienen valor superior a cualquier disposición contraria de las leyes” (art. 28.1., Constitución de Grecia -CG-, 1975, revisada en 1986).

2. Determinadas competencias, expresamente mencionadas en la CG, pueden ser atribuidas a órganos de Organismos Internacionales (art. 28.2., CG).

3. La CG -en vista de la adhesión de Grecia a la Comunidad Económica Europea- ha dado una noción amplia de la atribución señalada sub 2., de manera que la restricción al ejercicio de la soberanía nacional es admisible si: a) es efectuada en la medida en que lo exija el interés nacional; b) no irroga lesiones a los derechos del hombre o conflictos con principios fundamentales del sistema democrático; c) opera sobre la base del principio de legalidad; d) media reciprocidad (art. 28.3., CG).

TACHOS, Anastase (Profesor de la Universidad *Aristotele di Salonicco*), “Il controllo interno dell'amministrazione pubblica in Grecia”, en *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Instituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, nro. 60, 1992, p. 283.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 33.

[10]

DERECHO PENAL. CALIFICACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN. PROCESO PENAL ACUSATORIO (DOCTRINA/COLOMBIA).

El Autor se extiende sobre los diferentes esquemas del proceso penal; en especial, la calificación de la instrucción y el sistema procesal en Colombia.

GONZALEZ AMADO, Iván (Procurador Delegado en lo Penal y profesor universitario en Colombia), “Calificación de la instrucción y proceso penal acusatorio”, en *Universitas*, Facultad de Ciencias jurídicas de la Universidad Javeriana, junio-1994, n° 85, p. 37.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 89.

[11]

DERECHO PENAL. ESTADO SOCIAL DE DERECHO. PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA (DOCTRINA/COLOMBIA).

El Artículo establece, en primer lugar, la relación entre el “Estado Social de Derecho”, que afirma la Constitución colombiana de 1991, y el proceso penal, en el sentido de que este último, a la luz de dicha afirmación, “sólo puede ser entendido como un Sistema de Garantías”. A partir de esta

premisa, considera los diversos aspectos de la estructura del

mencionado proceso en primera instancia (iniciación de la acción penal, la investigación, la instrucción, etc.).

SAMPEDRO ARRUBIA, Julio A. (Profesor de la Facultad), "El estado social de derecho y la estructura del proceso penal en primera instancia en Colombia", en *Universitas*, Facultad de Ciencias jurídicas de la Universidad Javeriana, junio-1994, n° 85, p. 61.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 89.

[12]

ESTOPPEL. ACTOS PROPIOS. COMMON LAW. DERECHO INTERNACIONAL (DOCTRINA/INTERNACIONAL)

La expresión *estoppel* implica que un acto que connote la aceptación de un orden de cosas dado, puede impedir al que lo realice un posterior desconocimiento o impugnación de dicho estado de cosas. El principio no se encuentra relacionado con la verdad o falsedad de los hechos en cuestión; antes bien, veda a la parte a declarar sobre la verdad o falsedad de los aludidos acontecimientos.

La autora estudia las diversas formas de *estoppel* en el Common Law (por medio de representante, en el expediente, por acto jurídico, por silencio, por actos promisorios), así como los orígenes y bases doctrinales de ese instituto en el Derecho Internacional, dedicando un capítulo a la distinción entre el *estoppel* en el Derecho Anglo-Americano y en el Derecho Internacional.

Nota de la Secretaría: El *estoppel* ha sido relacionado con la doctrina de los "actos propios" -v.gr. CNCom A, 15-III-85, *Colombo, Antonio c/ Apolo Cía. de Seguros*, LL 1985-C, 311; DJ, 985-27-831; ED, 114-197.

BROWN, Christopher, "A comparative and critical assessment of estoppel in International Law", en *University of Miami Law Review*, vol. 50, nro. 2, enero 1996, p. 369.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.

[13]

INTERNACIÓN COACTIVA POR RAZONES DE ENFERMEDAD. TRATAMIENTO MÉDICO. CONSENTIMIENTO (DOCTRINA/EE.UU.)

El Autor estudia la jurisprudencia norteamericana relativa a los encierros civiles de personas por motivos de enfermedades (especialmente mentales), dispuestos por los jueces u otras autoridades, así como los problemas derivados de la negativa de aquéllos a someterse a tratamientos médicos. Los capítulos de la Nota son los siguientes: "encierro civil y debido proceso adjetivo", "mejoramiento del procedimiento de encierros civiles", "derecho a rechazar el tratamiento", "procesos contradictorios para proteger el derecho a rechazar el tratamiento".

STRANSKY, Douglas S. (Editor de Proyectos del Comité Ejecutivo de la revista), "Civil commitment and the right to refuse treatment: resolving disputes from a due process perspective", en *University of Miami Law Review*, vol. 50, nro. 2, enero 1996, p. 413.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.

[14]

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. PRINCIPIOS (DOCTRINA/ALEMANIA).

Las técnicas de interpretación constitucional "son en principio las mismas que las utilizadas para las leyes ordinarias aprobadas por el Parlamento... En lo esencial el Tribunal Constitucional Federal (de Alemania) ha recurrido a los siguientes métodos de interpretación: literal, gramatical, sistemático y teleológico".

HERZOG, Roman (Presidente del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania), "La Hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux", cit. por HOYOS, Arturo (Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá), "La justicia Constitucional en la reciente experiencia democrática de Panamá", en *Universitas*, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, nro. 85, junio-1994, p. 24 y nota 8.

Biblioteca central. Hemeroteca, sala 2, estante 89.

[15]

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. PRINCIPIOS (DOCTRINA/PANAMÁ).

La Corte Suprema de Justicia de Panamá ha reconocido los siguientes principios de interpretación constitucional:

1. Las técnicas de interpretación de la Constitución no son las mismas que las utilizadas para interpretar las leyes ordinarias.

2. Principio en favor de las libertades (*favor libertatis*): un ejemplo de la aplicación de este principio es la sentencia del 18 de noviembre de 1991, mediante la cual se reconoció el hábeas corpus preventivo en Panamá. El texto literal de los artículos 21 y 23 de la Constitución panameña sólo prevé el hábeas corpus reparador, pero la Corte lo ha expandido a simples amenazas contra la libertad a través de la interpretación constitucional apoyada en este principio, entendiendo que el texto constitucional sólo preveía una garantía mínima que podía ser ampliada en virtud de dicho principio.

3. Principio de unidad de la Constitución.

4. Principio de continuidad de la jurisprudencia constitucional.

5. Principio de presunción de legitimidad de las leyes y de otros actos de autoridad.

6. Principio de concordancia de las normas constitucionales.

7. Principio de divisibilidad de las normas jurídicas impugnadas en procesos constitucionales.

8. Principio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución.

9. Principio de interpretación extensiva de la función de administrar justicia del órgano judicial.

10 Principio de preferencia de la vía contencioso administrativa sobre la vía constitucional en la impugnación de actos administrativos.

11 Principio de existencia de normas constitucionales fuera del texto de la Constitución en sentido documental: principio de gran trascendencia que se ha manifestado en el reconocimiento de la Corte Suprema, a partir de una sentencia del 30 de julio de 1990, de un bloque de constitucionalidad al cual debe recurrir el juez constitucional para emitir juicio sobre las leyes y otros actos sometidos a su control.

12 Principio de validez del argumento de autoridad.

13 Principio de prudencia: de gran trascendencia en la interpretación constitucional que indica al juez que no debe perder de vista las consecuencias de sus sentencias, sobre todo en un sistema como el panameño en que los fallos constitucionales tienen efectos *erga omnes*.

HOYOS, Arturo (Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá), "La justicia Constitucional en la reciente experiencia democrática de Panamá", en *Universitas*, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias jurídicas, nro. 85, junio-1994, p. 17).

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 89.

[16]

LIBERTAD DE CULTOS. PODER DE POLICÍA. SACRIFICIO DE ANIMALES (DOCTRINA/EE.UU.)

La libertad religiosa está garantizada, en los Estados Unidos, por la Cláusula del Libre Ejercicio que contiene la Enmienda I de su Constitución.

Las cuestiones constitucionales a que ha dado lugar la aplicación de esta Cláusula casi siempre se han centrado en la siguiente pregunta: ¿se puede eximir a una persona de cumplir con leyes que contradicen sus creencias religiosas?

A partir del caso *Church of Lukumi Babalu Aye Inc vs. City of Hialeah* (113 S Ct 2217) (1993) - en el que la Suprema Corte declaró la invalidez de un conjunto de ordenanzas municipales que prohibían el sacrificio ritual de animales- y de la *Religious Freedom Restoration Act* de fines de 1993, el Autor extrae diversas conclusiones sobre la aspiración norteamericana a dar un igual trato en materia religiosa, y sobre el significado que tiene una ciudadanía única en una nación donde conviven numerosas culturas diferentes. Dicho fallo, según el Comentarista, no impediría que la autoridad municipal proteja la salud pública y los actos de crueldad contra los animales, en la medida en que la regulación sea necesaria para alcanzar dichos relevantes propósitos y no apunte exclusivamente a las prácticas religiosas.

KARST, Kenneth L. (Profesor de Leyes -*University of California y Harvard Law School*), "Religious freedom and equal citizenship: reflections on *Lukumi*", en *Tulane Law Review*, vol. 69, nro. 2, diciembre 1994, p. 335.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 10

[17]

PRUEBA. SECRETO PROFESIONAL. ALCANCES. SIQUIATRAS. SICÓLOGOS. TERAPISTAS (DOCTRINA/EE.UU.).

Si bien todos los Estados norteamericanos reconocen a los sicoterapeutas algún grado de privilegio para negarse a brindar a los tribunales información de sus pacientes obtenida durante el tratamiento, la cuestión no está resuelta a nivel federal. En esta esfera rigen las *Federal Rules of Evidence*. Estas normas fueron revisadas de acuerdo al proyecto de la *Judicial Conference*, aprobado por la Suprema Corte en 1972, que preveía explícitamente dicho privilegio. Sin embargo, el Congreso rechazó la inclusión de esta disposición -para “no congelar el derecho aplicable a los privilegios”- y adoptó una regla general que otorga a los tribunales federales amplia discrecionalidad para reconocer “a la luz de la razón y de la experiencia” privilegios en materia de prueba, a fin de permitir que elaboren reglas de *common law* federal a este respecto. Los tribunales federales inferiores están divididos en relación a si debe o no interpretarse que la norma citada reconoce el privilegio analizado. La Suprema Corte tiene a estudio el caso *Jaffe vs. Redmond*, en el que la instancia anterior reconoció y aplicó el privilegio a los trabajadores sociales en siquiatria (v. **la nota de la Secretaría al pie**).

La cuestión a ser resuelta por la Corte no es de carácter constitucional, pero está planteada en un contexto en que los importantes valores en juego ejercen una fuerte presión tendiente al reconocimiento del privilegio. Uno de los aspectos del derecho a la intimidad -que los norteamericanos fundan en la Cláusula del Debido Proceso de las Enmiendas V y XIV de su Constitución- es el “interés que tiene el individuo de evitar la divulgación de sus asuntos privados”. Otro aspecto es la adopción de decisiones en materia de salud. La negativa a reconocer el privilegio terapeuta-paciente frustraría el goce de estos dos derechos. Pero, dejando de lado los aspectos constitucionales: ¿qué factores guiarán la decisión de la Corte? El reconocimiento de cualquier privilegio impide que los tribunales cuenten con ciertos tipos de prueba y ello inevitablemente perjudica el proceso tendiente al esclarecimiento de la verdad. El punto a decidir es si el valor que tiene el reconocimiento de un determinado privilegio es mayor que el daño que produce.

El Autor analiza distintos aspectos del tema, y llega a la conclusión de que el Alto Tribunal debería interpretar las *Rules of Evidence* de modo de reconocer el privilegio tanto a los siquiатras como a otros trabajadores de la salud mental. Afirma que la “sintonía fina” de este privilegio, incluyendo a las circunstancias en que no puede prevalecer, podría quedar para una futura decisión. De este modo -sostiene-, la práctica judicial federal sería congruente con el criterio uniformemente adoptado por los Estados y se daría satisfacción a los valores constitucionales y terapéuticos en juego.

Los hechos del caso *Jaffe* son los siguientes: la oficial de policía Redmond (**R**), respondiendo a un llamado por el que se denunciaba la existencia de una riña en un edificio, se hizo presente en éste, sola, oportunidad en la que le fue señalada la existencia de un herido. En los sucesos siguientes, **R** disparó su arma y mató a Allen (**A**). De acuerdo con el testimonio de **R**, **A** se encontraba persiguiendo a otro hombre con un cuchillo de carnicero y desobedeció a las advertencias de **R**. Por el contrario, según los testimonios de parientes de **A** que fueron testigos de los hechos, **A** no estaba armado y **R** habría descendido de su auto con el arma desenfundada, y disparado sobre la víctima sin advertencia previa. Los miembros de la familia de **A** iniciaron una acción contra la oficial en el fuero federal. Algunos días después de la muerte de **A**, **R** comenzó a ser tra

tada por K. Beyer (**B**), trabajador social en psiquiatría. Los demandantes, a su vez, solicitaron que se produjese en el proceso la prueba de lo manifestado por **R** al terapeuta y las copias de las notas tomadas por éste. La *trial court* denegó la oposición a dicha prueba formulada por **R**, con base en que el privilegio paciente-terapeuta, establecido por las Reglas Federales de Prueba, no era extensible a los trabajadores sociales en psiquiatría. Cuando **B** se negó a responder a determinadas preguntas y a producir las notas antes aludidas, los actores solicitaron que se lo compeliere a hacerlo, a lo que accedió la *trial court*. Cuando **R** también se negó a contestar las preguntas acerca de qué fue lo que le había expresado al terapeuta acerca del disparo, y **B** produjo sólo parte de sus notas, el tribunal instruyó al jurado en el sentido de que debían extraer de la aludida resistencia de **R** una inferencia negativa. El jurado se pronunció en favor de los actores. Apelada la sentencia, la Corte de Circuito la revocó, considerando que la *trial court* se había equivocado al no reconocer el privilegio invocado.

El Autor desarrolla diversas perspectivas de estudio de la cuestión, sobre todo la de las consecuencias que se seguirían en la realidad de ser adoptada por la Suprema Corte una u otra solución, mayormente cuando, según recientes investigaciones, más 58 millones de norteamericanos sufren un desorden mental diagnosticable cada año (28% de la población adulta, esto es, más de uno sobre cuatro).

Nota de la Secretaría: el caso *Jaffe vs. Redmond* ha sido resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos, en fecha reciente: v. Sección Jurisprudencia [20].

WINICK, Bruce J. (Profesor de Leyes de la *University of Miami School of Law*), "The psychotherapist-patient privilege: a therapeutic jurisprudence view", en *University of Miami Law Review*, vol. 50, nro. 2, enero-1996, p. 249.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.

[18]

SISTEMAS ELECTORALES. SISTEMAS MAYORITARIOS Y DE PROPORCIONALIDAD. EVALUACIÓN. (DOCTRINA/ITALIA).

Este Ensayo sitúa al sistema electoral en estrecha relación con la historia constitucional de diferentes países (europeos). Desde ese punto de vista, la transformación de votos en escaños no puede ser considerada como una tecnología pura o una pura técnica instrumental, privada de otros elementos (como el sistema de gobierno, la articulación real del sistema de partidos políticos, etc.) que, sin embargo, influyen sobre el funcionamiento efectivo del sistema electoral.

Por un lado, el análisis del grado de la crisis de las estructuras institucionales y, por el otro, la evaluación del síndrome polaco, que dominó la política italiana después de las elecciones de abril de 1992 (favoreciendo una extrema fragmentación de los votos y un aumento de la voluntad separatista), desaconsejan la adopción de un sistema electoral mayoritario. Durante los períodos de crisis del Estado, el sistema mayoritario, sobre todo en su versión inglesa, aumenta las fuerzas centrífugas y vuelve al sistema muy vulnerable frente a las fuerzas autonomistas.

La corrección de la actual ley electoral debería conservar -según el Autor- diversos elementos del sistema de proporcionalidad en la atribución de escaños.

PROSPERO, Michele (Colaborador de la Cátedra de Ciencias Políticas de la Universidad de Roma), "Crisi del sistema político e riforma elettorale", en *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Istituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, nro. 60, 1992, p. 55.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 33.



LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMERCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS.

(primera parte)

1. Definición y primeros antecedentes históricos

En una primera aproximación conceptual, se ha entendido que las expresiones comerciales (*commercial speech*) son aquellas expresiones que tienen por objeto publicitar un producto o servicio con fines de lucro o comerciales. Las expresiones comerciales, desde ese punto de vista, proponen la realización de una transacción comercial. Empero, el carácter impreciso de esta definición surge con claridad al analizar la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (SC); por otra parte, tampoco los tribunales de las instancias inferiores la han aplicado en forma consistente. Empero, pese a sus imperfecciones, dicha definición resulta útil para entender los primeros casos judiciales resueltos en la materia (NOVAK, John E. y ROTUNDA, Ronald D., *Constitutional Law*, 4º ed, West Publishing Co, 1991, p. 1011).

La publicidad siempre ha sido parte de la cultura norteamericana. Ya en la época colonial, el público dependía de las expresiones comerciales para obtener información vital sobre el mercado. Los primeros periódicos publicaban avisos de bienes y servicios en sus páginas principales, y los pregoneros de las ciudades anunciaban los precios en las plazas públicas (Wood, *The Story of Advertising* 21, 45-69, 85 -1958-; J. Smith, *Printers and Press Freedom* 49 -1988-, citados por la SC en *44 Liquormart Inc and People Super Liquor Stores Inc vs. Rhode Island and Rhode Island Liquor Stores Association*, 64 *Law Week* 4313, 4316 -1996- v. **sección Jurisprudencia [18]**). Las expresiones comerciales jugaron un rol importante ya en el siglo XVIII, a punto tal que Benjamín Franklin escribió su primera defensa de la libertad de prensa para apoyar su decisión de publicar, entre otras cosas, un anuncio de viajes a Barbados (Franklin, *An apology for Printers*, 10-6-1791, reimpresso en *2 Writings of Benjamin Franklin 172 -1907-,* íd.).

Dado el rol que los mensajes comerciales han jugado desde tan temprana fecha, el derecho fue evolucionando a fin de asegurar que la publicidad brindara a los consumidores información veraz sobre los productos y servicios que se ponen a su disposición. En los primeros tiempos, el common law y, posteriormente, las leyes escritas, protegían al consumidor prohibiendo los anuncios fraudulentos y engañosos. Sin embargo, hasta hace relativamente poco, la SC excluía a todas las formas de expresión comercial, aun a la publicidad veraz, del ámbito de protección de la Enmienda I (v., en general, Kozinski & Banner, "The Anti-History and Pre-History of Commercial Speech", en *71 Texas L.Rev* 747 -1993-, citado en *44 Liquormart vs. Rhode Island*, cit. pp. 4317/4318).

2. Antecedentes

2.1. *Packer Corporation vs Utah* (285 US 105 -1932-).

2.1.1. Antecedentes de la causa: una ley de Utah prohibía la publicidad de cigarrillos en las carteleras, en carteles pintados en los autos y en los letreros, pero no en los periódicos y diarios de circulación nacional. Esta excepción había sido establecida por el más alto tribunal estadual para evitar un conflicto con la Cláusula Comercial de la

Constitución federal. En el caso, resultó condenada, por la Suprema Corte de Utah, una empresa de carteleros por haber colocado en la vía pública, una lámina con el anuncio de una marca de cigarrillos.

El apelante sostuvo que la diferenciación antedicha, violaba su derecho a la igualdad ante la ley.

2.1.2. Decisión de la SC: la sentencia declaró que "existe una diferencia que justifica la clasificación entre la publicidad con carteles y la inserta en periódicos y diarios. Las carteleros, carteles pintados en los autos, letreros, etc., son una clase en sí misma... Este tipo de anuncios publicitarios está constantemente ante los ojos de los observadores, en las calles y en los autos, para que lo vean sin que elijan o quieran hacerlo. Otras formas de publicidad normalmente suponen algún grado de elección del observador. A la gente joven, al igual que a los adultos se le impone la recepción del mensaje mediante todas las artes y mecanismos que la habilidad puede generar. En el caso de los periódicos y revistas, el que debe ver y leer el anuncio debe tener algún tipo de actitud de búsqueda. La radio puede apagarse, pero las carteleros y los letreros de los autos no dan esa opción. Esas diferencias claramente permiten que este tipo de publicidad sea objeto de clasificación para poder sujetarla a medidas reglamentarias o prohibiciones. Esto es imposible en relación a los periódicos y revistas" (cit. p. 110).

2.2. *United States vs. Carolene Products* (304 US 144 -1938-).

En este caso, intrascendente desde cierta perspectiva, se cuestionaba la validez de una ley aprobada por el Congreso para reglamentar el comercio.

Lo más importante y difundido de la decisión es una nota de pie de página (la número 4), que quizá se encuentre entre las más famosas de la historia de la **SC**.

Su inclusión en esta reseña se justifica porque fue precisamente allí, donde la **SC** declaró, entre otras cosas, que aun cuando se presume normalmente la constitucionalidad de las normas reglamentarias que afectan las transacciones comerciales ordinarias, la reglamentación que limite o prohíba la libertad de expresión, restringe el debate e intercambio público de ideas a través del cual se espera lograr la derogación de las normas indeseables.

El texto de la mencionada nota es el siguiente:

"La presunción de constitucionalidad puede tener un alcance más limitado cuando la norma parezca a primera vista caer dentro de una específica prohibición de la Constitución, como aquellas que contienen las primeras diez Enmiendas, que se consideran igualmente específicas cuando se las declara comprendidas dentro de la XIV".

"Es innecesario considerar ahora si las normas que limitan aquellos procesos políticos que normalmente dan lugar a la derogación de las normas indeseables, han de estar sujetas a un escrutinio judicial más riguroso en términos de las prohibiciones generales de la Enmienda XIV, que aquél al que se someten otros tipos de normas..."

"No hay necesidad de que investiguemos si deben hacerse consideraciones similares respecto de la revisión de las leyes dirigidas a determinadas religiones ... o nacionalidades ... o minorías raciales ...; o si los prejuicios contra las discretas e insulares minorías pueden ser una condición especial, que tienda seriamente a restringir el funcionamiento de aquellos procesos políticos en que ordinariamente se confía para proteger a las minorías, y que pueden exigir una consecuente investigación judicial más rigurosa" (cit. pp. 152/153).

2.3. *Schneider vs. State (Town of Irvington)* (308 US 147 -1939-).

2.3.1. Antecedentes de la causa: se cuestionaba la constitucionalidad de varias ordenanzas municipales que limitaban severamente -por razones de higiene y salubridad- la distribución en las calles o puerta a puerta de volantes políticos o religiosos. Bajo esta carátula, la **SC** resolvió simultáneamente cuatro apelaciones de condenas impuestas a personas que habían violado dichas ordenanzas.

2.3.2. Decisión de la **SC**: declaró la invalidez de las ordenanzas al entender que "la utilidad que al público brinda la limpieza de las calles no justifica el ejercicio del poder de policía en una forma que invada la libre transmisión de información y de opinión garantizada por la Constitución" (cit. p.163). Empero, aclaró que el criterio asentado no entrañaba que "la promoción y publicidad puerta a puerta comerciales no puedan ser objeto de una reglamentación como las que establecen las ordenanzas" (ídem. p. 165).

2.3.3. Esta decisión fue especialmente importante, según algunos comentaristas, pues protegió las expresiones de los grupos menos poderosos que no podían acceder a otras formas de transmisión de la información.

3. Formulación de la doctrina de la expresión comercial

Valentine vs. Chrestensen (316 US 52 -1942).

3.1. Antecedentes de la causa: un empresario de la ciudad de Nueva York había distribuido un folleto que, en una de sus caras, anunciaba la exhibición comercial de un submarino que había pertenecido a la Marina de los Estados Unidos y, en la otra, contenía un mensaje de protesta contra la negativa de la municipalidad a facilitar los muelles para realizar la exhibición. El empresario había sido condenado, en las instancias inferiores, por violar una disposición del código sanitario que prohibía la distribución de material publicitario en las calles.

3.2. Decisión de la **SC**: el fallo se hizo eco de la doctrina asentada en *Schneider* (2.3.), al tiempo que la amplió para convertirla en lo que pasó a conocerse como la doctrina de la expresión comercial: "si bien los Estados y las municipalidades pueden reglamentar el ejercicio de este derecho [a comunicar información y difundir opiniones] por razones de interés público, no pueden poner cargas indebidas o prohibir su ejercicio en la vía pública. Tenemos igualmente claro que la Constitución no impone esta limitación al gobierno en relación a la publicidad puramente comercial" (cit. p. 54, énfasis agregado).

La **SC** consideró que, al distribuir los folletos, el empresario del caso *Chrestensen* ejerció "una actividad lucrativa en las calles" (ídem.), por lo que su derecho a hacerlo sólo dependió del "criterio que al respecto tuviera el Poder Legislativo" (ídem.), vale decir que, cuando la expresión es "puramente comercial", está sujeta al mismo grado y a los mismos criterios de reglamentación que otras formas de actividad comercial.

Los comentaristas han destacado que, en el presente fallo, la **SC** "sin citar precedentes, evidencias históricas o consideraciones políticas ... excluyó en los hechos a las expresiones comerciales del ámbito de protección de la Enmienda I", al declarar que "la Constitución no impone ninguna ... restricción al gobierno en relación a la publicidad puramente comercial" (Redish, "The First Amendment in the Marketplace: Commercial Speech and the Values of Free Expression", 39 *Geo. Wash. L.Rev.* 429, 450 -1971-; y Baker, "Commercial Speech: A problem in the Theory of Freedom", 62 *Iowa L.Rev.* 1 -1976-; cits. por **TRIBE, Laurence H.**, *Constitutional Law*, 2º ed, p. 895, nota 38).

En relación al mensaje de protesta política que el empresario había puesto en el reverso de su

folleto publicitario, la **SC** expresó que "bastaba" con que aquél hubiera admitido haberlo insertado "con la intención, y con el objeto, de evadir la prohibición contenida

en una ordenanza" (cit. p. 55). Por ello, no consideró detenidamente "si los motivos que tenía el accionante para exhibir su submarino eran mixtos y por qué el cobro de una entrada hacía que esa exhibición perdiera parte de su carácter informativo" (TRIBE, L. H., *op. y loc. cit.* p.892, nota 10).

En suma, la SC elaboró, en este precedente, el estándar del "objetivo primario", a fin de determinar cuándo una expresión era comercial o no: si el objetivo primario de una expresión es "comercial", cae dentro de las que no gozan de la protección de la Enmienda I.

3.3. Durante muchos años, las decisiones judiciales se fundaron en este fallo para excluir a las expresiones comerciales de todo tipo de tutela constitucional.

4. Evolución posterior de la doctrina

4.1. *Murdock vs. Pennsylvania* (319 US 105 -1943-).

En este fallo, la SC aclaró el alcance de la doctrina *Chrestensen* (3.)

4.1.1 Antecedentes de la causa: un grupo de Testigos de Jehová había vendido libros puerta a puerta sin pagar el impuesto previsto, por una ordenanza de Pensilvania, para la obtención del permiso necesario para hacerlo y, por ello, se los había condenado. El Estado invocó, para justificar el tributo, que la distribución de la literatura religiosa fue hecha en forma simultánea con un pedido de fondos.

4.1.2. Decisión de la SC: el fallo, que revisó ocho apelaciones por condenas análogas, decidió que la ley era inconstitucional porque violaba las libertades de expresión, culto y religión. Recordó su precedente *Jones vs. Opelika* (316 US 584, 597), en el que había resuelto que cuando una secta religiosa emplea "métodos comerciales ordinarios de venta de artículos, a fin de recolectar fondos para hacer propaganda", el Estado puede exigirle el pago de "aranceles razonables por el privilegio de pedir fondos". Empero, advirtió la existencia de situaciones en las que sería "difícil esclarecer si una determinada actividad es religiosa o puramente comercial. Esa distinción, en algunas oportunidades, es vital. Tal como decidimos en *Jamison v Texas* (318 US 413, 417). 'Los Estados pueden prohibir que se usen las calles para la distribución de folletos puramente comerciales, aun cuando a esos folletos se haya agregado una apelación civil, o una trivialidad moral. *Valentine v Chrestensen* (316 US 52, 55). No pueden prohibir la distribución de volantes como ejercicio de una actividad claramente religiosa por el simple hecho de que esos volantes inviten a comprar libros para comprender mejor la religión o intenten, en forma lícita, fomentar la recolección de fondos destinados a la satisfacción de objetivos religiosos'. Pero el simple hecho de que la literatura religiosa sea 'vendida' por predicadores itinerantes y no 'donada', no convierte a la evangelización en un emprendimiento comercial. En caso contrario, el paso de la canasta para dar limosna convertiría a la iglesia en un proyecto comercial. Los derechos constitucionales de quienes difunden sus creencias religiosas a través de la palabra escrita u oral no deben evaluarse por los estándares aplicables a los vendedores mayoristas o minoristas de libros. El derecho a usar la prensa para expresar los puntos de vista no debe evaluarse por la protección acordada a los volantes comerciales. Hay que recordar que los panfletos que distribuía Thomas Paine no eran gratuitos. Es obvio que una organización religiosa necesita fondos para poder actuar. Pero un evangelista itinerante, no importa lo equivocado o intolerante que sea, no se convierte en un simple agente de libros por el hecho de vender la Biblia o estampas religiosas para ayudar a pagar los gastos o para ganar su sustento. La libertad de expresión, la libertad de prensa y la libertad religiosa, están a disposición

de todos y no sólo de quienes pueden costear sus propios gastos. Como hemos dicho, a veces será difícil trazar la línea que distingue una actividad puramente comercial de una religiosa". (cit. p. 110/111).

La **SC** manifestó, con claridad, que un "Estado no puede imponer cargas al goce de un derecho garantizado por la Constitución Federal" (íd. p. 113), y equiparó el poder de establecer el impuesto para la obtención del permiso al "poder de censura que esta Corte ha reiteradamente declarado inconstitucional" (íd. p. 113). Destacó, asimismo, que el hecho de que los libros hubieran sido vendidos y no regalados, no hacía que cayeran automáticamente dentro del ámbito de aplicación de la doctrina de la "expresión comercial", ni que disminuyeran los derechos que a los actores le acordaba la Enmienda I; la venta de los libros había sido "sólo incidental y colateral" al propósito básico de difundir creencias religiosas (íd. p. 112).

Cabe observar, en este contexto que los actores no habían intentado lucrar con las ventas y la **SC**, en su opinión, sugiere de algún modo que dicha circunstancia influyó en el fallo casi tanto como la motivación religiosa de los peticionantes ("el principal objetivo de los Testigos de Jehová... era predicar y dar publicidad a las doctrinas de su orden" -íd. p. 112).

4.1.3. Si bien *Murdoch* limitó, de algún modo, el ámbito de aplicación de la doctrina *Chrestensen* (3.), dejó sin aclarar cómo debía determinarse el "propósito fundamental" de una forma de expresión.

4.2. *Breard vs. Alexandria* (341 US 622 -1951-).

4.2.1. Antecedentes de la causa: una ordenanza municipal prohibía la oferta puerta a puerta de suscripciones de revistas y periódicos, sin contar con el previo consentimiento de los dueños u ocupantes de las viviendas. El apelante era el representante de una empresa extranjera que vendía suscripciones de revistas puerta a puerta, con prescindencia del mentado consentimiento. La condena impuesta en la instancia anterior, fue confirmada por la Suprema Corte estadual.

4.2.2. Decisión de la **SC.**

Voto de la mayoría: afirmó que "el hecho de que los periódicos se vendan no los coloca fuera" del alcance de la Enmienda I, pero entendió que en la distribución analizada en el caso *Martin* (v. **nota al pie**) "no había ningún elemento comercial", mientras que aquí "la venta... pone una nota comercial a la transacción" (cit. pp. 642/643). La **SC** entendió que la técnica de venta del apelante no era en sí misma una forma de expresión amparada: "sólo la prensa o los defensores verbales de ideas pueden pedir dicha protección. Ella no está abierta a los promotores de artefactos o cepillos" (íd. p. 641). La **SC** no declaró que la Enmienda I fuera inaplicable a todas las expresiones que tengan una característica comercial (v. íd. p. 642), pero consideró que el fin de lucro que subyace en la venta de revistas era suficiente para no brindarle algún grado de protección.

Sin embargo, la **SC** no llegó a esta conclusión haciendo una investigación subjetiva y fáctica de la motivación del agente, sino "contrapesando ... el deseo que las amas de casa tenían de gozar de intimidad y el derecho del editor a distribuir las publicaciones en la forma en que sus promotores consideraran más ventajosa" (íd. p. 644).

Votos de la disidencia: de los dos votos en tal sentido, es subrayable el de Black -al que adhirió Douglas-. Sostuvo, en suma, que "el santuario constitucional de la prensa, necesariamente debe incluir la libertad para publicar y difundir. Dado nuestro sistema económico, también debe incluir la libertad para conseguir suscriptores pagos". En una nota final, manifestó su convicción de que la ordenanza impugnada en este caso, podía

aplicarse válidamente a un “comerciante” que “venda ollas” puerta a puerta, y sugirió comparar *Martin vs. Struthers* (4.2.4. nota) con *Valentine vs. Chrestensen* (3.).

4.2.3. La decisión se integraría a la línea de casos en los que fue confirmada la validez de las formas neutrales de aplicación de las leyes antimonopólicas, laborales e impositivas, a los periódicos y a otros medios de comunicación (*Citizen Publishing Co vs. United States*, 394 US 131 -1969-, leyes antimonopólicas; *Associated Press vs. NLRB*, 301 US 103 -1937-, leyes laborales; *Oklahoma Press Publishing Co vs. Walling*, 327 US 186 -1946-, leyes sobre salarios y jornada de trabajo).

4.2.4. Comentarios: "A primera vista, el sustento que la Corte buscó en ese balance (4.2.2., último párrafo) parece constituir un serio apartamiento del criterio de categorías adoptado en *Chrestensen* (3.). De acuerdo a ese estándar, cuando una expresión caía dentro de la categoría comercial, pasaba a ser sólo actividad comercial y por lo tanto una cuestión solamente dependiente del criterio del Poder Legislativo. En *Breard*, el Alto Tribunal no declaró que la oferta puerta a puerta de una suscripción a una revista fuera 'puramente comercial' en el sentido considerado en *Chrestensen* (3.). Si bien no se detuvo a analizar en qué medida la competencia es necesaria para la existencia de una prensa libre -factor que la disidencia trató *in extenso*-, era indudablemente consciente de que si declaraba que la oferta de una suscripción era puramente comercial, el Estado podría prohibir la realización de esas propuestas sin tomar en consideración los efectos que esta medida inevitablemente tendría en el contenido de las revistas. Desde otro punto de vista, puede interpretarse que *Breard* adopta la tesis de que la Enmienda I no se aplica automáticamente a los aspectos lucrativos de una actividad, que a otros efectos sí gozaría de protección" (NOVAK Y ROTUNDA, *op. y loc. cit.*, p. 1013).

Breard también ha sido considerado como símbolo de "la falta general de entusiasmo que la Corte siente por el elemento comercial de las cuestiones de la Enmienda I" (REDISH, *op. y loc. cit.*, p. 454).

NOTA: El caso *Martin vs. Struthers* (319 US 141 -1943-) reitera el supuesto de *Murdock* (4.1), con la salvedad de que la distribución puerta a puerta del material de contenido religioso, hecha por el Testigo de Jehová condenado en la instancia anterior, era de carácter gratuito. La SC declaró la invalidez de la ordenanza cuestionada por violar la libertad de expresión y de prensa (la ordenanza municipal descalificada, prohibía a toda persona tocar el timbre, golpear a la puerta o toda otra forma de llamado a la puerta de los ocupantes de cualquier residencia, a fin de distribuir volantes o circulares).

4.3. *Joseph Burstyn Inc vs. Wilson* (343 US 495, -1952-).

4.3.1. Antecedentes de la causa: la Ley de Educación de Nueva York prohibía la exhibición comercial de toda película cinematográfica sin contar con un permiso, y autorizaba al censor a negarse a otorgar esa autorización cuando llegara a la conclusión de que la película era "sacrílega". El apelante era una corporación dedicada a la distribución de películas que poseía los derechos exclusivos para distribuir en los Estados Unidos la película italiana "El Milagro". Si bien había obtenido dicho permiso y exhibido la película durante algunas semanas, la autorización le fue revocada con motivo de considerarse que el filme era "sacrílego". La Cámara de Apelaciones de Nueva York consideró válida dicha medida administrativa.

4.3.2. Decisión de la SC: rechazó la pretensión de que las películas cinematográficas carecieran de protección por ser producidas y exhibidas con fines de lucro. Afirmó que el hecho de que "los libros, los periódicos y las revistas se publicaran y vendieran con fines de lucro no impedía que fueran una forma de expresión cuyo ejercicio estuviera amparado por la Enmienda I. No logramos ver -agregó- por qué la actuación con fines de

lucro deba tener algún efecto diferente en el caso de las películas cinematográficas" (cit. p.501/502).

4.3.3. La doctrina de la **SC**, expuesta en el presente litigio, se corresponde con la elaborada en *Near v. Minnesota* (283 US 697 -1931-), según la cual eran inválidas las normas que hicieran depender la posibilidad de expresarse de la evaluación que un funcionario hiciera del contenido del futuro mensaje.

4.4. *Williamson vs. Lee Optical* (348 US 483 -1955-).

4.4.1. Antecedentes de la causa: se cuestionaba la validez de una ley de Oklahoma que prohibía a toda persona que no se hubiera graduado de óptico, a adaptar lentes, duplicarlos o reemplazarlos, o a proveer otros elementos ópticos, sin contar con la orden escrita de un oftalmólogo u optometrista de Oklahoma. Una de las cláusulas de la ley, prohibía la publicidad por la que se ofertaran equipos ópticos. El tribunal de distrito había declarado la inconstitucionalidad de dicha cláusula con base en las siguientes consideraciones: a) la reglamentación de la publicidad sobre el examen de los ojos era una cuestión racionalmente vinculada a la salud y bienestar del público y, por ende, sujeta a la regulación estadual; b) sin embargo, la regulación de la publicidad sobre los marcos de anteojos constituía una intromisión en el campo mercantil que sólo estaba casualmente vinculada al cuidado de la vista y limitaba una actividad que no puede tener un efecto perjudicial en el pueblo.

4.4.2. Decisión de la **SC**: sin entrar en la perspectiva de la Enmienda I, buscó sustento, para declarar la constitucionalidad de la medida, en el especial interés invocado por el Estado en el área de la salud. De esta suerte, continuó con el criterio de no interferir en el ejercicio de las facultades reglamentarias de los Estados cuando ello no tuviera un efecto importante en el comercio interestadual: "ha pasado el tiempo en que la Corte aplicaba la Cláusula del Debido Proceso [de la Enmienda XIV] para declarar la inconstitucionalidad de las leyes estadales que reglamentaban las actividades comerciales e industriales, por el hecho de que pudieran ser poco prudentes, imprevisoras o porque no estuvieran en armonía con una determinada escuela de pensamiento" (íd. p. 488)

Al analizar la cláusula impugnada, la **SC** declaró: "un marco de anteojos, tomado en forma aislada, es sólo una mercadería. Pero un marco de anteojos no se usa solo, sino con lentes; y los lentes se relacionan con el ojo humano y por lo tanto entran en el área de la salud. Por ello, la legislatura pudo llegar a la conclusión de cuando regulara este segundo aspecto, tenía que regular el primero. O pudo considerar que tanto los vendedores de marcos como los de lentes, se dedicaban a un negocio en el que la publicidad debe limitarse o incluso prohibirse para proteger el interés público. El anunciante de marcos puede usar sus avisos para atraer clientes que comprarán lentes. Si la publicidad de lentes tiene que prohibirse o controlarse, la publicidad de marcos debe quedar sujeta a las mismas limitaciones; o al menos eso pudo pensar la legislatura. No vemos ninguna razón por la cual un Estado no pueda considerar que todas las personas que tratan el ojo humano son miembros de una profesión que no debe emplear técnicas comerciales para conseguir clientes" (íd. p. 490).

4.5. *Cammarano vs. United States* (358 US 498 -1959-).

4.5.1. Antecedentes de la causa.: el Código de Impuestos Internos de 1939 prohibía que se dedujeran impositivamente como gastos "ordinarios y necesarios", las sumas entregadas a organizaciones que las asignaban a programas publicitarios destinados a

persuadir a los votantes a favorecer o buscar el fracaso de las normas propuestas por los Estados que no favorecieran los intereses del contribuyente.

4.5.2. Del fallo de la **SC** es destacable, a los presentes propósitos, el voto concurrente del *Justice* Douglas en el que sostuvo: "*Valentine v Chrestensen* (316 US 52, 54) declaró que los anuncios y cuestiones comerciales no gozan de la protección de la Enmienda I, que se aplica a los Estados en virtud de lo dispuesto por la Enmienda XIV. La decisión fue casual, casi improvisada. Y no ha sobrevivido a la reflexión. Esa 'libertad de expresión o de prensa' directamente garantizada frente a la invasión del gobierno federal y salvaguardada de la acción estadual por la Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda XIV, no está, por sus términos y por sus implicancias, limitada al discurso de cierto tipo o naturaleza. Frecuentemente se ha destacado lo esencial que resulta para la exposición e intercambio de ideas políticas, para la expresión de actitudes filosóficas, para el adorno de las cartas. La Enmienda I es vitalmente importante para la consecución de esos objetivos culturales, pero su aplicación no se ha limitado a eso. Las protestas individuales o grupales contra acciones que se traducen en un perjuicio económico no están, ciertamente, fuera del ámbito de aplicación de la Enmienda, como nos enseña *Thornhill v Alabama* (310 US 88), que brinda a las protestas laborales el amparo de esta norma. El fin de obtener un beneficio económico no debiera dar lugar a ninguna diferencia, ya que constituye un elemento inherente a la concepción misma de la prensa en nuestro sistema de libre empresa. Las personas que se ganan la vida mediante el ejercicio de los derechos que les acuerda la Enmienda I no debieran gozar de una protección menor que aquellas cuya defensa o promoción no está ligada a un motivo económico ... Y encuentro difícil trazar la línea entre aquel grupo y aquellos que, en otras clases de actividades, publicitan sus artículos por otros medios" (íd. p. 513/514).

4.6. *New York Times vs. Sullivan* (376 US 254 -1964-).

4.6.1. Antecedentes de la causa: se había promovido una acción de libelo contra un periódico, por haber publicado una solicitada paga, en la que se criticaba a funcionarios públicos en términos supuestamente injuriosos.

4.6.2. Decisión de la **SC**: el fallo sostuvo, en lo que interesa, que el grado de protección que constitucionalmente merece la publicación de un aviso como el indicado, no disminuye por el hecho de que el periódico reciba dinero por su difusión (cit. p. 254).

La **SC** se negó a aplicar la doctrina sostenida en *Chrestensen* (3.) y dijo, en relación a la solicitada publicada por el *New York Times*, que "no era un anuncio comercial en el sentido en que la palabra se usó en *Chrestensen* (3.). Comunicaba información, expresaba opinión, expresaba agravios, protestaba contra supuestos abusos, y pedía apoyo económico en nombre de un movimiento cuya existencia y objetivos eran objeto del más alto grado de interés y preocupación públicos" (cit. p. 266).

El caso *New York Times* sugiere, por lo menos en este contexto, el abandono del test del objetivo primario que se utilizaba para determinar cuándo una expresión era comercial, con el alcance con que había sido adoptado en el pasado. Los motivos comerciales que tenía el periódico para publicar el aviso fueron considerados irrelevantes; el contenido del aviso fue lo que decidió a la **SC** a aplicar la protección de la Enmienda I (**NOVAK Y ROTUNDA**, *op. y loc. cit.*, p. 1014 y nota 4).

(continuará)



[1]

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS. PRINCIPIOS. EFECTIVIDAD. PLENITUD. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ACCIONES. DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS. INTERÉS LEGÍTIMO. ACCIÓN POPULAR. PROTECCIÓN DE URGENCIA. MEDIDAS PRECAUTORIAS Y PREVENTIVAS. JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (DOCTRINA/ALEMANIA).

El sistema de las acciones y la protección de urgencia
en el contencioso administrativo alemán.

1. Las bases constitucionales de la justicia administrativa alemana.

1.1. Las disposiciones de la Constitución de Alemania de 1949 (CA) sobre derechos sustanciales y, en primer lugar, respecto de los derechos fundamentales, están impuestas directamente a todos los órganos del Estado y no tienen el carácter de un simple programa: “los derechos fundamentales enunciados más abajo vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derechos directamente aplicables” (art. 1.3 CA). La garantía de una protección extensa de los derechos por parte de las jurisdicciones generales, es decir, en primer lugar, por la jurisdicción administrativa y, para las cuestiones de naturaleza constitucional, por la justicia constitucional, debe conferir a la CA y a los derechos garantizados a los ciudadanos por las simples leyes ordinarias la fuerza necesaria para ser puestos en ejecución.

1.2. El cuadro institucional.

El poder de impartir justicia es ejercido por los tribunales de los *Länder* y no por las cortes federales salvo que la CA lo prevea expresamente. La justicia federal, con excepción de determinados ámbitos particulares, está constitucionalmente limitada a las cortes supremas, que cumplen una función revisora.

1.3. La garantía de protección de los derechos.

“Todo el que es lesionado en sus derechos por el poder público dispone de un recurso jurisdiccional. Cuando alguna otra jurisdicción no es competente, el recurso debe ser presentado ante la jurisdicción ordinaria” (art. 19.4. CA).

1.3.1. Concepto de “poder público”.

La Corte constitucional federal (CCF) ha considerado que la expresión “poder público” comprende exclusivamente al poder ejecutivo y excluye al poder judicial - “protección por el juez y no contra el juez”- y al legislador parlamentario (CCF, notas 12 y 13, pp. 1147 y 1148).

La exclusión de la protección contra el legislador formal (legislador parlamentario) no significa que los tribunales ordinarios no puedan verificar la constitucionalidad de las leyes que deban aplicar. Estos tribunales no deben dejar de aplicar la ley (formal) cuando están convencidos de su inconstitucionalidad, sino elevar la cuestión a la CCF. La premisa implícita es que conforme al principio jerárquico de las normas, los tribunales deben verificar la constitucionalidad de las

disposiciones aplicables al caso. Esto desemboca, al menos en el supuesto de las leyes cuya ejecución dependa de la

intervención del poder ejecutivo, en un control incidental de las normas por los tribunales, y un control por la CCF -que detenta el monopolio de la anulación- en la medida en que la CA constituya la norma de referencia.

1.3.2. La lesión “en sus derechos”.

La expresión atañe a los derechos propios. Ello descarta la extensión a la llamada “acción popular”, o al recurso colectivo (altruista), a menos que el legislador hubiera reconocido a los grupos una calidad particular para accionar (CCF, nota 19, p. 1148).

No comprende sólo a aquellos derechos consagrados en la CA, sino, de una manera general, a todos los derechos subjetivos reconocidos por el orden jurídico, cualquiera fuese el nivel que tuvieran dentro de la jerarquía normativa y, en primer lugar, a todos los derechos que son designados como “derechos públicos subjetivos”.

1.3.2.1. Concepto de “derechos públicos subjetivos”.

El concepto es entendido de una manera amplia y abarcadora de todos los intereses individuales reconocidos por el orden jurídico como dignos de ser protegidos y, asimismo, de lo que para el sistema italiano y francés se incluye en el concepto de “intereses legítimos”.

Es suficiente con que, a partir de la voluntad objetiva del legislador, la norma jurídica no esté solamente destinada a servir a los intereses de la comunidad y contemple los intereses individuales (CCF, nota 23, p. 1149).

1.4. Principios que derivan del art. 19.4. CA: plenitud y efectividad de las protección de los derechos.

1.4.1. La plenitud de la protección de los derechos.

1.4.1.1. La protección jurisdiccional debe estar asegurada para el conjunto de los derechos del individuo.

1.4.1.2. Se trata de un derecho a obtener tanto la abstención del poder, cuanto una acción positiva de éste.

1.4.1.3. Comprende todos los actos del Poder Ejecutivo susceptibles de lesionar derechos. No hay actos de autoridad que sean *per se* insusceptibles de control jurisdiccional -actos de gobierno-, aunque sí existan actos de autoridad carentes por naturaleza de efectos externos y, por ende, que no proyecten consecuencias directas sobre la esfera de los derechos individuales.

1.4.2. La efectividad de la protección de los derechos.

1.4.2.1. El art. 19.4. CA no garantiza sólo un derecho formal y la posibilidad teórica de presentarse ante los tribunales, sino un derecho sustancial a un control jurisdiccional efectivo en los hechos (CCF, nota 28, p. 1150).

1.4.2.2. El factor tiempo juega un rol particular para la efectividad de la protección. Los tribunales deben, si le es posible, estar en condiciones de intervenir antes de que la administración haya creado un hecho consumado o causado daños irreparables.

1.4.2.3. “La protección de los derechos fundamentales debe estar asegurada igualmente por la regulación de los procedimientos. Los derechos fundamentales no influyen sólo sobre el conjunto de los derechos sustanciales, sino también sobre el derecho procesal, en la medida en que tenga importancia para la efectiva protección de los derechos fundamentales”. “Dentro de cada procedimiento, los tribunales deben conferir una eficacia real a la validez normativa de los derechos fundamentales” (CCF, nota 30, p. 1150)

1.4.2.4. La efectividad de la protección se proyecta a los procedimientos judiciales y a los administrativos.

2. Las consecuencias de la plenitud de la protección de los derechos.

2.1. La cláusula general.

2.1.1. La vía del contencioso administrativo -ante tribunales administrativos- está abierta a todos los litigios de “derecho público” que no sean de naturaleza constitucional.

2.1.2. Se considera litigios de “derecho público” a todos los casos que dependan de la aplicación del mentado derecho.

2.1.3. Es norma de derecho público toda regla de derecho por la cual una de las personas de la relación esté investida del poder soberano. Un litigio de “derecho público” se caracteriza por el hecho de que pone en cuestión el ejercicio del poder estatal.

2.2. Un sistema abierto de formas de acción.

2.2.1. Según el objeto de la demanda se distinguen las siguientes acciones:

a) de modificación de una situación jurídica: tiene por objeto el establecimiento, la supresión o la modificación de una situación jurídica;

b) la acción dirigida a la obtención de una prestación: tiende a que la Administración cumpla con una acción, una tolerancia o una abstención;

c) la acción declaratoria: tiende al esclarecimiento de una situación jurídica.

Empero, a fin de evitar la frustración de la tutela, deben admitirse formas de acción no previstas: en el contencioso administrativo no existe un “numerus clausus” de formas de acción.

2.2.2. Reglas del procedimiento contencioso administrativo.

2.2.2.1. El procedimiento es oral, directo y público. Se garantiza el principio contradictorio.

2.2.2.2. No es obligatorio el patrocinio letrado.

2.2.2.3. El procedimiento es de carácter inquisitorio: el tribunal administrativo debe examinar los hechos de oficio. A diferencia del juez civil, el administrativo no está limitado por las alegaciones y pruebas de las partes.

2.2.3. Tipos de acciones.

2.2.3.1. Acción de anulación.

2.2.3.1.1. Finalidad: obtener la anulación de un acto administrativo individual (**a.a.i.**) creador de obligaciones.

2.2.3.1.2. Noción de acto administrativo: toda medida dictada por la autoridad de un órgano administrativo que produzca en el caso efectos jurídicos exteriores a la administración (v.gr. prohibición del ejercicio de una profesión o del derecho de reunión, o la decisión definitiva que establezca el plan de regulación de una calle, etc.). Está comprendido el acto administrativo no destinado al impugnante, sino a un tercero, pero que confiere a éste derechos cuyas obligaciones pesan sobre el impugnante: acto administrativo individual de “doble efecto”, o con efecto sobre el tercero (v.gr. acción del tercero vecino en materia de construcciones).

2.2.3.1.3. Legitimación: La tiene todo aquel que hubiera sido lesionado en sus derechos. La acción popular está excluida. Basta con que la lesión sea “posible” según la exposición del requirente (teoría llamada de la posibilidad o de la plausibilidad). La legitimación es reconocida salvo que sea “manifiesto y claro que los derechos invocados por el requirente no puedan de ninguna manera existir o pertenecerle” (CCF, nota 53, p.

1154).

Comprende todos los derechos subjetivos públicos, según lo expuesto en 1.3.2.1.

La posibilidad de una lesión de derechos debe ser siempre admitida desde el momento en que el requirente es destinatario de un **a.a.i.** creador de obligaciones. La esfera de libertad del individuo está siempre protegida de una manera plena y entera por el derecho constitucional al libre desarrollo de su personalidad (art. 2.1., **CA**), aun cuando no esté protegido por una libertad particular: se trata de un derecho general a la libertad, un derecho “receptáculo”, que engloba todas las libertades innominadas, de lo que se deriva un derecho general “a no verse impuesto a una obligación por el poder público, si no encuentra fundamento en el orden constitucional” (**CCF**, nota 54, p. 1154).

2.2.3.1.4. Como principio, debe preceder a la acción de anulación, un procedimiento contradictorio ante la autoridad que dictó el acto atacado.

La acción de anulación debe intentarse dentro del mes siguiente a la notificación de lo resuelto en el contradictorio previo. Si esta resolución no es dictada dentro de un plazo razonable, la acción de anulación puede intentarse directamente.

2.2.3.1.5. Fundamentos de la acción y poderes del tribunal.

La acción se reputa fundada si el **a.a.i.** es irregular y lesiona los derechos del requirente.

Si el **a.a.i.** deriva del ejercicio de un poder discrecional de la autoridad administrativa, el control de legalidad se extiende a la cuestión de saber si los límites del poder discrecional: a) no han sido violados (exceso de poder); b) si el poder discrecional no ha sido ejercido con un fin no conforme al texto en que se funda (desviación de poder); c) si su contenido es indeterminado; d) si viola el principio de proporcionalidad.

En el supuesto sub *e*, el juez debe examinar: 1. si la medida es “apropiada” para atender al fin perseguido; 2. si la medida es “indispensable” para alcanzar el objetivo, es decir, si otro medio menos gravoso no conduciría al mismo fin; 3. si la medida es igualmente “adecuada” (proporcionalidad en el sentido estrecho del término), vale decir, si el medio puesto en obra y los inconvenientes que provoca no están fuera de relación con el fin buscado.

Cuando el planteo resultare procedente y el acto atacado hubiese sido ya ejecutado, el tribunal puede, de ser petitionado, ordenar el restablecimiento de la situación anterior.

2.2.3.2. La acción tendiente a la emisión de un acto administrativo individual.

2.2.3.2.1. Finalidad: tiende a que se condene a la administración a dictar un **a.a.i.**, sea porque ha rechazado explícitamente una petición (v.gr. otorgamiento de un permiso de construir), o porque, sin motivos suficientes, no ha tomado decisión alguna dentro de un plazo razonable.

2.2.3.2.2. Legitimación: el requirente debe alegar que ha sido lesionado en sus derechos por el rechazo expreso de lo petitionado o por el silencio de la administración.

2.2.3.2.3. Un proceso administrativo debe formarse con carácter previo a la acción, salvo en el caso de silencio de la administración.

La acción debe iniciarse en igual plazo que la de anulación (2.2.3.1.4.) si medió rechazo. En la hipótesis de silencio de la administración, el requirente debe aguardar un lapso razonable de al menos tres meses, salvo circunstancias particulares.

2.2.3.2.4. Fundamentos de la acción y poderes del tribunal.

La acción se reputa fundada si el acto administrativo individual es irregular y lesivo de los derechos del requirente.

El tribunal puede: a) obligar a la autoridad administrativa a dictar el acto individual solicitado; b) ordenar a la administración que decida el caso, si se tratara, v.gr., de una cuestión que dependiera de un poder de apreciación discrecional de la administración

pues, por el principio de separación de poderes, el juez está impedido de sustituir por el propio el criterio de la administración (en estos supuestos, si el acto administrativo estuviese fundado en motivos ilegales, el tribunal se limita a condenar a la administración a que dicte un nuevo acto que tenga en cuenta la opinión jurídica de aquél).

2.2.3.3. La acción tendiente a la obtención de un prestación.

2.2.3.3.1. Finalidad: no tiende a la emisión de un **a.a.i.** sino a obtener una prestación de otro tipo: realización de una acción determinada; pago de una suma de dinero; emisión de una declaración de voluntad de la administración; prevenir una acción futura de la administración (acción de abstención de una prestación), etc.

La acción de abstención de una prestación es admitida sin dificultades si la administración ya ha ejecutado ciertos atentados a los derechos invocados y es verosímil la reiteración. La acción es admisible, excepcionalmente, ante el inminente dictado de una **a.a.i.** creador de obligaciones (CCF, nota 92, p. 1159).

2.2.3.3.2. Legitimación: El requirente debe hacer valer un derecho particular relativo al comportamiento que solicita por parte de la administración (CCF, nota 93, p. 1159).

2.2.3.3.3. No resulta necesario un trámite administrativo contradictorio previo (salvo para litigios de funcionarios públicos).

2.2.3.4. La acción declarativa.

2.2.3.4.1. Finalidad: persigue el esclarecimiento de la incertidumbre sobre la existencia o inexistencia de una situación jurídica. Se entiende por esta última, la relación jurídica que deriva de la aplicación de una norma jurídica a un determinado conjunto de hechos suficientemente concretos. Las cuestiones jurídicas abstractas están descartadas.

2.2.3.4.2. La acción declarativa tiene carácter subsidiario de otras acciones (anulación, etc.) siempre y cuando éstas garanticen una protección de los derechos de la misma amplitud que la declarativa.

2.2.3.4.3. Interés de la constatación.

El requirente debe tener un interés legítimo a una rápida constatación. La noción de interés legítimo es más extensa que la de interés jurídico, de tal suerte que comprende intereses materiales, económicos o ideales (políticos, culturales, religiosos, etc.).

2.2.3.5. El procedimiento de control de normas por el juez administrativo.

Todo juez puede controlar la legalidad o la constitucionalidad de las normas jurídicas que debe aplicar en un caso concreto. Si la norma es una ley en sentido formal de la Federación de un "Land", y el juez tiene la convicción de que esa ley es contraria a la Constitución, si bien no puede desechar su aplicación, debe solicitar una decisión de la CCF. Si se tratara de normas de rango inferior a las leyes en sentido formal (decretos reglamentarios y reglamentos locales), el juez puede dejar de aplicarlas sin intervención de dicha Corte, con efectos sólo "inter partes", salvo que se tratara del tribunal administrativo superior de un "Land" que puede anular las normas citadas con efectos "erga omnes" (v. 1.3.1.).

3. Las consecuencias de la efectividad de la protección de los derechos.

La necesidad de una protección efectiva requiere de la existencia de medidas "provisorias" que impidan la producción o agravamiento de perjuicios con anterioridad a la decisión de fondo del proceso. La protección provisoria se distingue de la "preventiva", aunque ambas deriven del mismo principio de efectividad.

3.1. La protección provisoria de los derechos.

3.1.1. El efecto suspensivo.

La suspensión de un **a.a.i.** fuente de obligaciones es un asunto corriente pues el legislador ha dado a los recursos ordinarios puestos a disposición de los ciudadanos un efecto suspensivo automático (tanto en el caso del contradictorio administrativo previo como en el de las acciones ante los tribunales). La ejecución inmediata de un **a.a.i.** debe, por ende, ser ordenada por el tribunal.

3.1.1.1. El efecto suspensivo en las situaciones jurídicas bipolares:

El efecto suspensivo impide la ejecución del acto contra el actor (v.gr. el propietario de una empresa que inicia el proceso contradictorio o una acción contra una medida que le prohíbe ejercer su actividad, puede ignorar esta prohibición en tanto que ésta pueda seguir siendo atacable).

Excepciones: a) *prélèvements* públicos y *frais*; b) decisiones o medidas insusceptibles de suspensión, emanadas de funcionarios encargados de operaciones materiales de policía; c) casos particulares previstos por una ley federal; d) cuando la ejecución inmediata está especialmente ordenada en el interés general o en el interés superior de alguna de las partes, por la autoridad de la que emana el acto administrativo atacado.

La administración debe justificar por escrito el interés particular de una ejecución inmediata del **a.a.i.** (urgencia, peligro en la demora).

El tribunal puede, a pedido del recurrente, restablecer el efecto suspensivo, u ordenarlo en caso de que no fuese aplicable de pleno derecho.

La decisión del tribunal es de carácter discrecional y se toma sobre la base de un balance global de los intereses en juego, esto es, considerando si el interés de la persona que pretende la no ejecución es superior al interés público (no dejan de sopesarse las posibilidades de triunfo sobre el fondo del asunto).

3.1.1.2. El efecto suspensivo en las situaciones jurídicas multipolares.

Es el caso de los actos administrativos individuales de doble efecto (v. 2.2.3.1.2.; v.gr. de la persona que cuestiona el permiso de edificación concedido al propietario del fundo vecino). Si bien en estas hipótesis el mentado cuestionamiento también produce efectos suspensivos, tanto uno como otro de los particulares tiene el derecho de plantear ante la autoridad administrativa o ante el tribunal, en lo que pueda interesarles, la suspensión o la ejecución inmediata del acto.

3.1.2. Las resoluciones de urgencia.

Son análogas a las previstas en los procedimientos de protección de los derechos del código de procedimientos civil.

3.1.2.1. Resoluciones de salvaguarda: se dictan si existe un riesgo de que una modificación del estado de cosas haga imposible o particularmente difícil el ejercicio efectivo del derecho del actor. Aseguran el *status quo* (v.gr. impiden que un funcionario sea objeto de una promoción antes de que sea resuelto el recurso de un aspirante que se considera más apto).

3.1.2.2. Resoluciones de reglamentación: tienden a que el *status quo* sea mejorado en favor del actor, si ello fuese necesario, especialmente en casos en que las situaciones jurídicas se prolongan en el tiempo produciendo graves perjuicios o una amenaza inminente de éstos, o por otras razones (v.gr. inscripción provisoria de un alumno o concesión provisoria de prestaciones sociales).

3.2. La protección preventiva de los derechos.

Según la CA, “las decisiones irreparables deben, de resultar posible, ser evitadas” (art. 19.4). De ello se sigue la necesidad de una protección preventiva de los derechos.

Bien que la ingerencia del juez dentro de los dominios de la administración sea todavía lejana, es a justo título que esta concepción se ha impuesto en derecho (CCF, nota 147, p. 1168). Por lo menos en el caso de la amenaza de violaciones de derechos que originaran hechos consumados irreversibles, sin que protección alguna provisoria de los jueces pueda obstaculizarla, debe ser posible obtener esto último mediante una decisión jurisdiccional, sea que se trate de una acción material o de un **a.a.i.**

SOMMERMANN, Karl-Peter (*Regierngsdirektor* del Instituto de Investigación sobre la Administración Pública de la Escuela Superior de Ciencias Administrativas *Spire*), "Le système des actions et la protection d'urgence dans le contentieux administratif allemand", en *Revue française de droit administratif*, nro. 6, nov.-dic. 1995, pp. 1145/1171. Síntesis.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 75.

[2]

STARE DECISIS. DOCTRINAS. EVALUACIÓN. JUSTICIA (DOCTRINA/EE.UU.).

La regla del *stare decisis et non quieta movere* (**s.d.**) dejó perplejo a Shakespeare, enojó a Hobbes y nos confunde hoy en día a todos, porque a veces parece poner cabeza abajo a la justicia (el *Black's Law Dictionary* traduce esta expresión -al inglés- de la siguiente forma: "adherirse a los precedentes, y no alterar las cosas que se han afirmado" -1406, 6° ed., 1990-). Este principio exige que los tribunales adecuen sus decisiones a las previamente adoptadas por otros y, en algunas oportunidades, lo cierto es que estas últimas han sido injustas. Por lo tanto, el **s.d.** suele obligar a los tribunales a tomar decisiones injustas. Esto puede parecernos, como a Hobbes, una inquietante anomalía de un sistema aparentemente consagrado a la justicia.

Pero si se lo aplica estrictamente, el alcance del **s.d.** puede ser mucho más grave que el de conducir al dictado de una sola decisión injusta. Sus efectos pueden ser acumulativos: una sola decisión errónea, cuando es seguida como precedente, da lugar a una segunda decisión injusta, luego a una tercera y pronto se convierte en una "familia" de casos. De esta manera, el **s.d.** introduce, potencialmente, a la injusticia en el derecho aplicable, en forma irremediable. En palabras de Portia, basta con que una sola decisión errónea sea "registrada como precedente, / para que muchos errores por el mismo ejemplo / se precipiten dentro del estado" (Shakespeare, *El mercader de Venecia*, acto 4, sec. 1, 11).

Obviamente, es poco probable que, en la práctica, el **s.d.** llegue a alcanzar un efecto tan perjudicial: si bien puede institucionalizar decisiones erróneas, también puede (y lo cierto es que muchas veces lo logra) asegurar que las decisiones justas se reproduzcan de un modo más rápido del que lo harían bajo otra modalidad. El derecho anglo-norteamericano no aplica la regla del **s.d.** en forma estricta: los tribunales están autorizados para negarse a seguir sus propias decisiones anteriores cuando consideren que éstas son claramente erróneas (v., p.ej., *Planned Parenthood vs. Casey*, 505 US 833, 854/869 -1992-, en el que la Suprema Corte norteamericana se negó a revocar la doctrina formulada en *Roe vs. Wade* -410 US 113-, pero explicó bajo qué condiciones consideraba apropiado abandonar sus precedentes. Sólo en 1966, la Cámara de los Lores de Gran Bretaña reconoció *tener atribuciones para revocar sus propios precedentes* -v. *Practice Statement (Judicial Precedent)*, 1966, 1 W.L.R. 1234; W. Barton Leach, "Revisionism in the House of Lords: The bastion of rigid stare falls", 80

Harv L Rev 797 -1967-). Por otra parte, los jueces y los abogados normalmente despliegan gran ingenio para distinguir los precedentes “desfavorables” que de otro modo serían “decisivos” (tal

como dijo Max Radin -uno de los autores más refinados que ha escrito sobre el **s.d.** en este siglo-, los abogados y jueces modernos han “llevado la técnica de hacer distinciones a un grado muy alto de ingenio” -Max Radin, “The Trail of the Calf”, 32 *Cornell L Q* 137, p. 143 (1946)-; Radin hacía específica referencia a la Cámara de los Lores de Gran Bretaña, antes de que ésta rechazara, en 1966, el **s.d.** rígido). En la vida real, entonces, la posibilidad de que una grave injusticia “se precipite en el estado” parecería un tanto remota.

Sin embargo, la posibilidad existe. No es descartable que los tribunales estén inclinados a manipular los precedentes para adoptar las decisiones que quieran, pero no siempre pueden o quieren hacerlo; algunas veces creen (o dicen creer) que el **s.d.** los obliga a tomar decisiones que consideran injustas. Las opiniones volcadas por los miembros de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el reciente y ya citado caso *Planned Parenthood vs. Casey*, ilustran con bastante precisión este fenómeno, especialmente porque en dicha causa se discutía una cuestión constitucional muy importante (cuando el Autor hace referencia al “holding” de *Casey*, menciona al voto de la “Corte”, es decir, al de la “mayoría”, en tanto que denomina “opinión conjunta” a la de los Justices O’Connor, Kennedy y Souter). En *Casey*, una mayoría de 5 *Justices* buscaron sustento, explícita y exclusivamente, en el **s.d.** para confirmar el “holding esencial” del polémico caso *Roe vs. Wade* (410 *US* 113 -1973-). En la opinión mayoritaria de *Casey*, se describe el “holding central” o “esencial” de *Roe* en los siguientes términos: “[El ‘holding’ de *Roe*] tiene 3 partes. En la primera, se reconoce el derecho de una mujer a optar por hacerse un aborto antes de la viabilidad, y a ejercer ese derecho sin una indebida interferencia estadual. Hasta el momento de la viabilidad, el interés del Estado no es suficientemente relevante como para dar sustento a una prohibición de abortar, o para imponer trabas importantes al ejercicio del derecho que una mujer tiene a elegir el procedimiento. En la segunda, se confirma el poder que el Estado tiene para limitar los abortos después de la viabilidad del feto, siempre que la ley prevea excepciones para los embarazos que pongan en peligro la vida o la salud de la mujer. Y en la tercera, se encuentra el principio de que el Estado tiene un interés legítimo desde el comienzo del embarazo en proteger la salud de la mujer y la vida del feto que puede convertirse en un niño” (505 *US* pp. 845 y 846).

El famoso (o vergonzoso) “sistema del trimestre” enunciado en *Roe*, no fue considerado [por la opinión mayoritaria en *Casey*] parte del “holding esencial” de *Roe* (íd. p. 873), por lo que se rechazó la posibilidad de aplicarlo en el caso. Hay que destacar que en *Casey* se presentaron cinco opiniones separadas y muchas veces entrelazadas, y que resulta muy difícil extraer de éstas el criterio de la Corte. Los jueces que formaron la opinión de la Corte -O’Connor, Kennedy y Souter-, lograron reunir una mayoría, junto con Stevens y Blackmun, para confirmar el “holding esencial” de *Roe* (íd. pp. 844/869) y declarar la invalidez de la cláusula de la ley de Pensilvania que imponía una notificación al cónyuge previa al aborto y algunos requisitos registrales (íd. pp. 887/899). Empero, formaron una mayoría diferente -mediante la adhesión de los jueces Rehnquist, Scalia, White y Thomas-, para decidir el rechazo del criterio del “trimestre” formulado en *Roe* (íd. pp. 872/73), y para declarar la validez de otras disposiciones de la ley de Pensilvania, tales como la que exigía el “consentimiento informado” de la embarazada, un período de espera de 24 horas (íd. pp. 881/87), el consentimiento del padre o de un juez en los casos de menores que quisieran abortar (íd. pp. 899/900) y otras exigencias registrales y de notificación (íd. pp. 900/901) .

Pese a que “algunos de los *Justices* consideran que el aborto viola nuestros principios morales más básicos” (íd. p. 850), y “aún asumiendo que el holding central de *Roe* era ‘in error’” (íd. p. 853)-, la Corte en *Casey* se negó a abandonar *Roe* y a aprobar ínte

gramente la reglamentación del aborto impugnada:

“Si bien valoramos el peso de los alegatos que en estos casos se han hecho en nombre del Estado, alegatos que en definitiva llegan a la conclusión de que debería revocarse *Roe*, las reservas que cualquiera de nosotros pueda tener para confirmar el holding central de *Roe* deben ceder ante la explicación de la libertad individual [*individual liberty*] que hemos dado *combinada con la fuerza del stare decisis*” (íd. p. 853).

La opinión conjunta formuló, a su vez, una larga exégesis de la política de la Corte en relación al **s.d.** (íd. p. 853/68) y a la gravitación especial que esta doctrina tiene en casos “raros” como *Roe* (íd. p. 860/68).

Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el mérito de *Roe* y *Casey*, no se pueden leer las opiniones de este último fallo sin sentir profundamente el perdurable poder que tiene el **s.d.** -o, como dice la opinión conjunta, “la *fuerza* del *stare decisis*” (íd. p. 853)- aún en los niveles más altos de la jurisprudencia constitucional (existen, por supuesto, ejemplos en sentido contrario, de los cuales el más vergonzoso es el cambio de opinión de la Corte, luego de nueve años, en relación al tema de si el Congreso podía regular los salarios y horas de trabajo de los empleados estatales: v. *García vs. San Antonio Metro. Transit Auth* -469 US 528 (1985)-, en el que se revocó la doctrina asentada en *National League of Cities vs. Usery* -426 US 833 (1976)-. En *Casey*, la Corte reconoció -e intentó distinguir- dos famosos supuestos de revocación de doctrinas constitucionales: 1. *West Coast Hotel Co vs. Parrish* -300 US 379 (1937)-, en el cual, al declarar la constitucionalidad de una ley de salarios mínimos, la Corte explícitamente revocó la doctrina de *Adkins vs. Children's Hospital* -261 US 525 (1923)- e implícitamente la de *Lochner vs. New York* -198 US 45 (1905)-; y 2. *Brown vs. Board of Education* -347 US 483 (1954)-, que ahora unánimemente se considera que ha revocado el “holding” de *Plessy vs. Ferguson* -163 US 537 (1896)-, esto es, que la segregación racial impuesta por ley no violaba la igualdad ante la ley).

Estos hechos no generan por sí mismos preocupación al Autor. En realidad, la interpretación que del **s.d.** hizo el voto conjunto de *Casey* -de un pragmatismo explícito y calculado- es, para el Autor, la única metodología defendible para la consistencia en la toma de decisiones. Pero muchas de las personas que no están de acuerdo con el fallo *Casey*, no se conformarán con la idea de que, al perpetuar lo que ellos consideran una mala regla tomada de un mal precedente, la Corte haya usado una técnica analítica sensata. Para muchos de los opositores de *Roe*, *Casey* resulta un ejemplo especialmente ilustrativo de una forma tonta de ser consistente.

Casey demuestra en forma categórica que el **s.d.** sigue siendo, en la cultura jurídica norteamericana, mucho más que un simple eco. Es -cuanto menos- un obstáculo formidable para todo tribunal que quiera cambiar su propia jurisprudencia. Y, por supuesto, sigue limitando estrictamente a los tribunales inferiores, en la medida en que a éstos no le es dado modificar ni ignorar los precedentes de sus superiores.

El rol que el **s.d.** juega en el proceso de adjudicación es extraño e inquietante porque a veces parece ocasionar injusticias en nombre de la ley; es por ello que requiere de una explicación convincente. ¿Qué cosa buena puede provenir de una regla que exige consistencia aun a expensas de la justicia? ¿Cuál es, en verdad, el sentido del **s.d.**?

Hay dos tipos de respuestas a esa pregunta. La diferencia entre ellas es crucial y resulta ser el motivo de este Artículo. Un tipo de respuesta, que el Autor llama justificaciones *consecuencialistas* del **s.d.**, es que este principio se justifica porque persigue la satisfacción del interés en la justicia, en sentido general. Las teorías consecuencialistas admiten que siempre debe probarse si el **s.d.** resulta útil para la satisfacción del objetivo final de hacer justicia, a efectos de determinar si su aplicación resulta valiosa en un caso determinado. El otro tipo de respuesta, que el autor denomina justificaciones *deontológicas* del **s.d.**, sostiene que este principio (o más precisamente la

consistencia en la toma de decisiones que es el objetivo que persigue) es un fin en sí mismo. Las teorías

deontológicas niegan que el valor del principio resulte de una evaluación de la utilidad que su aplicación puede aportar para satisfacer el objetivo de hacer justicia en un caso determinado; afirman que la consistencia en la toma de decisiones tiene un valor *per se* que merece ser confrontado *contra* el principio de hacer justicia en un caso determinado.

El objetivo del Artículo es demostrar que el **s.d.** no puede justificarse deontológicamente. El Autor se concentra en el **s.d.** porque lo considera como la forma más importante de aplicación de una teoría de la consistencia en la toma de decisiones del sistema jurídico norteamericano; es lo que los tribunales realmente hacen, o dicen hacer. Pero el **s.d.** (esto es, el que algunos tribunales pretenden estar aplicando), es simplemente una manifestación de la noción de que existe algo inherente en la consistencia en la toma de decisiones que tiene valor normativo y merece ser respetado. Al criticar las justificaciones *deontológicas*, el Autor necesariamente critica las teorías de la “pura consistencia” en este sentido más amplio (la expresión “pura consistencia” está tomada de John E. Coons, “Consistency”, 75 *Cal L Rev* 59, 60 -1987-. Coons define a las teorías de “pura” consistencia como aquellas que ven en la consistencia un primer principio distintivo y activo del derecho y la moral, un bien en sí mismo).

En la Parte I de la Nota, el Autor pretende refutar las teorías según las cuales la aplicación del **s.d.** -la decisión de los casos judiciales en forma consistente con las adoptadas en otros- tiene algún valor moral inherente, sin tomar en cuenta las consecuencias que se siguen de esa práctica. Pero es importante comprender que sólo critica las teorías *deontológicas* de la consistencia; sólo aspira a cuestionar aquellas teorías que valoran la consistencia *per se*. Por lo tanto, los argumentos que formula el Autor se aplican, por ejemplo, a una teoría que requiera que los tribunales decidan los casos en forma consistente con las leyes, por considerar que la mera consistencia entre una decisión jurídica (la del tribunal) y otra decisión jurídica (la de la legislatura) sea algo bueno *per se*. Pero sus argumentos *no* se aplican a una teoría que exija que los tribunales decidan los casos en forma consistente con las leyes por considerar que el principio estructural de la supremacía legislativa impone ese resultado. Esta teoría no valora a la consistencia en sí misma; valora la consistencia sólo porque considera que satisface el objetivo de mantener el equilibrio adecuado entre los Poderes Judicial y Legislativo.

Si bien el Autor se atiene al enfoque señalado, sus conclusiones también pueden aplicarse a concepciones más amplias de la consistencia en la toma de decisiones (aspectos que no aborda por razones de espacio y por perder la tremenda ventaja de trabajar con una práctica social relativamente bien definida y explícita como el **s.d.** Sin embargo, en algunos casos entiende que es conveniente hablar de “consistencia en la toma de decisiones” en lugar de **s.d.** Si bien “consistencia en la toma de decisiones” resultaría ser un concepto más amplio que el de **s.d.** -ya que podría hacer referencia a otras condiciones, casi exclusivamente hipotéticas, en donde los casos judiciales se deciden en forma consistente con las previamente adoptadas- el Autor usa estos términos como intercambiables).

El Artículo persigue el cumplimiento de su objetivo -demostrar que las teorías *deontológicas* de la consistencia en la toma de decisiones están equivocadas- del siguiente modo. En la Parte I, comienza por explicar más detalladamente la diferencia que existe entre las mencionadas teorías *consecuencialistas* y las *deontológicas* del **s.d.**; al paso que clasifica a las teorías *deontológicas* en dos tipos: las que ven a la “consistencia como igualdad”, y las que ven a la “consistencia como integridad”; finalmente define la forma en que usa la voz “justicia”. De la lectura de la Parte I, surge claramente el carácter negativo de esa definición de justicia: es una definición destinada a excluir todo impulso de consistencia deontológica y a permitir (casi) cualquier otra concepción sustantiva de lo que “justicia” pueda significar. El fundamento del carácter negativo de esa definición es

demostrar que las reacciones que los norteamericanos tienen frente a las decisiones judiciales inconsistentes emanan de algo diferente a una noción deontológica de la consistencia.

En la Parte II, considera el primer tipo de teoría *deontológica* del **s.d.**: las teorías de la consistencia como igualdad. Siguiendo a Peter Westen, explica por qué la igualdad, en sentido tradicional, es un principio tautológico que no puede generar preceptos normativos. Más adelante se aleja del análisis de Westen, para hacer una definición no tradicional de igualdad que, según el Autor, expresa acabadamente la aspiración central que el igualitarismo tiene en el campo normativo. Finalmente, demuestra cómo este principio supuestamente sustantivo de la igualdad no sirve como justificación del **s.d.** porque, en primer lugar, sus supuestos efectos pueden explicarse también a través de la justicia no igualitaria y, segundo, su aplicación necesariamente genera inconsistencia interna e injusticia.

En la Parte III, considera la teoría *deontológica* de la consistencia adjudicativa, esto es, la teoría de Ronald Dworkin, que ve a la consistencia como integridad. Describe esa teoría y explica cómo difiere, al menos superficialmente, de una teoría de la consistencia como igualdad. Posteriormente hace una crítica de dicha teoría, que consta de dos pasos. En primer lugar, sugiere que la tesis de Dworkin de la consistencia como integridad resulta más aplicable a la legislación que a la adjudicación. Seguidamente, demuestra que la adjudicación no logra sostener su premisa de que la “integridad” es una norma sustantiva separada e independiente de la justicia. La teoría de Dworkin sobre la consistencia como integridad -alega el Autor- no es más que una tesis de la consistencia como justicia basada en la no-integridad y por lo tanto no puede justificar la aplicación del **s.d.** para dictar una decisión injusta en un caso judicial.

Finalmente, llega a la conclusión de que la consistencia en la toma de decisiones judiciales no puede rastrearse en ninguna norma sustantiva distinta a la justicia, y que por lo tanto la consistencia no puede oponerse a la justicia como razón para decidir un caso judicial de una forma determinada. La consistencia sólo puede ser valiosa desde el punto de vista consecuencial; sólo debe aplicarse cuando sirva para tomar una decisión justa. Ningún tribunal debería fundarse en el **s.d.** para no hacer justicia en un caso.

PETERS, Christopher J., “Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis”, en *The Yale Law Journal*, vol. 105, nro. 8, junio 1996, p. 2033.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.



[1]
CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD, Naciones Unidas, aprobada por ley 24.584 (*ADLA*, LV-E, 1995, p. 5909).

[2]
CONVENCION AMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS, O.E.A., aprobada por ley 24.556 (*ADLA*, LV-E, 1995, p. 5862).

[3]
CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, O.E.A., aprobada por ley 24.632 (*B.O.* del 9-4-96).

[4]
CONCLUSIONES SOBRE EL SEMINARIO SOBRE DERECHO DE REFUGIADOS EN EL SUR DE AMERICA LATINA, Naciones Unidas, Buenos Aires, agosto 1995, en *Hechos y Derechos*, Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos, nro. 2, 1995/1996, p. 109.

[5]
DECLARACION DE VIENA, Naciones Unidas, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25-6-93, en *Hechos y Derechos*. Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos, nro. 1, 1995, p. 53.

[6]
PROTOCOLO DE SAN SALVADOR -adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales-, O.E.A., San Salvador, noviembre 1988, en *Hechos y Derechos*. Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos, nro. 1, 1995, p. 65.

Nota de la Secretaría: El Protocolo entrará en vigor tan pronto como once Estados hayan depositado los respectivos instrumentos de ratificación o adhesión. Los países signatarios fueron: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

A la fecha de esta publicación depositaron su ratificación los siguientes Estados: Surinam 10-7-1990, Panamá 18-2-1993, Ecuador 25-3-1995, Perú 4-6-1995 y El Salvador 6-6-1995.



[1]

CANDIDATOS A CARGOS PÚBLICOS ELECTIVOS. CONTROL DE DROGADICCIÓN. CONSTITUCIONALIDAD (NOTICIAS/EE.UU.).

El 22 de enero de 1996, en el caso *Chandler vs. Miller*, la Cámara de Apelaciones de los Estados Unidos para el 11 Circuito (Atlanta), declaró la constitucionalidad de una ley de Georgia que exigía que los candidatos a ocupar cargos estatales electivos se sometieran a un control de drogadicción. Entendió que esta ley, de 1990, no violaba la Enmienda IV que prohíbe los registros y secuestros irrazonables, al aplicar el *balancing test* que la Suprema Corte (norteamericana) formuló en *National Treasury Employees Union vs. Von Raab* (489 US 656 -1989-).

El tribunal también rechazó la pretensión que el accionante había fundado en la Enmienda XIV, citando el caso *Gregory vs. Ashcroft* (501 US 452 -1991-), en el que la Suprema Corte cit. declaró que las calificaciones de los candidatos de las elecciones estatales que no incluyeran clasificaciones sospechosas sólo debían someterse a un control de razonabilidad.

De acuerdo a la doctrina que la Suprema Corte sentó en *United States vs. O'Brien* (391 US 367 -1968-), el tribunal declaró que la ley tampoco violaba la Enmienda I.

Nota de la Secretaría: el caso *Chandler* se encuentra, actualmente, a estudio de la Suprema Corte norteamericana que llamó a que se produjeran los alegatos orales. Los candidatos recurrentes sostienen: a) que Georgia no ha demostrado que, por la ley en cuestión, persiga algún interés relevante, como el de la seguridad pública; y b) que el control impuesto viola la libertad de expresión pues, en los hechos, margina de la lista de candidatos a las personas que están en desacuerdo con las normas dictadas en materia de policía de drogas.

No se espera una decisión de la Suprema Corte hasta 1997.

(Internet, Nando.net., 2-10-1996).

ABA JOURNAL, "Candidate Drug Test Constitutional", vol. 82, abril 1996, p. 45.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 5.

[2]

DERECHO A LA IGUALDAD. INFORMACIÓN SOBRE LA SALUD. CONTRATO DE TRABAJO. DISCRIMINACIÓN (NOTICIAS/EE.UU.).

Una reciente medida reglamentaria dictada por la Comisión de los Estados Unidos para la Igualdad de Oportunidades Laborales puede parecer futurista; empero los actuales avances de la ciencia le dan una importancia actual.

En 1995, dicha Comisión aprobó una modificación a sus reglas que, por primera vez, incluye a la gente que sufre discriminación en razón de su perfil genético, dándole derecho a invocar la protección de la Ley de Americanos Discapacitados (42 USC Sec. 1210 y sgtes.).

Esta medida incluye a la susceptibilidad genética a sufrir una determinada enfermedad -una "enfermedad asintomática", en términos médicos-, como una de las causales de "incapacidad" a los efectos de la aplicación de la ley mencionada.

Los investigadores médicos están relacionando un creciente número de enfermedades con causas genéticas. Ciertos genes han sido vinculados con cánceres de mama o colon, tumores cerebrales, melanoma (la forma de cáncer más mortal), enfermedad de Alzheimer, diabetes y enfermedades cardíacas.

Hoy en día, en los Estados Unidos ya existe abundante información genética en los bancos de datos llevados por hospitales, compañías de seguros y otras instituciones, especialmente de carácter militar. Ya se está ofreciendo comercialmente la realización de pruebas genéticas para la detección de los tipos más comunes de cáncer. Los expertos sostienen que estas pruebas serán un estándar de la práctica médica en un futuro cercano.

Una de las consecuencias negativas de estos avances tecnológicos, es que la información genética puede ser usada por los empleadores en forma discriminatoria, y la expectativa de que la información genética pueda ser en poco tiempo fácilmente obtenible, está dando lugar a pedidos cada vez más urgentes de que se dicten medidas para impedir esa discriminación.

La medida dictada por la Comisión constituye una forma de respuesta a un tipo de discriminación que parecía remota y distante cuando se aprobó la ley cit. hace sólo 6 años.

La Ley de Americanos Discapacitados contiene una definición de "incapacidad" que incluye los supuestos en que una persona tiene: 1) un impedimento físico o mental que limita sustancialmente una o más de las actividades importantes que una persona desarrolla en su vida; 2) un antecedente de haber sufrido ese impedimento; 3) una imagen de que lo tiene.

De acuerdo al criterio de la Comisión, el tercer supuesto brinda protección a quienes sufren discriminación por su perfil genético.

De las pautas que este organismo ha elaborado, resulta de interés:

a) La información genética -confiada voluntariamente por un empleado durante algún chequeo médico exigido por el empleador u obtenida clandestinamente- no puede justificar una actitud del empleador adversa al trabajador.

b) En consecuencia, los empleadores deben mantener separada y reservada la información genética obtenida a través de exámenes médicos.

c) La Comisión permite que un empleador exija a una persona a la que le ha formulado una oferta condicional de empleo, que se someta a un análisis genético sólo cuando este requisito sea exigido a todos los nuevos empleados de la misma categoría.

d) No resulta claro, sin embargo, cómo pueda usarse la información genética lícitamente obtenida: ¿puede un empleador negarse a contratar a una persona para trabajar en un área en donde la exposición ocupacional aumentaría la susceptibilidad genética que el empleado tiene a sufrir cáncer?

e) La prohibición de discriminar se aplica a todos los aspectos de la contratación laboral: ascensos, asignación de tareas, compensación, terminación, entrenamiento y beneficios.

Quizás la misma naturaleza brinde la eliminación definitiva de la discriminación "genética". Los científicos son contestes en que nadie tiene genes perfectos. En caso de someternos a una prueba, la mayor parte de nosotros vería que transportamos mutaciones genéticas que se traducen en predisposiciones genéticas a sufrir enfermedades.

LORD, Dee, "Something in the Genes", en *ABA Journal*, vol. 82, abril 1996, p. 86.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 5.

[3]

ESCUELAS PÚBLICAS. PROGRAMAS ESCOLARES. EDUCACIÓN SEXUAL. LIBERTAD DE CULTOS. INTIMIDAD. DERECHOS DE LOS PADRES (NOTICIAS/EE.UU.)

1. En el caso *Curtis vs. School Committee of Falmouth* (652 N.E. 2d 580 -1995-), la Suprema Corte de Justicia de Massachusetts rechazó la impugnación formulada por los primeros de algunos alumnos contra un programa de distribución de preservativos en las escuelas públicas. De acuerdo a dicho programa, implementado en 1992, los estudiantes podían pedir, en forma gratuita, preservativos a la enfermera del colegio, que también evacuaría consultas y les daría folletos sobre SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual. También los alumnos podían comprar los preservativos en las máquinas expendedoras que se encontraban en los baños femeninos y masculinos.

Los accionantes -padres y alumnos- solicitaron el dictado de una sentencia declarativa y de una orden que prohibiera la implementación del programa sin dar a los padres debida notificación y la posibilidad de decidir que sus hijos no participarían en aquél, violándose así sus derechos a: a) la intimidad familiar; b) el control de la educación y crianza de sus hijos; c) la practica libre de su culto.

La Corte estadual sostuvo: a) que si bien los padres tenían un derecho fundamental a verse libres de "una indebida intromisión gubernamental en la crianza de sus hijos... la simple exposición a los programas que se ofrecían en los colegios no alcanza a ser una interferencia indebida en los derechos de los padres, pese a algún aspecto compulsivo que tiene el programa"; b) que la libertad de culto, relativa a una acción del gobierno, sólo alcanza dimensión constitucional cuando impone una "carga importante" a la posibilidad que tienen los individuos de practicar su culto (añadió que, según la Suprema Corte de los Estados Unidos, dicho supuesto se configura cuando la carga es "de naturaleza coercitiva o compulsiva"); c) que el programa era de participación voluntaria; d) que "si bien el programa puede ofender la sensibilidad religiosa de los accionantes, la simple exposición, en las escuelas públicas, a programas ofensivos no es equiparable a una violación al libre ejercicio del culto. Los padres no tienen derecho a diseñar los programas de las escuelas públicas de forma que satisfagan sus personales preferencias religiosas o morales".

2. En el caso *Brown vs. Hot, Sexy and Safer Productions, Inc* (68 F.3d 525 -1995-), la Cámara de Apelaciones de los Estados Unidos para el 1º Circuito (Boston), llegó a la conclusión de que ni siquiera los programas obligatorios de educación sexual privan a los accionantes de sus derechos constitucionales.

Los accionantes eran dos estudiantes y sus padres. Alegaban que la encargada del programa "daba monólogos sexualmente explícitos e intervenía en dramatizaciones sexualmente sugestivas con varios menores seleccionados de entre la audiencia". Sostuvieron, asimismo, que no se había dado a los padres notificación previa del contenido del programa ni opción para que pudiesen excluir a sus hijos de participar, y que la medida creaba un medio educativo sexualmente hostil, en violación a lo dispuesto por el Título IX de las *Education Amendments of 1972* (20 USC Sec. 1681 y siguientes).

El tribunal afirmó: a) que no se habían expuesto en la demanda hechos que permitieran dar

curso a la acción entablada, pues para que se acoga la pretensión

fundada en el debido proceso sustantivo, los quejosos debían demostrar que la escuela los había privado de un determinado derecho amparado por la Enmienda XIV o que la acción de aquélla “conmueve la conciencia”; b) que aun cuando los padres tuvieran un derecho fundamental -fundado en el de la intimidad- a dirigir la forma en que crecen y se forman sus hijos, la intrusión que el programa producía no tenía magnitud proporcionada; c) que las acciones de los funcionarios del colegio no conmovieron la conciencia, lo que requiere “conductas físicas extremas o intrusivas” de actores estatales; d) que “si bien la omisión del accionado de establecer vías para no participar en el programa puede haber demostrado cierta dureza hacia la sensibilidad de los menores, sus actos no traducen la brutalidad de las personas ruines” que resulta necesaria para conmover la conciencia; e) que no se había irrogado un menoscabo a libertad de culto de acuerdo a la decisión que, en 1972, había tomado la Suprema Corte en *Wisconsin vs. Yoder* (406 US 205) (en *Yoder* se declaró que no se podía aplicar una ley de escolaridad obligatoria a los padres Amish que no querían mandar a sus hijos a una escuela pública por motivos religiosos), ya que los accionantes no habían relacionado su pretensión fundada en dicha libertad con otro derecho constitucionalmente amparado, como el de intimidad, máxime cuando tampoco habían alegado “que el hecho de haber asistido una vez al programa haya amenazado todo su sistema de vida”; f) que no se había producido un caso de agresión sexual, pues las charlas introductorias al programa explicaron los propósitos educativos “de una forma en que una persona que tuviera objeciones pudiera comprender que el comentario supuestamente vulgar (del encargado) tenía por objeto educar a los estudiantes en materia del virus del SIDA y no crear un ambiente sexualmente hostil”.

Los accionantes de *Brown* han pedido a la Suprema Corte que les abra un *writ of certiorari*.

PODGERS, James (Abogado-Editor asistente), “Passing marks for Sex Ed. Court rejets constitutional challenges to school programs”, en *ABA Journal*, vol. 82, abril 1996, p. 44.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 5.

[4]

JUECES. PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO. EVALUACIÓN (NOTICIAS/EE.UU.).

De acuerdo a la mayor parte de los expertos, el resultado inevitable de un proceso de selección judicial federal, que es inherentemente político, es una ocasional batalla por el acuerdo (senatorial).

Muchos expertos dicen que, en un sistema en que el Presidente nombra a los jueces con la aprobación del Senado, la política siempre va a jugar un rol en el proceso del acuerdo.

Pero esos mismos expertos afirman que el proceso no está quebrado por el simple hecho de que no sea perfecto. En la realidad, según lo que dicen, no obstante todas las fallas que tiene, funciona sorprendentemente bien.

Ese parecería ser el consenso entre las casi tres docenas de expertos en el proceso de selección judicial, expuesto en el marco de un ambicioso programa, que incluía un debate entre científicos de criterios opuestos y discusiones de cuatro paneles integrados por

observadores cercanos de los procesos de nominación y acuerdo. Dicho programa constituyó el primer vistazo que la *ABA* brinda al tema en 20 años.

HANSEN, Mark (Reportero), "The Politics of Choosing Judges", en *ABA Journal*, vol. 82, abril 1996, p. 102.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 5.

[5]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. TELEVISIÓN POR CABLE. EMPRESAS DE TELÉFONOS. EXPRESIÓN INDECENTE. RESTRICCIONES. RAZONABILIDAD (NOTICIAS/EE.UU.)

1. La Cámara de Apelaciones de los Estados Unidos para el 4º Circuito (Richmond, Virginia) resolvió que la prohibición a las empresas telefónicas para que operaran sistemas de televisión por cable dentro de sus áreas de servicio (ley federal de telecomunicaciones de 1992), violaba la libertad de expresión pues no resultaba un medio razonable para la satisfacción del interés que el Congreso federal (norteamericano) tiene en alentar la competencia y la diversidad. En 1996 fue reformada dicha ley, superándose en gran parte la cuestión antedicha. Esto llevó a que la Suprema Corte norteamericana devolviera los casos a estudio para que la Cámara de Circuito decida si el litigio había devenido abstracto.

2. Empero, la nueva ley ha dejado subsistentes las causas vinculadas a las expresiones indecentes. En *Denver Area Educational Telecommunications vs. FCC* y *Alliance for Community Media vs. FCC*, alegados ante la Corte Suprema el 21 de febrero de 1996, se cuestiona la constitucionalidad de las disposiciones de la ley de 1992 que reglamentan las expresiones "indecentes" de los programas. La ley define a un programa como indecente en los siguientes términos: es el que un operador de televisión por cable "razonablemente crea que describe o retrata actividades u órganos sexuales o de excreción en una forma claramente ofensiva, de acuerdo a los criterios actualmente vigentes en la comunidad".

REUBEN, Richard C., "Adjusting the Focus on Cable TV. Communications reform law impacts cross-ownership, indecency cases", en *ABA Journal*, vol. 82, abril 1996, p. 46.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 5.

[6]

SENTENCIA. EMPATE DE VOTOS. EFECTOS (NOTICIAS/EE.UU.)

La Nota señala que el desacuerdo que produjo la votación 4 a 4 en el seno de la Suprema Corte norteamericana, tuvo como consecuencia que el fallo impugnado ante ésta, proveniente de una corte de circuito, quedase firme (el noveno juez no participó por encontrarse recusado).

Nota de la Secretaría: Si bien la Corte (norteamericana) tiene 9 miembros, 6 de ellos constituyen quorum (conf. Secc. 1 del Título 28 *USC*), de modo que en ese número, 4 son una mayoría apta para producir el pronunciamiento (así, por ejemplo, en *Colegrove vs. Green -328 US 549 (1946)-*, donde la Corte, sobre 7

miembros, hizo mayoría con 4). Por otro lado, cuando la Corte sesiona con

un número par de jueces, el empate en las votaciones (v.gr. 4 a 4, ó 3 a 3), implica la confirmación de la sentencia objeto de la revisión [*Ohio ex. rel Eaton vs Price*, 364 US 263 (1960)], pero le quita valor de precedente [*Inman vs. Baltimore & Ohio R. Co*, 361 US 138, 146 (1959); *Neil vs. Biggers*, 409 US 188, 192, 202 (1972); *Trans World Airlines vs. Hardison*, 432 US 63, 73, nro. 8 (1977)] (BIANCHI, Alberto B., *Jurisdicción y Procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As, 1994., pág 264).

REUBEN, Richard C., "No Lotus Position for Supreme Court", en *ABA Journal*, vol. 82, abril 1996, p. 30. Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 5.



[1]

ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, 292 pp.

El Autor, que advierte sobre las conexiones del delito de desobediencia de los funcionarios públicos con el ejercicio del poder político y administrativo, analiza los peculiares elementos de dicho tipo penal, y su vinculación con la circunstancia eximente de la obediencia debida. A partir, fundamentalmente, de las normas contenidas en los artículos 369 y 370 del Código Penal Español, el Libro tiene por objeto circunscribir los supuestos en los cuales es exigible la obediencia al funcionario subordinado, estableciendo, por consiguiente, límites al poder ordenatorio y fijando las bases que permitan exigir responsabilidades a los funcionarios que omitan la ejecución de aquellas órdenes que tienen el deber de obedecer.

Biblioteca Central: E. 1843.

[2]

CALCEGLIA, Inés M., *La resolución de controversias en esquemas de integración: El caso del Mercosur*, Ed. La Ley, Bs. As., 1996, 88 pp.

La Autora estudia la "teoría de la cooperación" y la resolución de controversias en esquemas de integración (cooperación, integración, rol de las instituciones), así como los conceptos de "integración" y "derecho comunitario". Analiza, seguidamente, el sistema de resolución de conflictos en los siguientes ámbitos: Comunidad Económica Europea (CEE), ALADI, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Comunidad de Africa Oriental (CAO), Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos-Canadá (FTA), Acuerdo de Libre Comercio EEUU-Canadá-México (NAFTA), y MERCOSUR-Protocolo de Brasilia. Plantea, a su vez, la vinculación entre el éxito de la integración con un adecuado sistema de resolución de conflictos.

Biblioteca Central.

[3]

GROVER DUFFY, Karen (Doctora en Psicología Social y de la Personalidad -Universidad de Michigan- y profesora de Psicología -Universidad del Nueva York en Geneseo-), **GROSCH, James W.** (Profesor de Psicología -Universidad Colgate-; trabajó como mediador en la Universidad de New Hampshire y en el Center for Dispute Settlement of Livingston County de Nueva York) y **OLCZAK, Paul V.** (Profesor de Psicología -Universidad de Nueva York en Geneseo-, doctorado por la Universidad de Illinois; consultor y psicólogo de la Family Court Psychiatric Clinic de Búffalo, Nueva York), *La mediación y sus contextos de aplicación*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996, 413 pp.

La Obra está dirigida a lograr un acercamiento entre los científicos y los prácticos en la esfera de la resolución alternativa de disputas (ADR), cuyos medios de estudio y comprensión del proceso parecen divergentes, si no completamente reñidos entre sí. Se divide en cinco partes, con capítulos realizados tanto por investigadores como por practicantes. Proporciona información acerca del proceso de mediación, sus etapas y sus componentes (el mediador, las partes y sus complejas interacciones), y respecto de determinados

ámbitos de aplicación de la mediación (ámbito

comunitario, familiar, educativo; relaciones “víctima-ofensor”, consumidor-vendedor; conflictos “medioambientales”).

Biblioteca Central: J. 2700.

[4]

INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICA E DIREITO DO CONSUMIDOR, *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*, coordinados por Lima Marques, Claudia, Ed. Do Advogado, Río Grande do Sul, 1994, 311 pp.

La Obra, que reúne trabajos de diferentes autores, consta de dos partes. La primera, atinente a “la protección del consumidor en Brasil”, contiene artículos vinculados con las cláusulas contractuales abusivas y la publicidad abusiva, la vinculación contractual de la publicidad, las obligaciones del ofertante, y la responsabilidad civil del fabricante. En la segunda parte, dedicada a dicha protección en el marco del MERCOSUR, se examinan los temas sobre libre circulación de las mercaderías, la relación entre los ordenamientos jurídicos argentino, brasileño y paraguayo con el MERCOSUR y con la mencionada defensa del consumidor, así como la protección penal de este último. Finalmente, es estudiado el Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, entre los estados miembros de dicha organización. En el Anexo, se publican el Tratado de Asunción, el Protocolo de Las Leñas y el Protocolo de Brasilia.

Biblioteca Central: C.3730.

[5]

MARQUEZ, Daniel A. y ZUCCHERINO, Ricardo M., *Derecho Municipal Latinoamericano y Apéndice Hispano*, Ed. Nuevo Pensamiento Judicial, Buenos Aires, 1996, 255 pp.

La Obra recorre variados aspectos de la vida, el sentido y la problemática municipal latinoamericana, desde sus orígenes hasta hoy, a través del pensamiento de Echeverría, Alberdi, Esquiú, Joaquín V. González, de Hostos, de la Torre, Korn Villafañe, Greca, Carrera Justiz (Cuba), Carmona Romay (Cuba), Ives de Olivera (Brasil), Leal Osorio (Venezuela), Mouchet, Bauza, Dana Montañó, Gnecco, Martins y Albi, entre otros. Incorpora, asimismo, un apéndice hispano sobre el tema.

Biblioteca Central: R.130.

[6]

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE ESPAÑA -Secretaría General para la Seguridad Social-, *La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI*, Colección Seguridad Social, Madrid, 1996, 300 pp.

Se trata de un estudio económico-actuarial de la trayectoria que el sistema de pensiones español ha tenido en los últimos quince años (1980-1995), punto de partida para llevar a cabo la proyección de futuro, y desde el que se efectúa el análisis de los componentes demográficos y el estudio de las tendencias del sistema contributivo de pensiones para el período 1995-2030. Contiene, asimismo, un capítulo sobre “la evolución de la seguridad social en la Unión Europea”, con especial referencia a las pensiones.

Biblioteca Central: B. 1108.

[7]

PEREZ CAMACHO, Efraín, *Derecho ambiental y de los recursos naturales*, Ed. Edino, Guayaquil, 1995 (editado a través del Convenio suscrito con la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional -USAID- y el Instituto de Estrategias Agropecuarias -IDEA-), 360 pp.

La finalidad de la Obra, en palabras de sus Autores, es "producir un panorama de los instrumentos jurídicos concernientes al medio ambiente y los recursos naturales, al mismo tiempo que ilustrar el texto con normativas de diferentes sistemas jurídicos". Su contenido está integrado por el análisis de: a) la *Agenda 21* (aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo -Río de Janeiro, junio de 1992-); b) el derecho, la gestión y las políticas ambientales; c) el control externo, las acciones públicas y la legitimación procesal; d) las instituciones de gestión ambiental; e) la contaminación (desechos, productos químicos industriales); f) los recursos naturales renovables (control, uso, manejo y zonificación de suelos; áreas protegidas; vida silvestre; diversidad biológica; bosques; agua); y g) el manejo de los recursos naturales no renovables (hidrocarburos y minería).

Biblioteca Central: A. 1476.

[8]

RUBIO CARRACEDO, José (Catedrático de Filosofía Moral y Política -Universidad de Málaga-), *Educación moral, postmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, 253 pp.

El libro consta de ocho capítulos (que fueron preparados para ser publicados por separado), que se agrupan en tres grandes grupos temáticos: I. "Educación moral" (caps. 1 "La psicología moral -de Piaget a Kohlberg-" y 2 "La educación moral"); II. "Postmodernidad y comunitarismo", que contextualiza el debate del sentido y alcance de la postmodernidad y del comunitarismo frente al liberalismo en sus variantes contemporáneas (caps. 3. "El 'ethos' postmoderno" y 4. "El paradigma ético: justicia, solidaridad y autonomía"); y III. "La democracia ciudadana", que contiene cinco puntualizaciones de otros tantos aspectos de la democracia liberal (caps. 5. "De la democracia al corporativismo. Genealogía de una frustración"; 6. "Democracia y racionalidad. Una relación conflictiva"; 7. "Democracia mínima. El paradigma democrático"; 8. "Democracia personalizada 'versus' partidocracia. Los problemas actuales de la democracia a la luz del pensamiento de María Zambrano"; y 9. "¿Democracia sin demócratas? Paradigmas de la política y la democracia").

Biblioteca Central: F. 3116.

[9]

SASTRE IBARRECHE, Rafael (Profesor titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social -Universidad de Salamanca-), *El derecho al trabajo*, Ed. TROTTA, Madrid, 1996, 279 pp.

El Autor advierte que, para el Derecho del Trabajo, las normas constitucionales implican algo más que una mera apoyatura: "sin llegar a modelar absolutamente su estructura normativa, conforman, sin embargo, un marco regulador 'que remite al legislador el trazado de las instituciones, pero que delimita y prefigura considerablemente el contenido de la norma legal'. La Constitución se erige en mirador privilegiado desde donde contemplar e interpretar el ordenamiento laboral en su conjunto, procurando, en todo caso, la consecución de la máxima efectividad de los derechos por ella reconocidos". El Libro propone una "reinterpretación" del "derecho al trabajo", sobre todo en momentos en que se considera superfluo o incoherente su reconocimiento constitucional. Desde esta perspectiva, analiza el significado, contenido e

implicancias del derecho constitucional al trabajo.

Partiendo de sus orígenes como derecho social y de los sucesivos reconocimientos positivos, examina la posición de este derecho en el marco constitucional, su estructura y las consecuencias que su reconocimiento importa para la relación laboral individual. Explora las conexiones del artículo 35.1 de la Constitución Española con otros preceptos constitucionales, el ámbito subjetivo y el contenido del derecho al trabajo, para concluir con un estudio de la relevancia de éste, tanto en el momento de ingreso al trabajo, como en el desarrollo y extinción de la relación laboral.

Biblioteca Central: F. 3118.

[10]

SORIA VERDE, Miguel Angel -compilador-, *La víctima: Entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, 204 pp.

Los trabajos compilados, de diferentes autores, abordan los principales campos de actuación sobre las víctimas de los delitos. Desde el marco jurídico del rol de la víctima, se analiza su papel en el "proceso de victimización", en el control social del delito, y su función judicial básica como testigo y perjudicado. Asimismo, son objeto de estudio el concepto y la aplicabilidad jurídica de los procesos de conciliación como alternativa al sistema penal; los diferentes modelos de servicios de apoyo de las víctimas; y determinadas formas evaluativas de intervenciones y programas sociales con víctimas.

Biblioteca Central: E. 1837.



INDICES

(las letras corresponden a las secciones; los números, a la ubicación dentro de las secciones)

ORDENAMIENTOS JURIDICOS

ACUERDO DE CARTAGENA: NB2.
ACUERDO DE LIBRE COMERCIO EEUU-CANADA (FTA): NB2.
ACUERDO DE LIBRE COMERCIO EEUU-CANADA-MEXICO (NAFTA): NB2.
ALADI: NB2.
ALEMANIA: D14; TE1.
BRASIL: NB4.
COLOMBIA: D4, 10, 11.
COMUNIDAD DE AFRICA ORIENTAL (CAO): NB2.
COMUNIDAD EUROPEA: D8.
EE.UU.: J18, 21; D2, 13, 16, 17; TE2; N1, 2, 4, 5; E; NB3.
ESPAÑA: J2, 7, 10, 11, 13, 15, 19, 20, 23, 24, 26, 28; NB1, 6, 8, 9, 10.
FRANCIA: J1, 6, 12, 14, 22.
GRECIA: D1, 9.
HOLANDA: J.8.
INTERNACIONAL: D12.
ITALIA: D6, 7, 18.
LATINOAMERICA: NB5, 7.
MERCOSUR: NB2, 4; NB2.
NACIONES UNIDAS: Doc1, 4, 5.
OEА: J3, 4, 16, 17; D3; Doc2, 3, 6.
PANAMA: J5, 9, 25, 27; D6, 15.

TEMATICO

ACCIDENTES DE TRABAJO
ACCIDENTE "IN ITINERE": J1.
ACCIÓN POPULAR : TE1.
ACTO ADMINISTRATIVO: TE1 (2.2.3.1.2.).
MOTIVACIÓN: J10, 14.
OPORTUNIDAD: J10.
ACTOS DE GOBIERNO: J6.
ACTOS PROPIOS: D12.
ACUSACIÓN: J2.
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
control interno: D1.
AMBIENTE: D7; NB7.
ARBITRARIEDAD: J11, 23; D3.
BIEN JURÍDICO: D7.
CANDIDATOS A CARGOS PÚBLICOS ELECTIVOS: N1.
CENSURA PREVIA
V. Libertad de expresión.
CERTIORARI: D2.
CLÁUSULA COMPROMISORA OBLIGATORIA: J25.
COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Agotamiento de los recursos internos: J3.
Denuncias y peticiones: J3, 4.
Recomendaciones: D3.
Retardo injustificado de los tribunales nacionales: J3.
COMMON LAW: D12; TE2.
CONCURSOS PARA CARGOS PÚBLICOS
v. Administración pública
CONFESIÓN: J24.
CONSTITUCIÓN
Costumbre constitucional: J5.
Panamá: D4.
Reforma: D6.
CONSTITUCIONALIDAD: N1.
CONTRATO DE ADHESIÓN: J25
CONTRATO DE TRABAJO: D5; N2.
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: D15.
Panamá: D6.
Alemania: TE1.
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ
Competencia: D6.
Composición: D6.
División en salas: D6.
Procedimiento interno: D6.
COSTUMBRE CONSTITUCIONAL
v. Constitución.
CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: Doc1.
CRÍMENES DE GUERRA: Doc1.
CRÍTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
v. Libertad de expresión.
CUESTIÓN JUSTICIABLE: J6, 7, 11.
DEBIDO PROCESO: J25; D13.
DEMOCRACIA: J16, 17; D1, 9; NB8.
DERECHO A LA IDENTIDAD: J8.
DERECHO A LA IGUALDAD: N2.
DERECHO A LA JURISDICCIÓN: J25.
DERECHO A OBTENER DOCUMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: D1.
DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN: J8; D1.
DERECHO AL HONOR: J15, 16.
DERECHO AMBIENTAL
Ambiente: D7.
Competencias: D7.

Recursos Naturales: NB7.
DERECHO COMUNITARIO: D8.
DERECHO DE DEFENSA: D1.
DERECHO DE LAS NACIONES Y DE LOS TRATADOS
Integración al derecho interno: D9.
JERARQUÍA NORMATIVA: D9.
OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS: J16, 17.
DERECHO DE PETICIÓN: D1.
DERECHO DE PROPIEDAD: J9.
DERECHO DE REUNIÓN: J10.
DERECHO INTERNACIONAL: D9.
DERECHO PENAL
CALIFICACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN: D10.
ESTADO SOCIAL DE DERECHO: D11.
DERECHO DEL TRABAJO
DERECHO AL TRABAJO: NB9.
DERECHOS DE LOS PADRES: J8; N3.
DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS: D1; TE1.
DESAPARICIÓN DE PERSONAS: J16 (5).
DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS: Doc2.
DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: TE1 (2.2.3.1.3.).
DIGNIDAD HUMANA: J22.
DISCRIMINACIÓN: J16 (5); N2.
DIVISION DE PODERES: TE1 (2.2.3.2.4.).
DOBLE INSTANCIA: J28.
DROGADICCIÓN
Control: N1.

EDUCACIÓN SEXUAL: N3.
ELECCIONES: J11.
EMPLEO PÚBLICO: J12, 13.
Concurso: J13.
Delito de desobediencia: NB1.
Funcionarios Públicos: J12.
Haber: J12.
Ingreso: J13.
ESCUELAS PUBLICAS: N3.
ESPECTÁCULOS PÚBLICOS: J22.
ESTADO SOCIAL DE DERECHO: D11.
ESTOPPEL: D12.
ÉTICA: NB8.
EXPRESIÓN INDECENTE: N5.
EXTRANJEROS: J14.

FLEXIBILIZACIÓN LABORAL: D5.
FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA: J9.
FUNCIONARIOS PÚBLICOS:
v. Empleo Público.

HABERES: J12.
HÁBEAS CORPUS: D15.
HIJOS EXTRAMATRIMONIALES: J8.

INCONSTITUCIONALIDAD: J19, 25, 27; D6.
INTERÉS LEGÍTIMO: TE1.
INTERNACIÓN COACTIVA POR RAZONES DE ENFERMEDAD: D13.
INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN:

Sistema Federal y confederal: D8.
D14, 15.
INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES: J4; TE1 (1.4.2.3./4.).
INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS
tratados Comunitarios: D8.
INTIMIDAD: J8, 16; D1; N3.
Información sobre la salud: N2.
JUECES
Procedimiento de selección y nombramiento: N4.
JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA: TE1.
JUSTICIA: TE2.

LIBERTAD DE COMERCIO E INDUSTRIA: J22.
LIBERTAD DE CULTOS: D16; N3.
LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Censura previa: J16, 17.
Crítica de la función pública: J15.
Derecho de dar y recibir información: J16, 17.
Derecho al honor: J15, 16.
Difusión: J15.
Expresión comercial: J18; E.
Expresión indecente: N5.
Monopolios: J17.
Restricciones: N5.
LIBERTAD DE TRABAJO: J22.
LUGARES PÚBLICOS: J10.

MANOS LIMPIAS (Teoría de las): J16.
MEDIACIÓN: NB3.
MEDIDAS PRECAUTORIAS Y PREVENTIVAS: TE1.
MERCOSUR: NB4.
v. Protección del consumidor.
v. Resolución de controversias.
MOTIVACIÓN: J10, 14; D1 (2.2.).
MUNICIPALIDADES: J22; NB5.

OBEDIENCIA DEBIDA: NB1.
OPORTUNIDAD: J10; D1.
ORDEN PÚBLICO: J10, 14.
ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES: D1.
ÓRGANOS SUPRANACIONALES
Atribución de competencias: D9.

PARTE CONTRACTUAL MAS DÉBIL: J25.
PARTIDOS POLÍTICOS: J20; NB8.
PODER DE POLICÍA: J10, 22; D16.
PODER EJECUTIVO
Relaciones exteriores (Conducción de las): J6.
PRINCIPIO ACUSATORIO: J2; D10.
PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: D8.
PRISIÓN PREVENTIVA: J23.
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Acciones: TE1.
PROCEDIMIENTOS PARLAMENTARIOS: J7.
PROCESO PENAL: J24.
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS: J25; D15; TE1.
Efectividad: TE1.

Medidas precautorias y preventivas: TE1.
Plenitud: D1
Protección de urgencia: TE1.
PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR
PRUEBA: J21; D17.

RADIO Y TELEVISIÓN
Espacios Radioeléctricos: J19.
Televisión por cable: N5.
RAZONABILIDAD: N5.
RECURSOS NATURALES
V. DERECHO AMBIENTAL.
RECUSACIÓN: J26.
REFUGIADOS: Doc 4.
REGLA DE EXCLUSIÓN: J24.
RELACIONES EXTERIORES
V. PODER EJECUTIVO.

RESOLUCION DE CONTROVERSIAS
EN GENERAL: NB2.
ACUERDO DE CARTAGENA: NB2.
ACUERDO DE LIBRE COMERCIO EEUU-CANADÁ
(FTA) : NB2..
ACUERDO DE LIBRE COMERCIO EEUU-CANADÁ-
MÉXICO (NAFTA): NB2.
ALADI: NB2.
COMUNIDAD DE AFRICA ORIENTAL (CAO): NB2.
COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA: NB2.
MERCOSUR: NB2.
SACRIFICIO DE ANIMALES: D16.
SALARIO: J27.
SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS: J28.

Brasil NB4.
Mercosur: NB4.

SECRETO PROFESIONAL: J21; D7.
SEGURIDAD SOCIAL: NB6.
ESPAÑA: NB6.
SENTENCIA
EMPATE DE VOTOS: N6.
SENTENCIA NO DEFINITIVA: J26.
SICÓLOGOS: J21; D17.
SIQUIATRAS: J21; D17.
SISTEMAS ELECTORALES
SISTEMAS DE MAYORÍA Y DE PROPORCIONALIDAD:
D18.
SISTEMAS PENALES: NB10.
SOBERANÍA POPULAR: D1.
STARE DECISIS: TE2.
SUELDO ANUAL COMPLEMENTARIO: J27.
SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS
PROCEDIMIENTO INTERNO: D2.

TELÉFONOS: N5.
TELEVISIÓN
V. RADIO Y TELEVISIÓN.
TERAPISTAS: J21; D17.
TRATAMIENTO MEDICO: D13.

VICTIMAS DEL DELITO: NB10.
VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: Doc 3.