



1[1997]

INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMPARADO

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

[1]

ACCIÓN DE AMPARO. FINALIDAD. CARÁCTER SUBSIDIARIO ATEMPERADO. EXISTENCIA DE OTRAS VÍAS PROCESALES. DETERMINACIÓN. ACCIÓN DE AMPARO CONTRA PARTICULARES. REQUISITOS. DERECHOS FUNDAMENTALES. AMPARO TRANSITORIO. DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. ESTADO DE INDEFENSIÓN. MUJER. VIOLENCIA FAMILIAR. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS (JURISPRUDENCIA/COLOMBIA).

La acción de tutela es improcedente cuando para los fines de la protección efectiva del derecho fundamental amenazado o vulnerado, existe otro medio de defensa, a menos que se pretenda evitar un perjuicio irremediable (carácter residual o subsidiario atemperado).

Asimismo, el "otro medio de defensa" judicial ha de ser tan eficaz para la defensa del derecho como lo es la tutela; si no es así, la acción prevista por el art. 86 de la Constitución Política, abandona su condición de procedimiento subsidiario y se convierte en la vía expedita para garantizar la efectividad de los principios. Asimismo, la existencia de dicho "medio" debe ser estudiada en su relación directa con el derecho fundamental de que se trate, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el solicitante, de manera que si aquél protege otros derechos, es viable el amparo en lo que concierne al derecho que el mencionado medio no salvaguarda.

La procedencia del amparo es incuestionable no obstante la existencia de acciones ante la jurisdicción penal que utilizó la actora al denunciar a su cónyuge por un posible atentado contra su vida, la comisión de un delito contra la autonomía personal, el patrimonio económico y el presunto porte ilegal de armas de fuego. En efecto, en dichas acciones no se dilucidarán los tratos injustos a los que el marido somete a la mujer, ni tampoco aquellas acciones conducen a una garantía inmediata y directa. En el caso, la demandante ha sido objeto de un trato violento por parte de la persona contra la cual dirigió la acción con ostensible repercusión en sus derechos esenciales, derechos que no pueden quedar desprotegidos en espera de una providencia judicial que si bien tiene relación con ellos, no alcanza a garantizarlos. Así las cosas, la tutela impera en este caso de manera directa y no como mecanismo transitorio.

De conformidad con el art. 86 cit., la tutela contra particulares sólo es procedente frente a aquellas conductas que agravan a una persona en cualquiera de estas tres situaciones: a) cuando el particular esté encargado de un servicio público; b) cuando se afecte grave y directamente el interés colectivo, y c) cuando la violación acontece porque el accionante se encuentra en estado de subordinación o indefensión. Si bien la ley expresa que "se presume la indefensión del menor que solicita tutela", los maltratos físicos y morales de la esposa demandante acreditan su situación de indefensión respecto de su marido.

La situación de indefensión es una circunstancia empírica, no normativa, que coloca a la persona en la imposibilidad real de ejercer sus derechos fundamentales por motivos ajenos a su voluntad. En la práctica, diversos factores de hecho, entre ellos la inacción de las autoridades públicas, pueden dar lugar a la desprotección y consecuente indefensión de una persona frente al poder o a la supremacía de otro particular. En estos casos, al juez de tutela le corresponde verificar si efectivamente se configura una situación o relación de indefensión en la que esté en juego algún derecho fundamental que deba ser tutelado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA -Sala de Casación Penal-, sentencia del 24-1-1995, proceso penal 1399, en *Acción de Tutela, extractos de sentencias 1*, Bogotá, primer trimestre de 1995, p. 72.

[2]

ACCIÓN DE AMPARO. FINALIDAD. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD. CARÁCTER SUBSIDIARIO. AMPARO TRANSITORIO. EXISTENCIA DE OTRAS VÍAS PROCESALES. DETERMINACIÓN. PERJUICIO IRREPARABLE. REQUISITOS. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS (JURISPRUDENCIA/COLOMBIA).

La acción de tutela busca garantizar la eficacia en la protección de derechos fundamentales. Si por vía judicial distinta a la tutela se logra el mismo resultado, el recurso de amparo, que es subsidiario, no está llamado a prosperar, excepción hecha del evento en el cual se solicite como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, siendo indispensable que aparezcan acreditados los requisitos que configuran este último concepto, a saber: a) el perjuicio debe ser evidente, ostensible y de magnitud..., b) el perjuicio derivado de la eventual inaplicación de la tutela debe ser irremediable. Y es remediable todo aquello que se pueda restablecer a su etapa anterior. Por ejemplo, es remediable, por definición, las cosas que se puedan restituir en especie o se puedan pagar en dinero. Por el contrario, lo irremediable es lo irreversible, lo que ya es imposible físicamente restablecer a su estado anterior.

Para que el otro medio de defensa desplace a la acción de tutela, que es una acción subsidiaria, debe tener cuatro características: a) ser un medio judicial, pues si se trata, por ejemplo, de un recurso administrativo o policivo, no desplaza la tutela; b) estar consagrado formalmente; c) ser apreciado por el juez de la tutela para el caso concreto; d) ser por lo menos tan eficaz como la tutela para proteger efectivamente el derecho. Si el medio de defensa judicial alternativo es meramente teórico o inocuo, él no tendría en esos casos la virtud de desplazar la tutela.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA -Sala de Casación Civil-, sentencia del 10-3-1995, proceso civil 2034, en *Acción de Tutela, extractos de sentencias 1*, primer trimestre de 1995, Bogotá, p. 286.

Biblioteca Central.

[3]

ACTO ADMINISTRATIVO. REVISIÓN JUDICIAL. ADMISIBILIDAD. ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO. ACTO ADMINISTRATIVO DE MERO TRÁMITE ASIMILABLE A DEFINITIVO (JURISPRUDENCIA/EL SALVADOR).

Son susceptibles de impugnación ante esta Sala los actos administrativos de carácter definitivo y los actos de mero trámite asimilables a definitivos, entendiéndose por acto administrativo de carácter definitivo el que resuelve el fondo de la cuestión planteada y afecta, por consiguiente, la esfera jurídica del administrado; y por acto asimilable a definitivo aquel que aunque no resuelve el fondo del asunto, pone fin al procedimiento administrativo, o hace imposible su continuación, caracterizándose de esta manera por afectar la esfera jurídica de los administrados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR -Sala de lo Contencioso Administrativo-,

investigaciones 1 (1997).

sentencia del 11-12-1992, asunto 51-S-92, en *Sentencias. Quince años de jurisdicción contenciosoadministrativa. Separata de la Revista Judicial*, 2, San Salvador, 1996, p. 120.

Biblioteca Central.

[4]

ACTO ADMINISTRATIVO. MODIFICACIÓN DE ACTOS NO FIRMES POR LA ADMINISTRACIÓN (JURISPRUDENCIA/EL SALVADOR).

No existe ilegalidad en la modificación en sede administrativa de las resoluciones que aún no han adquirido estado de firmeza.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR -Sala de lo Contencioso Administrativo-, sentencia del 9-7-1993, asunto 33-B-90, en *Sentencias. Quince años de jurisdicción contenciosoadministrativa. Separata de la Revista Judicial*, 2, San Salvador, junio 1995, p. 939.

Biblioteca Central.

[5]

ACTO ADMINISTRATIVO. NULIDAD. RÉGIMEN APLICABLE. REVOCACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN. INTERÉS PÚBLICO. NULIDAD ABSOLUTA. DERECHOS SUBJETIVOS DE LOS ADMINISTRADOS (JURISPRUDENCIA/EL SALVADOR).

1. Mientras no exista un régimen que regule las nulidades de los actos en materia administrativa, se hace necesario recurrir a las disposiciones del Código Civil, que se deberán aplicar con las reservas que impone la naturaleza propia del Derecho Administrativo, principalmente en lo que se refiere al interés público.

2. Un acto administrativo cuyo contenido u objeto contraviene el derecho público, adolece de nulidad absoluta.

3. Cuando un acto administrativo se encuentra viciado de nulidad absoluta, podrá la administración revocarlo por razones de ilegitimidad, aun cuando de éste se hubieren derivado derechos a favor de los administrados.

Nota de la Secretaría: En idéntico sentido se pronunció la Sala en los asuntos 19-H-90 y 69-C-90 (p. 971).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR -Sala de lo Contencioso Administrativo-, sentencia del 23-11-1992, asunto 25-G-90, en *Sentencias. Quince años de jurisdicción contenciosoadministrativa. Separata de la Revista Judicial*, 2, San Salvador, junio 1995, p. 965.

Biblioteca Central.

[6]

ACTO ADMINISTRATIVO. VICIOS. REVOCACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN. LÍMITES. DERECHOS SUBJETIVOS DE LOS ADMINISTRADOS. DERECHO DE DEFENSA. PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE SEGURIDAD JURÍDICA (JURISPRUDENCIA/EL SALVADOR).

1. El acto en virtud del cual se absuelve a un particular de una denuncia formulada en su contra crea derechos subjetivos a su favor.

2. Un acto administrativo crea derechos subjetivos a favor del administrado, cuando éste adquiere el derecho de poder hacer algo frente al Estado; dicho derecho subjetivo funciona a su favor en la medida en que se le ha reconocido.

3. Adolece de vicio el acto administrativo que revoca un acto creador de derechos subjetivos a favor del particular, cuando aquél es dictado sin oír al administrado afectado con el acto de revocación.

4. La potestad de la autoridad administrativa para revocar un acto administrativo creador de derechos subjetivos a favor de los particulares, se encuentra limitada por los principios de legalidad y seguridad jurídica, que fijan el punto de equilibrio que la Administración no puede alterar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR -Sala de lo Contencioso Administrativo-, asunto 3-S-80, en *Sentencias. Quince años de jurisdicción contenciosoadministrativa. Separata de la Revista Judicial*, 2, San Salvador, junio 1995, p. 213.

Biblioteca Central.

[7]

COMUNIDADES INTERNACIONALES. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO. SITUACIÓN PURAMENTE INTERNA DE UN ESTADO MIEMBRO (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EUROPEA).

1. **Antecedentes del caso:** un ciudadano belga fue acusado de haber realizado prácticas veterinarias sin respetar los requisitos exigidos por la ley belga para el ejercicio de la medicina veterinaria. El procesado invocó en su defensa que la actividad que había desarrollado era libre en los países vecinos de Bélgica. El tribunal nacional interviniente planteó, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como cuestión prejudicial, la atinente a la interpretación del art. 52 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actualmente Tratado de la Comunidad Europea) relativo a la libertad de establecimiento.

2. **Sentencia:** El artículo 52 del Tratado cit. no se aplica a una situación puramente interna de un Estado miembro, como la de un nacional de un Estado miembro que ejerce, en el territorio de éste, una actividad profesional por cuenta propia respecto de la cual no puede invocar ninguna formación anterior realizada en otro Estado miembro.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS -Sala Segunda-, sentencia del 16-11-1995, asunto C-152/94: *Proceso penal contra Geert van Buynder*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1995-11, p. 3981.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 94.

[8]

CONSEJO DE MINISTROS. DECRETO DICTADO POR EL CONSEJO. MODIFICACIÓN POR EL

investigaciones 1 (1997).

PRIMER MINISTRO (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

Los arts. 13 y 21 de la Constitución de Francia de 1958 determinan que un decreto adoptado por el Consejo de Ministros, aun cuando ningún texto impusiera esta deliberación, debe estar suscripto por el Presidente de la República y sólo puede ser modificado por un decreto pronunciado por dicho Consejo. Es nulo, por falta de competencia, el decreto del Primer Ministro modificatorio del decreto dictado por el Consejo de Ministros.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, decisión del 27-4-1994, *Epoux Allamigeon et époux Pageaux*, en *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, Sirey, París, 1994, p. 742.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 102/105.

[9]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. PROYECTOS DE LEY. PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD. FAMILIA. OBLIGACIONES DEL ESTADO. PROTECCIÓN DE LA AUTORIDAD FAMILIAR. PROPORCIONALIDAD. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/IRLANDA).

El Presidente irlandés, en virtud de las disposiciones del art. 29 de la Constitución, requirió a la Corte Suprema que se pronuncie sobre la constitucionalidad total o parcial del proyecto de ley sobre domicilio conyugal de 1993. La Corte aplicó el principio de presunción de constitucionalidad. Asimismo, consideró que las disposiciones del mencionado proyecto de ley que implicarían, en determinados casos, la anulación o revisión, para los cónyuges, titulares de la autoridad familiar, de decisiones anteriores libremente tomadas en materia de propiedad del domicilio conyugal, no constituyen una ingerencia razonablemente proporcionada del Estado en los derechos de la familia; esas disposiciones constituyen, de parte del Estado, una falta a su obligación de proteger a la autoridad familiar. En consecuencia, la Corte estimó que la ley citada era contraria a las disposiciones del art. 41 de la Constitución.

CORTE SUPREMA DE IRLANDA, sentencia del 24-5-1993, recurso n° 247/92: *O'Callaghan c. Irlanda y el Procurador General*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 35.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[10]

CORRESPONDENCIA. SECRETO. INVOLABILIDAD. CORRESPONDENCIA DE LOS DETENIDOS. CONTROL POR EL PERSONAL PENITENCIARIO. LÍMITES (JURISPRUDENCIA/AUSTRIA).

Es nula la disposición de la ley sobre ejecución de penas, que acuerda al personal penitenciario el derecho de controlar al azar la correspondencia entre los detenidos y los abogados sin que ese

investigaciones 1 (1997).

control esté motivado por una sospecha justificada. Dicha disposición no es conforme al derecho al respeto de la correspondencia garantizado por el art. 8, parágrafo 1, de la Convención Europea de los Derechos del Hombre.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA, sentencia del 2-12-1993, G.134/93, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 7.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[11]

CORTE CONSTITUCIONAL. COMPETENCIA. CARACTERES. LIMITACIONES. DERECHOS FUNDAMENTALES (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

Un asunto es examinado por la Corte Constitucional si es de una importancia fundamental en el plano constitucional. Si la cuestión planteada no ha sido jamás objeto de una decisión de la Corte Constitucional o no puede ser resuelta fácilmente por aplicación de la Constitución, debe ser resuelta por la Corte. Pero el problema debe tener una dimensión mayor que la causa a ser juzgada. Un asunto será también examinado por la Corte si la pretendida violación de derechos fundamentales resulta grave o lesiona los intereses fundamentales del requirente. Una violación grave es aquella que deriva de un desconocimiento profundo de la importancia de los derechos fundamentales (esta decisión es útil para interpretar las modificaciones introducidas a la ley del 11 de agosto de 1993, relativa a la Corte Constitucional, con vistas a limitar las posibilidades de someter asuntos a su conocimiento).

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 8-2-1994, n° 1 BvR 1693/92, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 26.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[12]

CORTE CONSTITUCIONAL. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA SENTENCIA. LIMITACIONES (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

Si la Corte Constitucional estima que la decisión de un tribunal de derecho común es inconstitucional debe, en virtud de la alinea 95, pár. 2, de la ley relativa a la Corte Constitucional, anular dicha decisión y someter el asunto "a nuevo" al tribunal de derecho común.

La Corte Constitucional ha declarado que ella puede atemperar los efectos de una anulación, si ésta lesiona los derechos de terceros o es contraria al interés público. En este caso, la Corte Constitucional puede limitarse a hacer una declaración de inconstitucionalidad sin casar la decisión. El asunto es devuelto y los efectos de la decisión inconstitucional siguen operando hasta que el tribunal de derecho común haya dictado su sentencia final.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 8-2-1994, n° 1 BvR 765/89, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 26.

[13]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. COMPETENCIA CONSULTIVA. ALCANCES. SUJETOS LEGITIMADOS. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. FACULTADES. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS. CUMPLIMIENTO DE LOS TRATADOS. ALCANCES. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS. VIOLACIÓN DE LOS TRATADOS. LEYES VIOLATORIAS DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. LEY MATERIAL Y FORMAL. LEYES DE APLICACIÓN INMEDIATA. MEDIDAS PROVISIONALES. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS. BUENA FE. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS POR ACTOS U OMISIONES EN CUMPLIMIENTO DE LEYES VIOLATORIAS DE LOS TRATADOS. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL E INTERNA. DELITOS Y CRÍMENES INTERNACIONALES (JURISPRUDENCIA/OEA).

1. Antecedentes del caso: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) presentó, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte), una solicitud de opinión consultiva en los siguientes términos: a) cuando un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención) dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la Convención, ¿cuáles serían los efectos jurídicos de esa ley en vista de las obligaciones internacionales de ese Estado?; y b) cuando un Estado parte en la Convención dicta una ley cuyo cumplimiento por parte de los agentes o funcionarios de ese Estado se traduce en una violación manifiesta de la Convención, ¿cuáles son las obligaciones y responsabilidades de dichos agentes o funcionarios? La petición se fundó en que, según la Comisión, el art. 140 de la nueva Constitución del Perú amplió la aplicación de la pena de muerte a delitos exentos de ésta en la Constitución Política vigente desde el año 1979, lo que contradice el art. 4, párrafos 2 y 3, de la Convención.

2. Decisión

2.1. La Convención otorga a la Corte una amplia potestad para abordar la interpretación de aquélla y de otros tratados de derechos humanos que vinculen a los Estados americanos (art. 64.1.), y para analizar la compatibilidad de las leyes internas de los Estados con tales instrumentos (art. 64.2.). En el primer caso, la competencia consultiva puede ser iniciada por un Estado miembro de la OEA como por los órganos enumerados en el Capítulo VIII de la Carta de la OEA -reformado por el Protocolo de Cartagena de Indias (1985)-, entre éstos la Comisión, pero sólo en cuanto les compete. En el segundo supuesto, la Corte únicamente puede ser consultada por los Estados miembros de la OEA, y respecto de sus propias leyes internas.

La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención, y tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos y al cumplimiento de las funciones que en ese ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte ["Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24-9-1982, Serie A No. 1, párr. 25].

En el caso, es evidente que la Comisión no solicita una declaratoria de compatibilidad entre la aludida disposición del derecho nacional del Perú y el citado art. 4 de la Convención. Las preguntas de la Comisión tienen un carácter general y versan sobre las obligaciones y responsabilidades de los Estados e individuos que dictan o ejecutan una ley manifiestamente contraria a la Convención.

En consecuencia, la respuesta de la Corte sería aplicable tanto al art. 4, como a los otros artículos que enuncian derechos y libertades.

La Comisión no carece de legitimidad para la presentación en juego con base en el citado art. 64.1.

Asimismo, y como la Corte ya lo tiene expresado, el hecho de que entre la Comisión y un Gobierno exista una controversia sobre el significado -y la aplicación- de una determinada norma de la Convención, "no es suficiente fundamento para que la Corte se abstenga de ejercer su competencia consultiva". Lo que no puede hacer la Comisión, es buscar que un caso contencioso bajo su consideración sea resuelto por la Corte a través de la competencia consultiva que, por su propia naturaleza, no brinda las oportunidades de defensa que la contenciosa le otorga al Estado.

Por ello, la Corte, en el caso, debe limitarse a contestar las preguntas contenidas en la consulta, y no tratar la interpretación de los arts. 4, párrafos 2 (*in fine*) y 3 de la Convención, y 140 de la nueva Constitución del Perú.

2.2. Las preguntas

2.2.1. La primera pregunta planteada por la Comisión se refiere a los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viole las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. La Corte entenderá la palabra "ley" en su sentido material y no formal.

La pregunta implícitamente atañe a la interpretación de los arts. 1 y 2 de la Convención que establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ésta, de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y de adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas anteriormente, con mayor razón lo está la de no adoptar las que contradigan el objeto y fin de la Convención.

La pregunta, por otro lado, se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre dichos efectos en el orden interno del Estado interesado. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho.

Una cosa diferente ocurre respecto de las obligaciones internacionales y las responsabilidades derivadas de su incumplimiento. Según el derecho internacional, las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia. Asimismo, estas reglas han sido codificadas en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969).

La Corte tiene dicho que son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, p.ej., omitiendo dictar las normas a que está obligado por el art. 2, o dictando disposiciones que no están en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención [Ciertas

atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A N° 13, párr. 26].

Una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se vean afectadas por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las llamará "leyes de aplicación inmediata".

En el supuesto de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley.

En el caso de leyes de aplicación inmediata, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición.

Cuando se trate de normas que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican, para evitar que tales violaciones se consumen, la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales (arts. 63.2 de la Convención y 29 del Reglamento de la Comisión).

La Comisión no puede someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas, pues el agotamiento de los procedimientos previsto en el art. 61.2 de la Convención, supone que aquéllos hubiesen sido iniciados, lo cual requiere una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja respecto de "individuos determinados".

Si el caso llegare a la Corte después de seguido el procedimiento indicado, ella tendría que resolver si el acto imputado al Estado constituye una violación de los derechos y libertades protegidos en la Convención, independientemente de que esté o no de acuerdo con la legislación interna del Estado y, en caso afirmativo, que se garantice al lesionado en el goce del derecho o libertad conculcados.

La Corte es de opinión, por unanimidad, "que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional para el Estado".

2.2.2. La segunda pregunta de la Comisión se refiere a las obligaciones y responsabilidades de los agentes o funcionarios del Estado que den cumplimiento a una ley violatoria de la Convención.

El derecho internacional puede conceder derechos a los individuos e, inversamente, determinar que hay actos u omisiones por los que son criminalmente responsables desde el punto de vista de ese derecho. Esa responsabilidad es exigible en algunos casos por tribunales internacionales. Lo anterior representa una evolución de la doctrina clásica de que el derecho internacional concernía exclusivamente a los Estados.

Sin embargo, actualmente, la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter. En este caso, no tiene ninguna trascendencia el hecho de que los delitos sean ejecutados o no en cumplimiento de una ley del Estado al que pertenece el agente o funcionario. El que el acto se ajuste al derecho interno no constituye una justificación desde el punto de vista del derecho internacional. Ello ha sido consignado en numerosos instrumentos internacionales (v.gr. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: resolución nro. 764 del 13-7-1992, respecto del conflicto de

la ex Yugoslavia; resolución nro. 808 del 22-2-1993, sobre la creación del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los presuntos Responsables de Violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el Territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991; resolución nro. 827 del 25-5-1993, por la que se aprueba el Estatuto de dicho Tribunal Internacional cuyo art. 7.4 dice: "el hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad" -esta disposición es similar al art. 8 de la Carta del Tribunal Militar Internacional o Carta de Nüremberg-).

Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste (casos "Velázquez Rodríguez", sentencia del 29-7-1988; y "Godínes Gruz", sentencia del 20-1-1989). Si constituyere, adicionalmente, un delito internacional generará, además, responsabilidad individual.

La Corte es de opinión, por unanimidad, "que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, generará también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron".

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, en Serie A nro. 14, Secretaría de la Corte, San José, 1995.

Biblioteca Central.

[14]

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. DESIGUALDADES LEGALES CORRECTORAS. REQUISITOS DE VALIDEZ (JURISPRUDENCIA/BÉLGICA).

En la medida que tienden a remediar una desigualdad existente, determinadas desigualdades pueden no ser inconciliables con el principio de igualdad y de prohibición de discriminaciones. Empero, es necesario que estas desigualdades correctoras sean aplicadas sólo en los casos en los que una desigualdad manifiesta es constatada, que la desaparición de esta desigualdad sea señalada por el legislador como un objetivo a ser promovido, que las medidas sean de naturaleza temporaria y destinadas a desaparecer desde que el objetivo previsto por el legislador haya sido alcanzado, y que no restrinjan inútilmente los derechos del otro. Corresponde a las Cortes y Tribunales, al Consejo de Estado y a la Corte de Arbitraje, según que la medida tenga un carácter reglamentario o legislativo, controlar la conformidad de dichas medidas con las condiciones antes citadas.

CORTE DE ARBITRAJE DE BELGICA, sentencia del 27-1-1994, n° 9/94, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 10.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[15]

DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD DE SEXOS. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DERECHO DEL TRABAJO. ACCESO AL EMPLEO. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO COMÚN (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

Una mujer, cuya postulación a un empleo calificado no había sido admitida, demandó judicialmente a la empresa para obligarla a que le dé empleo y, a título subsidiario, a que la indemnice por daños y perjuicios. La demanda fue rechazada.

La Corte Constitucional anuló esta decisión por no haber tenido en cuenta, de manera suficiente, el párrafo 2 del art. 3 de la Constitución, que prohíbe toda discriminación fundada en el sexo. La Corte ha subrayado que todo candidato o candidata a un empleo no debe ser objeto de discriminación fundada en el sexo en el curso del procedimiento de selección. Los tribunales de derecho común deben interpretar las disposiciones de derecho común a la luz de este principio.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 16-11- 1993, n° 2 BvR 258/86, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 25.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[16]

DERECHO A LA IGUALDAD. REGLAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS. PROPORCIONALIDAD. DROGAS. ALCOHOL. NICOTINA. PROCESAMIENTO PENAL. RENUNCIA (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

El uso de drogas está reglamentado por la ley. A la luz de la ley no existe el derecho general al "estado de embriaguez". La Corte estima que el legislador tiene una cierta latitud para apreciar la necesidad y la oportunidad de las medidas a tomar para alcanzar un determinado fin, pero los medios no deben ser desproporcionados con el objetivo. Si una persona no consume más que pequeñas cantidades de droga, sin poner a otro en peligro, el Código Penal autoriza la renuncia al procesamiento penal. El principio de igualdad no quiere decir que se deban prohibir o aceptar todas las drogas sin discriminación. El legislador puede reglamentar de manera diferente el uso de los derivados de la "cannavis" y el uso del alcohol o de la nicotina.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 9-3-1994, n° 2 BvL 43/92, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 28.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[17]

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA. ACCIÓN DE AMPARO. SEGURIDAD SOCIAL. SIDA. ATENCIÓN MÉDICA. DERECHOS DE LOS AFILIADOS. ALCANCES. INSUFICIENCIA PRESUPUESTARIA. DERECHOS DE LOS HABITANTES EN GENERAL. ALCANCES (JURISPRUDENCIA/COLOMBIA).

1. Es procedente la acción de tutela para obtener el amparo del derecho a la salud y a la vida que tienen especialmente los afectados o enfermos del virus de inmunodeficiencia adquirido afiliados al Instituto de los Seguros Sociales (I.S.S.), para el suministro de la asistencia médica, farmacológica, de laboratorios y complementaria.

2. El afiliado tiene el derecho a que la prestadora le brinde "un servicio médico que, de un lado, se sujete a las leyes de la ciencia médica en materia de enfermedad, como de diagnóstico, de recomendaciones o tratamientos a seguir, de aplicaciones, de previsiones, etc., y del otro, que se emplee la habilidad, experiencia o pericia ordinaria o especializada que requiera el caso".

Esto es así, no obstante que "aún no se ha logrado descubrir en la correspondiente etapa investigativa el medicamento que combata radicalmente la (mentada) enfermedad", pues la ciencia médica, sin embargo, "ha encontrado tratamientos y medicamentos alternativos, que, como el antirretroviral (sic), ha sido un tratamiento paliativo de control y dilación parcial de esta enfermedad...".

3. El ordenamiento colombiano mantiene la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida (arts. 11 y 12, Constitución Nacional). Ciertamente estos derechos pueden ser social y obligatoriamente amparados a todos los habitantes colombianos mediante la prestación del servicio público de seguridad social bajo la dirección y coordinación del Estado (art. 48, Constitución Nacional), a cuyo objetivo propende la ley 100 de 1993; y, en tal virtud, las entidades públicas, como el I.S.S., lo desarrollan en su campo con sujeción al "régimen de beneficios y financiamiento" con relación a los "afiliados cotizantes", el cual no autoriza la exclusión del otorgamiento y cumplimiento de las prestaciones de salud necesarias para enfermedades como el virus de inmunodeficiencia adquirida, ni mucho menos para quienes pagan o compensan el servicio a que tienen derecho.

Un régimen de seguridad social, sea parcial o total, "es aquel que no solamente se limita a prever enfermedades y necesidades de salud posibles a fin de prestar uno que otro servicio particular o público, sino que, además de ello, también prevé y obtiene las condiciones adecuadas para satisfacerlo en cualquiera de las circunstancias, a tal punto que ella se constituye en una garantía o seguridad de su satisfacción, tal como lo indica su nombre".

4. No es atendible el argumento de las faltas o insuficiencias presupuestarias para cubrir dichos aspectos, así como el costo que tienen determinados tratamientos, como el antirretroviral, ya que si estas condiciones económicas son lo suficientemente previsibles, las entidades pertinentes no sólo tienen la posibilidad de establecer anticipadamente las "destinaciones y reservas presupuestales", sino también su incidencia en la determinación social de los aportes. "Porque si bien, en virtud de los principios de administración, se exige que los escasos recursos deban emplearse en forma óptima para producir mayor resultado, ello debe entenderse dentro de los límites constitucionales, que si bien autorizan escoger un tratamiento menos costoso a otro que lo es mayor cuando ambos tienen el mismo nivel, no lo es menos que no lo autoriza cuando uno de ellos, a pesar de ser más costoso que otro, tiene mejor resultado que este último".

5. Cosa distinta acontece cuando se trata del deber social de asistencia pública (art. 2, inc. final,

Constitución Política), el cual generalmente está destinado a beneficiar a todos los habitantes sin distinción alguna, pero que, según las circunstancias, puede tener en forma expresa una regulación limitativa a las condiciones generales de los servicios y tratamientos que se ofrecen; limitaciones excepcionales que, por consiguiente, en algunos eventos pueden restringir los sujetos obligados, dejar por fuera ciertas prestaciones médicas y condicionar algunos servicios. Empero, "aún en estos casos, no pueden llegar a amenazar y mucho menos a quebrantar el derecho a la salud y a la vida que, en forma concreta, han asumido atender y satisfacer con los recursos disponibles".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA -Sala de Casación Civil-, sentencia del 2-2-1995, proceso civil 1959, en *Acción de Tutela, extractos de sentencias 1*, primer trimestre de 1995, Bogotá, p. 129.

Biblioteca Central.

[18]

DERECHO DE DEFENSA. ASISTENCIA LETRADA. REPRESENTACIÓN PROCESAL. SERVICIO MILITAR. APTITUD FÍSICA. PROCEDIMIENTOS. INCONSTITUCIONALIDAD. CONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/BÉLGICA).

El procedimiento ante los consejos de revisión en materia de milicia -órganos que deciden los recursos de los milicianos en cuanto a su aptitud física para cumplir el servicio militar- debe respetar los derechos de defensa, lo que constituye un principio general de derecho.

Los derechos de defensa contienen el de ser asistido por un abogado. Al no permitir, en las audiencias de los consejos de revisión, la asistencia por un abogado, el legislador viola los derechos de defensa de una categoría de ciudadanos.

Si el derecho de ser asistido por un abogado está comprendido en el ejercicio mismo de los derechos de defensa, por el contrario, ningún principio general de derecho garantiza el derecho a ser representado por un abogado ante una jurisdicción.

CORTE DE ARBITRAJE DE BELGICA, sentencia del 20-1-1994, n° 6/94, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 9.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[19]

DERECHO DE DEFENSA. PROCESO PENAL. RECURSOS. CÓMPUTO DEL PLAZO. ASISTENCIA LETRADA (JURISPRUDENCIA/CROACIA).

Es nula la disposición del Código de Procedimiento Penal en virtud de la cual el plazo de un recurso abierto al prevenido, corre a partir del día en que el acto le ha sido entregado o, si esto no ha sido posible, a partir del octavo día siguiente a la publicación de dicho acto.

El derecho constitucional a un proceso equitativo, a un abogado y al ejercicio de una vía de recurso, no puede considerarse observado si el plazo en cuestión expira antes de que el prevenido haya podido comunicarse con su abogado.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE CROACIA, sentencia del 9-3-1994, U-I-272/1992, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 16.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[20]

DERECHO DEL TRABAJO. EMPLEO PÚBLICO. DESPIDO ILEGAL. REINCORPORACIÓN. SALARIOS CAÍDOS. LIMITACIONES. INCONSTITUCIONALIDAD. PRINCIPIO DE EQUIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. REPARACIÓN INTEGRAL (JURISPRUDENCIA/RUSIA).

Antecedentes del caso: en un determinado número de litigios laborales, se hizo lugar a las demandas de reincorporación después de un licenciamiento ilegal, y se dispuso una indemnización, por el período no trabajado, de tres meses o de un año, según los casos, sin tener en cuenta la duración efectiva del paro obligado. Dichas decisiones se han atendido a reglas de la legislación del trabajo.

Sentencia: las prácticas en cuestión son contrarias a los principios generales de la equidad, de la igualdad jurídica, del deber del Estado de garantizar los derechos y libertades del hombre y del ciudadano, y de reparar todo daño causado al individuo por los actos ilícitos de las entidades o agentes públicos, principios estos que se encuentran definidos en la Constitución de la Federación de Rusia. La decisión de la Corte Constitucional restableció los derechos lesionados de los ciudadanos y, en tanto que autoridad de control, ha juzgado nuevamente las decisiones impugnadas por los actores.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA FEDERACION DE RUSIA, sentencia del 27-1-1993, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 55.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[21]

DERECHO PENAL Y DISCIPLINARIO. SANCIONES. PRINCIPIO DE JUSTICIA Y DE PROPORCIONALIDAD. DESERTOR. ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/PORTUGAL).

El Código Penal y Disciplinario de la Marina Mercante dispone que el marino de la tripulación que, sin justificación válida, omite embarcarse, es sancionable como desertor, aun cuando sus funciones no estén directamente vinculadas al funcionamiento y mantenimiento del buque. Dicha disposición viola los principios constitucionales de la justicia y de la proporcionalidad, que derivan del principio del estado de derecho democrático.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL -Sala 2a.-, sentencia del 4-11-1993, n° 634/93, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 49.

Secretaría de Derecho Comparado.

[22]

DERECHO TRIBUTARIO. IMPUESTO A LAS RENTAS O RÉDITOS. DERECHO A LA IGUALDAD. MÍNIMO VITAL (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

El impuesto a las rentas varía según los medios financieros del individuo. El legislador debe tener en cuenta que esos medios se encuentran reducidos si el individuo tiene hijos y/o parientes a cargo. Por lo mismo, cuando el rédito no asegura más que el mínimo vital, no está sometido al impuesto, como la Corte Constitucional lo ha decidido con anterioridad. Pero el principio de igualdad no resulta violado si el legislador trata de manera diferente los gastos de mantenimiento de un joven que sigue una formación profesional en otra parte distinta al lugar de residencia de la persona que debe pagar el mantenimiento. Sólo la mitad de esos gastos será tenida en cuenta para determinar los medios financieros de la persona física sobre la que recae el impuesto.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 26-1-1994, n° 1 BvL 12/86, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 25. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[23]

DERECHO TRIBUTARIO. INTEGRACIÓN E INTERPRETACIÓN. ANALOGÍA. ALCANCES (JURISPRUDENCIA/EL SALVADOR).

La analogía como medio de integración o interpretación, es aplicable en materia tributaria, ya que siendo estas reglas idénticas a las demás reglas jurídicas, se interpretan como cualquier otra materia, admitiendo todos los métodos de interpretación jurídica, con la excepción, por supuesto, que en virtud de la analogía no pueden crearse tributos ni exenciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR -Sala de lo Contencioso Administrativo-, asunto 23-G-89, en *Sentencias. Quince años de jurisdicción contenciosoadministrativa. Separata de la Revista Judicial*, 2, San Salvador, junio 1995, p. 873. Biblioteca Central.

[24]

DERECHOS Y LIBERTADES. LIMITACIONES. LIMITACIONES POR VÍA DE DECRETO DEL PODER EJECUTIVO (GOBIERNO). CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/ESTONIA).

Los derechos y privilegios (libertades) acordadas por la Constitución de Estonia no pueden ser limitados sino por la misma Constitución o por las leyes cuyo contenido sea conforme a la Constitución. El decreto del gobierno, titulado "Aplicación de disposiciones extraordinarias en el marco de operaciones técnicas" (que instituye la Oficina de policía y de defensa nacional), se propone, sin embargo, limitar los derechos y privilegios constitucionales por decreto

investigaciones 1 (1997).

gubernamental, es decir, por vía de legislación secundaria. El *chancelier* responsable del control de la constitucionalidad y legalidad de las leyes y otros actos adoptados por el gobierno y las colectividades locales, hizo saber entonces al gobierno que éste disponía de 20 días para modificar el decreto a fin de adecuarlo a los principios constitucionales. Dado que el gobierno no ha dado curso a esa notificación, el *chancelier* se presenta ante esta Corte Nacional, solicitándole un pronunciamiento de inconstitucionalidad y, por consecuencia, la nulidad de dicho decreto. La opinión del *chancelier* fue confirmada por la Sala de Control Constitucional de la Corte Nacional, que estimó que toda restricción de los derechos y privilegios por un decreto administrativo era contraria a la Constitución.

CORTE NACIONAL DE ESTONIA, sentencia del 12-1-1994, publicación RT1 1994, n° 8, art. 130, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 20. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[25]

DIPUTADOS. SENADORES. FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS. FUNCIONARIOS LOCALES. LOCALIDADES AUTÓNOMAS. INCOMPATIBILIDADES (JURISPRUDENCIA/POLONIA).

De conformidad con la *petite constitution* del 17 de octubre de 1992, los diputados, senadores y miembros de las administraciones locales autónomas, no pueden practicar ninguna actividad incompatible con el ejercicio de un mandato, de un cargo o de una función. Es por ello que, conforme la ley constitucional de 1992, las personas mencionadas no pueden pertenecer ni al Consejo de Administración, ni al Consejo de Control, ni a la Comisión de Verificación de Cuentas de una sociedad en la cual el Estado tiene participación. La prohibición se extiende a los organismos en los cuales el Estado es el único accionista.

Del mismo modo, los miembros de una colectividad autónoma no pueden cumplir función alguna en los órganos de una sociedad creada con la participación de una comuna (o de una asociación de comunas). Esta prohibición se extiende a los miembros del Consejo Municipal de las dos comunas en las que la sociedad tiene su asiento, y de la comuna en cuyo territorio dicha sociedad desarrolla sus actividades comerciales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 13-4-1994, asunto n° W 2/94, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 47. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[26]

EMPLEO PÚBLICO. AGENTE SUSPENDIDO POR PROCESAMIENTO PENAL O DISCIPLINARIO. DERECHO A LA REMUNERACIÓN. CONDICIONES (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

Al término de un período de suspensión decidido con motivo de que el agente contratado se

investigaciones 1 (1997).

encontraba sometido a un procesamiento penal o a un procedimiento disciplinario, aquél tiene derecho, si no ha recibido ninguna sanción penal o disciplinaria en su contra, al pago de la remuneración por el período correspondiente a la suspensión.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, decisión del 29-4-1994, *Colombani*, en *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, Sirey, París, 1994, p. 764.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 102/105.

[27]

ENSEÑANZA PÚBLICA. ESTABLECIMIENTOS. ARANCELES. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/PORTUGAL).

Las modificaciones legales al sistema de determinación de los aranceles (*tarifs*) de matriculación e inscripción en los establecimientos de enseñanza superior pública, son inconstitucionales en la medida en que no fijan ningún límite máximo a dichos aranceles.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL -Asamblea Plenaria-, sentencia del 8-2-1994, n° 148/94, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 51.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[28]

FILIACIÓN. PADRES. EXAMEN HEMATOLÓGICO. NEGATIVA A SOMETERSE AL EXAMEN. CONSECUENCIAS. DEBER DE COLABORAR CON LA JUSTICIA. DEBER DE VELAR POR LOS HIJOS. DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA. INTIMIDAD. HIJOS. PROTECCIÓN DE SUS INTERESES. DERECHO A LA IDENTIDAD. PRUEBA. CARGA PROBATORIA (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

La práctica de un examen hematológico con vistas a determinar la filiación de un menor, examen al que el demandado se ha rehusado a someterse, no constituye de ningún modo una violación del derecho a la integridad física o a la intimidad. Frente a los derechos fundamentales invocados, se opone la obligación de proteger los intereses de los hijos (*enfants*) y el derecho de éstos a conocer su filiación (art. 39, Constitución de España). Cuando la autoridad judicial considera necesaria la práctica de dicho examen, el demandado tiene la obligación de colaborar en su realización, no sólo en virtud de su deber de colaborar con la justicia sino también en virtud de su deber de velar por sus hijos (*enfants*).

Ahora bien, en el presente caso, la autoridad judicial ha admitido la negativa del demandado a someterse al mencionado examen, aun cuando los otros elementos de prueba, si bien eran suficientes para demostrar que la demanda de paternidad no era abusiva, igualmente eran insuficientes para probar por sí solos la paternidad. La decisión judicial impugnada constituye, entonces, un menoscabo a los derechos procesales de la demandante (art. 24.1, Constitución de España), dado que sobre ésta recae toda la carga de la prueba.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 17-1-1994, n° 7/ 94, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 63.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[29]

HÁBEAS DATA. DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN. MEDIOS DE COMUNICACIÓN. BANCOS DE DATOS. ACCESO A LA INFORMACIÓN. ACCIÓN DE AMPARO. REQUISITOS (JURISPRUDENCIA/COLOMBIA).

1. La Constitución Política establece: "Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas..." (art. 15).

2. Por otro lado, el art. 20 dispone: "Libertad de expresión e información. Se garantizará a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura".

3. De las disposiciones transcritas, la norma superior garantiza el derecho esencial de toda persona a conocer la información que sobre ella exista en bancos de datos o en archivos de entidades públicas y privadas, y se legitima a su titular para que esta información se reciba de manera veraz e imparcial, pues es claro que ella puede afectar la buena imagen y el buen nombre. En igual sentido, el conocimiento de los datos es un presupuesto indispensable para ejercer el derecho a la rectificación cuando se está frente a informaciones inverídicas o desactualizadas. Surge así para la persona, un derecho fundamental y una garantía.

4. La ley reglamentaria determina la procedencia del amparo contra acciones u omisiones de particulares, en el caso: "cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiera hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data..." o "cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas...".

5. La acción de tutela, entonces, es procedente para obtener la rectificación de dicha información siempre que se hubiere requerido la rectificación de manera directa y específica a la entidad que mantiene en sus archivos o banco de datos la información que se estima inveraz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA -Sala de Casación Penal-, sentencia del 24-1-1995, proceso penal 1406, en *Acción de Tutela, extractos de sentencias 1*, primer trimestre de 1995, Bogotá, p. 83.

Biblioteca Central.

[30]

IDENTIDAD PERSONAL. DERECHOS FUNDAMENTALES. NOMBRE. RECTIFICACIÓN.

investigaciones 1 (1997).

INTERÉS PÚBLICO. INTERÉS INDIVIDUAL. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/ITALIA).

Entre los derechos que constituyen el patrimonio inviolable de la persona física, el art. 2 de la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la identidad personal. El nombre (*nom*) -protegido por el art. 22 de la Constitución como elemento fundamental de la persona humana- representa el primer y el más inmediato elemento que caracteriza al individuo, en tanto que signo distintivo y de identificación de la persona en su vida de relación.

Considerando que en el concepto jurídico del nombre convergen exigencias tanto de naturaleza pública como privada, cuando el apellido (*nom patronymique*) ya atribuido a un individuo no es aquel al que tiene derecho según la ley, el interés público de garantizar el valor incontrovertible del registro de los actos del Estado Civil impone la rectificación del acto reconocido como no verídico.

Empero, este interés público no puede conducir a sacrificar el interés individual de conservar el apellido llevado hasta aquí en la vida de relación, y que ha devenido signo distintivo de la identidad personal, protegido por el art. 2 de la Constitución.

El reconocimiento del derecho al mantenimiento del apellido (*nom de famille*) llevado hasta aquí y que ha devenido signo distintivo de la identidad personal, impide que, cuando la rectificación de los actos del Estado Civil concierne a una persona que tiene descendientes, sea causa de perjuicios al interés general que quiere que la identificación de las personas sea cierta y constante.

Por este principio, debe ser declarado inconstitucional -como contrario al art. 2 de la Constitución- el art. 165 del decreto real n° 1238 (9-7-1939), sobre el estado civil, en la medida en que esta disposición no prevé que, cuando la rectificación de los actos del estado civil, producida por razones independientes del sujeto al que se refiere dicha rectificación, conlleva el cambio del apellido (*nom patronymique*), dicha persona pueda obtener del juez el reconocimiento del derecho a conservar el nombre de familia que le ha sido atribuido originariamente, cuando este último se ha convertido en un signo de distinción autónoma de su identidad personal.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, 24-1/3-2-1994, sentencia n° 13, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 37.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[31]

JUECES. INHABILIDADES. PREJUZGAMIENTO (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

En virtud de una regla general de procedimiento aplicable incluso sin texto, un miembro de una jurisdicción administrativa que ha expresado públicamente su opinión sobre un litigio, no puede participar en el juzgamiento del recurso dirigido contra la decisión dictada en ese litigio.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, decisión del 30-11-1994, *S.A.R.L. 'Etude Ravalement Constructions' (E.R.C.)*, en *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, Sirey, París, 1994, p. 763.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 102/105.

[32]

JUECES. JUECES SUPLENTES. INCOMPATIBILIDADES. COSTUMBRE. DEBIDO PROCESO. CONVENCION EUROPEA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE (JURISPRUDENCIA/DINAMARCA).

La Constitución no excluye el ejercicio de funciones judiciales por jueces suplentes que no gozan de garantías constitucionales contra el licenciamiento y el traslado, pues se trata de una costumbre (*tradition*) bien establecida del sistema judicial danés. No existe base suficiente para afirmar que el ejercicio de funciones judiciales por dichos jueces suplentes sea contrario al art. 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre; la Corte, en todo caso, ha invitado vivamente al Poder Legislativo a buscar una solución general al problema. Por el contrario, no es compatible por el art. 6 cit. que la acción penal haya sido conducida, en el caso, por un juez suplente que ocupaba en esa época funciones en el seno del Ministerio de Justicia, dentro del Departamento encargado de la policía, de la acción pública y de las autorizaciones para la presentación de recursos en lo penal.

CORTE SUPREMA DE DINAMARCA, sentencia del 18-4-1994, II 395/1993, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 18.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[33]

LEY. APLICACION EN EL TIEMPO. ULTRACTIVIDAD. IMPUESTOS. PAGO EN FORMA INCORRECTA. EQUIDAD (JURISPRUDENCIA/EL SALVADOR).

En virtud de la figura de la "supervivencia o ultractividad de la ley anterior", no obstante se emita una nueva ley, la ley antigua prolonga su vigencia respecto de las relaciones jurídicas nacidas a su amparo, en base a lo cual, no existe ilegalidad en la fiscalización practicada por la Dirección General de Contribuciones Indirectas, que se funda en las prescripciones de una ley que había sido derogada, si tal facultad constituye un derecho nacido bajo el régimen de la misma por el hecho de que las relaciones jurídicas de que se deriva se produjeron bajo el imperio de tal legislación.

Si se comprueba que el contribuyente cumplió su obligación fiscal, no obstante que dicho cumplimiento se haya llevado a cabo de manera no contemplada en la ley, debe, en base al principio de equidad, evitarse que se vea obligado a pagar dos veces.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR -Sala de lo Contencioso Administrativo-, sentencia del 24-9-1993, asunto 37-B-91, en *Sentencias. Quince años de jurisdicción contenciosoadministrativa. Separata de la Revista Judicial*, 2, San Salvador, junio 1995, p. 1004.
Biblioteca Central.

[34]

LIBERTAD DE EXPRESION. MANIFESTACIONES PUBLICAS. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. LIBERTAD INDIVIDUAL. LIBERTAD DE CIRCULACION. DOMICILIO.

investigaciones 1 (1997).

INVIOLABILIDAD. PRIVACIDAD. ORDEN PÚBLICO. SEGURIDAD PÚBLICA. ATENTADOS. PODER LEGISLATIVO. PODER DE POLICÍA. REGLAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS. LÍMITES. PROPORCIONALIDAD. ARMAS. REQUISAS. PODER JUDICIAL. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

1. El art. 16 de la ley de orientación y de programación relativa a la seguridad, reglamenta medidas atinentes al refuerzo del mantenimiento del orden público. Así, autoriza al representante del Estado en el Departamento y, en París, al Prefecto de Policía, a partir del día de declaración de una manifestación en la vía pública o, si la manifestación no ha sido declarada, desde que haya tenido conocimiento de ésta, a prohibir la portación o el transporte, sin motivo legítimo, de objetos que puedan ser utilizados como proyectiles o que constituyan un arma en el sentido del art. 132-75 del Código Penal. Además, con el fin de asegurar el cumplimiento de esta prohibición, diversos oficiales y agentes de la policía judicial pueden, bajo instrucción del Prefecto, proceder al registro de los vehículos circulantes en la vía pública, y a la incautación de los objetos en contravención. Por otro lado, se dispone que la aplicación de las reglas señaladas en el párrafo anterior, está sometida al control de las autoridades judiciales después que el procurador de la República ha sido informado de las instrucciones dadas por el Prefecto.

2. Los diputados y senadores que defieren al Consejo Constitucional el estudio de dichas disposiciones, sostienen, en primer lugar, que éstas menoscaban la inviolabilidad del domicilio y el respeto a la vida privada, pues autorizan el registro de vehículos sin condiciones ni límites suficientes. Agregan que el legislador ha desconocido el principio de proporcionalidad estricta de las medidas de policía respecto de la gravedad de los trastornos al orden público. Alegan que, estando en juego la libertad individual, los eventuales registros de vehículos deberían estar subordinados sino a la Dirección, al menos a la autorización del Procurador de la República. Afirman, finalmente, que el legislador, al no definir las circunstancias particulares que justificarían dichas operaciones de registro, ha desconocido la competencia que le otorga el art. 34 de la Constitución.

3. Las medidas contenidas en la ley atañen a las condiciones bajo las cuales se ejerce la libertad individual, la libertad de circulación (*d'aller et venir*), y el derecho de expresión colectiva de las ideas y de las opiniones. Corresponde al legislador asegurar la conciliación entre el ejercicio de esas libertades constitucionalmente garantizadas con la prevención de atentados al orden público y, principalmente, de los atentados a la seguridad de las personas y de los bienes que responde a objetivos de valor constitucional.

4. El legislador podía facultar a la autoridad prefectoral a prohibir la portación o el transporte de objetos que pueden constituir un arma en el sentido del art. 132-75 del Código Penal, cuando las circunstancias del caso hagan temer graves problemas al orden público. Esta reglamentación puede, solamente, ser aplicada durante las 24 horas anteriores a la manifestación en juego y hasta su dispersión, y queda limitada a los lugares vecinos y a sus accesos; su extensión debe ser proporcionada a las necesidades que surjan de las circunstancias del caso. Salvo circunstancias excepcionales, debe interpretarse que el legislador no ha querido otorgar autorización sino sólo sobre los lugares de la manifestación o inmediatamente próximos a éstos.

5. Con todo, si bien el legislador podía prohibir la portación o el transporte sin motivo legítimo de objetos que puedan constituir un arma en el sentido antes señalado, la extensión de esta prohibición a todos los objetos que puedan ser utilizados como proyectil -que son susceptibles de ser incautados- es, por su formulación general e imprecisa, susceptible de causar un menoscabo

excesivo a la libertad individual. Por ello, la norma en cuanto expresa: "..ser utilizadas como proyectil o...", debe ser considerada como contraria a la Constitución.

6. En lo que concierne a las operaciones de registro de vehículos a fin de hallar y de incautar armas, en el sentido del art. 132-75 del Código Penal, en la medida en que importen la comprobación de infracciones y den lugar a la persecución de sus autores, son de la competencia de la policía judicial. Como dichas operaciones ponen en juego la libertad individual, su autorización debe ser dada por la autoridad judicial, guardiana de esta libertad en virtud del art. 66 de la Constitución.

7. Al permitir el registro de todo vehículo que circule por la vía pública, con el fin de asegurar el cumplimiento de la prohibición prefectoral, sin previa autorización de la autoridad judicial y limitándose a indicar que ésta será informada de las instrucciones dadas por el Prefecto, el legislador ha desconocido las disposiciones del art. 66 cit. por lo que el tercer párrafo de la norma en juego debe ser declarado contrario a la Constitución.

Nota de la Secretaría: v., en esta sección, los nos. [35] y [45], relativos a otras cuestiones de la ley cuestionada, resueltos por esta decisión.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, decisión del 18-1-1995, n° 93-352, en *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, París, 1995, p. 170.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[35]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. MANIFESTACIONES PÚBLICAS. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. LIBERTAD INDIVIDUAL. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. ORDEN PÚBLICO. SEGURIDAD PÚBLICA. ATENTADOS. REGLAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS. DERECHO PENAL. PODER LEGISLATIVO. DELITOS. PENAS. PROPORCIONALIDAD. CONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

1. Los diputados y senadores presentantes, defieren a este Consejo Constitucional, la consideración del art. 18 de la ley de orientación y de programación relativa a la seguridad, sólo en cuanto: a) establece una pena complementaria de prohibición de participar en manifestaciones en la vía pública, en los lugares fijados por la sentencia condenatoria y por una duración que no puede exceder de tres años, contra las personas halladas culpables de infracciones al Código Penal relativas al desarrollo de dichas manifestaciones; y b) establece una pena privativa de la libertad de un año y una multa, contra aquellos que participaran de una manifestación en desconocimiento de la prohibición indicada sub a) Sostienen que las penas mencionadas atentan contra la libertad de expresión, que no son necesarias y que, en todo caso, resultan desproporcionadas a las infracciones cometidas.

2. Está permitido al legislador instituir nuevas infracciones determinando sus penas; con todo, le incumbe a aquél asegurar la conciliación entre las exigencias del orden público con las libertades constitucionalmente protegidas.

3. La prohibición de realizar manifestaciones prevista por el legislador por una duración máxima de tres años, está limitada a los lugares señalados por la sentencia de condena. Por ello,

corresponde al juez penal decidir, no solamente sobre la interdicción sino también sobre los lugares a los que se aplica. Atento la naturaleza de las infracciones enumeradas en el artículo en cuestión, la prohibición mencionada y las penas por su desconocimiento no violan el principio de proporcionalidad de las sanciones ni tampoco las exigencias de la libertad individual, de la libertad de circulación (*d'aller et venir*), y el derecho de expresión colectiva de las ideas y de las opiniones.

Nota de la Secretaría: v., en esta sección, los nos. [34] y [45], relativos a otras cuestiones de la ley cuestionada, resueltos por esta decisión.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, decisión del 18-1-1995, n° 93-352, en *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, París, 1995, p. 170.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[36]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. OBRAS ESCRITAS. PROHIBICIÓN DE VENTA. PROTECCIÓN DE LOS JÓVENES. BUENAS COSTUMBRES. OPINIONES. DEMOCRACIA (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

La libertad de expresión se aplica a las declaraciones de hechos y a las opiniones personales. Esta libertad está limitada particularmente por las leyes con vistas a proteger a la juventud de las influencias contrarias a las buenas costumbres. No puede ser prohibida la venta a los menores de una obra en la que su autor, sin justificar la ideología nazi, sostiene que Hitler no es culpable de haber provocado la segunda guerra mundial. Dicha prohibición sería contraria a la libertad de expresión que se extiende a las opiniones concernientes a la historia contemporánea alemana. Uno de los fundamentos del estado democrático es el debate público que por sí mismo impide la falsificación de los hechos.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 11-1-1994, n° 1 BvR 434/87, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 25.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[37]

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS. EXTRANJEROS CON RESIDENCIA LEGAL. EXPULSIÓN. PROCEDIMIENTO. DECISIÓN Y DICTAMEN. INDEPENDENCIA DE LA AUTORIDAD COMPETENTE. DERECHO DE DEFENSA. REVISIÓN JUDICIAL (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EUROPEA).

1. Antecedentes del caso: la *Court of Appeal* (Londres) planteó, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, una cuestión prejudicial atinente a la interpretación de la Directiva 64/221/CEE del Consejo (25-2-1994), para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas en razones de orden público, seguridad y salud públicas. Ante el tribunal nacional, el Sr. Gallagher cuestionaba la orden de

expulsión adoptada en su contra, por el Ministro del Interior de Inglaterra.

2. Sentencia:

2.1. El apartado I del artículo 9 de la Directiva 64/221 para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, debe interpretarse en el sentido de que, salvo en caso de urgencia, prohíbe a la autoridad administrativa adoptar -contra un nacional comunitario que reside legalmente en el territorio nacional, que sea titular de una autorización de residencia o que no esté obligado a poseerla- una decisión de expulsión antes de que una autoridad competente haya emitido su dictamen.

3. El apartado I antes mencionado no se opone a que la autoridad competente que debe emitir el dictamen previo a una medida de expulsión sea designada por la autoridad administrativa que adopta esta decisión, con la condición de que dicha autoridad competente pueda ejercer sus funciones con total independencia, sin estar sujeta al control de la autoridad que ha de adoptar las medidas previstas por la Directiva y que, además, se siga un procedimiento que permita al interesado, en las condiciones fijadas por la Directiva, hacer valer sus medios de defensa. Corresponde al Juez nacional apreciar en cada caso si se cumplen dichas exigencias.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS -Sala Sexta-, sentencia del 30-11-1995, asunto C-175/94: *The Queen contra Secretary of State for the Home Department, ex parte: John Gallagher*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1995-11, p. 4253.
Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 94.

[38]

MATRIMONIO. MATRIMONIO RELIGIOSO. PROHIBICIÓN DE LA CELEBRACIÓN ANTERIOR A LA DEL MATRIMONIO CIVIL. LIBERTAD RELIGIOSA. DERECHOS Y LIBERTADES. LIMITACIONES. ORDEN PÚBLICO. MORAL. SALUD. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/CROACIA).

Es nula la disposición de la ley de matrimonio y de las relaciones familiares, que prohíbe toda celebración religiosa del matrimonio antes que éste no haya sido celebrado según las modalidades prescriptas por dicha ley (es decir ante un órgano municipal). La Constitución garantiza la libertad religiosa, y la mencionada celebración religiosa constituye una manifestación de dicha aquella libertad que tiene lugar antes o después del matrimonio civil. La disposición impugnada restringe este derecho garantizado por la Constitución. Los derechos y libertades no pueden ser limitados por la ley sino para proteger los derechos y libertades de otros, el orden público, el orden moral y la salud. En este caso de especie, la celebración de un matrimonio religioso no importa atentado a ninguno de esos principios.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE CROACIA, sentencia del 16-2-1994, U-I-23/1990, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994,

investigaciones 1 (1997).

[39]

MINISTERIO PÚBLICO. FUNCIONES. ACTIVIDAD DE OFICIO. LEGITIMACIÓN. LÍMITES. PROCESO CIVIL. AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LAS PARTES. PRINCIPIO DISPOSITIVO. DIGNIDAD HUMANA. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/HUNGRÍA).

La ley n° 3 de 1952 sobre el procedimiento civil y la ley n° 5 de 1972, preveían que el Ministerio Público podía iniciar un procedimiento cuando la persona habilitada a este efecto (titular del derecho) no se encontraba en condiciones de defender sus intereses o cuando intereses mayores de orden público o social estaban en juego. Dicho Ministerio podía intervenir, igualmente, en cualquier estado del procedimiento en interés de la ley. El Ministerio Público tenía los mismos derechos que las partes.

En el sistema jurídico húngaro, el rol esencial del Ministerio Público consiste en proseguir las acciones relativas a vulneraciones al orden constitucional, o a la seguridad y la soberanía nacionales, o que amenacen a estos últimos. La Constitución autoriza al Ministerio Público, igualmente, a tomar determinadas medidas a fin de salvaguardar la legalidad. En el curso de su evolución, el derecho húngaro ha conocido algunos casos, poco numerosos, de intervención de un procurador en un proceso civil. Fue el derecho judicial privado del régimen socialista el que confió al Ministerio Público la "protección general de la legalidad".

La Corte Constitucional estimó que este derecho general e ilimitado del Ministerio Público de intentar un procedimiento civil, comporta un menoscabo a la autonomía y a la independencia de las partes. Corresponde a cada uno iniciar o no iniciar un procedimiento civil. El derecho general reconocido al Ministerio Público de intervenir en dichos procedimientos entraña, por lo tanto, una vulneración al principio de la primacía del derecho, al derecho a la dignidad humana e, indirectamente, a las normas constitucionales concernientes al procedimiento judicial. Por ello, dichas normas son inconstitucionales.

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRÍA, decisión n° 1/1994 (1.7.) AB határozat, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 31.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[40]

MINISTERIO PÚBLICO. LEGITIMACIÓN. PROCESO CIVIL. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/LITUANIA).

Determinados poderes conferidos a los procuradores generales por la ley del Ministerio Público y el Código de Procedimiento Civil, como el poder de intervenir en un asunto cualquiera fuese su

estado a fin de controlar el procedimiento civil y la legalidad de los actos ejecutorios, son contrarios a la Constitución.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LITUANIA, sentencia del 14-2-1994, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 41.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[41]

NACIONALIDAD. DOBLE NACIONALIDAD. PROHIBICIÓN. INCONSTITUCIONALIDAD. CIUDADANÍA (JURISPRUDENCIA/ESLOVENIA).

La disposición de la ley de ciudadanía, que prohíbe la doble nacionalidad, no es contraria a la Constitución. La inobservancia de los requisitos jurídicos previstos por dicha disposición no entraña la pérdida de la ciudadanía.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE ESLOVENIA, sentencia del 17-3-1994, U-I-10/94, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1994, 1, p. 60.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[42]

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS. DERECHOS COMUNITARIOS. INEXISTENCIA DE NORMAS PROCESALES COMUNITARIAS. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EUROPEA).

"Según reiterada jurisprudencia (véanse, especialmente, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe, 33/76, Rec. p. 1989, y de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio, 199/82, Rec. p. 3595), cuando no exista normativa comunitaria sobre la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos jurisdiccionales destinados a garantizar la salvaguarda de los derechos que se deriven para los justiciables del efecto directo del Derecho comunitario, siempre que dichas modalidades no sean menos favorables que las que se refieren a los recursos similares de naturaleza interna, ni estén articuladas de manera que hagan prácticamente imposible el ejercicio de los derechos atribuidos por el ordenamiento jurídico comunitario".

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS -Sala Sexta-, sentencia del 23-11-1995, asunto C-394/93: *Gabriel Alonso-Pérez contra Bundesanstalt für Arbeit*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1995-11, pp. 4101, 4122.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 94.

[43]

investigaciones 1 (1997).

REQUISAS. CONSENTIMIENTO. DETENCIÓN. DEBIDO PROCESO ADJETIVO. CONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/EE.UU.)

1. Antecedentes del caso: el ayudante de un *sheriff* detuvo al Sr. Robinette por conducir a una velocidad excesiva, le formuló una advertencia verbal, y le devolvió su licencia de conductor. Seguidamente, le preguntó si llevaba en el auto algún producto de contrabando, armas o drogas. Robinette respondió en forma negativa, y dio su autorización para que se registrara el vehículo. El policía encontró una pequeña cantidad de marihuana y una pastilla de éxtasis. Robinette fue detenido y condenado en primera instancia por tenencia de sustancias controladas. La Cámara de Apelaciones de Ohio revocó la decisión con base en que la requisita se había hecho en el curso de una detención ilegal. La Suprema Corte estadual confirmó el fallo, por cuanto, dadas las antedichas circunstancias de la causa, el policía, después de finalizadas las actuaciones por la infracción de tránsito, debió haber advertido al conductor que estaba "legalmente libre para irse", so pena de invalidez del consentimiento prestado por este último para la posterior requisita.

2. Sentencia: "para que el consentimiento prestado por una persona legalmente detenida sea reputado voluntario, la Enmienda IV no exige que se le advierta que tiene libertad para irse. El criterio establecido por la Enmienda es la razonabilidad, que se evalúa en términos objetivos, mediante el examen de la totalidad de las circunstancias del caso. Esta Corte ha eludido siempre la aplicación de reglas como la elaborada por la Suprema Corte de Ohio, y optado por destacar la necesidad de analizar los hechos específicos. En realidad, al rechazar una regla *per se* muy similar a la mencionada, esta Corte ha declarado que la voluntariedad del consentimiento a una requisita es una cuestión de hecho que debe establecerse de acuerdo con la totalidad de las circunstancias (*Schneckloth vs. Bustamante*, 412 US 218, 248/249). La Suprema Corte de Ohio se equivocó al decidir otra cosa. A efectos de reputar voluntario el consentimiento prestado para hacer una requisita, no sería realista exigir que los oficiales de policía siempre informen a los detenidos que tienen libertad para irse".

Nota de la Secretaría: v. sobre este caso: "Arguments before the Court. Vehicle stops", en *The United States Law Week*, 65 LW 3199/ 3200; "Supreme Court gives police latitude in car searches", 19-11-96, en *Nando.net*, *N.Y.Times*; y **MOY, Cindy** "Government may rue persuading the U.S. Supreme Court to reject 4th Amendment bright-line test", 20-11-96, en *West Legal News*, Internet.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 9-6-1995, *Ohio vs. Robinette*, en 64 LW 2183.

[Biblioteca Central.](#)

[44]

SINDICATOS. LEGITIMACIÓN PROCESAL. DEFENSA DE SUS AFILIADOS Y DE TRABAJADORES NO AFILIADOS. ADMISIBILIDAD. ACCIÓN DE AMPARO. DERECHOS FUNDAMENTALES (JURISPRUDENCIA/COLOMBIA).

De los expresos y claros términos de la propia Constitución Nacional como de las tesis filosóficas y de las doctrinas políticas que inspiran la Teoría de los Derechos Humanos, originaria

investigaciones 1 (1997).

denominación de lo que en nuestro ordenamiento jurídico positivo figura como "derechos constitucionales fundamentales", resulta indudable que únicamente el ser humano tiene derechos que le son inherentes. El art. 86 de la Constitución debe ser interpretado como la consagración de un instrumento judicial enderezado a permitirle a los seres humanos reclamar la protección inmediata de los derechos que le son inherentes a su condición de personas, así consideradas por el sólo hecho de existir y sin que su personalidad jurídica, ni la existencia de los derechos que le son esenciales, dependa de un reconocimiento estatal.

Sin embargo, los sindicatos, específicamente, y las demás personas jurídicas en general, pueden valerse de la acción de tutela cuando su objetivo no es la defensa de sus propios derechos patrimoniales, o de otra índole, sino la protección inmediata de seres humanos. Posibilidad esta de ejercitar la acción de tutela que, dada la especialísima naturaleza de esta clase de personas jurídicas, resulta indiscutible cuando el sindicato hace uso de tal medio de defensa en procura de amparar a sus afiliados o inclusive a otros trabajadores de la empresa aunque no sean socios de la organización sindical.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA -Sala de Casación Laboral-, sentencia del 7-2-1995, proceso laboral 1264, en *Acción de Tutela, extractos de sentencias 1*, primer trimestre de 1995, Bogotá, p. 137.

Biblioteca Central.

[45]

<p>VIGILANCIA. SISTEMAS DE VIDEO. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. DOMICILIO. INVIOABILIDAD. PRIVACIDAD. ANONIMATO. ORDEN PÚBLICO. ATENTADOS. PODER LEGISLATIVO. PODER DE POLICÍA. REGLAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS. PROPORCIONALIDAD. ACCESO A LA INFORMACIÓN. DESTRUCCIÓN DE LA INFORMACIÓN. SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN. PRINCIPIO GENERAL. EXCEPCIONES. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).</p>
--

1. Los diputados y senadores presentantes defieren al Consejo Constitucional el estudio de la ley de orientación y de programación relativa a la seguridad, poniendo en cuestión, entre otros, su art. 10.

2. Los autores de la elevación se agravian de este artículo -que establece un régimen de autorización y de utilización de las instalaciones de sistemas de video para operaciones de vigilancia- por desconocer el ejercicio de diversos derechos y libertades fundamentales constitucionalmente protegidas, entre otras, la libertad individual que la autoridad judicial debe asegurar en virtud del art. 66 de la Constitución, la libertad de circulación (*d'aller et venir*) sin vigilancia arbitraria y generalizada, y el derecho al respeto de la vida privada que implicaría un derecho al anonimato. A este fin, los presentantes invocan -además del desconocimiento del principio de necesidad y de proporcionalidad propios de las medidas de policía- que no han sido instituidas garantías suficientes para el ejercicio de las libertades públicas, en lo que concierne a las autoridades competentes y a las circunstancias requeridas para expedir las autorizaciones, al uso de las imágenes y su grabación, y a los controles y recursos de los que deben disponer las

personas filmadas. Sostienen que el legislador habría así desconocido la competencia que le otorga el art. 34 de la Constitución en materia de garantía de las libertades públicas.

3. La prevención de atentados al orden público, especialmente los vinculados con la seguridad de las personas y de los bienes, y la persecución de los autores de las infracciones, son necesarias para la salvaguarda de principios y derechos de valor constitucional. Es de la competencia del legislador asegurar la conciliación entre esos objetivos de valor constitucional y el ejercicio de las libertades públicas constitucionalmente garantizadas, entre las cuales figura la libertad individual y la libertad de circulación, así como la inviolabilidad del domicilio. El desconocimiento del derecho al respeto de la vida privada puede ser de una naturaleza que menoscabe la libertad individual.

4. Como respuesta a los objetivos de valor constitucional de preservación del orden público, el legislador podía habilitar al representante del Estado en el Departamento y, en París, al Prefecto de Policía, a autorizar la instalación de sistemas de video para operaciones de vigilancia, que aseguren la transmisión y la grabación de imágenes de la vía pública por las autoridades públicas competentes, a los fines "de asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus cercanías, la salvaguarda de las instalaciones útiles para la defensa nacional, la regulación del tránsito en las rutas, la comprobación de infracciones a las reglas de circulación o la prevención de atentados a la seguridad de las personas y de los bienes en los lugares particularmente expuestos a los riesgos de agresión o de robo". El legislador podía, igualmente, habilitar a las mencionadas autoridades a permitir dichas operaciones en los lugares y establecimientos abiertos al público, particularmente expuestos a los peligros de agresión o de robo, a fin de asegurar allí la seguridad de las personas y de los bienes. Empero, la puesta en marcha de tales sistemas debe estar rodeada de garantías para proteger el ejercicio de las libertades individuales antes mencionadas.

5. Cabe considerar, en primer lugar, que el legislador ha impuesto que el público sea informado, de manera clara y permanente, de la existencia del mencionado sistema o de la autoridad y la persona responsable; y que ha prohibido que sean visualizadas las imágenes del interior de los inmuebles y, de manera específica, sus entradas.

6. En segundo lugar, salvo en materia de defensa nacional, el legislador ha condicionado las autorizaciones prefectorales al dictamen de una Comisión departamental presidida por un juez (*magistrat du siège*) o un magistrado honorario. En atención al papel asignado a esta comisión, su composición debía entrañar garantías de independencia.

7. En tercer término, el legislador ha exigido que la autorización prefectoral prescriba todas las precauciones útiles, en particular las relativas a la capacidad de las personas encargadas de la explotación del sistema o de observar las imágenes, y a las medidas a tomar para asegurar el respeto de las disposiciones de la ley.

8. En cuarto punto, el legislador ha concedido a toda persona interesada, el derecho de dirigirse al responsable del sistema a fin de obtener el acceso a las grabaciones que le conciernen o de verificar su destrucción dentro de un plazo máximo de un mes. Este acceso es de derecho, bajo reserva de que sean opuestos motivos "tendientes a la seguridad del Estado, a la defensa, a la seguridad pública, al desarrollo de procedimientos incoados ante las jurisdicciones o de trámites

preliminares a estos procedimientos, o al derecho de terceros". La mención al "derecho de terceros" debe ser interpretada como que hace referencia sólo al caso en el que una comunicación de este tipo podría causar menoscabo al secreto de su vida privada.

9. En quinto lugar, el legislador, además, ha garantizado a toda persona interesada la posibilidad de elevar a la Comisión departamental antes mencionada, toda dificultad relativa al funcionamiento del sistema. En atención al carácter general con que está formulado, este derecho debe entenderse que posibilita elevar a la Comisión toda dificultad de acceso a las grabaciones que conciernen a los interesados o a la verificación de la destrucción de éstas. Asimismo, ha recordado que este procedimiento administrativo obstaría al derecho de la persona interesada de dirigirse a la jurisdicción competente, en caso de necesidad, en la forma del procedimiento de urgencia (*référé*).

10. En sexto término, previendo que las grabaciones deban ser destruidas en el plazo máximo de un mes, salvo el caso de una investigación por flagrante delito, de una investigación preliminar o de una instrucción judicial, debe considerarse que el legislador ha querido, por un lado, establecer que la destrucción sea comprobada y, por el otro, prohibir toda reproducción o manipulación de aquéllas, fuera del caso del párrafo primero del art. 10 cit., que legisla para el supuesto en el cual las grabaciones de un sistema de video para operaciones de vigilancia serían utilizadas para la constitución de archivos nominativos, de acuerdo a las garantías previstas por la legislación relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades.

11. En séptimo lugar, para asegurar el respeto a estas prescripciones, el legislador ha previsto sanciones penales que castigan "el hecho de realizar grabaciones con sistemas de video para operaciones de vigilancia sin autorización, de no destruirlas dentro del plazo previsto, de falsificarlas, de obstruir la acción de la comisión departamental, de dar acceso a las imágenes a personas no habilitadas o utilizar estas imágenes para otros fines que aquellos para los que fueron autorizadas...".

12. Sin embargo, tratándose de demandas de autorización, el legislador ha previsto que "la autorización solicitada se reputa concedida a falta de respuesta, dentro del plazo de cuatro meses". El legislador puede derogar el principio general según el cual el silencio de la administración durante un lapso determinado equivale al rechazo de la petición. Con todo, habida cuenta de los riesgos que puede irrogar para la libertad individual la instalación de los sistemas citados, aquél no puede subordinar a la diligencia de la autoridad administrativa la autorización de instalar dichos sistemas sin privar, entonces, de garantías legales a los principios constitucionales antes recordados.

13. Por ello, se declara contrario a la Constitución el art. 10, en cuanto dispone que "la autorización solicitada se reputa concedida a falta de respuesta dentro del plazo de cuatro meses".

Nota de la Secretaría: v., en esta sección, los nos. [34] y [35], relativos a otras cuestiones de la ley cuestionada, resueltos por esta decisión.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, decisión del 18-1-1995, n° 93-352, en *Recueil des*
investigaciones 1 (1997).

décisions du Conseil Constitutionnel, Dalloz, París, 1995, p. 170.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[1]

ABORTO. INTERRUPTIONES VOLUNTARIAS DEL EMBARAZO. ASISTENCIA A LA EMBARAZADA Y A LA FAMILIA. DERECHO PENAL. MODELOS LEGISLATIVOS. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DIGNIDAD HUMANA. DERECHOS DE LA PERSONA POR NACER. DERECHO A LA VIDA. DERECHOS DE LA MADRE. MEDIDAS LEGISLATIVAS INEFICACES. ESTADO DE DERECHO. SALARIOS. MODELO DE ASESORAMIENTO. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ASISTENCIA MÉDICA. GASTOS. MÉDICOS. PERSONAS DEL CONTEXTO SOCIAL DE LA EMBARAZADA. RESPONSABILIDAD (DOCTRINA/ALEMANIA-ESPAÑA).

1. El 1 de octubre de 1995 entró en vigor en Alemania, por lo menos en sus aspectos esenciales, la nueva "Ley de Modificación de Asistencia a la Embarazada y a la Familia" (**SFHändG**, del 21-8-1995). Existen numerosos indicios para creer que esta ley tendrá un tiempo de vida mayor que las anteriores, por el amplio consenso político que ha tenido -a pesar de las críticas a las que fue sometida- y por el cuidadoso seguimiento que hizo el legislador de los detallados requisitos constitucionales establecidos por el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia del 28-5-1993 (la cuestión de cómo se debía legislar en la materia no sólo fue una cuestión política, sino, además, una cuestión de Derecho Constitucional, cuya correcta aplicación es vigilada por el mencionado Tribunal).

2. La evolución legislativa hasta la "Ley de Asistencia a la Embarazada y a la Familia" (**SFHG**).

El Código Penal del Reich (15-5-1871), había optado -tomando como modelo antiguos tipos penales de los *Länder*- por una prohibición penal estricta de la interrupción del embarazo que no reconocían excepción alguna. Si bien en la práctica tampoco entonces se perseguían las interrupciones de embarazos que tenían lugar por indicaciones terapéuticas, quedaba en manos del Tribunal Supremo del Reich la posibilidad de dar también formalmente un primer paso en favor de una liberalización: en la sentencia del 11-3-1927 reconoció, por primera vez, la indicación terapéutica como un estado de necesidad suprallegal y, por ende, como una causa de justificación.

Empero, fue sólo en junio de 1974, que se aprobó (en la antigua República Federal) la reforma que dispuso la inmunidad de la interrupción del embarazo llevada a cabo por facultativos a una mujer en los primeros tres meses de gestación ("5. Ley de Reforma del Derecho Penal"). Con todo, este "sistema de plazos" no tuvo consistencia frente al Tribunal Constitucional, que consideró que no tenía en cuenta la protección como derecho fundamental de la vida en el marco debido.

Tras la aludida declaración de inconstitucionalidad, el legislador, en 1976, se decidió por un modelo de indicaciones que tenía por finalidad agotar el margen que dicho Tribunal había dejado en su sentencia ("15. Ley de Modificación del Derecho Penal del 18/5/1976"). Así, incluyó en la nueva ley, junto con la indicación terapéutica establecida con gran amplitud, otros tres supuestos más: la indicación embriopática, la criminológica y la indicación general de estado de necesidad (indicación "social"). La indicación terapéutica podía tener lugar en cualquier momento del embarazo; la embriopática dentro de las 22 semanas de la concepción; y las dos restantes dentro de

las 12 semanas.

Esta ley contenía, además, los elementos básicos para un modelo de asesoramiento: a) asesoramiento social o para situaciones de conflicto, que debía tener lugar al menos tres días antes de la intervención; y b) asesoramiento terapéutico. La embarazada que no realizaba los asesoramientos indicados antes de la intervención, no sufría consecuencia negativa alguna (si se sometía al asesoramiento, aunque faltase una indicación tampoco era punible por una interrupción producida dentro de las 22 semanas de gestación, siempre y cuando la intervención fuese practicada por un médico); el médico que llevaba a cabo la intervención en dichas circunstancias, era punible en virtud del tipo penal propio de "interrupción del embarazo sin asesoramiento de la embarazada".

La década de 1980 fue relativamente pasiva en punto a la cuestión del derecho de interrupción del embarazo, no obstante que el problema seguía latente.

Con la "reunificación" de Alemania (3-10-1990), la situación cambió repentinamente pues, a las opiniones divergentes, se sumó la oposición entre dos ordenamientos jurídicos que regulaban la materia de manera diferente: en la República Federal existía el modelo de indicaciones orientado a una especial protección de la vida en formación, mientras que en la República Democrática regía el modelo liberal de plazos (la mujer podía decidir bajo su propia responsabilidad la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas, que debía ser practicada por un facultativo). El "Tratado de Unificación" (31-8-1990) postergó la solución del problema -fijando un plazo que vencía el 31-12-1992 para establecer una legislación unificada-, y declaró la vigencia, en lo esencial, del antiguo derecho de la República Democrática. En tales condiciones, en la Alemania unificada regían dos ordenamientos jurídicos diferentes.

3. La "Ley de Asistencia a la Embarazada y a la Familia" (SFHG).

A mediados de 1992, después de un largo y difícil camino, fue aprobada la ya citada "Ley de Asistencia a la Embarazada y a la Familia" (SFHG), con lo que el legislador entró por primera vez en un terreno nuevo. Si con anterioridad se había intentado reprimir el fenómeno social de la interrupción del embarazo por medio de prohibiciones penales, el legislador llegaba ahora al convencimiento, no sin tener en cuenta los resultados de investigaciones de derecho comparado, de que no era posible la protección de la vida en formación en contra de la voluntad de la embarazada. El lema de la SFHG era "ayuda en lugar de pena"; y su concepto de "asistencia" se formó sobre tres pilares:

a) evitación de embarazos no deseados: la solución ideal de la difícil situación de conflicto que conlleva un embarazo no deseado es prevenir que se produzca. De ahí que la ley pone a disposición una amplia oferta de educación sexual y asesoramientos sobre las posibilidades de prevención de un embarazo.

b) mejoramiento de la posición social de familias monoparentales y de la familia: si ha tenido lugar un embarazo no deseado, la ley intenta crear condiciones marco materiales y sociales para facilitarle a la embarazada una decisión a favor de vida con el niño (ayuda social, promoción de construcción de viviendas, programas para solucionar el círculo "hijos o profesión" y asegurar la posibilidad de ambos, etc.).

c) despenalización de la interrupción del embarazo con asesoramiento: la ley se caracteriza por una amplia despenalización de los casos en los que la mujer, a pesar de las mencionadas ayudas, decide llevar a cabo la interrupción del embarazo. Empero, no es posible considerar una renuncia total al Derecho Penal por razones constitucionales (cfe. decisión del Tribunal Constitucional

Federal cit.).

El art. 218 a, párr. 1, del Código Penal Alemán (**STGB**), según la redacción dada por la **SFHG**, dispone:

"Impunidad de la interrupción del embarazo. La interrupción del embarazo no es antijurídica, cuando: 1. la embarazada solicita que se le practique la interrupción del embarazo y haya justificado mediante el certificado que se exige según el art. 219, párr. 3.2, que se ha sometido al asesoramiento al menos tres días antes de la intervención (asesoramiento de la embarazada en una situación de necesidad y de conflicto). 2. La interrupción de embarazo es realizada por un facultativo y 3. Después de la concepción no hayan transcurrido más de doce semanas".

Con ello, el Estado renuncia a establecer criterios materiales para alcanzar la impunidad en caso de interrupción del embarazo (como lo hacía en el antiguo modelo de indicaciones), trasladando la autorización de decisión a la propia embarazada durante las primeras doce semanas de gestación (el texto anterior del art. 218 cit. hablaba de "no punible" incluso en el caso de la existencia de una indicación; sin embargo, si la embarazada se hace realizar la interrupción entre la semana 13 y la 22 de gestación, después de haberse sometido al asesoramiento, si bien no estará justificada, quedará impune personalmente -no el médico- según el vigente art. 218 a, párr. 4°, del **STGB** -como ya sucedía en la anterior disposición vigente). Empero, ello no importa un total desentendimiento de responsabilidad por parte del Estado, pues la sesión de asesoramiento no está pensada como un mero trámite, sino como un lugar de comunicación abierta e intensa entre el asesor y la embarazada, en la cual se pone en conocimiento de ésta toda la información esencial y los puntos de vista a considerar para que tenga una base sólida al tomar su propia decisión. Las libertades de la embarazada, frente al asesoramiento, son: a) elección entre los distintos centros estatales de asesoramiento; b) el asesoramiento no debe buscar un resultado determinado; c) la embarazada no está obligada a exponer sus motivos o a justificarlos; d) no se levanta acta de la sesión, sino que se expide un certificado de haber sido realizado el asesoramiento.

El art. 219 del **STGB**, de acuerdo con la **SFHG**, es el siguiente:

"Asesoramiento de la embarazada en una situación de necesidad y de conflicto: 1. El asesoramiento tiene por finalidad la protección de la vida por medio del asesoramiento y la ayuda para la embarazada bajo el reconocimiento del alto valor de la vida del *nasciturus* y de la propia responsabilidad de la mujer. El asesoramiento debe contribuir a solucionar la situación de necesidad y de conflicto que conlleva el embarazo. Debe tener por finalidad que la mujer tenga la posibilidad de tomar una decisión responsable y de acuerdo con su propia conciencia. El deber del asesoramiento es dar a la embarazada una información global de carácter terapéutico, social y jurídico. El asesoramiento comprende la exposición de los derechos de la madre y del niño y de todas las posibles ayudas prácticas, especialmente de aquellas que facilitan tanto la continuidad de embarazo como la situación de la madre y del niño. El asesoramiento es además una ayuda para evitar posibles embarazos no deseados en el futuro. 2. El asesoramiento debe ser llevado a cabo en un centro de asesoramiento reconocido por la ley. El médico que lleve a cabo la interrupción del embarazo queda excluido como asesor. 3. No se levantará acta de asesoramiento y, a petición de la embarazada, será llevado a cabo en forma anónima. El centro de asesoramiento debe expedir inmediatamente un certificado con fecha acreditando que el asesoramiento ha tenido lugar y que la mujer ha sido informada para tomar la decisión".

El art. 218 a, párr. 2 del **STGB**, conforme con la **SFHG**, adopta la indicación terapéutica, si bien de forma más limitada al suprimir de la ley los requisitos de considerar las circunstancias presentes y futuras de vida de la mujer. El párrafo 3 de dicho artículo continúa permitiendo una

interrupción del embarazo de acuerdo a derecho por medio de la indicación embriopática hasta la semana 22 de gestación, pero sólo si con anterioridad tuvo lugar el asesoramiento. Sólo la indicación criminológica y la de la situación general de necesidad han sido receptadas de forma total por la regulación del asesoramiento.

Asimismo: a) el sistema público de salud debe pagar los gastos en todos los casos de interrupciones de embarazos llevadas a cabo de manera legal; b) los *Länder* deben poner a disposición una oferta de centros suficiente y distribuidos cerca de los domicilios donde se puedan realizar las interrupciones. Por otro lado, se excluyó la obligación de los médicos de comunicar cada intervención con la finalidad de establecerse una estadística oficial.

Ahora bien, antes de que la **SFHG** pudiera entrar en vigor, el 5-8-1992, 248 diputados del Parlamento Federal de Alemania y el gobierno del *Land* de Baviera, solicitaron al Tribunal Constitucional Federal que suspendiera, por medio de una "medida cautelar", dicha entrada en vigor (el mencionado Gobierno y un grupo de 249 diputados presentaron, además, un "recurso de inconstitucionalidad").

4. El interregno del Tribunal Constitucional Federal.

El 4-8-1992, el Tribunal Constitucional Federal dictó la medida cautelar peticionada, por la que impidió provisionalmente la entrada en vigor de las disposiciones penales centrales de la **SFHG**. Ello abrió un período en el cual, de facto, no fue el legislador el que dispuso sobre el derecho de interrupción del embarazo, sino dicho Tribunal.

Posteriormente, en la sentencia del 28-5-1993, el Tribunal declaró inconstitucionales y, por lo tanto nulos, los párrafos penales esenciales del modelo de asesoramiento (218 a, párr. 1 y 219 del **STGB** cits.), la derogación de la obligación de comunicar la intervención a los mentados fines estadísticos federales, la financiación por parte del sistema público de salud de las intervenciones, y el traspaso de obligaciones a las máximas autoridades de los *Länder*.

4.1. Fundamentación de la sentencia

4.1.1. La vida se debe definir a partir de la identidad genética así como de la particularidad y de la singularidad relacionadas con aquélla; por consiguiente, el *nasciturus* tiene desde el comienzo del embarazo, independientemente de la afirmación que la madre venga (sic) del mismo, el estatus de vida humana que se encuentra relacionada de forma inseparable de la dignidad humana (el comienzo del embarazo se presume en el Derecho Penal Alemán desde la anidación en el útero materno). Por ello, el *nasciturus* se encuentra protegido tanto por la dignidad humana garantizada por la Ley Fundamental (art. 1.1.) como por el derecho fundamental a la vida (art. 2.2.). De estos dos derechos, el Tribunal deduce -además de la prohibición de limitaciones injustificadas por parte del Estado- la obligación de éste de proteger toda vida en formación (esta interpretación moderna de los derechos fundamentales encuentra su base constitucional especialmente en el art. 1, párr. 1.2 de la Constitución de Alemania, según el cual es el deber de todo poder estatal "proteger" la dignidad humana). La manera en que, en particular, se protege la vida en formación queda fundamentalmente en manos del legislador. Pero, en ningún caso se puede sentir satisfecho con medidas que no prometan una protección segura y adecuada de la vida en formación: la llamada prohibición de utilizar medios ineficaces (este último concepto es utilizado, por el Tribunal cit., por primera vez; se ha creado, así, una nueva categoría constitucional que debe permitir llegar a un criterio decisivo en la futura determinación de las obligaciones estatales).

Síguense de esto, dos campos de actividades en cabeza del Estado: a) la obligación, como una protección preventiva de la vida, de promover una sociedad con condiciones favorables hacia los

niños para ganar de esta forma la predisposición de la embarazada a continuar su embarazo hasta el nacimiento del niño (v.gr., crear las bases para compatibilizar la educación de los hijos con el trabajo para "ambos" padres); b) el deber de proteger la vida no nacida de ataques concretos, incluidos los de la propia embarazada. Con esta finalidad debe prohibirse, como principio, la interrupción del embarazo y, por lo tanto, debe ser declarada antijurídica, lo que significa para la embarazada que se le impone la obligación jurídica de llevar a su término el embarazo. A su vez, esta prohibición es vinculante y debe ser provista de consecuencias jurídicas. En vista del bien jurídico elemental que supone la vida, por regla general -pero no sin excepción- no se puede renunciar a la punibilidad de los ataques relacionados con aquélla. Según el Tribunal, las prohibiciones, especialmente las penales, deben fortalecer la conciencia jurídica de la población de que la interrupción del embarazo supone el homicidio de una vida en formación. Finalmente, también se les impone obligaciones de protección a los medios públicos y privados, así como a los colegios.

4.1.2. Empero, el Tribunal no desconoce que también la propia embarazada es titular de derechos fundamentales y que -partiendo de su propio derecho a la protección y respeto de su dignidad humana (art. 1.1. cit.)- podría presentarse una colisión de derechos entre los del *nasciturus* y los de la embarazada, especialmente, el derecho a la vida e integridad física de ésta (art. 2.2. cit.) así como su derecho a la personalidad (art. 2.1. cit.). Por esta razón, y en un ámbito muy restringido, se puede permitir excepcionalmente la interrupción de un embarazo. Es decisivo que la continuación del embarazo sea "inexigible para la mujer". Por lo tanto, es compatible con la Constitución la justificación de la mujer en los casos de la indicación médica, criminológica o embriopática. Esto sólo es válido para otras situaciones de necesidad, si fuera inexigible a la embarazada de forma semejante a las circunstancias de las otras indicaciones. Pero para que estos tipos de excepción tengan también un efecto "justificante", es necesario por razones de Estado de Derecho irrenunciables, que las indicaciones se puedan constatar bajo responsabilidad estatal.

4.1.3. Sobre esta base dogmática, el Tribunal autoriza al legislador a elegir libremente entre las distintas concepciones de protección. No le prohíbe el establecimiento de un modelo de asesoramiento para la primera fase del embarazo. Sin embargo el Tribunal establece una serie de "cautelos" al reconocimiento fundamental del modelo previsto en la **SFHG**.

La interrupción del embarazo con asesoramiento no debe estar abarcado por el tipo de una ley penal, pero -por razones de prevención general positiva- debe ser considerado siempre "antijurídico", incluso en aquellos casos en los que materialmente existe una situación de indicación. Sin embargo no habría que extraer las "consecuencias" que habitualmente están ligadas a la antijuridicidad de un hecho, cuando ello fuera contrario para el buen funcionamiento del modelo de asesoramiento. Por ejemplo, el Estado debe proporcionar las instalaciones sanitarias necesarias y en cantidad suficiente; el empleador tendrá la obligación de continuar pagando el salario a la mujer que no puede trabajar por la interrupción de un embarazo. Empero, es inconstitucional que tanto los seguros médicos privados como el sistema público de salud cubran los gastos de la intervención con asesoramiento, atento la mentada antijuridicidad (si la mujer se encuentra en una situación de necesidad económica el Estado le debe prestar una ayuda social a fin de evitar que recurra a la ilegalidad).

El Tribunal también consideró que el procedimiento de asesoramiento, si bien ha de conducir a un "resultado" abierto, no debe tener una "finalidad" abierta, pues corresponde que tienda a que el embarazo se lleve a término. Asimismo, la embarazada debe exponer en el asesoramiento los motivos por los que desea interrumpir la gestación. Por su lado, la expedición del certificado de

asesoramiento -necesario para que se pueda realizar la interrupción- sólo tiene lugar cuando el asesor considere concluido el asesoramiento que, en determinadas circunstancias, puede requerir varias sesiones. Los centros de asesoramiento deben ser elegidos y supervisados cuidadosamente.

A los médicos, el Tribunal cit. les impone los deberes de: a) exigir a la mujer que exponga los motivos por los que desea interrumpir la gestación; b) comprobar la existencia de los requisitos para llevar a cabo una interrupción no típica; c) realizar un esclarecimiento y asesoramiento orientado a la protección de la vida no nacida; y d) comprobar el estado de gestación y abstenerse de realizar manifestaciones durante esa primera fase del embarazo sobre el sexo del niño. Por otro lado, la ley debe contemplar la punibilidad de la contravención de dichas conductas. Además, los médicos que se nieguen a realizar este tipo de intervenciones, con la excepción del caso de la indicación médica, no deberán sufrir perjuicio de carácter profesional.

En cuanto a las exigencias que el Tribunal impone a las "personas del contexto social de la embarazada", el legislador debe prever normas penales, al menos para aquellos casos en los que se les pueda reprochar -al padre o familiares del niño, e incluso al locador o su empleador- la falta de ayuda que de éstos se debería esperar o que predispongan a la embarazada a llevar a cabo la interrupción.

Asimismo, como el legislador debe comprobar constantemente y, en su caso, readaptar el modelo de asesoramiento conforme con su función de proteger la vida en formación, deben seguir siendo exigidas las estadísticas nacionales sobre interrupciones.

4.2. Críticas a la sentencia

El fallo ha sido objeto de numerosas y fuertes críticas que, en parte, ya fueron puestas de manifiesto en los votos particulares. Como el Tribunal optó por una solución intermedia, dichas críticas provinieron de diversas posiciones.

Casi unánime fu el embate contra la "fundamentación jurídica" de la sentencia, que tuvo dos vertientes: se sostuvo, por un lado, que el Tribunal habría violado los límites constitucionales de la "división de poderes", al adoptar competencias que pertenecen al legislador; y, por el otro, que el fallo se caracterizaría por sus propias contradicciones e incongruencias internas. Especialmente, en relación a la conformidad a derecho o a la antijuridicidad es donde el Tribunal se sobrepone al principio reconocido con generalidad en la ciencia jurídica, de la "unidad del ordenamiento jurídico".

4.3. A partir del 16-6-1993 estuvo vigente en toda Alemania la orden de ejecución establecida por el fallo citado, como complemento de las normas no declaradas inconstitucionales de la **SFHG** que transformó de forma detallada los principios desarrollados en la sentencia en una regulación concreta.

5. El largo proceso hasta la nueva Ley de Modificación de la Ley de Asistencia a la Embarazada y a la Familia (**SFHÄndG**).

La regulación transitoria antedicha que debía regir durante un breve plazo, determinó finalmente la situación jurídica en Alemania durante más de dos años. En el decimosegundo período de legislatura del *Bundestag* (Parlamento de Alemania) fracasaron, en definitiva, diversos intentos del legislador. Las iniciativas se pueden dividir en tres grupos: a) las orientadas fundamentalmente en el derecho de la autodeterminación de la mujer; b) las que anteponen estrictamente la protección de la vida en formación; c) las que intentan una solución de compromiso sosteniendo las ideas fundamentales de la recordada sentencia del Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, el decimotercer *Bundestag* heredó la obligación de crear el nuevo derecho de la interrupción del embarazo. El contenido de los proyectos que se presentaron reflejó casi todo el espectro posible de opiniones. Finalmente, el 29-6-1995 (por 485 votos a favor, 145 en contra y 21 abstenciones) fue aprobada la ya citada **SFHÄndG**.

6. La actual regulación legal en la República Federal de Alemania.

El derecho de interrupción del embarazo se encuentra regulado ahora, en parte, en la **SFHG** y, en parte, en la **SFHÄndG**. Continúan vigentes grandes partes de la primera, en especial lo concerniente a las disposiciones de política social en favor de las familias monoparentales y familias con niños, al igual que algunas disposiciones penales como, por ejemplo, el tipo penal básico del art. 218 **STGB** cit.; en tanto que la ley antes citada viene a cubrir aquellas disposiciones de la **SFHG** que fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. La nueva ley se encuentra indiscutible y claramente dominada por los presupuestos que fueron exigidos por dicho Tribunal. El legislador procuró cubrir el mínimo margen de actuación dejado por el Tribunal Constitucional orientado en favor de la embarazada.

6.1. La nueva ley sigue sosteniendo, sin modificación, una amplia despenalización para la embarazada. Esta puede tener lugar por dos vías:

A) Por haberse sometido a asesoramiento obligatorio. La diferencia más importante entre la nueva regulación y la de la **SFHG**, es que la intervención llevada a cabo por el asesoramiento obligatorio no se considera ya como "justificada", sino que simplemente "no es típica". Por lo demás, el texto del nuevo art. 218 a, párr. 1, del **SGTB**, en la versión dada por la **SFHÄndG**, es prácticamente idéntico a la regulación anterior declarada inconstitucional:

"El tipo penal del art. 218 no se encuentra realizado, si 1. la embarazada solicita la interrupción del embarazo y puede probarle al médico, con la documentación exigida por el art. 219, párr. 2.2., que se ha sometido al asesoramiento al menos con tres días de antelación a la intervención. 2. La interrupción del embarazo es llevada a cabo por un médico y 3. Desde la concepción no han transcurrido más de doce semanas" (con todo, "la embarazada misma no es punible según la disposición no modificada del art. 218 a, IV, del **STGB**, dentro del plazo de las veintidós semanas").

Sin embargo, en la referencia del art. 218 al art. 219 se esconde otra modificación: la configuración del asesoramiento en la **SFHÄndG** se ha adaptado a las exigencias del Tribunal Constitucional dando una nueva redacción al art. 219 del **SGTB**: "(1) El asesoramiento sirve para la protección de la vida en formación. Debe tener por finalidad animar a la mujer a continuar el embarazo y exponerle las perspectivas de una vida con un hijo; debe ayudarla a tomar una decisión responsable y consciente. Para ello es necesario que la mujer sea consciente de que el no nacido tiene un derecho a la propia vida también frente a ella en cualquier estadio del embarazo y que, por lo tanto, una interrupción del embarazo de acuerdo con el ordenamiento jurídico sólo puede tener lugar en una situación extraordinaria, en la que la continuación del embarazo resulta tan grave y extraordinario que supere el límite del sacrificio exigible. El asesoramiento debe servir, por medio del consejo y de ayuda, para superar la situación de conflicto existente en relación al embarazo y a remediar la situación de necesidad. Las cuestiones específicas se encuentran reguladas en la Ley sobre Conflictos en el Embarazo (*Schwangerschaftskonfliktgesetz*). (2) El asesoramiento debe ser llevado a cabo en un centro de asesoramiento en situaciones de conflicto en un embarazo reconocido por la Ley sobre Conflictos en el Embarazo... El centro de asesoramiento debe expedir después de terminar el asesoramiento un certificado en el que conste la fecha de la última sesión de

asesoramiento y el nombre de la embarazada según los parámetros establecidos en la Ley sobre Conflictos en el Embarazo... El médico que lleve a cabo la intervención está excluido como asesor".

El legislador únicamente lleva a cabo una regulación rudimentaria en relación a las consecuencias que derivan de la antijuridicidad es decir, sólo en el ámbito en el que, según el Tribunal Constitucional, la antijuridicidad cumple sus verdaderos efectos: en el "derecho de los seguros médicos". Así, son determinados los gastos que deben ser solventados por el sistema público de salud y por la mujer. Para las mujeres en situación de necesidad económica, está prevista la "Ley de ayudas para mujeres en casos especiales de interrupción de embarazo", según la cual se les restituirá también aquellos gastos no cubiertos por el sistema público de salud.

B) Por la existencia de una indicación. Los tipos de las indicaciones han cobrado mayor importancia que la que les deparaba la **SFHG**, por la mera "exclusión de la tipicidad" de una interrupción de un embarazo con asesoramiento, dado que al igual que antes suponen una causa de justificación para la embarazada. La **SFHÄndG** sólo establece dos tipos de indicaciones: la médica y la criminológica, que no estaba contenida en la **SFHG**, pero no se contempla ya la indicación embriopática como estaba previsto en el art. 218 a, párr. 3 del **SGTB** en la versión que le daba **SFHG**. Sin embargo, sería erróneo deducir de estas diferencias de técnica legislativa, también consecuencias conceptuales. La **SFHG** podía prescindir de mencionar la indicación criminológica, dado que estos casos se encontraban abarcados por la interrupción del embarazo con asesoramiento y tenían un efecto justificante. Se prescindió de la mención expresa de la "indicación embriopática" para evitar el malentendido de que se respeta menos el derecho a la vida de un niño con malformaciones. El fundamento determinante de introducir la indicación embriopática siempre había sido la consideración de que no pueda serle exigible a una mujer la carga que supone la vida con un niño en tales condiciones. Por ello el legislador estimó que el lugar indicado para regular dicha situación era la "indicación médica". La nueva redacción dada por la **SFHÄndG** al art. 218 a, párr. 2 del **SGTB**, dice: "La interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico con el consentimiento de la mujer no es antijurídica, siempre y cuando se haya realizado teniendo en cuenta las condiciones de vida presentes y futuras de la embarazada y la misma esté indicada por reconocimiento médico para evitar un peligro para la vida o un peligro de lesión grave para el estado de salud física o psíquica de la embarazada y si el peligro no se puede evitar de ninguna otra forma exigible para ella".

Está por verse, con todo, "en qué medida la indicación médica va a abarcar todas aquellas indicaciones ya no previstas expresamente, es decir, también de la 'indicación en situación general de necesidad'".

6.2. Regulación relativa a los médicos.

Una interrupción del embarazo llevada a cabo después del correspondiente asesoramiento es atípico para los médicos; además, su comportamiento podrá estar justificado también en caso de una indicación médica o criminológica. De su lado, y entre otras disposiciones, pesan sobre los médicos diversas normas penales. La interrupción del embarazo como tal está sancionada con una pena privativa de la libertad de hasta tres años y, en casos especialmente graves, de hasta cinco años; si el médico realiza una interrupción de un embarazo materialmente justificado sin la comprobación correspondiente de otro médico que no participa en la intervención, será punible con pena privativa de la libertad de hasta un año. Asimismo, se han penalizado los casos que por regla general son considerados atípicos o se encuentran justificados por el art. 218 a, párr. 2 cit., cuando el facultativo haya infringido una obligación médica al no haberle dado a la embarazada la

posibilidad de exponerle los motivos por los que deseaba interrumpir el embarazo (n° 1), sin haber informado terapéuticamente a la embarazada de acuerdo con lo establecido (n° 2), sin haber comprobado el estado de la gestación o por haber llevado a cabo el mismo médico el asesoramiento en un caso de situación de necesidad y de conflicto (n° 4).

De acuerdo con la **SFHÄndG**, en la formación de los médicos se debe introducir la materia "Asesoramiento y valoración en situaciones de conflicto, especialmente los aspectos médicos, jurídicos y éticos de la interrupción del embarazo".

6.3. Regulación relativa a las personas del "contexto social de la embarazada".

La nueva ley introduce nuevas obligaciones y, especialmente, nuevos tipos penales. "Quien no cumpla de forma reprochable con las obligaciones de mantención debidas a una embarazada y por esa razón se ocasione o lleve a cabo la interrupción de un embarazo, es punible con pena privativa de libertad de hasta cinco años"; con la misma pena se amenaza a quien coacciona a la embarazada para que interrumpa el embarazo.

7. El proyecto español de "Ley Orgánica sobre la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo".

La discusión sobre la reforma del derecho a la interrupción del embarazo, es un tema que también ha suscitado en España una gran polémica en el ámbito jurídico penal. El proyecto de ley antes mencionado fue presentado por el gobierno en 1995 y propone un modelo prácticamente idéntico al sancionado en Alemania; asimismo, el legislador español se ha visto profundamente influenciado, como se reconoce en la propia Exposición de Motivos, por la recordada sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. El proyecto no ha llegado a ser sancionado, a pesar de su aprobación por el Congreso de los Diputados, dada la convocatoria anticipada de elecciones generales y la consiguiente disolución anticipada de las Cortes por decisión del 8 de enero de 1996. El estudio de dicho proyecto no deja de tener interés en la discusión sobre el tema, ya que por primera vez se presentó un modelo diferente al tradicionalmente propuesto. El Proyecto reconoce que la LO 9/85, por la cual se incorporó un modelo de indicaciones para despenalizar algunos supuesto del delito de aborto, si bien fue un gran avance en su momento, resulta insuficiente en la actualidad para proteger la vida en formación y los derechos de la mujer. El ordenamiento jurídico debe reconocer que además de aquellas situaciones de inexigibilidad de continuar con un embarazo, también existen numerosas situaciones, distintas de las previstas, en las que imponer a una mujer la obligación de continuar con el embarazo puede no ser compatible con un ordenamiento democrático. Por ello, a la vez que se ha reformado el Código Penal se ha estimado necesario ampliar la despenalización de este delito, sin necesidad de ceder en absoluto en la tutela de la vida en formación. Con esta intención es que el legislador ha propuesto un Proyecto tan similar al Alemán, confiando, seguramente, en que el Tribunal Constitucional de España, en su caso, seguirá la misma línea argumental que su par germano, como, por otro lado, ya lo ha hecho en la ocasión en la que se pronunció sobre esta materia (sentencia 59/85).

El Proyecto establece -orientándose en su resultado en las legislaciones de otros países de la Unión Europea, aunque con una técnica legislativa diferente- "una cláusula general de necesidad" que remite por analogía a situaciones de la misma identidad que las hoy contempladas. Esta indicación de necesidad se encuentra regulada mediante el concepto del "asesoramiento" -tomado del modelo alemán-, en el que la última decisión la toma la propia mujer. El legislador español reconoce que la tutela de la vida en formación no es eficaz si no se cuenta con la voluntad de la embarazada. La única posibilidad que se ve para proteger eficazmente la vida en formación, es

poder lograr que la embarazada se decida por continuar el embarazo, y el medio para lograrlo, es ofrecerle asesoramiento sobre todas las facilidades que le brinda el Estado para que tener un hijo no sea considerado como una tragedia, sino como algo realmente posible. Por otro lado, también se reconoce -fundándose nuevamente en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania- que el asesoramiento como medio de tutela, supone necesariamente la renuncia a someter los motivos de la mujer a una ulterior valoración por parte de un tercero. El asesoramiento tiene por finalidad estimular y no intimidar a la mujer. Una vez establecidas las ideas centrales sobre las que se basa el nuevo proyecto, se aborda a lo largo de siete artículos la regulación de los siguientes aspectos: a) los supuestos no punibles de interrupción del embarazo; b) la relación pública de centros y establecimientos y los centros autorizados para la práctica de interrupciones voluntarias del embarazo; c) la prestación de asistencia por el personal médico y sanitario; d) los centros de asistencia y asesoramiento; e) la relación de consultas para fines estadísticos; y f) la interrupción del embarazo como prestación del Sistema Nacional de Salud.

8. Conclusiones.

La nueva ley de la República Federal de Alemania -vigente para toda Alemania- sobre la regulación de la interrupción del embarazo es tan reciente que una opinión sobre sus futuros efectos necesariamente estaría llena de inseguridades. Sin embargo, es posible arriesgar, aunque parezca sorprendente, la tesis de que la realidad jurídica del derecho de interrupción del embarazo en Alemania no será distinta a la anterior.

Si bien ni el legislador ni el Tribunal Constitucional Federal han alcanzado la solución ideal, se ha llegado a un compromiso razonable y, quizás, a la única solución actualmente posible.

En cuanto a España, no cabe duda que el Proyecto cit. ha seguido en forma casi literal al modelo Alemán aunque con una diferente técnica legislativa. Está claro que se ha tratado de positivizar una situación de necesidad haciéndolo de una forma más garantizadora para la protección de la vida en formación. Por el momento la situación seguirá regulada por el art. 417 bis, del Código Penal.

BACIGALUPO, Silvina (Universidad Autónoma - Madrid) y **GROPENGIESTE, Helmut** (*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*), "La reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 119/161.

Biblioteca Central, Hemeroteca.

[2]

ESTUPEFACIENTES. TRÁFICO DE DROGAS. DROGADICCIÓN. DERECHO PENAL. PENAS. PROCEDIMIENTO PENAL. MINISTERIO PÚBLICO. PENITENCIARIAS. SALUD PÚBLICA. DECOMISO. CIRCULACIÓN Y ENTREGAS VIGILADAS (DOCTRINA/ESPAÑA).

La inquietud que genera el problema social del tráfico de estupefacientes y psicotrópicos alcanza tal intensidad que, con frecuencia, la cuestión criminológica y político criminal relega al problema jurídico. Asimismo, la legislación española le otorga a la salud pública, un bien jurídico totalmente difuso, una importancia tal que implica una cierta desvalorización de la salud individual. Ello parece ser "consecuencia de las dificultades que impone, en el marco de una política

social casi exclusivamente represiva, la persecución de esta especie de delitos que requiere, por una parte, una estructura dogmática flexible y de pocas exigencias probatorias, como la que brindan precisamente los delitos de peligro abstracto y, por otra, un serio endurecimiento de las penas" (BACIGALUPO, Enrique "Estudios sobre la parte especial del derecho penal", Akal, 1991, Madrid, p. 133).

1. Estudio comparativo de las normas del derogado Código Penal con las del nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995), relativas a los tipos penales de tráfico de drogas.

1.1. El Código Penal anterior a la reforma.

Dicho Código disponía: "Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de... si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de arresto menor en su grado medio y multa de... en los demás casos" (art. 344).

El texto del art. 344, introducido por la Ley Orgánica 1/88, modificó la estructura del tipo penal contenida en dicha disposición. Es decir, mientras el delito consistía -hasta 1988- en favorecer de cualquier manera el uso de drogas tóxicas o estupefacientes, ejecutando cualquier acción tendiente al cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico, el texto reformado introdujo dos supuestos diferentes: a) un tipo de favorecimiento del consumo -semejante al previsto anteriormente-, y b) un tipo de tenencia con fin de tráfico.

El supuesto sub a, se logra en el texto penal mediante el cultivo, la elaboración y el tráfico. Los tribunales, en consecuencia, están obligados a probar, en primer lugar, la realización de una acción de cultivo, elaboración o tráfico y, luego, que mediante éstas se ha favorecido, facilitado o promovido el consumo ilegal de drogas.

La única forma de que el tipo penal se realice es que el elaborador o cultivador venda y/o distribuya el producto para su consumo.

Los tribunales españoles sortearon este inconveniente de una manera difícil de justificar: la jurisprudencia interpretó el tipo penal con gran libertad frente al texto anterior a la reforma, por lo que no se tuvo en cuenta la relación de medio a fin entre el cultivo, la elaboración, etc., y la promoción, favorecimiento o facilitación y las consecuencias que de ello se derivaban.

Respecto al supuesto sub b, la nueva redacción del art. 344 independiza la tenencia con el fin de tráfico, o sea, ya no se requiere el favorecimiento del consumo ilegal. Asimismo, por principio de política criminal en materia de tráfico de drogas, el autoconsumo no es punible, pues se lo toma como una forma de autolesión no merecedora de pena. Lo que determina el carácter delictivo de la tenencia es su preordenación para el tráfico, y la comprobación de dicho fin depende de la objetivación de la voluntad.

Esta voluntad de traficar, en principio, se deduce de la posesión de una cantidad superior a lo que se considera adecuado para el propio consumo, a más de otras circunstancias de hecho que permitan inducir tal finalidad.

En los arts. 344 bis, a) y 344 bis, b) se instituyen unas agravantes del tipo, cuando las drogas se faciliten a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos, siempre que la cantidad de droga sea de notoria importancia, cuando el culpable pertenezca a una organización dedicada a difundir este tipo de sustancias tóxicas, etc.

1.2. El Código Penal Español de 1995

"Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con la pena de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos" (art. 368).

Como se observa, el nuevo art. 368 en nada difiere con el derogado art. 344. Su único cambio se refiere a la pena, la que, por otra parte, ha sido considerablemente reducida con esta reforma. Las agravantes siguen siendo las mismas que en los arts. 344 bis, a) y 344 bis, b) cits. (art. 370 del nuevo Código).

En síntesis, la dogmática penal no sufrirá cambios y los problemas que puedan suscitarse en los tribunales, a la hora de aplicar la actual versión, no van a ser diferentes de los ya planteados.

2. Circulares 5/1968 y 1/1984, sobre tráfico de drogas, dictadas por la Fiscalía del Tribunal Supremo (FTS) y por la Fiscalía General del Estado (FGE), respectivamente.

2.1. Circular 5/1968 de la FTS

La FTS entendió que el tráfico de drogas crea un problema grave dado su extensión tanto en el tráfico como en el consumo en el mundo entero. Con referencia a España, la FTS señaló que este país constituye, por su situación geográfica, el paso natural de ciertas sustancias que se cultivan en el norte de África y de las que se extraen determinadas drogas de uso frecuente.

2.1.1. Conclusiones de la FTS en la Circular 5/1968

"... los Fiscales de las Audiencias deben tener en cuenta las instrucciones siguientes: 1) extremar el celo en el ejercicio de las acciones penales correspondientes, en todos los casos que se contemplen en esta Circular; 2) remitir a los Fiscales de los Juzgados [...] los antecedentes necesarios para la declaración de estado peligroso y la aplicación de las medidas de seguridad que procedan [...]; 3) dar las instrucciones precisas a la policía judicial, a través de sus respectivos jefes en las provincias, a fin de que realicen una información amplia sobre el estado de la moralidad en los puntos a que esta circular se refiere y lo comuniquen al fiscal, así como las variaciones que periódicamente se produzcan en relación con hechos concretos o situaciones ambientales referidas a esta materia. Estas instrucciones deben urgir a los miembros de la policía judicial, respecto de la vigilancia y persecución de los hechos que en esta circular se mencionan; 4) los fiscales deben especialmente atender a la protección de los menores, mediante la adopción de medidas que se contienen en el Código Penal [...]"

La circular señala el "...especial cuidado que deben poner los fiscales en la calificación de los delitos contra la salud pública, que se refieran a esta materia... cuidando de evitar calificaciones de tentativa u otras formas incompletas de comisión del delito en los casos en que el tipo legal permita la calificación de delito consumado..."

2.2. Circular 1/1984 de la FGE

Si bien el art. 344 del Código Penal ha sido derogado por la Ley Orgánica 10/1995, del nuevo código es interesante resaltar la Circular 1/1984 de la FGE sobre la interpretación de aquel artículo, en cuanto analiza los criterios a seguir en algunas cuestiones importantes referidas a la norma en cuestión.

Dicha Circular determinó que para concretar el giro legal de estupefacientes es indispensable acudir a los Convenios Internacionales ratificados por España y, de modo especial, a

la Convención Unica de 1961 y sus Protocolos. Por ello, la **FGE** indicó que estupefacientes eran todas aquellas sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de los anexos a la convención cit., y las que adquieran consideración en el ámbito internacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca (conf. sentencias del Tribunal Supremo de 25-10- 1982 y 22-3-1984, entre otras).

Asimismo, expresó que "... así como la posesión que antecede al autoconsumo es siempre un acto esencialmente atípico, la posesión por el consumidor con el fin de usar en parte la droga y en parte trasmitirla es comportamiento que se inserta en el art. 344, dando lugar a la figura del consumidor-trafficante o revendedor, una de las formas más extendidas del tráfico en la actualidad".

La Circular también puso de relieve que, en ocasiones, es muy dificultoso determinar cuándo la posesión de la droga por el consumidor se entenderá que es para consumo personal y cuándo se destina para el tráfico. Según la **FGE**, el límite diferencial entre la posesión impune - sólo para consumir- y la posesión delictiva -también para traficar- "... se obtendrá normalmente a través de hechos concluyentes [...]; dado que el autoconsumo es atípico, la mera tenencia en principio también lo es, convirtiéndose en punible cuando esté destinada al tráfico, de modo que cuando el agente no sea sorprendido en actos de tráfico, el propósito de difundir ha de deducirse del conjunto de circunstancias concurrentes (cantidad superior a la normal, la disposición de los estupefacientes, el lugar en que se encontraren, utensilios utilizados para la preparación, etc.)". La cantidad intervenida, señala la **FGE**, "es uno de los criterios a que deberá acudir preferentemente, ya que la tenencia de estupefacientes por drogadictos en cantidades módicas y adecuadas para el consumo propio pueden ser calificadas como acciones preparatorias para el autoconsumo y por tanto atípicas e impunes".

Respecto a la posesión de estupefacientes, cualquiera sea su cantidad, por quien no es habitual al consumo (poseedor-trafficante), la Circular, siguiendo los criterios asentados por el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, especificó que "hay que atribuirle la finalidad de transmisión a terceros, y no es preciso demostrar este ulterior propósito en el poseedor, pues se presume que su posesión actual es provisoria y que el destino de lo poseído es el tráfico".

Es declaración reiterada del Tribunal Supremo que la tenencia delictiva, o que requiera el ánimo de destinar las sustancias al tráfico, tiene una trayectoria distinta según las cualidades del poseedor; la ocupación de estupefacientes o psicotrópicos a un poseedor no consumidor conlleva una presunción *ex lege* de destino al tráfico que sólo puede ser destruida por la prueba en contrario del imputado que ha de demostrar que destinaba las drogas a su propio y exclusivo consumo, con lo que se opera una significativa inversión en la carga de la prueba -lo común en la vida real es que la posesión de drogas tienda a su circulación-.

3. La pena y los elementos que influyen en su aplicación.

La pena prevista en el Código Penal para este tipo de delitos está determinada, de modo principal, por la naturaleza de las sustancias constitutivas del objeto material del delito, según se trate de sustancias que causen un grave daño a la salud o no.

El dato objetivo del *quantum* de lo poseído con fines de tráfico, así como el subjetivo de la pertenencia del inculcado a organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes, forman un eje importante sobre el cual gravita la imposición de la pena superior en grado. Lo mismo ocurre cuando los destinatarios de la droga son menores de edad o se hallan en determinados lugares (p.ej. escuelas).

El Código Penal, siempre con la finalidad de fijar una penalidad más grave, tiene en

cuenta la adscripción del culpable a una organización. La simple pertenencia a ella -sea nacional o extranjera-, cuya finalidad sea la difusión de estupefacientes, supone la imposición de una pena superior.

A más de ello, tratándose de miembros calificados de empresas (jefes, administradores, encargados) dedicadas, aunque sólo sea parcialmente, a tales fines, procede la adopción de graves medidas no propiamente penales, como ser la clausura definitiva de la empresa, disolución de la sociedad, suspensión o prohibición temporal de sus actividades.

4. El comiso y los instrumentos empleados en el tráfico de estupefacientes.

El comiso de los efectos del delito que se define en el Código Penal, se refiere a aquellos objetos que no son de lícito comercio. En el orden internacional también se establece como sanción el comiso de los estupefacientes procedentes del tráfico ilícito (arts. 37 del Convenio Unico de 1961 y 22.3 del Convenio de Viena).

La **FGE**, ya en la Circular 1/1984, estableció que si el delito de tráfico de estupefacientes se halla en concurso con el de contrabando, el Ministerio Fiscal deberá interesar la intervención de los instrumentos del delito. Dicha situación estaba prevista en el derogado Código Penal y se mantiene en el nuevo ordenamiento sustantivo (Ley Orgánica 10/1995).

4.1. El comiso y el nuevo Código Penal español

El art. 374 del nuevo texto legal, prescribe:

"1. A no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de comiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos materiales y sustancias a que se refiere el art. 371, los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.

2. A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha autoridad podrá acordar asimismo que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos de lícito comercio pueden ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

3. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado".

La actual redacción del art. 374 del Código Penal, creado por la citada Ley Orgánica 10/1995, no difiere del texto derogado (art. 344 bis, e).

5. Legislación Penitenciaria

En lo que respecta a la rehabilitación de los toxicómanos, la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, establece: "Los establecimientos especiales son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial y serán de los siguientes tipos: a) Centros hospitalarios; b) Centros psiquiátricos; c) Centros de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en esta materia". Su Capítulo III, dispone que todos los establecimientos estarán dotados de una dependencia destinada a la observación psiquiátrica y atención de los toxicómanos (art. 37.b).

Por su parte, el Reglamento Penitenciario prevé (art. 57) que el régimen de los establecimientos penitenciarios especiales se ajustará a las siguientes normas: "1. [...] tratándose de penados clasificados en tercer grado que, por presentar problemas de drogadicción, necesiten de un tratamiento específico, la dirección general podrá autorizar su asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, dando cuenta al juez de vigilancia y condicionando ello a que el interno dé su consentimiento y se comprometa formalmente a observar el régimen de vida propio de la institución que le haya de acoger y los controles que establezca el centro directivo". Asimismo, dispone: a) el depósito de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes que estén en posesión de los internos y su remisión a disposición de la autoridad judicial; y b) la existencia dentro del establecimiento penitenciario de una dependencia destinada a la observación psiquiátrica y a la atención de los toxicómanos.

6. Proceso penal en materia de tráfico de drogas.

El procedimiento ordinario que se utiliza en cualquier proceso por delito de pena mayor de prisión menor no es diferente al que se pueda seguir por narcotráfico, salvo las siguientes particularidades:

6.1. La ley regula la circulación y entregas vigiladas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que pueden ser autorizadas por el juez de instrucción competente y el ministerio fiscal, así como por los jefes de las unidades orgánicas de la Policía Judicial en el ámbito provincial y sus mandos superiores. Es una técnica que consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas y sustancias psicotrópicas, circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias, o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines.

6.2. El "atestado policial", que constituye la relación circunstanciada de los hechos delictivos descubiertos por la policía o cualquier otra diligencia practicada por ésta. Dichos "atestados" se consideran denuncias y han de ser presentados en el plazo de 24 horas ante el juez (o el fiscal), que deberá proceder a la comprobación del hecho denunciado.

Nota de la Secretaría: v., asimismo, **LOSADA, Luis Gustavo**, "Las conductas de consumo y posesión de estupefacientes en la legislación española", en *El Derecho*, Buenos Aires, 7-11-1996, p. 6.

AMADEO, Sergio L., "La droga y el proceso penal español", en *El Derecho*, Buenos Aires, 28-11-1996, p. 1.

[3]

LAVADO DE DINERO. TRANSACCIONES EXTRAORDINARIAS. IDENTIFICACIÓN DE LOS PARTICIPANTES. SANCIÓN LEGAL (DOCTRINA/REPÚBLICA CHECA-COMUNIDAD EUROPEA).

El 15 de febrero de 1996, la Cámara de Diputados de la República Checa -con la excepción de sólo tres diputados- sancionó una ley contra el lavado de dinero sucio, basada en una directiva del Consejo de la Comunidad Europea (10-6-1991) relativa a la prevención del uso del sistema financiero a ese fin.

Dicha ley, que tuvo en cuenta medidas legales y prácticas similares en otros países de la

Unión Europea, dispone la creación de un mecanismo apto para obstaculizar y prevenir seriamente el lavado de dinero, haciendo posible la individualización de los casos más severos.

En armonía con la directiva del Consejo de Europa, la norma otorga especial importancia a la identificación del participante -sea persona física o jurídica- en una transacción extraordinaria ("sospechosa", según la terminología de la directiva), estableciendo, bajo determinadas condiciones, qué entidades están obligadas a tal investigación (bancos, fondos de inversión y de pensión, agentes de bolsa, compañías de seguros, etc.).

El cumplimiento de estas condiciones es significativo desde el punto de vista de la prevención, porque desalienta a quienes intentan legalizar las aludidas "ganancias" (incluye, según la tendencia europea, ganancias financieras de diversos tipos de crimen específico, entre ellas, las provenientes del tráfico de drogas).

El arduo vínculo entre ganancias y delitos es la razón por la cual la ley no prevé ninguna sanción penal, con excepción de medidas disciplinarias relacionadas con el incumplimiento de los deberes. Tampoco dispone causales de decomiso de tales "ganancias", pero crea un régimen que haría posible llegar a aplicarlo.

Esta ley y la reciente modificación del Código Penal de la República Checa, reflejan cambios específicos relacionados con la sanción legal del lavado de dinero y crean condiciones para la adecuación de su normativa a las pautas de la cooperación internacional, y a lo establecido por la Convención de 1990 sobre el lavado, rastreo, medición y confiscación de ganancias delictivas.

OLIVA HERNANDEZ, Clelia Beatriz (Jueza de la Cámara en lo Penal Económico de la Capital Federal), "La reciente ley de la República Checa sobre el lavado de dinero", en *La Ley*, suplemento "Actualidad", Buenos Aires, 3-12-1996.

Biblioteca Central

[4]

LIBERTAD DE CULTO. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. PELIGRO CLARO E INMINENTE. TERRORISMO. SEDICIÓN. SEGURIDAD NACIONAL (DOCTRINA/EE.UU.).

1. La interpretación que la Suprema Corte de los Estados Unidos ha hecho de la Cláusula del Libre Ejercicio, contenida en la Enmienda I de la Constitución, garantiza a todos los individuos un derecho inexpugnable a sostener cualquier creencia religiosa ("El Congreso no dictará ley alguna con respecto a la oficialización de determinada religión, o que prohíba el libre ejercicio de la misma... ", Enmienda cit.). En consecuencia, los tribunales no pueden pronunciarse sobre la validez de dichas convicciones, ni el Estado interferir en las deliberaciones internas que sobre cuestiones doctrinarias mantengan las organizaciones religiosas.

Esta interpretación de la Enmienda I tan favorable a las creencias religiosas obedece, en parte, a que éstas, hasta ahora, rara vez habían puesto en peligro la existencia de los Estados Unidos como nación. Si bien el Estado, en ocasiones, había controlado minuciosamente las religiones "extremistas" que sostienen creencias y prácticas impopulares, los grupos espirituales históricamente no habían constituido ningún tipo de riesgo a ese respecto. Lamentablemente, la amenaza de violencia que las sectas extremistas plantean en el Medio Oriente, ha llegado ahora a los Estados Unidos, y esto exige analizar si los derechos fundados en la Cláusula del Libre Ejercicio pueden resistir el desafío de las doctrinas religiosas que amenazan la seguridad de la

nación.

2. Para poner este problema en el debido contexto conviene analizar el proceso conducido, en 1995, contra el Sheik Abdel Rahman, un clérigo egipcio que, junto con otras personas, fue condenado por conspirar para librar "una guerra de terrorismo urbano" contra los Estados Unidos en nombre de *Jihad* (guerra santa). Este es el caso norteamericano más importante en materia de terrorismo internacional, especialmente por la forma en que el gobierno federal respondió a la conspiración: acusó a cada uno de los procesados por sedición. Las leyes actuales de sedición derivan de la aprobada durante la Guerra Civil para castigar a los secesionistas, y permiten que se condene a los acusados por haber urdido complotos generales contra el gobierno, liberando así a éste de la carga de acreditar la comisión de actos específicos de subversión.

Si bien el caso *Rahman* aparentemente no plantea cuestiones constitucionales que la Suprema Corte no tenga resueltas en relación a la legalidad general de dichas normas, un examen más riguroso -en especial, de la prueba producida en esos autos- demuestra que este tipo de procesamientos por terrorismo puede afectar la libertad espiritual al incriminar el contenido de las expresiones religiosas.

La conducta que se incrimina en estas leyes supone algún tipo de acuerdo criminal. Sin embargo, en este caso, los fiscales interpretaron dicho recaudo un tanto libremente. No acusaron al Sheik de elaborar planes terroristas específicos, sino solamente de incitar a sus seguidores a la comisión de actos terroristas al enseñarles qué planes estarían de acuerdo con el Islam. Como prueba de esta instigación, el gobierno presentó al jurado las grabaciones de los ardientes sermones de Rahman.

Cuando el gobierno desempolvó sus leyes de sedición y las aplicó contra este clérigo, planteó inquietantes cuestiones sobre el alcance que la libertad religiosa tiene en los Estados Unidos. Si bien dicha táctica acusatoria pudo justificarse en el caso *Rahman* -dada la gravedad del complot descubierto por el FBI-, la acusación de sedición en casos menos dramáticos de prédica "subversiva" podría limitar la libertad religiosa más allá de lo que resulta necesario para proteger la seguridad nacional.

Este caso resulta útil como modelo para la elaboración de pautas aplicables a los futuros procesamientos por terrorismo de fundamento religioso, no sólo islámico sino potencialmente también cristiano, sionista, etc.

3. La noción central de la recordada doctrina de la Suprema Corte, es que la creencia religiosa y la conducta religiosa son diferenciables. Si bien el estado puede reglamentar esta última, la primera goza de total protección frente a la intrusión gubernamental. Sin embargo, el Alto Tribunal ha limitado profundamente el alcance potencial de esta regla, creando un problema para los grupos espirituales, al definir en forma muy restringida qué es una creencia religiosa.

4. Según la Corte, son "creencias" aquellas ideas que se mantienen exclusivamente dentro de la mente del individuo. Esta definición excluye, entonces, a actividades grupales o asociativas -como el culto, los sermones o la recaudación de fondos- que resultan críticas para la existencia del pensamiento religioso. La Corte considera que esas actividades constituyen conductas expresivas a las que debe aplicarse su jurisprudencia sobre libertad de expresión y, por lo tanto, permite que el estado reglamente su contenido ateniéndose al test del "peligro claro e inminente", y a las circunstancias de "tiempo, lugar y forma" en que se realizan. Al estar autorizado a censurar el

contenido del culto, el gobierno puede, en los hechos, erradicar ciertas creencias religiosas.

Este análisis pareciera llevar a la conclusión de que la Corte debería ampliar su definición de "creencia", con consideraciones de índole comunitaria, a fin de brindar una protección verdaderamente comprehensiva a las fes religiosas. La adopción de esta solución -que superficialmente parece atractiva- es improbable e imprudente.

Más allá de su inclinación política liberal, una de las razones que la Corte ha dado para no incluir elementos comunitarios en su definición de "creencia" es que con ello proliferarían nuevas excepciones a la aplicación de normas importantes. Sin embargo, en los hechos, el mejor argumento contra dicha propuesta es el peligro que generaría para la seguridad nacional. Cuando el derecho penal se combina con el interés en la seguridad nacional -como en los casos de terrorismo-, la posibilidad de admitir excepciones de carácter religioso se reduce aún más. En cierto sentido, este balance de intereses es justo; sería ilógico, poco prudente e injusto que el sistema encarcelara a un anarquista que defiende el derrocamiento forzoso del gobierno, pero exceptuara completamente de la imposición de una pena a un clérigo que pronuncia las mismas ideas en términos espirituales. Conceder una excepción religiosa en este último caso constituiría una violación indebida al legítimo interés que tiene el Estado en su auto- preservación.

Por lo tanto, el peso de los fundamentos prácticos, más que el de los constitucionales, justifica la definición restrictiva de creencia. Si bien la actual jurisprudencia de la Corte en materia de libre ejercicio pone en peligro los legítimos intereses de los credos organizados, un cambio dramático de jurisprudencia supondría un riesgo para el resto de la sociedad.

5. Como estas consideraciones prácticas exigen que la definición no se modifique, es necesario limitar el poder del gobierno.

El estándar constitucional que se aplica al análisis de las expresiones religiosas sediciosas - el test del "peligro claro e inminente"- no constituye un criterio adecuado para controlar al gobierno en este tipo de casos: éste puede suprimir una creencia con sólo convencer a un jurado de que una idea religiosa genera un peligro para la nación. No puede confiarse tampoco en la aptitud de los tribunales para interpretar creencias tan abstractas como las religiosas y para evaluar así su peligrosidad.

Conviene, entonces, alterar la forma en que el test del "peligro claro e inminente" se aplica a las expresiones religiosas, a fin de que exija la acreditación de un acto manifiesto. La Corte entendió -en el contexto de expresiones seculares- que dicho requisito impediría que el gobierno previniera la comisión de crímenes que aún están en su etapa preparatoria, y se pronunció en contra de la modificación propuesta.

Sin embargo, la actual criminalización de las expresiones religiosas a través de la aplicación del estándar del "peligro claro e inminente" plantea una cuestión novedosa a los tribunales norteamericanos. En este contexto, es válido exigir al gobierno que acredite la comisión de un acto manifiesto vinculado a dichas expresiones, no sólo porque aquél tiene una ineptitud especial para entender las expresiones religiosas, sino también porque el valor constitucional que está comprometido en los procesamientos por "sedición religiosa" -la inviolabilidad de las creencias religiosas- tiene mayor importancia que la santidad de las convicciones políticas que se objetan en los casos de "sedición secular".

El acto manifiesto a acreditar podría adoptar las más diversas formas -compra de armas, construcción de mecanismos explosivos-, mientras resulte suficiente para confirmar que ciertas enseñanzas religiosas son realmente sediciosas. Si no existe un nexo razonable entre las

expresiones del clérigo y los actos subversivos de sus seguidores -esto es, si los feligreses actuaron irracionalmente luego de escuchar el sermón-, el estándar impediría el procesamiento del predicador.

Sin embargo, esta propuesta puede no ser perfecta. En raras ocasiones, el requisito del acto manifiesto protegería a algunos predicadores que incitan a la sedición en una forma manifiesta sin que sus seguidores cometan actos manifiestos. Pese a ello, la apremiante necesidad de brindar algún tipo de protección a las creencias de los grupos religiosos justifica la adopción del citado estándar.

Este último tendría los siguientes efectos positivos:

a) Constituiría un criterio objetivo para ayudar a los tribunales y al Estado, a hacer lo que actualmente resulta una evaluación muy subjetiva de la inminencia de daño que genera una determinada creencia religiosa.

b) Preservaría un ámbito en el que pueden existir -en abstracto- ideologías religiosas "violentas".

c) Sería una decisión inteligente desde un punto de vista político pues, en la medida en que todos los procesamientos por "sedición religiosa" requieran la acreditación de un acto manifiesto, el gobierno podrá mostrar al público las actividades subversivas reales que está intentando combatir.

d) No limitaría la facultad que tiene el gobierno para defenderse a sí mismo, ya que es más fácil demostrar la comisión de un acto manifiesto que la peligrosidad de ideas tan abstractas como las religiosas.

6. Urge, entonces, tomar alguna medida para defender los intereses de las instituciones religiosas frente a los procesamientos por terrorismo religioso. De lo contrario, los Estados Unidos podrían adoptar criterios como los implementados por los gobiernos de Medio Oriente para combatir la violencia -represión brutal tanto a los fundamentalistas violentos como a los no violentos, ataques militares contra las mezquitas, detención y juzgamiento sin respetar las normas del debido proceso y tortura rutinaria de prisioneros-, que tanto daño han hecho a la religión.

GRINSTEIN, Joseph, "Jihad and the Constitution: The First Amendment Implications of Combating Religiously Motivated Terrorism", en *The Yale Law Journal*, vol. 105, número 5, marzo 1996, p. 1347. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[5]

OBLIGACIONES DEL ESTADO. PROTECCIÓN. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ALCANCES. DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO (DOCTRINA/EE.UU.).

En la causa *DeShaney vs. Winnebago County Dept. of Social Services* (489 US 189 -1989-), una madre demandó ante la justicia el cobro de indemnización por el daño cerebral permanente que padecía su hijo menor, en razón de que la asistente social que intervenía en el caso no retiró al niño de la custodia de su padre, que tenía comportamientos abusivos con el hijo (de las notas tomadas por dicha profesional, surge la preocupación que sentía por la seguridad del niño, pero aparentemente no controló suficientemente de cerca la situación).

DeShaney es un precedente útil para analizar el alcance de la obligación positiva de

brindar seguridad que tiene el Estado, ya que pone en evidencia las características comunes de muchos procesos de este tipo: el causante inmediato de la lesión es un sujeto no gubernamental; la acción no se promueve contra el agresor sino contra el gobierno, sobre la base de la teoría de que los funcionarios locales o estatales han privado al reclamante de un *liberty interest* al no impedir que se produjera el daño. A ello se agrega que estos litigios no terminan en el reconocimiento de la responsabilidad del gobierno, salvo en circunstancias muy específicas.

La Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió, en el caso citado, que el Estado no debía responder al reclamo, porque la Cláusula del Debido Proceso "constituye una limitación al poder que el estado tiene para actuar, y no una garantía de ciertos niveles mínimos de seguridad. Prohíbe que el propio estado prive a los individuos de su vida, libertad o propiedad sin 'un debido proceso legal', pero resulta claro que su texto no puede ser interpretado de una forma extensiva que imponga al estado una obligación positiva de asegurar que esos intereses no sean perjudicados por otras vías" (cit.).

"La Constitución es una carta de libertades negativas más que positivas", según las muy difundidas palabras del juez Richard Posner (*Jackson vs. City of Joliet*, 715 F2d. 1200, 1203 -7th Cir. 1983-, certiorari denegado en 465 US 1049 -1984-). En la jurisprudencia de la Suprema Corte, el único contexto en donde resulta cierto que el gobierno tiene un deber positivo de proteger a los ciudadanos de los perjuicios que le producen terceras personas, es aquel en el que el perjudicado se encuentra bajo su custodia.

El *holding* del caso *DeShaney* ha dado lugar a una respuesta apasionada e inequívocamente negativa de los investigadores. Los hechos de la causa son incuestionablemente trágicos. La manifestación de la mayoría de la Suprema Corte acerca de que el padre del niño fue quien le produjo el daño y que "lo más que puede decirse de los funcionarios estatales intervinientes en este caso es que se quedaron mirando y no hicieron nada", es poco convincente desde el punto de vista normativo; podría alegarse que el Estado existe, entre otras cosas, para proteger a las personas de ciertos daños y que no debiera permitirse que los funcionarios del gobierno "se queden mirando y no hagan nada". Además, la afirmación de que el gobierno no hizo nada, no es totalmente veraz en relación al niño: tanto en términos generales -al establecer un departamento de servicio social y al aprobar leyes que regulan el matrimonio y la familia-, como específicos -al dar la custodia del niño a su padre y al asignar una asistente social para que controle el caso-, el gobierno actuó positivamente respecto del menor.

Si bien nadie pretende objetar la jurisprudencia de la Suprema Corte según la cual las personas que están bajo la custodia del gobierno tienen derecho a algún grado de protección frente a las lesiones -nadie alega que el gobierno puede encerrar a una persona en una celda sin hacerse cargo de la satisfacción de sus necesidades básicas-, es difícil decir exactamente por qué, desde el punto de vista constitucional, la custodia debe estar sujeta a un régimen especial. En *DeShaney*, el Alto Tribunal entendió que el deber del gobierno de brindar protección nace cuando limita la capacidad que tiene un individuo para actuar por su cuenta, o cuando crea o aumenta el riesgo de que sufra un perjuicio (cit. pp. 200/1). Ese razonamiento recurre a percepciones normativas poderosas y ampliamente compartidas en relación a qué constituye un comportamiento adecuado del gobierno; y ciertamente, la custodia es el ejemplo más dramático en el que el gobierno limita la posibilidad que una persona tiene para valerse por sí misma. Pero no resulta clara la forma en que las percepciones normativas capturadas en el razonamiento de la Corte derivan de la Cláusula del Debido Proceso y, en su caso, por qué no se aplicaría el mismo razonamiento a un caso como *DeShaney*. No puede afirmarse que el gobierno no haya definido y limitado la posibilidad que

tenía el menor para protegerse a sí mismo, si bien en un grado menor que en un supuesto de custodia.

Dada la casi universal condena a *DeShaney*, puede sorprender que los reclamos fundados en la omisión de brindar protección en un contexto jurídico más amplio sólo pocas veces desemboquen en una condena por responsabilidad. Además, existe todo un universo de casos ordinarios de responsabilidad extracontractual virtualmente idénticos a los fundados en la Cláusula del Debido Proceso. En el área de la responsabilidad extracontractual -que es contraria a una fuerte y general tendencia a imponer una mayor responsabilidad al gobierno-, rápidamente se ha adoptado la abrumadora presunción en "contra" de la responsabilidad por no brindar protección.

Una explicación positiva de la fuerte presunción contraria a la imposición de responsabilidad, es que el reconocimiento de una responsabilidad más amplia obligaría a los tribunales a percibir tardíamente lo que se debió hacer en las decisiones políticas que establecen la forma en que han de usarse los limitados recursos de la comunidad. Esta explicación tiene dos partes. Desde el punto de vista de la competencia institucional, las decisiones presupuestarias vinculadas al nivel y distribución en que deben prestarse los servicios públicos son más propias de los poderes políticos que del judicial. En segundo término, los reclamos fundados en la omisión de proteger, exigen que los tribunales revisen cuestiones presupuestarias con mayor frecuencia que en otros tipos de demandas entabladas contra el gobierno. Uno puede preguntarse cuál es el lugar exacto en que debe trazarse la línea entre la acción judicial y la política, y entre la responsabilidad gubernamental y la privada. Pero lo importante es que el trazado de la línea en estos casos está más relacionado con la determinación de quién debe decidir los límites de la responsabilidad gubernamental y cuáles deben ser esos límites.

ARMACOST, Barbara E. (*Assistant Professor* de Derecho - Universidad de Virginia), "Affirmative Duties, Systemic Harms, and the Due Process Clause", en *Michigan Law Review*, vol. 94, N° 4, febrero 1996, p. 982.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 7.

[6]

PROCEDIMIENTO. REGLAS. ELABORACIÓN. EVALUACIÓN (DOCTRINA/EE.UU.).

1. El proceso de creación y formulación de las reglas federales de procedimiento es, en los Estados Unidos, complicado. Más allá de las cuestiones de autoridad y constitucionalidad que plantea y de la gran cantidad de jueces, profesionales y analistas que intervienen, el proceso se entorpece también por la frecuencia con que estas reglas se revisan y modifican. Desde 1962, la Suprema Corte ha reformado dichas normas más de 60 veces.

Estas circunstancias hacen necesaria la simplificación del trámite aludido, para volverlo más eficiente y claro.

2. El actual procedimiento de elaboración de reglas procesales federales es el siguiente:

a) Un comité asesor -integrado por profesores, abogados y jueces nombrados por el *Chief Justice* propone enmiendas y agregados a las reglas procesales existentes.

b) La propuesta es enviada al *Standing Committee on Practice and Procedure*, también

integrado por jueces, abogados que ejercen la profesión y profesores universitarios. Este organismo funciona bajo el auspicio de la Conferencia Judicial y verifica que la redacción de la propuesta sea clara y consistente con las reglas existentes.

c) Posteriormente, el comité asesor publica la propuesta de enmienda para que el público presente sus comentarios.

d) Al vencer el plazo fijado a esos efectos, el comité asesor reelabora las reglas propuestas y las envía nuevamente al *Standing Committee* para que las revise y las apruebe.

e) Una vez aprobadas, el *Standing Committee* las remite a la Conferencia Judicial.

f) La Conferencia Judicial analiza las implicancias políticas de las enmiendas propuestas y controla que no contravengan el derecho federal. En el supuesto de aceptarlas, las somete a la consideración de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

g) Finalmente, si el Alto Tribunal aprueba estas reglas -que es lo que siempre sucede-, el Congreso tiene al menos siete meses para modificarlas o rechazarlas. Vencido ese plazo, entran en vigencia automáticamente.

3. Son varias las críticas que actualmente se hacen al proceso y dos de ellas merecen particular atención.

Al analizar la constitucionalidad y validez de las reglas a la luz de las atribuciones que confieren la *Rules Enabling Act* y la doctrina de *Erie Railroad vs. Tompkins* (304 US 64 -1937-) y los casos resueltos posteriormente (*progeny*), se observa que los tribunales y el Congreso no hacen una revisión seria, lo que siembra dudas sobre la validez de estas reglas.

La creciente cantidad de conflictos que surgen entre el Congreso y la Corte a raíz del rol cada vez más activo que juega aquél en el proceso de elaboración de normas, lleva a la conclusión de que esos problemas desaparecerían si el Alto Tribunal dejara de intervenir activamente en aquél.

4. La solución alternativa a las propuestas de reforma que se han formulado, consistiría en crear una comisión controlada por el Congreso y dependiente del Poder Judicial, similar a la *United States Sentencing Commission*. Retirando a la Suprema Corte del proceso de elaboración de normas, se garantizaría su imparcialidad al revisar su constitucionalidad, se reducirían los conflictos entre el Congreso y el Alto Tribunal, y se preservaría el prestigio judicial. Por otra parte, esa Comisión aprovecharía la experiencia que los jueces federales inferiores tienen en el área.

HAAS, Cheryl L., "Judicial Rulemaking: Criticisms and Cures for a System in Crisis", en *New York University Law Review*, vol. 70, n° 1, abril de 1995, p. 135.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala , estante

[7]

PROCESO PENAL. DOUBLE JEOPARDY. NON BIS IN IDEM. REGLAS. NULIDADES PROCESALES. MINISTERIO PÚBLICO. INTERÉS DE LA SOCIEDAD. INTERÉS DEL ACUSADO (DOCTRINA/EE.UU.).
--

1. Planteo del tema. El pilar fundamental que anima la cláusula constitucional del *double jeopardy* es que el Estado no debería tener atribuciones para oprimir a los individuos a través del

abuso del proceso criminal. Sin embargo, no existe un principio que permita determinar cuando un nuevo procesamiento a un acusado resulta opresivo en términos del *double jeopardy*. La definición de ese punto exige hacer un balance de los intereses y derechos contrapuestos de los individuos y de la sociedad.

1.1. Interés del acusado: la Suprema Corte de los Estados Unidos ha considerado, tradicionalmente, que la Cláusula del *double jeopardy* protege tres intereses del acusado: a verse libre de ulteriores procesamientos; a obtener una sentencia definitiva; y a que todo el juicio tramite ante el primer tribunal que ha intervenido.

El más importante de dichos intereses es el de estar libre de procesamientos sucesivos ya que: a) los intentos múltiples del gobierno de demostrar la culpabilidad del acusado desorganizan seriamente la vida personal de éste durante el juicio y, por lo tanto, constituyen un instrumento por el cual puede verse acosado gravemente; b) los procesamientos reiterados aumentan el riesgo de condenar injustamente a un acusado inocente ya que lo desgastan psicológicamente, al paso que brindan al gobierno nuevas oportunidades para aprender de sus errores anteriores y rectificar sus estrategias procesales.

1.2. Interés de la sociedad: los intereses del acusado no son absolutos y deben ser contrapesados con los que tiene el Estado en aplicar efectivamente sus leyes penales. La Suprema Corte ha reconocido, reiteradamente, que esa necesidad social se satisface garantizando a la comunidad el derecho a contar con una oportunidad para demostrar la culpabilidad del acusado, mediante un proceso único, completo e inmaculado. En otras palabras, se garantiza al acusado que no será procesado nuevamente cuando se haya completado un proceso libre de vicios, pero, cuando estos últimos privan a la sociedad de su derecho a intentar demostrar la culpa, se aplican ciertas reglas bien arraigadas del *double jeopardy* conforme a las cuales casi siempre se puede reiterar el proceso.

2. El actual balance en términos de la cláusula del *double jeopardy*: revocación de condenas y nulidad de procesos viciados por la inconducta del fiscal.

2.1. Sometimiento a nuevo juicio de una persona cuya condena ha sido revocada por la Alzada por vicios procesales.

2.1.1. En el caso *United States vs. Ball* (163 US 662 -1896-), la Suprema Corte elaboró la regla básica para resolver estas cuestiones: la cláusula del *double jeopardy* no impide que se someta nuevamente a juicio a una persona cuya condena ha sido revocada por la Alzada, por vicios procesales. Esta doctrina se fundaba en el ya mencionado interés de la sociedad (**1.2**). Permitir que una persona aproveche errores procesales para eludir el castigo minaría ese interés social.

United States vs. Burks (437 US 1 -1978-) estableció la única excepción a la regla formulada en *Ball*: la cláusula del *double jeopardy* impide procesar nuevamente a un acusado cuando la condena se revoca porque la prueba presentada en juicio resulta insuficiente para fundarla. Esta revocación, dijo la Corte, es el equivalente funcional de una absolución. La Cláusula del *double jeopardy* debe alcanzar a esas absoluciones funcionales ya que, de otro modo, se estaría creando una distinción puramente arbitraria entre los acusados con base en el nivel jerárquico del tribunal que declaró la insuficiencia de la prueba.

Para llegar a esta conclusión, la Corte hizo una importante distinción entre la revocación de una condena por vicios procesales y la fundada en la insuficiencia de la prueba. En el primer caso, el fallo de la Alzada no declara que el gobierno ha fracasado en lograr la condena y, por lo tanto, no es equiparable a una absolución; sólo determina que el encausado ha sido condenado en

un proceso judicial que es defectuoso en alguno de sus aspectos esenciales. No resulta claro si el acusado hubiera sido absuelto en caso de no haber existido el vicio ya que, en este supuesto, el Estado podría haber adoptado un curso diferente de acción eventualmente exitoso. En consecuencia, el acusado no puede alegar que el nuevo juicio lo priva del beneficio de una veredicto válido de absolución. Al Estado, por el contrario, le es dable invocar que el vicio procesal lo privó de la oportunidad para probar la culpabilidad, y, dada la importancia del interés de la sociedad, se permite un nuevo juicio.

Empero, cuando se revoca una condena por insuficiencia de la prueba, el Estado "ha contado con una plena oportunidad para ofrecer cualquier prueba con que cuente" y, en consecuencia, "no puede agravarse cuando se rechaza su pedido de un nuevo juicio".

2.1.2. El balance de los intereses fundados en el *double jeopardy* es diferente cuando se revocan condenas porque la prueba ha sido erróneamente admitida. En dichos supuestos, la excepción *Burks* no se aplica y puede procesarse nuevamente al acusado aún si la prueba subsistente resulta insuficiente para fundar una condena. En *Lockhart vs. Nelson* (488 US 33 - 1988-), la Corte resolvió que cuando una cámara de apelaciones analiza el caso a los fines de aplicar la doctrina *Burks*, debe considerar toda la prueba admitida en primera instancia, incluso la que lo ha sido por error. Puede procesarse nuevamente al acusado en la medida en que la totalidad de la prueba hubiera sido suficiente para fundar la condena, sin tomar en cuenta su insuficiencia de ser excluida la producida erróneamente.

La Corte, en *Lockhart*, tomó en cuenta el fundamento de *Burks*, y destacó expresamente que este tipo de supuestos era "indudablemente... la situación que *Burks* describe como 'errores procesales', pues, aquí, el tribunal de primera instancia se equivocó al admitir cierta prueba y, sin ella, no existía prueba suficiente para fundar una sentencia de condena". Al igual que en *Burks*, ese error no daba necesariamente derecho al acusado a obtener una sentencia absolutoria, pues "el juez de primera instancia presumiblemente hubiera brindado al fiscal la oportunidad para ofrecer prueba" equivalente a la declarada inadmisibles en ese proceso. Al igual que en *Burks*, *Lockhart* protege el interés de la sociedad al describir la revocación fundada en el uso no intencional de prueba inadmisibles como un "error procesal", y al recrear la situación que hubiera existido en el proceso si el error no se hubiera producido.

Sin embargo, *Lockhart* no brinda pautas para resolver los casos de revocaciones derivadas de la inconducta intencional del fiscal respecto de la presentación de la prueba, pues sólo atañe a las fundadas en errores procesales vinculados a la admisión de la prueba.

2.2. Nulidad de procesos fundada en la inconducta del fiscal

2.2.1. Las reglas tradicionales aplicables a estos casos eran:

a) "regla de la necesidad manifiesta": el Estado no podía volver a juzgar a una persona cuando la nulidad del proceso había sido declarada sin el consentimiento del acusado, a menos que existiera una necesidad manifiesta de adoptar esa decisión. Al impedir que el gobierno pidiera, con fines manipulativos, la nulidad del proceso para eludir la posibilidad de que se absolviera al acusado, la regla protegía el interés de éste en evitar la reiteración de los procesamientos. Al mismo tiempo, protegía la necesidad de la sociedad de vindicar sus leyes penales, al permitir que el Estado abortara los procedimientos que tuvieran vicios procesales insalvables.

b) si el acusado pedía y lograba que se declarara la nulidad del proceso, la cláusula del *double jeopardy* no obstaba a que el Estado volviera a juzgarlo. Al igual que la regla sub a, este criterio tutelaba el recordado interés de la sociedad.

Pero con el transcurso del tiempo, se observó un vacío entre estas dos reglas tradicionales que impedía la efectividad de la Cláusula. En conjunto, dichas reglas permitían y alentaban a los fiscales a eludir la primera de aquéllas, mediante la comisión de actos impropios que obligaban al acusado a pedir la nulidad del proceso.

2.2.2. En *Oregon vs. Kennedy* (456 US 667 -1982-), la Suprema Corte reconoció que esa grave inconducta de la fiscalía era incompatible con los principios de la Cláusula. Según este fallo, la Constitución no permite que se procese nuevamente al acusado cuando el fiscal hubiese actuado con la intención de instar al sospechoso a pedir la nulidad, y lo lograra. Con ello, se impide que los fiscales manipulen las reglas de nulidad de los procesos a fin de evitar la probable absolución del acusado y poder procesarlo posteriormente. Esta doctrina, sin embargo, no desalienta la actuación rigurosa de los fiscales ya que sólo la inconducta intencional -no la negligente- hace prevalecer las garantías constitucionales del procesado.

El interés del Estado no sufre menoscabo si se prohíbe un nuevo procesamiento, ya que el fiscal no está legitimado para agraviarse por una nulidad provocada intencionalmente por él. Si se diera crédito a esa queja, el Estado aprovecharía de un deliberado abuso del proceso a fin de asegurarse el proverbial "segundo mordisco a la manzana", que es un resultado que prohíben tanto la cláusula del *double jeopardy* como *Kennedy*.

3. Protección frente a un nuevo procesamiento opresivo posterior a la revocación.

La actual jurisprudencia sobre *double jeopardy* no brinda, entonces, pautas claras para el supuesto en que se revoca una condena porque el fiscal ha engañado intencionalmente al acusado y al tribunal al presentar prueba viciada. *Lockhart* sólo se refería a la presentación accidental de prueba inadmisibles en juicio y, por lo tanto, no analiza esta cuestión. *Kennedy* es igualmente inapropiado porque se refiere a las nulidades de procesos fundadas en la inconducta del fiscal y no a la revocación de las condenas. Como no existe ningún estándar aplicable a la brecha que existe entre *Lockhart* y *Kennedy*, el acusado se enfrenta a una posibilidad no deseada de ser procesado nuevamente a pesar de que el Estado ha fracasado en su tentativa inicial de imponerle una condena injusta.

Para evitar ese resultado, el *double jeopardy* debería impedir un nuevo procesamiento cuando se cumplen estas dos condiciones: a) el fiscal intencionalmente ha presentado prueba viciada en el juicio; b) si se excluye la prueba viciada, la restante resulta insuficiente para fundar la condena.

3.1. El criterio propuesto encuentra sustento en la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre *double jeopardy*:

3.1.1. El principio formulado en *Kennedy* constituye un firme sustento para este estándar ya que, para formularlo, la Suprema Corte distinguió la inconducta que debía equipararse a un error procesal de aquella que era tan escandalosa (*egregious*) que genera preocupación en términos del *double jeopardy*. Al primer tipo corresponden la inconducta cometida con la intención general de perjudicar al acusado, como el comportamiento temerario, los comentarios agresivos en el alegato final y la presentación negligente de prueba perjudicial inadmisibles, como en *Lockhart*. En la última categoría cae la inconducta intencional que *Lockhart* no trató: la que destruye deliberadamente el valor del proceso al que inicialmente se somete al acusado. Por analogía con *Kennedy*, la cláusula del *double jeopardy* debería impedir la reiteración del procesamiento cuando esa conducta logra una condena que de otro modo no se hubiera impuesto.

3.1.2. Este principio también encuentra sustento en el razonamiento subyacente en *Burks*.

Si el acusado no hubiera sido condenado en ausencia de la prueba viciada intencionalmente por el fiscal, el principio de *Burks* exige que los tribunales lo coloquen en la posición en que hubiera estado de no haber existido dicha conducta, permitiéndole entonces gozar de la absolución que merece. Si el tribunal o el abogado defensor simplemente hubieran descubierto la conducta durante el proceso, el primero habría excluido dicha prueba, absuelto al encausado por falta de sustento probatorio, y el *double jeopardy* hubiera impedido un juicio posterior. Una lógica distinta tendría efectos anómalos ya que permitiría que el fiscal eluda la aplicación de la doctrina *Burks* y *Kennedy*, mediante el simple artilugio de ocultar su conducta durante todo el proceso. La vigencia de garantías tan importantes como las que brinda la cláusula del *double jeopardy* no debiera depender de la circunstancia de que el opresivo abuso del proceso que hace el gobierno sea descubierto durante o después de su finalización.

3.1.3. Por último, la aplicación de la lógica de *Burks* a estos supuestos resulta totalmente consistente con la doctrina formulada en *Lockhart*, que parte de la presunción de que la prueba inadmisibles que accidentalmente se presenta en juicio, podría haber sido sustituida por otra de valor equivalente si el Estado hubiera advertido, desde el comienzo, el problema probatorio. Sin embargo, esta presunción no se aplica a los casos en que el fiscal intencionalmente ha presentado la prueba viciada y ocultado esta circunstancia al tribunal y a la defensa: en estas hipótesis, se debe presumir que no contaba con prueba admisible de valor equivalente. En esta situación la presunción de *Lockhart* no es más aplicable de lo que era en *Burks*.

3.2. Fundamento para extender la protección que brinda el *double jeopardy*.

Además de encontrar sustento en los precedentes jurisprudenciales, el estándar propuesto protege en forma adecuada los intereses contrapuestos protegidos por el *double jeopardy* ya que extiende la prohibición de procesar nuevamente a los supuestos en que el gobierno ha hecho un escandaloso (*egregious*) y deplorable abuso de poder.

BIERSCHBACH, Rick A., "One bite at the apple: Reversals of convictions tainted by prosecutorial misconduct and the ban on double jeopardy", en *Michigan Law Review*, vol. 94, nro. 5, marzo de 1996, p. 1346.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 7, estante 7.

[8]

RECURSO DE CASACIÓN. FINALIDAD. COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA. EVALUACIÓN. PROCEDIMIENTO. DEBIDO PROCESO ADJETIVO. CERTEZA JURÍDICA (DOCTRINA/CHILE).

1. Introducción:

La Constitución Política de Chile manda que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado (debido proceso). El recurso de casación (**r.c.**) es uno de los instrumentos más importantes a ese efecto.

Asimismo, el **r.c.** también persigue que la interpretación del derecho objetivo sea constante y uniforme, lo cual contribuye a la certeza jurídica.

Empero, el **r.c.** no está establecido únicamente en el interés social de que exista certeza jurídica, sino que también constituye un derecho que se da al agraviado para que se haga justicia en el caso particular.

La reciente reforma legal en materia de **r.c.** (ley 19.374), tiene por objeto promover la modernización del Poder Judicial, y que la Corte Suprema (**CS**) "asuma con la mayor celeridad y profundidad sus misiones de tribunal contralor de la supremacía constitucional y de la igual interpretación de las leyes".

El **r.c.** "tiene por objeto obtener la anulación de determinadas resoluciones que han sido dictadas con infracción de la ley o cuando no se han observado determinadas exigencias formales; y su reemplazo por otra que la aplique correctamente y, en determinadas circunstancias, remedie el defecto formal". De ahí que pueda hacerse el distingo entre **r.c.** "en la forma" y **r.c.** "en el fondo".

El mencionado remedio es interpuesto: a) para ante las Salas de las Cortes de Apelaciones, en el caso de las sentencias dictadas por un juez de letras, o por jueces árbitros en primera instancia; y b) para ante la **CS**, contra sentencias de las Cortes de Apelaciones o de un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho, cuando estos últimos hubieran conocido de negocios de la competencia de las mencionadas Cortes.

2. El r.c. para ante la CS.

Las Salas de la **CS** son competentes para el conocimiento de dichos recursos en el fondo y en la forma.

2.1. Resoluciones susceptibles del r.c.

Como regla general, el **r.c.** es admisible respecto de las sentencias definitivas, y de las interlocutorias que establezcan derechos permanentes en favor de las partes y pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.

2.2. Formalidades del r.c.

2.2.1. Se debe interponer ante el órgano que dictó el pronunciamiento que se pretende impugnar, dentro del plazo inalterable de quince días, por escrito y con patrocinio letrado.

2.2.2. Están legitimados para recurrir las partes directas e indirectas.

En el caso del **r.c.** en la forma es menester, además: a) que se invoque un agravio doble, vale decir, que la parte se vea perjudicada por la sentencia y en razón del vicio que invoca como causal; y b) que la parte agraviada haya "reclamado ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley" -es lo que se conoce como la "preparación del recurso"-

2.2.3. Fundamentos:

2.2.3.1. Si se trata de casación en la forma, corresponde que el **r.c.** mencione, de manera expresa y determinada, el vicio o defecto en que se funda y la ley que concede el recurso por la causal invocada.

2.2.3.2. Si se trata de casación en el fondo se deberá señalar: a) en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida; b) de qué modo ese o esos errores de derecho influyen sustancialmente en el dispositivo del fallo.

2.2.4. No es necesario hacer mención expresa y determinada de la ley o leyes que se suponen infringidas.

2.3. Trámite ante el a quo.

2.3.1. El tribunal recurrido se limita a examinar: a) si el **r.c.** ha sido interpuesto en tiempo, y b) si ha sido patrocinado por abogado habilitado. Satisfechos ambos recaudos, el a quo debe conceder el **r.c.** y, en la misma resolución, ordenar fotocopiar o en su caso compulsar las piezas correspondientes, a fin de elevar los autos originales al tribunal superior, y remitir las copias o compulsas al tribunal que deba conocer del cumplimiento del fallo.

La resolución que concede el **r.c.** es inapelable (pero admite el recurso de reposición); la que lo deniega sólo es susceptible de reposición por error de hecho (el resultado de la reposición no es apelable).

2.3.2. Efectos de la interposición del r.c.

El **r.c.** no suspende la ejecución de la sentencia, pero el vencido puede solicitar la prestación de fianza; el a quo decide sobre el otorgamiento, monto y subsistencia de la fianza.

2.4. Trámite ante el ad quem.

2.4.1. El recurrente debe comparecer ante el ad quem dentro de los cinco días fatales contados desde el certificado de ingreso del expediente al tribunal (ampliables en razón de la distancia), bajo pena de deserción del **r.c.**

Si el recurrido no compareciera, el **r.c.** continúa en su ausencia o rebeldía.

Si se tratara del **r.c.** en el fondo, cualquiera de las partes puede solicitar, dentro del plazo para comparecer, que aquél sea conocido y resuelto por el pleno de la **CS**, siempre y cuando se funde en la existencia, en el seno de ésta, de interpretaciones diversas sobre la materia de derecho objeto del remedio. La petición es resuelta por la Sala de la especialidad en dicha materia, y la denegación sólo es pasible de reposición.

2.4.2. Resolución sobre la admisibilidad del r.c.

Recibido el expediente y puesto el certificado de ingreso, la **CS** o la Sala correspondiente, debe pronunciarse sobre la admisibilidad del **r.c.**

2.4.2.1. R.C. en la forma.

El órgano debe examinar: a) si la sentencia recurrida es susceptible del **r.c.**; b) si reúne los requisitos indicados en **2.3.1.** (primer párrafo); c) si el escrito de interposición indica expresamente el vicio o defecto en que se funda y la ley que lo concede por esa causal; d) si se preparó o no el recurso (**2.2.2.b**). Con todo, la ley procesal permite invalidar de oficio la sentencia aun cuando mediaran defectos en la interposición del **r.c.**, si el tribunal advierte la existencia de un vicio que haga procedente la aludida declaración.

La resolución sobre la admisibilidad ha de dictarse en el plazo de quince días, deberá ser fundada y admite reposición.

2.4.2.2. R.C. en el fondo.

La Sala o el Tribunal debe examinar: a) si la decisión impugnada es susceptible del remedio intentado; b) si este último reúne los requisitos indicados en **2.3.1.** (primer párrafo) y los restantes recaudos formales.

Aun cuando observe dicho recaudos, el **r.c.** puede ser declarado inadmisibile si el tribunal, en opinión unánime de sus integrantes, considera que adolece de manifiesta falta de fundamento.

La declaración de inadmisibilidad puede dar lugar a reposición; asimismo, tampoco impide una posible casación de oficio (punto anterior).

2.5. Vista y fallo:

2.5.1. Vista.

Los abogados pueden alegar ante el órgano por el lapso -prorrogable- de una hora (**r.c.** en la forma) o de dos horas (**r.c.** en el fondo).

Hasta el momento de ser visto el **r.c.**, las partes pueden presentar, por escrito, las observaciones que estimen convenientes.

2.5.2. Fallo.

La declaración de nulidad en la forma debe precisar cuáles actos quedan anulados en razón de su conexión con el acto anulado.

El fallo sobre el **r.c.** (entre otros), no es susceptible de recurso alguno, salvo el de aclaración, rectificación o enmienda. Toda reposición o reconsideración es inadmisibles y será rechazada de plano por el Presidente de la **CS**, salvo los supuestos ya señalados.

3. Opinión de la CS

La **CS** ha sostenido, en un informe relativo a modificaciones del régimen procesal, que: "La sentencia en contra de la cual se recurre de casación es consecuencia de un análisis realizado por jueces letrados, que es revisado a la vez por no menos de otros tres letrados en las Cortes de Apelaciones. De modo que el error en materia de derecho es excepcional y quien lo deduce debe tener plena conciencia del paso que da al impugnar una sentencia de segunda instancia...".

Más adelante agregó: "Sucede que existe una equivocada práctica profesional, con respaldo en un mal entendido celo, que ha impuesto la modalidad de que deben emplearse 'todos' los recursos para lograr la revisión por esta Corte Suprema de casi la generalidad de las sentencias de los tribunales de segunda instancia del país, dando lugar a la interposición de recursos de casación en número indiscriminado, generando sin una clara justificación y pretendiendo, a través del mismo, obtener una nueva revisión -no del derecho- sino de la prueba rendida o de los hechos; esta posición de los litigantes demora en extremo el momento en que una sentencia alcanza el estado de firme y, al mismo tiempo, recarga inútilmente la actividad judicial".

"Conforme a lo que estima esta Corte, se debería reducir su competencia a los problemas y controversias de mayor relevancia jurídica, a los de jerarquía superior o de rango constitucional y a otros similares, a través de recursos de carácter extraordinario, con exigencias formales y con responsabilidad profesional, todo sin perjuicio de sus facultades para obrar de oficio. Debe evitarse que la Corte Suprema se transforme, de hecho, en un tribunal de tercera instancia y terminal natural de cualquier litigio, al que se podría acceder fácilmente con recursos abiertos a todos los casos, cuya interposición sería menos rigurosa y formal que las de un recurso de apelación".

TAPIA WITTING, Enrique (Profesor de Derecho Procesal -Universidad de Concepción-), "Recurso de Casación", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 197, enero-junio 1995, p. 42.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 80.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMERCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA
SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS.
(tercera parte)¹

5.2. Segundo paso

5.2.1. *Bigelow vs. Virginia* (421 US 809 -1975-)

5.2.1.1. Antecedentes de la causa: el tribunal de primera instancia condenó al editor de un diario de Virginia por violar la ley estadual que prohibía publicar avisos que "alentaran o facilitaran el acceso al aborto", y rechazó la defensa fundada en que la norma era violatoria de la Enmienda I (cit., pp. 812/813). El aviso en juego provenía de una organización con fines de lucro de Nueva York, que ofrecía hacer arreglos para acceder a un aborto barato en ese Estado. La Suprema Corte de Virginia, que confirmó la condena, también desestimó el planteo de inconstitucionalidad al declarar: a) que el aviso era comercial y, por lo tanto, Virginia podía prohibir su inserción mediante el ejercicio del poder de policía estadual; y 2) que como la actividad del apelante era puramente comercial, éste carecía de un interés legítimo fundado en la Enmienda I y, por ende, de legitimación para impugnar la constitucionalidad de la norma. En tales circunstancias, Bigelow llevó el caso ante la Suprema Corte de los Estados Unidos (SC); empero, como ésta reconoció el derecho al aborto en las sentencias *Roe vs. Wade* (410 US 113 -1973-) y *Doe vs. Bolton* (410 US 179 -1973-), dictadas mientras se hallaba en trámite el planteo de Bigelow, el Alto Tribunal revocó la condena de este último y devolvió el caso a la Corte local para que resolviera el resto de las cuestiones planteadas a la luz de la nueva jurisprudencia. La Suprema Corte de Virginia, sin recibir nuevos alegatos, volvió a confirmar la sanción, observando que *Roe* y *Doe* no "hacían referencia al tema de la publicidad del aborto" ni modificaban el criterio formulado con anterioridad. Bigelow recurrió nuevamente.

5.2.1.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: consideró que la forma en que la ley fue aplicada al apelante violaba la libertad de expresión garantizada por el Enmienda I: "visto integralmente, el aviso transmitía información de interés y valor potencial para una audiencia variada, no sólo para los lectores que necesitaban los servicios que se ofrecían, sino también para quienes tenían una curiosidad general o un interés genuino en el tema, o en el derecho de otro Estado y en su evolución, y para los lectores que querían reformar el sistema vigente en Virginia... [También] la actividad publicitada está relacionada con un interés protegido por la Constitución (v. *Roe vs. Wade* y *Doe vs. Bolton*,

cits.). Por tanto, en este caso, el interés del apelante fundado en la Enmienda I coincide con el del público en general" (íd. p. 822).

¹ La primera y segunda partes fueron publicadas en **investigaciones** 1 y 2 (1996), pp. 37 y 43, respectivamente.

Por otro lado, reinterpretando el precedente *Chrestensen* (3.), la SC expresó: "el 'holding' [de *Chrestensen*] es claramente limitado: [en ese caso] la ordenanza se consideró una reglamentación razonable de la forma en que podía distribuirse la publicidad comercial. El hecho de que se tradujera en la prohibición de un determinado tipo de volantes no significa que este fallo brinde sustento a la tesis de que las leyes que reglamentan la publicidad comercial no puedan ser impugnadas constitucionalmente" (íd. pp. 819/820).

Declaró, además, que "la publicidad, al igual que todas las expresiones públicas, puede someterse a una reglamentación razonable tendiente a la satisfacción de un interés público legítimo. En la medida en que la actividad comercial esté sujeta a reglamentación, la relación que la expresión tiene con la actividad puede ser un factor, entre otros, que hay que considerar al hacer el balance entre el interés fundado en la Enmienda I y el interés invocado por el gobierno. La publicidad no queda por esa vía desprotegida de la Enmienda I. La relación que la expresión tenga con el mercado de productos o servicios no hace que pierda el valor que tiene en el mercado de las ideas" (íd. p. 826).

Voto de la disidencia: el *Justice* Rehnquist, con la adhesión del *Justice* White, criticó a la mayoría por no tratar frontalmente la cuestión planteada en el caso, y elaborar una doctrina tendiente a justificar la revocación de la sentencia sin afectar su jurisprudencia anterior.

Conforme su criterio, el aviso transmitía información de naturaleza típicamente comercial ya que tenía por objeto el intercambio de servicios más que el de ideas, y esa naturaleza no se modificaba por la mención de algún hecho u opinión que dificultosamente pudiera extraerse del mismo (íd. p. 826, *c/cita de Pittsburgh - 5.1.1.- y Lehman -5.1.2.*). Por eso, consideró que el caso sólo merecía el grado reducido de protección que se brindaba a dicho tipo de expresiones.

Agregó, sin embargo, que aún en la hipótesis de que el aviso contuviera algo más que una propuesta comercial, había que reconocer -como la Suprema Corte estadual- que Virginia tenía un interés en prevenir la explotación comercial de las mujeres que optan por abortar y que esto sustentaba la reglamentación.

5.2.1.3. De acuerdo a lo que la SC dijo en *Virginia Pharmacy* (5.2.2.), "la noción de una 'expresión comercial' desprotegida casi salió de la escena" en *Bigelow*. Sin embargo, Gunther considera que dicha inteligencia traduce, exageradamente, la impresión que se tenía en la época en que se decidió este caso: *Bigelow* se había planteado en el escenario especial de los anuncios de los

periódicos relativos a la disponibilidad de abortos en otros Estados, un tema en el que estaban comprometidas actividades que gozaban de amparo constitucional. *Virginia State Board* (5.2.2.) dejaría en claro, en términos mucho más amplios, que la excepción de la expresión comercial se había limitado drásticamente (GUNTHER, GERALD, "Constitutional Law", The Foundation Press, Nueva York, 12° ed, 1991 p. 1168).

5.2.2. *Virginia State Board of Pharmacy vs. Virginia Citizens Consumer Council Inc* (425 US 748 -1976-)

En esta causa, la **SC** amplió y definió el test que había formulado en *Bigelow* (5.2.1.) al resolver la cuestión que había dejado pendiente en dicho caso: si un anuncio que simplemente propone una transacción comercial cae "totalmente fuera del ámbito de protección de la Enmienda I" (cit. p. 761).

5.2.2.1. Antecedentes de la causa: una ley de Virginia establecía que un farmacéutico incurría en conducta no profesional si "publica, publicita o promueve, directa o indirectamente, de cualquier modo, el monto, precio, arancel, bonificación, descuento o forma de pago... de cualquier droga que sólo pueda venderse bajo receta". Un grupo de consumidores impugnó la constitucionalidad de esta norma, por violar la Enmienda I. En defensa de su validez, Virginia afirmó que constituía una reglamentación válida de la expresión comercial que se traducía en el mantenimiento de los estándares profesionales de los farmacéuticos. El tribunal de distrito declaró la nulidad de la ley.

5.2.2.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: "aún asumiendo que la Enmienda I protegiera la difusión de la información sobre el precio de los fármacos, los titulares de esa protección no son sólo quienes la difunden, sino también las personas que la reciben. La libertad de expresión presupone una persona dispuesta a expresarse. Pero cuando el emisor existe, como en este caso, la protección se acuerda a la comunicación, tanto a su fuente como a sus receptores" (íd. p. 756).

"Ante la pregunta de si una expresión que 'sólo propone una transacción comercial', está tan alejada de cualquier tipo de 'exposición de ideas' y de la 'verdad, ciencia, moralidad y artes en general, y de la difusión de los sentimientos liberales vinculados a la administración de los asuntos de gobierno', que carece de todo tipo de protección, nuestra respuesta es que no" (íd. p. 762).

Incluso cuando el interés del anunciante fuera puramente económico, esta circunstancia no

le haría perder la protección de la Enmienda I: tanto el consumidor individual como la sociedad en su conjunto tienen un fuerte interés en el libre flujo de información comercial.

El interés del consumidor en dicho flujo puede ser, al menos, tan fuerte como el que le suscita el más urgente debate político. La supresión de la información sobre el precio de los fármacos perjudicaría especialmente a las personas de escasos recursos, a los enfermos y a los ancianos, ya que una parte desproporcionada de los ingresos de éstas, tiende a gastarse en este tipo de productos; sin embargo, son los que están en peores condiciones para ir, farmacia por farmacia, averiguando dónde les conviene comprar (íd. p. 763).

"La sociedad también puede tener, en términos generales, un fuerte interés en el mencionado flujo informativo. Un aviso individual, aun cuando sea enteramente 'comercial', puede ser de interés para el público en general", tal como surge de los casos resueltos con anterioridad (publicidad de prestaciones en materia de abortos, de venta de pieles artificiales como alternativa a la extinción de animales salvajes, de fabricación nacional de productos sustitutivos de los importados a fin de proteger las fuentes de trabajo para los ciudadanos locales). "Obviamente, no todos los mensajes comerciales tienen el mismo grado de interés para el público. Hay unos pocos en los que no se presenta este elemento" (íd. p. 764).

La prohibición de publicitar los precios de los fármacos no puede justificarse invocando el interés que el Estado tiene en el mantenimiento del profesionalismo de los farmacéuticos diplomados. El Estado puede exigir que estos profesionales satisfagan cualquier estándar profesional y puede subsidiarlos o protegerlos en otras formas de la competencia, siempre que no sea manteniendo al público en la ignorancia de las condiciones lícitas que proponen sus competidores (íd. pp. 766/770).

En este sentido, "la publicidad -no importa lo vulgar y desmedida que algunas veces parezca- difunde información sobre quién está produciendo y vendiendo cada producto, por qué motivo y a qué precio. En la medida en que preservemos predominantemente una economía de mercado libre, la disposición de nuestros recursos se hará, en gran medida, a través de numerosas decisiones económicas de los particulares. Es una cuestión de interés público que el conjunto de esas decisiones sea inteligente y bien informado. A esos efectos, es indispensable el libre flujo de información comercial" (íd. p. 765).

La presunción paternalista que había hecho el Estado, de que el público usaría la información comercial veraz y no engañosa en forma poco inteligente, no podía justificar la decisión de suprimirla: "existe, por supuesto, una alternativa a esta tesis tan paternalista. Esa alternativa consiste en asumir que esta información no es perjudicial en sí misma, que el pueblo verá qué es lo que más le conviene con sólo tener la información necesaria, y que a ese efecto lo

mejor es abrir los canales de comunicación en lugar de cerrarlos. Si están realmente abiertos, nada impide que el farmacéutico 'profesional' comercialice su producto supuestamente superior y lo compare con el del vendedor minorista que tiene costos bajos y vende volúmenes altos. Pero no nos corresponde a nosotros ni a la Asamblea General de Virginia optar entre estas alternativas. Esa elección -entre los riesgos que genera la supresión de la información y los riesgos de usarla mal- es precisamente lo que la Enmienda I hace por nosotros" (íd. p. 770).

Cualesquiera fueran los límites que, en razón del tiempo, lugar y forma, puedan imponerse a las expresiones comerciales, la ley de Virginia los ha traspasado, pues confirió un tratamiento diferente a las expresiones en razón de su contenido específico, al paso que suprimió completamente su difusión (íd. pp. 770/771).

Dado que en la causa no se había alegado que los anuncios en cuestión fueran desleales, engañosos o que propusieran transacciones ilegales, un Estado no puede suprimir la difusión de información veraz relativa a una actividad totalmente lícita, con base en "el temor que abrigue respecto del efecto que esa información tendrá en quienes la difunden y en quienes la reciben" (íd. pp. 771/773). En este sentido, las expresiones no veraces, "comerciales o no, nunca han gozado de protección" (íd. p. 771). A su vez, en la nota 24, la **SC** aclaró: "cuando llegamos a la conclusión de que la expresión comercial goza de la protección de la Enmienda I, no pretendimos afirmar que aquélla no sea de algún modo diferenciable de las otras formas. Existen diferencias de sentido común entre la expresión 'que no hace otra cosa que proponer una transacción comercial', *Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Comm'n* (5.1.1.) y expresiones de otras clases. Aun cuando las diferencias no justifiquen concluir en que la expresión comercial carece de valor -lo que permitiría al Estado suprimirla completamente-, dichas diferencias, sin embargo, sugieren la necesidad de darle un grado diferente de protección a fin de asegurar que no se debilite el libre flujo de información comercial veraz y legítima. Quien difunde expresiones comerciales puede verificar más fácilmente su veracidad que, por ejemplo, quien transmite comentarios políticos o periodísticos, ya que normalmente el anunciante busca difundir información sobre un producto o servicio específico que él mismo brinda o sobre el que presumiblemente conoce más que cualquier otra persona. Por otra parte, la expresión comercial puede ser más perdurable que otros tipos. Como la publicidad es un requisito *sine qua non* para obtener ganancia, es poco probable que una reglamentación la desaliente".

"Estos atributos de mayor objetividad y persistencia de las expresiones comerciales pueden hacer menos necesaria la tolerancia de declaraciones inexactas por temor a silenciar al que se expresa... Pueden también hacer necesario exigir que un mensaje comercial aparezca de una determinada forma, o incluya cierta información o las advertencias adicionales que se consideren

necesarias para impedir que sea engañosa... (y) también hacen inaplicable la prohibición de restricciones previas" (íd. pp. 771/772).

Voto concurrente: el *Justice* Stewart afirmó que si bien en las acciones de libelo se ha resuelto que la Enmienda I brinda también protección, en ciertos casos, a las aserciones falsas de hechos, el que publica un aviso comercial generalmente no sufre la presión que los límites temporales imponen a la prensa, conoce el producto o el servicio que intenta vender, y puede verificar la precisión de las aserciones fácticas que realiza. Por lo tanto, no existe un peligro serio de que la reglamentación de la publicidad falsa o engañosa de productos o precios desaliente las expresiones comerciales no engañosas (íd. pp. 777/778).

5.2.2.3. *Tribe* sostiene que esta decisión se funda en una combinación de tres nociones: 1) el fundamento invocado por el Estado contradecía lo dispuesto por las Enmiendas I y XIV, que impiden que se reglamente una actividad bajo la premisa de que la ignorancia es preferible al conocimiento; 2) el valor de la libertad de expresión no está circunscripto al dialogo político sino que se extiende a cualquier intercambio de ideas o información que pueda favorecer la adopción de decisiones individuales mejor informadas; y 3) del mismo modo que la información comercial "resulta indispensable para la asignación adecuada de recursos en un sistema de libre empresa, es también indispensable para la formación de opiniones sobre la forma en que ese sistema debería ser regulado o modificado" ("American Constitutional Law", The Foundation Press, Nueva York, 1988, 2° ed, pp. 893/94).

5.2.3. La aplicación de *Virginia Pharmacy*

5.2.3.1. *Young vs. American Mini Theatres* (427 US 50 -1976-).

5.2.3.1.1. Antecedentes de la causa: los empresarios de dos cines dedicados a películas de exhibición condicionada promovieron una acción contra el intendente de Detroit y otros funcionarios municipales, tendiente a la obtención de una orden de no hacer y de una sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de dos ordenanzas de zonificación en cuanto disponían que los establecimientos de la mencionada categoría, debían guardar determinada distancia entre sí y respecto de las zonas residenciales. La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia del inferior, favorable a la validez de dichas normas, porque entendió que éstas imponían una restricción previa a una forma de comunicación amparada por la Constitución y violaban la igualdad ante la ley.

5.2.3.1.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: rechazó la diversas objeciones que se formularon contra la constitucionalidad de estas normas. Si bien en *Virginia Pharmacy Board* (5.2.2.) había reconocido que la expresión comercial goza de algún grado de protección de la Enmienda I, consideró que el

alcance de esa protección en gran parte varía de acuerdo al valor del mensaje difundido. Sugirió así, por primera vez, que la protección que brinda esta norma constitucional tiene dos niveles diferentes y que el tipo de expresión aquí impugnada -sexualmente explícita, pero no obscena- puede ser objeto de un grado de reglamentación que sería considerado inadmisibles en otras categorías. Por lo tanto, juzgó que el Estado podía legítimamente tomar al contenido de las expresiones como criterio para someterlas a una reglamentación especial.

Voto concurrente: El *Justice Powell* sostuvo que las ordenanzas sólo tenían un efecto "mínimo e incidental" en los derechos garantizados por la Enmienda I.

Voto de la disidencia: cuatro *Justices* objetaron categóricamente la teoría del "menor valor", porque consideraron que uno de los propósitos más importantes que persigue la Enmienda I es amparar, a las expresiones protegidas, de la interferencia gubernamental indebida; manifestaron que la mayoría, al negarse a declarar la invalidez de las ordenanzas de Detroit, había violado el principio de que la reglamentación del tiempo lugar y forma, en que se emite una expresión protegida, debe ser neutral en cuanto al contenido de ésta, mientras no afecte a una audiencia cautiva o juvenil.

5.2.3.2. *Linmark Associates Inc vs. Willingboro* (431 US 85 -1976-).

5.2.3.2.1. Antecedentes de la causa: Willingboro era una comunidad racialmente integrada, vale decir, en la que convivían ciudadanos negros y blancos. Ahora bien, ante el temor de una mudanza masiva de los propietarios blancos a otros barrios, la municipalidad dictó una ordenanza prohibiendo la colocación de carteles con la leyenda "en venta" en el frente de las casas. Los actores impugnaron la validez de la medida. En defensa de ésta, se alegó que sólo restringía una de las formas posibles de comunicación.

5.2.3.2.2. Decisión de la SC: la sentencia aplicó el principio formulado en *Virginia Board of Pharmacy* (5.2.2.) para declarar que la norma impugnada violaba la Enmienda I.

Al rechazar la pretensión de que quedaban abiertos otros canales de comunicación, la SC manifestó que esas formas de publicidad -especialmente las hechas en periódicos y listas de empresas inmobiliarias- eran más costosas y menos efectivas. Destacó, a su vez, que la ordenanza no tomaba en cuenta el tiempo, lugar y forma de la expresión, sino su contenido: no prohibía la colocación de carteles en el pasto, ni los carteles de un determinado tamaño u otros aspectos que podrían justificarse por la defensa de valores estéticos u otros no vinculados a la supresión de la libertad de expresión. Por otra parte, los "apelados no han demostrado que el lugar o forma en que se realiza la expresión tenga un 'efecto secundario' perjudicial para la sociedad ... Antes bien, Willingboro ha proscrito ciertos tipos de carteles en razón de su contenido porque teme su efecto

'primario': que haga que quienes reciban la información sean influidos por ella" (cit. p. 94 c/cita de *Young vs. American Mini Theatres*, **5.2.3.1.**).

La **SC** no admitió que el interés del gobierno en asegurarse de que Willingboro siguiera siendo una comunidad integrada, fuera suficiente para dar sustento a la ordenanza, por dos razones: a) las constancias del expediente no brindaban sustento al miedo del municipio de que los propietarios blancos hubieran entrado en pánico y se apresuraran a vender, ante la posibilidad de que variara la integración racial de la comunidad; b) el defecto de la ordenanza era básico, porque si el gobierno puede limitar la difusión de la información en juego, "entonces cada localidad del país puede prohibir todas las expresiones que tengan un efecto nocivo en la localidad, en la medida en que pueda afirmarse que su difusión impulsará a los receptores de dicha información a obrar 'irrazonablemente'" (íd. p. 86).

5.2.3.3. *Carey vs. Population Services International* (431 US 678 -1977-)

5.2.3.3.1. Antecedentes de la causa: la controversia radicó en la validez de una ley de educación de Nueva York, que disponía que sólo los farmacéuticos podían vender anticonceptivos de expendio bajo receta, y que nadie podía vender ningún tipo de anticonceptivos a menores de 16 años. También prohibía que se publicitaran estos productos. En defensa del aspecto de la norma que afectaba la libertad de expresión, se había alegado que ese tipo de publicidad podía resultar ofensiva e incomodar a la gente que la veía, y que tendía a legitimar las relaciones sexuales de los jóvenes. El tribunal de primera instancia declaró la inconstitucionalidad de estas normas.

5.2.3.3.2. Decisión de la **SC:**

Voto de la mayoría: entendió que el interés invocado por el Estado no resultaba suficiente para fundar la prohibición de publicitar la disponibilidad de un producto que no sólo era legal, sino que gozaba de protección constitucional. Interpretando el caso *Griswold vs. Connecticut* (381 US 479 -1965-) a la luz de los que lo siguieron, sostuvo que la Constitución protege las decisiones individuales vinculadas a la concepción de hijos de la intrusión injustificada del Estado. Por lo tanto, declaró inválidas las restricciones a la distribución de anticonceptivos, la prohibición de venderlos a menores y de publicitar su disponibilidad.

Respecto de la libertad de expresión comercial, entendió que las características de la causa hacían especialmente aplicable la doctrina sentada en *Virginia Pharmacy Board* (**5.2.2.**). Añadió que, más allá del "importante interés social e individual" en el libre flujo de información comercial mencionado en aquel caso, la información suprimida por la ley de Nueva York se vinculaba con una actividad en la que el Estado no podría intervenir.

La mayoría afirmó que las pretensiones de los apelantes de que la publicidad de anticonceptivos resultaría ofensiva y molesta para las personas que estuvieran expuestas a aquella, y que al permitirla se estaría legitimando la actividad sexual de la gente joven, eran "clásicas 'no justificaciones' que sólo tenían por objeto convalidar la supresión de expresiones protegidas por la Enmienda I".

"Hemos sido consistentes en resolver que, mientras no sea obscena, una expresión protegida no puede ser suprimida por la circunstancia de que pueda resultar ofensiva para algunas personas. Y en cuanto a la posible 'legitimación' de un comportamiento sexual ilegítimo, más allá de lo que eventualmente resolveríamos si los avisos incitaran directamente a los jóvenes a adoptar una conducta sexual ilícita, ninguno de los anuncios que aquí se prohíben puede siquiera remotamente tener este efecto. Simplemente afirman la disponibilidad de ciertos productos y servicios que no sólo son totalmente lícitos sino que, además, gozan de protección constitucional. Por lo tanto, estos argumentos no justifican la total supresión de la publicidad de anticonceptivos" (íd. p. 701).

Votos concurrentes:

El *Justice White* afirmó que la prohibición de distribuir anticonceptivos a personas menores de 16 años no podía justificarse, ante todo, porque el Estado no había demostrado que la medida tuviera el importante efecto disuasor que dice perseguir.

A su vez, el *Justice Powell* consideró que la norma impugnada era inadmisibles porque violaba el derecho a la intimidad de las mujeres casadas de 14 a 16 años, e impedía que los padres entregaran anticonceptivos a sus hijos, interfiriendo de ese modo ilegítimamente en el derecho que los padres tienen a criar a sus hijos.

El *Justice Stevens* fundó su opinión favorable a la declaración de inconstitucionalidad, en que la norma desconocía el derecho a elegir de las personas menores de 16 años y de sus padres, que se traduce en un menor riesgo de embarazo o de contraer enfermedades venéreas. Agregó que la medida tampoco podía justificarse como forma de desalentar la actividad sexual de los menores.

Voto de la disidencia: si los responsables de la adopción de la Enmienda I, manifestó Rehnquist, "lograda mediante actos de valor o esfuerzos de redacción, vivieran y supieran que sus esfuerzos han dado lugar a que la Constitución reconozca a los vendedores de anticonceptivos el derecho a comercializarlos a menores solteros en vidrieras o máquinas expendedoras ubicadas en los baños de hombres de los lugares donde paran los camiones, pese a la oposición formulada por la legislatura de Nueva York, no es difícil imaginar su reacción" (íd. p. 717).

El *Chief Justice Burger* "disintió" (íd. p. 702).

5.2.3.4. *Bates vs. State Bar of Arizona* (433 US 350 -1977-).

5.2.3.4.1. Antecedentes de la causa: el Presidente del Colegio de Abogados de Arizona acusó a dos abogados inscritos en esa matrícula, de haber violado la regla disciplinaria de la Suprema Corte estadual que prohíbe que los abogados hagan publicidad en diarios o en otros medios. La demanda se fundaba en un aviso que los letrados insertaron en un periódico, en el que ofrecían "servicios jurídicos con aranceles muy razonables" y enumeraban los honorarios que cobraban por algunos de aquéllos (v.gr. divorcios y adopciones no controvertidos, cambios de nombre). La Suprema Corte de Arizona compartió la conclusión a la que había llegado la comisión del Colegio, en el sentido de que los sancionados no habían observado la regla aludida, y rechazó la pretensión de que ésta violara los derechos de la Enmienda I.

5.2.3.4.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: consideró que la cuestión controvertida no era la calidad de los servicios ofrecidos sino la posibilidad de difundir los honorarios que los abogados cobran por aquéllos. En consecuencia analizó, y refutó, en forma pormenorizada los fundamentos invocados en sustento de esa restricción, en los siguientes términos:

a) efecto adverso sobre el profesionalismo de los abogados: esta afirmación es anacrónica ya que presume que los abogados deben negar ante sí mismos y ante sus clientes que se ganan la vida con su trabajo profesional.

Por otra parte, resulta inconsistente que los códigos de ética profesional exijan establecer cuanto antes la base comercial de la relación abogado/cliente, al paso que condenan brindar esa información antes de que el cliente llegue al estudio.

La ausencia de publicidad indica también que los abogados no han logrado comunicarse y servir a la comunidad: las investigaciones demuestran que muchas personas no buscan el asesoramiento que necesitan por temor a los honorarios que deberán pagar o por la imposibilidad de ubicar a un abogado competente. La actitud cínica con que la comunidad observa a esta profesión puede haber surgido del hecho de que ésta, públicamente, rechaza la publicidad mientras tolera que los abogados establezcan relaciones sociales para vincularse con potenciales clientes. La prohibición de hacer publicidad podría ser, entonces, una regla de cortesía más que de ética profesional. Hay que recordar, empero, que las costumbres y la tradición no constituyen en sí mismas una respuesta adecuada a una impugnación constitucional;

b) carácter inherentemente engañoso de la publicidad de los abogados: este argumento no resulta persuasivo pues, si bien muchos de los servicios que brindan los abogados son de naturaleza única, resulta incuestionable que un profesional no publicitaría los honorarios que cobra por ese tipo de servicios sino por los rutinarios.

Aun cuando la publicidad no constituye el único criterio con que se elige un abogado,

parece irrazonable impedir que el consumidor acceda al menos a una parte de la información que necesita para tomar una decisión informada. No resulta convincente la pretensión de que el público no es lo suficientemente sutil como para advertir las limitaciones de la información con que cuenta;

c) efecto adverso sobre la administración de justicia, ya que tiende a alentar la promoción de acciones judiciales: la publicidad puede aumentar la cantidad de procesos; empero, no resulta aceptable que siempre sea mejor que una persona sufra silenciosamente un perjuicio en lugar de buscar judicialmente una reparación;

d) efectos económicos indeseables de la publicidad: no es verdad que ésta traduzca un aumento de los costos de los abogados que se traslada a los clientes o una barrera de acceso que impide que los abogados jóvenes penetren en el mercado y alcancen el prestigio de sus antecesores. Antes bien, la prohibición publicitaria elimina una competencia de precios que hace bajar el nivel de los honorarios. Por otra parte, un abogado que no puede hacer publicidad, se valdrá de sus relaciones con la comunidad para generar un flujo de negocios;

e) efecto adverso que tiene sobre la calidad de los servicios: las limitaciones a la publicidad resultan una forma no efectiva de desalentar el trabajo de mala calidad. El abogado que tiende a dar un mal servicio, seguirá con esa actitud sin perjuicio de la existencia o no de la prohibición de hacer publicidad. Y la difusión de un arancel “estandarizado” no implica necesariamente que los servicios ofrecidos sean indeseablemente “estandarizados”.

Resulta un tanto incoherente que los opositores de la publicidad, por un lado, exalten las virtudes y altruismo de la profesión jurídica y, por el otro, afirmen que sus miembros no desaprovecharían cualquier oportunidad para engañar.

Ahora bien, aun cuando la publicidad de los abogados no puede ser objeto de una prohibición absoluta, sí puede ser reglamentada. La publicidad engañosa está, por supuesto, prohibida (*Virginia Pharmacy Board -5.2.2.-*). Como el anunciante conoce su producto y tiene un interés comercial en su difusión, no es digna de preocupación la posibilidad de que la reglamentación destinada a garantizar la veracidad de las aserciones publicitarias desaliente esa forma de expresión. Los beneficios públicos y privados de la expresión comercial derivan de la confianza que se tiene en su precisión y confiabilidad. En realidad, como el público no es experto para evaluar los servicios jurídicos, las declaraciones falsas que pueden ser pasadas por alto o reputadas no importantes en otros tipo de publicidad, pueden ser consideradas inapropiadas en la publicidad de dichos servicios.

La mayoría, asimismo, dejó abierta la posibilidad de que se prohibiera la búsqueda personal de clientes o la publicidad relativa a la calidad de los servicios jurídicos que se ofrecen.

"La única cuestión constitucional planteada en este caso atañe a si el Estado puede impedir la publicación en un periódico del aviso veraz de los apelantes relativo a la disponibilidad y condiciones en que se ofrecen servicios jurídicos rutinarios. Simplemente decidimos que el flujo de dicha información no puede restringirse y, por lo tanto, disponemos que la presente aplicación de la norma disciplinaria contra los apelantes, viola la Enmienda I" (íd. p. 384).

Votos de la disidencia (relativos a la Enmienda I):

El *Chief Justice* Burger compartió lo expresado en la disidencia del *Justice* Powell, en el sentido de que "la decisión de hoy tendrá efectos profundos en la práctica del derecho. Si bien el efecto exacto que tendrán esos cambios no puede conocerse hoy, temo que sean perjudiciales para las personas a las que la prohibición de hacer publicidad estaba destinada a proteger: los miembros del público en general que necesitan servicios jurídicos" (íd. p. 386). No resulta aplicable a este caso la doctrina de *Virginia Pharmacy Board*, porque los servicios jurídicos necesariamente varían de un caso a otro. Es difícil, cuando no imposible, identificar categorías de problemas o servicios jurídicos que sean fungibles. Dado que dichos servicios rara vez, si alguna, pueden ser "estandarizados", y dado que los potenciales clientes raramente saben con anticipación qué servicios necesitan realmente, la publicidad de los precios nunca puede brindar al público un cuadro preciso con base en el cual fundar la selección de un abogado. En el contexto de los servicios jurídicos, la información incompleta podría ser peor que no tener ninguna pues sería una trampa para los desprevenidos.

El *Justice* Powell, con la adhesión del *Justice* Stewart, opinó que la decisión mayoritaria partía "de la presunción de que los servicios jurídicos 'rutinarios' son esencialmente iguales, a los efectos de la Enmienda I, a los fármacos preparados en forma industrial. A partir de eso, la Corte no brinda la gravitación adecuada a los dos aspectos fundamentales que diferencian la publicidad de servicios profesionales de la de los productos tangibles: el riesgo potencial seriamente agravado de engaño y la mayor dificultad de reglamentación efectiva para tutelar el interés público" (íd. p. 391).

El *Justice* Rehnquist, si bien compartió el voto de Powell, discrepó en cuanto éste admitía que la publicidad podía estar sujeta a reglamentación. Manifestó, por otra parte, que la decisión de la mayoría ya resultaba previsible desde el momento en que la Corte comenzó a dar protección constitucional a la libertad de expresión comercial, que no es -según su criterio- el tipo de expresión que la Enmienda I estaba destinada a proteger.

5.2.3.5. *First National Bank vs. Bellotti* (435 US 765 -1978-).

5.2.3.5.1. Antecedentes del caso: la ley penal de Massachusetts prohibía a las empresas

investigaciones 1 (1997).

comerciales hacer contribuciones o gastos "a efectos de... influir en el sentido del voto en cualquier cuestión sometida a los votantes, más allá de los que afectarían materialmente algún bien, negocio o activo de la corporación". En tales condiciones, una asociación nacional de bancos y empresas comerciales interesada en difundir sus puntos de vista contrarios a un proyecto de reforma de la Constitución de Massachusetts -que habilitaría a la legislatura a establecer un impuesto personal graduado-, promovió una acción cuestionando la constitucionalidad de esta norma. La Suprema Corte de Massachusetts declaró su validez.

5.2.3.5.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: juzgó que la ley era inconstitucional porque la Enmienda I garantiza a las empresas comerciales el derecho a expresar su opinión, aun respecto de temas que no estén directamente vinculados con sus intereses comerciales. "Nuestras recientes decisiones en el área de la expresión comercial ilustran que la Enmienda I va más allá de brindar protección a la prensa y a la expresión de los individuos, y prohíbe que el gobierno limite la cantidad de información a la que el público tiene acceso. Un aviso comercial goza de protección constitucional no tanto porque concierne a la empresa del vendedor sino porque tiende a satisfacer el interés social en el 'libre flujo de información comercial'" (cit. pp. 783/784 y nota 20, con cita de *Virginia Pharmacy Board -5.2.2.-*).

Empero, "la consideración que hacemos del derecho de las corporaciones a expresarse en relación a temas que preocupan al público no incluye un derecho similar en un contexto bastante diferente como es el de la participación en una campaña electoral. El Congreso bien podría demostrar la existencia del riesgo real o aparente de corrupción que se genera cuando las corporaciones hacen erogaciones independientes para influir en la elección de los candidatos" (íd. p. 788, nota 20).

Votos de la disidencia:

El *Justice White*, con la adhesión de los *Justices Brennan y Marshall*, sostuvo la validez de la ley. La Enmienda I no impide la interferencia estadual en la decisión gerencial de asignar fondos societarios a la difusión de hechos y opiniones no vinculados a la actividad de la empresa, y que necesariamente constituyen los puntos de vista personales o colectivos de los gerentes sobre cuestiones políticas y sociales.

Las corporaciones, que son creadas por el Estado -adujo el *Justice Rehnquist*-, sólo tienen aquellos derechos que se les conceden y los necesariamente incidentales a los fines comerciales que persiguen (íd. pp. 822/28).

5.2.3.6. *Ohralik vs. Ohio State Bar* (436 US 447 -1978-).

investigaciones 1 (1997).

5.2.3.6.1. Antecedentes de la causa: el abogado Albert Ohralik, con el fin de ofrecer sus servicios profesionales, entabló contacto personal con dos jóvenes mujeres víctimas de un accidente automovilístico, en momentos en que estaban particularmente incapacitadas para tomar una decisión informada o para evaluar y proteger sus propios intereses. "Entrevistó a Carol McClintock en la habitación de un hospital, y a Wanda L. Holbert, sabiendo que ese día había sido dada de alta. El apelante ofreció insistentemente sus servicios a las jóvenes, e hizo uso de la información que había obtenido de la familia McClintock, y del acuerdo verbal al que había llegado con Carol, para inducir a Wanda a aceptar su oferta. Empleó un grabador oculto, aparentemente para contar con una prueba de que Wanda había consentido verbalmente que él la representara. Destacó que sus honorarios se descontarían de la indemnización, tentando así a las jóvenes con algo que sonaba como una oferta sin costos y, por lo tanto, irresistible. Se negó a renunciar al acuerdo cuando al día siguiente de la primera reunión mantenida con Wanda, la Sra. Holbert se lo solicitó, y siguió presentándose ante la compañía de seguros como el abogado de Wanda Holbert" (íd. p. 467). La Sra. Holbert informó a Ohralik que ella y su hija no iban a demandar a nadie. Este insistió en que Wanda había suscripto un acuerdo que tenía fuerza vinculante. Un mes más tarde, Wanda confirmó por escrito sus decisiones y pidió a Ohralik que notificara esta circunstancia a la compañía de seguros, que se negaba a pagarle sin este recaudo. Carol adoptó una actitud idéntica. Si bien otro abogado representó a las mujeres para llegar a un acuerdo con la aseguradora, aquéllas se vieron obligadas a pagar a Ohralik la tercera parte de la indemnización recibida, al conciliar el proceso que éste les siguió por incumplimiento de contrato. Carol y Wanda denunciaron a Ohralik ante el Tribunal de Disciplina de la Suprema Corte de Ohio, y lograron que fuera condenado por violar las reglas de ética profesional y que se le impusiera una reprimenda pública. La Suprema Corte de Ohio agravó esta sanción, aplicando la de suspensión indefinida de la matrícula.

5.2.3.6.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: "Tradicionalmente se ha considerado que la búsqueda de clientes por parte de los abogados, a través de comunicaciones personales con el potencial cliente, resulta incompatible con la relación ideal entre abogado y cliente y genera serios riesgos para este último. Por eso, los colegios de abogados la han prohibido durante mucho tiempo. De ahí que, si bien hace un año la Corte resolvió que los fundamentos invocados para prohibir la publicidad veraz pero 'limitada' de la disponibilidad y condiciones de prestación de servicios jurídicos rutinarios no podían prevalecer sobre el interés que la sociedad tiene en el libre flujo de información comercial (*Bates* -5.2.3.4.-), esa doctrina no rige la solución de este caso: la protección que la Enmienda I brinda a la búsqueda personal de clientes difiere de la acordada en *Bates*, del mismo modo que

varía el interés que el Estado tiene en establecer la prohibición" (íd. p. 454).

"Hemos acordado a las expresiones comerciales un grado limitado de protección, conmensurado a la posición subordinada que ocupan en la escala de los valores de la Enmienda I, permitiendo formas de reglamentación que podrían considerarse inadmisibles para expresiones no comerciales". "Otorgar un mismo grado de protección constitucional a las expresiones comerciales y no comerciales invitaría a la dilución, por un simple proceso de nivelado, de la garantía que la Enmienda I brinda a estas últimas" (íd. p. 456).

"La búsqueda de clientes a través de contactos personales es una transacción comercial en la que la expresión es un elemento esencial aunque subordinado. Si bien esta circunstancia no quita a dicha expresión el amparo constitucional, lo cierto es que obliga a someter a la prohibición a un escrutinio menos riguroso" (íd. p. 457).

En cuanto a la pretensión del apelante, acerca de que las normas de ética le habían sido aplicadas de una forma que limitaban dos tipos de comunicación, la mayoría expuso:

a) "la comunicación del apelante con Carol y Wanda brindó a estas mujeres cierta información sobre los servicios jurídicos que brindaba y los términos comerciales de éstos. En tal sentido, la búsqueda de clientes mediante contactos personales cumple, en gran parte, la misma función que el aviso cuestionado en *Bates* (5.2.3.4.). Sin embargo, existen diferencias importantes entre estas dos formas de comunicación. A diferencia de un anuncio público, que simplemente proporciona información y deja al receptor en libertad para actuar o no con base en ésta, la búsqueda de clientes 'persona a persona' permite ejercer presión e intentar obtener una respuesta inmediata del potencial cliente, sin dar la oportunidad de comparar o reflexionar. El objetivo y efecto de este tipo de entrevistas puede aparejar una presentación unilateral del tema y alentar la toma de decisiones rápida y desinformada, y sin que exista la posibilidad de que intervengan las autoridades de los colegios de abogados y los organismos de supervisión o las personas cercanas al potencial cliente. La advertencia de que 'los remedios más adecuados para los malos consejos son los buenos' tiene poco valor cuando las circunstancias no brindan ningún remedio".

b) "la comunicación del apelante con Carol y Wanda le dio a éstas información sobre sus derechos y acciones jurídicas. Las Reglas de Ética que se aplicaron en este caso no prohibían que se les diera esta información ni que se les aconsejara pedir asesoramiento jurídico, sino solamente que se usara esta información como cebo para lograr una representación. Las Reglas no prohíben que un abogado brinde un asesoramiento jurídico que no se le pidió, sino que prohíbe aceptar un empleo a resultas de ese asesoramiento" (íd. p. 457).

"La actividad de un abogado tendiente a obtener clientes es una cuestión sólo marginalmente afectada por la Enmienda I y cae dentro del ámbito de reglamentación económica y

profesional de los Estados. Sin bien goza de algún grado de protección constitucional, la conducta del apelante está sujeta a reglamentación en aras de la consecución de importantes intereses estatales" (íd. p. 459).

"Los Estados tienen amplias facultades para 'reglamentar el ejercicio de las profesiones dentro de sus fronteras', y 'el interés que tienen en reglamentar la actividad de los abogados es particularmente importante dado que la actuación de aquéllos resulta esencial para la función gubernamental primaria de administrar justicia, y porque históricamente han sido *funcionarios de los tribunales*'. *Goldfarb vs. Virginia State Bar* -421 US 773, 792 (1975)-" (íd. p. 460).

"El apelante no cuestiona los intereses que justifican la reglamentación del estado sino lo que describe como una 'aplicación indiscriminada' de las Reglas a su actuación. Alega que la norma sólo se le podría haber aplicado correctamente si se hubiera acreditado la existencia de un daño".

Empero, la errónea asunción del apelante surge de la premisa de que sólo la prueba de que se ha producido un daño real al potencial cliente, constituiría un interés estatal suficientemente importante como para justificar la aplicación de una medida disciplinaria al abogado que elige buscar clientes por la vía en cuestión. "El argumento del apelante interpreta mal la naturaleza del interés del estado. Las reglas que prohíben la búsqueda de clientes son medidas profilácticas cuyo objetivo es la prevención del daño antes de que éste se produzca. En el caso, se aplicaron para sancionar a un abogado que intentaba conseguir clientes en circunstancias que probablemente causarían los efectos adversos que el estado intenta evitar. En esa situación, el estado tiene un fuerte interés en adoptar y aplicar reglas de conducta destinadas a proteger al público de los abogados de su matrícula que buscan clientes en una forma perjudicial" (íd. p. 464).

"La eficacia de los esfuerzos que hace el Estado para impedir que se produzca ese perjuicio disminuiría sustancialmente si, habiendo probado que se buscó un cliente en circunstancias como las de este caso, tuviera que acreditar la producción de un perjuicio real, especialmente teniendo en cuenta la privacidad en que se realizan estas entrevistas" (íd. p. 466). Por todo ello, la mayoría consideró que la sanción disciplinaria había sido bien aplicada al apelante.

Votos concurrentes:

El *Justice* Marshall presentó un voto común en este caso y en *Primus*(v. **5.2.3.7.**).

El *Justice* Rehnquist sostuvo que Ohio había actuado dentro de los límites de la Enmienda I.

El *Justice* Brennan no intervino.

5.2.3.7. In re Primus (436 US 412 -1978-).

5.2.3.7.1. Antecedentes de la causa: una abogada, que cooperaba con la "American Civil

investigaciones 1 (1997).

Liberties Union" (ACLU), asesoró a un grupo de mujeres que habían sido esterilizadas como condición para recibir asistencia médica pública; posteriormente, envió una carta a una de aquéllas, en la que le anunciaba que la ACLU la representaría jurídicamente en forma gratuita. El tribunal de disciplina de la Suprema Corte de Carolina del Sur impuso a dicha letrada una reprimenda privada, por entender que había violado las reglas del código de ética de la Suprema Corte estadual. La Suprema Corte estadual compartió las conclusiones del mencionado tribunal y aumentó la sanción a la de reprimenda pública.

5.2.3.7.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: "Los Estados tienen amplias facultades para 'reglamentar el ejercicio de las profesiones dentro de sus fronteras', y 'el interés que tienen en reglamentar la actividad de los abogados es particularmente importante dado que la actuación de aquéllos resulta esencial para la función gubernamental primaria de administrar justicia y porque históricamente han sido *funcionarios de los tribunales*'. *Goldfarb vs. Virginia State Bar* -421 US 773, 792 (1975)-. Por ejemplo, hoy decidimos en *Ohralik* (5.2.3.6.) que los Estados pueden vindicar sus legítimos intereses reglamentarios prohibiendo, en determinadas circunstancias, que los abogados busquen clientes 'persona a persona'. Pero, a diferencia de *Ohralik*, la búsqueda de clientes de la aquí apelante adoptó la forma de una carta que envió a una mujer con la cual aquélla había discutido la posibilidad de pedir una indemnización por haber sido esterilizada, supuestamente en forma inconstitucional. Esto no constituye buscar clientes para obtener una ganancia económica. La apelante estaba transmitiendo la oferta, de una abogada asociada a la ACLU, de brindar asistencia jurídica gratuita, y no una oferta fundada en el derecho a recibir una parte de la futura indemnización. Y sus acciones estaban motivadas por sus creencias políticas personales y por el interés en lograr el cumplimiento de los objetivos que, en el área de derechos civiles, persigue la ACLU, más que por el interés en obtener una ganancia económica. La cuestión planteada en este caso es si, a la luz de los valores amparados por las Enmiendas I y XIV, estas diferencias afectan materialmente el ámbito en que los Estados pueden reglamentar la conducta de los abogados" (íd. p. 422).

"En *NAACP vs. Button* (371 US 415, 428/29 -1963-) la Suprema Corte de Apelaciones de Virginia resolvió que las actividades de los miembros y abogados de la "National Association for the Advancement of Colored People" (NAACP), constituían 'solicitudes de asuntos jurídicos', en violación a lo dispuesto por la ley estadual. Esta Corte revocó esa sentencia y decidió que las cuestionadas eran formas de expresión y asociación protegidas por las Enmiendas I y XIV, y que Virginia no podía prohibirlas en ejercicio de sus atribuciones para reglamentar la profesión jurídica. El contacto con potenciales litigantes a fin de lograr la consecución de los objetivos que

en materia de derechos civiles persigue la **NAACP**, quedaba comprendido dentro del derecho a 'asociarse para exponer creencias e ideas'" (cit. pp. 422/424).

"Las decisiones posteriores han interpretado que *Button* sentaba el principio de que 'la actividad colectiva tendiente a lograr un acceso importante a los tribunales' constituye un derecho fundamental protegida por la Enmienda I. *United Transportation Union vs. Michigan Bar* (401 US 576, 585 -1971-) y *Bates vs. State Bar of Arizona* (5.2.3.4.). Esta Corte ha resuelto que las Enmiendas I y XIV impiden que el Estado prohíba a los sindicatos la realización de ciertas actividades tendientes a brindar, a sus miembros, una representación jurídica efectiva a bajo costo. *Railroad Trainmen vs. Virginia Bar* (355 US 1 -1964-), *Mine Workers vs. Illinois Bar Assn* (389 US 217 -1967-), *United Transportation Union vs. Michigan Bar*, cit. Y 'los abogados que aceptan trabajos de acuerdo a esos planes gozan de una protección similar frente a la restricción estadual'. *Railroad Trainmen*, cit. Sin desconocer el poder que tienen los Estados para tomar medidas de corrección de los perjuicios sustanciales derivados de la influencia indebida, los excesos, los engaños, la invasión a la intimidad, el conflicto de intereses, y la interferencia a los legos, que están potencialmente presentes en la búsqueda de eventuales clientes por parte de los abogados, esta Corte ha exigido que 'las reglas amplias elaboradas para proteger al público y para preservar el respeto por la administración de justicia' no deben traducirse en una restricción importante 'a la libertad de asociación'. *Mine Workers*, p. 222" (íd. p. 426).

"La carta que el apelante envió cae dentro de la generosa zona que la Enmienda I reserva a la libertad de asociación. La **ACLU** participa en los procesos judiciales como forma de expresarse y asociarse políticamente y de transmitir información útil para el público. La eficacia de litigar como forma de perseguir el reconocimiento de los derechos civiles, muchas veces depende de la posibilidad de poner la asistencia jurídica a disposición de los litigantes. 'El librecambio de ideas' significa librecambio en la oportunidad de persuadir para actuar, no simplemente de describir hechos'. *Thomas vs. Collins* (323 US 516 -1945-). Las Enmiendas I y XIV requieren de un grado de protección para 'proponer medios lícitos para vindicar derechos jurídicos'. *Button*, 371 US en p. 437, como 'informar a otra persona que sus derechos jurídicos han sido violados y remitirlo a un determinado abogado o grupo de abogados... para que lo asistan'. cit. en p. 434".

Por lo tanto, "la acción de Carolina del Sur que impuso una sanción al apelante por tomar contacto por correo con un potencial litigante, en nombre de la **ACLU**, debe someterse al 'exigente escrutinio aplicable a las limitaciones a derechos garantizados por el núcleo de la Enmienda I. Carolina del Sur debe demostrar un interés de jerarquía superior que deba prevalecer, y que los medios empleados para lograr la consecución de ese interés están elaborados estrictamente de forma de evitar una restricción innecesaria a la libertad de asociación'" (íd. pp. 431/432).

"Cuando la expresión política o la libertad de asociación están en juego, esta Corte no ha tolerado el grado de imprecisión que muchas veces caracteriza a la reglamentación gubernamental de la conducción de los asuntos comerciales. El criterio que hoy adoptamos en *Ohralik* (5.2.3.6.), en el sentido de que un Estado puede prohibir la búsqueda de clientes 'persona a persona' tendiente a la obtención de una ganancia económica en circunstancias que probablemente produzcan consecuencias adversas, no puede aplicarse a la actividad que la aquí apelante realizó en nombre de la ACLU. Si bien en el primer contexto puede alcanzar con acreditar un riesgo potencial, no puede aplicarse una medida disciplinaria a la aquí apelante si su actividad, en los hechos, no constituyó el tipo de conducta que la amplia prohibición establecida por Carolina del Sur estaba destinada a impedir".

"El envío de esta carta -a diferencia de lo que sucede con la búsqueda de clientes 'persona a persona'- no constituyó una invasión apreciable a la intimidad, ni brindó ninguna oportunidad importante de extralimitación o coerción. Por otra parte, el hecho de que haya existido una comunicación escrita disminuye sustancialmente la dificultad de controlar las prácticas de búsqueda de clientes que ofenden reglas válidas de conducta profesional. La forma de contacto con clientes aquí impugnada ciertamente no creaba mayores probabilidades de tener consecuencias dañosas que la analizada en *Button*" (íd. pp. 434/435).

En la nota 33, la mayoría aclaró que no había tenido oportunidad, en este caso, de "delinear el contorno preciso de los alcances de una reglamentación estadual permisible, y que, p.ej., podría presentarse una situación diferente si un abogado hiciera, en nombre de una organización que tiene intereses asociativos o políticos, una afirmación inexacta en forma inocente o simplemente negligente" (íd. p. 438).

Por todo ello, la Corte llegó a la conclusión de que la forma en que Carolina del Sur había aplicado las reglas de conducta profesional a la apelante, violaba las Enmiendas I y XIV.

Votos concurrentes:

El *Justice* Blackmun manifestó que si bien compartía la decisión de la mayoría, consideraba innecesario, a los fines de la decisión del caso, el *dictum* final y las alusiones a la Enmienda I. Todo ello, por cuanto entendía no estar en ese momento en condiciones de delinear el alcance de las atribuciones que tienen los Estados para prohibir las declaraciones engañosas en el área de la *solicitation* política.

El *Justice* Marshall, en el voto común que presentó en este caso y en *Ohralik* (5.2.3.6.), advirtió que permitiría la "promoción" comercial benigna, esto es, "a través de asesoramiento e información veraz presentados en forma no coercitiva, no engañosa y digna, a un potencial cliente que está en condiciones físicas y emocionales de optar racionalmente por aceptar o rechazar la

representación, en un determinada acción o materia que no sea baladí" (íd. p. 472 y nota 3).

Voto de la disidencia: El *Justice* Renhquist sostuvo que correspondía a los Estados decidir qué abogados pueden ser admitidos en su matrícula, y permanecer en ésta, y que a la Suprema Corte sólo le cabe interferir en esas decisiones cuando violen la Constitución de los Estados Unidos. "Podemos, por supuesto, elaborar una jurisprudencia de epítetos y *slogans* en el área, conforme a la cual 'los cazadores de ambulancias' tienen un destino y los 'defensores de los derechos civiles', otro. Pero las decisiones que la Corte ha tomado en [*Primus* y *Ohralik*] no me convencen de que existan principios para llegar a la conclusión de que las Enmiendas I y XIV prohíben que Carolina del Sur imponga aquí una sanción disciplinaria a la apelante, pero permitan que Ohio la imponga allá a *Ohralik*. Creo que ambos Estados actuaron dentro de los límites que permiten esas Enmiendas y, por lo tanto, confirmaría las sentencias recurridas en los dos casos".

"Al distinguir el contacto personal que hizo *Primus* del de *Ohralik*, la Corte mansamente declara: 'No hemos descartado la distinción de sentido común que existe entre una expresión que propone una transacción comercial -que se produce en un área tradicionalmente sujeta a la reglamentación estadual- y otras formas de expresión'. Sin embargo, en la medida en que esa distinción 'de sentido común' mira el contenido de la expresión, su constitucionalidad resulta al menos sospechosa en términos de los muchos casos resueltos por el Alto Tribunal con fundamento en la Enmienda I ; y que, en la medida en que mira la motivación del dicente, puede ser objeto de manipulación por parte de apelantes astutos" (íd. pp. 441/442).

5.2.3.8. *Friedman vs. Rogers* (440 US 1 -1979-).

5.2.3.8.1. Antecedentes de la causa: *Rogers* era un optometrista que impugnó la constitucionalidad de la ley reglamentaria de esa profesión que prohibía ejercerla bajo un nombre comercial. El tribunal de distrito hizo lugar a su pretensión, al considerar que la norma imponía una restricción indebida "al libre flujo de información comercial" garantizado por la Enmienda I.

5.2.3.8.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: entendió que, en este supuesto, el nombre comercial constituía "una forma de expresión comercial muy diferente a la analizada en *Virginia Pharmacy* (5.2.2.) y en *Bates* (5.2.3.4.). En estos casos, el Estado había prohibido que los farmacéuticos y los abogados hicieran anuncios publicitarios que contuvieran afirmaciones relativas a los productos o servicios que ofrecían y a sus precios. Estas eran afirmaciones autónomas y que se explicaban a sí mismas. En cambio, en este caso, la expresión comercial carece de significado intrínseco. Un nombre comercial no transmite ninguna información sobre el precio o la naturaleza de los servicios que ofrece un optometrista hasta que, con el correr del tiempo, adquiere un significado merced a las

asociaciones que la mente del público establece entre ese nombre comercial y un estándar de precio o calidad. Dado que estas asociaciones poco claras entre los nombres comerciales y la información sobre precios y calidad pueden ser manipuladas por los usuarios del nombre comercial, existe una importante posibilidad de que éste se use para engañar al público" (cit. pp. 12/13).

El Estado tenía un importante interés en proteger al público de ese uso engañoso de un nombre comercial por parte de los optometristas, de manera que la prohibición de usar nombres comerciales constituía una reglamentación constitucionalmente válida tendiente a lograr la consecución de dicho interés. En lugar de sofocar la expresión comercial, la prohibición garantizaba que la información relativa a los servicios que prestaban los optometristas se transmitiría a los consumidores con mayor plenitud y precisión que en el pasado. Por ello, la mayoría llegó a la conclusión de que Texas no había hecho otra cosa que exigir que la información comercial sobre los servicios en juego "se presente de la forma... necesaria para impedir que sea engañosa" (íd. pp. 13/16).

Voto de la disidencia:

El *Justice* Blackmun, con la adhesión del *Justice* Marshall, consideró que, al analizar en términos tan estrictos la naturaleza de los nombres comerciales, la mayoría había sobrevalorado el riesgo de engaño y subestimado el impacto perjudicial que la prohibición podía tener.

Citó una investigación cuyas conclusiones son las siguientes: el nombre comercial es uno de los activos más valiosos que un individuo tiene; los consumidores, por su parte, desarrollan un conocimiento sutil de los bienes y servicios y precios, que asocian con ciertos nombres comerciales, y esto les permite encontrar los bienes, servicios y precios que prefieren usar frecuentemente a un costo de búsqueda sustancialmente más bajo que el que pagarían si esos nombres no existieran. Esto hace que las empresas tengan un particular interés en mantener la integridad de los productos y precios que ofrecen bajo su nombre comercial.

Sostuvo, entonces, que un nombre comercial no es intrínsecamente engañoso por el hecho de carecer de significado implícito: sólo es engañoso en un contexto engañoso. El engaño no reside en el uso del nombre comercial sino en la circunstancia de no brindar información adicional como sería, en este caso, el nombre del optometrista. Se opuso, por lo tanto, a la opinión mayoritaria de que un Estado puede prohibir las expresiones comerciales engañosas aun cuando contengan esa información aclaratoria. Una falsedad corregida -sostuvo- equivale a una verdad, y un Estado no puede prohibir la difusión de información comercial veraz. Esto va en contra de lo que tradicionalmente ha resuelto la Corte en relación a la Enmienda I, en el sentido de que la solución aplicable es exigir más expresiones y no silencio forzoso (íd. pp. 24/25).

(continuará)

Rolando E. Gialdino y Mercedes de Urioste

TEXTOS ESCOGIDOS

[1]

DERECHO AMBIENTAL. PROTECCIÓN. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS PARTICULARES. DAÑO AMBIENTAL. REPARACIÓN. ACTIVIDADES LÍCITAS. FUERZA MAYOR. CASO FORTUITO. HECHO DEL TERCERO. SOLIDARIDAD. EMPRESARIO. PROFESIONALES. MINISTERIO PÚBLICO. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES. PUBLICIDAD. OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA. ACCIÓN CIVIL PÚBLICA. ACCIÓN CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO. DERECHOS PÚBLICOS. DERECHOS SOCIALES. INTERESES TRANSINDIVIDUALES, PÚBLICOS,

investigaciones 1 (1997).

GENERALES O COMUNES, DIFUSOS, COLECTIVOS, INDIVIDUALES, HOMOGENEOS, INDISPENSABLES. LEGITIMACIÓN. MEDIDAS CAUTELARES. FONDO DE RECONSTRUCCIÓN (DOCTRINA/BRASIL).

Tutela Jurídico Civil del ambiente

1. Introducción.

Atento a que las necesidades humanas son ilimitadas pero limitados los bienes de la naturaleza, síguese que el embate de los intereses para apropiarse de esos bienes se desarrolla en un auténtico clima de guerra con la parte más fuerte procurando siempre imponerse a la más débil.

De ahí la necesidad de reglas coercitivas e imposiciones oficiales para impedir el desorden y contener la prepotencia de los poderosos, pues "donde hay fuertes y débiles, la libertad esclaviza y la Ley libera".

Por ello, el legislador comenzó a traducir en normas los valores de la convivencia armoniosa del hombre con la naturaleza, desembocando en el surgimiento de una nueva disciplina jurídica: el Derecho Ambiental, nacido del incuestionable derecho subjetivo a un medio ambiente ecológicamente equilibrado y de un derecho objetivo cuyos pasos, todavía titubeantes, urge afirmar y acelerar.

En Brasil, sólo a partir de la década de 1980, comenzó a desenvolverse con mayor celeridad la legislación tutelar del ambiente. Anteriormente, como asistente omiso, el Estado entregaba la protección del ambiente a la responsabilidad exclusiva del propio individuo o ciudadano que se sintiese incomodado con actitudes lesivas a su salud. En ese contexto, la irresponsabilidad era la norma y la responsabilidad la excepción. Además, el particular normalmente no se encuentra en condiciones de asumir una acción eficaz contra el agresor, a menudo poderosos grupos económicos, cuando no el Estado. En suma, el particular fatalmente se sentía desestimulado a emprender la defensa del ambiente o a golpear las puertas del Poder Judicial.

Este estado de cosas, que duró casi cinco siglos, comenzó a modificarse radicalmente en el inicio de la década de 1980, al influjo de la onda concientizadora emanada de la Conferencia de Estocolmo de 1972.

Fuéronse así dictando diversas normas, incluso constitucionales, tanto del orden federal como estadual.

2. Tutela civil del ambiente.

La reacción de esta nueva tendencia jurídica contra los atentados al medio ambiente puede

presentarse en tres áreas: administrativa, penal y civil (art. 225, 3, Constitución Federal). La persecución criminal es independiente de la civil, y el desarrollo de la vía administrativa no obsta a la actuación de la Justicia.

2.1. Consideraciones de orden material.

2.1.1. La responsabilidad civil ambiental.

El derecho ambiental tiene tres esferas básicas de actuación: la preventiva, la reparatoria y la represiva. Por cierto que en materia ambiental, la represión y la reparación son menos valiosas que la prevención, y ésta debe realizarse ante el mero riesgo (el principio 15 de la Declaración de Río, afirma: "A fin de proteger el medio ambiente, los estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando hubiera peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá ser utilizada como razón para diferir la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente"). La reparación ambiental, como cualquier otro tipo de reparación, actúa mediante las normas de la responsabilidad civil. Pero un mismo acto reprochable puede ofender al ordenamiento de tres maneras distintas y, por ello, dar lugar a la imposición de sanciones (administrativas y criminales) y al deber de reparar el daño causado a la víctima.

2.1.2. El daño ambiental.

"Daño" y "ambiental" son expresiones cubiertas de ambigüedades. De cualquier modo, puede decirse que daño ambiental es la lesión a los recursos ambientales con la consecuente degradación -alteración adversa o *in pejus*- del equilibrio ecológico. El daño ambiental, modalidad de gravamen propia de la sociedad industrial, tiene características propias que terminan por orientar el tratamiento del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, el daño ambiental se caracteriza por la "pulverización de víctimas". El daño ambiental, por la conformación que el derecho da al bien ambiental ("bien de uso común del pueblo", Constitución Federal, art. 225), afecta, necesariamente, a una pluralidad difusa de víctimas. Por ello, puede identificarse en el derecho brasileño una bifurcación del daño ambiental: a) el daño ambiental público, y b) el daño ambiental privado. Aquél, cuando cobrado -siempre por medio de una acción civil pública-, radica en una eventual indemnización destinada a un Fondo. El segundo, por el contrario, da lugar a una indemnización dirigida a recomponer el patrimonio individual de las víctimas.

El daño ambiental es de difícil cuando no imposible reparación y, siempre, de difícil valoración.

2.1.3. Formas de reparación del daño ambiental.

Las dos formas principales son: a) la reposición al *statu quo ante*, y b) la indemnización en

dinero. Pero no están en un pie de igualdad jerárquico.

La modalidad ideal -y la primera que debe ser intentada, aun cuando fuese más onerosa- es la recuperación o reconstitución del medio ambiente dañado, y el cese de la actividad lesiva. Sólo cuando aquéllas no fueran viables fáctica o técnicamente, debe admitirse la indemnización en dinero.

De cualquier modo, en ambas hipótesis, el legislador busca la imposición de un "costo" al causante de la polución, lo cual apunta a dos objetivos principales: dar una respuesta económica a la víctima (individuo o sociedad) y disuadir comportamientos semejantes del agente o de terceros. La efectividad de todo ello depende, directamente, de la certeza y de la oportunidad de la acción reparatoria.

2.1.4. La regla de la culpa en el derecho tradicional.

En el derecho tradicional, la regla, todavía en vigor, es que el deber de resarcir por la práctica de actos ilícitos requiere la culpa, o sea, el reproche o censura de la conducta del agente. Empero la doctrina, la jurisprudencia y el legislador, han percibido que dicha regla no ofrecía protección suficiente y adecuada a las víctimas del daño ambiental.

2.1.5. La regla de la objetividad en la responsabilidad civil ambiental.

En los casos de daño al medio ambiente, la regla es la responsabilidad civil objetiva -o, en palabras del propio legislador, "independientemente de la existencia de culpa" (ley n° 6938, art. 14.1)- bajo la modalidad del riesgo integral, que no admite excluyentes de responsabilidad. Con la Constitución de 1988, dicha responsabilidad fue constitucionalizada. Por ende, los presupuestos de la responsabilidad son tres: a) acción u omisión del demandado, b) evento dañoso, y c) relación de causalidad entre la acción u omisión y el perjuicio. Es así que el agente asume todos los riesgos de su actividad, poniéndose fin a la inadmisibles práctica de "socializar los perjuicios y privatizar el lucro".

2.1.6. La irrelevancia de la licitud de la actividad.

Una segunda consecuencia de la adopción de la responsabilidad objetiva, bajo la modalidad del riesgo integral, consiste en la irrelevancia de la licitud de la actividad. En el derecho brasileño, al contrario de lo que sucede en otros sistemas (p.ej. el italiano), la responsabilidad civil por el daño ambiental no es típica, ni depende de ofensa a un estándar legal o reglamentario específico, ya que no tiene el poder público, en el caso, "el derecho de consentir la agresión a la salud de la población a través del control ejercido por sus órganos" (LEME MACHADO, P.A.). En la acción civil pública ambiental no se discute, necesariamente, la legalidad del acto; es la potencialidad del daño que el acto puede producir a los bienes ambientales, lo que servirá de fundamento a la sentencia (en la construcción del Aeropuerto de Niza, los vecinos demandaron a Air France y a la

Municipalidad -por haber permitido la construcción del aeropuerto-. La defensa de la empresa invocaba la licitud de su comportamiento, aduciendo que había adoptado en las operaciones de sus aeronaves, todas las precauciones posibles para causar un mínimo de perjuicios acústicos; agregaba que la actividad de una empresa aérea es perfectamente legítima. No obstante ello, el Consejo de Estado francés no tuvo dudas en considerar procedentes los reclamos y determinar la reparación de los daños, rechazando, así, la tesis de la licitud de la actividad como excluyente de responsabilidad). Las normas administrativas existentes significan sólo una frontera que no es lícito pasar, pero no exoneran al productor del daño de verificar por sí mismo si su actividad es perjudicial o no.

2.1.7. La irrelevancia del caso fortuito, de la fuerza mayor y del hecho del tercero.

La tercer consecuencia de la adopción del sistema de responsabilidad objetiva, bajo la modalidad del riesgo integral, es la irrelevancia del caso fortuito o de la fuerza mayor como causas excluyentes de responsabilidad. Verificado el accidente ecológico, sea por falla humana o técnica, sea por obra de la casualidad o por fuerza de la naturaleza, debe el "empresario" (*empreendedor*) responder por los daños causados, pudiendo, en su caso, volver contra el verdadero causante, por vía de regreso, cuando se trate del hecho de un tercero. Si bien es cierto que la polución jamás llegará a nivel cero, también es cierto que los costos sociales deben ser soportados por aquel que directamente lucra con la actividad y que está mejor ubicado para controlarla: el propio "polucionador" (*poluidor*).

2.1.8. El sujeto responsable: la solidaridad pasiva.

Dicho sujeto es, en los términos de la ley brasileña, el responsable principal, el polucionador, vale decir: "la persona física o jurídica, de derecho público o privado, responsable directa o indirectamente por la actividad causante de la degradación ambiental".

2.1.8.1. El empresario (*empreendedor*) como sujeto responsable principal.

Sin embargo, como todo aquel que contribuya a la degradación del medio ambiente es civilmente responsable por los daños que ocurran, no hay duda que la responsabilidad primera - pero no exclusiva- reside en el empresario. Es él el titular del deber principal de velar por el medio ambiente y es él el que aprovecha, directa y económicamente, la actividad lesiva.

Existiendo más de un empresario, la reparación puede ser exigida a todos o a cualquiera de los responsables, según las reglas de la solidaridad.

"Una de las mayores dificultades que se puede tener en las acciones relativas al medio ambiente es la de determinar con exactitud, de dónde partieron efectivamente las emisiones que provocaron el daño ambiental, máxime cuando eso ocurre en grandes complejos industriales donde el número de empresas en actividad es elevado. No sería razonable que, por no poderse establecer

con precisión dicha circunstancia, se permitiese que el medio ambiente quede indefenso" (NUNES ATHIAS, J.A.). Al que deba afrontar la integralidad del daño le corresponderá la acción de regreso contra los otros corresponsables, por la vía de la responsabilidad subjetiva.

2.1.8.2. La responsabilidad del Estado por daño ambiental.

Las personas jurídicas de derecho público interno pueden ser responsabilizadas por las lesiones que, por acción u omisión, causaren al medio ambiente. De hecho, no es sólo como agente de polución que el Poder Público se expone al control del Poder Judicial, sino también cuando omite el cumplimiento del deber constitucional de proteger el medio ambiente. Asimismo, el Estado puede ser solidariamente responsable por los daños ambientales provocados por terceros, ya que es su deber el fiscalizar e impedir que tales daños acontezcan. Esta posición se refuerza por la cláusula constitucional que impone al Poder Público el deber de defender el medio ambiente y de preservarlo para las presentes y futuras generaciones (art. 225). En la práctica, para no penalizar a la propia sociedad que tendría, en definitiva, que indemnizar los perjuicios derivados del daño ambiental, conviene, ante las reglas de solidaridad entre los responsables, sólo accionar contra el Estado cuando se demostrase un nexo de causalidad entre un acto suyo y el daño. Si es posible escoger entre los responsables, ¿por qué no valerse de la opción más conveniente a los intereses de la comunidad?. Es inadmisibles la acusación a la Unión Federal, al Estado de San Pablo y al Municipio de Cubatão, con fundamento en que estas personas jurídicas de derecho público estimularon y autorizaron la instalación de empresas en un polo químico-siderúrgico, generadoras del daño, y fiscalizaron sus actividades. Si esa pretensión fuese viable, equivaldría a la condenación de la propia víctima de la polución, esto es, el pueblo, al resarcimiento de los daños provocados por dichas industrias, lo que constituiría una verdadera paradoja (Tribunal de Justicia de San Pablo).

2.1.8.3. La responsabilidad civil personal del profesional por daño ambiental.

Un área importante es la de la responsabilidad civil personal del profesional ambiental, o sea, de aquel que trabaja en cuestiones ambientales. Es que, como lo indica una resolución del Consejo Nacional del Medio Ambiente, en lo relativo al Estudio Previo del Impacto Ambiental, dicho estudio "será realizado por un equipo multidisciplinario habilitado, no dependiente directa o indirectamente del proponente del proyecto y que será responsable técnicamente por los resultados presentados".

La responsabilidad profesional ha sido considerada por la jurisprudencia como delictual, con fundamento en el acto ilícito y no en el contrato (el art. 1545 del Código Civil contempla la responsabilidad de los médicos, farmacéuticos, parteras y dentistas, por los actos provenientes de su imprudencia, negligencia o falta técnica, sentando un principio general respecto de todos los

profesionales).

Constituye un problema relevante el de la responsabilidad de los profesionales integrantes de empresas de consultorías técnicas sobre cuestiones ambientales que, cumpliendo órdenes u obedeciendo directivas fijadas por sus empleadores, contribuyan de alguna forma a provocar algún perjuicio en el medio ambiente. En tales hipótesis, igualmente el empresario continúa respondiendo objetivamente por los daños ambientales derivados o relacionados con el ejercicio de su actividad económica, aun cuando, en última *ratio*, dichos daños tuvieran origen en otro agente, vinculado con aquél directamente o no. En otras palabras, el empresario no puede invocar la responsabilidad de la empresa de consultoría o de un profesional que, por falla humana o técnica, haya colaborado o provocado el evento dañoso. Con todo, dicho empresario podrá, por vía de una acción de regreso, dirigirse contra el verdadero causante del daño, alcanzando, inclusive al profesional que eventualmente se haya excedido (u omitido) en el cumplimiento de la tarea, y a los representantes del Estado que, en nombre del órgano especializado, hubiesen aprobado la actividad irregular del polucionador, conociendo (o debiendo conocer) sus fallas.

Por otro lado, se abre a los legitimados activos de la acción de responsabilidad civil ambiental, la posibilidad, junto con el reclamo de responsabilidad objetiva del empresario, de buscar, con base en la culpa, la responsabilidad de los profesionales involucrados y de los agentes públicos que, por acción u omisión, dieron causa o contribuyeron a la realización del evento dañoso.

2.2. Consideraciones de orden procesal.

2.2.1. El sumario civil.

2.2.1.1. Antecedentes históricos.

El sumario civil, como procedimiento administrativo de carácter investigador, fue elucubrado en Brasil en 1980, y desarrollado por otras normas, incluso por la propia Constitución Federal (art. 129, III). Después de esta consagración constitucional, fue ganando nuevos espacios en la legislación infraconstitucional.

2.2.1.2. Naturaleza jurídica.

El sumario civil está destinado a producir prueba y demás elementos de convicción que fundamenten la acción del Ministerio Público en la defensa de valores, derechos e intereses metaindividuales. Es de naturaleza inquisitorial, y no está sometido al principio de amplitud de la defensa (como el contradictorio), porque no se trata de un proceso administrativo destinado a la aplicación de penas o sanciones, sino de un mero procedimiento de recolección de datos para fundar futuras y eventuales acciones judiciales.

2.2.1.3. Una función institucional del Ministerio Público.

La Constitución Federal atribuyó al Ministerio Público, entre otras funciones institucionales, la promoción del sumario civil. Se trata de un instrumento conferido exclusivamente al Ministerio Público, que desempeña tres papeles: a) preventivo (p.ej. compromiso de adecuación - *ajustamento*- de la conducta que impide un daño inminente), b) reparatorio (p.ej. al dar ocasión a la recolección y análisis de los elementos necesarios para iniciar una acción civil pública por daño causado al medio ambiente) y c) represivo (p.ej. cuando se presta para entablar la acción penal pública).

Al decir la ley que el Ministerio Público "podrá instaurar bajo su presidencia, un sumario civil", es evidente que se trata de una mera facultad: habiendo elementos mínimos sobre los hechos que autoricen la iniciación de acciones, el sumario se torna innecesario; asimismo, puede el Ministerio Público optar por el archivo de la información al verificar que no es el caso de proponer una acción civil pública.

De iniciarse el sumario civil, el Ministerio Público puede citar testigos, requerir informes, peritajes, o documentos a las autoridades, órganos y entidades públicas o privadas, promover inspecciones y diligencias investigativas y practicar, en fin, cualquier acto de naturaleza instructoria, manteniendo el sigilo impuesto por la ley.

Si el Ministerio Público aprecia que no existen fundamentos para promover la acción civil, debe proceder al archivo del sumario o de las piezas informativas, con la obligación de remitir todas las piezas al Consejo Superior de la Institución, de modo de no dejar la decisión al criterio exclusivo del sumariante. El Consejo, si concorda con el archivo propuesto, homologa el acto; si lo rechazara, comunica su decisión al Procurador General de Justicia a fin de que designe a otro órgano del Ministerio Público para la iniciación de la acción (rechazo explícito). Asimismo, si el Consejo entendiera que el caso no está suficientemente esclarecido, es designado otro órgano del Ministerio Público para proseguir con las actuaciones (rechazo implícito). El archivo no impide la reapertura de las actuaciones en el caso de que aparecieran nuevas pruebas, ni obsta a la iniciación de acciones por parte de las demás entidades legitimadas para su ejercicio.

2.2.1.4. Eficacia de los elementos de convicción.

El Ministerio Público cuenta con amplia ventaja en relación a los demás legitimados para el ejercicio de la acción civil pública, en lo que atañe a los medios de colección de prueba, gracias a la posibilidad de instaurar con exclusividad sumarios civiles.

Con todo, al no tener carácter contradictorio el sumario civil, la prueba producida en éste debe ser "judicializada" para lograr la condena del autor del daño. Los elementos de convicción producidos en el sumario civil exhiben el carácter de oficiales, ya que se trata de un procedimiento público, previsto en la Constitución y en la ley. Además, en el sumario policial -cuyo régimen se

aplica subsidiariamente al sumario civil- está pacíficamente establecido que las pruebas materiales no necesitan, como regla, ser renovadas en el juicio. Iniciada la acción civil y citado el demandado, la prueba producida en el sumario pasa a ser pasible de la criba del contradictorio.

2.2.1.5. Compromiso de adecuación de la conducta.

La indisponibilidad de los intereses y derechos transindividuales impide, como principio, la transacción, teniendo en vista que el objeto de ésta alcanza sólo a los derechos patrimoniales de carácter privado, susceptibles de circulación. Sin embargo, frente a situaciones concretas de daño inminente o consumado, en las que el responsable accede a adecuarse a las exigencias de la ley o a reparar la lesión, sería cerrar los ojos a la realidad y a las exigencias de la vida, rechazar esa propuesta por una incomprensible reverencia a los conceptos.

La ley señala que "los órganos públicos legitimados podrán tomar de los interesados el compromiso de adecuación de sus conductas a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrán eficacia de título ejecutivo extrajudicial". A pesar de referirse la norma al ámbito extrajudicial, nada obsta a que el compromiso también se celebre en el judicial.

Es indispensable, en cualquiera de los dos casos, que haya reparación integral del daño, dada la naturaleza indisponible del derecho violado. Lo que sería objeto de demanda en la acción civil, debe estar presente en el compromiso.

En cuanto a la legitimación para aceptar y firmar el compromiso, la ley la concede a los órganos públicos legitimados para iniciar la acción civil pública, impidiendo su práctica por las asociaciones. Cuando el compromiso es realizado por otros legitimados que no sean el Ministerio Público, debe ser ratificado por éste bajo pena de nulidad. El compromiso debe, necesariamente, entre otros aspectos, fijar el plazo y la pena pecuniaria a que estará sujeto el responsable por su incumplimiento. El compromiso tomado por el órgano del Ministerio Público en el sumario civil, implica el archivo de las actuaciones y, por ello, para producir efectos válidos, necesita del aval del Consejo Superior (si éste lo homologa, corresponderá al órgano del Ministerio Público que lo celebró fiscalizar su efectivo cumplimiento).

2.2.1.6. Publicidad.

De acuerdo con el canon constitucional de la publicidad de los actos de la administración (art. 37, Constitución Federal), la legislación infraconstitucional recomendó expresamente al Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones, "dar a publicidad los procedimientos administrativos no disciplinarios que instruya y las medidas adoptadas". De ahí que, por lo menos, deba publicarse en el órgano oficial la iniciación del sumario civil, la promoción de su archivo, o el inicio de la acción civil pública, salvo las hipótesis legales de sigilo o cuando ello pueda perjudicar a la propia investigación o a los intereses colectivos.

2.2.1.7. Control jurisdiccional.

Es misión del Poder Judicial el control de legalidad sobre la instauración del sumario civil.

De ahí que sea admisible el hábeas corpus frente a actos ilegales de coacción, o el *mandado de segurança* en las hipótesis de desvío de poder o de la finalidad.

2.2.2. La acción civil pública.

2.2.2.1. La importancia del tema.

En una sociedad como la presente -sociedad de masas- ha de existir, igualmente, un proceso civil de masas.

La "socialización" del proceso es un fenómeno que, si bien no es reciente, sólo desde hace pocos años ha ganado contornos más acentuados. "Todo es público y cualquier persona puede tutelar derechos" (CAPELLETTI, M. y GARTH, B.G.).

La acción civil pública se inserta en el cuadro de la gran democratización del proceso y en el contexto que lo que, modernamente, ha sido llamado "teoría de la implementación", teniendo en el derecho brasileño características peculiares e innovadoras.

De hecho, los derechos conferidos en el plano material sólo tienen sentido cuando el ordenamiento jurídico coloca en las manos de sus titulares o de sus representantes ideológicos (Ministerio Público, asociaciones, etc.), mecanismos efectivos para su ejercicio. Esa es la misión de la acción civil pública.

2.2.2.2. Datos históricos.

La primera referencia legal expresa a la acción civil pública data de 1981. Con posterioridad fue ganando espacio a través de normas constitucionales, federales y estatales.

La nueva Ley Orgánica Nacional del Ministerio Público (1993) dispone: art. 25 "Además de las funciones previstas en las Constituciones Federal y Estadual, en la ley orgánica y en otras leyes, incumbe, también, al Ministerio Público:... IV. promover el sumario civil y la acción civil pública, en la forma que fije la ley: a) para la protección, prevención y reparación de los daños causados al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, y a otros intereses difusos, colectivos e individuales indisponibles y homogéneos; b) para la anulación o declaración de nulidad de actos lesivos al patrimonio o a la moralidad administrativa del Estado o del Municipio, de sus administraciones indirectas o fundaciones o de identidades privadas en las que participen".

2.2.2.3. Concepto.

La acción, como instituto procesal, es un derecho de naturaleza pública, puesto que está dirigida contra el Estado, representado por el Poder Judicial, a fin del restablecimiento del orden jurídico. No es ejercida contra un adversario aislado, sino contra éste y el Estado al mismo tiempo,

o contra la persona física del juez. En tal perspectiva se percibe un cierto pleonasma al denominar "pública" a la acción civil. Empero, a partir de la ley 7347/ 85, que confirió legitimidad a entes privados para proponer la acción civil pública, cabe entender que la expresión comentada apunta a la naturaleza del interés material que se pretende que sea protegido por el Poder Judicial: pública será, entonces, toda acción que tiene por objeto la tutela de un interés público (en sentido lato, esto es, entendido como interés "no individual").

La acción civil pública es el derecho expresado en la ley de hacer actuar, en la esfera civil, en defensa del interés público, a la función jurisdiccional. Se destacan, entonces, los siguientes elementos caracterizadores: a) el propósito de hacer actuar, en la esfera civil, a la función jurisdiccional; b) el interés público; c) el derecho (poder-deber) de actuar; y d) la necesidad de autorización legal para la iniciativa.

2.2.2.3.1. La actuación de la función jurisdiccional en defensa de los intereses transindividuales.

El propósito de la acción civil pública es hacer actuar a la función jurisdiccional, con vistas a la tutela de intereses vitales de la comunidad. Dada la inercia del poder judicial, indispensable para su actuación imparcial, es preciso saber quién está legitimado para defender esos intereses, que no pueden subordinarse a la libre disposición de sus titulares.

La concepción tradicional sostiene, como regla, que solamente pueden demandar los titulares de la relación jurídica de derecho material llevada a juicio. Empero, hay casos en que una determinación expresa de la ley autoriza a litigar en nombre propio, sobre un derecho ajeno. En estos casos, se considera que la legitimación es extraordinaria o, también, que se da el fenómeno de la sustitución procesal.

Esto es lo que ocurre con la acción civil pública, en la que el poder de incitar a la Justicia para la defensa de intereses transindividuales fue conferido, por ley, al Ministerio Público, a personas jurídicas estatales, a entidades y órganos de la Administración Pública, directa e indirecta, incluso sin personalidad jurídica, y a las asociaciones que ostenten un mínimo de representatividad, y donde no hay coincidencia entre el titular del bien lesionado (= colectividad) y el sujeto del proceso (= actor por sustitución procesal). Las personas físicas, si bien no están legitimadas expresamente, encuentran en la acción popular (que no deja de ser una especie de acción civil pública) el medio adecuado para incitar al Poder Judicial en favor de intereses públicos, a tenor de la salvedad establecida en la ley y en el art. 5 de la Constitución (en realidad ambas acciones tienen objetos semejantes -la defensa de los intereses transindividuales de la sociedad, y no el amparo del derecho individual de los actores-, pero las partes legitimadas son diferentes, pues la acción civil pública sólo puede ser entablada por personas jurídicas, como las indicadas, y la ac-

ción popular constitucional sólo por personas físicas).

2.2.2.3.2. El interés público como objeto de tutela.

El objeto de la acción civil pública tiene siempre un trazo de interés público. Entiéndese, aquí, por interés público, el relativo a los valores trascendentales de toda la sociedad (y no del Estado, en cuanto estructura político-administrativa), a cuya categoría pertenecen: a) los llamados intereses generales o comunes (aquellos más abarcadores, que se refieren a todos, como los que se vinculan, p.ej., a la protección del patrimonio público y social, a la seguridad nacional); b) los intereses difusos ("los transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que son titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho" -Código de Defensa del Consumidor, art. 81, inc. I-, como ocurre con los moradores de una determinada región o una amplia categoría de consumidores expuestos a los efectos de un determinado producto o servicio peligroso o de una publicidad engañosa). El daño ambiental, como regla, integra esta categoría (es claro que, junto con el daño ambiental difuso, puede ocurrir, paralelamente, el daño ambiental individual, siendo este último, de darse una pluralidad de víctimas, individual y homogéneo); c) los intereses colectivos ("los transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o como parte contraria, por una relación jurídica de base" -ídem., inc. II-, como los condóminos de un edificio, los empleados de una fábrica, etc.); d) los intereses individuales homogéneos ("los resultantes de un origen común" -ídem., inc. III-, como aquellos relacionados con daños ambientales individuales sufridos por propietarios vecinos de una misma área contaminada); y e) los intereses individuales indisponibles (los relacionados a derechos de naturaleza indispensable, como el derecho de la persona a la vida).

La tutela colectiva, vía acción civil pública, abstraídos los generales y los individuales indisponibles, comprende dos tipos de intereses o derechos materialmente colectivos: a) los esencialmente colectivos, que son los difusos, y b) los colectivos *stricto sensu*. Además de eso, la acción civil pública se presta para la tutela de otros intereses y derechos, que son formalmente colectivos, esto es, que sólo son colectivos por la manera de su tutela, siendo ellos, intrínsecamente, individuales, sólo que individuales homogéneos.

2.2.2.3.3. El derecho (poder-deber) de actuar.

En línea general, especialmente para los colegitimados privados, la acción civil pública es un derecho, en la medida en que puede ser o no ejercida por su titular, lo que está en armonía con el principio dispositivo que informa al derecho procesal civil.

Entre tanto, dentro de la perspectiva del derecho público que, para los entes públicos, deja de considerar meros poderes (derechos) para vislumbrar deberes-poderes ("por que debo entonces puedo"), no sería adecuado decir que el Ministerio Público tiene, en la acción civil pública, un

simple derecho pasible de ejercicio. En verdad, en todos los casos que desembocan en una acción civil pública (esto es, identificada la justa causa), el Ministerio Público tiene, primero, el deber de actuar y, sólo entonces, cabe agregar que le cabe, para ello, el derecho de iniciar la acción. Empero, hay acuerdo en que se trata de una obligatoriedad temperada, esto es, tiene el deber de actuar cuando identifica la hipótesis de actuación (justa causa) y, de otra parte, tiene libertad para apreciar si se configura la hipótesis en la que su actuación se vuelve obligatoria. La tesis de la oportunidad y de la conveniencia, a los fines de iniciar la acción civil pública, debe ser tratada con mucho cuidado. Defenderla no quiere decir darle un sentido amplio, bastísimo, como el imperante para la administración en otras situaciones. La conveniencia y oportunidad, en este caso, se refieren no a las del Ministerio Público (política o administrativa) sino a las de la propia protección de los intereses tutelados por la Institución.

2.2.2.3.4. Necesidad de autorización legal para la iniciativa.

El derecho al ejercicio de la acción civil pública debe estar expresado en la ley.

La Constitución Federal y el Código de Defensa del Consumidor, establecen una cláusula general que, en la práctica, abandonó el anterior criterio del *numerus clausus*. La regla, hoy, es que donde exista interés difuso colectivo, es ejercitable la acción civil pública.

2.2.2.4. Naturaleza jurídica.

La posición tradicional de la doctrina conceptúa a la acción como un derecho "subjetivo", vale decir, un derecho para actuar en juicio en defensa de "intereses propios".

La acción civil pública rompe con ese principio tradicional, exhibiendo una naturaleza especialísima: no es un derecho subjetivo sino un derecho atribuido a órganos públicos y privados para la tutela de intereses no individuales *stricto sensu*.

2.2.2.5. Fundamento constitucional.

Después de diversos textos legales que constitúan realmente un obstáculo a la defensa de los llamados intereses transindividuales, un nuevo horizonte se abrió para la acción civil pública con el texto de la nueva constitución. En efecto, su Preámbulo menciona que el Estado Democrático Brasileño está destinado a asegurar el ejercicio de los derechos "sociales e individuales", y su art. 5 dispone, expresamente, que "la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial las lesiones o amenazas al derecho" (la Constitución enmendada de 1969 señalaba que la ley no podía excluir de la apreciación del Poder Judicial cualquier "lesión de derecho individual"; como se advertirá, en la nueva Constitución, no se habla más del derecho "individual", al paso que se ha agregado la "amenaza" de lesión).

Es importante observar que el texto transcrito de la Constitución se ubica en el Capítulo I, del Título II, que trata "De los Derechos Individuales y Colectivos". En una palabra, con lo dis-

puesto por la nueva Constitución, todos tienen acceso a la Justicia para la protección de derechos "subjetivos" o de la "comunidad".

2.2.3. La acción civil pública ambiental.

La ley 6938/81, al definir la política nacional del medio ambiente y conceder legitimación al Ministerio Público para la acción de responsabilidad civil contra el polucionista por "daños causados al medio ambiente", estableció, por primera vez en Brasil, la hipótesis de acción civil pública ambiental.

A su turno, la ley 7347/85 significó una "revolución" en el ordenamiento jurídico, ya que el proceso dejó de ser visto como un mero instrumento de defensa de los intereses individuales, para servir de mecanismo efectivo de participación de la sociedad en la tutela de situaciones fáctico-jurídicas de diferente naturaleza, vale decir, de aquellos conflictos que envuelven intereses supra-individuales -difusos, colectivos e individuales homogéneos. Finalmente, el citado Código de Defensa del Consumidor, cuya parte procesal se aplica a toda tutela de los intereses difusos, innovó una vez más, introduciendo una nueva modalidad de acción civil pública: la "acción colectiva para la defensa de intereses individuales homogéneos".

2.2.3.1. Legitimación activa.

"La acción principal y la cautelar podrán ser propuestas por el Ministerio Público, por la Unión, por los Estados y Municipios. Podrán también ser propuestas por ente autárquico (*autarquia*), empresa pública, fundación, sociedad de economía mixta o por asociación que: I. esté constituida por lo menos desde un año, en los términos de la ley civil; II. incluya entre sus finalidades institucionales la protección del medio ambiente, del consumidor, del orden económico, de la libre competencia, o del patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico".

La legitimación es "concurrente" y "disyuntiva", ya que cada uno de los colegitimados puede promover la acción colectiva sin que sea necesaria la anuencia o autorización de los demás. En caso de litisconsorcio, éste sería de carácter "facultativo" y "unitario".

A lo ya dicho respecto de la distinción entre la acción civil pública y la acción popular en materia ambiental (**2.2.2.3.1.**), cabe agregar que esta última no tiende a la "reparación" -que sí es admitida en la primera- sino sólo a "la anulación del acto lesivo".

2.2.3.2. Legitimación pasiva.

Parte pasiva de la acción ambiental será el responsable del daño o de la amenaza de daño, sea persona física o jurídica, inclusive la administración pública. El poder público podrá "siempre" figurar en el polo pasivo de "cualquier" demanda dirigida a la reparación del medio ambiente: si aquél no es responsable por haber ocasionado directamente el daño, por intermedio de uno de sus

agentes, lo será, al menos solidariamente, por omisión del deber de fiscalizar e impedir que dichos daños acontezcan. Con todo, el Estado tendrá la acción regresiva contra el causante directo del daño y, en su caso, contra el agente que, por su culpa, dio causa al daño ambiental.

2.2.3.3. Interés para actuar.

El interés procesal, que debe estar presente para que se pueda entablar la acción ambiental, se encuentra implícito, para el Ministerio Público, en la legitimación concedida por la ley para defender, ante el Poder Judicial, los intereses indisponibles de la sociedad.

Esto no acontece con los demás legitimados que, en cada caso, deberán demostrar el interés específico en la defensa del bien en cuestión. En el caso de las asociaciones, ese interés para actuar tiene clara vinculación con sus objetivos estatutarios.

2.2.3.4. Jurisdicción competente.

La acción ambiental debe ser presentada en los tribunales del lugar en que se produce el daño, dice la ley, o donde probablemente deberá producirse (en la hipótesis de acción cautelar), respetadas las excepciones constitucionales.

2.2.3.5. Objeto de la acción.

El objeto de la acción pública ambiental no está limitado a la expresión económica de la indemnización, pues la condena puede extenderse a obligaciones de hacer o de no hacer.

2.2.3.6. Desistimiento o abandono de la acción.

La ley determina que "en caso de desistimiento infundado o abandono de la acción por una asociación legitimada, el Ministerio Público u otro legitimado asumirá la titularidad activa". Tratándose de desistimiento infundado o abandono injustificado por cualquiera de los actores, los demás legitimados tienen la "facultad" de asumir la titularidad activa, salvo el Ministerio Público que, de identificar la hipótesis de prosecución de la causa, debe asumir dicha titularidad. El desistimiento de la acción por dicho Ministerio, requiere la ratificación del Consejo Superior.

2.2.3.7. Transacción.

La transacción judicial debe observar los requisitos de validez ya aludidos al tratar el compromiso de adecuación extrajudicial, a lo que cabría agregar que requerirá la anuencia del Ministerio Público cuando éste no sea el actor. La transacción celebrada por este último órgano debe ser sometida al control del Consejo Superior.

2.2.3.8. Aspectos procesales.

El rito procesal a ser impreso a la acción civil pública debe observar sus reglas propias y, en subsidio, las del Código Procesal Civil. Podrá seguir tanto las reglas del proceso ordinario como las del sumario, pudiendo ser precedida o acompañada de medidas cautelares nominadas o innominadas, y admitiendo, tanto en la acción de conocimiento como en la acción cautelar

(incluida la *cautelar satisfatória*, o sea la no condicionada a la iniciación de una acción principal ulterior), la suspensión nominal del acto o hecho impugnado.

Presentes los requisitos de admisibilidad (*fumus boni juris* y *periculum in mora*) y concedida la medida liminar, con o sin justificación previa, la decisión es recurrible, normalmente con efecto sólo devolutivo. Si bien el juez puede conceder efecto suspensivo al recurso para evitar un daño irreparable a la parte, aunque esto no resulte común, cierto es que tal resolución implicaría borrar con una mano lo que antes se dispuso con la otra.

En el derecho ambiental, a diferencia de lo que se da en otras materias, imperan dos principios que modifican profundamente las bases y las manifestaciones del poder cautelar del juez: a) el principio de prevalencia del medio ambiente (de la vida), y b) el principio de precaución (que es algo más que el principio de prevención, ya tradicional en el derecho brasileño). La Declaración de Río, aprobada por unanimidad durante la ECO-92, determina que la perspectiva de la precaución "debe ser extensamente aplicada por los Estados" (v. **2.1.1.**). La concesión de medidas preliminares contra actos del poder público, exige la audiencia previa del representante judicial de la persona jurídica, en un plazo de 72 horas, lo cual debe ser interpretado para los casos en que la falta de cautela no ponga en riesgo bienes ambientales irreparables.

2.2.3.9. Costas y gastos procesales.

En atención a los intereses objeto de la acción pública ambiental, el legislador procuró estimular su ejercicio, liberando a todas las entidades legitimadas del pago previo de costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto procesal. Tal pago tendrá lugar con la terminación del juicio y será afrontado por el vencido. Empero, si el actor es una asociación, aunque resultara vencido, dicho pago sólo tendrá lugar cuando hubiese actuado "con comprobada mala fe".

El Ministerio Público no es susceptible, en la acción civil pública ambiental, de ser condenado por las cargas derivadas de su derrota.

2.2.3.10. Prescripción.

La acción civil pública no cuenta con una reglamentación específica en materia de prescripción. Todo conduce a la conclusión de que se inscribe en el ámbito de las acciones imprescriptibles. Son "los derechos patrimoniales los que resultan prescriptibles. No hay prescripción sino de los derechos patrimoniales" (CLÓVIS BEVILÁQUA).

Por otro lado, al estar en juego derechos fundamentales e indisponibles del ser humano, juzgada procedente una acción civil pública por daño ambiental, el monto de la indemnización no revierte en patrimonio alguno. Ni el Estado, ni ninguna de las innumerables víctimas de la degradación ambiental, experimentará un aumento pecuniario con la reparación económica. Dicho

importe integrará el Fondo a que se refiere la ley 7347/85 cit. y revertirá, necesariamente, en el cuidado del medio ambiente agredido. En definitiva, revertirá en favor de toda la comunidad, siendo éste, exactamente, el elemento que da sustento al carácter difuso.

2.2.3.11. Ejecución de la sentencia condenatoria.

Acogida favorablemente la pretensión del actor -mediante una sentencia que obligue al demandado a una prestación de dar, hacer o no hacer-, nace una nueva acción, a fin de que la sanción sea aplicada.

Lo normal es que el actor del proceso de conocimiento promueva la ejecución; si ello no ocurre, transcurrido un determinado plazo, el Ministerio Público deberá promoverla (dicha iniciativa también puede ser tomada por los demás legitimados).

2.2.3.12. El Fondo para la reconstitución de los bienes lesionados.

El ya mencionado Fondo, al que ingresan las condenas pecuniarias, es administrado por un Consejo en el que participan, necesariamente, el Ministerio Público y representantes de la comunidad; sus recursos están afectados a una finalidad social específica: permitir la efectiva reconstitución de los bienes lesionados.

Cuando dicha *restitutio in integrum* fuese imposible, el dinero objeto de la condena deberá revertir en algún beneficio al medio ambiente, pudiendo ser canalizado para la reposición o recomposición de otros bienes, que no los efectivamente dañados.

En el caso que las indemnizaciones se vinculen con daños soportados por bienes y derechos del interés de la Unión o que, por su amplitud, no queden limitados al territorio de uno solo de los Estados, aquéllas ingresarán al Fondo Federal. Si el daño se circunscribiera al territorio de uno de los Estados, los importes ingresarán al Fondo del Estado respectivo.

2.2.3.13. Cosa juzgada.

Los efectos de la cosa juzgada del proceso civil tradicional no se ajustan ni satisfacen, plenamente, a las necesidades exigidas para la tutela de intereses situados en un plano superior al de los meramente individuales, como es el caso de la defensa del medio ambiente. Es así que en las acciones de defensa del medio ambiente, la sentencia de mérito hace cosa juzgada con efectos *erga omnes*, sea que la demanda haya sido acogida o rechazada. Pero cuando la demanda fuese desestimada por insuficiencia de pruebas, la acción puede ser renovada, incluso con idéntico fundamento, con base en nuevas pruebas. Además, la sentencia en las acciones colectivas puede ser aplicada, *in utilibus*, a las acciones individuales.

La extensión de la cosa juzgada, o sea, la eficacia de las decisiones dictadas en la acción civil pública ambiental, alcanza a la esfera jurídica de "todos" los envueltos en la materia objeto de la acción (así, una decisión de un juez estadual podrá tener efectos, en su caso, en todo el territorio

nacional).

3. Conclusiones.

Entre otras conclusiones, cuadra advertir que para que una verdadera "revolución procesal" continúe en marcha, es preciso que todos los actores involucrados en la aplicación de la ley asuman el desafío. Dados los primeros pasos, lo que se espera y se desea es que el Poder Judicial, el último y más autorizado intérprete de la ley, pase a tener una nueva postura y sensibilidad ante la gravedad de la tarea que le ha sido dada por el nuevo orden, de modo de desprenderse de los preconceptos del individualismo jurídico para asumir, resueltamente, las responsabilidades que la justicia social le impone.

MILARE, Edis (profesor de Derecho, Presidente de la Comisión de Juristas para elaborar el Anteproyecto del Código Ambiental Brasileño, Presidente de la Fundación para la Conservación y la Producción Forestal de San Pablo, ex Secretario de Medio Ambiente de San Pablo y uno de los redactores de la ley 7347/85 - Ley de Acción Civil Pública), "Tutela jurídico-civil do ambiente", en *Revista de Direito Ambiental*, ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 0, s/f, pp. 26/72.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[2]

MINISTROS. RESPONSABILIDAD. JUZGAMIENTO. REGÍMENES. JUICIO POLÍTICO (DOCTRINA/INTERNACIONAL).

Derecho comparado y reforma del régimen de juzgamiento de los Ministros.

Durante largo tiempo se ha considerado en Francia que el régimen para hacer valer la responsabilidad penal de los ministros debía emplazarse en el marco de una *Haute Cour* de justicia. Creada en 1789, ese órgano formó parte del derecho común constitucional. Esta jurisdicción, al escapar al control de la Corte de Casación, aseguraba más una misión de defensa de la nación que una labor de justicia.

La Constitución de 1958 modificó la situación, creando una comisión de instrucción de la *Haute Cour* -compuesta de cinco titulares y dos suplentes designados por la Corte de Casación de entre sus miembros- para decidir, sin recurso, sobre el eventual envío del inculpado ante la *Haute*

investigaciones 1 (1997).

Cour. Con todo, la intervención de la comisión debía ser previamente habilitada por una resolución de sometimiento a la acusación (*mise en accusation*) votada por las dos asambleas.

El sistema fue criticado por un número considerable de hombres políticos y de autores, con base en su carácter político: la intervención previa de las asambleas abría a la tentación de la mayoría política de proteger a los propios y de perseguir a los adversarios; generaba en la opinión pública la idea de que los ministros estaban "por encima de la ley" y se beneficiaban de una suerte de inmunidad totalmente injustificada. El sistema estaba lejos de guardar armonía con los imperativos de la Corte Europea de los Derechos del Hombre. Reconocida la necesidad de modificar el funcionamiento de la *Haute Cour*, el Jefe de Estado francés propuso modificar la Constitución: sometido al dictamen de un comité de consulta y aprobado por el Consejo de ministros, el proyecto que creaba el título X de la Constitución (arts. 68-1 y 68-2, "De la responsabilidad penal de los miembros del gobierno"), fue definitivamente aprobado por el Parlamento (julio de 1993).

Fuera del mantenimiento de la *Haute Cour* para conocer de los crímenes cometidos por los ministros contra la seguridad del Estado, el poder constituyente retuvo la idea según la cual aquéllos deben ser juzgados por una jurisdicción próxima a las ordinarias, pero específica: la Corte de Justicia de la República. Ante este órgano puede presentarse, después del examen de la petición por una comisión de peticiones e instrucción (*requêtes et instruction*), toda persona que se considere lesionada por un crimen o un delito cometido por un ministro. Dicha Corte está presidida por un magistrado de la Corte de Casación y compuesta por otros dos miembros de ésta, así como por doce parlamentarios elegidos, en partes iguales, por la Asamblea Nacional y por el Senado; el juzgamiento debe aplicar las reglas penales habituales.

A la luz de esta orientación, cabe investigar en el derecho constitucional comparado los elementos de reflexión suplementarios susceptibles de contribuir a la elaboración de una sistema coherente para el procesamiento (*mise en cause*) de la responsabilidad de los ministros.

Cabe observar, en primer lugar, los rasgos de los variados regímenes de enjuiciamiento de los ministros (I) y de las instancias de juzgamiento (II) en diferentes países.

I. La reforma del régimen de enjuiciamiento de los ministros.

Desde 1958, en Francia, el enjuiciamiento de los ministros por su responsabilidad penal está subordinado a la decisión de sometimiento a la acusación de los dos asambleas. La citada ley constitucional del 19 de julio de 1993 suprimió ese monopolio parlamentario, y permite a los mismos administrados iniciar un procedimientos ante la ya mencionada comisión de peticiones.

A menudo se ha considerado que el sistema de sometimiento a la acusación y, por

consecuencia, la reunión de la *Haute Cour*, correspondía a un régimen normal para hacer valer la responsabilidad penal de los ministros. Esto es un error: en principio, pues no se debe sino a una interpretación discutible de la Sala criminal de la Corte de Casación que el monopolio del juzgamiento esté en manos de la *Haute Cour*; asimismo, porque los miembros del gobierno sólo son justiciables ante esta última por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

La redacción ambigua del art. 68 de la Constitución francesa (mantenida por la citada reforma de 1993), no es, teóricamente, un obstáculo a la competencia de los tribunales ordinarios para conocer en las causas dirigidas contra un ministro, p.ej., en razón del delito de difamación cometido fuera del ejercicio de sus funciones (casos "Georges Fillioud" y "Michel Noir").

Con todo, en la práctica, los miembros del gobierno han dispuesto de un verdadero privilegio ante la jurisdicción que no está lejos de equivaler a una suerte de inmunidad penal. Pero se ha llegado al punto, de acuerdo a los casos examinados, que dicha inmunidad ha devenido entorpecedora.

Ahora bien, la ley constitucional que reformó la *Haute Cour* está en la línea de los sistemas vigentes en el extranjero.

En tal sentido, es necesario distinguir tres situaciones diferentes. Fuera de países como la República Federal de Alemania, en la que los ministros están sometidos, como cualquier otro ciudadano, a las jurisdicciones ordinarias (v. **II**), aquéllos se encuentran generalmente protegidos por un sistema procesal específico destinado a ponerlos al abrigo de persecuciones intempestivas. Las eventuales persecuciones están subordinadas a un régimen de autorización que se acuerda a la autoridad judicial (**A**), a un sometimiento a la acusación dispuesto por una autoridad política (**B**), o pueden ser objeto del procedimiento del *impeachment* (**C**).

A. El sistema de autorización de procesamiento.

En determinados países, la intervención del Parlamento consiste solamente en "autorizar" el procesamiento requerido por la autoridad judicial contra un ministro, al paso que el proceso se desarrolla ante las jurisdicciones ordinarias. Es el caso de Italia, Gran Bretaña, Portugal, Japón, Bulgaria e Israel.

Si bien, en un principio, se estableció en Inglaterra el sistema de la *Haute Cour*, hoy en día el derecho de someter a la acusación, reconocido a la Cámara de los Comunes contra los ministros de la Corona, ha caído en desuetudo (el último proceso de destitución intentado por dicha Cámara ocurrió en 1805). Los ministros están sometidos a las mismas reglas de derecho que los ciudadanos comunes; no existe jurisdicción de excepción. Fuera de los casos de flagrante delito, ningún miembro del gobierno puede, sin embargo, ser arrestado sin el consentimiento de la Cámara de la

que forma parte. Esta protección, ligada al estatuto parlamentario de los ministros, no vale sino para los asuntos civiles. A menudo, las consideraciones políticas, las prerrogativas gubernamentales, y hasta la razón de Estado, aventajan a los principios jurídicos (se señala el caso "Irakgate").

En Israel rige un sistema análogo; además del hecho de que, en la práctica, los miembros del gobierno también lo son del *Knesset* y asumen una doble función conservando sus competencias parlamentarias, los ministros son asimilados a los diputados en lo que hace al régimen de inmunidades. Corresponde al *Knesset* levantar, llegado el caso, la inmunidad parlamentaria de los ministros miembros del Parlamento. Los miembros del *Knesset* pueden ser destituidos en caso de condena definitiva a una pena de prisión de al menos un año, o en caso de demanda ante la comisión parlamentaria "ad hoc", sostenida por un mínimo de diez miembros del *Knesset* y votada por dos tercios de los miembros; también pueden ser suspendidos de sus funciones por la comisión parlamentaria a propuesta de un miembro del *Knesset* durante el tiempo de la instrucción (acusado de corrupción, el Ministro del Interior, Arié Deri, prefirió abandonar el gobierno ante una demanda presentada por el "Attorney general" ante el *Knesset*).

En Italia, antes del referendo de 1987 y la reforma constitucional de 1989, la autorización de habilitar o no el procesamiento correspondía a una *commissione inquirente* bicameral, compuesta de diez diputados y diez senadores. Esta comisión podía, con una mayoría de cuatro quintos, "archivar" la petición; empero, si esa mayoría no era alcanzada, un tercio de los miembros del Parlamento podía reclamar que la comisión presentara su dictamen y que se iniciara el debate en el Parlamento (caso "Francesco Cossiga"). Después de 1989, las demandas o denuncias son presentadas al procurador de la República correspondiente al tribunal de la cabecera de distrito de la Cámara de apelaciones competente. Aquél la transmite, dentro de los quince días y con su requerimiento, a un colegio instituido ante el tribunal de la misma cabecera de distrito, compuesto de tres miembros titulares y tres suplentes designados al azar entre los magistrados en servicio - desde al menos cinco años- en los tribunales del distrito. Corresponde a dicho colegio realizar una instrucción preliminar y decidir si debe hacerse lugar a la continuación de la denuncia remitiendo el expediente al procurador de la República, que lo enviará al Presidente de la Cámara parlamentaria competente. La intervención previa de la autoridad parlamentaria sólo es necesaria para los delitos cometidos en el ejercicio de la función, aun cuando el ministro no se encontrara ya en el cargo (para los delitos cometidos fuera de dicho ejercicio, se aplican las leyes civiles y penales). El control preliminar corresponde a un comité "ad hoc", formado en el seno de la Cámara de Diputados o del Senado, según la pertenencia del ministro; el Senado es competente cuando el ministro no es miembro del Parlamento. Es posible preguntarse si este sistema no posibilita un uso

partidario de los procedimientos y si no desemboca en una "trama de complicidades difusas permitiendo una suerte de impunidad de la clase política" (son comentadas las investigaciones de diversas comisiones parlamentarias en asuntos de gran notoriedad, como los casos "Aldo Moro", "Sindona" "Mani pulite", "Giulio Andreotti", "Eminont join-venture", "Bettino Craxi", "Arnaldo Forlani", etc.). Determinadas investigaciones judiciales han sido impuestas por la presión de la opinión pública. Pero cabe preguntarse si ésta no terminará por fatigarse de lo que algunos han denominado "judicialismo" o "gobierno de los jueces".

En el fondo, cuando la persecución de un ministro debe ser autorizada por el Parlamento, es necesaria una fuerte presión popular y de los medios para constreñir a la clase política a "soltar" a uno de los suyos. Cualquiera sea la decisión del Parlamento, será sospechosa.

B. El sistema de sometimiento a la acusación.

En la mayor parte de los otros países, el enjuiciamiento de un ministro está subordinado a un sometimiento a la acusación decidido por el Parlamento. Fuera de los regímenes parlamentarios monocamerales, tradicionalmente es de la competencia de la Cámara baja el formular la acusación. Ello se inspira en la experiencia británica: en sus orígenes, la Cámara de los Comunes era la que acusaba a los ministros que, en el ejercicio de sus funciones, habían cometido una infracción, en tanto que la Cámara de los Lores era quien los juzgaba. En verdad, el sistema de sometimiento a la acusación de los ministros por el Parlamento procede del afán de confiar a los representantes del pueblo el cuidado de controlar el comportamiento de los miembros del ejecutivo: este régimen traduce el advenimiento del parlamentarismo y el triunfo de la ley frente al Estado policial. El sometimiento a la acusación es un "contrapoder". Pero es una respuesta que floreció en el siglo XIX. ¿Qué ocurre hoy?

1. Generalmente, el sometimiento de un ministro a la acusación sólo es necesario en la medida de que los actos incriminados hayan sido cometidos en "el ejercicio de sus funciones". El caso de Austria se ajusta a esa característica: las infracciones de derecho común son de la competencia de los tribunales ordinarios (el sistema existía ya en 1867 y en la Constitución de 1920 -es comentado el caso "Voest").

EL sistema helvético también debe ser señalado aun cuando el estatuto de un *conseiller* federal (ministro) o de un *conseiller* de Estado es particular, en razón de la estabilidad en la función, por no hablar de su cuasi-inamovilidad. El régimen de levantamiento de la "inviolabilidad" del ministro varía según que los delitos sean calificados de oficiales o no oficiales; en virtud de la ley de responsabilidad de los autoridades y funcionarios confederales, toda persecución penal contra un miembro del Consejo Federal en razón de infracciones relativas a su

actividad o situación oficial, está subordinada al consentimiento de las Cámaras federales. Cada uno de los dos Consejos designa una comisión encargada de examinar el asunto. Después de haber otorgado al prevenido la ocasión de dar explicaciones, la comisión propone acordar o rechazar la autorización. Si los dos Consejos deciden acordar la autorización, resuelven sobre la suspensión provisoria del *conseiller* federal. Las otras infracciones (delitos no oficiales), pueden dar lugar a persecución si ello cuenta con el consentimiento del propio interesado -dado por escrito- o, en su defecto, con la autorización del Consejo federal. Si este último niega la autorización de enjuiciamiento, la autoridad competente para ejercerlo puede requerir la decisión de la Asamblea federal. Con todo, a partir de una ley de 1958 sobre la responsabilidad de las autoridades y funcionarios confederales, los ministros están exonerados de toda responsabilidad civil por los hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Es la Confederación la que asume esta responsabilidad y la que dispone, llegado el caso, de una acción contra el ministro en el supuesto de faltas intencionales o de negligencia grave.

Este esquema se repite en Turquía: la Gran Asamblea nacional puede emplazar a un ministro ante la Corte constitucional, constituida en *Haute Cour*, por las "infracciones relativas a sus funciones"; el ministro es entonces automáticamente privado de sus funciones. Bajo la propuesta de al menos un décimo del número total de los miembros de la Asamblea, el ministro puede ser objeto de una investigación. La Asamblea delibera y se pronuncia sobre la demanda a más tardar en el plazo de un mes. Dicha investigación es realizada por una comisión de quince personas, seleccionadas al azar entre los candidatos designados por los partidos políticos representados en la Asamblea, a prorrata de su representación. La comisión, en el plazo de dos meses, somete un informe a la Asamblea y señala los resultados de la investigación, y es esta última la que decide por mayoría absoluta de sus miembros si hace lugar a deferir o no al interesado a la *Haute Cour*.

En Grecia, si una investigación revela elementos susceptibles de generar la responsabilidad de un ministro, los sumariantes deben proseguir sus investigaciones y, una vez terminadas éstas, elevarlas, por intermedio del procurador competente, a la Cámara de Diputados. Esta puede suspender el trámite, autorizarlo, a pedido de al menos treinta diputados y designar -en proporción a los integrantes de los grupos parlamentarios- una comisión de doce miembros para conducir la investigación en el tiempo que establezca (caso "C. Mitsotakis" -1994). Finalmente, con base en el informe de la comisión, dicha Cámara puede rechazar la propuesta de acusación, o aceptarla, en cuyo caso designa a tres diputados para sostenerla ante la Corte. Con todo, existe una excepción de interés. Cuando un procedimiento iniciado contra un ministro no hubiese llegado a su término por cualquier razón, la Cámara puede, a pedido del acusado, formar un jury de honor (comisión

especial compuesta de doce diputados y de cinco consejeros de la Corte de Casación) para examinar la acusación. Este jury tiene los poderes de una comisión investigadora y eleva sus conclusiones a la Cámara. Esta modalidad ha sido adoptada para evitar que un ministro gravemente cuestionado y beneficiado, v.gr., por la prescripción (caso "M. Caramanlis", entre otros -1965) no pueda ser oficialmente rehabilitado.

En los países escandinavos, los ministros no pueden ser enjuiciados por el Parlamento o eventualmente por otra autoridad pública, sino por su "gestión" (Dinamarca, Noruega y Finlandia) o por haber "gravemente desconocido los deberes de su cargo" (Suecia). En el seno de los Parlamentos existen comisiones encargadas de "filtrar" las demandas. En Suecia, la comisión de la Constitución, designada en el seno del *Riksdag*, está habilitada a someter a la acusación a un ministro y a deferir a éste al juicio de la Corte suprema. Este papel corresponde, en Noruega a la *Odelsting*, y en Finlandia a la comisión constitucional de la Cámara de representantes (*Eduskunta*). Cabe advertir que dichas comisiones ejercen, asimismo, un "control administrativo" sobre los ministros que no debe confundirse con la puesta en juego de la responsabilidad penal (v. casos "Yrjo Leino", "Mme Leijon", "Poul Schlüter").

En Bélgica, la Cámara de representantes sólo puede acusar a un ministro por los hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Corresponde al legislador establecer las modalidades para hacer valer la responsabilidad de los ministros, en las acciones civiles o los crímenes y delitos cometidos fuera de dicho ejercicio. En 1994, la comisión de enjuiciamiento de la Cámara de representantes estimó "que existían suficientes indicios" para emplazar al ex Vice Primer Ministro G. Coëme ante la Corte de Casación, única habilitada para juzgar a un ministro por "corrupción de un funcionario público".

En Luxemburgo, la Cámara de Diputados tiene un poder discrecional para acusar a un ministro de gobierno.

2. Las soluciones adoptadas en otros países son más precisas: la intervención del Parlamento para someter a la acusación a un ministro, sólo tiene lugar en "circunstancias particulares". Estas pueden clasificarse de la siguiente manera: en principio, los casos de "alta traición". En España, la acusación sólo puede provenir -por iniciativa de al menos un cuarto de los miembros del Congreso de los Diputados- de casos de "alta traición o atentado a la seguridad del Estado". Para los delitos del derecho común, no es necesaria la intervención del Parlamento. En realidad, recientes casos de corrupción, v.gr. "L. Roldán", a pesar de los numerosos meses de investigaciones judiciales, fiscales y parlamentarias, no han desembocado en mayores resultados.

En América latina, son utilizadas expresiones variadas en los textos constitucionales: México: "violación grave de la Constitución y de las leyes" (con mayoría absoluta de los miembros

de la Cámara de Diputados); Chile: "atentado grave al honor o a la seguridad de la nación, violación de la Constitución y de las leyes, delitos de traición, concusión, malversación, soborno" (mediante acusación de al menos diez diputados sobre ciento veinte); Brasil: "crímenes de responsabilidad" (a iniciativa de dos tercios de la Cámara de Diputados).

3. Puede darse el caso, también, de que otras autoridades que el Parlamento estén habilitadas para someter a la acusación a un ministro. Caso del Rey, en los Países Bajos y Dinamarca. En Finlandia, el Presidente de la República, a instancia del *chancelier* de justicia, es el único autorizado a permitir la acusación de un ministro ante la *Haute Cour*; sólo en caso de rechazo por el Presidente, el *chancelier* llevará el caso ante la Cámara de Representantes (cuando es el *chancelier* el puesto en cuestión, debe decidir el Presidente). En Rumania, además de la Cámara de Diputados y el Senado, el Presidente de la República puede reclamar la persecución penal de los miembros del gobierno.

En Japón, los ministros (llamados ministros de Estado) no pueden ser objeto de persecución durante el ejercicio de su mandato, sin el consentimiento del Primer Ministro que los nombra y remueve discrecionalmente (*à son gré*). Si bien son las jurisdicciones de derecho común las competentes para el enjuiciamiento, no por ello debe verse una prueba de la total independencia de la justicia respecto de la política, dadas las particularidades del régimen de nombramiento, remoción y estabilidad de los jueces: los jueces son nombrados por el Gabinete, y renovados cada diez años; los de la Corte Suprema, están sometidos a la ratificación de los electores cada diez años; asimismo, los jueces pueden ser juzgados y removidos por la Dieta que, para ello, forma una tribunal de acusación y una comisión de enjuiciamiento (v. los casos "Kakuei Tanaka", "Recruit Cosmos", "Sagawa Kyubin").

¿Que conclusión se extrae de los sistema en que el sometimiento de un ministro a la acusación depende de la buena voluntad del Parlamento -que no es sino una de los rostros del poder- o de otra autoridad también imbricada dentro del aparato del Estado? La práctica de las instituciones enseña que el poder tiene la tendencia a proteger a los ministros que provienen de sus propias filas o a no abandonarlos a su suerte sino en circunstancias muy graves, salvo cuando se trata de alejarlos del poder conforme al viejo principio *vae victis*.

C. El sistema del *impeachment*.

En determinados países, toda persecución contra un ministro debe ser autorizada. Así, en los Estados Unidos de Norteamérica, el proceso de destitución no puede ser entablado ante la Cámara de Representantes sino en caso de "traición, concusión, crímenes contra la cosa pública o delito grave"; ello subordina toda eventual condenación de un ministro (secretario) por las jurisdicciones

ordinarias, según el derecho común, a la decisión del Senado -presidido por el *Chief Justice* de la Corte Suprema- que cuente con una mayoría de dos tercios de los miembros presentes. Este juicio sólo establece y califica los hechos incriminados, y no impide que los ministros -y el Presidente- queden sometidos a las leyes y a la justicia como todo ciudadano (Corte Suprema, 24 de julio de 1974). El *impeachment* es un procedimiento pesado y difícil de desarrollar, máxime cuando nada tiene de asombroso que el Presidente "cubra" sistemáticamente a sus ministros (son comentados los casos "Johnson", "Babcock", "Nixon", "Irangate", "Whitewater").

El mencionado sistema rige en países tan diferentes como Islandia y Corea del Sur.

Estos son, en sus rasgos esenciales, las diferentes formas de enjuiciar la responsabilidad de un ministro

II. La reforma de la composición de la formación habilitada a juzgar a los ministros.

Así como durante la IIIa. República (Francia), el Senado, a instancia de la Cámara de Diputados, cumplía el papel de *Haute Cour*, la IVa. República, consagrando la declinación de la segunda Cámara, eliminó el Consejo de la República del procedimiento de juzgamiento de los ministros. La *Haute Cour* estaba integrada por treinta jueces titulares -y otros tantos suplentes-, todos elegidos por la Asamblea Nacional. Bajo la Va. República, la *Haute Cour* se compone por diputados y senadores en paridad. A los ojos de la opinión pública, ya traumatizada por las leyes de amnistía y en un momento de descrédito de la clase política, dicho sistema era inevitablemente visto como político. En definitiva, el Parlamento reunido en Congreso, estableció el régimen señalado al comienzo.

Según Esmein, existen tres tipos de sistemas de enjuiciamiento de ministros: a) el de la Corte Suprema de la organización judicial ordinaria, erigida en *Haute Cour*; b) el de la *Haute Cour* formada por un cuerpo judicial particular; y c) el de la Cámara alta del Parlamento, organizada en *Haute Cour*. El sistema francés adoptó tanto la segunda forma como la tercera, lo cual muestra que éstas son, para el pensamiento francés, casi equivalentes.

A primera vista se pueden distinguir, en otros países, dos tipos de instancias: las jurisdicciones de derecho común (A) y las jurisdicciones políticas (B).

A. Las jurisdicciones de derecho común.

1. Un sistema clásico es el que las jurisdicciones de derecho común intervengan sin autorización particular del Parlamento o de otra autoridad pública. Es el caso de Alemania, en que nadie puede sustraerse al juez legal; la responsabilidad de los ministros está regida de la misma manera que la de los funcionarios; la vía judicial ordinaria no puede ser excluida ni para la acción civil ni para la penal. Con todo, ni el Parlamento ni la organización jurisdiccional de Alemania

están suficientemente armados para sancionar de una manera justa y eficaz a los ministros implicados (son comentados los casos "Flick", "Erich Honecker", "Erich Mielke", "Willi Stoph", "Hans Modrow", "Willy Brandt", "Jürgen Möllemann", "Günther Krause").

Un sistema idéntico rige en Polonia (v. el caso "Czeslaw Kiszczak").

En Italia (desde 1989) y Portugal, las jurisdicciones de derecho común son competentes para decidir sobre la suerte de los ministros acusados, después de haber sido habilitadas por una autoridad política (autorización o sometimiento a la acusación).

2. En otros ordenamientos jurídicos, es la Corte Suprema de la organización judicial ordinaria la que, pura y simplemente, tiene la función de *Haute Cour*, y conoce en primera y única instancia las acciones penales y civiles por crímenes y delitos cometidos por los miembros del gobierno en el ejercicio de sus funciones. Es el caso de España, en el que dicha competencia la ejerce la Cámara criminal del Tribunal Supremo (empero, los casos "del financiamiento oculto del P.S.O.E." y "G.A.L." siembran dudas sobre la eficiencia del sistema).

Este sistema también se encuentra en los Países Bajos, y en Bélgica, Luxemburgo, Suecia y Rumania. Igualmente en Suiza, pues las Cámaras federales designan al Tribunal federal para conocer de los asuntos en los que las infracciones son cometidas contra el Estado (la Corte penal del Tribunal, compuesta de cinco miembros, juzga un promedio de uno a dos casos por año -v. caso "Elisabeth Kopp").

De una manera análoga, en Rusia, el colegio militar de la Corte Suprema, compuesto por tres jueces militares, ha sido el encargado de juzgar a los doce acusados del golpe de Estado de 1991.

3. En un tercer sistema -mixto-, la *Haute Cour* es integrada por magistrados o por altos jurados designados de diversas modos.

En Grecia, la Corte especial, presidida por el presidente de la Corte de Casación, se compone de doce magistrados elegidos al azar por el Presidente de la Cámara de Diputados entre todos los jueces de la Corte de Casación y los Presidentes de las Cortes de Apelación nombrados con anterioridad al sometimiento a la acusación. En Dinamarca, la *Haute Cour* de justicia está integrada por los miembros más antiguos de la Corte Suprema del Reino y por un número igual de personas elegidas por seis años por el *Folketing*. En Suiza, en los casos más graves, las Cámaras federales pueden emplazar al ministro acusado de alta traición, revuelta, violencia contra las autoridades, etc., ante las *Assises* federales compuestas, además de por tres miembros de ese tribunal, por un jury cuyos miembros son ajenos a éste. En Austria, la jurisdicción competente es la Corte Constitucional; también lo es en Turquía y en Corea del Sud.

B. Las jurisdicciones políticas.

Se trata de aquellas en que un poder jurisdiccional de excepción puede ser conferido a una asamblea política (caso del Senado francés durante la IIIa. República). Si bien la doctrina coincide en que, en esta hipótesis, el Senado actúa más con un carácter político que penal, las opiniones son encontradas en cuanto a si aquél inviste un carácter jurisdiccional o no.

Por otro lado, las jurisdicciones políticas pueden distinguirse de acuerdo con el órgano que dicta la decisión: la Cámara alta del Parlamento o el Parlamento en su totalidad.

1. Un primer sistema consiste, en los regímenes que exhiben dos cámaras, en erigir a una de ellas en *Haute Cour*. Fue el sistema inglés (la Cámara de los Lores juzgaba a los ministros acusados por la Cámara de los Comunes), y francés (Cartas de 1814 y 1830, y las leyes constitucionales de 1975). Basado en criterios de independencia y neutralidad, la Cámara alta suele ser considerada como el juez conveniente. Es el régimen que rige en Estados Unidos de Norteamérica y en los países de América latina influidos por el modelo norteamericano, v.gr., Argentina y Chile (en este último país, no obstante la atmósfera de consenso que domina su vida política después del regreso de la democracia, y la mayoría conservadora existente en el Senado, ello no ha impedido la destitución, en 1993, de un Presidente de Sala de la Corte Suprema, culpable de haber obstruido la persecución de responsables de atentados contra los derechos humanos durante el régimen de Pinochet). Un sistema idéntico existe en México, Haití, Brasil (caso "Collor de Mello", en el que el Senado, no obstante la renuncia del mencionado Presidente, continuó el proceso -por 73 votos contra 8- y lo condenó a ocho años de privación de sus derechos políticos -1992) y Venezuela (caso "C.A. Pérez" -1993).

2. Por otro sistema, es el Parlamento en su totalidad el encargado de juzgar a los ministros o, al menos, de designar de su seno una comisión habilitada para hacerlo en nombre de aquél (caso de Francia a partir de 1958, y en una pequeña medida después de la reforma de julio de 1993).

En diversos países africanos, la *Haute Cour* de justicia es, a menudo, compuesta por parlamentarios (Benin, Costa de Marfil, Guinea, Mali, Marruecos, Nigeria, Senegal). Empero, en estos países, las asambleas y el gobierno no son más que dos rostros de una misma realidad política.

Una variante interesante la ofrece la India: cada una de las dos Cámaras puede, con mayoría de dos tercios de sus miembros, pronunciar una destitución (es señalado el caso "Bogors").

Colofón.

La creación, en Francia, de la Corte de Justicia de la República (ley del 27 de julio de 1993 cit.) ha buscado una solución original susceptible de armonizar justicia y política: un sistema mixto

que concilia los regímenes de puesta en cuestión de la responsabilidad penal de los miembros del gobierno: el órgano de juzgamiento está compuesto mayoritariamente de parlamentarios, pero es presidido por un magistrado, y está ligado por la definición de crímenes y delitos y por la determinación de penas que resulten de la ley.

Sin embargo, es ilusorio creer que existiría un poder judicial totalmente distinto del poder ejecutivo, autónomo y poderoso, susceptible de sancionar, cada vez que sea necesario, a los representantes del ejecutivo. Es claro que, cualquiera sea el grado de separación de las autoridades administrativas y judiciales, es el Poder Ejecutivo el que afirma la función jurisdiccional, la función judicial. Se observa que las persecuciones ejercidas contra los "depositarios del poder" son raras. Es dudoso, por otra parte, que exista en definitiva un sistema perfecto.

A ello se agrega la dificultad de disipar la ambigüedad de la noción de delito político, de delito cometido en el ejercicio de las funciones. Es sin certeza que se abordan estos fenómenos "bizarros" que constituyen los *affaires*, los escándalos políticos, en los que se conjugan poder, dinero, corrupción, y "razón de Estado". Sin duda la fuerte politización del sector público y de la administración, así como la "apropiación del Estado", no son ajenas a estas derivaciones.

Otro agravio proviene de las medidas de amnistía o del ejercicio del derecho de gracia, destinados a evitar toda condena a un ministro ya juzgado o a punto de serlo (raros son los sistemas constitucionales que subordinan el ejercicio del derecho de gracia al acuerdo del poder legislativo). En Bélgica, Luxemburgo y Grecia, el Rey, el Gran Duque o el Presidente de la República, no pueden conceder una gracia al ministro condenado, salvo que lo requiera una de las dos Cámaras o la Cámara (Luxemburgo y Grecia). En Dinamarca y en Noruega, la gracia sólo apunta a la excepción de la pena capital. En Finlandia, la gracia acordada a un miembro del Consejo de Ministros debe estar reglamentada por disposiciones especiales.

España excluye el principio mismo de la gracia.

¿Teniendo en cuenta el grado de politización de los procesos de miembros del gobierno, cabe preguntarse si una Corte especial -cualquiera fuese su nombre- no corresponde a esa "institución para tiempos anormales" de la que hablaba el decano Maurice Hauriou? ¿Pues el juzgamiento de un ministro no es otra cosa que un asunto común de la justicia? ¿Y esta Corte especial no asume, además de una misión judicial, un papel de regulación de los poderes públicos?

PASTOREL, Jean-Paul (*Maître de Conférences* de derecho público -Universidad de Córcega), "Droit comparé et réforme des mécanismes de jugement des ministres", en *Revue du droit public*, Ed. L.G.D.J., París, nro. 5, 1996, pp. 1347/1377.



DOCUMENTOS

[1]

ACUERDO DE COOPERACION ECONOMICA Y FINANCIERA SUSCRITO CON EL REINO DE ESPAÑA, aprobado por ley 24.739 (B.O., 27-12-1996, p.1).

[2]

ACUERDO SOBRE COOPERACION ECONOMICO-COMERCIAL SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE UCRANIA, aprobado por ley 24.738 (B.O., 26-12-1996, p.2).

[3]

CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION, firmada en la tercera sesión plenaria de la OEA, aprobada por ley 24.759, (B.O., 17-1-1997, p. 1).

[4]

CONVENIO DE COOPERACION EN EL MARCO DE LA CONFERENCIA IBEROAMERICANA, suscripto en San Carlos de Bariloche el 15 de octubre de 1996, aprobado por ley 24.708 (B.O., 11-12-1996, p.2).

[5]

CONVENIO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE PARA EVITAR LA DOBLE

investigaciones 1 (1997).

IMPOSICIÓN Y PREVENIR LA EVASIÓN FISCAL CON RESPECTO A LOS IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y EL CAPITAL, aprobado por ley 24.727 (B.O., 4-12-1996, p. 1).

[6]

CONVENIO INTERAMERICANO SOBRE PERMISO INTERNACIONAL DE RADIOAFICIONADO, OEA, aprobado por ley 27.730 (B.O., 5-12-1996, p. 3).

[7]

LEY DE COOPERACION INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL, ley 24.767 (B.O., 16-1-1997, p. 1).



NOTICIAS

[1]

APLICACIÓN DE LAS LEYES. POLICÍA. ABUSOS DE LA POLICÍA. PROCESAMIENTO
(NOTICIAS/EE.UU.).

La reforma que en 1994 se introdujo al Título 42 del *United States Code* faculta al Departamento de Justicia de los Estados Unidos a investigar, en el ámbito departamental, los "modelos o prácticas" de los departamentos de policía locales, a realizar estadísticas sobre los

investigaciones 1 (1997).

abusos cometidos por la policía, y a promover acciones contra la totalidad del departamento que tenga "un modelo o práctica de conducta" que viole regularmente los derechos civiles de los ciudadanos que ha jurado proteger. También otorga al Procurador General, facultades para accionar judicialmente a fin de obtener una sentencia declarativa que ponga fin al modelo o práctica que viole regularmente los derechos civiles de los ciudadanos.

Si esta norma se usa eficientemente, desalentará a quienes sostienen que la política interna y la limitación de recursos impiden que los fiscales federales den prioridad a los casos de brutalidad policial.

Según Paul Chevigny (profesor de derecho de la Universidad de Nueva York y autor de "Edge of the Knife: Police Violence in the Americas" -New Press, 1995), "lo cierto es que el Departamento de Justicia no quiere afrontar estos casos. La única razón por la que se ocuparon de los casos de Rodney King, no fue que éstos constituyeron el peor supuesto de brutalidad policial de Los Angeles ... Se ocuparon para que la gente pensara que el gobierno federal estaba haciendo algo".

La nueva ley "muestra que el Departamento de Justicia tiene atribuciones para llegar más allá de la conducta de los policías, en forma individual, y mirar más la práctica de los departamentos", dice John Crew (abogado de la *American Civil Liberties Union* y experto nacional en abuso policial). "La cuestión reside en ver si la va a aplicar".

Como cada oficina local aplica su propio método estadístico sobre brutalidad policial, no existen índices nacionales, y esto ha impedido ver la envergadura del problema.

Pero la aplicación de un único método estadístico a nivel nacional no constituye un presupuesto para el procesamiento local por inconducta policial. Según los miembros de la justicia criminal y los expertos, los fiscales de distrito muy pocas veces procesan a los oficiales de policía locales porque trabajan todos los días con esos departamentos.

Otro problema es que para procesar a un policía por abuso de autoridad, es necesario invertir mucho tiempo y lograr convencer a un jurado a enviar a prisión a los policías que han maltratado a criminales conocidos.

"Es muy difícil declarar la guerra contra el crimen y procesar simultáneamente a los policías", sostiene James Fyfe (profesor de justicia criminal -Universidad de Temple, Filadelfia- y ex oficial de policía de Nueva York), "las víctimas del abuso son personas que no inspiran compasión. Son criminales".

Pero aun cuando los funcionarios federales realicen la investigación, el camino no es fácil. "La brutalidad policial es increíblemente difícil de acreditar judicialmente. Resulta especialmente difícil probar el dolo en los casos de gatillo fácil. El oficial casi siempre afirma haber visto algo

parecido a un arma o que el sospechoso/víctima ponía la mano entre su ropas. "Históricamente, la mayor parte de los jurados han tenido una presunción favorable a los oficiales de policía. En otro tipo de casos, comienzan buscando razones para condenar. En los supuestos de conducta policial, buscan razones para absolver" (Steven D. Clymer, profesor de derecho -Universidad de Cornell, Nueva York-).

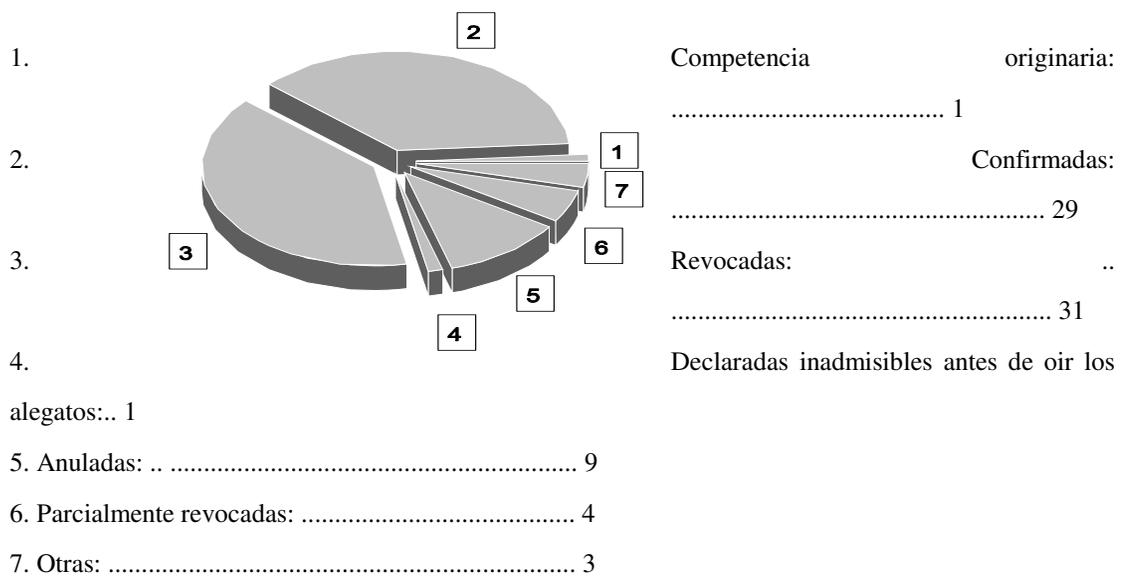
CURRIDEN, Mark, "When Good Cops go Bad. The Justice Department has a new weapon to fight police brutality. The question is, how will the government use it?, en *ABA Journal*, volumen 82, mayo 1996, pp. 62/65.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 5.

[2]

CORTE SUPREMA. CASOS EXAMINADOS. ESTADÍSTICAS (NOTICIAS/EE.UU.).

1. En el término 1995-96, la Corte rechazó cerca de la mitad de los casos considerados:



investigaciones 1 (1997).

2. Casos alegados ante la Corte:

Término	Casos
1986	175
1987	167
1988	170
1989	146
1990	125
1991	127
1992	116
1993	99
1994	94
1995	90

"The Supreme Court by the Numbers", en *ABA Journal*, vol. 82, octubre 1996, p. 44.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, Estante 5.

[3]

CORTES CONSTITUCIONALES. ASOCIACIÓN. FRANCOFONÍA (NOTICIAS/FRANCIA).

Las constituciones, posteriores a 1958, de los países de habla francesa establecen, en su gran mayoría (tres cuartas partes), jurisdicciones constitucionales encargadas del control de las normas jurídicas frente al texto constitucional y de otros instrumentos de protección de los derechos y libertades fundamentales.

En razón de dicha circunstancia, el Presidente del Consejo Constitucional de Francia, Roland Dumas, ha tomado la iniciativa de crear una Asociación de las Cortes Constitucionales que

investigaciones 1 (1997).

comparten el uso del francés (ACCPUF).

A fin de estructurar la cooperación entre las jurisdicciones, de constituir una red permanente que permita comprobar de un modo rápido la información jurisdiccional y un mecanismo de acceso confiable a aquélla con vistas, especialmente, a su difusión, ha resultado oportuno dotar a la iniciativa de un instrumento permanente y específico: una asociación, cuya sede se ha propuesto que sea en París.

Es por ello que, en el Consejo Constitucional, se han reunido, en mayo de 1996, las delegaciones de trece Cortes representativas de las diferentes zonas geográficas de la francofonía (Gabón, Egipto, Bélgica, Senegal, Marruecos, Canadá, Bulgaria, Benin, Isla Mauricio y Cabo Verde). Esta reunión permitió elaborar un proyecto de estatuto que deberá ser sometido a la aprobación de una asamblea general en el primer trimestre de 1997. Esto último tendrá lugar en el curso de un congreso que reunirá, en París, al conjunto de las Cortes en juego, acerca del siguiente tema de estudio: "El principio de igualdad en la jurisprudencia de las Cortes constitucionales que comparten el uso del francés", y que será examinado desde tres ángulos: las normas constitucionales que lo fundamentan, los métodos de control, y sus campos de aplicación.

"Espace francophone et Etat de droit", en *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, París, n° 1, 1996, p.36.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[4]

DERECHO DEL TRABAJO. SEGURIDAD E HIGIENE. SERVICIOS MÉDICOS. CONSEJOS DE EMPRESA. PARTICIPACIÓN (NOTICIAS/AUSTRIA).
--

La ley de protección al empleo, con entrada en vigor a partir del 1 de enero de 1995, establece:

a) De forma gradual y progresiva, que todos los trabajadores deberán gozar de servicios de seguridad e higiene y de personal médico adecuado en las empresas que trabajen, independientemente del tamaño de las mismas. Hasta la entrada en vigor, el comité existía en empresas de más de 50 trabajadores y los servicios médicos en aquellas que ocupaban a más de 250 empleados. Se fija hasta el año 2000 el período de adecuación a la nueva normativa, comenzando por su aplicación a partir de 1996 en las empresas entre 151 y 250 trabajadores.

b) El refuerzo de los derechos de participación (información, consulta, negociación) de los

investigaciones 1 (1997).

Consejos de Empresa en el área de seguridad e higiene, a fin de lograr una más eficaz protección de los derechos e intereses del personal de la empresa. La parte empresarial queda obligada a sustituir todos aquellos productos o substancias con las que se trabaje y sean consideradas altamente peligrosas, siempre que los mismos resultados productivos puedan ser alcanzados con la utilización de otros productos o substancias menos nocivos o peligrosos.

ROJO TORRECILLA, Eduardo (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Universidad de Girona-), "Crónica legislativa de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (año 1994)", en *Revista Jurídica de Catalunya*, nro. 1, 1996, p. 182.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.

[5]

DERECHO DEL TRABAJO. FAMILIA. PROTECCIÓN. ASIGNACIONES FAMILIARES (NOTICIAS/FRANCIA).

Ley n° 94-629 del 25 de julio, relativa a la familia, y la Circular de desarrollo del 3 de agosto del Ministerio de Asuntos Sociales, tienen su dos características más significativas, en la ampliación de la ayuda económica por cuidado de hijo a partir del segundo (con anterioridad era a partir del tercero), y la posibilidad de que se beneficie de aquélla la persona (o personas, en caso de que sean los dos miembros de la pareja) que sigan realizando una actividad profesional, o una formación remunerada, a tiempo parcial. Su período de percepción se mantiene en un máximo de tres años, si bien se prolonga hasta seis años en caso de nacimiento múltiple de tres o más hijos. Para percibir esta asignación económica, cifrada en 2.929 francos mensuales a partir del 1 de enero de 1994, la persona solicitante debe haber trabajado durante dos años, consecutivos o no, en un período de cinco anterior al nacimiento del segundo hijo, la adopción o acogimiento del menor. El período se amplía a diez años cuando se trate del supuesto del tercer hijo. Se asimilan a los períodos de actividad aquellos en los que la persona solicitante se haya encontrado en situación de desempleo indemnizado o realizando cursos de formación profesional.

investigaciones 1 (1997).

Además, pueden beneficiarse de esta ayuda todos los trabajadores, cualquiera que sea el tamaño de la empresa, habiendo sido suprimida la posibilidad que tenían en determinadas condiciones los empresarios de las empresas de menos de 100 trabajadores de rehusar la concesión del permiso.

ROJO TORRECILLA, Eduardo (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Universidad de Girona-), "Crónica legislativa de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (año 1994)", en *Revista Jurídica de Catalunya*, nro. 1, 1996, p. 184.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.

[6]

DERECHOS HUMANOS. PROTECCIÓN. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. PROCEDIMIENTOS. *NON BIS IN IDEM. DOUBLE JEOPARDY* (NOTICIAS/OEA-PERÚ).

En agosto de 1996, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso *Juan Cantoral vs. Perú*. La causa involucra a dos hermanos que fueron juzgados por una Corte Militar por terrorismo. El peticionario fue absuelto, pero su hermano resultó condenado. Dado que sus nombres eran muy similares, por un error de la Corte local, el condenado quedó en libertad y terminó abandonando el país. El presentante, que había sido absuelto, fue entonces juzgado nuevamente ante una Corte Civil por los mismos hechos, pero con base en nuevas pruebas, que aquél considera falsas. En definitiva, fue hallado culpable de terrorismo y sentenciado a 20 años de cárcel. El peticionario alega que se trata de un caso de *double jeopardy* y de violación del debido proceso, a lo que agrega haber sido objeto de torturas. El caso se encuentra, todavía, en el estadio de los procedimientos escritos.

NEWS FROM THE INTER-AMERICAN SYSTEM, en *The Human Rights Brief*, Ed. Center for Human Rights and Humanitarian Law, Washington, vol. 4, nro. 1, 1996, p. 7.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado

[7]

DERECHOS HUMANOS. PROTECCIÓN. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. PROCEDIMIENTOS (NOTICIAS/OEA-GUATEMALA).

En agosto de 1996, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso *Efraín Bamaca Velasquez vs. Guatemala*. En la petición se alega que Efraín Bamaca Velasquez, comandante de guerrilla, fue capturado por las Fuerzas Armadas de Guatemala en marzo de 1992. Estas últimas invocan que Velasquez se había suicidado para evitar su captura, y que habían enviado investigadores al lugar en que estaba enterrado un hombre no identificado cuya descripción coincidía con la de Velasquez. Las pruebas realizadas posteriormente por los forenses, llegaron a la conclusión de que dicho hombre no era Bamaca. Otras pruebas posteriores mostraron que Velasquez había sido detenido y torturado por las fuerzas armadas, y actualmente se considera que fue muerto durante su detención.

El caso se encuentra en el estadio de los procedimientos escritos.

NEWS FROM THE INTER-AMERICAN SYSTEM, en *The Human Rights Brief*, Ed. Center for Human Rights and Humanitarian Law, Washington, vol. 4, nro. 1, 1996, p. 7.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado

[8]

DERECHOS HUMANOS. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. PROCEDIMIENTOS. SOLUCIÓN AMISTOSA. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DESACATO (NOTICIAS/OEA).

La solución amistosa en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos es un instrumento que permite logros considerables en la adecuación del Estado a sus obligaciones internacionales. Constituye un reflejo de la institución de la solución pacífica de controversias del derecho internacional general. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recientemente,

investigaciones 1 (1997).

ha utilizado este régimen en múltiples ocasiones.

En cuanto al procedimiento, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la Comisión, al recibir una petición o comunicación, procederá a ponerse a disposición de las partes interesadas para alcanzar una solución amistosa (art. 48.1. f). En la decisión sobre Excepciones Preliminares del caso *Caballero-Santana* de Colombia, la Corte estableció - modificando su criterio anterior- que dicha solución constituye una parte esencial del procedimiento, que la Comisión no puede discrecionalmente evitar (sentencia del 21-1-1994). Empero, advirtió que la Comisión podría "sólo en casos excepcionales y, naturalmente, con razones de fondo... omitir el procedimiento de la conciliación porque está de por medio la protección de los derechos de las víctimas o de sus familiares". Este precedente (reiterado en el *Caso Genie Lacayo*, 27-1-1995), motivó el consecuente cambio de la práctica de la Comisión.

La solución amistosa constituye un medio que ofrece incentivos tanto a los representantes de las víctimas como a los Estados (amplia, efectiva y oportuna reparación, soluciones más generosas en sus alcances que las típicamente previstas por la Comisión o la Corte, oportunidad a los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales). El logro de resultados efectivos a través del compromiso del Estado es crucial por el carácter limitado del procedimiento de ejecución de las sentencias de la Corte (Convención, art. 63.1.) y la actual inexistencia de procedimiento alguno para el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión.

Uno de los riesgos más temidos por los defensores de los derechos humanos es que se renuncie a la justicia por una mera compensación económica. Empero, en la práctica, los defensores de las víctimas han tenido en cuenta la justa petición de las víctimas -o de sus familiares- de exigir ante todo el esclarecimiento de los hechos y la justicia. Asimismo, la Comisión y la Corte tienen la obligación de controlar la equidad de los acuerdos.

En el caso 11.012 *Argentina, Solución Amistosa*, la Comisión expresó que la derogación de la figura del desacato colocaba a la legislación argentina a tono con sus obligaciones internacionales, ya que eliminaba restricciones a la libertad de expresión protegida por la Convención (Informe 22/94, 20-9-1994).

El caso *Trujillo* (Colombia) es otro ejemplo importante pues, mediante el procedimiento de solución amistosa, se conformó una comisión, cuyas conclusiones esclarecieron las violaciones de los derechos humanos en cuestión.

"La solución amistosa ante la Comisión Interamericana", en *La Gaceta*, Cejil, Washington, 1996, n° 4, pp. 2/3.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

DERECHO PENAL. LIBERTAD CONDICIONAL. PROGRAMAS DE LIBERTAD PREVIA A LA LIBERTAD CONDICIONAL. REVOCACIÓN. DEBIDO PROCESO. CÁRCELES. SUPERPOBLACIÓN (NOTICIAS/EE.UU.).

1. Durante 25 años, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha protegido cuidadosamente el derecho de una persona a permanecer en libertad condicional mientras no se revoque ese beneficio a través de un debido proceso. Al sentar ese principio en el caso *Morrisey vs. Brewer* (408 US 471 -1972), el Alto Tribunal declaró que el derecho mencionado devuelve al criminal muchos de los valores centrales de la libertad ilimitada y que, por ende, su terminación produce una "pérdida dolorosa". En el presente período de sesiones, en el caso *Young vs. Harper*, alegado el 9 de diciembre de 1996, la Corte podrá decidir si un instituto equivalente a la libertad condicional -denominado "supervisión condicional previa a la libertad condicional" (**PPCS**) (*pre-parole conditional supervision*)- otorga un derecho que también merece amparo constitucional, es decir, si el interés comprometido hace prevalecer el *status* real del condenado sobre el nombre que se le asigna al instituto.

2. En los últimos años, los sistemas penitenciarios de casi todos los Estados norteamericanos han sufrido serios problemas de superpoblación y, en consecuencia, la libertad condicional ha sido empleada como un medio encubierto de controlar la población carcelaria: los funcionarios encargados de concederla gradúan el número de internos que reciben este beneficio de acuerdo a la necesidad de espacio. Sin embargo, el clima político ha hecho que la libertad condicional sea blanco de crecientes críticas y, por ello, los gobernadores han admitido las peticiones en un número francamente reducido. Paralelamente, se ha intentado eliminar o minimizar el ámbito de aplicación de este instituto, particularmente "en las jurisdicciones que quieren aprobar leyes que exijan veracidad o transparencia en las sentencias".

Si bien la eliminación o limitación de la libertad condicional puede ser políticamente popular, lo cierto es que esta tendencia ha exacerbado los problemas de superpoblación carcelaria y dificultado la tarea de los funcionarios del servicio penitenciario que no encuentran lugar en sus cárceles para el siempre creciente número de admisiones. En consecuencia, los Estados recurrieron a caminos alternativos para eludir las garantías procesales que rodean a la libertad condicional: implementaron numerosos programas que funcionan en forma similar a la libertad condicional pero que tienen un nombre diferente. Con estas "ficciones", los legisladores siguen aprobando leyes que otorgan a los funcionarios de las cárceles una gran flexibilidad para controlar la población de éstas, mientras pretenden estar reduciendo la tasa de personas que obtienen la libertad

condicional. La ventaja que estos programas tienen, tanto para los funcionarios de las cárceles como para los legisladores, es que no prevén la intervención del gobernador, y por lo tanto la toma de decisiones está más aislada del terreno político.

3. En este contexto se planteó el programa cuestionado en *Young vs. Harper*.

En 1988, Oklahoma creó el programa **PPCS**, que está especialmente destinado a controlar la población carcelaria y que se pone en funcionamiento cuando ésta excede el 95 % de la capacidad. Pueden aspirar a gozar de este beneficio los internos que han cumplido el 15 % de su condena, a diferencia del 30 % requerido por la reglamentación de la libertad condicional. En tanto que al gobernador le corresponde aprobar o no las recomendaciones de libertad condicional que le eleva la Junta, aquél no tiene ningún tipo de intervención en el programa **PPCS**. Las personas que son liberadas en virtud de este último, quedan sujetas a un régimen virtualmente idéntico al de la libertad condicional. Asimismo, el criminal que está bajo el **PPCS** puede aspirar a su libertad condicional.

Ernest Harper presentó simultáneamente las solicitudes en ambos programas ya que había cumplido más del 30 % de su condena a cadena perpetua. Le fue concedida la libertad bajo el régimen del **PPCS**. Aun cuando cumplió estrictamente las condiciones a las que estaba sujeto, y consiguió un trabajo, vivienda, y comenzó a tener una vida de relación, a los cinco meses de ser liberado, su supervisor le ordenó presentarse en prisión. Dicha comunicación fue contemporánea a la resolución del gobernador de no otorgarle la libertad condicional.

Harper, entonces, entabló una acción en la que impugna su encarcelamiento, por violar el derecho a contar con un debido proceso.

El tribunal de distrito falló en su contra, pero la decisión fue revocada por la Cámara de Apelaciones de los Estados Unidos para el 10° Circuito. En tales condiciones, el Estado llevó la cuestión ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

4. Alegato del Estado

- Al encarcelar nuevamente a Harper, sin una audiencia previa, no se violó uno de sus *liberty interests*.

El status de **PPCS** se parece más a un instituto de mínima seguridad que a la libertad condicional. Por lo tanto, el Estado tiene un derecho absoluto a trasladar a Harper "por cualquier motivo o sin motivo alguno", máxime cuando, por el mencionado status, seguía técnicamente bajo la custodia del Departamento de Correcciones. Ello encuentra sustento en el caso *Meachum vs. Fano* (1976), en el que la Corte declaró que los funcionarios de la cárcel pueden trasladar a los internos de una cárcel a otra más rigurosa sin observar las garantías del debido proceso.

- Harper sabía que tendría que volver a prisión si el gobernador rechazaba su pedido de

libertad condicional y, por lo tanto, no tenía una expectativa razonable de seguir libre en ese supuesto.

- La reciente jurisprudencia de la Suprema Corte otorga a los funcionarios de la cárcel amplias atribuciones para controlar los asuntos internos. En el caso *Sandin vs. Conner* (1995), por ejemplo, el Alto Tribunal conmovió a muchos observadores al declarar que el confinamiento solitario cae dentro del ámbito de las penurias normales de la vida en la cárcel y, en consecuencia, su imposición no exige el respeto de las garantías del debido proceso. Por ende, al hacer volver a prisión a una persona que goza de un status **PPCS**, no se le impone "una penuria atípica e importante en términos de los incidentes ordinarios de la vida en prisión" y, por ende, no hay un *liberty interest* comprometido. La liberación previa a la libertad condicional no es más que otro programa carcelario cuya implementación cae dentro de la absoluta discrecionalidad de los funcionarios respectivos.

- No hay fundamento para fijar una audiencia previa, porque no existe una cuestión fáctica a decidir: el interno puede ser convocado "por cualquier motivo o sin motivo alguno".

5. Alegato de Harper

- El precedente *Morrisey* y los fallos que lo siguieron, establecen claramente que la situación de libertad que crea un *liberty interest* que goza de protección constitucional. Si un individuo no tiene un *liberty interest* cuando es liberado de una custodia corporal, ha encontrado su propia vivienda y un trabajo, tiene libertad para establecer nuevas relaciones y tomar sus propias decisiones sobre su vida diaria, entonces ¿cuándo existe ese *liberty interest*?. Si bien el Estado puede tener atribuciones para trasladar o castigar a los internos mientras se encuentran bajo su custodia corporal, ese poder no debería alcanzar a las personas que han sido liberadas.

- Si a los efectos administrativos, el Departamento de Correcciones, técnicamente, conserva la custodia de los liberados, existe una distinción fundamental entre custodia corporal y custodia administrativa. Los internos que tienen que volver a prisión, incuestionablemente, sufren una pérdida dolorosa que exige el respeto de las garantías del debido proceso. A todos los efectos, el programa **PPCS** es una suerte de libertad condicional y, por lo tanto, su eventual revocación debe ser objeto de un trámite similar a la revocación de la libertad condicional, esto es, con una audiencia según lo dispuesto en *Morrisey*.

- Los funcionarios de las cárceles no pueden obligar a un criminal a volver a prisión "por cualquier motivo o sin motivo alguno". Ese poder ilimitado -que no surge de ninguna ley- convertiría en una parodia las audiencias de liberación o revocación del beneficio.

- La audiencia previa a la orden de reingreso a la cárcel no es inútil, ya que hubiera posibilitado demostrar la efectiva transición a la vida corriente y, en consecuencia, permitido

seguir en el status de **PPCS**.

6. Con todo, el examen de la cuestión de fondo por parte de la Suprema Corte, estaría subordinado a una cuestión previa relativa a si la presentación del Estado ha sido oportuna o no.

7. Casos de la Corte Suprema norteamericana citados por las partes:

- *Sandin vs. Conner* (63 LW 4601 -1995-): el confinamiento solitario no impone una penuria atípica e importante a los internos en relación a los incidentes ordinarios de la vida carcelaria y, por lo tanto, no hay un *liberty interest* comprometido que exija la aplicación de las garantías del debido proceso.

- *Greenholtz vs. Nebraska Penal Inmates* (442 US 1 -1979-): cabe distinguir entre la privación de la libertad que uno tiene, y la de la libertad condicional que uno desea.

- *Meachum vs. Fano* (427 US 215 -1976-): los internos no tienen derecho a gozar de las garantías del debido proceso cuando son trasladados a otra cárcel.

- *Wolff vs. McDonnell* (418 US 539 -1974-): los internos tienen derecho a gozar de las garantías del debido proceso en las audiencias disciplinarias que puedan tener por efecto la pérdida del puntaje que han ganado por buena conducta.

- *Gagnon vs. Scarpelli* (411 US 778 -1973-): las garantías del debido proceso se aplican a las audiencias en las que se analiza la revocación de la *probation* porque comprometen la pérdida de la libertad.

- *Morrissey vs. Brewer* (408 US 471 -1972-): la revocación de la libertad condicional produce una pérdida dolorosa de la libertad que obliga a exigir la observancia de un debido proceso.

8. Artículos vinculados con el tema:

- "*Sandin vs. Conner*': Redefining state prisoners' liberty interest and due process rights", 74 *N.C.L. Revs.*1761, junio de 1996.

- Botz y Scherer, "Substantive rights retained by prisoners", 84 *Geo. L.J.* 1465, abril de 1996.

- Cizak (Nota), "*Sandin vs. Conner*: The Supreme Court's narrowing of prisoners's due process and the missed opportunity to discover true liberty", 81 *Cornell L. Revs.*744, marzo de 1996.

- Fisher, "Changing Pennsylvania's sentencing philosophy through the elimination of parole for violent offenders", 5 *Widener J Pub L.* 269, 1996.

- Merolli (Nota y Comentario), "*Sandin vs. Conner*'s 'atypical and significant hardship'

investigaciones 1 (1997).

signals the demise of state-created liberty interests for prisoners", 15 *St. Louis U Pub L Revs.*93, 1995.

DEITCH, Michele (Directora del *Center for Criminal Justice Initiatives*. Ex Asesora General de la Comisión de Justicia Criminal del Senado de Texas y ex Directora de Políticas de la Comisión de Sentencias de Texas), "In the U.S. Supreme Court: Parole by any other name may smell as sweet, but does it create a liberty interest subject to due process protection?", en *West Legal News*, 6-12-1996, Internet.

[10]

PENA DE MUERTE. DISCRIMINACIÓN. MUJERES (NOTICIAS/EE.UU.).

1. Las mujeres son muy pocas veces condenadas a muerte y casi nunca ejecutadas en los

Estados Unidos de norteamérica:

- Porcentaje anual de arrestos por homicidio que corresponden a mujeres: 13
- Número de condenas a muerte dictadas desde 1973: 5.569
- Número de condenas a muerte a mujeres durante ese mismo período: 112
- Porcentaje de mujeres que actualmente están en la "death row": 1,5
- Número de mujeres ejecutadas desde 1973: 1

2. Las razones de esta disparidad están muy vinculadas a las circunstancias agravantes y atenuantes que definen cuándo un homicida debe ser condenado a muerte:

- la tasa de reincidencia en el delito de homicidio es más baja en las mujeres que en los varones;

- los jurados y jueces son renuentes a considerar que el homicidio cometido por una mujer ha sido premeditado, y tienden a resolver que las mujeres han actuado bajo angustia emocional

investigaciones 1 (1997).

extrema o bajo la dominación de otra persona;

- las mujeres generalmente conocen a sus víctimas, lo cual, inexplicablemente, confiere al delito un carácter menos grave que el homicidio de un extraño.

HANSEN, Mark, "Dead Woman Walking. Commuted death sentence raises question whether females are treated more leniently", en *ABA Journal*, abril de 1996, p. 24.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 5.

[11]

PRESIDENTE. INMUNIDAD FRENTE A DEMANDAS CIVILES. ALCANCES. *DISCOVERY PERIOD* (NOTICIAS/EE.UU.).

1. El 13 de enero de 1997, la Suprema Corte de los Estados Unidos escuchó los alegatos del caso *Clinton vs. Jones*, entrando así en uno de los debates políticos más controvertidos y de mayor gravitación constitucional.

Los *Justices* no se pronunciarán sobre el mérito de las acusaciones que Paula Corbin Jones formuló contra Clinton (2.1.1), pero tendrán que resolver si un presidente en funciones puede ser demandado ante un juez civil por hechos de su vida privada.

La Corte sólo ha resuelto un caso sobre inmunidad presidencial (3.3.), pero en el que estaban cuestionadas las acciones oficiales del presidente.

2. Antecedentes del caso

2.1. Primera instancia.

2.1.1. En la demanda, Jones alegó que en mayo de 1991, siendo una empleada estadual de menor nivel, fue acosada sexualmente por Clinton, a la sazón gobernador de Arkansas. Sostuvo también que el Presidente la difamó al negar, a través de su Secretario de Prensa y abogado, la veracidad de dichas acusaciones. Por todo esto, solicitó una indemnización de u\$s 700.000 en concepto de daños compensatorios y punitivos.

2.1.2. Clinton negó los hechos alegados y pidió que se suspendiera el trámite del proceso hasta que dejara la Casa Blanca.

2.1.3. El tribunal de distrito decidió que Clinton no tendría que defenderse hasta la finalización de la presidencia, invocando a este respecto el precedente *Nixon vs. Fitzgerald* (3.3.), pero que los abogados de ambas partes podían comenzar a tomar declaración a todas las personas,

investigaciones 1 (1997).

incluso al mismo Presidente, ya que el proceso de *discovery* seguiría su trámite normal. "Este criterio elimina el problema que se generaría si los testigos murieran, desaparecieran, devinieran incapaces u olvidaran los hechos por el transcurso del tiempo", dice la decisión mencionada.

Las dos partes apelaron lo resuelto: el demandado, afirmando que debía desestimarse la demanda mientras fuera Presidente y que el proceso de *discovery* no debía comenzar hasta entonces; y el actor Jones, peticionando que el juicio siguiera un curso normal.

2.2. Segunda instancia.

La Cámara de Apelaciones de los Estados Unidos para el 8vo. Circuito consideró que la inmunidad invocada por el Presidente sólo era admisible si la consagraba la Constitución. En tal sentido, la mayoría decidió que la Constitución establece únicamente dicho privilegio, de acuerdo con el caso *Fitzgerald*, respecto de los actos que caen dentro del "perímetro exterior" de sus deberes oficiales". Entendió, entonces, que el tribunal de distrito había abusado de "la amplia discrecionalidad que tiene para manejar los procesos" al suspender el trámite, por lo que éste deberá continuar ("la Constitución legitima a Jones para tener acceso a los tribunales y para gozar de la igual protección de las leyes" y "el presidente ... está sujeto a las mismas leyes que se aplican a todos los otros miembros de nuestra sociedad"). "Tenemos mucha confianza -agregó- en que el tribunal de distrito ejercerá su discrecionalidad de forma que este trámite progrese con la eficiencia deseable en todos los casos, sin crear conflictos programáticos que dificulten al Presidente el cumplimiento de sus deberes oficiales". "Lo que se necesita -creemos- para evitar un problema de división de poderes no es inmunidad frente al procesamiento por actos no oficiales... sino una conducción judicial del proceso que tome en cuenta las obligaciones que tiene la Presidencia y las exigencias de su agenda".

En su disidencia, el Juez Ross entendió que la acción debía suspenderse hasta la finalización del mandato "a menos que se acredite la existencia de circunstancias urgentes".

Clinton impugnó esta decisión ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

3. El caso ante la Corte

3.1. Clinton alegó que, de no hacerse lugar a su reclamo de inmunidad, la institución de la presidencia quedaría debilitada. "El Presidente, a diferencia de cualquier otro funcionario federal, es el único miembro de un Poder del gobierno federal. Por esa razón, litigar contra la persona que ejerce el cargo de Presidente, inevitablemente interfiere con el cumplimiento de los deberes constitucionales que corresponden al Poder Ejecutivo". "Incluso un solo proceso", dice el memorial, "tiene el potencial de desorganizar seriamente la forma en que el Presidente cumple con sus obligaciones oficiales".

3.2. Por su lado, el abogado de Jones expuso: "de crearse una regla absoluta que protege a los presidentes de los procesos vinculados a sus actos no oficiales se atravesaría una línea que este tribunal nunca ha cruzado y que los Redactores [de la Constitución] nunca creyeron que se cruzaría".

3.3. El antecedente al que hicieron especial referencia las dos partes, como los *amicus curiae*, es *Nixon vs. Fitzgerald* (457 US 731 -1982-). En este caso, A. Ernest Fitzgerald, un *whistlelower* del Departamento de Defensa, demandó al Presidente Richard M. Nixon y a otros funcionarios de su Administración, cuando fue despedido por difundir información embarazosa sobre los excesos de gastos en que había incurrido ese Departamento. Por 5 votos contra 4, la Suprema Corte decidió que el Presidente goza de una inmunidad absoluta frente a las demandas civiles de daños y perjuicios fundadas en sus actos oficiales. En una opinión escrita por el ya retirado Justice Lewis F. Powell Jr., la mayoría consideró que la categoría única que tiene el Presidente, la tradición constitucional de la división de poderes y la historia de la nación, justificaban la existencia de esa inmunidad. Si bien puede promoverse una acción penal contra un Presidente en funciones, la Corte vio con preocupación la posibilidad de que éste pudiera convertirse en blanco fácil de procesos civiles opresivos. "Una regla de inmunidad absoluta para el Presidente no deja a la nación sin suficiente protección frente a la mala conducta del Jefe del Ejecutivo", escribió Powell. "Subsiste el remedio constitucional del juicio político. Además, existen controles formales e informales de la acción presidencial que no se aplican con igual rigor a otros funcionarios del Ejecutivo. El Presidente está sujeto al constante escrutinio de la prensa. La atenta vigilancia del Congreso también puede servir para impedir que el Presidente cometa abusos en el ejercicio de su cargo, y para hacer creíble la amenaza de juicio político".

Ambas partes del proceso *Clinton vs. Jones* consideran que el precedente citado les resulta favorable: Clinton, afirma que la lógica subyacente en esa decisión es que los presidentes están, al menos, legitimados para gozar de una suspensión temporal de los procesos promovidos por los particulares; Jones, por su lado, entiende que dicho fallo sólo estaba destinado a proteger a los presidentes de los procesos fundados en sus actos oficiales.

3.4. La cuestión ha despertado poco interés en los potenciales *amicus curiae*: sólo se presentaron dos grupos de profesores de derecho -uno a favor de Clinton y otro a favor de Jones-, la "American Civil Liberties Union" (ACLU), un grupo de veteranos de guerra y los Estados Unidos.

3.4.1. John C. Jeffries Jr. (profesor de derecho de la Universidad de Virginia) se presentó como *amicus* en su propio nombre y en el de otros 15 juristas, apoyando la pretensión de Clinton. Alegó que "la naturaleza única de la presidencia" requiere que su titular no sufra la "desviación de

su energía y la distracción del deber" que exige un proceso civil. "Por otra parte, esa inmunidad temporaria resulta consistente con una larga tradición judicial de abstenerse de incursionar en la presidencia", agregó. "En casos como éste, donde las acciones alegadas son muy anteriores a la asunción de la presidencia y donde no se ha demostrado una necesidad crítica de contar con una reparación inmediata, no existe ninguna razón para no hacer prevalecer las consideraciones estructurales que dan sustento a la concesión de una inmunidad temporaria".

3.4.2. Sin embargo, otro grupo de nueve profesores de derecho alegó que los presidentes deberían gozar de inmunidad frente a los procesamientos fundados en sus actos oficiales, pero no en los vinculados a su comportamiento privado. "El tipo de inmunidad que se pretende gozar en este caso es nuevo y problemático: es la primera vez que se sostiene que un privilegio puramente personal acompaña al cargo de presidente", expresó Ronald D. Rotunda (profesor de derecho de la Universidad de Illinois) en su propio nombre y en el de sus colegas. "Si bien la inmunidad que ahora se invoca está descripta como una simple restricción temporal, creemos que el argumento en que se sustenta ignora una de las metas abrumadoramente importantes de la Constitución: controlar el poder". "Por esa razón, la inmunidad personal invocada no puede considerarse comprendida dentro de las leyes que rigen la que tienen los funcionarios federales por sus actos oficiales, ni resulta una interpretación coherente de la relación que existe entre las facultades del presidente y las de los otros Poderes".

3.4.3. Sosteniendo que "ninguna persona está por encima de las leyes", la **ACLU** urgió a la Suprema Corte a autorizar a los tribunales inferiores a seguir el trámite de las acciones promovidas contra los presidentes por su conducta privada: "El Presidente no se parece a ningún otro litigante". Pero, al igual que cualquier otro, debe justificar la petición de suspender el litigio, acreditando que éste -dado el estadio en que se encuentra- interfiere en forma significativa con su posibilidad de cumplir los deberes específicos que en ese momento requieren de su atención", y que ello no puede ser evitado "mediante una alternativa menos drástica que una suspensión potencial de ocho años".

3.4.4. La Coalición de Veteranos Norteamericanos se hizo eco de la presentación de la **ACLU**: "ningún tribunal ha declarado que el presidente tiene derecho a gozar de inmunidad oficial por sus actos no oficiales. Hacer lugar a lo peticionado por Clinton violaría los derechos civiles de Jones y pondría al primero por encima de la ley".

3.4.5. En su presentación, los Estados Unidos invocaron un interés fundamental en proteger el cargo de Presidente, y los poderes y deberes que a éste atribuye el artículo II de la Constitución. Alegaron que, al obligar a los presidentes a defenderse mientras están en funciones, la Cámara de Apelaciones generó serios riesgos para la institución de la Presidencia.

4. El 13 de enero de 1997, una Suprema Corte escéptica se mostró poco piadosa con los tres abogados que alegaron en este caso.

Los *Justices* dieron poca importancia a la afirmación de que el Presidente carece de tiempo para ser interrumpido por un proceso civil, y al contraargumento de que los tribunales debían brindarle un tratamiento similar al de cualquier otro ciudadano.

El *Justice* Scalia lideró la andanada de preguntas y comentarios que se hicieron desde el estrado, especialmente dirigidos al Subsecretario de Justicia Walter Dellinger, que representaba a los Estados Unidos.

Dellinger alegó que el tiempo del Presidente es demasiado valioso.

"No considero eso demasiado convincente", dijo Scalia. Ridiculizando la "noción" de que las personas que ocupan el Ejecutivo Nacional no "tienen un minuto de sobra", dicho *Justice* agregó que los Presidentes, incluyendo a Clinton, han encontrado tiempo para jugar al golf, cortar leña y andar a caballo. El argumento de que el tiempo es demasiado valioso sería más firme en el caso de un legislador que debe estar en la Cámara para votar, o de un *Justice* de la Suprema Corte que no puede pedir a otra persona que decida en su nombre, sugirió Scalia. "El Presidente es el único funcionario federal que puede delegar", agregó.

La *Justice* Sandra Day O'Connor preguntó si un presidente podría suspender el trámite de una acción que le promoviera su ex esposa por la tenencia de un hijo. En caso afirmativo, las condiciones de vida del niño quedarían sin resolver durante ocho años, advirtió. Dellinger respondió que ese supuesto constituiría una excepción "extraordinaria" a la regla general de que los presidentes no pueden ser demandados durante sus mandatos, lo que dio lugar a una nueva intervención de Scalia: "No me gusta que los tribunales hagan balances con un criterio caso por caso", particularmente cuando deben basarse en la adecuada dirección de la Suprema Corte.

El *Justice* Stephen G. Breyer admitió que el Presidente puede estar demasiado ocupado para ser molestado por un proceso civil. Sin embargo, ¿por qué habría que prohibir a los tribunales que realicen el *discovery* anterior al juicio, y tomen, por ejemplo, declaración a personas distintas al Presidente?, preguntó. La respuesta de Dellinger fue que aun cuando el primer mandatario no tuviera la obligación de comparecer a prestar declaración, igualmente se vería distraído por el litigio pendiente.

El *Chief Justice* William H. Rehnquist no pareció, sin embargo, convencido: "Uno creería que esta afirmación es poco veraz en relación al Presidente", dijo, haciendo alusión a la enorme cantidad de distracciones y responsabilidades que ya se imponen a los Presidentes.

El abogado de Clinton, Robert S. Bennet, que fue el primero en alegar, expresó que los procesos contra los presidentes deberían postergarse hasta la finalización de sus mandatos, a menos

que una "necesidad de orden superior" o "circunstancias excepcionales" requieran que el caso se resuelva rápidamente. "Este [proceso] podría... consumir el tiempo del Presidente" -alegó-, "demostramos a la Srta. Jones acceso a los tribunales, pero no ahora".

Sin embargo, el *Chief Justice* Rehnquist y el *Justice* David H. Souter preguntaron por qué el simple hecho de que el presidente esté muy ocupado debe suspender todo el trámite judicial. El proceso de *discovery* que comprende la toma de declaraciones a personas que no son el Presidente, podría continuar, sugirieron.

El *Chief Justice* destacó que el tribunal de primera instancia podía tener gran interés en comenzar el *discovery* durante el mandato del Presidente, y preguntó a Bennet si la circunstancia de que los testigos pudieran olvidar lo que sabían podía calificarse como una circunstancia excepcional.

Souter acotó que la toma de declaraciones a esos testigos podía mantener ocupado a Bennet, pero no al Presidente.

Jones dice que Clinton la acosó sexualmente cuando estaban solos en la habitación de un hotel -contestó Bennet- y por eso el *discovery* no podría desarrollarse sin la participación del Presidente: "este caso es de una naturaleza tan personal que requiere su presencia".

Por otro lado, Scalia se preguntó si el caso debía estar ante la Suprema Corte: hasta ahora ningún juez ha pedido la comparencia del Presidente, dijo, y quizás los *Justices* deberían esperar hasta que se plantee un problema real entre un juez y un Presidente. "Sr. Presidente, lo necesito aquí" -dijo Scalia, planteando un diálogo hipotético- "Lo lamento, pero tengo una reunión de la OTAN".

Bennet recibió también una fuerte andanada del Alto Tribunal -particularmente del *Justice* Anthony M. Kennedy- cuando alegó que la doctrina de la división de poderes de la Constitución impediría que un tribunal estadual ordenara seguir un trámite como el presente, en el que el Presidente afirma que el cumplimiento de sus deberes no le deja tiempo para ocuparse de un juicio.

"Ud. no puede buscar sustento en la división de poderes", replicó Kennedy", "Ud. debe apoyarse en alguna otra doctrina constitucional". "La división de poderes no es una doctrina que nosotros imponamos a los Estados", añadió. "Entiendo que existe un interés federal... pero eso no es división de poderes".

A su vez, la *Justice* Ruth Bader Ginsburg observó que podía ser innecesario hacer referencia a la Constitución: si un tribunal federal pudiera fundarse en la doctrina del common law sobre la inmunidad del Poder Ejecutivo, para desestimar una acción promovida contra el Presidente, dijo, "¿por qué debemos asumir ahora que los tribunales estaduales no van a hacerlo...?".

Gilbert K. Davis, al alegar a favor de la pretensión de Jones, urgió a los *Justices* a no

"confundir el cargo... con la persona". Sólo correspondería suspender el trámite de estas acciones cuando ello produzca una "interferencia real e inminente en el trabajo" del Ejecutivo, dijo Davis. Además, se debería autorizar a los jueces de primera instancia a decidir si el pedido de suspensión formulado por el presidente ha sido hecho "de buena fe", agregó.

Empero, varios *Justices* se mostraron escépticos sobre la forma en que el pedido del Presidente y la evaluación judicial de la buena fe funcionarían en la práctica. Scalia volvió al ejemplo de la reunión de la OTAN: imaginemos un juez estricto en la conducción de los asuntos en trámite que exige que los demandados comparezcan tal como él lo ordenó. "No es una reunión muy importante de la OTAN", podría contestarle aquél al Presidente, "Ud. puede mandar a su Secretario de Estado. Creo que él es más astuto que Ud., en cualquier caso".

Davis respondió que un juez podría programar el juicio de acuerdo a las reuniones que tenga el Presidente, en la medida en que éste invoque de buena fe la necesidad de las demoras. "¿Qué ley ampararía esa exigencia? - interrogó Ginsburg- esto es, la de ser gentiles con los presidentes".

Varios *Justices* se adhirieron a Ginsburg cuando preguntó en qué circunstancias podría un juez estadual cuestionar la buena fe de un presidente que alega estar demasiado ocupado como para que se lo moleste con un caso civil. En su respuesta, Davis expresó que un juez actuaría dentro de su discrecionalidad si cuestionara esa buena fe cuando el presidente hubiera pedido postergaciones en diez oportunidades. "Ningún presidente va a hacerlo 10 veces -interpuso Scalia- quedaría muy mal".

Kennedy, por su lado, admitió que un proceso interfiere *per se* con la posibilidad que tiene un presidente para cumplir con sus obligaciones, destacando que se necesita tiempo para defenderse a sí mismo en forma adecuada. En una acción civil, los presidentes pueden manifestar de buena fe que el proceso interferiría real e inminentemente con su trabajo, dijo.

Finalmente, Bennet se negó a contestar preguntas después de los alegatos.

FUENTES:

- The United States Law Week, "Arguments before the Court. President. Litigation of private civil damages action against incumbent president", en 65 *LW* 3497/98.

- The United States Law Week, "Review of Supreme Court's Docket. Paula Jones", en 65 *LW* 3193/94.

- **BISKUPIC, Joan** (escritora del staff del Washington Post), "Clinton vs. Jones raises historic issues", en *Washington Post*, 12-1-1997, p. A01, *Washingtonpost.com*; y "Court weighs immunity for President.

Clinton lawyer argues separation of powers", ídem, 14-1-1997, p. A01, *Washingtonpost.com*.

- **LASH, Steve** (corresponsal especial de West Legal News), "Clinton vs. Jones: Justices show attorneys no mercy", en *West Legal News*, 14-1-1997, Internet .

- Presentación de los Estados Unidos como *amicus curiae*, *Court TV library*, Internet.

[12]

VIOLENCIA FAMILIAR. MUJER. POSIBILIDAD DE CASTIGAR A LOS CULPABLES. VÍCTIMA. OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR. DEBATE (NOTICIAS/EE.UU.).
--

1. Magnitud del problema y propuestas formuladas en los Estados Unidos

a) En un año promedio, 572.000 mujeres son agredidas por su marido, ex-marido o novio.

Alrededor de 1.400 de ellas son asesinadas.

b) El 20 % de las mujeres agredidas dice haber sufrido al menos tres ataques casi exactamente iguales en los 6 meses precedentes.

c) El 18 % de las mujeres omite informar la agresión a la policía por temor a la represalia del abusador.

d) Desde 1992, 14 Estados y el Distrito de Columbia prevén el arresto del agresor cuando se denuncian casos de violencia familiar.

e) Cinco Estados y el Distrito de Columbia mantienen la posibilidad de oponer el "privilegio marital" a la intimación a presentarse a declarar en procesos de violencia familiar.

2. ¿Hay que obligar a las víctimas a hacer la denuncia? Debate.

2.1. Respuesta afirmativa. Fundamentos.

a) Cada 7 segundos una mujer norteamericana es golpeada y apaleada por alguien al que alguna vez quiso o, quizás, aún quiera, o en quien confió.

b) Los estudios realizados por la Asociación Médica Norteamericana muestran que las tres cuartas partes de las mujeres lastimadas por violencia familiar están sujetas a abuso progresivo. Uno de cada tres casos incluye el uso de un arma, y entre el 30 y el 40 % de dichas mujeres resulta violada. Varios otros estudios indican una correlación del 75 % entre la violencia familiar y el abuso de niños.

c) Los problemas epidémicos requieren soluciones drásticas. Esa solución reside en forzar a las víctimas de violencia familiar a declarar en contra de su voluntad.

investigaciones 1 (1997).

d) Hablar de "libre voluntad" en este contexto es tan erróneo como oponerse a la inevitable pregunta de por qué las víctimas no abandonan a sus agresores. Posiblemente estas mujeres tengan poco criterio, pero lo cierto es que han estado expuestas a todos los elementos clásicos del lavado de cerebro: comportamiento relajado, dependencia total, tiranía, aislamiento social, régimen de premios y penitencias, y dominación física y violencia.

e) La violencia familiar no es un crimen menos importante que los ataques a extraños, y debe brindársele el mismo tratamiento. La carátula de un caso de violencia familiar en los Estados Unidos cuenta toda la historia: es el pueblo del Estado el que promueve la acción y pide que se haga justicia.

f) La violencia familiar es un crimen que exige procesamiento, aún ante la posibilidad de pagar el costo político de obligar a una mujer a declarar contra su voluntad. Es cuestión de decidir si se debe actuar en nombre de una libertad ilusoria de la mujer y dejar que ésta sea agredida.

g) Existe, frente a todo esto, otra realidad: es muy difícil el trabajo de la fiscalía cuando la principal testigo, frecuentemente la única testigo ocular, es renuente a declarar. La solución es apoyar adecuadamente a la víctima/testigo a través de servicios psicológicos y sociales, protección policial y, por sobre todas las cosas, fiscales competentes y bien entrenados.

2.2. Respuesta negativa. Fundamentos.

a) La gente común puede distinguir entre la violencia doméstica criminal y el a veces desordenado "dar-y-recibir" que se presenta en una relación íntima a largo plazo, y no se conmueve por fiscales de distrito que sobreactúan o por apelaciones políticas a la raza y al sexo.

b) La mayor parte de los Estados permiten ahora que la policía realice arrestos y que los fiscales presenten cargos, sin una queja firmada por la víctima. Esta medida establece el equilibrio entre el respeto a los deseos expresados por la víctima y el reconocimiento del interés que la comunidad tiene en preservar la paz. De acuerdo a esta política, la policía y los fiscales conservan alguna discrecionalidad para distinguir entre una agresión criminal y una discusión privada.

c) Algunos Estados y localidades van más allá, e imponen el arresto en los casos de violencia doméstica. Lamentablemente, las víctimas que temen la venganza serán más renuentes a pedir ayuda si saben que una llamada a la policía necesariamente resultará en un arresto. Los arrestos obligatorios ayudan a los oficiales de policía al definir claramente cuál es su deber. El problema es que no hay casi nada en la violencia doméstica -que es el tipo de comportamiento humano con más componente emocional- que sea "claro".

d) La renuncia obligatoria al privilegio marital constituye un exceso. Los defensores de la renuncia obligatoria no están interesados en los derechos de las víctimas; si lo estuvieran, respetarían el derecho que tiene una mujer a invocar su privilegio para no declarar.

e) El privilegio corresponde exclusivamente a la gente casada que sólo constituye una pequeña fracción de las víctimas de abuso (la mayor parte está integrada por mujeres y niños lastimados por novios o ex-maridos).

f) Una mujer casada que desea seguir estándolo puede tener muchas razones valederas para no querer declarar contra su marido. La ley ya ha dejado de impedirle que declare. Tiene libertad para cambiar de opinión y presentar cargos.

g) ¿Qué nuevo espectáculo legal nos brindarán las leyes de renuncia obligatoria que están de moda? ¿El de una esposa (o marido) que opta por ir a la cárcel por desacato antes que declarar contra su cónyuge? La gente que verdaderamente está interesada en ayudar a las víctimas de violencia doméstica debería olvidarse de los ostentosos juicios parecidos a "shows" y prestar más atención al sentido común.

FELDER, Raoul y BLAIR, Anita K, "Domestic Violence. Should victims be forced to testify against their will?", en *ABA Journal*, volumen 82, mayo 1996, pp. 76/77.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 5.



NOVEDADES BIBLIOGRAFICAS

[1]

ARENDETT, Hannah, *Entre el pasado y el futuro* (título original: "Between Past and Future"), traducción de Ana Poljak, Ed. Península, Barcelona, 1996, 315 pp.

Arendt describe las crisis paralizantes con las que se enfrenta la sociedad a consecuencia de la pérdida de sentido de las palabras clave tradicionales en el mundo político: justicia, razón, responsabilidad, virtud, gloria. A través de "ocho ejercicios sobre la reflexión política", la Autora muestra cómo es posible volver a

investigaciones 1 (1997).

destilar la esencia vital de estos conceptos tradicionales, y usarlos para valorar la posición actual y recuperar un marco de referencias para el futuro ("la tradición y la época moderna"; "el concepto de historia: antiguo y moderno"; "¿qué es la autoridad?"; "¿qué es la libertad?"; "la crisis en la educación"; "la crisis en la cultura: su significado político y social"; "verdad y política"; "la conquista del espacio y la estatura del hombre").

Biblioteca Central, F 3193.

[2]

BOVINO, Alberto (Abogado -Universidad Nacional de Buenos Aires-, Master en Derecho - Universidad de Columbia, Nueva York-, profesor de Derecho Penal -Universidad Nacional de Buenos Aires y Universidad de Palermo), *Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco*, Ed. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996, 216 pp.

El Autor parte de una valoración positiva del reciente Código Procesal Penal de Guatemala, "texto legal de inmensas posibilidades para dar algún grado de racionalidad a las prácticas cotidianas de la administración de justicia penal de países como los de América Latina", máxime ante modelos que, como el argentino, resultan demasiado antiguos ("decimonónico en su estructura"). Después de una introducción sobre la aludida reforma procesal penal de Guatemala, desarrolla los siguientes temas: "la prisión preventiva" (requisitos constitucionales, principio acusatorio, efecto de los recursos); el "principio de oportunidad, la conversión de la acción y la suspensión condicional de la persecución" (institución novedosa que privilegia la solución compositiva sobre el interés en aplicar una sanción de contenido punitivo); el "procedimiento abreviado" (otra institución novedosa que introduce el consenso sobre las reglas procesales para la solución de un caso, y su aplicación en del derecho estadounidense, etc.); y "el sistema de la sana crítica y el recurso de apelación especial". La Obra contiene, asimismo, una serie de casos hipotéticos.

Biblioteca Central, J 2751.

[3]

CANNATA, Carlo Augusto *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, (título original: "Histoire de la jurisprudence européenne"), traducción de Laura Gutiérrez-Masson, Ed. Tecnos, Madrid,

investigaciones 1 (1997).

1996, 242 pp.

Concebida en una dimensión histórico-comparatista, la Obra ofrece un análisis de la evolución del pensamiento jurisprudencial romano y de su influencia en la formación de la jurisprudencia europea medieval y moderna. Dicho pensamiento es estudiado a través de diferentes períodos, entre ellos: el arcaico, el clásico, el postclásico (la época epiclásica y el paso de la Antigüedad a la Edad Media). En lo que respecta a dicha influencia, el Autor estudia la evolución de la jurisprudencia romanista en la Europa continental, la recepción en Alemania y el “usus modernus pandectarum”, la unificación del derecho privado en Francia con la redacción de las costumbres, la escuela Histórica y la escuela de Pandectas, para finalizar con el estudio de la formación del Common Law y de la Equity en Inglaterra.

Biblioteca Central. P. 949.

[4]

CARCABA FERNANDEZ, María (Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Civil - Universidad de Oviedo), *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Ed. J.M. Bosch S.A., Barcelona, 1995, 190 pp.

La Autora señala la dificultad de subsumir los variados resultados de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la tradicional regulación de la filiación contenida en el Código Civil español que, pese a su última reforma de 1981, no afrontó estas cuestiones. Por ello, realiza un estudio de la Ley de 35/1988, a través de su polarización en los tres pilares básicos de las técnicas de reproducción (inseminación artificial, fecundación “in vitro” y maternidad subrogada o de alquiler). Se analizan la inseminación artificial homóloga, heteróloga, “post mortem” y de la mujer sola; la fecundación “in vitro” y el estatuto jurídico de los embriones sobrantes; la maternidad subrogada o de alquiler, y la responsabilidad civil derivada de las prácticas en cuestión. Son estudiadas, también, las soluciones dadas en el derecho comparado y en la legislación catalana.

Biblioteca Central. E. 1858.

[5]

COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Derecho Internacional relativo a la conducción de las hostilidades. Compilación de convenios de La Haya y de algunos otros instrumentos jurídicos*. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra 1990, Edición puesta al día,

investigaciones 1 (1997).

1996, 223 pp.

Compilación de tratados de derecho internacional que rigen la conducción de las hostilidades. "La recopilación de leyes, a menudo llamada 'derecho de La Haya', es particularmente importante para paliar el efecto del conflicto armado; ya que reglamenta y limita los métodos y medios de hacer la guerra (terrestre, marítima y aérea) utilizados por las partes en conflicto" (prohibición de determinados proyectiles, balas, minas submarinas automáticas de contacto, gases -asfixiantes, tóxicos o similares-, medios bacteriológicos, armas trampas, láser cegadoras y técnicas de modificación ambiental con fines hostiles, entre otras). Contiene, asimismo, los instrumentos internacionales relativos a los derechos y deberes de las potencias y personas neutrales.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[6]

DE MULINEN, Frédéric (Coronel, licenciado en derecho y diplomado de Estado Mayor Suizo), *Manual sobre el derecho de la guerra para las fuerzas armadas* (título original: "Handbook on the Law of War for Armed Forces"), Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1991, 258 pp.

El Autor expone el régimen jurídico aplicable a los conflictos armados y la consecuente responsabilidad por parte de los Estados en caso de incumplimiento. Comenta diversos instrumentos internacionales, v.gr. los Convenios de La Haya de 1907, 1949 y 1954, los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra y el Convenio sobre ciertas armas convencionales de 1977 y 1980. Enuncia asimismo, los principios, normas y procedimientos basados en las disposiciones de los tratados. También hace referencia a determinadas normas consuetudinarias, como a tendencias aparecidas en la práctica de los Estados. El manual se divide en diez títulos, a saber: nociones básicas del derecho de la guerra, gestión de los conflictos armados, responsabilidad del mando, ejercicio del mando, conducción de las operaciones, comportamiento en la acción, transportes, zonas de retaguardia, ocupación, neutralidad e identificación.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[7]

FELIU, José María Gimeno (Profesor Asociado de Derecho Administrativo -Universidad de Zaragoza), *El Control de la Contratación Pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, 168 pp.

El Autor efectúa una reflexión sobre el efectivo control en la aplicación del nuevo régimen jurídico de la Contratación Pública en España (Ley de Contratos Administrativos del 18 de mayo de 1995), basado en dos aspectos: por un lado la viabilidad o no del sistema de garantías jurídico-públicas en cuanto instrumento necesario para garantizar la efectiva operatividad del nuevo marco normativo de contratación; y por el otro, la adecuación del ámbito de aplicación y la necesidad de una interpretación rígida que evite “fugas” no deseadas. La Obra analiza la normativa comunitaria europea sobre contratación pública; el papel de la Unión Europea en la unificación y vertebración del Derecho de la Contratación Pública en el mercado único; a la vez que detalla los principios básicos para garantizar la objetividad y el respeto a la libre competencia. Es estudiado, especialmente, el régimen de los recursos jurídico-públicos como sistema de garantías en el ámbito de dicha comunidad y de otros países europeos.; y el problema de la “privatización de la Administración como mecanismo de fuga de los controles de la contratación pública.

Biblioteca Central. A. 1465.

[8]

GUIBERNAU, Monstserrat (*Research Fellow* en el *Centre for Research in Ethnic Relations* - Universidad de Warwick), *Los nacionalismos* (título original: “The Nation-State and Nationalism in the Twentieth Century”), traducción de Carles Salazar, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, 198 pp.

La Obra comienza con un estudio del nacionalismo en la teoría social clásica, a partir de las obras de Henrich von Treitschke, Karl Marx, Émile Durkheim y Max Weber. A su vez, examina la dimensión política del nacionalismo como fenómeno moderno ligado al auge del estado-nación en el siglo XVIII, comenzando por el estudio del estado-nación y las ideas que condujeron al surgimiento del nacionalismo en Europa occidental; la relación entre éste y el estado-nación; y su papel en el discurso moderno de la legitimidad política. Luego, se centra en la formación de la identidad nacional desde tres aspectos: el desarrollo de la imprenta y su función en la expansión y consolidación de las lenguas vernáculas, la relación entre identidad nacional y cultura, y la función que cumplen el simbolismo y el ritual en el establecimiento e incremento de los sentimientos nacionales. El nacionalismo, el racismo y el fascismo, es otro de los capítulos, que es seguido por el de las “naciones sin estado” y el de los “estados sin nación”. Finalmente, después de considerar los procesos de “globalización”, el Autor establece las características del nacionalismo contemporáneo en comparación con las expresiones nacionalistas de finales del siglo XIX y principios del XX.

investigaciones 1 (1997).

Biblioteca Central. F. 3205.

[9]

LOIS CABALLÉ, Ana Isabel (Profesora Ayudante de Derecho Mercantil -Universidad de Valencia), *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, 286 pp.

Desde un punto de vista práctico, la Autora analiza los presupuestos objetivos de la responsabilidad civil del fabricante por la circulación de productos potencialmente dañosos para el consumidor, a la luz de la Directiva 85/374/CCE, de los Convenios supranacionales del Consejo de Europa (v.gr. responsabilidad derivada de los productos en caso de lesiones corporales o de muerte del 27 de enero de 1977), de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos -del 2 de octubre de 1973-, y de la legislación de España y de otros estados miembros de la Comunidad que han transpuesto la nombrada Directiva, como ser Francia, Italia y Bélgica. La Obra se detiene en el concepto y definición de “producto”, los “defectos” del producto, la prueba del “defecto” y de la relación de causalidad con el daño, y la exclusión de la responsabilidad del productor.

Biblioteca Central. C. 3760.

[10]

PICTET, Jean (Miembro del Comité Internacional de la Cruz Roja), *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986, 113 pp.

Se trata de una obra desarrollada a partir del curso dictado por el Autor en la Universidad de Estrasburgo, en el marco de la Reunión de Enseñanza organizada por el Instituto Internacional de Derechos Humanos. Considera que el derecho humanitario “es esa considerable porción del derecho internacional público que se inspira en el sentimiento de humanidad y que se centra en la protección de la persona en caso de guerra”. Estudia, así, la evolución del pensamiento humanitario y su práctica por parte de los Estados desde la antigüedad hasta los tiempos modernos; la elaboración de los Convenios Humanitarios (v.gr. el Convenio de Ginebra para la protección de los heridos de guerra, el estatuto de los prisioneros de guerra, el Convenio marítimo, la protección de las personas civiles contra la arbitrariedad, los conflictos internos y el derecho de la guerra) y su

investigaciones 1 (1997).

aplicación. Finalmente, analiza la naturaleza del Derecho Internacional Humanitario, y sus principios (principios fundamentales, comunes, aplicables a las víctimas de los conflictos, y propios de la guerra).

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[11]

SWINARSKI, Cristophe (Delegado Regional para Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay del Comité Internacional de la Cruz Roja), *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional para la protección de la persona humana*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1990, 102 pp.

La Obra está dedicada al desarrollo de las nociones básicas del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana ante conflictos que atenten contra la vigencia de los derechos fundamentales. Expone la vinculación entre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario -ubicando a este último dentro del Derecho Internacional Público-, y señala los elementos principales de convergencia y divergencia en el ámbito de aplicación de uno y otro, su relación y complementariedad. Por otra parte, expone, respecto del Derecho Internacional Humanitario, sus orígenes, funciones, contenido -instrumentos del "Derecho de La Haya" y codificaciones del "Derecho de Ginebra"-, ámbito de aplicación (situacional, temporal y personal), como así también sus mecanismos específicos de implementación mediante procedimientos propios, como ser medidas preventivas, de control y represivas (sanciones). Por otra parte, trata las funciones y competencias del Comité Internacional de la Cruz Roja como instrumento de actuación internacional humanitaria

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[12]

URRACA MARTINEZ, Salvador y otros, *Eutanasia hoy. Un debate abierto*, Ed. Noesis, Madrid, 1996, 495 pp.

Se trata de una obra colectiva que aborda el tema de la eutanasia en cuatro partes: I. Aspectos generales: 1. Concepto y contexto; 2. Historia de la eutanasia; 3. SIDA y eutanasia: más allá de la responsabilidad individual; 4. Sufrimiento humano y eutanasia; 5. La eutanasia en Holanda y el

investigaciones 1 (1997).

suicidio asistido en EE.UU.; 6. Eutanasia y aspectos humanos en el morir; 7. La pendiente resbaladiza en las decisiones médicas concernientes a la eutanasia. II. Aspectos legales: 8. Eutanasia, constitución y derecho penal; 9. La eutanasia en el derecho comparado y en el código penal español; 10. Perspectivas constitucionales y político-criminales sobre la legalización de la eutanasia; 11. Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales. III. Aspectos bioéticos: 12. Eutanasia: estado de la cuestión; 13. Comités de ética y eutanasia; 14. Decisiones éticas conflictivas en torno al final de la vida; 15. Calidad de vida en enfermos terminales y eutanasia; 16. La intervención de enfermería: criterios éticos de actuación. IV. Alternativas: 17. La asistencia domiciliaria a enfermos terminales y la eutanasia; 18. Tanatología comportamental, cuidados de calidad y eutanasia; 19. Enfermería y los cuidados al final de la vida; 20. La asistencia espiritual a los enfermos terminales y a sus cuidadores; 21. Decisiones conflictivas en la unidad de cuidados intensivos: ¿Eutanasia y distanasia o asistencia integral en la agonía?. La obra, se cierra con un epílogo: la muerte dignificada; y dos anexos: 1. El nuevo Código Penal y la eutanasia. 2. El final de la vida en Internet.

Biblioteca Central. E. 1857.



investigaciones 1 (1997).