

[1]

**CONVENIONES COLECTIVAS. NORMAS CONVENCIONALES MÁS FAVORABLES AL TRABAJADOR. FACULTADES REGLAMENTARIAS. LÍMITES (JURISPRUDENCIA/ FRANCIA).**

Las disposiciones del artículo L. 132-4 del Código de Trabajo disponen: "la convención y el acuerdo colectivo de trabajo pueden contener disposiciones más favorables para los asalariados que las leyes y reglamentos en vigor...". Conforme el principio general del derecho del trabajo en el que se inspiran estas disposiciones legislativas, y que el art. L. 132-26 del mismo Código no ha tenido ni por objeto ni por efecto modificar dichos alcances, la potestad reglamentaria no puede, salvo habilitación legislativa expresa, prever convenciones colectivas que establezcan disposiciones menos favorables a los trabajadores que las que aquella misma ha dictado.

**CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA**, sentencia del 8-7-1994, *Confédération générale du travail*, en *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, Sirey, París, julio-octubre 1994, pp. 356, 357.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 102/105.

[2]

**DATOS PERSONALES. COMUNICACIÓN Y UTILIZACIÓN. DIGNIDAD DE LA PERSONA. DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. PROTECCIÓN. CENSOS. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).**

**1. Antecedentes del caso:** fue impugnada, por contraria a los derechos fundamentales de la persona, una ley del *Bundestag* (Parlamento Federal de Alemania), que disponía la realización de un censo general de la población y cuya exposición de motivos señalaba que la información que se obtendría era una base indispensable para las decisiones de política económica y social del Estado. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, con carácter previo a la sentencia sobre el fondo del asunto, suspendió la realización del censo, mediante una resolución provisional (13-4-1983).

**2. Sentencia:** el derecho de "autodeterminación informacional" (nuevo derecho fundamental), deriva conjuntamente del principio de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de su personalidad, y traduce la facultad que tiene el individuo para decidir, en principio, sobre la comunicación y uso de sus datos personales, protegiéndolos así de la recopilación, el almacenamiento, y la utilización y transmisión ilimitados. Luego, es inconstitucional una norma que no ofrezca defensa suficiente contra el uso indiscriminado de dichos datos (con posterioridad al fallo, se aprobó una ley que incorporó las garantías exigidas por el Tribunal, y llamó a un nuevo censo).

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA**, sentencia del 15-12-1983, *BVerfGE*, vol 65, p. 1, cit. por FIX FIERRO, Héctor, "Los Derechos Humanos entre necesidad moral y contingencia social (Un ensayo de sociología jurídica)", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, vol. 84, septiembre-diciembre 1995, p. 957.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 30.

[3]

**DERECHO A LA IGUALDAD. TRATO DIFERENTE. JUSTIFICACIÓN OBJETIVA (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EUROPEA).**

"Es jurisprudencia reiterada que el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables, a menos que dicha diferenciación esté objetivamente justificada (véase la sentencia de 13 de diciembre de 1994, SMW Winzersekt, C-306/93, Rec. p. I-5555, apartado 30)".

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, sentencia del 9-11-1995, asunto C-479/93: *Andrea Francovich contra República Italiana*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1995-11, pp. 3843, 3870. Biblioteca Central. Hemeroteca. Sala 2. estante 94.

[4]

**DERECHOS INDIVIDUALES COMUNITARIOS. OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE TRASPONER EL DERECHO COMUNITARIO AL DERECHO INTERNO. INCUMPLIMIENTO. DERECHOS DE LOS PARTICULARES (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).**

Los particulares pueden oponer, frente a los Estados miembros, los derechos que una directiva europea les reconoce, una vez transcurrido el plazo para la trasposición al Derecho Interno sin que ello se haya producido, siempre que las obligaciones correlativas que la directiva imponga a los Estados sean "incondicionales y suficientemente precisas".

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE ESPAÑA**, sentencia del 5-4-1979, *Ratti*, cit. por SANCHEZ MORON, Miguel (Catedrático de Derecho Administrativo -Universidad de Alcalá de Henares-), "El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, nro. 137, mayo-agosto 1995, pp. 51/52. Biblioteca Central. Hemeroteca. Sala 2. estante 37.

[5]

**ELECCIONES. CAMPAÑAS ELECTORALES. GASTOS. LÍMITES. SANCIONES PENALES. TIPIFICACIÓN. REQUISITOS (JURISPRUDENCIA/FRANCIA-COMUNIDAD EUROPEA).**

**1. Antecedentes del caso:** el reclamante, Galy-Dejean, diputado de la Asamblea General, demandó, ante la Cámara Administrativa de Apelaciones de París, la anulación de la decisión por la cual el Tribunal Administrativo de París rechazó la demanda de aquél, tendiente a la anulación de la resolución de la Comisión Nacional de Cuentas de Campaña y Financiamientos Políticos, que estableció la suma que debía entregar al tesoro público en concepto de exceso de los gastos de su campaña electoral. Previamente, el Consejo Constitucional había comprobado el importe de los gastos del reclamante. La legislación francesa establece un límite máximo o "techo" de gastos para las campañas electorales por candidato para la elección de diputados.

## 2. Sentencia:

2.1. El art. 7 de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales dispone: "nadie puede ser condenado por una acción o por una omisión que, al momento en que fue cometida, no constituía una infracción para el derecho nacional o internacional".

2.2. El Sr. Galy-Dejean invoca la interpretación de este texto seguida por la Corte Europea de los Derechos del Hombre, para sostener que la infracción que pueda dar lugar a una sanción asimilable a una sanción penal debe estar definida en términos suficientemente claros y precisos para excluir la arbitrariedad.

2.3. El Código Electoral dispone: "en todo caso en el que un exceso del máximo de los gastos electorales haya sido constatado por una decisión definitiva, la comisión fija... una suma igual a la del exceso constatado que el candidato debe entregar al tesoro público" (art. L. 52-15).

2.4. Las citadas disposiciones del Código Electoral, que determinan el tope de los gastos autorizados para un candidato a una elección legislativa y que lo obligan a entregar al Tesoro Público las sumas que superen el mencionado límite, son suficientemente claras y precisas para excluir la arbitrariedad, aun cuando la inclusión en dichos gastos de los costos por sondeos de opinión no surge de la ley, que al respecto no contiene ninguna precisión, pero sí de una decisión del Consejo Constitucional.

2.5. En consecuencia, y supuesto que esas disposiciones establezcan una sanción asimilable a una penal, no puede invocarse, en contra de una decisión de la Comisión Nacional de Cuentas de Campaña que ordena la mentada entrega, lo dispuesto por el art. 7 de la Convención cit., que ha sido interpretado por la Corte Europea de los Derechos del Hombre en el sentido que requiere que toda sanción asimilable a una sanción penal, sea definida en términos suficientemente claros y precisos para excluir la arbitrariedad.

**CORTE ADMINISTRATIVA DE APELACIONES DE PARIS**, sentencia del 3-2-1994, *Galy-Dejean*, en *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, Sirey, París, noviembre-diciembre 1994, p. 612.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 102/105.

[6]

**EMPLEO PÚBLICO. VACACIONES. COMPENSACIÓN EN DINERO DE LAS VACACIONES NO GOZADAS. PROHIBICIÓN (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).**

Es aplicable a los agentes públicos remunerados en las mismas condiciones que los asalariados del derecho privado, el principio según el cual el resarcimiento de vacaciones pagas no puede acumularse con el salario percibido si el trabajo no se ha visto interrumpido.

**CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA**, sentencia del 16-2-1994, *Bureau d'aide sociale de Pontenx-les-Forges c/ Mme. Labat*, en *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, Sirey, París, 1994, p. 764.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 102/105.

[7]

**EXTRADICIÓN. FACULTADES DEL TRIBUNAL REQUERIDO. PROCESO PENAL EN CONTU-**

**MACIA EN EL ESTADO REQUIRENTE (JURISPRUDENCIA/FRANCIA-ITALIA).**

**1. Antecedentes del caso:** el requirente -I.W.T. Bolamba- demandó ante el Consejo de Estado, la anulación del decreto que concedió su extradición a las autoridades italianas. Dicha parte había sido condenada por los tribunales de Italia, a la pena de 18 años de reclusión, por muerte agravada.

**2. Sentencia:** "Visto la convención europea de extradición, la convención europea de protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales...".

"Considerando que resulta tanto de los principios generales del derecho francés en materia de extradición cuanto de la convención europea de extradición que, salvo error evidente, no corresponde a las autoridades francesas, en oportunidad de pronunciarse sobre una demanda de extradición, conocer de la realidad de los cargos que dieron lugar a la condena de la persona reclamada; que ningún error evidente surge en la especie, por lo que la defensa del Sr. Bolamba fundada en que no perpetró el crimen por el que fue condenado, debe ser descartada".

"Considerando que si el Sr. Bolamba ha sido condenado por la Corte de Asise de Apelaciones de Perugia según el procedimiento italiano de contumacia, este procedimiento prevé la representación del acusado por un defensor y le abre, en las condiciones que una ley del 23 de enero de 1989 ha reformado, un recurso contra la condena pronunciada; que, por consiguiente, y aun cuando dicho procedimiento no establece un régimen de purga de la contumacia similar al que contiene el Código Francés de Procedimiento Penal, la condena infligida al Sr. Bolamba no puede ser considerada como que haya sido pronunciada en condiciones contrarias al orden público francés o al artículo 6 de la convención europea de protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales" (se rechaza la petición).

**CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA**, sentencia del 8-6-1994, *Bolamba*, en *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, Sirey, París, mayo-junio 1994, p. 292.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 102/105.

[8]

**FORMACIÓN DE LAS LEYES. TRÁMITES PARLAMENTARIOS. PUBLICIDAD. DEMOCRACIA. TIEMPO PARA QUE EL PUEBLO SE MANIFIESTE (JURISPRUDENCIA/COSTA RICA).**

"La promulgación de una ley está rodeada de una serie de requisitos procesales y formales que, además de ser insoslayables en virtud de la Constitución Política y del Reglamento Legislativo -que es también parámetro de constitucionalidad-, tienen un sentido vinculado directamente a los valores fundamentales de la democracia, a saber, el de que las leyes no sólo deben emanar de una representación popular y pluralista, como la que constituye el Poder Legislativo, sino que, además, deben aprobarse mediante un trámite público y suficientemente prolongado como para que la voluntad del pueblo soberano se manifieste por canales políticos y sociales informales, tanto como los formales de la representación y debate legislativo".

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA**, voto nro. 786-94, 8-2-94, cit. por URCUYO FOURNIER, Constantino (Licenciado en Derecho -Universidad de Costa Rica-, Doctor en Sociología -Universidad de La Sorbona, París-, Catedrático de la Universidad de Costa Rica, Diputado a la Asamblea Legislativa de Costa Rica), "La Sala Constitucional: necesarios límites al Po-

der", en *Revista Parlamentaria*, San José, Costa Rica, vol. 3, nro. 3, diciembre 1995, p. 40.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 35.

[9]

**IGUALDAD ANTE LA LEY. DISCRIMINACIÓN. HOMOSEXUALES. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/EE.UU.).**

**1. Antecedentes de la causa:** con motivo de que diversas municipalidades de Colorado dictaron ordenanzas prohibiendo la discriminación fundada en la orientación sexual de las personas en materia de empleo, educación, vivienda, servicios de salud y bienestar social, y otras transacciones y actividades, los ciudadanos de Colorado realizaron un referéndum a nivel estadual, y adoptaron la Enmienda 2 (de la Constitución estadual) que prohíbe las acciones legislativas, ejecutivas o judiciales seguidas, a cualquier nivel, por el gobierno estadual o local, que tengan por objeto proteger el estatus de las personas con base en su "orientación, conducta, práctica o relación homosexual, lesbiana o bisexual". Algunos homosexuales y municipalidades que se sintieron agraviados, promovieron una acción ante un tribunal estadual tendiente a obtener la declaración de invalidez de la Enmienda 2 cit. y a impedir su aplicación. La medida cautelar (*preliminary injunction*) dictada por el tribunal que intervino en primer término, fue confirmada por la Suprema Corte de Colorado al declarar que dicha norma estaba sujeta a un escrutinio estricto en los términos de la Cláusula de la Igual Protección de la Enmienda XIV (de la Constitución Federal), porque violaba el derecho fundamental de los *gays* y de las lesbianas a participar en el proceso político. Al recibir los autos en devolución, el tribunal de la instancia inferior entendió que la Enmienda 2 cit. no lograba superar el escrutinio estricto y prohibió su aplicación. La Suprema Corte estadual confirmó esta decisión. En tales circunstancias, el Gobernador de Colorado presentó ante la Suprema Corte de los Estados Unidos un *writ of certiorari*.

**2. Sentencia:**

**2.1. Voto de la mayoría (Syllabus):** la Enmienda 2 (cit.) viola la Cláusula de la Igual Protección.

"(a) Se rechaza por no plausible el principal argumento invocado por el Estado en el sentido de que la Enmienda 2 pone a los *gays* y a las lesbianas en la misma posición en que están todas las otras personas al desconocerles derechos especiales. El alcance del cambio en el estatus legal que implementa esta ley surge con evidencia de la autorizada interpretación hecha por la Suprema Corte de Colorado -según la cual el efecto inmediato de la enmienda es revocar todas las leyes, reglamentaciones, ordenanzas y medidas políticas de los organismos estaduales y locales que prohíban la discriminación con base en la orientación sexual, y que su efecto final es prohibir que los organismos gubernamentales dicten medidas similares o más protectoras en el futuro, en ausencia de una enmienda constitucional estadual- y de la revisión de los términos, estructura y funcionamiento de las ordenanzas que quedarían revocadas por la Enmienda 2. Aun en el caso de que, como alega el Estado, los homosexuales puedan encontrar protección en las leyes y políticas de aplicación general, la Enmienda 2 va bastante más allá de simplemente privarlos de derechos especiales. Impone una amplia responsabilidad sólo a esas personas, prohibiéndoles a ellas, pero no a otras, buscar una protección legal específica frente a los perjuicios causados por la discriminación

en una amplia gama de transacciones públicas y privadas".

"(b) A fin de reconciliar la promesa de la Enmienda XIV de que no se negará a ninguna persona la igual protección de las leyes, con la realidad práctica de que la mayor parte de la legislación hace clasificaciones por un motivo o por otro, la Corte ha declarado que considerará válida toda ley que no imponga cargas a un derecho fundamental ni tenga en la mira a una clase sospechosa, en la medida en que la clasificación legislativa tenga una relación racional con algún objetivo legislativo independiente y legítimo (v.gr., *Heller vs. Doe*, 509 US 312, 319/320). La Enmienda 2 no logra satisfacer -en realidad contraviene- este estándar. En primer lugar, la Enmienda es, simultáneamente, demasiado limitada y demasiado amplia, ya que identifica a las personas por un solo rasgo y luego les niega la posibilidad de acceder a todo tipo de protección. Esta inhabilitación de una clase de personas para gozar del derecho a obtener protección específica de la ley carece de precedentes y constituye, *per se*, una denegación de la igual protección en el sentido más literal. En segundo lugar, el verdadero alcance de la Enmienda 2, que hace un anuncio general de que los gays y lesbianas no tendrán ninguna protección especial de la ley, está tan alejada de los fundamentos invocados para aprobarla -v.gr., respeto a la libertad de asociación de los otros ciudadanos (en especial a la de los locadores o empleadores que tienen objeciones personales o religiosas a la homosexualidad) y al interés del Estado en conservar los recursos para combatir la discriminación contra otros grupos- que no puede justificarse haciendo referencia a esas razones; la Enmienda hace surgir la inevitable inferencia de que ha nacido de la animosidad hacia la clase que afecta. No puede afirmarse que la Enmienda 2 esté dirigida a satisfacer un propósito legítimo identificable o un objetivo independiente. Es una clasificación de personas fundada en el estatus que se realiza sin otro objetivo, algo que la Cláusula de la Igual Protección no puede permitir".

**2.2. Voto de la disidencia:** el *Justice* Antonin Scalia (con la adhesión del *Chief Justice* Rehnquist y del *Justice* Thomas), entre otras cosas, dijo:

"La enmienda constitucional que tenemos frente a nosotros no es la manifestación de un 'desnudo... deseo de perjudicar' a los homosexuales, sino un modesto intento de los aparentemente tolerantes ciudadanos de Colorado por preservar sus costumbres sexuales tradicionales frente a los esfuerzos que realizan minorías políticamente poderosas para revisar esas costumbres mediante el uso de las leyes. Este objetivo y los medios elegidos para conseguirlo no sólo son irreprochables en términos de cualquier doctrina constitucional formulada hasta ahora (de ahí que la opinión mayoritaria se funde sustancialmente en principios de rectitud y no en *holdings*); aquéllos han sido específicamente aprobados por el Congreso de los Estados Unidos y por este Tribunal".

"Al resolver que la homosexualidad no puede ser elegida para darle un tratamiento desfavorable, la Corte contraviene una decisión, no cuestionada en este caso, pronunciada hace sólo 10 años (v. *Bowers vs. Hardwick*, 478 US 186 -1986-) y pone el prestigio de esta institución detrás de la proposición de que la oposición a la homosexualidad es tan reprensible como los prejuicios raciales o religiosos. Sea éste o no, **precisamente**, el debate cultural que hizo nacer la enmienda constitucional de Colorado (y a las leyes preferenciales contra las cuales estaba dirigida la enmienda). Dado que la Constitución de los Estados Unidos no dice nada sobre este tema, se ha dejado para que sea resuelto por los medios democráticos normales, como la adopción democrática de cláusulas en las constituciones estatales. Esta Corte no tiene derecho a imponer a todos los norteamericanos la resolución favorecida por la clase de élite de la que se extraen los miembros de esta institución, declarando que la 'animosidad' hacia la homosexualidad es mala. Disiento categóricamente".

"La enmienda prohíbe brindar a los homosexuales un **tratamiento especial** y nada más".

"En *Bowers v Hardwick* (cit.) declaramos que la Constitución no prohíbe lo que virtualmente

todos los Estados han hecho desde la fundación de la República hasta hace pocos años: hacer de la conducta homosexual un delito (*crime*). Este *holding* es inexpugnable, excepto para aquellos que piensan que la Constitución cambia para adaptarse a las modas actuales".

"Como quienes adoptan conductas homosexuales tienden a vivir en número desproporcionado en ciertas comunidades y, por supuesto, se preocupan por los derechos de los homosexuales mucho más ardientemente que el público en general, tienen un poder político muy superior al de su número, tanto local como estadualmente. Como es bastante comprensible, aplican este poder político a lograr no sólo una tolerancia social de mala gana sino una completa aceptación social de la homosexualidad".

"Creo que los tribunales (a diferencia de las Ramas políticas) no tienen derecho a tomar partido en esta guerra cultural. Pero la Corte hoy ha hecho eso".

"El pueblo de Colorado ha adoptado una disposición enteramente razonable que ni siquiera desfavorece a los homosexuales en ningún sentido importante, sino que simplemente les deniega un tratamiento preferencial".

**Nota de la Secretaría:** v., en este número, sección noticias [2], p. 59.

**SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS**, sentencia del 20-5-1996, *Romer vs. Evans*, en 64 *Law Week* 4353.

Biblioteca Central.

[10]

**IMPUESTOS. AUTOMOTORES. PROGRESIVIDAD. DERECHO COMUNITARIO. EFECTO DISCRIMINATORIO O PROTECTORIO. AUTOMOTORES NACIONALES E IMPORTADOS (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EUROPEA).**

**1. Antecedentes del caso:** la legislación impositiva francesa establece un impuesto de cuota variable sobre los vehículos de motor; los tramos impositivos comprenden varias potencias fiscales en función de la cilindrada. Una contribuyente impugnó el sistema por considerarlo discriminatorio para los automóviles importados como el que poseía (40 CV) en la medida en que establecía una ruptura injustificada de la progresividad entre el último tramo impositivo que comprende autos fabricados en Francia (17-18 CV), y los tramos superiores (más de 18 CV), correspondientes a automóviles de gran potencia fiscal, que son exclusivamente importados. La *Cour de Cassation* francesa planteó ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como cuestión prejudicial, la relativa a si el art. 95 del Tratado de la Comunidad Europea se opone a la aplicación de normas nacionales que establezcan un aumento del coeficiente de progresividad como el indicado.

**2. Sentencia:** un sistema impositivo no puede considerarse discriminatorio por la única razón de que en la categoría sometida a un mayor gravamen se sitúen sólo productos importados, especialmente de otros Estados miembros (sentencias de 14 de enero de 1981, *Chemical Farmaceutici*, 140/79, Rec. p. 1, apartado 18, y de 5 de abril de 1990, *Comisión/ Grecia*, C-132/88, Rec. p. I-

1567, apartado 18).

A fin de determinar si el aumento del coeficiente de progresividad del impuesto de cuota variable más allá del límite de los 18 CV produce un efecto discriminatorio o protector, es necesario analizar si dicho aumento puede impulsar al consumidor a renunciar a la compra de automóviles de una potencia fiscal superior a los 18 CV, que son todos de fabricación extranjera, en provecho de los automóviles de fabricación nacional.

El artículo 95 del Tratado cit. no se opone a la aplicación de una normativa nacional en materia de impuestos sobre los vehículos de motor que prevé un aumento del coeficiente de progresividad, como el controvertido en el litigio principal, dado que dicho aumento no produce el efecto de favorecer la venta de vehículos de fabricación nacional en relación con la de vehículos importados de otros Estados miembros (los tramos 15-16 CV y 17-18 CV, comprendían automóviles nacionales e importados).

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS** -Sala Segunda-, sentencia del 30-11-1995, asunto C-113/94: *Elisabeth Casarin, señora de Jacquier, c/ Directeur général des impôts*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1995-11, p. 4203.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 94.

[11]

**JUECES. INHABILIDADES. INTERVENCIÓN EN UNA INSTANCIA ANTERIOR (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).**

En virtud de una regla general de procedimiento aplicable incluso sin texto, un miembro de una jurisdicción administrativa no puede participar en el juzgamiento de un recurso dirigido contra una decisión administrativa o jurisdiccional de la que haya sido autor, o que haya sido dictada por una jurisdicción o un organismo colegiado del que fue miembro y de cuyas deliberaciones tomó parte.

**CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA**, sentencia del 30-11-1994, *Pinto*, en *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, Sirey, París, 1994, p. 763.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 102/105.

[12]

**LEY. INDEROGABILIDAD SINGULAR. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/COSTA RICA).**

**1. Antecedentes del caso:** la Asamblea Legislativa realizó una consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, relativa a si dicha Asamblea podía dejar de observar -con votación de dos tercios de sus miembros- los requisitos que ésta había establecido, para crear un cantón, en la Ley sobre División Territorial Administrativa.

**2. Sentencia:** la Asamblea Legislativa está obligada a observar la ley que ha dictado con tal propósito, sin perjuicio de derogarla o reformarla previamente a su ejercicio, y aplicando el



principio general del Derecho que establece que las normas jurídicas obligan incluso a la autoridad que las ha dictado y, dentro de su competencia, a su superior, lo cual implica que la ley que disciplina el funcionamiento de la Asamblea Legislativa para el ejercicio de una competencia constitucional, la vincula en los casos concretos en que haya de ejercerla con fundamento en el principio de la inderogabilidad singular de la norma.

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA**, voto nro. 2009-95, 21-8-1991, cit. por ALVAREZ DESANTI, Antonio (Licenciado en Derecho -Universidad de Costa Rica-, Máster en Leyes -Universidad de Harvard-, Diputado a la Asamblea Legislativa de Costa Rica y Presidente de ésta en el período 1995-1996), "Poder Constitucional y Poder Legislativo", en *Revista Parlamentaria*, San José, Costa Rica, vol. 3, nro. 3, diciembre 1995, p. 27. Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 35.

[13]

**LEY. INDIVISIBILIDAD. NULIDAD TOTAL (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).**

El decreto dictado en aplicación del art. 9 de la ley 88-227 (11-3-1988) relativo al reparto de la ayuda pública a los partidos y grupos políticos, y que prevé el reparto de un monto limitado, constituye un todo indivisible. La omisión de un grupo político de la lista anexa a dicho decreto, entraña la anulación de la totalidad de esta norma.

**CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA**, sentencia del 9-11-1994, *Mouvement des démocrates et Association courant démocrate*, en *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, Sirey, París, noviembre-diciembre 1994, p. 495. Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 102/105.

[14]

**LEY. INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN "LEYES" DEL ART. 30 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. REGLAS DE INTERPRETACION. LEY FORMAL Y MATERIAL. PROTECCION DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. RESTRICCIONES DE DERECHOS Y LIBERTADES. REQUISITOS. DEMOCRACIA. DESVIACION DE PODER. PRINCIPIOS DE RESERVA DE LEY Y DE LEGALIDAD. RAZONES DE INTERES GENERAL. ORDEN PUBLICO. BIEN COMUN. LEGITIMIDAD. MINORIAS. JUSTICIA SOCIAL. DELEGACION LEGISLATIVA. CONDICIONES. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/OEA).**

**1. Antecedentes del caso:** la República Oriental del Uruguay solicitó, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una opinión consultiva acerca del alcance de la expresión "leyes" empleada en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención). Dicha Corte, que admitió la petición, consideró que la cuestión consistía en analizar la disyuntiva de si la expresión "leyes" del art. 30 cit. se refiere a leyes en sentido formal -norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución- o si en cambio se la usa en sentido material, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del

rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico.

## **2. Decisión:**

**2.1.** La interpretación del art. 30 cit. ha de hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

**2.2.** Dado que la cuestión se limita a indagar sobre el sentido de la palabra "leyes" del art. 30 cit., no se trata de dar respuesta a todos los casos en que la Convención utiliza expresiones como "leyes", "ley", "disposiciones legislativas", etc., cuyos sentidos deberán ser determinados específicamente en cada ocasión.

**2.3.** Empero, los criterios del art. 30 cit. sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión "ley", o locuciones equivalentes, son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ésta autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos.

**2.4.** El art. 30 cit. no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos contenidos en la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de aquéllos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que, las restricciones singularmente autorizadas, sean legítimas.

**2.5.** Al leer el artículo 30 cit. en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

a) que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;

b) que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y

c) que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.

**2.6.** El significado del vocablo "leyes" ha de buscarse como término incluido en un tratado internacional. No se trata, en consecuencia, de determinar la aceptación del sustantivo "leyes" en el derecho interno de un Estado Parte.

**2.7.** Dada la diversidad de sistemas jurídicos de los Estados Partes en la Convención, el concepto de "leyes" no puede interpretarse en abstracto y, por ende, no debe divorciarse del contexto del orden jurídico que le presta sentido e incide en su aplicación.

**2.8.** El sentido de la palabra "leyes" dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitada-mente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

**2.9.** La protección de los derechos humanos, por lo anterior, requiere que los actos estatales que los afecten de una manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos

inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.

**2.10.** Lo anterior se deduciría del principio -así calificado por la Corte Permanente de Justicia Internacional- de legalidad, que es consustancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático, y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con el cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación.

**2.11.** La reserva de la ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de la ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.

**2.12.** En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión "leyes", utilizada en el artículo 30 cit., como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.

**2.13.** El vocablo "leyes" cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana.

**2.14.** La Corte concluye que la expresión "leyes", utilizada por el artículo 30 cit., no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

**2.15.** La Convención exige para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean lícitas, además de una ley, que ésta se dicte "por razones de interés general y con el propósito para el cual ha sido establecida".

**2.16.** El mencionado requisito del "interés general" significa que las leyes deben haber sido adoptadas en función del "bien común" (art. 32.2. de la Convención), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es "la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad" ("Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", Considerandos, párrafo 1).

**2.17.** "Bien común" y "orden público" en la Convención, son términos que deben interpretarse dentro del sistema de ésta, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos "requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa" (Carta de la OEA, art. 3.d); y los derechos del hombre, que "tienen

como fundamento los atributos de la persona humana", deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana..., cit., Considerandos, párrafo 2; Convención, Preámbulo, párrafo 2).

**2.18.** La Corte expresó al respecto, en anterior ocasión, que: "es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A nro. 5, párrs. 66 y 67)".

**2.19.** En una sociedad democrática, el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que se traduce, "inter alia", en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común.

No es posible desvincular la expresión "leyes" (art. 30 cit.) del propósito de todos los Estados americanos expresado en el Preámbulo de la Convención: "consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre".

**2.20.** La democracia representativa es determinante en todo el sistema de la Convención.

**2.21.** En consecuencia, las "leyes" a que se refiere el art. 30 cit. son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo.

**2.22.** Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.

**2.23.** En suma, la Corte es de opinión unánime "que la palabra 'leyes' en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionales previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes".

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "La expresión 'leyes' en el artículo 30 de**

la Convención Americana sobre Derechos Humanos", opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, en *Serie A Nro. 6*, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1986.  
Biblioteca Central.

[15]

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ENSEÑANZA PÚBLICA. PRINCIPIO LAICISTA Y DE NEUTRALIDAD. ALCANCES. DISCRIMINACIÓN. USO DE SIGNOS DE CARÁCTER RELIGIOSO (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).**

El principio laicista de la enseñanza pública prohíbe toda discriminación en el acceso a la enseñanza que esté fundada sobre las convicciones o creencias religiosas de los alumnos. Si bien el uso de signos distintivos de carácter religioso constituye un ejercicio de la libertad acordada a los alumnos para manifestar su pertenencia a una religión, dicha libertad no permite los signos que constituyan un acto de presión, de provocación, de proselitismo o de propaganda que importe un atentado a la dignidad o a la libertad del alumno o de otros miembros de la comunidad educativa, que comprometan su salud o su seguridad, que perturben el desarrollo de las actividades de enseñanza y el rol educativo de los educadores, en suma, que turben el orden dentro del establecimiento o el funcionamiento normal del servicio público. Es ilegal el reglamento interno de un liceo polivalente, en los términos del cual "ningún alumno será admitido en la sala de clases, en estudios o en el refectorio con la cabeza cubierta", pues reglamenta el uso de signos distintivos de carácter religioso, estableciendo una prohibición permanente aplicable en la mayor parte de los locales escolares, sin estar justificado por circunstancias particulares, y desconoce así la libertad de expresión de los alumnos en el marco del carácter neutral y laico de la enseñanza pública.

**CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA**, sentencia del 14-3-1994, *Mlles N. et Z. Yilmaz*, en *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, Sirey, París, 1994, p. 754.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 102/105.

[16]

**LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO. NORMAS DEL ESTADO MIEMBRO DE ACOGIDA SOBRE EL EJERCICIO DE DETERMINADAS ACTIVIDADES. LIBERTADES FUNDAMENTALES. RESTRICCIONES. REQUISITOS. OBLIGACIONES DEL ESTADO DE ACOGIDA. EQUIVALENCIA DE LOS DIPLOMAS O DE LAS FORMACIONES (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EUROPEA).**

**1. Antecedentes del caso:** el *Consiglio Nazionale Forense* (Italia) planteó, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuestiones prejudiciales atinentes al art. 52 del Tratado de la Comunidad Europea y de determinadas directivas dirigidas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados.

**2. Sentencia:** la posibilidad de que un nacional de un Estado miembro ejerza su derecho de establecimiento y las condiciones para su ejercicio deben determinarse en función de las actividades que pretenda ejercer en el territorio del Estado miembro de acogida.

Cuando el acceso a una actividad específica no esté regulado por ninguna normativa en el Estado de acogida, el nacional de cualquier otro Estado miembro tiene derecho a establecerse en el territorio del primer Estado y a ejercer en él esa actividad. En cambio, cuando el acceso a una actividad específica, o su ejercicio, esté supeditado en el Estado miembro de acogida a determinados requisitos, el nacional de otro Estado miembro que pretenda ejercer dicha actividad deberá, como principio, reunir dichos requisitos.

Las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado cit., deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Los Estados miembros están obligados a tener en cuenta la equivalencia de los diplomas y, llegado el caso, a efectuar una comparación entre los conocimientos y aptitudes exigidos por sus disposiciones nacionales y los del interesado.

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, sentencia del 30-11-1995, asunto C-55/94: *Reinhard Gebhard contra Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1995-11, p. 4165.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 94.

[17]

**MERCADOS. COMPETENCIA Y TRANSPARENCIA. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. HOMOLOGACIÓN DE APARATOS. PROHIBICIÓN DE COMERCIALIZAR Y PUBLICITAR APARATOS NO HOMOLOGADOS. INDEPENDENCIA DE LOS ÓRGANOS DE HOMOLOGACIÓN (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EUROPEA).**

**1. Antecedentes del caso:** el Tribunal de *grande instance* de París planteó, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, una cuestión prejudicial con el fin de que se determine si las normas nacionales francesas relativas al procedimiento de homologación de equipos terminales de telecomunicaciones, eran compatibles con las de la Comunidad Económica Europea (Directiva 88/301/ CEE de la Comisión, art. 6, del 16-5-1988). La cuestión se suscitó en un proceso penal contra una persona a la que se le imputaba haber hecho publicidad de teléfonos celulares, entre otros equipos, que no habían sido previamente homologados según las leyes de Francia. Ante el tribunal nacional cit., el procesado invocó que el único laboratorio autorizado para los ensayos previos a la homologación (LEA) no era independiente respecto de Telecom-France (entidad pública encargada de la explotación de la red pública de telecomunicaciones y de la comercialización de los equipos terminales).

**2. Sentencia:** "Según el noveno considerando de la Directiva (cit.), para garantizar una aplicación transparente, objetiva y no discriminatoria de las especificaciones técnicas y de los procedimientos de autorización, la formalización y el control de estas normas deben confiarse a organismos independientes de los competidores en el mercado de que se trate".

"En su sentencia de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión (C- 202/88, Rec. p. I-1223), apartado 51, el Tribunal de Justicia reconoció, asimismo, que un sistema de competencia no falseada, como el previsto por el Tratado (de la Comunidad Europea), tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos. El Tribunal de Justicia dedujo de ello (apartado 52) que el mantenimiento de una competencia efectiva y la garantía de transparencia exigen que la formalización de las especificaciones técnicas y el control de su aplicación, así como la homologación, sean efectuadas por una entidad independiente de las empresas públicas o privadas competidoras que ofrezcan bienes y/o servicios en el sector de las telecomunicaciones (véase, asimismo, la sentencia de 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM, C-18/88, Rec. p. I-5941, apartado 26)".

"El artículo 6 de la Directiva (cit.), relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, bajo pena de sanción, prohíbe a los operadores económicos fabricar, importar, poseer para su venta, vender, distribuir aparatos terminales, o hacer publicidad de ellos, sin haber justificado, mediante presentación de una homologación o de cualquier otro documento considerado equivalente, la conformidad de tales aparatos con determinados requisitos esenciales relacionados, en particular, con la seguridad de los usuarios y el buen funcionamiento de la red, cuando no está garantizada la independencia, respecto a los operadores que ofrecen bienes y servicios en el sector de las telecomunicaciones, de un laboratorio de ensayos encargado de controlar técnicamente la conformidad de tales aparatos con las especificaciones técnicas".

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, sentencia del 9-11-1995, asunto C-91/94: *Proceso penal contra Thierry Tranchant y Téléphone Store SARL, responsable civil*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1995-11, p. 3911.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 94.

[18]

**PENA DE MUERTE. ABOLICIÓN. IMPOSICIÓN. ALCANCES. INTERPRETACIÓN DEL ART. 4 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. RESERVAS DE LOS ESTADOS. REGLAS DE INTERPRETACIÓN (JURISPRUDENCIA/OEA).**

**1. Antecedentes de la causa:** la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva, respecto de la interpretación del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), en los siguientes términos: a) ¿puede un Gobierno aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estuviese contemplada dicha pena en su legislación interna, al momento de entrar en vigor para ese Estado la Convención?; y b) ¿puede un Gobierno, sobre la base de una reserva hecha al momento de la ratificación al art. 4 cit., inciso 4, legislar con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención imponiendo la pena de muerte a delitos que no tenían esa sanción cuando se efectuó la ratificación?. La citada Comisión señaló la existencia de divergencias con el Gobierno de Guatemala con motivo de la inteligencia de la parte final del segundo párrafo del art. 4 cit., así como sobre los efectos y alcances de la reserva formulada por Guatemala al mencionado párrafo con base en que "la Constitución de Guatemala... solamente excluye de la aplicación de la pena de muerte a los delitos políticos, pero no a los delitos comunes conexos con los políticos".

## **2. Decisión:**

**2.1.** Para la interpretación de las disposiciones del art. 4 de la Convención (en adelante art. 4), de las que dependerá la posibilidad de relacionar el efecto de la reserva en cuestión, la Corte utilizará los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena, que pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema. Según dichos criterios, los tratados deben interpretarse "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (art. 31.1 de la Convención de Viena). Los medios complementarios de interpretación, en especial los trabajos preparatorios del tratado, son utilizables para confirmar el sentido resultante de aquella interpretación o cuando ésta deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (art. 32, Convención de Viena).

**2.2.** El objeto del art. 4 es la protección del derecho a la vida. Su texto revela una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de la pena de muerte, sea en su imposición, sea en su aplicación.

La Convención define diversos grupos de limitaciones para la pena de muerte en los países que no han resuelto su abolición. En primer lugar, la imposición o aplicación de dicha pena está sujeta al cumplimiento de reglas procesales cuyo respeto debe vigilarse y exigirse de modo estricto (art. 4, párrafo 2). En segundo lugar, su ámbito de aplicación debe reducirse al de los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos (id., párrafos 2 y 4). Asimismo, es preciso atender a ciertas consideraciones propias de la persona del reo, las cuales pueden excluir la imposición o aplicación de la pena capital (id., párrafo 5).

La tendencia limitativa a la pena de muerte anteriormente señalada -subyacente en el art. 4- aparece más marcada y decisiva en el párrafo 2 "in fine" del art. 4, según el cual "tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente", y en el inciso 3 de dicho artículo, en cuanto "no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido". No se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos que sí han tomado esa determinación. En el primer caso, si bien la Convención no llega a la supresión de la pena de muerte, sí prohíbe que se extienda su uso y que se imponga respecto a delitos para los cuales no estaba prevista anteriormente. Se impide así cualquier expansión en la lista de crímenes castigados con esa pena. En el segundo caso, prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, "ipso iure", en una resolución definitiva e irrevocable.

Por otro lado, al relacionar el art. 4.4 con el art. 4.2, la Corte encuentra que el significado de ambas disposiciones en su contexto es perfectamente claro y diferente, en el sentido que, mientras el art. 4.2 establece un límite definitivo a la pena de muerte para toda clase de delitos hacia el futuro, el art. 4.4 la proscribire para los delitos políticos y comunes conexos con ellos, lo que obviamente se refiere a aquellos que estuvieron sancionados con la pena capital con anterioridad, ya que para el futuro habría bastado con la prohibición del art. 4.2. Se trata, pues, de dos normas de propósitos claramente diferentes: mientras el art. 4.4 persigue suprimir la pena de muerte para ciertos delitos, el art. 4.2 busca prohibir la extensión de su uso en el futuro. Es decir, sobre la prohibición contenida en el art. 4.2 de extender la aplicación de la pena capital, el art. 4.4 vino a agregar una prohibición más: la de aplicarla a los delitos políticos y comunes conexos, aun cuando ya tuvieran prevista dicha pena con anterioridad.

**2.3.** Según el art. 75, la Convención puede ser objeto de reservas de conformidad con las



disposiciones de la Convención de Viena. Ya ha definido esta Corte que lo dispuesto por el art. 75 "sólo tiene sentido si se entiende como una autorización expresa destinada a permitir a los Estados cualesquiera reservas que consideren apropiadas, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado. Como tales, se puede decir que ellas se rigen por el artículo 20.1 de la Convención de Viena y, consecuentemente, no están sujetas a la aceptación de ningún otro Estado Parte (El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Corte I.D.H., Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, Serie A nro. 2, párr. nro. 35)".

Las reservas tienen el efecto de excluir o modificar las disposiciones del tratado y quedan integradas a él en cuanto a las relaciones entre el Estado que las formuló y aquellos respecto de los cuales son efectivas. La interpretación cabal del tratado implica las de las reservas, la que debe someterse tanto a las reglas propias del derecho internacional general como a aquellas específicas que se encuentran en la Convención.

En consecuencia, la reserva debe interpretarse de conformidad con lo que textualmente expresa, de acuerdo con el sentido corriente que deba atribuirse a los términos en que haya sido formulada y dentro del contexto general del tratado, del cual la misma reserva forma parte, a menos que la interpretación deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Asimismo, según lo señalado en el primer párrafo de este punto, las reservas deben interpretarse en el sentido que mejor se adecue al objeto y fin de la Convención.

La reserva formulada al párrafo 4 del art. 4 no puede ir más allá de exceptuar al Estado reservante de la prohibición de aplicar la pena de muerte a delitos políticos o conexos con éstos, por lo que la parte no reservada del artículo citado permanece aplicable y en todo vigor. Si a ello se añade que dicha reserva no comprendió al párrafo 2 del art. 4, lo único reservado es la posibilidad de mantener la pena de muerte para los delitos indicados, que ya la estuvieran establecida con anterioridad.

**2.4.** En suma, y por unanimidad, la Corte es de opinión:

**2.4.1.** en respuesta a la pregunta sub 1.a, que "la Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y que, en consecuencia, no puede el Gobierno de un Estado Parte aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna"; y

**2.4.2.** en respuesta a la pregunta sub 1.b., que "una reserva limitada por su propio texto al artículo 4.4 de la Convención, no permite al Gobierno de un Estado Parte legislar con posterioridad para extender la aplicación de la pena de muerte respecto de delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente".

**Nota de la Secretaría:** v., en este número, sección Documentos [7], p. 57.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, "Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, en *Serie A nro. 3*, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1983.

Biblioteca Central.

[19]

**PODER LEGISLATIVO. COMISIONES ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN. LÍMITES (JURIS-**

La potestad de la Asamblea Legislativa de nombrar comisiones especiales de investigación, de acuerdo con el art. 121, inc. 23, de la Constitución, está sometida a las siguientes limitaciones insalvables: a) puede utilizarse únicamente para investigar conductas de entes, órganos y funciones públicas, y nunca de particulares; b) no se pueden invadir, sustituir ni entorpecer las funciones jurisdiccionales de los tribunales; y c) debe fortalecer los derechos y libertades fundamentales de todos los habitantes, y no debilitarlos o lesionarlos.

Es constitucionalmente válido que dichas comisiones tengan acceso a expedientes judiciales necesarios para el cumplimiento de sus fines (en el voto salvado de dos jueces se expresó: "el principio de independencia del Poder Judicial no permite que los asuntos sometidos a conocimiento de las autoridades judiciales, lo sea igualmente de los otros Poderes del Estado. Las comisiones pueden consultar expedientes, pedir certificaciones, analizar prácticas judiciales, sin que con ello lesionen las garantías constitucionales que se refieren a la independencia del Poder Judicial, pero no pueden avocarse al conocimiento de casos concretos, como lo señala expresamente el proyecto, pues con ello sí quebrantan aquellas garantías").

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA**, voto nro. 1618, del 21-8-1991, cit. por ALVAREZ DESANTI, Antonio (Licenciado en Derecho -Universidad de Costa Rica-, *Master en Leyes* -Universidad de Harvard-, Diputado a la Asamblea Legislativa de Costa Rica y Presidente de ésta en el período 1995-1996), "Poder Constitucional y Poder Legislativo", en *Revista Parlamentaria*, San José, Costa Rica, vol. 3, nro. 3, diciembre 1995, pp. 15, 26.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 35.

[20]

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. CUESTIONES PREJUDICIALES. CONTROL DE LA COMPATIBILIDAD DE DISPOSICIONES NACIONALES CON EL DERECHO COMUNITARIO. INCOMPETENCIA. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EUROPEA).**

"Habida cuenta del tenor de las cuestiones prejudiciales, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, este Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario. En cambio, es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para la resolución del asunto que le haya sido sometido (véase, especialmente, la sentencia de 11 de agosto de 1995, Belgacom, C-63/94, Rec. p. I-2467, apartado 7)".

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**, sentencia del 30-11-1995, asunto

C-55/94: *Reinhard Gebhard contra Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1995-11, pp. 4165, 4193.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 94.

## DOCTRINA

[1]

**CONSTITUCIÓN. REFORMA PARCIAL. LÍMITES. CONTROLES EXTERNOS E INTERNOS. CONTROL POR EL PODER JUDICIAL (DOCTRINA/COSTA RICA).**

1. El cuadro de las reformas parciales que ha sufrido la Constitución Política de Costa Rica desde su entrada en vigencia en noviembre de 1949, permite constatar que en realidad, pese a que tradicionalmente se la ha considerado de tipo rígida, la práctica institucional le ha conferido un carácter relativo a tal rigidez. La clasificación de los límites del proceso de reforma entre orgánicos, temporales y sustanciales, posibilita apreciar los diferentes controles externos e internos a que se encuentra sometido el legislador en el ejercicio de su competencia de reforma parcial a la Constitución. El control externo corresponde a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de

Justicia (Sala), y se limita a la verificación de la regularidad del procedimiento y al ajuste sustancial entre la iniciativa original y el texto finalmente aprobado. El control sobre la regularidad sustancial de la reforma corresponde al propio órgano titular del poder constituyente derivado, por lo cual asume la forma de un autocontrol, resultando no vinculantes las manifestaciones de la Sala sobre los aspectos de fondo de la reforma.

2. Es requisito insustituible del proceso de reforma la participación de la Sala, mediante la consulta que ordena el art. 10, inc. b, de la Constitución. No obstante que esa norma no establece ninguna restricción, el art. 101 de la Ley de Jurisdicción Constitucional dispone que la Sala únicamente podrá decidir, con carácter vinculante, sobre aspectos procedimentales, por lo que cualquier otra consideración sobre el fondo, no será de acatamiento obligatorio para la Asamblea Legislativa.

3. La Sala se ha pronunciado sobre diversos aspectos atinentes a los límites orgánicos y temporales del proceso de reforma parcial, y también sobre los límites sustanciales, al decidir, v.gr.: a) que el constituyente derivado no puede incorporar al proyecto artículos ni temas no incluidos en la propuesta admitida a trámite (resoluciones 1438-95, 15-3-95; y 4848-95, 1-9-1995), salvo que la materia adicionada guarde una conexión esencial con el texto inicial (resolución 4848-95 cit.); b) que el límite sustancial que impone la iniciativa original puede llegar al punto que, si bien sea admisible eliminar algunos artículos que no resulten imprescindibles para la unidad de la propuesta, otros devengan en inescindibles, bajo riesgo de afectar la esencia misma de la propuesta (íd.).

Asimismo, mediante diversas decisiones, la Sala parece haberse reconocido con competencia en cuanto a la regularidad sobre el fondo de dichas reformas: "es también tarea de la Sala Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Carta Política, ir adecuando el texto constitucional conforme a las coordenadas de tiempo y espacio. Por eso la reforma constitucional debe utilizarse sólo en aquellos casos en que se produzca un desfase profundo entre los valores subyacentes de la sociedad y los recogidos en el texto constitucional, o bien cuando aparezcan nuevas circunstancias que hagan necesaria la regulación de determinadas materias no contempladas expresamente por el constituyente y que no pueden derivarse de sus principios" (resolución del 27-3-1991; v., asimismo, la aclaración a esta última: resolución 720-91, 16-4-1991; y las resoluciones 1084-93, 3-3-93; 1394-94, 16-3-1994; 1314-95, 8-3-1995).

**SABORIO VALVERDE, Rodolfo** (especialista en Derecho Público -D.E.A. Universidad de París I, Sorbona-, Doctor en Derecho -Universidad Complutense -Madrid-), "Los límites a las reformas parciales de la Constitución y la jurisprudencia de la Sala Constitucional", en *Revista Parlamentaria*, San José, Costa Rica, vol. 3, nro. 3, diciembre 1995, p. 51.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 35.

[2]

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. REVISIÓN JUDICIAL DE ACTOS DEL PODER LEGISLATIVO. ALCANCES. LABOR LEGISLATIVA. PRINCIPIOS. PUBLICIDAD. RESPETO DE LAS MINORÍAS Y DE LOS REGLAMENTOS. DERECHO DE INICIATIVA Y DE ENMIENDA. RESPONSABILIDAD DE LOS DIPUTADOS. DIVISIÓN DE PODERES. ESTADO DE DERECHO. DEMOCRACIA. COMISIONES LEGISLATIVAS DE INVESTIGACIÓN. DELEGACIÓN. INTERROGABILIDAD SINGULAR DE LAS NORMAS (DOCTRINA/COSTA RICA).**

## 1. Introducción:

La reforma de la Constitución Política de la República de Costa Rica (agosto/1989), importó la creación de la Sala Constitucional (Sala): "corresponderá a una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por la mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público..." (art. 10). Con anterioridad, el control de constitucionalidad estaba centralizado en la Corte Plena que era la reunión de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Esto había propiciado que dicho control no fuera una labor prioritaria, sino accesoria de la Corte Plena, lo cual ocasionó que también fuese un ejercicio accesorio dentro del derecho costarricense, muchas veces relegado por asuntos administrativos del Poder Judicial. Sumábase a ello, que la declaración de inconstitucionalidad requería una mayoría calificada -dos terceras partes de los jueces-, lo que entrañaba una suerte de "presunción de constitucionalidad".

La Sala tiene como función garantizar el libre ejercicio y disfrute de los derechos constitucionales que, a lo largo de la historia de Costa Rica, habían sido prácticamente relegados por la Corte Plena al atender ésta a otras funciones de importancia.

El respeto y la aplicación de la Constitución es una tarea que compete a todos los ciudadanos, al Estado y a sus Poderes; empero, al ser éstos capaces de realizar violaciones a la Constitución, la Sala queda legitimada para que, dentro del sistema de frenos y contrapesos consustancial a la teoría de la división de poderes, establezca un balance y someta al control constitucional a los otros Poderes. Por ello, en algunos de sus fallos, la Sala analiza las potestades propias del Poder Legislativo y los límites a los que debe someterse.

## **2. La función de la Asamblea Legislativa.**

La creación y aprobación de las leyes ha sido delegada por el pueblo en la Asamblea Legislativa (Asamblea): "la potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega, por medio de sufragio, en la Asamblea Legislativa..." (art. 105, Constitución Política).

Si bien la Constitución establece que la potestad de legislar "no podrá ser renunciada ni sujeta a limitaciones", ello no ubica a la independencia de la Asamblea por encima del ordenamiento constitucional. El órgano encargado de fiscalizar el ejercicio de dicha potestad es la Sala.

## **3. Límites y fronteras entre el control constitucional y el Poder Legislativo.**

**3.1.** La determinación de los límites y fronteras entre el control de constitucionalidad y el Poder Legislativo será siempre objeto de profundas discusiones; además, se trata de un punto sobre el cual el pensamiento evolucionará de acuerdo con la época y con los avances de la jurisprudencia, de manera que su delimitación resultará dinámica. La definición no es sólo jurídica, sino también política. Por ello, se deberían establecer algunos parámetros generales y determinar cuáles son las garantías mínimas que debe cumplir el Poder Legislativo en el ejercicio de sus funciones.

### **3.2. Garantías mínimas del Poder Legislativo.**

#### **3.2.1. Publicidad.**

El principio de la publicidad de las leyes asegura que éstas no resulten sorpresivas; que el país no se entere de la promulgación de una ley sin haber conocido previamente su contenido; que los administrados tengan la posibilidad de dar sus opiniones a favor o en contra de los diferentes proyectos legislativos, y que los grupos y las organizaciones gremiales puedan defender sus intere-

ses. Una de las bases democráticas y legitimadoras de la función legislativa es la publicidad, pues generará el pensamiento y la opinión crítica de los administrados ante la legislación que se quiere promover.

La Sala ha sido categórica al defender el principio de publicidad y tiene resuelto, en reiterados fallos, que las modificaciones sorpresivas a las leyes -introduciendo mociones de fondo en etapas avanzadas del proceso legislativo- afectan y violan dicho principio.

La Sala, en oportunidad de declarar la inconstitucionalidad -por violación al procedimiento- de una modificación al Código de Procedimientos Civiles, sostuvo: "hay que tener en cuenta que a la significación de la reforma se une el hecho de que se produjo en una etapa procesal muy avanzada en que las posibilidades de deliberación legislativa y en la publicidad de la intención de la reforma, estaban severamente disminuidas. Esto implica que la enmienda se hizo en condiciones muy restrictivas para el cabal cumplimiento del principio democrático, que debe impregnar los procedimientos legislativos y a cuyo favor ha de tenderse en las situaciones de duda" (voto nro. 5544/95, del 11-10-1995, mediante el cual se evacua la consulta facultativa de constitucionalidad presentada por varios diputados en relación con un proyecto de reformas legales. Cabe advertir que asiste a los diputados el derecho de presentar, durante la tramitación de un proyecto, consultas constitucionales para que sean evacuadas por la Sala. También existe un régimen de control de constitucionalidad de las leyes ya aprobadas: la acción de inconstitucionalidad). Aun cuando esta decisión pueda ser criticable en determinados aspectos, es bueno que la Sala busque tutelar en sus fallos el respeto del principio de publicidad.

#### **3.2.2. Respeto a las minorías.**

La legislación y los procedimientos parlamentarios deben respetar en todo momento el derecho de expresión de las minorías parlamentarias, partiendo de la base de que es necesario erradicar cualquier acción que tienda a establecer una dictadura de las mayorías en la Asamblea.

#### **3.2.3. Respeto a los reglamentos.**

La tercera garantía que debe orientar la labor del Poder Legislativo es el respeto a sus propios reglamentos.

Debe destacarse, en este sentido, la inderogabilidad singular del Reglamento, que éste consagra: "Salvo los casos en que el propio Reglamento lo establezca expresamente, no serán admisibles las mociones tendientes a su inaplicación a los casos concretos" (v. 3.3.2.). Ninguna mayoría, por ende, podrá variar el reglamento para un caso en particular o para un proyecto específico, p.ej. limitar la presentación de mociones (ello obsta, entre otras cosas, a la continuidad de la práctica llevada a cabo con anterioridad a dicha norma, de las llamadas "mociones mordaza", que daban por agotado el debate y ordenaban votar ipso facto el proyecto, con lo cual una mayoría de treintiocho votos impedía hablar al resto de los diputados).

El proceso legislativo incluye audiencias obligadas al Tribunal Supremo de Elecciones, a las municipalidades, a las instituciones autónomas y al Poder Judicial, cuando se trata de proyectos relacionados con materias atinentes a aquéllos.

#### **3.2.4. Irresponsabilidad de los diputados por sus manifestaciones.**

Los diputados tienen el derecho de expresar libremente sus opiniones y pensamientos, sin que por esto les pueda caer ningún tipo de responsabilidad penal (art. 110, Constitución Política).

#### **3.2.5. Derecho de iniciativa de los diputados.**

Los diputados deben tener, en forma ilimitada, el derecho de iniciativa legislativa, esto es, poder presentar y promover nuevas leyes en la forma que les parezca, y poder someter al conocimiento de la Asamblea cualquier proyecto para modificar la legislación ordinaria o para reformar la Constitución Política.

Sobre limitaciones al derecho de iniciativa, la Sala, con motivo de la modificación de la norma constitucional que crea las Comisiones Plenas, sostuvo, por mayoría: "el ejercicio razonable de la potestad del legislador ordinario para reformar parcialmente la Constitución en materias como la organización de la Asamblea y los procedimientos legislativos, no constituye de por sí un exceso o una infracción de las normas que regulan la competencia legislativa en esta materia específica". Empero, la disidencia de tres de los jueces intervinientes, señaló que el proyecto en consulta afectaba gravemente principios y valores fundamentales de la Constitución pues, la posibilidad de que la Asamblea delegue en comisiones la potestad de legislar, "atenta contra el sentido mismo de los derechos políticos fundamentales, al desembocar en un órgano no electo por el pueblo ni directa ni universalmente" (voto nro. 1084-93).

Por otro pronunciamiento, la Sala consideró que en el procedimiento legislativo seguido para la aprobación del proyecto de reforma constitucional conocido como "Proyecto de Garantías Económicas", existió infracción a trámites esenciales lo que lo hacía inconstitucional (el texto aprobado en primer debate y consultado a la Sala había introducido cambios sustanciales en la concepción general del texto dictaminado). Advirtió, asimismo, la violación de los principios de publicidad, iniciativa de los diputados (debido al escaso tiempo disponible para que aquéllos conocieran el texto sustitutivo antes de la votación) y de respeto a las minorías. En la opinión concurrente, por otro lado, se agregó que la transferencia de la iniciativa de la formación de leyes en materia de exoneraciones y pensiones, de la Asamblea al Poder Ejecutivo, contenida en el proyecto, violaba las limitaciones al poder reformador de la Asamblea, pues despoja "al Poder Legislativo de importantísimas potestades frente al Ejecutivo, dándole a éste competencias y mecanismos autocráticos para el manejo de los fondos y presupuestos públicos, a extremos de alterar principios fundamentales e intangibles del Estado Democrático de Derecho, como son el equilibrio entre los poderes públicos, la preeminencia del Legislativo y la reserva de éste, particularmente en las materias tributaria, presupuestaria y fiscal" (resolución nro. 4848-95, 1-9-95).

### **3.2.6. Derecho de enmienda de los diputados.**

El derecho de enmienda consiste en la potestad de los diputados de variar los proyectos de ley mediante mociones de forma y de fondo.

La Sala ha limitado este derecho cuando las mociones de fondo producen alteraciones esenciales en el texto, de manera que éste se convierte jurídicamente en un nuevo proyecto, distinto del original pero favorecido con la exención de trámites constitucionales necesarios para su aprobación (resolución nro. 4848-95 cit.; con todo, la Sala también tiene dicho, en otro pronunciamiento, que entre el derecho de iniciativa y el de enmienda, emanados ambos del principio democrático, debe existir un equilibrio: si bien el segundo no autoriza a cambiar sustancialmente la materia a la que un proyecto de ley se refiere, el primero tampoco implica que no se pueda cambiar el texto originariamente propuesto).

## **3.3. Control de constitucionalidad en otras áreas del Poder Legislativo.**

### **3.3.1. Comisiones especiales de investigación.**

En cuanto a la potestad de la Asamblea de nombrar comisiones especiales de investigación, la Sala ha señalado que, de acuerdo con el art. 121, inc. 23, de la Constitución, rigen las siguientes limitaciones insalvables: a) puede utilizarse únicamente para investigar conductas de entes, órganos y funciones públicas, y nunca de particulares; b) no se pueden invadir, sustituir ni entorpecer las funciones jurisdiccionales de los tribunales; y c) debe fortalecer los derechos y libertades

fundamentales de todos los habitantes, y no debilitarlos o lesionarlos (voto nro. 1618, 21-8-1991).

La Sala, en esta oportunidad, admitió la constitucionalidad de que dichas comisiones tuvieran acceso a expedientes judiciales; empero, la disidencia de dos jueces consideró que "el principio de independencia del Poder Judicial no permite que los asuntos sometidos a conocimiento de las autoridades judiciales, lo sea igualmente de los otros Poderes del Estado. Las comisiones pueden consultar expedientes, pedir certificaciones, analizar prácticas judiciales, sin que con ello lesionen las garantías constitucionales que se refieren a la independencia del Poder Judicial, pero no pueden avocarse al conocimiento de casos concretos, como lo señala expresamente el proyecto, pues con ello sí quebrantan aquellas garantías".

### **3.3.2. Inderogabilidad singular de las normas.**

La Sala también analizó si la Asamblea podría inobservar, con votación de dos tercios de sus miembros, los requisitos que, para crear un cantón, la misma Asamblea había fijado en la Ley sobre División Territorial Administrativa. En tal sentido, concluyó en que la Asamblea está obligada a observar la ley que ha dictado con tal propósito, sin perjuicio de su potestad de derogarla o reformarla previamente a su ejercicio, y aplicando el principio general del Derecho que establece que las normas jurídicas obligan incluso a la autoridad que las ha dictado y, dentro de su competencia, a su superior, lo cual implica que la ley que disciplina el funcionamiento de la Asamblea para el ejercicio de una competencia constitucional, la vincula en los casos concretos en que haya de ejercerla con fundamento en el principio de la inderogabilidad singular de la norma.

Con estos argumentos, se resolvió que la Asamblea no podía crear un nuevo cantón sin cumplir con el procedimiento administrativo previsto en la ley que ella misma había promulgado, concluyéndose que, en todos los casos que se apruebe legislación, se deben seguir los procedimientos impuestos por leyes anteriores, cuando esa legislación no ha sido derogada ni modificada por la Asamblea (v. **3.2.3.**).

### **3.3.3. Delegación de facultades.**

No es posible -juzgó la Sala- que mediante un proyecto de ley la Asamblea delegue a uno de los Poderes de la República competencias atribuidas por la Constitución (votos nros. 6240, del 26-11-93, y 3513, del 15-7-1994).

**ALVAREZ DESANTI, Antonio** (Licenciado en Derecho -Universidad de Costa Rica-, Master en Leyes -Universidad de Harvard-, Diputado a la Asamblea Legislativa de Costa Rica y Presidente de ésta en el período 1995-1996), "Poder Constitucional y Poder Legislativo", en *Revista Parlamentaria*, San José, Costa Rica, vol. 3, nro. 3, diciembre 1995, p. 15.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 35.

[3]

**DELATOR. ASPECTOS ÉTICOS (DOCTRINA/COLOMBIA).**

El Autor, a partir del enfrentamiento entre principios éticos que advierte en la temática referente al delator, desarrolla la cuestión mediante una exposición que "involucra más aspectos literarios, históricos y filosóficos, que jurídicos" ("delación, denuncia, calumnia y chantaje"; los delatores en Grecia, en Roma, en el mundo anglosajón y en Colombia; "el cristianismo"; la lealtad como valor



jurídico).

**ARISTIZABAL, Luis H.** (Abogado), "La ética del delator", en *Universitas*, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colombia, junio 1994, nro. 85, p. 177.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 89.

[4]

**DELITOS VIOLENTOS Y NO VIOLENTOS. RELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN. CRITERIOS. AMENAZAS (DOCTRINA/EE.UU).**

La caracterización de un crimen como "violento" o "no violento" es importante para las *United States Sentencing Guidelines* por dos motivos: a) si un crimen es considerado "no violento" y el procesado padece de una disminución de su capacidad mental, la sentencia puede reducir la condena; y b) si el crimen es juzgado "de violencia" y el procesado ya hubiese sido condenado por otros dos crímenes de este tipo, aquél puede ser tenido como un "delincuente profesional" y recibir un pronunciamiento más severo. Pero la caracterización de un delito como "violento" o "no violento" puede ser difícil y esto es especialmente aplicable a las amenazas, que no parecen caer estrictamente dentro de ninguna de estas dos categorías.

La Parte I de la Nota examina las leyes sustantivas sobre amenazas, para determinar si éstas incluyen necesariamente dicho riesgo, respondiendo el Autor por la negativa. La Parte II estudia el sentido del término "violencia", señalando que, según los tribunales y los diccionarios, es el uso -o el riesgo de uso- de fuerza física a fin de lesionar, perjudicar o maltratar (*abuse*). La Parte III analiza las dos primeras Partes y llega a la conclusión de que los tribunales sólo deberían considerar violentas a las amenazas que impliquen el riesgo de que se use la fuerza física; las que no incluyan ese riesgo, deberían calificarse de "no violentas" a los fines de la aplicación de las normas antes aludidas sobre disminuidos mentales y delincuentes profesionales. Expone, finalmente, las dos condiciones bajo las cuales una amenaza crea riesgos y, por ello, es violenta: que el procesado haya tenido la genuina intención de cumplir con la amenaza y que tuviera capacidad para hacerlo.

**FEINSTEIN, Jeremy D.**, "Are Threats Always 'Violent' Crimes?", en *Michigan Law Review*, vol. 94, febrero 1996, nro. 4, p. 1067.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 7.

[5]

**DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL. TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE CRÉDITOS. "LEY MODELO" DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI) (DOCTRINA/NACIONES UNIDAS).**

El Autor estudia los aspectos esenciales de la "ley modelo" de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y el desarrollo adquirido en los mecanismos de pago llamados "sistemas de transferencias de fondos", como resultado de los avances en materia informática y de comunicaciones.

La "ley modelo" tiene su origen en la elaboración de un cuerpo de normas sobre transferencias de fondos, encomendado por la CNUDMI a su Grupo de Trabajo sobre pagos internacionales.

"La Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó a sus Estados Miembros, mediante Resolución General 47/34 del 25/11/92, la adopción de la Ley Modelo sobre transferencias internacionales de crédito. La ley Modelo llena una laguna legal universal, puesto que ninguna nación, a excepción de USA, ha regulado en forma sistemática la materia".

"La Comunidad Económica Europea está a punto de emitir una Directiva sobre transferencias internacionales de crédito, estableciendo una reglamentación acorde con la Ley Modelo, lo que instará en muy breve plazo a todas las naciones a establecer una legislación interna con relación a las transferencias de créditos nacionales e internacionales, acorde con el contenido de la Ley Modelo".

**SEMBEROIZ, Fernando Javier**, "Aspectos esenciales de la ley modelo de la C.N.U.D.M.I. sobre transferencias internacionales de crédito", en *La Ley*, Buenos Aires, 10-9-1996, p. 1.  
Biblioteca Central

[6]

**DERECHO DEL TRABAJO. LIBERALISMO ECONÓMICO. FLEXIBILIZACIÓN LABORAL. EVALUACIÓN. NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE EL DERECHO DEL TRABAJO. JUSTICIA SOCIAL. DERECHO AL TRABAJO. LIBERTAD DE TRABAJO. PROTECCIÓN. CONDICIONES DE TRABAJO. ESTABILIDAD. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. NEGOCIACIÓN COLECTIVA. SINDICATOS. HUELGA. TRABAJO DE MUJERES Y MENORES. SEGURIDAD SOCIAL (DOCTRINA/VENEZUELA).**

1. Es propósito fundamental del pueblo venezolano lograr, por la vía de la reforma de la Constitución, una democracia participativa. Durante más de tres años, una comisión bicameral presidida por Rafael Caldera, realizó un proyecto de reforma general de la Constitución, que contó con el apoyo de los sectores representativos del país y la opinión académica nacional y extranjera.

2. Empero, debe estarse muy pendiente ante cualquier iniciativa de revisión de las normas laborales que pudiera servir de pretexto para imponer las nuevas tendencias del liberalismo económico, que luchan por imponerse y que, quiérase o no, han tomado posición y ganado buena parte de terreno en las nuevas corrientes de pensamiento del juslaboralismo.

La flexibilización o desregulación que ha venido ganando terreno en los países desarrollados o de economía de mercado y que amenaza con reducir al mínimo la facultad normativa del Estado en lo referente a la tutela del trabajador y su derecho a la seguridad social, encuentra en las Cartas Fundamentales latinoamericanas una estoica e infranqueable muralla.

3. Disposiciones de la Constitución de Venezuela (1961) sobre Derecho del Trabajo.

### **3.1. Justicia social.**

El Preámbulo declara el principio de "proteger y enaltecer el trabajo, amparar la dignidad humana, promover el bienestar general y la seguridad social; lograr la participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza, según los principios de la justicia social, y fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre".

De esta manera, Venezuela adopta y se compromete a seguir los postulados de la justicia social, factor determinante para la creación de la Organización Internacional del Trabajo, contemplado igualmente en la encíclica *Divini Redemptoris*.

Este postulado constitucional se complementa con el siguiente: "el régimen económico de la República se fundamentará en principio de justicia social que asegure a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad".

### **3.2. Derecho y obligación al trabajo.**

La prestación de trabajo es "un deber de toda persona apta para prestarlo" (art. 54).

Todos los ciudadanos tienen derecho al trabajo y es obligación del Estado, en la medida de lo posible, procurar colocación que proporcione una subsistencia digna y decorosa (art. 84).

### **3.3. Libertad de trabajo.**

"Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad y otras de interés social..." (art. 96).

Sin embargo, al consagrarse en el art. 84 cit. el derecho que todos tienen al trabajo, la Constitución establece, categóricamente, que "la libertad de trabajo no estará sujeta a otras restricciones que las que establezca la ley".

Con ello, se reconoce y se adopta la previsión de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: "toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo y a la protección contra el desempleo" (art. 23.1).

### **3.4. Protección especial al trabajo.**

Declara la Constitución que el trabajo será objeto de protección especial: la irrenunciabilidad de las disposiciones que la ley establezca para favorecer al trabajador, la limitación de la jornada diurna y nocturna, el descanso semanal obligatorio y las vacaciones pagadas de conformidad con la ley.

En tal sentido, la Constitución dispone que "se propenderá a la progresiva disminución de la jornada, dentro del interés social y en el ámbito que se determine, y se dispondrá lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre".

Asimismo, pone en manos del legislador la facultad para proveer los medios conducentes a la obtención de un salario justo, a asegurar a todo trabajador un salario mínimo, a garantizar igual salario para igual trabajo, sin discriminación alguna, a fijar la participación que debe corresponder a los trabajadores en los beneficios de las empresas, y a proteger el salario y las prestaciones sociales con la inembargabilidad en la proporción y casos que se fijen, y con los demás privilegios y garantías.

### **3.5. Estabilidad en el trabajo.**

"La Ley adoptará medidas tendientes a garantizar la estabilidad en el trabajo y establecerá las prestaciones que recompensen la antigüedad del trabajador en el servicio y lo amparen en caso de cesantía" (art. 88).

La Ley Orgánica del Trabajo ha desarrollado ampliamente la norma constitucional, dedicando un capítulo a reglamentar la estabilidad en el trabajo, en el que dispone que "los trabajadores permanentes que no sean de dirección y con más de tres meses al servicio de un patrono, no podrán ser despedidos sin justa causa; en igual sentido los trabajadores contratados para una obra determinada o por tiempo determinado, mientras no haya concluido la totalidad de la obra o no haya vencido el término, estableciendo un procedimiento jurisdiccional ad-hoc para la calificación del despido, permitiendo en última instancia al patrono mantener el despido, pagando al trabajador además de los salarios que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento el doble de la indemnización que como derecho adquirido consagra para todo trabajador la Ley y que consiste en un mes de salario por cada año de antigüedad al servicio del patrono o fracción de año superior a seis meses (si la antigüedad es menor a seis meses hay una indemnización equivalente a diez días de salario) más la indemnización correspondiente al preaviso (Después de un año de trabajo, un mes, con seis meses de trabajo, una quincena de salario y con un mes de trabajo una semana de salario)".

En la Ley de Carrera Administrativa y en la Industria Petrolera rige la estabilidad "absoluta".

### **3.6. Responsabilidad solidaria.**

"La Ley determinará la responsabilidad que incumba a la persona natural o jurídica en cuyo provecho se preste el servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de éstos" (art. 89).

### **3.7. Negociación colectiva.**

"La Ley favorecerá el desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo y establecerá el ordenamiento adecuado para las negociaciones colectivas y para la solución de los conflictos. La convención colectiva será amparada y en ella se podrá establecer la cláusula sindical, dentro de las condiciones que legalmente se pauten" (art. 90).

La reglamentación legalista contenida en la Ley Orgánica del Trabajo taxativamente dispone que nadie podrá ser obligado ni constreñido directa o indirectamente a formar parte o no de un sindicato y, a su vez, establece la posibilidad de acordarse en la convención colectiva una cláusula de preferencia a la organización sindical contratante que agrupe a la mayoría de trabajadores, para ofrecer hasta el 75 % del personal que requiera.

### **3.8. Organizaciones sindicales.**

La Constitución no consagra de modo explícito el derecho de asociación como sí expresamente menciona la "libertad sindical".

"Los sindicatos de trabajadores y los de patronos no estarán sometidos a otros requisitos, para su existencia y funcionamiento, que los que establezca la Ley con el objeto de asegurar la mayor realización de sus funciones propias y garantizar los derechos de sus miembros. La Ley protegerá en su empleo, de manera específica, a los promotores y miembros directivos de sindicatos de trabajadores durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para asegurar la libertad sindical" (art. 91).

### 3.9. Derecho de huelga.

"Los trabajadores tienen el derecho de huelga, dentro de las condiciones que fije la ley. En los servicios públicos este derecho se ejercerá en los casos que aquella determine" (art. 92).

La reglamentación requiere, para iniciar el procedimiento, que la huelga la plantee el sindicato, federación o confederación que represente a la mayoría de los trabajadores de la misma empresa, lo que es objeto de cuestionamiento por sectores de la doctrina.

### 3.10. La mujer y el menor.

La Constitución se limita a disponer que "la mujer y el menor serán objeto de protección especial" (art. 93).

Si bien el legislador ha sido pródigo con respecto a la reglamentación del trabajo de los menores, ha resultado lo contrario con respecto a las mujeres.

### 3.11. Seguridad social.

"En forma progresiva se desarrollará un sistema de seguridad social tendiente a proteger a todos los habitantes de la República contra los infortunios del trabajo, enfermedad, invalidez, vejez, muerte, desempleo y cualquier otros riesgos que puedan ser objeto de previsión social, así como contra las cargas derivadas de la vida familiar. Quienes carezcan de medios económicos y no estén en condiciones de procurárselos, tendrán derecho a la asistencia social mientras sean incorporados al sistema de seguridad social" (art. 94).

**ALVAREZ BERNEE, Freddy**, "Disposiciones Constitucionales de Derecho del Trabajo en la Constitución de Venezuela", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, enero-junio 1996, nro. 132, p. 81.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 75.

[7]

**EMPRESAS PÚBLICAS. SOCIEDADES DEL ESTADO. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. POLÍTICAS DE DESCENTRALIZACIÓN. ADMINISTRADOS. DEMOCRACIA. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES (DOCTRINA/EE.UU.).**

La responsabilidad es una cuestión clave en la administración pública. En las democracias, los individuos desean que la administración pública sea responsable ante ellos, y que tome en cuenta sus reclamos. Ahora bien, numerosos administradores públicos se enfrentan a un problema delicado: el sistema político engendra presiones múltiples, a veces contradictorias. En tal sentido, los administradores deben responder de sus actos, al mismo tiempo, frente a los tribunales, a los funcionarios electos, a las asociaciones, a los grupos profesionales, a las empresas privadas y a una serie de otros grupos e individuos, que buscan forzar a la administración a que adopte sus objetivos. Esto retarda la toma de decisiones y agiganta el favoritismo hacia las fuerzas influyentes.

En los Estados Unidos -como en otros países-, los responsables políticos han buscado modificar ese conjunto de presiones, mediante la creación de Administraciones (*régies*) de Estado, autofinanciadas y casi independientes, que también son llamadas empresas públicas o sociedades del Estado, e intervienen en diversos ámbitos (aeropuertos, plantas de eliminación de desechos, sistemas de

transporte colectivo, residencias escolares, hospitales, autopistas, centrales de electricidad, etc.).

El Artículo tiene por objeto examinar detalladamente el funcionamiento de la responsabilidad en el seno de dichas instituciones, cada vez más utilizadas. Estudia, a tal efecto, los resultados alcanzados por las Administraciones y la estructura burocrática de éstas, la importancia relativa de las diferentes influencias externas e internas a las que están expuestas, y el impacto de los diferentes sistemas de responsabilidad en la gestión.

**MITCHELL, Jerry** (Profesor Asociado de Administración Pública -Baruch College, Universidad de la Ciudad de Nueva York-), "La responsabilité et la gestion des régies d'Etat aux Etats-Unis", en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruselas, vol. 59, nro. 3, septiembre 1993, p. 557.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 13.

[8]

**EXTRADICIÓN. PROCEDIMIENTOS DE ENTREGA ALTERNATIVOS. MALE CAPTUS, BENE DETENTUS (DOCTRINA/ESPAÑA-COMUNIDAD EUROPEA).**

1. El procedimiento utilizado por el gobierno de España para concretar la detención del prófugo Luis Roldán con el fin de someterlo a la justicia española, plantea diversas cuestiones, alguna de las cuales conduce al análisis de la licitud o ilicitud de las prácticas de detención alternativas a la extradición, que tienden a obtener resultados semejantes a los de ésta: la puesta a disposición de la justicia del Estado reclamante, de procesados o condenados que se hubieran desplazado a otro Estado.

## 2. Práctica internacional y práctica española

2.1. La práctica internacional se ha pronunciado inequívocamente a favor de la admisión de este tipo de procedimientos; su análisis revela la acogida de cauces alternativos de entrega con base en el juego combinado de las técnicas de expulsión y detención practicadas, respectivamente, por el Estado en el que se hallare el prófugo y el Estado interesado en su captura, exista o no concertación al efecto entre ambos Estados (*collusive deportation*).

G. Gilbert destaca la tendencia de los Estados a soslayar -particularmente en supuestos límites, pero no sólo en éstos- la técnica de la extradición por modalidades más expeditivas y eficaces "que suelen presentarse formalmente como inspiradas en meros criterios unilaterales de actuación de los Estados".

En una descripción esquemática, el procedimiento se asemeja al siguiente modelo: el Estado **A**, en cuyo territorio se encuentra un prófugo de la justicia del Estado **B**, medie o no solicitud de extradición de este último, decide unilateralmente expulsar al prófugo por razones de seguridad u orden público, procedimiento que se consuma disponiendo la puesta de aquél en la frontera del Estado **B** o verificando su conducción al territorio de éste en el caso de no tratarse de Estados vecinos.

Este procedimiento fue el seguido en el célebre caso *Altmann*, nombre supuesto del criminal de guerra Klaus Barbie. Las medidas de expulsión de las autoridades bolivianas, y de detención por las francesas, fueron contestadas por la defensa de Barbie que reputó ilegal el procedimiento por

plantear un supuesto de *extradition déguisée*, al no acomodarse a los requisitos del derecho francés. Sin embargo, la entrega fue estimada conforme al derecho francés por la *Cour de Cassation* (sentencia del 6-10-1983).

**2.2.** En la práctica española, el Tribunal Supremo también ha convalidado los procedimientos de expulsión-detención, al margen de la extradición, en sucesivas medidas de expulsión dictadas por Francia contra presuntos etarras reclamados por la justicia española, y la subsiguiente detención de éstos por la policía española (Sala segunda, sentencia del 14-12-1989), así como en un supuesto de entrega verificado aparentemente al margen de las reglas del vigente convenio de extradición con los Estados Unidos de Norteamérica (Sala segunda, sentencia del 16-9-1991).

### 3. La regla *male captus, bene detentus* como fundamento de la admisibilidad de las prácticas alternativas a la extradición

**3.1.** La admisibilidad de las prácticas de detención alternativas a la extradición se sustenta en "la inexistencia de una regla que imponga taxativamente a los Estados el servirse única y exclusivamente del procedimiento de extradición: el principio de igualdad soberana se halla en la base de estos convenios pero en modo alguno prescribe el que sólo la extradición constituya un cauce válido para promover este aspecto de la cooperación penal internacional". Empero, dicha admisibilidad "encuentra su fundamento más concreto en el crédito más o menos generalizado que los Estados suelen dispensar a la doctrina *male captus, bene detentus*".

**3.2.** El alcance y difusión de este principio resulta controvertido, y ello porque algunos autores identifican la regla con la eventual admisibilidad de la práctica del secuestro internacional, tal como ocurrió en el asunto *Alvarez Machaín*, en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió que "el secuestro violento del acusado, no empece... a que lo juzgue un tribunal de los Estados Unidos por violaciones a las leyes penales de este país".

El enunciado, es el aspecto más discutible en torno de la operatividad de la doctrina. Empero, existen otros contenidos de la doctrina *male captus, bene detentus*, que han merecido un asentimiento más generalizado por parte de los tribunales nacionales. En su sentido originario, la regla se inspira en el principio de efectividad, afirmando la competencia de los tribunales internos para enjuiciar a un prófugo, incluso en el caso de que las condiciones de entrega o detención no hayan respetado alguna norma interna o internacional. Este contenido primigenio justifica las críticas que la regla ha merecido por enlazar con el adagio *ex iniuria jus oritur*; con todo, conviene advertir que su operatividad sólo resulta cuestionable en los supuestos en los que su aplicación implica desconocer las reglas de derecho internacional; no resulta, en cambio, tan controvertida cuando meramente supone negar relevancia a la consideración de las reglas de derecho extranjero eventualmente implicadas en el proceso de extradición o entrega.

**3.3.** Desde la perspectiva jurídica internacional, los argumentos favorables a la acogida del principio *male captus...*, en los términos expresados, sólo encuentran un eventual límite en la proyección de las normas internacionales en materia de protección de los derechos humanos y en las garantías inherentes al procedimiento de extradición, las cuales estarían ausentes en las modalidades irregulares de entrega fundamentadas en el principio en estudio.

**3.4.** Pese a la ausencia en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de disposiciones directamente atinentes al problema, la regularidad de las prácticas alternativas a la extradición seguidas por los Estados partes, ha sido considerada tanto por la Comisión Europea de Derechos Humanos como por el Tribunal Europeo de Derechos Hu-

manos, estableciendo los siguientes parámetros: a) la imposibilidad de enjuiciar su regularidad cuando el Estado que dicta la medida de expulsión no es parte del Convenio Europeo; b) su ilicitud sólo en el caso de que el procedimiento se articule como un expediente para eludir flagrantemente un supuesto de extradición imposible de acuerdo con el ordenamiento del Estado parte que adopta la medida de expulsión; c) la "no contaminación" del proceso seguido ante los tribunales de un Estado parte, pese a las peculiaridades o irregularidades que pueden haber precedido a la puesta a disposición del prófugo.

Estas directrices jurisprudenciales han sido valoradas por la doctrina como una aceptación de ciertos perfiles del principio *male captus...*, al que, en sus implicaciones más leves, no se consideraría, pues, incompatible con las prescripciones del Convenio Europeo.

**3.5.** La admisibilidad de las modalidades irregulares de entrega (de la que dan cuenta las sentencias del Tribunal Supremo de España antes citadas), es objeto de crítica por un notable sector de la ciencia penalista española ("... resulta una contradicción preocupante el que, en un Estado de Derecho, se relacione la justicia con un procedimiento estricto para los casos de extradición, fundado en los principios del Estado de Derecho, y luego se considere como indiferente el modo en que se ha llegado a disponer del sujeto. No tiene sentido establecer toda una serie de garantías para el procedimiento de extradición, determinar las consecuencias legales respecto a los términos en que se conceda, etc., si luego va a resultar indiferente que el individuo haya llegado a poder nuestro mediante una extradición o gracias a una expulsión", B. Pastor Borgoñón, *Aspectos Procesales de la extradición en el Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 133/134).

**GONZALEZ VEGA, Javier A.** (Profesor titular de Derecho Internacional Público -Universidad de Oviedo-), "*Male captus, bene detentus*: extradición, detención y derechos humanos en el contexto del 'caso Roldán'", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, vol. 47, nro. 1, 1995, p. 119.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 33.

[9]

**JUECES. INCOMPATIBILIDADES. INHABILIDADES PARA SU NOMBRAMIENTO. INHABILIDADES DE LOS JUECES SALIENTES (DOCTRINA/MÉXICO).**

El art. 101 de la Constitución de México establece:

"Los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los magistrados de Circuito, los jueces de Distrito y los respectivos secretarios, así como los consejeros de la Judicatura Federal, no podrán, en ningún caso, aceptar ni desempeñar empleo o encargo de la Federación, de los estados, del Distrito Federal o de particulares, salvo los cargos no remunerados en asociaciones científicas, docentes, literarias o de beneficencia".

"Las personas que hayan ocupado el cargo de ministros de la Suprema Corte de Justicia, magistrado de Circuito, juez de Distrito o consejero de la Judicatura Federal no podrán, dentro de los dos años siguientes a la fecha de su retiro, actuar como patronos, abogados o representantes ante los órganos del Poder Judicial de la Federación".

"Durante dicho plazo, las personas que se hayan desempeñado como ministros, salvo que lo hubieran hecho con el carácter de provisional o interino, no podrán ocupar los cargos señalados en la fracción VI del artículo 95 de esta Constitución".

Por su lado, el art. 95 dispone que "para ser electo ministro de la Suprema Corte de Justicia de la



Nación se necesita:... VI. no haber sido secretario de estado, jefe de departamento, administrativo, procurador general de la República o de Justicia del Distrito Federal, senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado, jefe del Distrito Federal, durante el año previo al de su nombramiento".

En tal sentido, cabe señalar: a) que resulta clara y prudente la intención del legislador de desligar totalmente las funciones judiciales con las de la administración pública y con las propias de quienes ejercen cargos de elección popular; b) que el plazo de dos años relativo al impedimento del tercer párrafo del art. 101 cit. puede resultar severo, aun cuando tiende a procurar que los ministros no se separen de sus cargos con facilidad en aras de una mejor integración del cuerpo colegiado que debe resolver asuntos de interés nacional (la permanencia de los ministros es recomendable por la importante encomienda consubstancial a su función); c) que determinadas limitaciones impuestas a los magistrados salientes podrían producir tensiones con otros derechos (v.gr. de ejercer la profesión).

**KURCZYN VILLALOBOS, Patricia**, "Reforma al artículo 101 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, vol. 84, septiembre-diciembre 1995, p. 1163.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 30.

[10]

**LEY. REDACCIÓN DE LOS PROYECTOS DE LEY. SISTEMAS INGLÉS Y ALEMÁN (DOCTRINA/INGLATERRA-ALEMANIA).**

En el derecho comparado existen dos grandes modelos de redacción de los proyectos de ley: el modelo británico y el europeo continental. El primero, se basa en el principio de profesionalización de la tarea de redacción de las leyes y en la concentración de éste en un órgano único y especializado. El segundo, parte del principio de redacción difusa o repartida entre diferentes sujetos.

### 1. El modelo británico.

#### 1.1. Introducción:

La redacción de los proyectos se atribuye casi exclusivamente a un único organismo: la *Office of Parliamentary Counsel*, creada en 1869 y que, no obstante su expansión a partir de la última postguerra, exhibe una integración reducida (sus miembros gozan de un notable prestigio y un estatus funcional muy elevado). Dicho organismo redacta todos los proyectos presentados por el Gobierno (salvo que se refieran a Escocia), es decir, prácticamente la totalidad de los proyectos que llegan al Parlamento, e interviene en las enmiendas que se proponen o aceptan a lo largo de la tramitación parlamentaria. También coopera con el *Law Committee* en la redacción de los proyectos que refunden las disposiciones dispersas que, sobre una misma materia, existen en el ordenamiento jurídico.

La *Office of Parliamentary Counsel* no participa en la redacción de las normas infralegales que dicta el Gobierno o la Administración, salvo casos excepcionales, lo cual es cumplido por los servicios jurídicos de los distintos ministerios (no han faltado voces autorizadas que destacaron la

conveniencia de que sea la *Office of Parliamentary Counsel*, la encargada de redactar también los reglamentos).

### 1.2. Origen del proceso de redacción de proyectos.

Los Departamentos ministeriales, normalmente, deciden acerca de la necesidad de presentar un determinado proyecto de ley al Parlamento. El *Future Legislation Committee* (compuesto por los líderes de las dos Cámaras y los *Whips* del Parlamento) interviene en la programación del calendario de elaboración y presentación de los proyectos remitidos por los diferentes Departamentos. El proyecto, si resulta incluido en dicho programa, es comunicado por el *Treasury* al *First Parliamentary Counsel*, al que insta a ponerse en contacto con el Departamento ministerial respectivo. Este formula por escrito las instrucciones a las que deberá atenerse la *Office of Parliamentary Counsel*, que se limitan a establecer los objetivos políticos y las pautas que esta última deberá seguir (son requisitos indispensables de las instrucciones: a) contener suficiente información para que los redactores adquieran una visión global del contexto en el que se mueve la futura ley y los problemas a los que pretende responder; b) establecer, en forma clara y completa, los objetivos propuestos y los medios para alcanzarlos; c) dar cuenta de las dificultades -legales, económicas, etc.- a las que debe enfrentarse el proyecto). Recibidas las instrucciones por el *First Parliamentary Counsel*, éste designa a los redactores de la *Office of Parliamentary Counsel* que intervendrán en el caso (regularmente dos redactores). Con posterioridad, suelen realizarse diversos encuentros entre los redactores y los representantes del Departamento ministerial, en los que va perfilándose el texto definitivo (los redactores deben velar, asimismo, para que el proyecto mantenga coherencia con el ordenamiento jurídico en general). Finalizada su redacción, el proyecto es analizado por el Gabinete o el *Legislation Committee*, antes de su remisión al Parlamento.

Con todo, no termina allí la tarea de la *Office of Parliamentary Counsel*, puesto que acompaña la tramitación parlamentaria del proyecto (asesorando al Gobierno durante el debate o con motivo de las enmiendas señaladas en 1.1.).

En cuanto a los parámetros a los que se ajusta la labor de la *Office of Parliamentary Counsel*, los proyectos de ley deben: a) expresar las intenciones del Gobierno de modo que la ley produzca exactamente los efectos deseados; b) estar redactados de forma que puedan seguir el procedimiento parlamentario sin contratiempos; c) evitar al máximo las cláusulas vagas o anfíbológicas; d) alcanzar el grado máximo de comprensibilidad compatible con la certeza o la precisión técnica; e) ajustarse a la pautas de la brevedad; f) permitir la discusión de las grandes opciones políticas; g) respetar al máximo el ordenamiento jurídico vigente, así como procurar el mantenimiento de su unidad y coherencia; y h) evitar que su lenguaje pueda "excitar" a la oposición.

### 1.3. Valoración del sistema.

No obstante las críticas que ha merecido, la inmensa mayoría de los estudiosos y los prácticos del Derecho británico están a favor del mantenimiento de la *Office of Parliamentary Counsel* (se insiste en los beneficios que se derivan de la profesionalización en la redacción de los proyectos: uniformidad, consistencia técnica, uso razonablemente eficaz de los recursos limitados, control directo, familiarización entre los integrantes del *Counsel* y los funcionarios de los Departamentos, virtual garantía de que las políticas del Gobierno tendrán efecto legal, etc.). Ya en 1971, la *National Conference on Federal Legislation Drafting* de los Estados Unidos, recomendó la adopción de sistemas de redacción concentrados y profesionalizados, al estilo inglés.

## 2. El modelo alemán.

### 2.1. Introducción:

Los proyectos de ley pueden ser presentados al Parlamento por un grupo de diputados de éste, por el Senado o por el Gobierno (esto último es lo que ocurre generalmente).

Los proyectos del Gobierno son elaborados y redactados por el Ministerio competente en la materia de que se trate y, dentro de éste, por la Sección especializada.

Existen reglamentos y recomendaciones que establecen reglas, para todos los ministerios, que tienden a la unificación de criterios en materia de formulación jurídica.

### 2.2. Fases de elaboración de los proyectos del Gobierno.

Las propuestas de proyectos (de orígenes diversos: grupos sociales o políticos, los *Länder*, indicaciones del Tribunal Constitucional, programas del Gobierno, etc.), son tramitadas por la Sección del Ministerio especializada en la cuestión en juego (el director de la Sección es un redactor especializado por razón de la materia y es asistido por ayudantes).

El redactor debe tener en cuenta los aspectos recogidos en el cuestionario de la *Blaue Liste*: a) ¿es necesaria la actuación?; b) ¿cuáles son las alternativas?; c) ¿debe actuar la Federación?; d) ¿debe elaborarse una ley?; e) ¿hay que actuar ahora?; f) ¿es necesario que la regulación tenga la amplitud prevista?; g) ¿puede limitarse el período de vigencia?; h) ¿se aproxima la regulación al sentir de los ciudadanos y es comprensible?; i) ¿es practicable la regulación?; j) ¿es razonable la relación costes/beneficio?

Durante la faz de elaboración, debe informarse a los niveles superiores del Ministerio sobre el desarrollo y eventuales problemas del proyecto (si se trata de un proyecto políticamente importante, se debe informar a la Oficina del Canciller Federal).

En casos excepcionales, pueden nombrarse comisiones de expertos; el proyecto de éstas es publicado y, a partir de ello, la Sección elabora su proyecto (raramente intervienen en este último dichos expertos).

Una vez aprobado por el Ministerio, el proyecto de la Sección es remitido, a fin de que emitan opinión, a los restantes ministerios (para la decisión del Gobierno, el proyecto debe contar con el beneplácito de todos los ministerios afectados por razón de la materia); a círculos especializados y grupos sociales organizados; y a los *Länder* afectados. Después de este trámite y de una revisión sobre la observancia de las reglas antes recordadas, el Ministro respectivo eleva el proyecto (acompañado de un motivación) al Jefe de la Oficina del Canciller Federal, para la preparación de la sesión del consejo de ministros, y para la distribución del proyecto entre los miembros del Gabinete. Superada la revisión de la Cancillería Federal, el proyecto es sometido a la decisión del gabinete ministerial; una vez aprobado, el Canciller federal lo envía, debidamente motivado, al Senado (el Ministerio que originó el proyecto deberá tomar parte en las sesiones del Parlamento).

### 2.3. Evaluación.

Los cuestionamientos que ha recibido el sistema alemán, se vinculan menos con el aspecto de la llamada redacción difusa, que con determinados ajustes en los procesos de elaboración de los proyectos.

**MARTIN CASALS, Miquel y VIVER PI SUNYER, Carles,** "¿Quién redacta las leyes?: Los modelos de redacción 'concentrada' y de redacción 'difusa' de los proyectos de ley", en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, tomo 21, tercer cuatrimestre 1990, p. 7.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 56.

[11]

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. OPINIÓN. CENSURA PREVIA. DERECHO DE RESPUESTA. RA-DIO Y TELEVISIÓN. RESTRICCIONES. OBLIGACIONES (DOCTRINA/CHILE).**

1. "Hasta la Reforma de la Constitución Chilena de 1971, ésta contenía en el nro. 3 del artículo 10 la garantía de la Libertad de Opinión, que consagraba tres elementos:

- a) la libertad de emitir opiniones por cualquier medio;
- b) la garantía de que dicha libertad puede ejercerse sin censura previa, admitiendo sólo una restricción en el caso del nro. 12 del art. 44 (Ley de Facultades Extraordinarias de carácter político);
- y
- c) la responsabilidad en virtud de la cual debe responderse en la forma que señale la ley, por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de la mentada libertad.

Desde la Reforma Constitucional del 9 de enero de 1971, se han agregado los siguientes elementos que son complementarios de los tres enunciados:

d) la consagración constitucional del Derecho a Respuesta, que es el que tiene el afectado por una publicación o alguna información, con el objeto de aclararla o rectificarla gratuitamente en el mismo órgano de difusión que la hubiere emitido, en las condiciones que la ley determine (la ley complementaria es la Ley de Abusos de Publicidad). Sin embargo, hace falta una legislación más efectiva, porque en la inmensa mayoría de los casos las personas ofendidas o aludidas por alguna información no logran obtener la difusión oportuna o adecuada de su respuesta;

e) el acceso igualitario de todas las corrientes de opinión a los medios de difusión y comunicación social de propiedad o uso de particulares, en la forma que señale la ley;

f) el derecho de toda persona natural o jurídica, especialmente las universidades y los partidos políticos, de organizar, fundar y mantener medios de comunicación social, salvo las estaciones de televisión que la Constitución reserva exclusivamente al Estado y a las Universidades sin limitación de ninguna naturaleza. En consecuencia, ni la ley ni la Administración pueden restringir este derecho;

g) el precepto de que sólo en virtud de una ley se puede modificar el régimen de propiedad y funcionamiento de los medios de difusión y comunicación social, y que su expropiación también debe ser aprobada por ley, con el voto conforme de la mayoría de Diputados y Senadores en ejercicio;

h) el establecimiento de la libre importación y comercialización de libros, impresos y revistas, sin perjuicio de las reglamentaciones y gravámenes que la ley imponga;

i) la libertad de circulación, remisión y noticias que no se opongan a la moral y a las buenas costumbres; y

j) la prohibición de discriminar arbitrariamente entre las empresas propietarias de medios de difusión y comunicación social, en lo relativo a la venta o suministro en cualquier forma de papel, tinta, maquinaria u otros elementos de trabajo, o respecto de las autorizaciones o permisos que fueren necesarios para efectuar tales adquisiciones, dentro o fuera del país".

2. A partir de la Constitución Política de la República de 1980, se consagra la "libertad de antena" como un derecho de libertad no ejercitable directamente, sometido a una extensa reserva de ley en relación al contenido y ejercicio del derecho. El art. 19 nro. 12, incs. 5 y 6, dispone: "el Estado y las Universidades tendrán el derecho de explotar y mantener estaciones de televisión cumpliendo los requisitos que la ley señala". Esta "reserva estatal" en relación al derecho de explotar y mantener

estaciones de televisión, no permite hablar, en propiedad, de libertad de antena, lo que queda de manifiesto al examinar la Ley 17.377, de 1970, orgánica de televisión, que fija el marco de servicio público de la televisión (art. 1). La reserva estatal se resume a las instituciones que podrán establecer, operar y explotar canales de televisión: la empresa Televisión Nacional de Chile, Universidad de Chile, Universidad Católica de Chile y Universidad Católica de Valparaíso; de suerte que la caducidad y la extinción de las autorizaciones para mantener, operar y explotar canales será materia de ley. Al ente público Consejo Nacional de Televisión (arts. 7-13), le corresponde la "orientación general, supervigilancia y fiscalización de la televisión chilena", sin perjuicio de las atribuciones de la Superintendencia de Servicios Eléctricos, de Gas y de Telecomunicaciones. El carácter de servicio público de la televisión queda explícito en su régimen financiero (arts. 30-32) y en las reglas específicas para la comunicación política (arts. 33-36). En materia de censura, "se establece un sistema preventivo que hace aplicable la ley 16.493, de 1967, sobre Abusos de Publicidad, y excluya la aplicación del D.F.L. número 37 de 1959 que crea el Consejo de Censura Cinematográfica, con la limitación que los canales de televisión no podrán exhibir películas rechazadas por este Consejo".

3. El Tribunal Constitucional de Chile sostuvo, a propósito de determinadas obligaciones impuestas a los canales de televisión de libre recepción durante los procesos electorales y plebiscitarios:

"Que... el problema consiste en resolver si estas obligaciones y limitaciones que el proyecto impone a los canales de televisión de libre recepción sólo en aquellas oportunidades en que se realicen procesos electorales y plebiscitarios y con el exclusivo propósito de contribuir a conseguir la plena igualdad de todas las personas en la participación en los señalados procesos, infringen la preceptiva constitucional, ya sea por crear una discriminación arbitraria en su contra, por conculcar su libertad de información o, en fin, por vulnerar el derecho de propiedad sobre sus bienes".

"Que un análisis de las normas constitucionales y legales que han regido el derecho a operar canales de televisión en Chile demuestra, con claridad, que nuestro ordenamiento jurídico ha sido extremadamente exigente y cauteloso en la regulación de este medio de comunicación social, restringiendo la titularidad del derecho sólo a determinadas instituciones, por una parte, y dejando testimonio, por la otra, que en el cumplimiento de sus funciones, deberán estar siempre presente, de manera muy especial, los intereses generales de la colectividad".

"Para demostrar lo primero, basta recordar que la Constitución de 1925 complementada por el artículo 2 de la Ley nro. 17.377, de 1970, sólo permitió establecer canales de televisión a la empresa denominada 'Televisión Nacional de Chile', a la Universidad de Chile, a la Universidad Católica de Chile, y a la Universidad Católica de Valparaíso, todas ellas Corporaciones de Derecho Público".

"Para evidenciar lo segundo, es oportuno transcribir algunos pasajes de la moción parlamentaria que en el año 1969, patrocinada por el Ejecutivo, dio origen a la señalada Ley 17.377. En ella se expresa: 'La creciente importancia de los medios de comunicación y de su impacto en la sociedad contemporánea ha preocupado a los especialistas de todas las disciplinas sociales. Entre estos medios es la televisión, sin duda alguna, el que ha producido el efecto más profundo en la población al afectar incluso los hábitos del grupo familiar y orientar las actitudes y aspiraciones de todo el grupo social. Difícil sería, por lo tanto, ignorar la responsabilidad que cabe a quienes emplean este medio que está transformando, de manera permanentemente acelerada y a veces imperceptible, la estructura misma de la sociedad y comprometiendo nuestro destino como Nación. Por estas razones fundamentales creemos que la televisión debe ser orientada por normas que cautelen debidamente

los intereses nacionales que ella compromete' (Cámara de Diputados, Sesión número 14, 2 de diciembre de 1969, Boletín 321, pág. 2099)".

"Que el Constituyente en 1980 aborda el problema de los canales de televisión con igual profundidad y cautela, como lo demuestran las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en que se trata el tema... y el precepto final que se consagra en el artículo 19 nro. 12 inciso quinto que textualmente dispone: 'El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine podrán establecer, operar y mantener operaciones de televisión'".

"El inciso siguiente, demostrando su especial atención sobre el tema, agrega: 'Habrá un Consejo Nacional de Radio y Televisión autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de estos medios de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo'".

"Que de lo expuesto en los considerandos anteriores deriva, desde ya, una primera conclusión: los canales de televisión cumplen una verdadera función de utilidad pública y como lo dice el artículo 1 de la Ley 17.377, 'como medio de difusión han de servir para comunicar e integrar al país'".

"Que la segunda conclusión surge del texto mismo de la Carta Fundamental y resulta especialmente relevante para dilucidar el problema en estudio. La Constitución de 1980 establece para la televisión un régimen de titularidad 'restringido o selectivo', ya que sólo el Estado y aquellas universidades y personas o entidades que la ley señale o fije podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Y es así como en la actualidad la empresa denominada 'Televisión Nacional de Chile' y las Universidades Católica de Chile y Católica de Valparaíso gozan del privilegio de tener el derecho exclusivo para operar y mantener canales de televisión de libre recepción. Diferente es la situación de la prensa escrita y de las radioemisoras, las que no obstante ciertas restricciones derivadas de facultades extraordinarias, de carácter transitorio, no tienen tal privilegio de exclusividad ni tampoco constituyen Corporaciones de Derecho Público".

"Que de lo relacionado fluye, con nitidez, que las normas del proyecto relativas a la televisión de libre recepción no merecen reparo constitucional, ya que si la Constitución ha encargado a la ley determinar aquellas universidades y demás personas o entidades que, además del Estado, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión, con exclusión de cualquiera otra que ella no establezca, bien puede también esa ley imponer obligaciones y limitaciones medidas y razonables como son las que la norma del proyecto contemplan. Lo anterior se justifica plenamente tanto como una justa contrapartida al derecho selectivo que se otorga, cuanto porque ellas en definitiva las exige el interés general de la colectividad, a fin de dar una estricta aplicación al precepto del artículo 18 de la Carta Fundamental, en orden a que la ley garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los partidos políticos en la participación en los procesos electorales y plebiscitarios, igualdad que, obviamente, no se conseguiría si la ley permitiera un uso ilimitado de la televisión en períodos electorales".

"Que esta interpretación es la que mejor se aviene no sólo con la letra de la Constitución, sino, también con su contexto y espíritu, ya que la norma que contempla el derecho a establecer, operar y mantener canales de televisión e implícitamente a imponerles obligaciones justas y razonables, como es la gratuidad, guarda perfecta armonía con el deber del Estado de asegurar una participación equitativa e igualitaria del pueblo en los plebiscitos y elecciones el cual, a través de estos procesos, ejerce la soberanía" (Rol nro. 56, sentencia recaída en el proyecto de ley que modifica la ley 18.700, de 1988).

4. La "libertad de antena" está sujeta a una "régimen de titularidad restringido o selectivo", que es consecuencia de los siguientes principios: a) el ámbito radioeléctrico es de dominio público, por lo que la libertad de antena requiere de habilitación administrativa; b) la concesión tiene características

particulares en radiodifusión televisiva de libre recepción; c) la libertad de antena está vinculada a la "función de utilidad pública" de los canales de televisión que permite al legislador imponer obligaciones o limitaciones a las estaciones.

5. La "libertad de antena" se define como la libertad para la creación de empresas destinadas a difundir mensajes informativos, culturales o de otro tipo.

La Constitución de Portugal presta atención al medio televisivo para "negar o regular la libertad en la antena, es decir, el pluralismo interno en la TV y demás medios de comunicación" (arts. 38.6, 38.7, 39 y 40); la Ley Fundamental de Bonn, menciona la "imagen" como medio para la libertad de opinión (art. 5.1); la Constitución italiana consagra la libertad de expresión "por cualquier medio de difusión" (art. 20); y la Constitución de España consagra la libertad de antena como un derecho implícito.

La reserva de la ley chilena respecto de la determinación de las personas o entidades, además del Estado y las Universidades, que podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión, se funda en la "escasez natural y tecnológica" de bandas y frecuencias radioeléctricas, lo que tiende a configurar un "oligopolio técnico" y "económico", por lo que resulta indispensable consagrar la "libertad en la antena". Luego la libertad de antena no es un derecho a determinada banda o frecuencia, sino "el derecho a acceder a un proceso no arbitrario de asignación de frecuencias, y, en su caso, de horarios".

La autonomía de la opinión pública se da en la democracia con "alta estructuración pluralista y policéntrica", que exige policentrismo e igualdad en los medios de comunicación, consecuencia última de un principio pluralista en lo político, social, religioso y ético. Por lo tanto, a las libertades formales de pensamiento, opinión e información y de organización, deben sumarse libertades instrumentales: libertad de antena y libertad en la antena.

**ZUÑIGA URBINA, Francisco** (Profesor -Universidad de Chile y Universidad La República), "La libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción, nro. 197, enero-junio 1995, p. 169.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 80.

[12]

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE PRENSA. FUNDAMENTOS. ALCANCES. DEMOCRACIA. CONFLICTOS CON EL DERECHO AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD. PROTECCIÓN DE LA MORAL SEXUAL DE LOS JÓVENES (DOCTRINA/ESPAÑA).**

1. La vigencia de las libertades de expresión y prensa es, quizás, el más significativo paradigma para definir a un Estado democrático.

La armonía de la libertad de expresión y la democracia, implica la creencia que muchos de los valores de una sociedad son relativos, necesitados de una valoración dialéctica y, por lo tanto, opinables. Presupone, en definitiva, la existencia de la tolerancia y el relativismo; su ausencia, engendra el Estado totalitario.

Empero, de ello no se sigue que el Estado no deba imponer restricciones a la libertad de expresión; de ahí que sea precisamente la "calidad" de las primeras lo que muestra el estado de la segunda.

Una de las funciones básicas de la libertad de prensa es ejercer un "contrapoder".

2. El Código Penal español regula diversos delitos de calumnias, injurias, desacatos y amenazas, contra el Jefe de Estado, las Cortes, el Regente, el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, los funcionarios públicos, etc., y es criticado por la doctrina al considerar que ha establecido una "superprotección", y un régimen de penas exagerado y desproporcionado. La desmesurada tipificación penal, es síntoma de intolerancia social y poderoso medio de control social que no estaría en concordancia con la Constitución de España.

3. La solución del conflicto entre la libertad de expresión y el honor de las personas, debe tomar en cuenta si el afectado es un simple particular o un funcionario público; en este último caso, la libertad debe ser mayor que en el primero (v. Tribunal Constitucional de España, sentencias del 17-7-1986, 16-12-1986 y 8-6-1988).

4. La tensión entre el derecho a la intimidad personal y familiar y la libertad de expresión, tampoco debe soslayar la distinción antedicha.

5. La posición preferente de la libertad de expresión también debe extenderse a los supuestos en que entra en conflicto con otros bienes jurídicos colectivos, como el orden público, la seguridad del Estado, etc.

6. En un caso en que se ponía en juego la libertad de expresión y la protección de la moral sexual de los jóvenes, a propósito de la circulación de un libro de educación sexual para niños y padres, el Tribunal Constitucional de España sostuvo:

De acuerdo con el art. 20.4 de la Constitución, en conexión con su art. 53.1., "la Ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 20. Queda así planteada la cuestión de determinar si la moralidad pública puede ser un límite establecido por el legislador o si tal límite afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión. Problema que puede resolverse fácilmente a partir del artículo 10.2 de la Constitución, dado que tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y en el Convenio de Roma del 4 de noviembre de 1950, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (artículo 29.2 de la Declaración), para la protección de la moral pública (artículo 19.3 b Convenio de Nueva York), para la protección de la moral (artículo 10 Convenio de Roma). El principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución), nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución" (sentencia 62/82, del 15-10-1982).

7. La libertad de expresión de cualquier ciudadano no debe ser menos amplia que la libertad de prensa de los periodistas. El discurso intelectual no es inherente a las élites sociales, máxime cuando las vanguardias políticas siempre han estado en los libros y en la calle.

**AGUILERA FERNANDEZ, Antonio**, "La libertad de expresión y prensa política", en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, tomo 21, tercer cuatrimestre 1990, p. 35.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 56.

[13]

**MERCOSUR. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE PARTICULARES. ARBITRAJE. (DOC-**



El Autor efectúa un análisis referente a la solución de controversias suscitadas entre particulares en el ámbito del Mercosur, apuntando específicamente al método "arbitraje internacional".

En tal sentido, desarrolla una reseña de la normativa que regula los acuerdos arbitrales (Tratados internacionales, Convenciones y Protocolos), y un estudio de la validez, procedimientos, recursos, reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, para finalizar en las siguientes conclusiones:

1. La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 30-1-1975; aprobada por la Argentina -ley 24.322-) y en la que son parte todos los miembros del Mercosur, es el instrumento base aplicable al arbitraje internacional entre particulares en el Mercosur.

2. La Convención de Panamá contiene soluciones similares a la Convención de Nueva York de 1958, lo que permite que la materia guarde consonancia con las soluciones universales.

3. El Protocolo de Las Leñas de 1992 resulta también de aplicación al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dentro del Mercosur, especialmente en lo que se refiere al trámite, que puede efectuarse por exhorto, a través de Autoridad Central y sin necesidad de legalización ni apostille.

4. Los requisitos para solicitar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales se rigen por el Protocolo de Las Leñas de 1992, en todo lo que no esté previsto en la Convención de Panamá.

5. La validez del acuerdo de arbitraje requiere, entre otros aspectos, que no haya sido obtenido en forma abusiva, por aplicación del art. 4 del Protocolo de Buenos Aires de 1994.

**NOODT TAQUELA, María Blanca**, "Arbitraje internacional entre particulares en el Mercosur", en *Jurisprudencia Argentina, suplemento especial medios alternativos de solución de conflictos*, Buenos Aires, 14-8-1996, p. 39.

[14]

**SIDA. DISCRIMINACIÓN. CONFIDENCIALIDAD. SECRETO MEDICO. SEGURIDAD SOCIAL. TRABAJADORES. GRUPOS DE RIESGO. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS. ANÁLISIS DE ANTICUERPOS. TEST (DOCTRINA/EUROPA).**

Esta investigación fue encomendada al Instituto Suizo de Legislación Comparada de la Universidad de Lausana (1993), por el Comité de Derechos Humanos del Consejo de Europa (Unión Europea), en consideración a los casos de discriminación que se estaban produciendo dentro del continente por actitudes tanto públicas como privadas, respecto de infectados y enfermos de Sida. El trabajo fue estructurado con base en dos secciones: en la primera se empieza describiendo y valorizando cuáles son las situaciones críticas en la relación HIV/discriminación, en tanto en la segunda se consignan los instrumentos normativos, tanto nacionales como internacionales, dirigidos a prevenir conductas que injurian los grandes derechos y/o sancionar su transgresión. Para realizar este reporte analizaron la situación imperante en Austria, Bélgica, la antigua Checoslovaquia, Francia, Alemania, Irlanda, Holanda, Polonia, España, Suecia y la Gran Bretaña. El instituto seleccionó catorce temas donde el peligro de discriminación es particularmente grave, resultando ser los siguientes: 1) Medidas epidemiológicas; 2) Confidencialidad; 3) Derecho Penal; 4) Derecho de familia; 5) Seguro social; 6) Seguros privados; 7) Migraciones; 8) Derecho del trabajo; 9)

Empleo público; 10) Habitación; 11) Educación ; 12) Salud; 13) Fuerzas Armadas; 14) Comunidad.

Este informe permite constatar que en los países seleccionados se mantiene un conflicto entre quienes promueven una concepción epidemiológica sanitarista economicista y, por el otro, aquella que concibe que el eje de toda acción es el ser humano, y como tal deben respetarse los derechos que hacen a su personalidad.

Dicha situación se puede verificar en todas las áreas objeto de este estudio. Así, en materia de análisis de anticuerpos si bien es opcional en todos los países, y es necesario el consentimiento de la persona, existen matices y políticas sanitarias que no sólo menguan este derecho, sino que lo eliminan. En Alemania, por ejemplo, el test es compulsivo no sólo para los que ellos llaman "grupos de riesgo", entre los que incluyen a prostitutas y usadores de drogas peligrosas, sino también para los trabajadores extranjeros. Bélgica y Polonia exigen a los becarios estudiantes del tercer mundo (principalmente Africa) que se sometan al test. Y Suecia, dentro de una postura epidemiológica y por portar una enfermedad que puede causar un "daño a la sociedad", obliga a aquellos que entiendan que se encuentra infectado. Otro tanto pasa con el respeto a la confidencialidad y el secreto médico, esta garantía está legislada en todos los países; sin embargo, se advierte en países como Polonia, que es factible que los médicos notifiquen a terceras personas de la infección o enfermedad del paciente.

También se viola este derecho como sucedió en Francia cuando los médicos de compañías de seguros requerían las historias clínicas a los hospitales públicos o privados. En el ámbito donde más se acentúa la postura economicista resulta ser en la seguridad social (sistema previsional), y en los seguros de salud y vida.

Algunos países como Francia y Alemania limitan el tiempo de cobertura de los gastos necesarios para hacer frente a su enfermedad, aunque algunos como España, Suecia e Inglaterra tienen cobertura total. Otro tanto sucede con la pensión por invalidez. Sin embargo en la órbita privada, tanto en los seguros de salud como de vida, los aseguradores rechazan como suscriptores a quienes se encuentren infectados o enfermos de Sida (Francia, Bélgica, Suiza), siendo la excepción Italia donde no se excluye a los portadores ni enfermos.

Este estudio comparativo resulta una información valiosa, no solamente por evidenciarnos cuáles son los procederes discriminatorios, sino porque constituye una herramienta para hacer valer los derechos de los infectados y/o enfermos de Sida frente a las acciones agresivas en materia de derechos humanos.

**VAZQUEZ ACUÑA, Martín** (Juez de Cámara en el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 1 de la Capital Federal), comentario al "Estudio comparativo en discriminación contra personas afectadas por el HIV/SIDA", realizado por el Instituto Suizo de Legislación Comparada de la Universidad de Lausana (1993), en *Hechos y Derechos*, Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos, Buenos Aires, nro. 1, 1995, p. 45.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[15]

**TELECOMUNICACIONES. TELEVISIÓN INTERNACIONAL DIRECTA POR SATÉLITE. DERECHOS Y DEBERES DE LOS SUJETOS COMPRENDIDOS (DOCTRINA/INTERNACIONAL).**

La definición de una "carta de derechos" específicos de los sujetos interesados en los procesos de difusión televisiva directa por satélite (**TDS**), constituye una tentativa de innovación normativa

extremadamente oportuna, en consideración de las características principales de este fenómeno, es decir, su naturaleza típicamente internacional e interin-dividual.

Teniendo en cuenta dicha característica y las dificultades de resolución técnica de los problemas relativos a la recepción no querida de emisiones, el Autor hace referencia exclusiva al derecho internacional.

La **TDS** puede contribuir de manera fundamental al refuerzo de la democracia; empero, es necesario poner a punto los instrumentos idóneos para resolver los problemas que aquélla podría crear: coordinación entre los interlocutores; protección de la propiedad intelectual, modalidades de transmisión de mensajes publicitarios.

Los mencionados son algunos de los temas tratados en el Ensayo que, del análisis de la normativa existente, se proyecta a la elaboración de propuestas.

**VALERIO, Giulio**, "Rights and duties of people involved in direct television broadcasting by satellite", en *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Istituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, nro. 60, 1992, p. 289.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 33.



## ESTUDIOS

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

(segunda parte) <sup>1</sup>

#### 5. Hacia la versión moderna de la doctrina de la expresión comercial

A comienzos de la década de 1970 la Suprema Corte de los Estados Unidos (SC) dio más gravitación a la doctrina de la expresión comercial que había asentado en *Chrestensen* (3.).

En *Capital Broadcasting Co. vs. Mitchell* (405 US 1000 -1972-) la SC confirmó, sin dar opinión, el fallo del tribunal de distrito (*Capital Broadcasting Co. vs. Acting Attorney General Kleindienst*, 133 F. Supp. 582 -D.D.C. 1971-). Dicho tribunal había expuesto la formulación más amplia de la doctrina de la expresión comercial, al declarar que podía prohibirse la publicidad de cigarrillos por cualquier medio electrónico sujeto a la reglamentación de la *Federal Communications Commission*. A esos efectos, y aplicando mecánicamente la antigua jurisprudencia

---

<sup>1</sup> La primera parte fue publicada en *investigaciones* 1 (1996), p. 37.

de la SC, destacó que "la publicidad está sujeta a un menor grado de protección que otras formas de expresión" y que, por lo tanto, el "Congreso puede prohibir la publicidad de cigarrillos en cualquier medio a través del ejercicio de las atribuciones que tiene para reglamentar el comercio". En la disidencia, se sostuvo que, al haberse declarado que la publicidad de cigarrillos expresaba un punto de vista sobre una cuestión polémica, este tipo de expresión dejaba de ser sólo comercial y caía "dentro del ámbito de protección de la Enmienda I".

### **5.1. Primer paso**

**5.1.1. *Pittsburgh Press Co. vs. Pittsburgh Commission on Human Rights* (413 US 376 -1973-).**

**5.1.1.1.** Antecedentes de la causa: un periódico fue hallado responsable, en las instancias inferiores, de violar la ordenanza que prohibía publicar avisos de búsqueda de personal que establecieran una preferencia por determinado sexo, a menos que el empleador o la persona que pusiera el aviso tuvieran libertad para contratar a una persona con base en ese criterio. El periódico alegó que al publicar los avisos estaba ejerciendo su criterio editorial, en forma semejante a cuando elegía el lugar del diario adonde lo iba a insertar, y que este aspecto prevalecía sobre el comercial; por lo tanto, la publicación tenía suficientes elementos no comerciales como para encontrar protección en la Enmienda I.

**5.1.1.2.** Decisión de la SC (adoptada por una mayoría de 5 a 4):

**Voto de la mayoría:** esta opinión comenzó por destacar la importancia que la libertad de expresión y de prensa tienen entre los derechos individuales, y el criterio restrictivo con que deben interpretarse todas las excepciones que se han reconocido al principio de que la prensa no puede ser reglamentada por el gobierno (cit., p. 382).

Al tratar la defensa del apelado basada en que la reglamentación era válida porque la expresión prohibida resultaba de naturaleza comercial y, por ello, ajena a la Enmienda I según la doctrina *Valentine vs. Chrestensen* (3.), la mayoría sostuvo que, con posterioridad a ese caso, la SC había resuelto que la expresión no se convertía en comercial por el mero hecho de que se vinculara a un anuncio. En *New York Times Co. vs. Sullivan* (4.6.), el Alto Tribunal había declarado que "la circunstancia que al *Times* se le hubiera pagado por la publicación de la solicitada, es tan irrelevante a este respecto como el hecho de que los periódicos y los libros sean vendidos" (376 US 254, 266). Agregó, que si el fin de lucro de un periódico fuera considerado determinante, todos los aspectos de su funcionamiento -desde la elección de las historias hasta la del criterio editorial- estarían sujetos a reglamentación cuando se demostrara que tendían a aumentar las ventas, lo cual resultaría claramente incompatible con la Enmienda I. Consideró que en *Chrestensen*, los anuncios sólo proponían una transacción comercial (la venta de entradas para una exhibición), mientras que en *New York Times* "se comunicaba información, se expresaba opinión, se formulaban impugnaciones, se protestaba contra supuestos abusos, y se pedía apoyo económico en nombre de un movimiento cuya existencia y objetivos eran objeto del más alto grado de interés y preocupación públicos". Luego, los anuncios cuestionados en el caso en análisis se parecían, en sus aspectos importantes, a los de *Chrestensen* y eran "ejemplos clásicos de expresiones comerciales" (cit., p. 385).

En cuanto a la pretensión de la apelante arriba indicada, la mayoría admitió que ésta había ejercido su criterio editorial al permitir que el anunciante eligiera en qué columna publicar su aviso. Empero, advirtió la necesidad de considerar si, en este análisis, la discrecionalidad que tiene un periódico respecto de un anuncio puramente comercial puede distinguirse del contenido mismo del

aviso.

Sostuvo, a tal fin, que por lo menos en algunas circunstancias, los juicios editoriales que, como el antedicho, hace un periódico, participan de la naturaleza del anuncio y, por ende, el contenido de éste puede afectar el alcance de la Enmienda I (conf. *New York Times* cit.). Destacó, a su vez, que los títulos indicadores del sexo con que el diario encabezaba las columnas, no estaban "suficientemente disociados de los avisos de búsqueda de personal como para que, en términos de la Enmienda I, la ubicación pueda separarse de los avisos en sí mismos. Esta combinación, que transmite, en lo esencial, el mismo mensaje que el de un aviso francamente discriminatorio, resulta en sus efectos prácticos una declaración comercial única" (cit., pp. 387/388).

La mayoría destacó, también, que "el intercambio de información es tan importante en el mundo comercial como en cualquier otro" (cit., p. 388). Empero, ante la pretensión del periódico de que se abrogara el distingo entre expresiones comerciales y no comerciales, dijo: "cualesquiera fueran los méritos que esta pretensión tenga en otros contextos, no resulta persuasiva en este caso. La discriminación laboral no es solamente una práctica comercial, sino que es una práctica comercial **ilícita** de acuerdo a las disposiciones de la ordenanza. No tenemos duda de que podría válidamente prohibirse a un periódico la publicación de un anuncio que proponga la venta de narcóticos o que ofrezca prostitutas. Tampoco será distinto el resultado si la naturaleza de la transacción surgiera de su ubicación en columnas intituladoas 'Narcóticos en Venta' o 'Prostitutas se Buscan', y no de una aclaración dentro de las cuatro esquinas del aviso" (cit., p. 388).

Después de destacar la naturaleza ilícita de la actividad, la mayoría citó, en una nota de pie de página, la disidencia del caso *Capital Broadcasting* (5.). A su vez, si bien se negó a derogar *Chrestensen*, aplicó un test mucho más estricto y concreto: si una actividad es ilegal, el Estado puede prohibir la publicidad o la difusión de información a su respecto. A esos efectos, hizo un balance en términos tradicionales de los intereses en juego: "todo interés fundado en la Enmienda I que pueda satisfacerse publicitando una propuesta comercial ordinaria y que pueda eclipsar el interés gubernamental que sustenta la reglamentación, se encuentra totalmente ausente cuando la actividad comercial es ilegal y la restricción a la publicidad es incidental a una limitación válida a la actividad económica" (cit., p. 389).

**Votos de la disidencia:** el *Chief Justice* Burger advirtió en la decisión de la mayoría "una inquietante ampliación de la doctrina de la 'expresión comercial'", y una "seria intrusión" en la Enmienda I. Consideró, asimismo, que ello lanzaba a los "tribunales al traicionero camino de definir qué diagramación y qué decisiones organizativas de los periódicos están 'suficientemente asociadas' con las partes 'comerciales' de un periódico como para no gozar de protección constitucional y, por lo tanto, estar sujetas a la reglamentación del gobierno". Acotó que, "asumiendo, *arguendo*, que pudieran imponerse restricciones a la publicidad comercial... no ampliaría esas atribuciones de modo que alcancen a las decisiones que toma un periódico en materia de diagramación y organización" (cit., p. 393).

Por su parte, el *Justice* Douglas anotó que si bien "pueden ser objeto de reglamentación... los aspectos comerciales y económicos" de la prensa, la Enmienda I le confiere a ésta el derecho a "publicar lo que quiera en relación a cualquier ley" (cit., p. 397).

El tercer voto disidente -*Justice* Stewart-, comenzó negando que pudiera invocarse *Chrestensen* para afirmar que las páginas publicitarias de un periódico no gozan de la protección de la Enmienda I (cit., p. 401). Mostró asimismo su preocupación, porque "en la medida en que algunos miembros de esta Corte vean en la Enmienda I nada más que un grupo de 'valores' que hay que balancear con otros 'valores', esa Enmienda seguirá estando en grave riesgo" (cit., p. 402). Si bien reconoció que la ordenanza impugnada era plausible, consideró necesario citar la advertencia

que el *Justice Brandeis* había formulado en *Olmstead vs. United States* (277 US 438, 479 -voto disidente-): "la experiencia debiera enseñarnos que debemos estar especialmente en guardia para proteger la libertad (*liberty*) en los casos en que los objetivos del gobierno sean caritativos. Los hombres nacidos para la libertad están naturalmente alertas para repeler la invasión de su libertad por parte de líderes malvados. Los riesgos más grandes para la libertad están al acecho en las insidiosas violaciones de hombres celosos o bienintencionados pero que no comprenden". Citó también la disidencia formulada por el *Justice Black* en *Beauharnais vs. Illinois* (343 US 250, 274): "los motivos que subyacen en la ley estadual pueden haber sido laudables. Pero... la historia nos indica que las urgencias por hacer el bien han conducido a la quema de libros e incluso a la quema de 'brujas'" (cit., p. 403). Ningún gobierno, agregó Stewart, "puede decir a un periódico, por adelantado, lo que puede y lo que no puede imprimir". "Si el gobierno puede hoy imponer la diagramación publicitaria, ¿qué impedirá que mañana imponga la diagramación de las páginas de noticias?" (íd.).

**5.1.1.3.** La importancia que esta decisión tiene en un análisis de la libertad de expresión comercial, se atenúa en la medida en que la **SC** no estaba simplemente realizando un balance entre el interés gubernamental en regular la expresión y la libertad de expresión, sino que también debía afrontar el conflicto entre la libertad de prensa y la igualdad de oportunidades laborales. La mayoría se inclinó a acoger el argumento de que las columnas que especificaban un sexo, ayudaban a las prácticas discriminatorias de los empleadores, mientras que los disidentes, con excepción de Douglas, parecieron más impresionados por la cuestión fundada en la libertad de prensa. En *Virginia State Board of Pharmacy vs. Virginia Citizens Consumer Council* (5.5.2.), la **SC** declaró que el holding de *Pittsburgh Press* tenía su premisa en la cuestión de la ilegalidad de la práctica comercial enjuiciada y no en el aspecto vinculado a la expresión comercial (ROBERTS, Barry S. "Toward a General Theory of Commercial Speech and the First Amendment", en *Ohio State Law Journal*, vol. 40:115, 119/120 -1979-).

**5.1.2. *Lehman vs. City of Shaker Heights* (418 US 298 -1974-).**

Esta decisión contradice, según algunos autores, los principios fundamentales de la Enmienda I al hacer prevalecer la expresión comercial sobre la política.

**5.1.2.1.** Antecedentes de la causa: Harry Lehman intentó promover su candidatura a integrar la Asamblea General de Ohio, mediante la compra de un espacio en las hojas de los horarios publicados por el *Rapid Transit System* de su ciudad. La empresa concesionaria rechazó el pedido con base en que el contrato de concesión prohibía la inserción de propaganda política, aun cuando aceptaba, entre otros, avisos de empresas tabacaleras, bancos, asociaciones de ahorro y préstamo, licorerías, establecimientos de venta minorista, iglesias y grupos cívicos. La Suprema Corte de Ohio, por mayoría, llegó a la conclusión de que la libertad de expresión no se extiende a la publicidad comercial o política en los vehículos de tránsito expreso. Los tres disidentes, por el contrario, entendieron que el espacio de publicidad del sistema de tránsito expreso era un foro para la libre expresión y que, asimismo, no existía un interés gubernamental que justificara dar un tratamiento diferente a la publicidad comercial y política.

**5.1.2.2. Decisión de la SC:**

**Voto de la mayoría:** resolvió que el mencionado espacio no era un foro para la Enmienda I, y que el hecho de que la ciudad sólo permitiera la inserción de una publicidad inocua y menos polémica como es la comercial -minimizando con ello las posibilidades de abuso, apariencia de favoritismo político y el riesgo de imposición a una audiencia- caía dentro del ámbito de

discrecionalidad de las autoridades y no constituía una violación a dicha Enmienda.

Manifestó, a tal fin, que "el espacio en los horarios, si bien resultaba incidental a la provisión de transporte público, es parte de una actividad comercial. Del mismo modo que un diario o periódico, o incluso una estación de radio o televisión, no están obligados a aceptar toda propuesta de publicidad que haga el público en general, un sistema de tránsito urbano tiene discrecionalidad para tomar decisiones razonables en cuanto al tipo de publicidad que puede hacerse en sus vehículos" (cit., p. 303).

**Voto de la disidencia:** el *Justice* Brennan -con la adhesión de los *Justices* Stewart, Marshall y Powell- llegó a la conclusión de que la ciudad había creado un foro para la difusión de información y expresión de ideas al haber aceptado y exhibido anuncios comerciales y de empresas de servicios públicos en sus vehículos dedicados a un servicio "expreso". Cuando se abre un foro de comunicación, las Enmiendas I y XIV impiden que la ciudad discrimine entre los usuarios del foro con base en el contenido del mensaje. Respecto de la expresión comercial, dijo: "ciertamente, los anuncios no comerciales de servicios públicos transmiten mensajes que interesan al público y claramente gozan de la protección de la Enmienda I. Y si bien es posible que la Enmienda I otorgue a la publicidad comercial *menos* protección que a las expresiones relativas a cuestiones políticas o sociales de importancia pública, aquélla sigue siendo, pese a todo, una 'expresión' que muchas veces comunica información e ideas que muchas personas consideran polémicas. No puede dudarse de que los anuncios publicitarios, cuando se usen hábilmente, constituyen vehículos poderosos para exaltar los valores comerciales" (cit., pp. 314/315).

Agregó, asimismo, que el pasajero no está obligado a leer el aviso y que, con toda seguridad, cualquier inconveniente menor que aquél sufra "es un pequeño precio que hay que pagar para la continua preservación de una libertad (*liberty*) tan preciosa como la libertad de expresión" (cit., p. 321).

(continuará)

Urioste

Rolando E. Gialdino y Mercedes de

## TEXTOS ESCOGIDOS

[1]

**DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. DEMOCRACIA. INTERÉS LEGÍTIMO. DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN AMBIENTAL. REQUISITOS. EVALUACIÓN (DOCTRINA/ESPAÑA-COMUNIDAD EUROPEA).**



## 1. El derecho de acceso a la información que posee la Administración Pública.

**1.1.** La información al ciudadano sobre las actividades de la Administración y sobre los datos y documentos que ésta posee y que pueden afectar a sus derechos e intereses legítimos o a las condiciones en que se desenvuelve su vida, es una exigencia elemental del Estado democrático de Derecho.

La confidencialidad y el secreto, que en ciertos casos deben preservarse por razones prevalentes de interés público o para proteger derechos de terceros, constituyen la excepción.

**1.2.** Las normas que reconocen y regulan un derecho subjetivo de los particulares a requerir y obtener información de la que dispone la Administración y que no se difunde de oficio, cumplen tres funciones complementarias en el ordenamiento jurídico: a) satisfacer el interés individual de los titulares del derecho a obtener una información que les puede afectar o que deseen conocer cualesquiera que sean las razones de su iniciativa; b) repercutir sobre el modo de funcionamiento de la Administración, constriñéndola a aumentar su transparencia; c) permitir al particular adquirir elementos de juicio que pueden ser convenientes para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, ya sea en la vía administrativa o en la judicial.

**1.3.** La Constitución de España ordenó al legislador regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, con la salvedad de lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas (art. 105.b).

Dado el arraigo en la Administración española de la "cultura del secreto", el art. 105.b cit. ha sido uno de los últimos en verse reglamentado legislativamente, y de un modo que no se distingue por la amplitud de miras (el Tribunal Supremo de España descartó, con anterioridad al dictado de dicho reglamento, la aplicación directa del art. 105.b. cit. -sentencia del 16-10-1979).

**1.4.** La recordada reglamentación (ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) es particularmente restrictiva si se tiene en cuenta el Derecho Comparado, pues no establece garantías suficientes para asegurar la efectividad del derecho de acceso a la información administrativa, lo cual, a su vez, no contribuirá al progreso de la mencionada transparencia. Las objeciones al respecto son: a) no reconoce el derecho de acceso a cualquier persona, sino sólo a los "ciudadanos"; b) limita el acceso a los documentos de "carácter nominativo", a los terceros que acrediten un interés legítimo y directo, recuperando así un concepto de interés directo que parecía superado por el más amplio de interés legítimo; c) reduce al objeto material sobre el que recae el derecho, a los documentos que obren en un archivo y formen parte de un "expediente"; d) exige la "individualización" del documento requerido; e) autoriza la denegación del pedido "cuando prevalezcan razones de interés público" y "por intereses de terceros más dignos de protección"; f) limita a la sola vía del recurso administrativo o contencioso-administrativo la impugnación de la denegación de acceso (escasamente funcional la primera y lenta la segunda), cuando otros ordenamientos prevén medios más ágiles, etc.

Asimismo, en lo que hace a la información sobre el medio ambiente, dicha reglamentación no se adecua enteramente a la Directiva 90/313/CEE (v. **2.2.**).

## 2. El derecho de acceso a la información en el Derecho del Medio Ambiente.

**2.1.** El Derecho Ambiental constituye un sector puntero en lo que se refiere a la difusión y acceso a la información.

Entre los numerosos instrumentos internacionales dedicados al tema, además de los que establecen el intercambio de información entre Estados y organizaciones internacionales y supranacionales, se encuentran los que contemplan el derecho de acceso de los particulares a la información ambiental. La Declaración de Río de Janeiro proclama que "en el plano nacional toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades" (Principio 10).

Asimismo, según el Derecho comunitario europeo, el derecho de acceso puede ejercerse tanto ante las instituciones comunitarias -en concreto ante la Agencia Europea del Medio Ambiente- como ante las Administraciones de los Estados miembros.

**2.2.** El derecho de acceso a la información ambiental en la Directiva 90/313/CEE.

La Citada Directiva (**D**) regula el derecho general de acceso a la documentación administrativa sobre medio ambiente; no establece una regulación completa sobre el tema por lo que, si la norma de trasposición no lo remedia, sus lagunas deben ser integradas por la legislación general del Estado.

La **D** persigue garantizar la libertad de acceso y la difusión de la mencionada información sobre medio ambiente que esté en poder de las "autoridades públicas" (art. 1), por lo que establece las "condiciones básicas en que se pondrá a disposición dicha información".

En lo atinente a los sujetos activos del derecho, el art. 3 obliga a poner la información a disposición de "cualquier persona física o jurídica que lo solicite y sin que dicha persona esté obligada a probar un interés determinado", lo que impediría toda distinción con base en la nacionalidad, residencia, circunstancias personales o sociales (excepto las relativas a la capacidad jurídica para actuar ante la Administración), o reciprocidad con otros Estados (aunque no pertenezcan a la Unión Europea; se entiende que la norma no se refiere a las personas jurídicas públicas, pues las facultades de acceso a la información por parte de éstas, se canaliza mediante las reglas de las relaciones interadministrativas).

La **D** considera "autoridades públicas" a "cualquier Administración pública a nivel nacional, regional o local, que tenga responsabilidades y posea información relativa al medio ambiente, con excepción de los organismos que actúan en el ejercicio de poderes judiciales o legislativos"; están incluidos los "organismos con responsabilidades públicas en materia de medio ambiente y bajo control de las autoridades públicas". Esto último comprende a los órganos derivados de la creación de formas de gestión privada de un servicio o actividad pública (en estos casos, la **D** permite a los Estados optar por dos soluciones: que se pueda recabar la información al propio organismo, o a la Administración matriz). Es opinable que la **D** alcance a las empresas privadas que gestionan servicios públicos por concesión u otro tipo de contrato administrativo, y a los contratistas de obras públicas (la solución negativa no impediría que el Estado miembro imponga a estos sujetos la obligación de facilitar la información).

El objeto del derecho es, según la **D**, "cualquier información disponible en forma escrita, visual, oral o en forma de base de datos sobre el estado de las aguas, el aire, el suelo, la fauna, la flora, las tierras y los espacios naturales, y sobre las actividades (incluidas las que ocasionan molestias como el ruido) o medidas que les afecten o puedan afectarles, y sobre las actividades y medidas destinadas a protegerlas, incluidas las medidas administrativas y los programas de gestión del medio ambiente" (están excluidos los "documentos o datos inconclusos o de comunicaciones internas").

Con todo, la **D** establece algunas posibles exclusiones del derecho de acceso, que la legislación de los Estados debe concretar, e incluso reducir, aunque no ampliar. En tal sentido, se puede denegar la información: a) que afecte a la confidencialidad de las deliberaciones de las autoridades públicas, de las relaciones internacionales y de la defensa nacional; b) de los "asuntos que se encuentren 'sub iudice' o lo hayan sido en el pasado, o sean objeto de pesquisas (incluidas las investigaciones disciplinarias), o de investigación preliminar"; c) de los expedientes que contengan datos confidenciales (pero no está excluido el acceso a los expedientes "nominativos"), vale decir, los que afecten a la intimidad de las personas físicas o, si se prefiere un concepto más amplio, al ámbito que define la *privacy*; d) de los datos proporcionados por un tercero sin que éste esté obligado jurídicamente a proporcionarlos; e) de los "datos cuya divulgación pudiera perjudicar el medio ambiente a que se refieren".

Con todo, la **D** obliga a facilitar información parcial cuando sea posible separarla de alguna de las causas de exclusión.

La petición, señala la **D**, también puede denegarse cuando "sea manifiestamente abusiva o esté formulada de forma demasiado general".

La solicitud debe ser respondida en el plazo de dos meses, y el importe que pueda cobrarse por el suministro de información no debe exceder un costo razonable (art. 5).

Por otro lado, la **D** obliga a los Estados a trasponerla al Derecho interno dentro de un determinado plazo.

**SANCHEZ MORON, Miguel** (Catedrático de Derecho Administrativo -Universidad de Alcalá de Henares-), "El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, nro. 137, mayo-agosto 1995, p. 31.  
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.

[2]

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. CONTENIDO. ESTADO DE DERECHO. DEMOCRACIA. DERECHO A LA JURISDICCIÓN. PLAZOS RAZONABLES. ACTOS ADMINISTRATIVOS. PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSIÓN JUDICIAL DE LA EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. MEDIDAS CAUTELARES. REGLAMENTACIÓN. INCONSTITUCIONALIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD (DOCTRINA/ PORTUGAL, FRANCIA, ITALIA, ESPAÑA, COMUNIDAD EUROPEA).**

La relevancia constitucional del procedimiento cautelar  
de la suspensión judicial de la eficacia  
de los actos administrativos

**1. El principio de la tutela judicial efectiva.**

La Constitución de Portugal garantiza "a todos el acceso al derecho y a los tribunales para defensa de sus derechos, no pudiendo la justicia ser negada por insuficiencia de medios económicos" (art. 20.1).

El mencionado principio se ha visto reforzado por la revisión de la Constitución portuguesa (1989) que establece "el acceso de los administrados a la justicia administrativa para la tutela de sus

derechos o intereses legalmente protegidos" (art. 268.5).

La tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo y se concreta mediante diversas manifestaciones: a) el acceso al derecho y a los tribunales no debe ser dificultado por requisitos procesales artificiales e injustificados, ni por el costo de los procesos; b) el proceso debe estar revestido de todas las garantías que hagan posible una defensa adecuada y sin dilaciones indebidas; c) las sentencias deben ser eficaces.

Es doctrina del Tribunal Constitucional de Portugal que la protección prevista en el art. 20.1. cit. se desdobra en tres momentos: "primero, el derecho de acceso a los 'tribunales' para la defensa de un derecho o de un interés legítimo, esto es, un derecho de acceso a la 'Justicia', a órganos jurisdiccionales independientes e imparciales (art. 206 de la Constitución) y cuyos titulares gocen de prerrogativas de inamovilidad y de irresponsabilidad por sus decisiones (art. 218.1. y 2., íd.); segundo, una vez concretado el acceso a un tribunal, el derecho a obtener una solución en un plazo razonable; tercero, una vez dictada la sentencia, en el derecho a la ejecución de las decisiones de los tribunales o un derecho a la efectividad de las sentencias" (Ac. 444/91).

La Convención Europea de los Derechos del Hombre (1950), a su vez, reconoce a toda persona el "derecho a que su causa sea examinada, equitativa y públicamente en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial" (art. 6.1.). Respecto de la mencionada razonabilidad del plazo, el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre ha considerado que se extiende a las jurisdicciones administrativas (sentencia del 28-6-1978, caso *König*).

Si la justicia no es impartida en un plazo razonable, corre el riesgo de transformar el recurso ante los tribunales en un garantía puramente ilusoria, produciendo la sentencia final más frustraciones que justicia. Empero, la exigencia de una justicia rápida no puede ser alcanzada mediante la disminución de las garantías procesales y materiales. Para evitar este peligro, surge la necesidad de que los tribunales puedan adoptar medidas adecuadas, en el sentido de que las sentencias no se tornen completamente inútiles. Las medidas cautelares son los instrumentos para conjurar ese peligro: aseguran provisoriamente la integridad de los bienes o de las situaciones jurídicas litigiosas, y tienen como objetivo evitar que el tiempo necesario para obtener la sentencia definitiva no termine por hacer desaparecer, irreversiblemente, el contenido del derecho ejercido, garantizando, consecuentemente, la ejecución real y efectiva de las sentencias y la utilidad del recurso.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el ámbito de los litigios emergentes de las relaciones jurídico-administrativas se encuentra entre los derechos fundamentales, según las constituciones de España (art. 24), Italia (arts. 24 y 113) y de Bonn (art. 19).

## 2. El derecho a la tutela judicial efectiva y la suspensión judicial de la eficacia.

**2.1.** La profundización de la juridicidad, inherente el Estado de Derecho Social y Democrático, como forma de evitar la arbitrariedad por parte de los poderes públicos depende, en lo que respecta a la Administración, no sólo de la revigorización de las garantías jurídico-formales de actuación y control, sino, esencialmente, de los términos y condiciones de la tutela ofrecida por el sistema judicial de control de sus actos.

**2.2.** La efectividad de la tutela judicial en el contencioso-administrativo encuentra sus problemas más graves en: a) la demora en la resolución de los recursos; b) la deficiente instrumentación de las providencias cautelares; y c) la ausencia de efecto suspensivo del recurso contencioso contra actos administrativos.

Respecto de la circunstancia sub c, los siguientes ordenamientos disponen:

**2.2.1. Italia:** es regla general el efecto no suspensivo (T.U. de la Ley del Consejo de Estado, 26-6-1924, art. 39).

**2.2.2. Francia:** el recurso ante el Tribunal Administrativo no tiene efecto suspensivo, salvo que ello sea dispuesto por el tribunal a título excepcional (Code des Tribunaux Administratifs, art. R 96).

**2.2.3. España:** "la interposición del recurso contencioso administrativo no impedirá a la administración a que ejecute el acto o la disposición objeto del mismo, salvo si el tribunal concede a pedido del actor, la suspensión" (Ley del Contencioso Administrativo, art. 122).

**2.3.** Empero, por las exigencias del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, la tendencia actual se orienta hacia la eficacia práctica de las decisiones judiciales, vale decir, que éstas sean susceptibles de tener incidencia real en la esfera jurídica o en la situación para la que se reclama la tutela jurisdiccional, de tal modo que se logre una reparación verdadera de aquéllas, y no sólo una sentencia puramente ilusoria.

Las exigencia de la mencionada tutela, asociada al principio de juridicidad, conducen a un movimiento generalizado hacia la reforma del contencioso administrativo (normalmente de tipo conservador), a fin de evitar hechos consumados o situaciones irreversibles que disminuyan sustancialmente la eficacia restauradora de las sentencias, desprestigiando a los tribunales y desacreditando el recurso contencioso.

Dicho movimiento se proyecta hacia la concesión de una latitud mayor al campo de aplicación del efecto suspensivo de los recursos, cuando no hacia la adopción del sistema alemán en el cual la regla es el efecto suspensivo de los remedios (nota de la Secretaría: v. "El sistema de las acciones y la protección de urgencia en el contencioso administrativo alemán", en **investigaciones 1** -1996-, sección Textos Escogidos, p. 45).

Cabe advertir que el "Anteproyecto" español de reformas a la ley de procedimiento administrativo, propone sustituir el criterio tradicional de irreparabilidad de los daños, por requisitos tales como: "cuando la ejecución pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima" o "produzca una situación irreversible", o "cuando no haya urgencia comprobada en la ejecución", si bien en cualquiera de los casos pueda ser negada la suspensión si causa perturbación grave a los intereses generales.

En Francia, asimismo, se ha previsto la suspensión de la eficacia de actos administrativos impugnados cuando: a) comprometan el ejercicio de una libertad pública o individual (ley del 2-3-1976); b) se vinculen con la protección de la naturaleza (ley del 10-7-1976); c) importen la autorización de obras que carezca del estudio sobre el impacto ambiental, cuando correspon-diere.

Este movimiento, también apunta a poner a disposición de los jueces administrativos nuevas medidas cautelares:

**2.3.1. Italia:** se debe a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el desenvolvimiento del sistema cautelar, sobre todo a partir de la sentencia nro. 190 (28-6-1985) que declaró inconstitucional la limitación de las medidas cautelares sólo a la de suspensión, en materia de controversias patrimoniales de empleo público. Desde entonces, los tribunales contencioso-administrativos emplean con frecuencia medidas cautelares positivas y pueden condenar a la Administración al pago de sumas pecuniarias en dicha materia, a título provisorio (con base en esta decisión, la doctrina italiana ha propuesto la extensión de las medidas cautelares atípicas a todo el contencioso administrativo). Los jueces administrativos italianos, sensibilizados por los perjuicios derivados de la excesiva duración de los procesos que puede provocar daños graves a los recurrentes, en ausencia de medios cautelares expeditos, se han volcado hacia una generosa interpretación de los

presupuestos de la suspensión. En tal sentido, raramente se exige la "irreparabilidad del daño" - prevista en la ley 6/12 nro. 1304, art. 21-, bastando con la "gravedad" del perjuicio que pueda llegar a sufrir el recurrente por la eficacia inmediata del acto atacado, en los términos del art. 39 (cit. en 2.2.1.). Este criterio ha sido aplicado cuando están en juego tanto bienes infungibles como fungibles. Asimismo, son frecuentes los casos de jurisprudencia relativos a la suspensión de los actos administrativos que imponen el pago de sanciones administrativas pecuniarias.

**2.3.2. Francia:** si bien el sistema francés está caracterizado por una jurisprudencia muy rígida respecto de la suspensión, ha desarrollado un régimen de medidas cautelares a fin de garantizar una tutela judicial efectiva, como las técnicas del *référé*, del *constat d'urgence* y más recientemente el *référé provision*, por influencia del sistema cautelar civil.

**2.4.** El movimiento jurídico en torno del instituto de la suspensión se asienta en el reconocimiento de que éste resulta un instrumento de protección provisoria esencial en el contencioso administrativo, que permite salvar, en muchos casos, la utilidad práctica del recurso contencioso de nulidad, garantizando la efectividad de este medio de tutela judicial.

Ahora bien: ¿se puede inferir de lo expuesto que el derecho a la tutela judicial efectiva exige la suspensión de los actos administrativos en todos los casos, como forma indispensable para alcanzar una adecuada protección judicial?; ¿se trata de un derecho autónomo, de la misma naturaleza que el derecho al recurso contencioso o, por lo menos, en cuanto presupuesto esencial de este derecho?.

La respuesta a estos interrogantes tiene importantes consecuencias prácticas en lo que se refiere a la discrecionalidad del legislador para reglamentar la materia.

En los últimos tiempos, va ganando consistencia la idea de que las providencias cautelares forman parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

**2.4.1. Italia:** el Tribunal Constitucional ha considerado que el poder de suspensión es un elemento connatural al sistema de tutela judicial, por lo que la exclusión de dicho poder o una limitación no justificada del ejercicio de la suspensión para determinada categoría de actos, resulta inconstitucional por violatoria del principio de igualdad (art. 3, Constitución italiana) y del principio de tutela judicial efectiva (arts. 24 y 113, íd.; sentencia 284, del 27-12-1974: en el caso se declaró la inconstitucionalidad de una ley que restringía la posibilidad de suspender actos administrativos en materia expropiatoria, a los supuestos de error grave y evidente en la determinación de los inmuebles o de sus propietarios).

Dicho Tribunal, asimismo, consideró inconstitucional la ley que limitaba la intervención cautelar del juez administrativo a la suspensión judicial del acto administrativo impugnado, y no le permitía, en materia de pretensiones patrimoniales de empleados públicos, la adopción de medidas cautelares que, según las circunstancias, resultaran más idóneas para asegurar, provisoriamente, los efectos de la decisión de mérito. Invocó, a este fin: a) el principio de igualdad, habida cuenta que la ley consagraba una disparidad de trato a los trabajadores del Estado respecto de los del ámbito privado, pues los jueces del trabajo disponían de amplios poderes cautelares, mientras que los del contencioso administrativo sólo disponían de la suspensión; b) el principio de la tutela judicial efectiva (arts. 24 y 113 cits.); y c) el ya mentado principio acerca de que "la duración de un proceso no debe causar daño al que tiene la razón", principio central de las medidas cautelares y que se encuentra garantizado por la Constitución (arts. 3.1. y 113). El juez administrativo, agregó, está legitimado a adoptar las medidas urgentes que en cada caso resulten idóneas para asegurar los efectos de la decisión final, desde que estén presentes los presupuestos del "fumus boni iuris et pericula in mora" (sentencia nro. 190, del 28-6-1985, relativa al caso de reclamo salarial de un empleado público, en el que, comprobada la situación de perjuicio grave e irreparable para el

recurrente y no habiendo la Administración contestado a los reclamos, fue ésta condenada al pago de una suma a título provisorio). En el derecho italiano son frecuentes las intervenciones del legislador a fin de limitar el alcance de la suspensión, orientación esta que ha sido contrariada por la jurisprudencia, en especial del Tribunal Constitucional, siendo numerosos los ejemplos de declaraciones de inconstitucionalidad de normas que buscaban alcanzar dicho objetivo.

**2.4.2. Francia:** el Consejo Constitucional tuvo por inconstitucional la ley que excluía la suspensión de la eficacia de un acto administrativo, por contraria a la "garantía esencial de los derechos de defensa". Se trataba de una norma que transfería la competencia, para conocer en determinados recursos, del Consejo de Estado a un tribunal ordinario (*Cour d'appel* de París). Con ello, los particulares quedaban privados de requerir y obtener, en dichos recursos, la suspensión de la eficacia. El Consejo Constitucional consideró "una garantía esencial de los derechos de defensa, la facultad de requerir la suspensión de la eficacia (*sursis à exécution*) de un acto administrativo cuya ejecución inmediata corra el riesgo de provocar consecuencias difícilmente reparables" (sentencia nro. 86-224 DC, del 23-1-1987).

**2.4.3. España:** el Tribunal Supremo (auto del 20-12-1990) juzgó que las medidas cautelares "son una exigencia imprescindible, en determinadas circunstancias, del derecho a la tutela judicial efectiva". Más concretamente: "son el único medio para que la tutela no se frustre, totalmente, o, por lo menos, gravemente, con motivo de la duración normal de los procesos".

Por su parte, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el impedimento puesto a los tribunales para suspender las resoluciones administrativas en materia de derechos y libertades de extranjeros, pero invocando la violación del art. 14 de la Constitución de España (discriminación entre extranjeros y nacionales; sentencia del 7-7-1987). Este último órgano judicial, en lo que hace a la tutela judicial efectiva, sostuvo que se satisface "facilitando que la ejecutoriedad pueda ser sometida a la apreciación de un tribunal y que éste, con la información y el contradictorio adecuado, decida sobre la suspensión" (sentencia del 6-6-1984).

De su lado, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con sustento en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24, Constitución de España) y en la "apariencia de buen derecho", condenó a la Administración a una providencia cautelar positiva (auto del 21-3-1991). En el caso, se cuestionaba el rechazo de un pedido de inscripción en un registro, sin lo cual la empresa peticionaria estaba impedida de trabajar. La recurrente solicitó la suspensión judicial de la eficacia del acto y, como alternativa, si ello no bastara para asegurar la continuidad del trabajo, la adopción de una medida cautelar positiva que le permitiese desarrollar sus actividades durante el trámite del recurso. Según García de Enterría, con esta sentencia "quedó absolutamente demostrado que la tutela cautelar es una dimensión imprescindible de la tutela judicial efectiva" que fundamenta "el carácter 'apertus' de las medidas cautelares a adoptar por los jueces conforme a las circunstancias de cada caso y la apariencia de buen derecho".

**2.4.4. Comunidad Europea:** esta última posición, asimismo, es la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la tutela cautelar, al ser una exigencia inherente a la plena eficacia del Derecho y, por consiguiente, también del Derecho Comunitario, legitima la adopción por parte del juez nacional de medidas cautelares contra el derecho interno, aun cuando no estuvieran expresamente previstas, para asegurar preventivamente la tutela efectiva que le compete en relación al Derecho Comunitario (sentencia del 19-6-1990, *Factortame*).

**2.4.5. Portugal:** en una primera etapa, el Tribunal Constitucional portugués (2a. sección), afirmó, por mayoría, que el instituto de la suspensión judicial de la eficacia de los actos administrativos tenía fundamento legal, no estando el legislador directamente obligado, por la Constitución, a

prever dicha garantía; de ahí que aquél pueda, "sin incurrir en inconstitucionalidad, retirar pura y simplemente o modelar de manera diferente" la suspensión. "La suspensión es -agregó- en verdad, un 'plus' de garantía que se suma a la garantía del propio recurso contencioso. Pero, mismo sin ese agregado, sin ese más, que es la suspensión, el derecho al recurso continúa asegurado..." (Ac. 107/88). El Tribunal se fundó en el carácter imperativo de los actos de la Administración basado en los privilegios a la ejecución previa y a la presunción de legalidad (estos privilegios justificarían el carácter no suspensivo del recurso contencioso bajo pena de que los particulares pudieran paralizar a la Administración).

Al argumento del carácter esencial de la facultad de obtener la suspensión judicial de la eficacia de los actos administrativos en relación con la garantía constitucional al recurso contencioso -entendido en el sentido de exigir invariablemente que la anulación o declaración de nulidad del acto administrativo por el tribunal, importe la reposición de las cosas al *statu quo ante*, esto es, la restauración "in natura" de la situación en que se encontraría el particular si el acto ilegal no hubiese sido practicado- contraponen dicho tribunal, fundamentalmente, dos objeciones. Por un lado, entiende que se trata de una suspensión "unilateral", en la medida en que sólo atiende a los intereses del administrado, olvidando que el acto administrativo tiende siempre a satisfacer un interés público, lo que exige que la Administración lo ejecute inmediatamente, para defensa del interés general". Por el otro, considera que la protección del efecto útil de la decisión judicial de anulación del acto impugnado no exige, siempre, una "restauración in natura" a la situación jurídica en que se encontraba el recurrente, pues "la utilidad del recurso contencioso, incluso en las hipótesis de imposibilidad de reposición a la situación jurídica anterior, está siempre asegurada mediante la indemnización de los daños provocados por el acto administrativo ilegal. En el caso de presentarse una causa legítima de inejecución (específica) de la sentencia del Tribunal Administrativo, el particular, además de una indemnización por los perjuicios resultantes del acto anulado por la sentencia, tiene derecho a ser indemnizado por los daños que derivan de la inejecución de la sentencia por causa ilegítima" (Ac. 173/91).

Esta argumentación del Tribunal Constitucional merece determinadas reflexiones:

a. Los referidos privilegios de ejecución previa y de presunción de legalidad son poco consistentes con los postulados de la administración en el actual Estado de derecho democrático. Al margen de la ambigüedad de ambas expresiones, el llamado principio de presunción de legalidad de los actos administrativos no es actualmente justificable por la fuerza imperativa de los actos administrativos ni por determinada inclinación intrínseca por parte de la Administración hacia el cumplimiento de la legalidad. El principio traduce apenas una mera técnica operativa de la que deriva, incluso erradamente, la regla de inversión de la carga de la prueba en el contencioso administrativo. Dicha presunción no puede ser entendida en el sentido de impedir que el juez utilice arbitrios cautelares, especialmente, la posibilidad de suspender temporariamente los efectos del acto impugnado durante el tiempo necesario para que se obtenga una decisión definitiva sobre su legitimidad. Por el contrario, tratándose de una presunción que puede ser destruida, es de toda conveniencia impedir que la normal lentitud del proceso frustre esa posibilidad. En palabra de García de Enterría, "en estos casos la tutela cautelar elimina el riesgo de que la presunción produzca un efecto perverso (no querido por ningún ordenamiento jurídico) de quitar todo sentido al control jurisdiccional de los actos y de las leyes. Lo contrario equivale a negar de raíz la posibilidad de tutela cautelar en términos absolutos dado que cualquier acto del Poder Público, sea normativo o individual, se presume legítimo hasta que se efectúe un control jurisdiccional sobre su legitimidad".

b. Por otro lado, es preciso considerar que la sistemática sustitución de la reparación "in natura" por una indemnización, no constituye un remedio eficaz en todos los casos, no atiende verda-



deramente a los intereses del recurrente y pone en crisis, en muchas situaciones, la eficacia ulterior de la sentencia de anulación. Teniendo en cuenta la lentitud que caracteriza a la justicia administrativa, la parsimonia con que normalmente los tribunales tienden a evaluar los perjuicios y la depreciación monetaria, la indemnización es con frecuencia irrisoria y siempre tardía. Además de estos inconvenientes, para que tal reparación se torne efectiva, se exige al particular que inicie otro proceso no menos lento y oneroso (el contencioso administrativo portugués es de mera anulación: el tribunal se limita a apreciar la ilegalidad del acto impugnado y a decretar su anulación, no pudiendo condenar a la Administración a la reparación "in natura" del patrimonio del recurrente ni a la realización de un acto, estándole vedado imponer prestaciones de "facere" o de "non facere", o sustituir a la Administración practicando el propio tribunal el acto que correspondería ser realizado. Anulado el acto administrativo ilegal, el proceso vuelve a la Administración correspondiéndole a ésta, a través de la ejecución de la sentencia, practicar todos los actos jurídicos y operaciones materiales necesarios para hacer efectiva la orden jurídica violada). Siempre que el juez al apreciar la suspensión entienda que, cuando el recurso sea decidido, ya no será posible garantizar una recomposición específica sino apenas una compensación por el daño ya causado, estará en presencia de un daño irreparable y, como tal, susceptible de obtener la suspensión. "Sólo la reparación 'in natura' es capaz de actuar como auténtica reparación" (Tribunal Supremo de España, auto del 13-3-1981). Es necesario -señaló este último Tribunal en otra oportunidad- "que la sentencia anulatoria de los actos o disposiciones recurridas permita una virtual recomposición de la situación jurídica sobre la que incide... sin que para ese efecto sea suficiente la solución, de naturaleza o carácter subsidiario, de la indemnización por daños y perjuicios a cargo de la Administración en caso de imposibilidad de la reparación 'in natura'" (sentencias del 17 y 21-7-1982).

c. Asimismo, es excesiva la afirmación de que todo acto administrativo está al servicio del interés general y que éste exija siempre la eficacia inmediata de los actos. La Constitución portuguesa señala como tarea fundamental de la Administración la prosecución del interés público, pero también el respeto por los intereses legalmente protegidos de los ciudadanos (art. 266.1). De lo que se trata es de romper con la idea de que el privilegio de la no suspensión de la eficacia de los actos sea algo inevitable y consustancial a la autoridad de la Administración, pasándose a cuestionar casuísticamente en qué situaciones debe mantenerse o suprimirse por innecesario o contradictorio con el principio constitucional de la tutela judicial efectiva. A partir de esta contradicción de intereses, corresponde al juez calificar las situaciones en las que la intensidad del interés público en la producción inmediata de los efectos del acto y la irreversibilidad de las alteraciones producidas en la situación jurídica del recurrente durante el proceso, justifiquen o no la suspensión. De ahí el protagonismo que debe asumir, en esta materia, la jurisprudencia, a fin de evitar un sacrificio injustificado de derechos, y de encontrar, para cada situación, una decisión de justicia material, esto es, una decisión cuya vertiente esencial haga prevalecer la solución menos perturbadora del equilibrio de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración (v. la Recomendación nro. R (89) 8, del 13-9-1989, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre medidas de protección provisoria en materia administrativa).

**2.5.** La garantía de la efectividad del control jurisdiccional no exige, de un modo general, que se reconozca al particular, en todas las situaciones, un derecho fundamental a la suspensión, como algo inherente a la garantía del recurso contencioso. El legislador goza, en este campo, de un margen de libertad; empero, ésta no alcanza a los supuestos en que la ausencia de suspensión hace perder toda utilidad al recurso. La suspensión es condición indispensable para la realización efectiva de la protección judicial cuando se demostrare que sin ella, el derecho al recurso quedaría afectado de

forma grave e insoportable, y el interesado impedido, de modo injustificado, de obtener protección para sus derechos e intereses. El Tribunal Constitucional de Portugal (2a. Sección) tiene dicho que, si bien la suspensión no es una facultad connatural a la garantía constitucional al recurso contencioso, ni un presupuesto necesario de ésta, "ello no excluye que, en situaciones excepcionálísimas, la posibilidad de obtener la suspensión judicial de la eficacia del acto esté indisolublemente ligada a la garantía del recurso contencioso en términos que tornaran a ésta en 'absoluta' e 'irremediabilmente' inútil, si dicha posibilidad fuese eliminada o gravemente dificultada por el legislador. En estas situaciones -cuya identificación no se compadece con formulaciones genéricas, pues presupone una puntualización particular- y en el que la facultad de obtener la suspensión jurisdiccional de la eficacia de los actos administrativos se confunde con el derecho al recurso contencioso, no debe la ley impedir la suspensión jurisdiccional de la eficacia del acto impugnado" (Acs. 172/91 y 230/91).

Sería de dudosa constitucionalidad una ley que, de plano, suprimiera la posibilidad de suspensión a toda una categoría de situaciones o grupos de interesados, sobre todo cuando tal medida no se mostrara necesaria ni adecuada para la defensa de un interés público relevante o de cualesquier otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos; se trataría, en este caso, de una restricción desproporcionada que no observaría el principio constitucional que prohíbe el exceso en las leyes restrictivas de derechos, en las dimensiones de proporcionalidad, necesidad y adecuación (art. 18.2, Constitución de Portugal).

Si bien al legislador le compete determinar los casos de anulación de actos administrativos, sería erróneo pensar que también dispone de un poder ilimitado para restringir, o eliminar, el poder instrumental de suspensión de los actos impugnados. "El poder de suspensión es un elemento 'connatural' de un sistema de tutela jurisdiccional, por lo que la exclusión de ese poder o la limitación del ámbito de ejercicio de éste a determinadas categorías de actos o a ciertos tipos de vicios contrasta con el principio de igualdad siempre que no se presente una justificación racional de la diversidad de tratamiento" (Tribunal Constitucional de Portugal -1a. Sección-, Ac. 43/92).

**SANTOS MAÇÃS, Maria Fernanda dos**, "A relevância constitucional do procedimento cautelar da suspensão judicial do eficacia dos actos administrativos", en *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidad de Coimbra, vol. LXIX, Coimbra, 1993, pp. 435/478.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 12.



## DOCUMENTOS

[1]

ACUERDO MARCO INTERREGIONAL DE COOPERACION ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y EL MERCOSUR, aprobado por ley 24.694, en *Legislación Argentina*, Buenos Aires, nro. 608, octubre 1996, p. 3.

[2]

DECLARACION CONJUNTA SOBRE EL DIALOGO POLITICO ENTRE LA UNION EUROPEA Y EL MERCOSUR -Anexo al Acuerdo Marco Interregional citado en el documento anterior [1]-, en *Legislación Argentina*, Buenos Aires, nro. 608, octubre 1996, p. 13.

[3]

DECLARACION DE VIÑA DEL MAR, VI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Santiago y Viña del Mar, Chile, 7 al 11-11-1996 (Secretaría de Investigación de Derecho Comparado).

[4]

PROTOCOLO A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS RELATIVO A LA ABOLICION DE LA PENA DE MUERTE, OEA, aprobado en Asunción, Paraguay, 8-6-90, en *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema Interamericano*, OEA, Secretaría General, Washington, 1996, p. 89.

**Nota de la Secretaría:** El Protocolo entrará en vigencia, para los estados que lo ratifiquen o se adhieran a él, a partir del depósito del correspondiente instrumento de ratificación o adhesión. Hasta mayo de 1996, los países signatarios son Brasil, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Uruguay y Venezuela; los tres últimos ya depositaron el instrumento de ratificación.

[5]

PROTOCOLO DE COOPERACION Y ASISTENCIA JURISDICCIONAL EN MATERIA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y ADMINISTRATIVA, suscripto entre los gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Valle de las Leñas -Departamento de Malargüe, Provincia de Mendoza-, 27-6-1992, aprobado por ley 24.578, en *Legislación Argentina*, Buenos Aires, 1995-C, p. 3146.

[6]

PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES, suscripto entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, Ouro Preto, Brasil, 16-12-1994, aprobado por ley 24.579, en *Legislación Argentina*, Buenos Aires, 1995-C, p. 3152.

[7]  
REGLAS DE ETICA DE LOS ABOGADOS DEL ESTADO DE NUEVA YORK, en *El Derecho*, Buenos Aires, 3-9-1996, p. 5.



## NOTICIAS

[1]

**DERECHOS HUMANOS. EFECTIVIDAD. PROTECCIÓN. JUSTICIA CONSTITUCIONAL (NOTICIAS/AMÉRICA LATINA).**

"La tarea principal de los jueces constitucionales de América Latina en la hora estelar de la democracia que vive nuestro continente, es la de hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas y los principios que los informan".

**CONSEJO DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO**, Segundo Encuentro, Bogotá, febrero 1994, 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*, Facultad de Ciencias jurídicas de la Universidad Javeriana, Colombia, junio 1994, nro. 85, p. 30. Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 89.

[2]

**IGUALDAD ANTE LA LEY. DISCRIMINACIÓN. HOMOSEXUALES. INCONSTITUCIONALIDAD (NOTICIAS/EE.UU.).**

1. La Enmienda 2 de la Constitución de Colorado (EE.UU.), prohibía la aprobación de leyes que protegieran a los *gays* de la discriminación, pero nunca llegó a aplicarse porque su validez fue inmediatamente cuestionada judicialmente por hombres y mujeres homosexuales y por tres ciudades que habían dictado ordenanzas protectoras de los derechos de los *gays*.

Por 6 votos contra 3, la Suprema Corte norteamericana decidió el 20-5-1996, en *Romer vs. Evans* (v., en este número, sección Jurisprudencia [3], p. 5), que la citada Enmienda denegaba protección constitucional a los *gays* y los hacía "diferentes a cualquier otra persona" (v. nota 1).

2. Este fallo ha dado lugar a la más amplia gama de reacciones de los grupos homosexuales. Los analistas -por su parte- discuten los efectos que tendrá en otras comunidades que han aprobado disposiciones similares a la de Colorado.

Por ejemplo, Jay Sekulow, principal asesor del *American Center for Law and Justice*, con

sede en Virginia, sostiene que no debe exagerarse la importancia de este *holding*: "si bien puede representar un cambio momentáneo, esta opinión no es el *Roe vs. Wade* ni el *Brown vs. Board of Education* del movimiento que defiende los derechos de los *gays*". "Aquellas opiniones dieron a las clases afectadas derechos sustantivos, y ésta no lo hace. No dice, por ejemplo, que el derecho a tener una conducta homosexual sea un 'liberty interest' protegido por la Enmienda XIV" (v. nota 2).

Los analistas debaten si la Suprema Corte ha debilitado -o incluso dejado sin efecto- la decisión que adoptara en *Bowers vs. Hardwick*, oportunidad en la que declaró válida una ley de Georgia contraria a la sodomía (v. nota 3).

Richard C. Reuben, en una nota publicada en *el ABA Journal* (v. nota 4), sostiene que la opinión de la mayoría, escrita por el *Justice Kennedy*, no menciona este fallo. Sin embargo, el *Justice Scalia* advierte, en su disidencia, que la mayoría contradice *Bowers*. Si la Constitución permite incriminar la conducta homosexual, escribió, con toda certeza permite la aprobación de leyes que "simplemente desfavorecen la conducta homosexual".

Se discute, también, si el *Justice Kennedy* adoptó el argumento que Laurence Tribe y otros analistas formularan al presentarse en este caso como *amicus curiae*: que la ley de Colorado es tan odiosa que viola *per se* la Constitución. El fallo no es inconsistente con la decisión adoptada en *Bowers*, dijo Tribe. Kennedy no usó la expresión "violación *per se*" en la opinión que escribió para la mayoría. Pero Tribe sostiene que la Suprema Corte se fundó en esta teoría al declarar que la Enmienda de Colorado "entorpece el proceso normal de revisión judicial" de un caso ordinario fundado en la igual protección. Pero si el punto crucial del *holding* de *Romer* es que las leyes "nacidas de la animosidad" hacia los homosexuales son inconstitucionales -advierte Tribe- la decisión "está en una tensión considerable con *Bowers*".

Michael McConnell, investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, cree que la Suprema Corte no adoptó la teoría "*per se*" de Tribe, sino que simplemente entendió que la Enmienda de Colorado no satisfacía el principio de racionalidad.

Esa decisión contradice *Bowers*, dice Doug Kmiec, profesor de la Facultad de Derecho de Notre Dame. "Si *Bowers* sigue siendo el buen derecho, Colorado tendría una base racional para dictar la Enmienda cuestionada en *Romer*", dijo. Kmiec llega a la conclusión de que "la mayoría ha dejado a *Bowers* sin efecto, *sub silentio*". McConnell, por su parte, brinda otra posible explicación para esta falta de coherencia: la opinión de Kennedy "es completamente incoherente, en cuanto a su razonamiento".

Sin embargo, Kathleen Sullivan, Profesora de Derecho de la Universidad de Standford, manifiesta que *Bowers* puede seguir siendo considerado como derecho vigente, porque hace referencia al debido proceso mientras que *Romer* analiza la igual protección. Sin embargo, admite que la fuerza de *Bowers* puede haber quedado un poco mitigada porque *Romer* muestra la tendencia actual de la Suprema Corte.

Esta tendencia, según Jean E. Dubofsky -abogado del Estado de Denver que alegó en el caso *Romer* en nombre de los opositores a la validez de la Enmienda-, indica "que la Corte podría mostrarse más dispuesta a derogar *Bowers*, si se le solicita hacerlo".

Tribe está de acuerdo con esto y afirma que puede buscarse sustento en *Romer* para alegar que otras leyes constituyen "violaciones *per se*" a la Cláusula de la Igual Protección.

Sin embargo, McDonnell no prevé ese efecto: "la interpretación más realista de *Romer* es que en dicho fallo la Corte estaba verificando la satisfacción del principio de racionalidad; oportunamente el *holding* quedará limitado a los presupuestos fácticos de este caso".

Por su parte, Julie Nice, profesora de derecho de la Universidad de Denver, expresó: "en los últimos 25 años, o algo así, no creo que hayamos recibido otra victoria tan comprehensiva de los

derechos civiles de la moderna Suprema Corte". "Simbólicamente, no puede sobrestimarse el impacto que tiene sobre la comunidad de gays y lesbianas, que ha estado siendo atacada, real y persistentemente, desde la derecha" (v. nota 5).

#### **NOTAS**

(1) "In Colorado offices, coffee shops, businesses, debate still rages", Nando.net, The Associated Press, Internet, 21-5-96.

(2) **Nota de la Secretaría:** Según el *Black's Law Dictionary* (6° ed., 1990), un *liberty interest* "es un interés que se considera reconocido por las Cláusulas del Debido Proceso de las Constituciones federal y estatales (U.S.C.A. Const.Amend. 5, 14). Generalmente comprende los derechos garantizados por las primeras ocho Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos, así como los intereses creados cuando los Estados, por vía legislativa o administrativa, imponen limitaciones a su propia discrecionalidad, y exigen que prevalezca un estándar determinado en la toma de decisiones".

(3) **Nota de la Secretaría:** en *Bowers vs. Hardwick* (478 US 186 -1986-) la Suprema Corte resolvió (syllabus):

"a) La Constitución no otorga a los homosexuales un derecho fundamental a practicar la sodomía. Ninguno de los derechos fundamentales anunciados en los casos anteriormente resueltos por esta Corte en relación a las relaciones familiares, matrimonio o procreación, tiene similitud alguna con el invocado en esta causa. Y cualquier pretensión de que aquellos casos brindan sustento a la pretensión de que cualquier tipo de conducta sexual privada voluntaria entre adultos es constitucionalmente separable de la prohibición dictada por un Estado, carece de sustento".

"b) Frente a la experiencia de que muchos Estados han penalizado la sodomía y aún lo siguen haciendo, afirmar que existe un derecho a actuar de ese modo que 'tiene profundas raíces en la historia y tradición de esta Nación' o que se encuentra 'implícito en el concepto de libertad ordenada' es, en el mejor de los casos, humorístico".

"c) Debería existir una gran resistencia a ampliar el alcance de las Cláusulas del Debido Proceso de modo de amparar nuevos derechos fundamentales. De lo contrario, el Poder Judicial asumiría, necesariamente, facultades adicionales para gobernar al país sin contar con la atribución constitucional correspondiente. El derecho invocado en este caso dista mucho de vencer este obstáculo".

"d) El hecho de que la conducta homosexual tenga lugar en la intimidad del hogar no afecta dicha conclusión. *Stanley vs. Georgia*, 394 US 557".

"e) Las leyes de sodomía no deberían ser declaradas inválidas con base en que la creencia mayoritaria (del electorado) de que la sodomía es inmoral e inaceptable resulta un fundamento inadecuado para sostenerlas".

(4) REUBEN, Richard C. "Gay Rights Watershed? Scholars debate whether past and future cases will be affected by Supreme Court' *Romer* decisión", en *ABA Journal*, vol. 82, julio de 1996, p 30.

(5) "Court decision seen as victory for gays", Nando.net, Scripps-McClatchy Western, Internet, 21-5-96.

### **[3]**

#### **INFANCIA. VIOLENCIA FAMILIAR. SEPARACIÓN ENTRE HIJOS Y PADRES. PROBLEMÁTICA (NOTICIAS/EE.UU.).**

Desde 1980, la *Adoption Assistance and Child Welfare Act* federal exige a los Estados norteamericanos que reciben fondos federales, la realización de "esfuerzos razonables" para impedir que los hijos se separen innecesariamente de sus padres, y para facilitar el reencuentro o reunificación de los hijos "foster" [los que reciben trato de hijos, sin estar legalmente adoptados]

con sus padres de sangre.

Este régimen -que pone énfasis en la importancia del "counseling" y la enseñanza, entre otros servicios, dirigida a los padres que no cumplen con sus obligaciones- es objeto, en la actualidad, de diversos cuestionamientos, fundados en que el empeño ilimitado de mantener unidas a las familias resulta, en numerosos casos, perjudicial para la protección de los niños.

En algunos Estados, las nuevas leyes prevén causales jurídicas para poner rápidamente en condición de ser adoptados a los niños que viven en ambientes en los que sufren tratos abusivos.

Empero, no han faltado voces -como la de Elizabeth Vorenberg, presidenta de la *National Coalition for Child Protection Reform*- que parten de la premisa de que debería limitarse el poder de los Estados para intervenir en el reino privado de la familia. Alegan, en tal sentido, que los trabajadores sociales estatales no deberían contar con facultades para separar a los niños de sus padres de sangre, a menos que exista prueba concluyente sobre la ineptitud aquéllos.

En esta posición, subyacen dos presunciones fundamentales: que los niños están mejor cuando se crían con sus padres de sangre, y que los padres que han abusado o descuidado a sus hijos pueden, con el apoyo y la ayuda de los servicios sociales, aprender a ejercer su rol en forma satisfactoria. Ha sido advertido, también, que con demasiada frecuencia, la pobreza se confunde con el descuido. En esos casos, se agrega, lo único que hay que hacer para mantener reunidas a las familias es dar subsidios para los alquileres o implementar programas de cuidado de niños después de salir del colegio. Para Richard J. Gelles, que encabeza el programa de investigación de violencia familiar de la Universidad de Rhode Island, la seguridad de los niños debe prevalecer sobre la reunificación de la familia (*The book of David: How Preserving Families Can Cost Children's Lives*). Uno de los argumentos más serios al respecto, sostiene, surge de las estadísticas de muerte de niños que han sido objeto de abuso. De acuerdo al *National Center on Child Abuse Preservation Research*, el 45 % de los 3.581 niños que se sabe fueron asesinados por uno de sus padres entre 1992 y 1994, murieron después de que los funcionarios locales y estatales de bienestar social habían notado los problemas de la familia. A ello se añade que la experiencia ha demostrado que los padres que se encuentran en el "punto más alto del abuso" -los que han agredido sexualmente a un niño pequeño o roto sus huesos, por ejemplo- no han mejorado su comportamiento con la ayuda de los servicios de preservación familiar. La mejor forma de proteger a estos niños, dice, es facilitar el camino para que sean adoptados poniendo rápidamente fin a los derechos de los padres. "El problema surge tanto de las leyes como de la forma en que se aplican. Las leyes federales y estatales tienden a no brindar ninguna precisión sobre qué constituyen 'esfuerzos razonables', que es el estándar que los Estados deben seguir, y algunas jurisdicciones interpretan 'esfuerzos razonables' en el sentido de 'todo esfuerzo posible'".

Mark Hardin, director de bienestar de niños del *Center on Children and the Law* de la *American Bar Association*, admite que la expresión "esfuerzos razonables" no equivale a "agotar los esfuerzos" cuando las probabilidades de reunificar a las familias sean remotas.

El Congreso ha escuchado las críticas. El conjunto de reformas del sistema de bienestar social aprobado en agosto de 1996 por el Poder Ejecutivo, si bien mantiene la la expresión comentada: "esfuerzos razonables", advierte que los Estados sólo deben realizarlos, en las familias en que se cometen abusos, cuando los funcionarios determinen que el niño estará a salvo en su hogar.

**LOWE, Alexandra Dylan**, "New Law Put Kids First. Reform stress protection over preserving families", en *ABA Journal*, vol. 82, mayo 1996, pp. 20/21.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 5.



[4]

**NOMBRE. CÓNYUGES. IGUALDAD DE SEXOS. HIJOS (NOTICIAS/ALEMANIA).**

1. En abril de 1994 entró en vigor la ley de diciembre de 1993, por la que se modifican determinadas disposiciones del Código Civil de Alemania en materia de nombres y apellidos.

2. La intervención del legislador fue motivada por una decisión del Tribunal Constitucional (5-3-1991) que consideró no conforme al principio constitucional de la igualdad de sexos (art. 3, párrafo segundo), la norma que disponía que a falta de elección por los cónyuges del nombre de familia (caso más usual), el apellido de nacimiento del marido era el que determinaba el de los esposos. El nuevo artículo 1355, apartado 3, del Código cit., dispone que, a falta de elección del nombre de familia, los cónyuges conservan su apellido de nacimiento.

3. Respecto a los hijos matrimoniales, el nuevo artículo 1612 del Código cit. difiere en algunos aspectos de la decisión provisional del Tribunal Constitucional que se había decantado por el apellido compuesto por el de ambos padres. Dicha norma dispone que si los padres tienen un apellido distinto, el hijo debe llevar el apellido de uno de ellos, elegido por sus padres. A falta de elección o de acuerdo entre los padres, los tribunales dejarán en manos de uno de éstos la determinación del apellido.

4. La nueva ley, abandonando la disposición que discriminaba a los cónyuges (la preponderancia del apellido del marido), permite la dualidad del sistema: que ambos cónyuges conserven su apellido de nacimiento y, a su vez, garantiza la elección de un nombre conyugal común, en el momento de la celebración del matrimonio y, con posterioridad, hasta un plazo de cinco años. La nueva ley permite en caso de elección de un nombre conyugal común, que el cónyuge cuyo apellido no ha sido elegido, pueda hacer que éste preceda o siga al apellido conyugal.

5. La reforma afecta fundamentalmente al derecho civil y no al derecho internacional privado Alemán, que no ve modificadas sus disposiciones básicas. No obstante, el sistema de la unidad del nombre de familia ha venido influenciando las disposiciones relativas a los conflictos de leyes en la materia, que establecen, como principio, la aplicación de la ley nacional para determinar el apellido de una persona. En lo que concierne al nombre conyugal, la modificación del derecho material comporta en el ámbito de los conflictos de leyes un mayor protagonismo de la autonomía de la voluntad, al permitir que los cónyuges sometan el derecho aplicable a la ley nacional del marido o de la mujer, y al establecer, asimismo, la posibilidad de opción por la ley alemana si uno de los cónyuges tiene en Alemania su residencia habitual (ya no se exige la celebración del matrimonio en Alemania como ocurría en el derecho anterior). Por otro lado, el que no se haya modificado, en la reforma de 1993, el mantenimiento de la excepción en favor de la ley alemana, ha sido objeto de críticas por la doctrina internacional privatista germana.

**BOUZA VIDAL, Nuria** (Catedrática de Derecho Internacional Privado -Universidad Pompeu Fabra-) y **QUIÑONES ESCAMEZ, Ana** (Profesora titular de Derecho Internacional Privado -Universidad Pompeu Fabra-), "Derecho Internacional Privado", en *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1996, nro. 1, pp. 135, 138.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.

[5]

**OBEDIENCIA DEBIDA. ORDENES LEGALES. DERECHOS HUMANOS. DERECHO NATURAL.**

## PROCESAMIENTO PENAL (NOTICIAS/ALEMANIA).

La Suprema Corte de la Alemania facilitó, el 12 de noviembre de 1996, el camino para el procesamiento y condena de los ex funcionarios y guardas de frontera de "Alemania del Este", acusados del asesinato de cientos de personas que intentaron cruzar el llamado Muro de Berlín para huir del régimen comunista.

Luego de dos años de audiencias, el Alto Tribunal rechazó las pretensiones de los acusados que alegaban haber cumplido órdenes que habían sido legales en Alemania del Este, pero que fueron declaradas inválidas en 1990, luego del colapso de dicho régimen.

Los defensores señalan el paralelo con las alegaciones formuladas por los funcionarios del régimen Nazi, juzgados por las fuerzas aliadas luego de la II Guerra Mundial, en el sentido de que fueron víctimas de la "justicia de los victoriosos".

El ex Ministro de Defensa de Alemania del Este alegó que ni él, ni el jefe del partido comunista, habían violado la ley vigente, a la sazón, en su país. La Corte rechazó esta línea argumental, al considerar que no era admisible que los funcionarios invocaran un caso de inmunidad, cuando las órdenes que habían ejecutado resultaron violatorias de derechos humanos bien arraigados o del derecho natural.

Las acciones seguidas contra los líderes políticos de Alemania del Este se encontraban suspendidas, a la espera del presente pronunciamiento.

El *holding* del fallo es que los oficiales de frontera que dispararon a las personas que intentaban escapar, y los altos funcionarios que elaboraron esa política, debían responder de sus acciones de acuerdo a la ley de Alemania Federal.

"Court clears way for East German Trials", Yahoo News (UPI), Internet, 12-11-1996.

[6]

## PROCESOS JUDICIALES. COBERTURA PERIODÍSTICA. TELEVISACIÓN (NOTICIAS/EE.UU.).

La Suprema Corte de los Estados Unidos escuchó, el 24 de abril de 1996, los últimos alegatos orales del período de sesiones 1995/96; la sala de audiencias del Tribunal estaba colmada por ciudadanos, abogados, invitados y periodistas. Si el pueblo norteamericano hubiera visto esto, se hubiera beneficiado. Pero, como los *Justices* sienten un gran antagonismo hacia la televisión del trabajo que hace la Suprema Corte, ese día parece lejano.

El *Justice* David Souter, que normalmente evita las hipérboles, expresó a un integrante de una subcomisión de la Cámara de Representantes: "el día que Ud. vea a las cámaras entrando a la Sala de Audiencias, estarán funcionando sobre mi cadáver".

Souter agregó que, cuando integraba la Suprema Corte de New Hampshire, las cámaras "afectaron mi comportamiento"; sabía que algunas de las preguntas que formulara desde el estrado "serían los extractos, totalmente fuera de contexto, del noticiero de las seis".

El Poder Judicial no es una institución política, observó, y no es parte de la industria del entretenimiento, y por lo tanto debiera quedar fuera del ojo de una cámara.

En la audiencia arriba señalada, el *Justice* Anthony Kennedy dijo que la Suprema Corte es "diferente a los otros Poderes" del gobierno, y debiera permitírsele que cumpla su trabajo "sin el

comentario intrusivo a que las cámaras dan lugar" y sin el "riesgo de que (éstas) modifiquen el comportamiento de los jueces y de los abogados que comparecen ante nosotros".

El *Chief Justice* William H. Rehnquist y su predecesor Warren Burger, han expresado sentimientos parecidos, al igual que la mayor parte de los otros *Justices*.

La presencia de cámaras y de equipos de radiodifusión estuvo prohibida en todos los tribunales hasta que, en 1981, la Suprema Corte declaró que no había ningún impedimento constitucional para la televisación de los procesos, y que correspondía a los Estados decidir si se debía permitir su presencia y en qué condiciones.

Actualmente, cuarentisiete Estados han autorizado algún tipo de cobertura de los procesos. Si bien el sistema judicial federal ha tenido experiencias exitosas en procesos televisados, la presencia de las cámaras generalmente está prohibida.

Fred Rodell, difunto profesor de Yale, criticaba a veces al mundo jurídico por esconderse en prácticas antiguas o conjuros absurdos para crear una mística que lo protegiera. Esto es exactamente lo que Souter y sus colegas están haciendo.

¿Qué intereses se perjudicarían si una cámara invisible y silenciosa estuviera presente? La cobertura completa impediría que se hicieran los informes fuera de contexto, como temía Souter, y que rutinariamente publica la prensa.

Hace algunas décadas, J. Skelly Wright, un famoso juez federal, urgió la televisación de las actuaciones de la Suprema Corte: "si el país escuchara las decisiones -expresó- recibiría una incomparable lección sobre el significado de nuestros derechos y principios constitucionales".

¿Qué perjuicio podría provenir de la lectura o resumen que los *Justices* hacen de sus decisiones si, de todos modos, las leen en voz alta?

Algunas de las críticas a las decisiones de la Suprema Corte, especialmente en los casos complejos, obedecen a errores en la interpretación de las cuestiones planteadas, por lo que la posibilidad de escuchar los alegatos y decisiones podría brindar claridad al respecto.

Desde abril de 1995, la Suprema Corte de Washington ha permitido la televisación de los alegatos orales. Una rama de la emisora C-Span que tiene un alcance estadual -emisora sin fines de lucro llamada TVW- hace una cobertura completa. Tres pequeñas cámaras no obstructivas enfocan a los abogados y juristas. No hay "zooms", no se hace edición, ni se realizan comentarios (Denny Heck, ex-legislador estadual que preside la TVW, ha sido entrevistado por los administradores judiciales de diversos Estados que están interesados en copiar la experiencia de Washington).

El *Justice* Charles Z. Smith, manifestó: "estoy deslumbrado por la cantidad de gente de distintos puntos del Estado que ve (las emisiones) y alaba este hecho. Es un ejemplo de cómo se puede educar a la gente en relación a qué es lo que hacen los tribunales".

No fue necesario que las cámaras funcionaran sobre cadáveres. Y la administración de justicia no se ha pervertido.

Se supone que la Justicia es ciega. Pero no debería ser invisible.

**GOLDFARB, Ronald** (abogado), "Justice shouldn't be invisible", Nando News Network, Internet, 4-5-1996.

[7]

**SUICIDIO ASISTIDO. ENFERMOS TERMINALES. ASISTENCIA MÉDICA. CONDICIONES. DERECHOS DEL PACIENTE Y DEL MÉDICO (NOTICIAS/AUSTRALIA).**

Los aspectos más destacables de la Ley de los Derechos de los Enfermos Terminales, de Australia (1995, con las enmiendas que entraron en vigencia el 1-7-1996), son los siguientes:

**1. Parte 1:** Preliminar (relativa a definiciones de diversas expresiones).

"Asistir" es, en relación a la muerte o la intención de morir formulada por un paciente, el acto de prescribir y/o preparar, y entregar o administrar, una sustancia al paciente.

"Enfermedad terminal" es aquella que, de acuerdo a un criterio médico razonable y en el curso normal de los acontecimientos, producirá la muerte del paciente si no se aplican medidas extraordinarias o un tratamiento que el paciente considera inaceptable.

**2. Parte 2:** Pedido y prestación de asistencia.

**2.1.** Un paciente terminal que siente dolor, sufrimiento o aflicción insoportables, puede pedir a su médico que lo ayude a terminar con su vida.

**2.2.** El médico que recibe este pedido y considera que están satisfechas las exigencias previstas en esta ley, puede optar entre asistir al paciente o, por cualquier razón y en cualquier momento, negarse a hacerlo.

**2.3.** A fin de garantizar la independencia de criterio del médico interviniente, la ley prohíbe que éste reciba beneficios económicos extraordinarios (distintos del pago razonable de los servicios profesionales) por la asistencia brindada (en caso de violación de esta norma, está prevista una pena de multa de \$ 10.000 para los infractores).

**2.4. Condiciones bajo las cuales un médico puede asistir.**

**2.4.1.** Un médico sólo puede asistir a un paciente a poner fin a su vida cuando se cumplen todas estas condiciones:

A) que el paciente tenga por lo menos 18 años;

B) que el médico interviniente esté seriamente convencido de que:

a) el paciente está sufriendo una enfermedad que en su curso normal y sin la aplicación de medidas extraordinarias, va a causar la muerte;

b) no existe un tratamiento médico, aceptable para el paciente, que permita abrigar la esperanza de una cura; y

c) todos los tratamientos médicos disponibles para el paciente, sólo permiten aliviar el dolor, sufrimiento y aflicción para que aquél muera confortablemente;

C) que un médico especializado en la enfermedad del paciente confirme el diagnóstico y pronóstico del médico al que se pidió asistencia;

D) que un psiquiatra confirme que el pedido del paciente no obedece a una crisis depresiva tratable, causada por su estado de salud;

E) que la enfermedad esté causando al paciente dolor o sufrimiento severos;

F) que el médico interviniente informe al paciente sobre la naturaleza de la enfermedad, su probable evolución, y el tratamiento médico asequible, así como respecto de la disponibilidad de cuidado sintomático, apoyo psiquiátrico, "counselling", y medidas extraordinarias para mantenerlo vivo;

G) que después de recibir dicha información, el paciente indique al médico interviniente que ha decidido poner fin a su vida;

H) que el médico interviniente esté convencido de que el paciente está lúcido y que ha evaluado las consecuencias que su decisión tiene para sí y para su familia;

I) que habiendo transcurrido una semana desde el pedido de asistencia, el paciente, o su representante, firmen la solicitud correspondiente (la ley contiene un modelo de formulario);

J) que el médico interviniente presencie dicha suscripción;

K) que otro médico suscriba el pedido de asistencia, después de haber discutido el caso con el médico interviniente y con el paciente, y de haber verificado la satisfacción de todos estos requisitos;

L) que el médico interviniente no tenga motivos para creer que alguno de los profesionales intervinientes, sus parientes próximos o asociados, va a obtener un beneficio económico (distinto al pago razonable de los servicios médicos), directa o indirectamente, de la muerte del paciente;

M) que hayan pasado no menos de 48 horas desde la firma de la solicitud;

N) que el paciente no haya informado al médico un cambio de decisión;

O) que el propio médico interviniente brinde la asistencia y/o se encuentre presente mientras se brinda la asistencia y hasta el momento de la muerte del paciente.

**2.4.2.** Al asistir a un paciente en los términos de esta ley, el médico interviniente debe guiarse por los estándares médicos apropiados, por las pautas que eventualmente se prescriban, y por la información farmacéutica disponible sobre cualquier sustancia razonablemente asequible para usar en esas circunstancias.

## **2.5. Cuidado paliativo.**

**2.5.1.** Un médico no puede asistir a un paciente a terminar con su vida si, después de consultar con el especialista en la enfermedad que este sufre (**2.4.1.c**), considera que existen alternativas que alivian su dolor y sufrimiento hasta niveles que el enfermo considera tolerables.

**2.5.2.** Cuando un paciente pide asistencia en términos de esta ley y posteriormente se somete a un tratamiento que alivia su dolor y sufrimiento, el médico interviniente no puede ayudarlo a terminar con su vida. Si más adelante la terapia pierde su efectividad, el médico interviniente sólo puede asistir al enfermo si éste le reitera su intención al respecto.

## **2.6. Paciente que no puede firmar el certificado de pedido.**

**2.6.1.** La solicitud de una persona que esté físicamente incapacitada para firmar puede ser suscrita, en su nombre, a su pedido, y en presencia de aquella y de dos médicos intervinientes, por cualquier persona mayor de 18 años, que no sea el médico interviniente ni el mencionado en **2.4.1.c**, ni una persona que tenga posibilidades de recibir un beneficio económico, directo o indirecto, a resultas de la muerte del paciente.

**2.6.2.** Una persona que firma un certificado de pedido en nombre de un paciente pierde todo beneficio, económico o no, que de otro modo hubiera obtenido, directa o indirectamente, a resultas de la muerte.

## **2.7. Derecho a revocar el pedido.**

**2.7.1.** Un paciente puede revocar el pedido de asistencia formulado en los términos de esta ley en cualquier momento y de cualquier forma.

**2.7.2.** Cuando un paciente revoca un pedido, el médico interviniente debe, tan pronto como sea posible, destruir el certificado de pedido y anotar el hecho en su historia clínica.

## 2.8. Conducta impropia.

**2.8.1.** Una persona no debe, mediante engaño o ejercicio de influencia indebida, obtener la firma o la presencia de testigos para la firma, de un certificado de pedido (pena: \$ 20.000 o prisión por 4 años).

**2.8.2.** Quien viole esta prohibición pierde todo beneficio que de otro modo hubiera obtenido, directa o indirectamente, a raíz de la muerte del paciente, resulte ésta de la asistencia brindada en los términos de esta ley o no.

**3. Parte 3:** Trata de las exigencias registrales y de forma con que debe emitirse el certificado de defunción.

**4. Parte 4:** Contiene cláusulas relativas a la liberación de responsabilidad penal para los médicos intervinientes, y a los efectos que tiene esta norma en la interpretación de testamentos, contratos, leyes y en los seguros.

**RIGHTS OF THE TERMINALLY ILL ACT** (1995, con las enmiendas que entraron en vigencia el 1-7-1996), Gobierno del Northern Territory of the Commonwealth, Internet, 14-11-1996.

[8]

**SUICIDIO ASISTIDO. PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA. INCONSTITUCIONALIDAD. PROBLEMÁTICA EN GENERAL (NOTICIAS/EE.UU.).**

En decisiones simultáneas pero bastante diferentes desde el punto de vista analítico, dos cámaras federales de apelaciones de los Estados Unidos resolvieron sendos casos de suicidio asistido promovidos en Nueva York y Washington. Ambas sentencias dispusieron que los enfermos terminales, lúcidos, tenían un derecho constitucional a contar con la ayuda de un médico para acelerar su muerte.

### 1. Las decisiones estatales

**1.1.** La Cámara de Apelaciones de los Estados Unidos para el 9no. Circuito (San Francisco) resolvió, por 8 votos contra 3, que una cláusula central de la ley de Washington -dirigida fundamentalmente a los médicos- que prohibía los suicidios asistidos (*Wash.Rev. Code 9A.36.060*) violaba la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos.

Este fallo es el primero dictado por un tribunal federal de alzada en este área.

La mayoría de la Cámara declaró que la causa "nos exige enfrentarnos a la preocupación humana más básica -la mortalidad propia y la de los seres queridos-, y a realizar un balance entre el interés en preservar la vida humana y el deseo de morir en paz y con dignidad".

El tribunal reconoció, también, el eco proveniente de los casos resueltos en materia de aborto y derecho a morir. En ambas áreas, dijo el tribunal, "surgieron preocupaciones religiosas y morales parecidas" y "se plantearon problemas básicos en relación al derecho de opción que tiene un individuo".

Siguiendo los criterios adoptados en esas familias de casos, el 9no. Circuito hizo un análisis del litigio que consta de dos pasos. En primer lugar, declaró que "la Cláusula del Debido Proceso de la

Enmienda XIV ampara el interés que tiene una persona en controlar el momento y forma de su muerte". Al llegar a la conclusión de que existía un vínculo -fundado en el debido proceso sustantivo- entre las cuestiones planteadas y los casos de aborto y derecho a morir, advirtió: "el hilo común que une estos casos es la exigencia de tomar decisiones que son muy personales e íntimas y extremadamente importantes para el individuo". "Ciertamente, pocas decisiones son más personales, íntimas e importantes que la decisión de poner fin a la propia vida, especialmente cuando la razón para hacerlo es evitar el dolor excesivo y prolongado".

En el segundo paso de su análisis, el tribunal evaluó el alcance con que un Estado puede limitar el ejercicio de lo que la sentencia denominó un "derecho a morir" reconocido constitucionalmente". El tribunal identificó seis fundamentos primarios que el Estado tiene para oponerse al suicidio asistido: a) el interés genérico en preservar la vida; b) el interés más específico en evitar los suicidios; c) el interés en evitar la participación indebida de terceras personas; d) el interés en proteger a los miembros de la familia y a las personas queridas; e) el interés en proteger la integridad de la profesión médica; y f) el interés en evitar las consecuencias adversas a que daría lugar la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

Si bien reconoció estos intereses, el tribunal no los consideró suficientemente importantes -ni individual ni conjuntamente- como para prevalecer sobre el derecho a decidir cómo terminar la propia vida.

"No vemos ninguna diferencia ética o constitucionalmente reconocible entre la acción de un médico que tira del enchufe de un respirador y aquella en la que receta fármacos que permitirían que un enfermo terminal ponga fin a su vida".

Sostuvo también, que "en este caso, al permitir que el individuo ejerza el derecho a elegir, estamos siguiendo el mandato constitucional de sacar estos derechos de las manos del gobierno y ponerlos donde corresponde, en las manos del pueblo... Estamos permitiendo que los individuos tomen decisiones que afectan muy profundamente su existencia e impidiendo que el Estado se entrometa excesivamente en ese ámbito crítico" (v. nota 1).

**1.2.** Mientras tanto, la Cámara de Apelaciones de los Estados Unidos para el 2do. Circuito -Nueva York-, declaró la inconstitucionalidad de una ley de dicho Estado que prohibía que los médicos ayudaran a suicidarse a los pacientes terminales.

El tribunal dijo que, habiendo reconocido que los enfermos terminales tienen derecho a abandonar un tratamiento, Nueva York carecía de una base racional para negarse a permitirles que busquen ayuda para poner fin a sus vidas. "La distinción hecha por la ley de Nueva York... no persigue la satisfacción de ningún objetivo estadual legítimo" (v. nota 2).

**1.3.** Si bien los dos fallos de alzada llegan a la conclusión de que los Estados no pueden prohibir el suicidio asistido, el 2do. Circuito entendió que la Cláusula de la Igual Protección no autorizaba a distinguir entre el suicidio asistido por un médico -que era ilegal en Nueva York- y la interrupción del apoyo médico para mantener con vida a una persona, que era legal en dicho Estado.

El 9no. Circuito, por su lado, declaró que se violaban los derechos fundados en el debido proceso del paciente cuando se le negaba el acceso a las drogas que le permitían suicidarse.

**1.4.** David Orentlicher -médico y abogado que dirigió la División de Ética Médica de la Asociación Médica Americana, en Chicago, antes de ser profesor de la facultad de derecho de la Universidad de Indianápolis en 1995 (v. nota 3)- sostiene que los casos de suicidio asistido podrían plantearse en cualquier jurisdicción de los Estados Unidos ya que cuarenta y tres Estados han aprobado leyes que prohíben dicha práctica (v. nota 4).

## 2. Los recursos ante la Suprema Corte de los Estados Unidos

**2.1.** El 1 de octubre de 1996 dicho tribunal aceptó revisar los dos casos estatales anteriormente reseñados: *Vacco vs. Quill* (nro. 95-1858), de Nueva York, y *Washington vs. Glucksberg* (nro. 96-110).

**2.2.** En 1990, la Suprema Corte había resuelto la causa *Cruzan vs. Missouri Department of Health* (497 US 261 -1990-), iniciada por un matrimonio que demandaba la desconexión de los aparatos que mantenían con vida a su hija, que se encontraba en estado de coma. El Alto Tribunal reconoció que la Constitución amparaba el derecho a poner fin a la vida propia; empero, dijo que los Estados - en ese caso Missouri- podían exigir que se demostrara en forma clara y convincente que el enfermo, de estar lúcido, tomaría esa decisión (v. nota 5).

La Justice O'Connor integró la mayoría, pero presentó un voto separado donde observó: "todavía no se ha logrado un consenso nacional en relación a cuál es la mejor solución para este problema difícil y sensible. Hoy sólo decidimos que la práctica de un Estado no viola la Constitución; la más difícil tarea de elaborar los procedimientos apropiados para salvaguardar los intereses de los incapaces se confía al 'laboratorio' de los Estados".

**2.3.** Los casos que actualmente está revisando la Suprema Corte, conciernen a personas mentalmente capaces que tienen enfermedades terminales y han elegido poner fin a sus vidas con ayuda de fármacos o de otros medios que proveen los médicos (v. nota 6).

En los dos recursos, los Estados alegan que los tribunales inferiores han impuesto una igualdad espuria entre dos hechos moralmente diferentes: el suicidio asistido y el retiro de un tratamiento médico no deseado, derecho que la Suprema Corte reconoció en 1990 (v. nota 7).

**2.4.** El régimen jurídico de los Estados Unidos permite que las personas que no sean parte en un juicio, pero tengan interés en el resultado de éste, formulen una presentación u opinión respecto de la materia litigiosa: son los *amicus curiae*, literalmente, los amigos del tribunal.

Dada la trascendencia del presente debate, se espera que en los citados casos a estudio, se presente la mayor cantidad de *amicus curiae* de la historia de la Suprema Corte (el plazo vence el 10 de diciembre de 1996).

### 2.5. Propuestas a favor del derecho al suicidio asistido

Uno de los precursores de esta corriente de opinión es el Dr. Jack Kevorkian (patólogo retirado), que ha ayudado a morir, desde 1990, a no menos de cuarenta y un personas. Este médico fue acusado y absuelto tres veces por la asistencia que prestó a los suicidas. En el mes de octubre próximo pasado, la Suprema Corte, sin comentario, rechazó el recurso que había promovido contra la decisión de un tribunal de Michigan que le prohibía que diera ese tipo de ayuda a otras personas (v. nota 8).

Por su parte, el Juez Miner, integrante de la Cámara de Apelaciones del 2do. Circuito que declaró la invalidez de la ley de Nueva York, se preguntó en la sentencia ya citada (**1.2.**): "¿Qué interés puede tener el Estado en exigir la prolongación de una vida que casi está terminada?" "¿Qué rol cumple el Estado al exigir la continuación de la agonía, cuando el resultado es inminente e inevitable?", y respondió: "ninguno... Los médicos no cumplen el rol de 'asesinos' al prescribir fármacos que aceleran la muerte, en una forma distinta al que juegan cuando desconectan los sistemas de apoyo" (v. nota 9).

"Es fácil tratar superficialmente este problema, es fácil decir a los médicos que no hagan esto", expresó el Dr. Timothy Quill, médico de Nueva York que ha ayudado a que algunas personas murieran. "Pero esos argumentos -agregó- no tienen mucho que ver con alguien que está



agonizante, con la familia del paciente y con un médico que quiere minimizar el dolor de este último y permitirle morir con dignidad". Este médico, que dijo sentirse orgulloso y disfrutar de su lucha por la vida, sostuvo que los mismos avances médicos que pueden salvar a las personas que están a punto de morir, también pueden prolongar el proceso y el dolor de la muerte. "Cuando uno comienza la última fase de la vida, el alivio del sufrimiento humano pasa a convertirse en el objetivo más importante. Ayudar a la gente, en esa fase de sus vidas, a lograr una muerte buena es una parte central de lo que hacemos como médicos" (v. nota 10).

## 2.6. Propuestas en contra del derecho al suicidio asistido.

**2.6.1. La posición de los Estados:** dieciocho Estados se presentaron el 1 de noviembre ante la Suprema Corte para pedir el rechazo del reconocimiento de que los enfermos terminales tienen un derecho constitucional a un suicidio asistido por un médico.

**2.6.2. La posición de la Administración Clinton:** en dos presentaciones hechas por el Subsecretario de Justicia, la Administración apoyó el esfuerzo que hacen los Estados de Nueva York y Washington por defender la prohibición penal al suicidio asistido por un médico. En ese sentido, dijo a la Corte que "existe una distinción importante y de sentido común entre el retiro del apoyo artificial que permite que una enfermedad progrese hacia su inevitable final, y la entrega de químicos para matar a alguien".

La Administración admitió el profundo contenido emocional de las dos tesis del debate. El caso del suicidio asistido como forma de liberación de un dolor y sufrimiento severos "toca una cuerda sensible de mucha gente", dijo en la presentación efectuada en el caso de Washington.

La parte central del análisis realizado por la Administración, radica en un test en el que hace el balance entre los derechos individuales y los estatales. Si bien la garantía del Debido Proceso de la Enmienda XIV incluye un "importante interés" en "evitar el dolor y sufrimiento severos", afirmó, "los Estados bien podían llegar a la conclusión de que tenían un interés de jerarquía superior en mantener una prohibición contra los suicidios asistidos".

Al abrir la puerta al suicidio asistido, acotó, se pondría en riesgo a los enfermos terminales que tengan una depresión o dolor tratables o "que muchas veces son extremadamente vulnerables o susceptibles a la influencia de los médicos, de los miembros de la familia o de otras personas de las que puedan depender".

Otro aspecto de esta presentación, es el análisis de la relación entre el aborto y el suicidio asistido. El 9no. Circuito había hecho, de los precedentes de la Suprema Corte en materia de aborto, una parte central de su conclusión favorable al suicidio asistido, desde el momento que equiparó ambas figuras al entender que, tanto en una como en la otra, se realizan "elecciones centrales para la dignidad y autonomía de la persona" en las que el gobierno no puede interferir.

Los abogados de la Administración, que apoyan categóricamente el derecho al aborto, advierten que si el vínculo entre los dos institutos mencionados sigue siendo tan estrecho, la Suprema Corte podría debilitar aquellos precedentes al revocar los fallos sobre suicidio asistido. En consecuencia, la presentación intentó romper ese nexo y colocar al derecho al aborto en un plano constitucional más elevado: "el derecho constitucional a elegir un aborto encuentra sustento en una combinación de intereses constitucionalmente protegidos, de los cuales el de evitar el dolor y el sufrimiento asociados a la continuación de un embarazo no deseado, es sólo uno... Al obligar a una mujer a continuar un embarazo no deseado, el Estado le exige que tome a su cargo el nacimiento y la responsabilidad de otra persona de un modo que no tiene contrapartida en nuestras leyes" (v. nota 11).

**2.6.3. La posición de la Asociación Médica Americana (AMA):** ésta, y otras treinta importantes asociaciones médicas, han hecho pública su decisión de pedir a la Suprema Corte que mantenga la prohibición de los suicidios asistidos. "La verdadera cuestión, para nosotros, es que las personas que quieren suicidarse, no pidan la intervención de los médicos. No lo consideramos ético - Estamos para curar a los pacientes", dijo el Dr. Tom Reardon, presidente del grupo de trabajo sobre suicidio asistido, alivio y fin de la vida de la AMA. Y añadió: "si tratamos su depresión, si tratamos su dolor, si cuidamos adecuadamente las necesidades de nuestros pacientes, no sentirán la necesidad de pedir un suicidio" (v. nota 12).

**2.6.4. La posición del Cardenal Joseph Bernadin:** el Arzobispo de Chicago, en el mes anterior al de su deceso -ocurrido el 14 de noviembre de 1996, a los 68 años de edad, a consecuencia de un cáncer de páncreas terminal- anunció que no se sometería a más tratamientos de quimioterapia, al tiempo que solicitó a la Suprema Corte que mantuviera las leyes que prohíben el suicidio asistido.

En una carta presentada ante el Tribunal, el Cardenal comenzó diciendo: "estoy al final de mi vida terrena. Sé, a través de mi experiencia personal, que los pacientes muchas veces se enfrentan a decisiones personales difíciles y profundas en relación a su cuidado... Crear un nuevo 'derecho' al suicidio asistido pondrá a la sociedad en peligro y enviará una señal falsa en el sentido de que algo menos que una vida 'perfecta' no merece vivirse".

Afirmó, además, que existe una gran diferencia entre la remoción del apoyo a la vida y el suicidio. "Aun cuando una persona opte por abandonar un tratamiento no está necesariamente eligiendo la muerte... En realidad está eligiendo la vida sin la carga de una intervención médica desproporcionada". Finalmente, instó a la Suprema Corte a mantener esa distinción "para proteger a los pacientes del abuso y para proteger a la sociedad de la peligrosa erosión de su aspiración a preservar la vida humana".

La carta es un apéndice de la presentación que en calidad de *amicus curiae* presentó la *Catholic Health Association*, una asociación de St. Louis que agrupa a 1.200 hospitales e instituciones católicas (v. nota 13).

#### **2.6.5. Otras opiniones:**

Michael Grodin, director de ética médica de la Universidad de Boston, advirtió que la apertura del camino al suicidio asistido en un momento en que 30 millones de personas carecen en los Estados Unidos de seguro médico y de acceso a cuidado en los hospicios o al alivio de sus sufrimientos, pone a la sociedad en una "vertiente peligrosa". "Creo que podremos hablar de suicidio asistido después de dar a la gente seguro médico, cuidado en hospicios, acceso universal al alivio del dolor y sistemas de apoyo psicológico para que una persona no se mate antes de ser abandonada", agregó.

Diversos estudios han demostrado seriamente que la gente opta por suicidarse ante el temor que le produce el dolor, la depresión, la soledad y el hecho de pasar a constituir una carga para sus parientes.

Grodin advirtió que la decisión adoptada por el 2do. Circuito incurre en un equívoco al equiparar el suicidio con la finalización del apoyo a la vida. "Siempre ha existido una línea en la ética médica" entre estas dos opciones, dijo. "Son diferentes. Son diferentes en cuanto a su intención. Son diferentes en cuanto a su causalidad. Son diferentes en términos de su predictibilidad" (v. nota 14).

## **NOTAS**

(1) **PODGERS, James** (abogado, editor senior del *ABA Journal*), "Lethal Compassion. Conflicting federal rulings bring assisted suicide issue to the forefront", en *ABA Journal*, vol. 82, mayo 1996, pp. 42/43.

(2) "Supreme Court to rule on constitutional questions surrounding assisted suicide", Nando.net y N.Y.

Times News Service, Internet.

(3) Citado en Podgers, J., *op. y loc. cit.* en nota 1, p. 42.

(4) "Supreme Court may be next stop for assisted-suicide cases", Nando.net y The Boston Globe, Internet, 3-3-1996.

(5) **Nota de la Secretaría:** en el caso *Cruzan* (fallado en una votación de 5 a 4), la mayoría de la Suprema Corte consideró que la regla de la corte suprema estadual, que requería que los parientes o tutores probaran, mediante una evidencia clara y convincente, que la persona en estado de coma habría rechazado el tratamiento, no violaba ningún principio consagrado por la Enmienda XIV de la Constitución. La mayoría sostuvo a los fines de resolver el litigio (pero no decidió), que la *liberty* protegida por las cláusulas del debido proceso de las Enmiendas V y XIV concedían, a las personas mentalmente capaces, el derecho a rechazar tratamientos médicos que le conservaran la vida. Aún asumiendo que el mencionado derecho exista, la mayoría juzgó que los Estados podían limitar la capacidad para ejercer dicho rechazo a la persona misma, o a su tutor cuando, estando aquélla en estado comatoso, acreditara que esa era la intención del enfermo, de una manera clara y convincente. Determinados comentaristas entienden que la mencionada mayoría dejó abierta la cuestión relativa a si las cláusulas del debido proceso establecen un derecho a rechazar el tratamiento necesario para mantener la vida. El *Chief Justice* Rehnquist, que expuso la opinión de dicha mayoría, solamente habría asumido que ese derecho existía a los fines de resolver el caso. Las opiniones de los cuatro disidentes, y el voto concurrente de O'Connor, indicarían que al menos cinco *Justices*, para la oportunidad de ser fallado *Cruzan*, consideraban que existía el derecho a rechazar el tratamiento señalado en cabeza de personas adultas capaces mentalmente. Con todo, no fue expresada una opinión mayoritaria acerca de si ello configuraba un "derecho a morir".

(6) **BISKUPIC, Joan** (escritora del staff del *Washington Post*), "Supreme Court Faces Social Issues", The Washington Post Company, Internet, 6-10-1996.

(7) "Supreme Court set to tackle major issues in upcoming session", Nando.net y N.Y. Times News Service, Internet, 7-10-1996.

(8) **ASSEO, Laurie**, "Kevorkian Loses in High Court", The Associated Press, Internet, 15-10-1996.

(9) Id. nota 2.

(10) **POWERS, Ronald**, "Doctor defends assisted suicide", The Associated Press, Internet, 13-11-1996.

(11) "Clinton Administration asks Supreme Court to rule against assisted suicides", Nando.net y N.Y. Times News Service, Internet, 13-11-1996.

(12) "Physicians will urge Supreme Court to ban assisted-suicide", Nando.net y Reuter Information Service, Internet, 12-11-1996.

(13) "Terminally ill cardinal calls for court to ban doctor-assisted suicide", Nando.net y St. Louis Post-Dispatch, Internet, 12-11-1996.

(14) Id. nota 2.

---

## NOVEDADES BIBLIOGRAFICAS

(ingresadas en Biblioteca Central)

[1]

**ALGARRA PRATS, Esther** (Doctora en Derecho -Universidad de Alicante-), *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Ed. Ciencias Jurídicas, Madrid, 1995, 512 pp.

El Libro aborda, en su primera parte, las relaciones de vecindad en general y la particular problemática de las inmisiones, tanto en el derecho comparado como en el español. Seguidamente, toca los problemas derivados de las inmisiones (causadas por humos, olores, ruidos, polvo, vibraciones, etc.) en tres aspectos: la fijación del concepto de inmisión; la determinación de un criterio para diferenciar las que deben tolerarse de aquellas otras frente a las que reacciona el ordenamiento jurídico; y el análisis de los mecanismos de protección establecidos para atemperar y recomponer los intereses en conflicto.

Biblioteca Central: C. 3731.

[2]

**CAMARASA CARRILLO, José** (Profesor de Derecho Eclesiástico del Estado -Universidad de Barcelona-), *Servicio militar y objeción de conciencia. Régimen jurídico de la exención del servicio militar por motivos de conciencia*, Marcial Pons - Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1993, 292 pp.

El Autor expone el régimen jurídico al que se encuentran sometidos, en España, quienes son reconocidos como objetores de conciencia y, consecuentemente, obligados al cumplimiento de la prestación social sustitutiva. Analiza las normas reglamentarias del artículo 30.2 de la Constitución española (que prevé la "objeción de conciencia" en el marco de las obligaciones militares), así como sus antecedentes; la doctrina del Tribunal Constitucional -anterior y posterior al mandato constitucional-, y la del Tribunal Supremo en la resolución de los recursos de apelación contra resoluciones dictadas por el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia. La Obra contiene, asimismo, "una referencia al Derecho Internacional y Comparado".

Biblioteca Central: F. 3143.

[3]

**COMMISSION ON THE BICENTENNIAL OF THE UNITED STATES CONSTITUTION**, *The Supreme Court of the United States. Its Beginnings and Its Justices 1790-1991*, 1992, 299 pp.

Se trata de un libro editado en conmemoración del bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos. Contiene una semblanza de los Presidentes y jueces que integraron la Suprema Corte de los Estados Unidos desde su creación hasta 1991. Cuenta con un prólogo del *Chief Justice* William H. Rehnquist y del Presidente de la Comisión del Bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos y ex-Presidente de la Suprema Corte (1969-1986), Warren E. Burger.

Biblioteca Central: J. 2720.

[4]

**DRUCKER, Peter F.**, *La administración en una época de grandes cambios*, (título original: "Managing in a time of great change"), traducción de María Isabel Merino, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1996, 251 pp.

El Libro contiene dos entrevistas realizadas al Autor y diversos capítulos que, en palabras de este último, tienen como tema en común, el de tratar de "cambios que con carácter irreversible ya se han producido" y respecto de los cuales los ejecutivos pueden y debe tomar medidas. Trata, en tal sentido, diversos aspectos de la administración en los presentes momentos, unificados en los siguientes títulos: "el ejecutivo

postcapitalista"; "la gestión"; "la organización basada en la información"; "la economía"; "la sociedad"; "la gestión en la sociedad postcapitalista", observando, así, la tarea del ejecutivo; las implicaciones de un cambio concreto en la gestión, la economía y la sociedad; el surgimiento de la información como recurso clave del ejecutivo y como esqueleto de la organización; los mercados y la economía mundial; los cambios en la sociedad y en el gobierno ocurridos en este siglo.

Biblioteca Central: D. 1795.

[5]

**MUNDUATE JACA, Lourdes** (doctora en Psicología, profesora titular -Universidad de Sevilla-), *Psicosociología de las relaciones laborales*, Ed. PPU, Barcelona, 1992, 374 pp.

La Obra atiende al hecho de que las partes que se enfrentan, cooperan o se sientan a negociar en una organización, no pueden abstraerse de los motivos, percepciones, estereotipos, presiones de grupo y otros procesos subyacentes a la conducta, así como a otros aspectos psicológicos y sociales, con el fin de comprender la articulación de la conducta de conflicto y negociación. Analiza el fenómeno de los conflictos laborales y el de la negociación como forma de superarlos, desde el punto de vista de la psicología social. Son objeto de revisión, de forma estructurada y sistemática, los aspectos psicosociales del conflicto y la negociación en las organizaciones (el poder, la influencia, las relaciones intergrupales, el conflicto y la actividad política), ofreciendo elementos sobre el proceso de negociación y algunas de las estrategias para la gestión y la mejora de las relaciones laborales.

Biblioteca Central: B. 1116.

[6]

**OROZCO PARDO, Guillermo** (prof. titular de Derecho Civil -Universidad de Granada-) y **PEREZ ALONSO, Esteban J.** (prof. titular de Derecho Penal -Universidad de Granada-), *La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico*, Ed. Ciencias Jurídicas, Madrid, 1996, 324 pp.

La Obra aborda una tema que la nueva perspectiva del derecho de propiedad ha introducido en el ordenamiento jurídico español: la titularidad privada de bienes muebles en los que se encuentra una nota específica, vale decir, un valor cultural, en sentido genérico, que se concreta en un aspecto artístico, científico, arqueológico, etc. Se trata de bienes de los que se predica una "titularidad o disfrute compartidos" con el resto de la sociedad, pues comportan un valor que les hace especialmente interesantes para la memoria y el presente de la historia cultural de aquélla. En tal sentido, en una primera parte -"función social (cultural) del patrimonio histórico-artístico"- los Autores consideran primeramente: la concepción actual y la función social del derecho de propiedad; los bienes culturales a la luz de la Constitución; el concepto de bienes culturales; configuración y límites de las posibilidades de actuación sobre dichos bienes por parte de sus titulares o poseedores; la defensa de los bienes culturales en la Unión Europea y en España. En la segunda parte, se detienen en la protección penal del mencionado patrimonio, y analizan el alcance, contenido y problemáticas específicas de los tipos penales referidos a la protección directa o indirecta del patrimonio histórico cultural o artístico (robo, hurto, estafa, apropiación indebida, contrabando); bien jurídico tutelado; fundamentos de dicha protección; definición del objeto y principio de legalidad.

Biblioteca Central: A. 1478.

[7]

**SANCHEZ MORON, Miguel** (Catedrático de Derecho Administrativo -Universidad de Alcalá de Henares-), *Derecho de la Función Pública*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, 311 pp.

El Autor realiza un estudio y sistematización de la legislación vigente sobre el régimen general de la función pública en España (bases constitucionales; clases de empleados; gestión del sistema del empleo público; acceso a la función pública; carrera administrativa; derechos, deberes e incompatibilidades; régimen disciplinario y de responsabilidad; garantías, recursos y solución de conflictos, etc.). Explica la evolución de dicha legislación en su contexto histórico internacional e interno, y la interpreta de acuerdo con una selección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles y, en los aspectos pertinentes, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Biblioteca Central: A. 1469.

[8]

**SINGER, Linda R.** (asociada del bufete de abogados Lichtman, Trister, Singer and Ross; desde 1971 dirige el *Center for Dispute Settlement* de Washington), *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996. 269 pp.

La Obra plantea diferentes técnicas para la resolución de conflictos en general, y analiza, separadamente, la forma de encarar el procedimiento en los conflictos de familia, empresariales, laborales, comunales, y en los litigios públicos y de los consumidores. Se refiere, por último, a la Ley de Reforma de la Justicia Civil - **CJRA**-, aprobada por el Congreso norteamericano en 1990, que ordena a todos los juzgados de distrito a nivel federal que elaboren e instauren sus propios planes para disminuir los costes y los retrasos de los litigios civiles, lo cual animó a dichos órganos a incluir programas de resolución alternativa de los litigios.

Biblioteca Central: J. 2702.

[9]

**SLAIKEU, Karl A.** (Presidente de *Chorda Conflict Management Inc.* -Austin, Texas-, especializada en consultoría y entrenamiento para la conducción de sistemas organizativos complejos), *Para que la sangre no llegue al río. Una guía práctica para resolver conflictos*, Ed. Garnica, Barcelona, 1996, 448 pp.

Guía práctica para el aprendizaje de la resolución de disputas interpersonales o intergrupales. Desarrolla las técnicas comunicacionales e interpersonales básicas para mediar en un conflicto, presentando un modelo de cinco pasos que puede usarse en diferentes situaciones; incluye una amplia variedad de ejemplos (conflictos familiares, comerciales, corporativos y laborales) y una "grilla de conflictos" para detectar los intereses, los hechos relevantes y otras dimensiones claves en una disputa.

Biblioteca Central: J. 2734.

[10]

**TRISTRAM ENGLEHARDT, H.** (profesor de Medicina -Baylor College-, y de Filosofía -Rice University-, y editor de *The Journal of Medicine and Philosophy*), *Los fundamentos de la bioética* (título original: "The Foundations of Bioethics", Oxford University Press, Nueva York), traducción de Isidro Arias, Gonzalo Hernández y Olga Domínguez. Ed. Paidós, Barcelona, 1995, 545 pp.

La Obra plantea una ética de los problemas biomédicos capaz de armonizarse con las teorías y los valores que se entremezclan en los conceptos de salud y enfermedad (la bioética ante la posmodernidad; bases intelectuales y principios de la bioética). Analiza, asimismo, cuestiones relativas al principio y fin de la persona (muerte, aborto e infanticidio); a la experimentación y fecundación "in vitro"; al consentimiento libre e informado del paciente y el rechazo del tratamiento; al suicidio asistido, eutanasia y elección de la forma de morir; a las desviaciones sexuales; al trasplante de órganos; al derecho a la asistencia sanitaria, a la justicia social y a la imparcialidad en la asignación de asistencia sanitaria, etc.  
Biblioteca Central: E. 1836.













