



2[1997]

INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMPARADO

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

[1]

ABOGADOS. EJERCICIO DE LA PROFESIÓN. COLEGIACIÓN. CIUDADANÍA. DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y ANTE LA JUSTICIA. LIBERTAD DE TRABAJAR. LIBERTAD DE INICIATIVA (JURISPRUDENCIA/CROACIA).

El hecho de que la inscripción en el colegio y, por consecuencia, el ejercicio de la profesión de abogado estén condicionados a la posesión de la ciudadanía croata, no es contrario a los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a la igualdad ante la justicia, a la libertad de trabajar y a la libertad de iniciativa (*entreprendre*).

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 17-1-1996, U-III-509/1995, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, p. 34. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[2]

ACTO ADMINISTRATIVO. CONTROL JUDICIAL. PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LEGITIMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. LÍMITES. DERECHO DE DEFENSA. ACCESO A LA JURISDICCIÓN. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. CÁRCELES. SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a solicitud del Ministerio Fiscal, declaró ilegal la medida de aislamiento provisional dictada contra un interno por la Administración Penitenciaria. La Administración del Estado -en la que se integra la Administración Penitenciaria- interpuso, contra dicha decisión, recursos de reforma y subsidiario de apelación que le fueron denegados por falta de legitimación; con posterioridad, la Audiencia Provincial respectiva rechazó el recurso de queja contra la aludida denegación. En tales condiciones, el Abogado del Estado dedujo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional con base en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución).

2. Sentencia:

2.1. Si bien la legislación penitenciaria reserva a la Administración ciertas funciones y le faculta para adoptar las medidas pertinentes en materia de régimen penitenciario con la finalidad de “garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada” en el Centro Penitenciario, al mismo tiempo “ha asegurado la judicialización de la ejecución de las

penas a través del sistema de control judicial (previo o posterior, según los casos) y cuyo adecuado funcionamiento es no sólo la garantía de conformidad a la Ley de la actividad penitenciaria, sino también de la protección de los derechos fundamentales de los detenidos". Ello deriva, claramente, de las funciones atribuidas al juez de Vigilancia Penitenciaria. Y de ello resulta, en definitiva, que la actividad de la Administración Penitenciaria está "subordinada en su ejercicio a la autoridad judicial".

2.2. El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra reconocido a "todas las personas" tanto privadas como públicas, incluido el propio Estado. Empero, no cabe trasladar íntegramente a las personas jurídicas de Derecho público la doctrina construida en relación con la tutela judicial de las personas privadas. Dicha doctrina parte de la concepción de los derechos fundamentales como garantías de los particulares frente al poder público y desnaturalizaría esta concepción la tesis simplificadora que sostuviera que los entes públicos gozan, en paridad de condiciones con los particulares, de un derecho constitucional subjetivo en cuya virtud el legislador venga obligado, en todos los casos, a establecer recursos judiciales para que dichos poderes defiendan sus propios actos frente a los que, afectándolos, hayan sido adoptados por otros órganos o personas públicas.

Si existe una vía judicial preestablecida por la ley, es incuestionable que los órganos jurisdiccionales deberán respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que este imperativo pueda ser excepcionado cuando quien reclama la prestación jurisdiccional es un ente público. Sin embargo, en el supuesto en que sea la propia ley, y no la autoridad judicial que la aplica, la que impide al ente público acudir a la jurisdicción para pretender la nulidad o revocación de un acto adoptado por otro ente público, no siempre podrá hablarse de indefensión; pues si éste ejerce funciones de control de la legalidad de determinados actos de los Entes públicos, realizando una tarea estrictamente objetiva y ajena a toda controversia de intereses, en tales supuestos la decisión de estos órganos públicos, garantes de la legalidad de los actos de otros órganos igualmente públicos, no compromete ni incide en el interés legítimo de estos últimos, dado que en modo alguno puede sostenerse que el ordenamiento jurídico reconozca un interés público para llevar a cabo una actividad pública que es calificada de contraria a la legalidad por órganos especialmente encargados por la ley de su control. Por tanto, en tales casos, la falta de recurso jurisdiccional frente a estos actos de control no menoscaba el derecho a la tutela judicial del poder público cuya actuación es revisada por el órgano de garantía, pues del art. 24.1 de la Constitución no cabe extraer un genérico mandato al legislador que le obligue a atribuir a los poderes públicos derecho a acceder a la jurisdicción para defender su actuación frente a lo resuelto por el órgano llamado a cumplir la exclusiva función de garantizar la legalidad.

2.3. En suma, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ejerce funciones de control de legalidad de los actos de la Administración en materia de régimen penitenciario. Y el legislador puede disponer, sin que ello menoscabe el derecho a la tutela judicial efectiva de dicho poder público, que esa actuación de la Administración sea controlada por dichos órganos judiciales. Por tanto, se deniega el amparo solicitado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia del 11-09-1995, nº 129/1995, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 43, septiembre-diciembre 1995, p. 1.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[3]

ACTO ADMINISTRATIVO. SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN. NATURALEZA. EFECTOS. CONTROL JUDICIAL. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD. ACCIÓN DE AMPARO ANTE EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN. DISTINCIÓN ENTRE LA ACCIÓN CONTENCIOSOADMINISTRATIVA Y LA DE AMPARO (JURISPRUDENCIA/ EL SALVADOR).

1. El control judicial de la actividad administrativa descansa sobre la base de un acto o decisión administrativa, constituyéndose el acto mismo en presupuesto objetivo y necesario.

2. La institución del silencio administrativo se erige como una garantía de los particulares frente a la demora en la admisión o a dar respuesta de una petición que se formule.

3. El silencio administrativo debe de entenderse como una presunción legal de consecuencias procesales que posibilita la revisión judicial del acto administrativo desestimatorio por inactividad de la administración.

4. El silencio administrativo es una ficción cuyo efecto es suplir la omisión o falta de resolución previa para habilitar la vía judicial, y en cuya virtud debe entenderse que lo que el administrado ha pretendido fue denegado, como si en realidad hubiera mediado resolución administrativa expresa.

5. Para el ejercicio de la acción contenciosoadministrativa fundada en la denegación presunta de una petición, deben de concurrir copulativamente los siguientes aspectos: a) que el administrado haya formulado una petición a funcionario, autoridad o entidad competente; b) que el funcionario, autoridad o entidad a quien se ha dirigido la petición, no haya hecho saber su decisión al interesado en el plazo de 60 días, contados desde la presentación de la solicitud; y c) que lo impugnado sea el acto administrativo desestimatorio presunto originado en virtud de la actitud silente de la administración.

6. El silencio de la Administración, en la jurisdicción contenciosoadministrativa, presupone una decisión denegatoria de la petición, que posibilita por consiguiente la

revisión judicial de dicho acto desestimatorio para considerar si con el mismo se ha infringido el orden legal y por consiguiente declarar su legalidad o ilegalidad. Cuestión distinta ocurre en el ámbito de la jurisdicción constitucional, esfera en la que dicho silencio, en tanto tipifica una omisión que trasunta violación al derecho de petición que consagra el art. 18 de la Constitución, es susceptible de atacarse mediante la correspondiente acción de amparo a efecto de lograr que la administración resuelva y haga saber lo resuelto al interesado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR -Sala de lo Contencioso Administrativo-, asunto 2-T-92, en *Separata de la Revista Judicial 2 -Quince años de jurisdicción contenciosoadministrativa-*, San Salvador, junio 1995, p. 119. V., asimismo, las decisiones de dicha Sala, en los asuntos 53-R-91, 32-G-92 y 34-M-86, en op. y loc. cit., pp. 102, 110 y 568, respectivamente.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[4]

ASOCIACIONES PROFESIONALES. SINDICATOS. LIBERTAD DE ASOCIARSE. TRABAJADORES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DERECHO DE DAR INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

La libertad de constituir asociaciones profesionales, especialmente sindicatos, garantizada por el art. 9.3. de la Ley Fundamental, no se limita a las actividades indispensables para la existencia de dichas organizaciones. Hacer publicidad por estas últimas en el seno de una empresa forma parte integrante de la mencionada libertad (el caso fue planteado por un trabajador apercibido por el empleador en razón de haber dado información sobre un sindicato a un compañero de trabajo durante la jornada laboral).

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 14-11-1995, n° 1 BvR 601/92, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, p. 15.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[5]

CONDICIONES MÍNIMAS DE EXISTENCIA. DERECHOS NO ENUMERADOS.

La Constitución Federal no contiene explícitamente el derecho a condiciones mínimas de existencia, pero la jurisprudencia del Tribunal Federal reconoce derechos constitucionales no escritos. El derecho a condiciones mínimas de existencia está garantizado por el derecho constitucional federal no escrito.

Lo extranjeros pueden igualmente invocar este derecho, independientemente de su situación, desde el punto de vista de la policía de extranjeros.

TRIBUNAL FEDERAL DE SUIZA (2da. Corte de Derecho Público), sentencia del 27-10-1995, *V. contre Commune X. et Conseil exécutif du canton de Berne*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, p. 117.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[6]

CORTES SUPREMAS. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. PODER LEGISLATIVO. ESTATUTOS Y REGLAMENTOS INTERNOS. OBLIGATORIEDAD (JURISPRUDENCIA/NICARAGUA).

1. Antecedentes del caso: se interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el decreto 1598 -Reforma al Estatuto General de la Asamblea Nacional (**EGAN**) y su Reglamento Interno- pues la Junta Directiva (órgano de la Asamblea Nacional -**AN**-), en la sesión en que se dictó la norma, actuó sin el quórum previsto por el **EGAN**. Asimismo, se solicitó la nulidad de todos los actos dictados con posterioridad a la mencionada sesión, entre otros: privatizaciones, indultos globales, la destitución de directivos de la **AN**, etc.

2. Sentencia:

La Constitución Política, en cuanto a la impugnación por la vía del recurso por inconstitucionalidad, no distingue entre “decretos legislativos” o “ejecutivos”; simplemente señala “decretos-leyes” o “decretos”, sin especificar si provienen de la administración pública o del órgano legislativo, siendo únicamente la contradicción con la Carta Magna lo que determina el ejercicio del control constitucional a que este Supremo Tribunal está facultado para mantener la supremacía de la Constitución enunciada en su art. 182: “La Constitución Política es la Carta fundamental de la República, las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren”.

Del análisis del mencionado decreto 1598, el Tribunal considera que éste se opone a

la Constitución Política, ya que: a) atenta contra los Derechos Humanos, la Constitución y la garantía del debido proceso, al disponer la destitución de dos directivos de la AN sin formularles cargos ni oírlos siquiera para su legítima defensa; y b) viola claramente el principio constitucional de la irretroactividad de la ley, al pretender aplicar retroactivamente las reformas establecidas.

Se alega que el **EGAN** no es ley de la República y que fue declarado parcialmente inconstitucional en sentencia n° 170, lo cual es absolutamente cierto, tanto como lo manifestado por el Tribunal en la citada sentencia: “aunque no puede considerarse como una ley, el **EGAN** sí vale como norma interna para regular los procedimientos formales de la misma, sin trascender a lo exterior” ... “es incuestionable el derecho que tiene la AN para decretar su propio Estatuto y su Reglamento Interno, pero en ellos tan sólo puede regular lo propio, lo interno, los procedimientos a que debe sujetar sus actuaciones; la integración de su Junta Directiva, su período... etc.”. Es con base en estas consideraciones, que sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento por parte de los Diputados aunque carezcan de la categoría de ley, porque no obligan a terceros (sentencia 107 cit.).

Se ha dicho que existe jurisprudencia de esta Corte en el sentido de que la AN es soberana para tomar sus propias decisiones en el marco de los procedimientos que establece la Constitución, y soberano, además, el Plenario de la AN para tomar cualquier decisión aún en contra de la Junta Directiva. Lo primero es innegable, lo segundo, empero, es inaceptable, ya que la Junta Directiva es el órgano rector y director de la AN electo por ésta y encargado de velar por su buena marcha: ¿cuál sería el objeto entonces de elegir a una Junta Directiva si la AN, es decir el Plenario, no está sujeto a sus decisiones?

El **EGAN** y el Reglamento Interno son de cumplimiento obligatorio por todos los organismos que conforman la AN, sean estos el Plenario, la Junta Directiva, las Comisiones Permanentes y Especiales, y las Bancadas, que juntos conforman ese poder del Estado; y si el **EGAN** y el Reglamento Interno son ley interna de obligatorio cumplimiento para la AN, el violarlos constituye una infracción al principio de legalidad establecido por el artículo 183 de la Constitución, en la inteligencia que ningún poder del Estado, Organismo de Gobierno, o Funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política y las leyes de la República, lo que se refuerza con el artículo 130 de la Constitución que establece el principio de no existir privilegios especiales en el ejercicio del cargo, ya que ningún cargo concede al que lo ejerce más funciones que las que les conceden la Constitución y las leyes.

Por ello, se declara inconstitucional el decreto legislativo 1598 y la nulidad de todos los actos, actuaciones legislativas, elecciones, nombramientos, leyes, decretos y resoluciones aprobadas por la AN con posterioridad al mencionado decreto.

Nota de la Secretaría: la sentencia contiene una disidencia de tres magistrados respecto a la nulidad de los actos aprobados por la AN posteriores al dictado del decreto cit., en la que se argumenta que a través del Recurso de Inconstitucionalidad de una ley, decreto, decreto-ley o reglamento, la Corte Suprema de Justicia únicamente puede conocer de las violaciones de la

Constitución Política contenidas en la disposición o disposiciones impugnadas por dicho recurso y la declaración de inconstitucionalidad tendrá por efecto la inaplicabilidad de la norma a partir de la sentencia que la establezca (art. 18 de la Ley de Amparo). Tampoco la Ley de Amparo faculta a la Corte a declarar nula las actuaciones de otro Poder del Estado por violaciones de su normativa interna, a través de un recurso de inconstitucionalidad. Ni aún con base en la facultad que le otorga el inc. 12 del art. 164 de la Constitución -atribución de conocer y resolver los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado- podría la Corte actuar como ahora lo hace, pues en este caso no se trata de un conflicto entre poderes sino de un conflicto de carácter interno y privativo de la AN. Si se ha violado alguna disposición del EGAN y su Reglamento Interno, tal como sostiene la mayoría, se trata de violación a leyes secundarias y no de violaciones constitucionales directas, que es el criterio que la Corte ha mantenido en constante jurisprudencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NICARAGUA, sentencia del 7-1-1997, n° 1, en *Justicia*, órgano informativo del Poder Judicial de Nicaragua, Managua, enero-febrero de 1997, año 3, n° 7, pp. 31/32.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[7]

CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. GENOCIDIO. INCRIMINACIÓN. COMPLICIDAD. NAZISMO. JUDÍOS. TRIBUNAL DE NUREMBERG. RECURSO DE CASACIÓN (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: la Sala de Acusación de la Corte de Apelación de Bordeaux consideró, entre otros motivos, que: a) entre junio de 1942 y agosto de 1944, mil quinientas sesenta personas, entre ellas numerosos niños, de origen judío, fueron llevadas de Bordeaux a Drancy, para después ser deportadas a Auschwitz, donde la mayor parte fue muerta, sea por sometimiento a tratos inhumanos, sea por haber sido exterminados; b) que los arrestos, secuestros e internaciones ilegales, ejecutados por orden de las autoridades alemanas -especialmente el SIPO-SD-, habrían sido realizados con el concurso activo del procesado, X, a la sazón secretario general de la prefectura de Gironde, que tenía autoridad sobre los servicios prefecturales y de policía y gendarmería, y de los servicios derivados de la guerra, como el de Cuestiones Judías; c) que este último servicio habría aportado plenamente su concurso a las actividades arriba indicadas, y asegurado al máximo la eficacia de las medidas antijudías de su competencia; d) que X habría librado órdenes de internación y transferencia de personas a Drancy (entre julio de 1942 y mayo de 1944), conocido con precisión la política antijudía seguida por el gobierno de Vichy después de la firma del armisticio, aceptado su afectación a la prefectura de Bordeaux con conocimiento de que el servicio de Cuestiones Judías sería puesto bajo su autoridad y tendría la finalidad antes indicada; e) que desde la asunción de sus funciones, X habría adquirido la convicción

de que el arresto, secuestro y deportación de judíos hacia el Este, los conducía ineluctablemente a la muerte, aun cuando pudo ignorar las condiciones exactas de sus sufrimientos últimos y los medios técnicos utilizados para darles muerte; f) que los arrestos secuestros y deportaciones mencionados tuvieron como víctimas a personas escogidas en razón de su pertenencia a la “raza judía” o a la religión israelita, y fueron decididos por los servicios del SIPO-SD, organización del Estado nacional-socialista declarada criminal por la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1-10-1946); g) que el concurso activo personal y con conocimiento de causa que habría aportado X para la ejecución de los aludidos hechos criminales de dichos servicios, se inscribiría en el cuadro de un plan concertado por cuenta de la Alemania nazi, país del Eje que practicaba una política de hegemonía ideológica; h) que X no puede invocar las instrucciones dadas por las autoridades francesas en Londres (8-1-1942) -demandando a los funcionarios residentes en Francia de mantenerse en sus puestos pero obstaculizando en lo posible las órdenes de los ocupantes- en la medida en que esas directivas no tenían más que un carácter motivante y no podían justificar operaciones tendientes a la deportación de personas; i) que tampoco X puede argüir la causa de irresponsabilidad derivada de la coacción, no habiendo tenido las presiones de las autoridades alemanas una intensidad susceptible de abolir su libre arbitrio y no habiendo sido jamás ejecutada ninguna amenaza de represalia contra funcionarios franceses; j) que X no puede prevalerse del orden legal o de las disposiciones de su superior jerárquico, siendo en todo caso manifiesta la ilegalidad de una orden relativa a la comisión de un delito contra la humanidad, ni de la responsabilidad propia de sus subordinados; k) que la calidad de miembro de la Resistencia invocada por X, no permite excluir que haya aportado, libremente y con conocimiento, un concurso personal a los actos criminales perpetrados por los nazis contra los judíos. En consecuencia, la citada Sala de Acusación resolvió (18-9-1996) enviar el caso a conocimiento de la Corte en lo Criminal de Girona, acusando a X de complicidad en crimen contra la humanidad. Ello dio lugar al recurso de casación del acusado.

2. Sentencia: dado el conjunto de los fundamentos antedichos, que caracterizan, suficientemente y sin contradicción, actos de complicidad en el sentido de los arts. 121-7 del nuevo Código Penal (y art. 60 del código anterior), que habrían sido cometidos para preparar o consumar arrestos y secuestros arbitrarios, así como asesinatos o tentativas de éstos, crímenes de derecho común constitutivos de crímenes contra la humanidad cuya existencia no es controvertida, la decisión impugnada no causa los agravios alegados. En efecto, las cámaras de acusación aprecian soberanamente si los hechos, admitidos como cargos contra las personas investigadas, son constitutivos de una infracción en todos sus elementos legales, tanto materiales como intencionales, y la Corte de Casación no tiene sino el poder de verificar, supuestos los hechos establecidos, si su calificación justifica el sometimiento de la causa a la jurisdicción de juzgamiento. Este supuesto se da en el presente caso. Además, los agravios, especialmente en lo que atañen a la última alínea del art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional cit., deben ser rechazados, pues dicha

norma no exige que el cómplice de crímenes contra la humanidad haya adherido a la política de hegemonía ideológica de los autores principales, ni que haya pertenecido a una de las organizaciones declaradas criminales por el Tribunal de Nuremberg.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala en lo Criminal), sentencia de 23-1-1997, X..., en *Recueil Dalloz*, París, 1997, n° 12, jurisprudencia, pp. 147/148, c/ nota de **PRADEL, Jean** (Profesor de la Facultad de Derecho de Poitiers), pp.148/149.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[8]

DEBIDO PROCESO ADJETIVO. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DEMORA JUDICIAL O ADMINISTRATIVA. DENEGACIÓN DE JUSTICIA (JURISPRUDENCIA/ COLOMBIA).

Uno de los principios que integran el debido proceso, consiste en que tratándose de actuaciones judiciales o administrativas, éstas, fuera de ser públicas, se cumplan “sin dilaciones injustificadas”, o sea que el trámite se desenvuelva con sujeción a la legislación ritual legalmente establecida y, por ende, con observancia de los pasos y términos que la normatividad ha organizado para los diferentes procesos y actuaciones administrativas. Las personas no sólo tienen derecho a acceder a la justicia, sino además a que sus súplicas o peticiones se impulsen y decidan con acatamiento diligente de los “términos procesales” (art. 29 y 228, Constitución Nacional), puesto que la justicia tardía es la máxima injusticia, es una especie de denegación de la misma.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA -Sala de Casación Civil-, sentencia del 15-2-1995, proceso civil 1937, en *Acción de Tutela*, extractos de sentencias 1, primer trimestre de 1995, Bogotá, p. 176; v. asimismo: sentencia del 21-2-1995, proceso civil 1963, en p. 210.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[9]

DECLARACIÓN DE BIENES. OBLIGATORIEDAD. FUNCIONARIOS. LEGISLADORES. DIPUTADOS. ACCESO A LA INFORMACIÓN. OPOSICIÓN AL ACCESO. DERECHO A LA INTIMIDAD (JURISPRUDENCIA/PORTUGAL).

1. Antecedentes del caso: según la legislación, todos los ciudadanos pueden consultar las declaraciones de patrimonio y de réditos que los titulares de cargos públicos deben enviar al Tribunal Constitucional. Sin embargo, si existen motivos relevantes,

especialmente en el interés de otras personas, el titular de la carga puede oponerse a dicha consulta y corresponde al Tribunal decidir sobre la existencia de dichos motivos. En el caso, un diputado se opuso al acceso a su declaración de réditos, invocando una “razón de principios”: el derecho a la protección de la intimidad de la vida privada y familiar, dado que todo su patrimonio se componía de los lugares de su residencia personal y familiar.

2. Sentencia: sobre el plano subjetivo, el derecho fundamental a la vida privada debe ser igualmente reconocido a los titulares de cargos políticos.

En el plano objetivo, en lo que concierne a su contenido, este derecho no cubre solamente el aspecto más íntimo de la vida personal sino también otros aspectos de la vida privada de las personas, comprendiendo los aspectos de naturaleza material, económica o patrimonial.

Si no es posible desconocer a los titulares de cargos públicos, en razón de esta calidad, el derecho constitucional a la vida privada, este derecho no debe tampoco serles reconocido exactamente de la misma manera que respecto de otros ciudadanos. Por un lado, las limitaciones o restricciones al derecho fundamental a la vida privada deben respetar las exigencias constitucionales en esta materia, y especialmente el principio de la proporcionalidad y el respeto de la esencia misma del derecho.

La revelación al público de elementos de naturaleza patrimonial o económica constituye una limitación o una restricción del derecho a la vida privada de los titulares de cargos públicos. Esta limitación no es injustificada a la luz de los valores constitucionales de la transparencia o de la confianza, dentro de la acción política, sobre todo porque la cuestión propuesta concierne a los elementos patrimoniales que son registrables en registros públicos y el valor global de los réditos forma parte de la declaración anual para el impuesto a los réditos de las personas físicas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL (Asamblea Plenaria), sentencia del 14-3-1996, n° 470/96, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, p. 96.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[10]

DERECHO A LA IDENTIDAD. TRANSEXUALES. HOMOSEXUALES. “CAMBIO DE SEXO”. PERSONA HUMANA. ORDEN PÚBLICO. REGISTROS CIVILES (JURISPRUDENCIA/URUGUAY).

1. Antecedentes del caso: el juzgado de familia de primera instancia rechazó la petición de la parte actora de que se rectificase su acta de nacimiento originaria, en lo relativo a nombre y sexo, a partir de la fecha de la intervención quirúrgica “de adecuación

de su apariencia sexual morfológica originaria al sexo psico-emocional-social”, y declaró que la actora -M. Angel S. U. y Angela S. U.- “son una misma y única persona y que psicológicamente y en anatomía artificial aparenta”, con posterioridad a la fecha aludida, “ser de sexo femenino”. El fallo fue confirmado por el Tribunal de Apelaciones respectivo, lo que originó el recurso de casación de la actora.

2. Sentencia:

La negativa de la rectificación peticionada viola derechos esenciales de la persona humana, consagrados por la Constitución de la República y por Convenciones celebradas por ésta.

El derecho es un plexo normativo legal y, por ende, ningún derecho de la persona puede ser obstaculizado en su ejercicio so pretexto de inexistencia de normativa expresa. Ello por cuanto, desde luego, la Carta Fundamental no hizo sino consagrar la filosofía iusnaturalista, de acuerdo con la cual se admite la existencia de derechos del hombre que son anteriores y superiores al Estado del que forma parte.

Entre los derechos esenciales o humanos, propios de la dignidad de toda persona, figuran los derechos de la personalidad, entre los cuales es posible distinguir nítidamente el de su propia identidad. Es un derecho de toda persona humana, cualquiera sea su edad y las motivaciones por las que se pueda atacar ese derecho inalienable, inexpropiable e irrenunciable a su propia identidad. Podría decirse incluso, que es el derecho a su “integridad existencial”; por cuanto el ser humano no trasciende sólo en cuanto ente físico, sino que trasciende como ser existencial.

Una persona debe ser una sola, desde el plano físico y psíquico. Debe estar “integrada” y no, diríase, desgajada en dos: una, que tiene sexo masculino, porque sus órganos genitales, en principio, responden a la definición de tal, y otra, en cambio, que se siente mujer y que piensa como si lo fuera. Porque ello supone una disociación inadmisibles y que rompe esa “integridad existencial” a la que tiene derecho toda persona humana, en tanto su propia dignidad lo requiere, para reconocerse a sí misma.

“Esta es, precisamente, la situación del caso de autos. Por cuanto la parte actora, ‘desde temprana edad (aproximadamente 17 años) ... manifestó una imperiosa afinidad psicológica y emocional con el sexo femenino”.

“Se trata, por lo tanto, de una hipótesis de lo que técnicamente se conoce como ‘transexualismo’ o ‘síndrome de disforia genérica o sexual’ o ‘eonismo’, esto es, el ‘...síndrome que padecen los pacientes que creen permanente e irreversiblemente que pertenecen al sexo opuesto y que desean en forma vehemente cambiar a dicho sexo, por cualquier medio, aun el quirúrgico”.

Hay “en el pensamiento y en el sentimiento de estas personas, un cambio de roles. De ahí, y con referencia al transexualismo masculino, se puede ver que el individuo, prefiere el ‘rol femenino’, ‘...con el convencimiento absoluto de pertenecer a ese sexo a pesar del hecho obvio y doloroso de tener genitales masculinos. Le molesta el desarrollo de las características sexuales primarias y secundarias, las que se convierten en algo tan

repugnante que es posible que recurra al suicidio o a la mutilación”.

En el caso del transexual, “desde la pubertad o adolescencia su atracción sexual se dirige hacia individuos de su misma anatomía sexual pero su sensación de no pertenecer a ese sexo no lo hace percibirse como homosexual sino como heterosexual ...”.

“Situación que exige o para la que se recomienda, en la mayor parte de los casos, según se indica por los especialistas, la cirugía llamada ‘cambio de sexo’”.

Esto último es, justamente, “lo que se efectivizara en el caso de la parte actora. A quien, luego del diagnóstico respectivo, con la intervención de especialistas de distintas áreas, actuando en un equipo multidisciplinario, se le realizó el tratamiento quirúrgico requerido ... Con lo que se ‘identificaron’ ambos sectores de su misma personalidad: el físico y el psíquico, para ‘integrarse’ en una unidad”.

La exacta determinación del sexo “es un diagnóstico complejo y, a veces, difícil de resolver. El mismo, ‘...no puede hacerse por la comprobación aislada de sólo alguno de sus caracteres...’”.

La actora fue incripta como de sexo masculino en mérito al aspecto de sus genitales externos.

Luego debe admitirse la corrección de la partida de nacimiento de la actora para adecuarla a su verdadero sexo y culminar así el proceso de unificación de la persona. Proceso éste que la ciencia admitió como válido, para solucionar el problema que el propio derecho -con sus limitaciones- originó, al exigir en un momento prematuro determinar el sexo de una persona, cuando ello debiera ser -en verdad- constatado muy posteriormente.

Asimismo, “no existen interesados a quienes afecte el cambio pretendido”.

“Distinto sería, por ejemplo, si el pretensor fuera una persona casada o con hijos de filiación legítima o natural reconocidos o dados por reconocidos”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL URUGUAY, sentencia del 5-5-1997, n° 139, autos *Samuel Ubal, Miguel Angel - Acción de reclamación de identidad sexual - CASACION*.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado

[11]

DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD ANTE LA APLICACIÓN DE LA LEY. JURISPRUDENCIA. CAMBIO (JURISPRUDENCIA/ COLOMBIA).

“El derecho de igualdad ante la ley abarca dos hipótesis claramente distinguibles: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La primera, está dirigida a impedir que el legislador o el ejecutivo en ejercicio de su poder reglamentario, concedan un tratamiento jurídico diferente a situaciones de hecho iguales, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable. La segunda, en cambio, vincula a los jueces y los obliga a aplicar las normas de manera uniforme a todos aquellos que se encuentren en la misma

situación, lo que excluye que un mismo órgano judicial modifique arbitrariamente el sentido de sus decisiones anteriores, sin ofrecer una justificación razonable (Corte Constitucional, sentencia T-238 del 23 de junio de 1993)".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA -Sala de Casación Civil-, sentencia del 22-3-1995, proceso civil 2042, en *Acción de Tutela*, extractos de sentencias 1, primer trimestre de 1995, Bogotá, p. 357.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[12]

DERECHO AL HONOR. COLECTIVIDADES. PUEBLOS. GRUPOS. LEGITIMACIÓN. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. CENSURA PREVIA. RESPONSABILIDAD DEL DIRECTOR. RESPONSABILIDAD DEL EDITOR. CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES. JUDÍOS. NAZISMO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. RAZAS. MENORES. DEFORMACIÓN. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: dos asociaciones formularon sendas denuncias y querrelas contra el director y el editor de la publicación "Hitler=SS", por la comisión de los delitos de injurias graves y de escarnio de confesión religiosa. Admitidas que fueron, se procedió al secuestro de la edición y sus moldes. Concluida la instrucción y remitidas las actuaciones al juez penal, se dictó sentencia condenando al ahora demandante de amparo como autor del delito de injurias, a las penas de un mes y un día de arresto menor y cien mil pesetas de multa, con dieciséis días de arresto sustitutorio en caso de impago, así como al abono de las costas procesales. El recurrente funda su pretensión en que la creación y publicación del álbum en cuestión, se enmarca en el renacimiento en Europa de ideas y corrientes de claro contenido neonazi y revisionarias de los acontecimientos históricos acaecidos durante la segunda guerra mundial, concretamente de la existencia de un genocidio y de la planificación de un exterminio de las razas consideradas inferiores o subordinadas a la aria, como era, entre otras muchas, la judía, pero que en modo alguno pueden identificarse las expresiones o manifestaciones contenidas en la obra con la ideología o pensamiento propio de sus autores y de los directores que hayan podido adquirir los derechos para su edición. La decisión de un director de revista de publicar un trabajo ajeno, por discutible o polémico que fuera, jamás puede abocar a una condena penal por la comisión de un delito de injurias, puesto que ello coarta irreparablemente su libertad ideológica y de expresión amparada constitucionalmente. A su vez, corrido traslado para alegar, ambas asociaciones afirman que en la demanda de amparo se plantea un conflicto entre las libertades reconocidas por la Constitución, en concreto, la libertad de expresión y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, como es el del honor, inherente a la

dignidad de las personas que sufrieron los horrores en los campos de exterminio del nacionalsocialismo.

2. Sentencia:

2.1. La titularidad del derecho al honor se asigna, en la ley y en la doctrina del Tribunal Supremo, a la persona, en vida o después de su muerte, por transmisión de ese patrimonio moral a sus descendientes. Desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden ser titulares del derecho al honor como parte de grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico, el religioso, entre otros. Por ello, como sujetos pasivos de estos delitos contra el honor, pueden resultar víctimas de injurias o calumnias. El pueblo judío, en su conjunto no obstante su dispersión geográfica, es quien recibe como grupo humano las invectivas, los improperios y la descalificación global. Parece justo que si se le ataca a título colectivo, pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano.

2.2. Cuando entran en conflicto dos derechos fundamentales, como ahora es el caso, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuera la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión “como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva” del uno o del “otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle”. De ahí que la vía de amparo no ya permita sino imponga, en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador, desde la sola perspectiva de la Constitución y limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado (art. 41.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

2.3. En la publicación enjuiciada -un “cómic”- se relatan una serie de episodios cuyos escenarios son los campos de concentración o exterminio nazis, con alemanes de las *Schutz-Staffel (SS)* y judíos como protagonistas y antagonistas de conductas humanas viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales. El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos, con otros muchos episodios que se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas (animales o carroñas, entre otras). En tal contexto, late un concepto peyorativo de todo el pueblo judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias; una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente. Además, en este caso converge una circunstancia que le hace cobrar trascendencia: la publicación utilizada será leída, en su mayoría, por niños y adolescentes. Por esta condición, el mensaje a recibirse puede influir sobre sus personalidades, pudiendo depravarles, corromperles y, en

definitiva, deformarles (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside*).

Es evidente que todo está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamado (art. 27.2). Lo dicho hace que entren en juego los límites que para su protección marca la Constitución y, en igual sentido, el respeto a la moral que contiene el Convenio de Roma (art. 10.2). Asimismo, incide también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, cuyo art. 20.2 establece que se priva por ley “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”.

La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional. Un “cómic” como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra. Es claro, por lo dicho, que la Audiencia Provincial de Barcelona aplicó el tipo delictivo desde la perspectiva constitucional adecuada.

2.4. El ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que “son los demás derechos y los derechos de los demás”. Por ello, se veda cualquier interferencia y, principalmente, la censura previa. Como censura hay que entender, al margen de otras acepciones, la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales. La presión de ciudadanos o grupos de éstos para impedir esa difusión, puede llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno, con relevancia penal en más de un caso y desde más de un aspecto, pero no “censura” en el sentido que le da la Constitución.

Tampoco encaja en este concepto la que a veces ha dado en llamarse “autocensura”, utilizada para regular la actividad y establecer corporativamente ciertos límites. Más lejos aún del concepto constitucionalmente proscrito está la carga, con su cara y reverso de derecho-deber, que permite e impone a los editores y directores un examen o análisis de texto y contenidos, antes de su difusión, para comprobar si traspasan o no los límites de las libertades que ejercen. Se trata de algo que, en mayor o menor grado, precede siempre a la conducta humana, reflexiva y consciente de que el respeto al derecho ajeno es la pieza clave de la convivencia pacífica.

En tal sentido, ha dicho el Tribunal que la “verdadera ‘censura previa’ consiste en cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu,

especialmente al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido”. Por ello, el derecho de veto que al director concede el art. 37 de la Ley de Prensa e Imprenta no puede ser identificado con el concepto de “censura previa”. Tampoco lo es la autodisciplina del editor cuya función consiste en elegir el texto que se propone publicar, asumiendo así los efectos positivos o negativos, favorables o desfavorables de esa opción, como puedan ser el riesgo económico y la responsabilidad jurídica.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia del 11-12-1995, nº 176/1995, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 43, septiembre-diciembre 1995, p. 533.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[13]

DERECHO AL HONOR. CONCEPTO. DERECHOS FUNDAMENTALES. LIBERTAD DE ASOCIARSE. PERSONAS JURÍDICAS. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. VERACIDAD. PERSONALIDADES PÚBLICAS (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).
--

1. Antecedentes del caso: la revista “Interviú” publicó un reportaje en el que se denuncia la corrupción de algunos responsables de la Guardia Civil de Canarias e informa sobre una comisión especial de ese cuerpo formada para investigar los hechos. El reportaje sigue con el comentario del informe de dicha comisión que, bajo el rótulo de “empresas investigadas”, nombra -entre otras- a una determinada compañía mercantil. Ante ello, la empresa interpuso demanda en procedimiento especial de protección jurisdiccional civil del derecho fundamental al honor, contra los responsables de la publicación. Estos opusieron, entre otras defensas, la falta de legitimación activa de la actora y la inadecuación del procedimiento, al entender que las personas jurídicas no tienen honor como derecho de la personalidad amparado en el art. 18 de la Constitución, sino que merecen protección por lo que establece el art. 38 del mismo texto. El acogimiento de la demanda en las instancias anteriores, dio lugar al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2. Sentencia:

2.1. La Constitución configura determinados derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual y consagra otros que se ejercerán colectivamente. Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal o en colectividad, es lógico que organizaciones creadas por las personas naturales para la protección de sus intereses sean titulares de tales derechos, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone

ampliar el círculo de su eficacia, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social.

2.2. La Constitución no contiene ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas, a diferencia, p.ej., de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Con todo, ninguna norma impide que las personas morales puedan ser sujetos de dichos derechos.

Si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas.

2.3. El derecho al honor es el derecho fundamental que se discute en el caso. “No existe positivizado... un concepto de ‘derecho al honor’, ni en la Constitución ni en ninguna otra ley... Se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”, que encaja en la categoría de conceptos jurídicos indeterminados. “A pesar de la imposibilidad de elaborar un concepto incontrovertible y permanente del derecho al honor, ello no ha impedido... asociar el concepto de honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma)”. Las normas, en cambio, intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o difamación.

De forma paralela a este concepto objetivista de “honor”, el Tribunal Constitucional, en cuanto se refiere a su titularidad, ha acuñado un concepto personalista: “el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública” (sentencia 107/1988).

La jurisprudencia del Tribunal ha seguido una orientación que “queremos reforzar y ampliar”.

Aunque el honor es un “valor referible a personas individualmente consideradas”, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de aquéllas. En este sentido, la sentencia 214/1991 extendió la protección del derecho al honor a colectivos más amplios (los integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacionalsocialismo), y expresó: “el significado personalista que el

derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados 'ad personam', pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas la de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de las personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa". En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas.

Resulta evidente que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor.

Nota de la Secretaría: v., con relación al presente fallo, la nota del sumario [47] de p. 199.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Primera-, sentencia del 11-09-1995, nº 139/1995, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 43, septiembre-diciembre 1995, p. 109.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[14]

DERECHO COMUNITARIO. COMUNIDAD EUROPEA. DIRECTIVAS. ADAPTACIÓN AL DERECHO INTERNO. PRÁCTICAS. PROYECTOS DE LEY. INCUMPLIMIENTO (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EUROPEA).

Por lo que se refiere a los argumentos del Gobierno luxemburgués relativos a la política de liberalización seguida en materia de equipos terminales de telecomunicación, basta con recordar a este respecto que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la conformidad de una práctica con los imperativos de protección de una Directiva no puede constituir una razón para no adaptar el Derecho interno a dicha Directiva mediante disposiciones que puedan crear una situación suficientemente precisa, clara y transparente para permitir que los particulares conozcan sus derechos y obligaciones (véase, en particular, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 1991, Comisión/Alemania, C-361/88, Rec. p. I-2567, apartado 24). Debe recordarse, asimismo, que la existencia de un anteproyecto de Reglamento no es suficiente para garantizar la adaptación del Derecho interno a la Directiva 91/263.

En estas circunstancias, procede declarar que el Gran Ducado de Luxemburgo ha

incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 91/263, y en particular, de su artículo 17, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS -Sala Sexta-, sentencia del 7-11-1996, asunto C-221/94: *Comisión de las Comunidades Europeas c. Gran Ducado de Luxemburgo*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1996-11, p. 5679.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[15]

DERECHO DE DEFENSA. ACCESO A LA JURISDICCIÓN. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. PRINCIPIO <i>PRO ACTIONE</i>. DOBLE INSTANCIA. PROCESOS PENALES Y NO PENALES. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTROL. INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DERECHO DE PROPIEDAD. EXPROPIACIÓN. JUSTO PRECIO (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).
--

1. Antecedentes del caso: la Sala Tercera del Tribunal Supremo revocó la sentencia de la instancia anterior que había admitido el recurso del particular y fijado el justiprecio de una expropiación ante la inactividad del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa que debía, en el plazo legalmente previsto, determinar el valor del bien expropiado. De acuerdo al criterio del Tribunal Supremo, el incumplimiento por el Jurado cit. no generó un acto administrativo presunto como consecuencia de la técnica del silencio, puesto que aquel organismo, por una parte, actúa *ex lege* de oficio, sin solicitud o petición del administrado y, por otra, no se encuentra dentro de la organización jerárquica de la administración. Por ello -concluyó-, no existiendo acto administrativo susceptible de impugnación jurisdiccional, el recurso promovido ante la instancia anterior no debió ser admitido. Ello dio lugar a un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2. Sentencia:

Según doctrina del Tribunal Constitucional -sentencia 37/1995, en la que se manifiesta la distinta intensidad con que opera el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, atendiendo a si el acto o la norma que la conculca ocasiona un obstáculo pleno al acceso a la jurisdicción o si, simplemente, imposibilita el acceso a un ulterior recurso contra una sentencia previa- "... el acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela, consiste en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un juez. En este acceso, o entrada, funciona con toda su intensidad el principio *pro actione* que, sin embargo, ha de ser matizado cuando se trata de los siguientes grados procesales

que, eventualmente, puedan configurarse. El derecho de poder dirigirse a un juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley Suprema. En cambio, que se revise la respuesta judicial, meollo de la tutela, que muy bien pudiera agotarse en sí misma, es un derecho cuya configuración se defiere a las leyes". Por lo tanto, en el acceso a la jurisdicción, el derecho a la tutela judicial del art. 24.2 de la Constitución exige a los órganos jurisdiccionales que interpreten las normas procesales que condicionan ese acceso en el sentido más favorable al mencionado derecho, siendo de obligada observancia el principio hermenéutico *pro actione*.

"De ningún modo puede excluirse que el comportamiento inactivo u omisivo de la Administración pública pueda incurrir en ilegalidad y afectar a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos", a lo que se añade que "la plenitud del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.), así como de la función de control de dicha actuación (art. 106.1 C.E.), y la efectividad que se predica del derecho a la tutela judicial (art. 24 C.E.) impiden que puedan existir comportamientos de la Administración pública -positivos o negativos- inmunes al control judicial".

Por ende, el fallo atacado conduce "a una ablación del derecho fundamental del actor a la tutela judicial efectiva, al impedirle reaccionar jurisdiccionalmente frente al comportamiento pasivo de la Administración en defensa de sus derechos e interés legítimos".

Nota de la Secretaría: v. "Otro embate contra el carácter revisor: el recurso contencioso-administrativo ante el incumplimiento por el jurado provincial de expropiación de la obligación de fijar el justiprecio en plazo", por **José María Rodríguez de Santiago** -prof. Universidad Autónoma de Madrid-, en *Revista de la Administración Pública*, Madrid, nº 139, enero-abril 1996, p. 221.

V., asimismo, la sentencia 138/1995, del 25-9-1995, en op. y loc. cit. *infra*, p. 101, en la que, recordando los precedentes 37/1995 y 58/1995, se consideró que "no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia -salvo en lo penal- o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y la regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador". En consecuencia, "el principio hermenéutico *pro actione* no opera en igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión ...". En su resolución, "que en modo alguno puede tacharse de inmotivada", la Sala expone la causa por la cual declara no haber lugar al recurso: la falta de cuantía suficiente de la litis para ser susceptible de recurso extraordinario, lo que determina el rechazo del amparo.

En cuanto a la salvedad señalada para el ámbito penal, y a la limitación de los recursos en razón del monto, v. también, la sentencia 149/1995, en op. y loc. cit. *infra*, p. 220.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia del 25-9-1995, nº 136/1995, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 43, septiembre-diciembre 1995, p. 77.

[16]

DERECHO DE ENSEÑAR Y APRENDER. CERTIFICADO DE BUENA CONDUCTA. ANTECEDENTES PENALES. DERECHO A LA INTIMIDAD. DIGNIDAD HUMANA (JURISPRUDENCIA/HUNGRÍA).

Es contrario al derecho de acceso a la enseñanza superior, al derecho al respeto de la vida privada y, por consecuencia, al derecho al respeto a la dignidad humana, exigir a los postulantes para recibir enseñanza superior, que presenten un certificado de que carecen de antecedentes penales (certificado de buena conducta).

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRÍA, sentencia del 22-3-1996, n° 12/1996, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, p. 64.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[17]

DERECHO DEL TRABAJO. DESPIDO. DERECHO DE DEFENSA. ACCESO A LA JURISDICCIÓN. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (JURISPRUDENCIA/BIELORRUSIA).

El Procurador General de la República promovió un recurso constitucional contra determinadas disposiciones del Código del Trabajo, sosteniendo que impedían a los cuadros superiores el derecho a recurrir contra el despido del que fueran objeto.

La Corte consideró que existía una violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos a la protección de sus intereses económicos y sociales, así como a la defensa de sus derechos y libertades ante un tribunal en los plazos legales. En lo términos del art. 22 de la Constitución, todos son iguales ante la ley y tienen el derecho, sin discriminación alguna, a una igual protección de sus derechos e intereses legales.

En los términos de la Convención y de la Recomendación n° 111 de la Organización Internacional del Trabajo “concerniente a la discriminación en materia de empleo y profesión”, todo individuo debería gozar, sin discriminación, de la igualdad de oportunidades en dichas materias, por lo que determinadas normas cuestionadas, han de ser consideradas de naturaleza discriminatoria y violatoria del derecho constitucional a la igualdad de trato.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BIELORRUSIA, sentencia del 19-4-1996, J-33/96, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, pp. 25/26. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[18]

DERECHO DEL TRABAJO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. SEXO. SALARIOS. IGUALDAD. CRITERIOS. CONVENCIONES COLECTIVAS. LÍMITES. DERECHOS FUNDAMENTALES. PROTECCIÓN. MUJERES. CLASIFICACIONES SOSPECHOSAS (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: un sindicato, en nombre y representación de veinticinco trabajadoras, demandó por protección jurisdiccional de derechos fundamentales al empleador, solicitando que se declarase que sus representadas eran objeto de discriminación salarial por razón de sexo. Dichas trabajadoras prestaban servicios en dos secciones exclusivamente de mujeres, mientras que en otras tres secciones laboraban hombres en forma exclusiva, percibiendo un salario superior al de las primeras. La pretensión fue acogida en primera instancia, pero resultó desestimada en segunda instancia, lo que motivó un recurso de amparo ante al Tribunal Constitucional.

2. Sentencia:

2.1. El principio de no discriminación por razón de sexo comporta en materia salarial que a un mismo trabajo o, más precisamente, a un trabajo al que se le atribuye un mismo valor, debe corresponder igual retribución, lo que excluye que pueda tomarse en consideración, sea directa o indirectamente, el sexo como factor determinante de los criterios retributivos, a menos que sea un elemento de idoneidad o aptitud profesional para el desempeño de una tarea que posee un valor propio y específico.

2.2. No justificaría la discriminación el hecho de que la misma se haya establecido en el marco de la autonomía colectiva. Como es sabido, el Convenio colectivo está obligado a respetar los derechos fundamentales acogidos en la Constitución; de manera que no puede establecer de forma arbitraria e irrazonable, diferencias de trato entre situaciones iguales o equiparables (sentencias 52/1987 y 136/1987).

2.3. La apreciación de divergencias funcionales entre los puestos de trabajo de cada una de las secciones no prejuzga en absoluto la razón por la que unas tareas -las desempeñadas predominantemente por los hombres- tengan que ser más valoradas que otras -las desempeñadas predominantemente por mujeres- (ídem 58/1994). Si bajo una diversa adscripción del personal a secciones con tareas diferentes se está enmascarando una discriminación, la diferencia salarial resultante deberá considerarse contraria al art. 14 de la Constitución.

2.4. Al existir, en el presente caso, diferencias salariales que coinciden *de facto* con la división por sexos, siquiera sea indirectamente, a través de los distintos puestos de trabajo, entran en juego las exigencias de la prohibición de discriminación, conforme a las que toda diferencia pasa a ser “sospechosa”, a menos que se justifique que no se funda en el sexo, sino en las características del trabajo. Para afirmar que tales diferencias se hallan justificadas desde la perspectiva constitucional, no basta la invocación abstracta de criterios diferenciales, sino que son necesarios baremos más estrictos: es preciso probar que los presupuestos materiales de dichos criterios concurren en el caso y, más aún, el modo y la relevancia con que lo hacen -prueba que corresponde aportar al empresario- y, además, resulta necesario justificar, desde esa base fáctica, la prevalencia que se les otorga sobre otras características de las actividades laborales.

2.5. En lo que se refiere a la aducida mayor penosidad y esfuerzo físico exigidos por las tareas encomendadas a los varones, lo cierto es que no se ha probado que los criterios usados para justificar la diferencia salarial fuesen, en efecto, neutrales, aplicando al caso concreto los conceptos de “esfuerzo” y “penosidad” de modo no vinculado al diferente sexo de los trabajadores. A ello se añade que tampoco se han ponderado esos factores con los demás concurrentes en los respectivos puestos de trabajo, con lo que la valoración efectuada por el empresario y confirmada por la Sala, lejos de resultar objetiva y “transparente”, no logra desvanecer la apariencia discriminatoria que, con razón, le atribuye el sindicato recurrente.

2.6. Por tanto, se concluye que la sentencia impugnada vulnera las exigencias provenientes de la prohibición de discriminación por razón de sexo, reconociéndose el derecho de las trabajadoras a no ser discriminadas en materia salarial.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia del 16-10-1995, nº 147/1995, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 43, septiembre-diciembre 1995, p. 204.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[19]

DERECHO DEL TRABAJO. IUS VARIANDI. MODALIDAD. ALCANCES (JURISPRUDENCIA/COLOMBIA).

Las modificaciones del contrato de trabajo que haga el empleador en detrimento del asalariado, no pueden ser objeto de la acción de tutela sino de las acciones ordinarias ante el juez competente, salvo que aquélla se invoque como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

No puede constituir vulneración de derechos fundamentales del trabajador, la modificación de la jornada laboral o de la labor encomendada, cuando en forma expresa y

voluntaria se ha pactado por él tal posibilidad, lo que constituye en este caso facultad del empleador para realizarlas, máxime cuando no existe límite alguno para éste en tal sentido, pues así debe entenderse del compromiso de exclusividad de prestación del servicio pactado. Cosa distinta sería el hecho de que comprometido laboralmente en un determinado horario, el trabajador que cuenta con libertad para desempeñarse en otro empleo o labor particular, con la modificación introducida unilateralmente por un empleador, se vea afectado en sus compromisos con otras empresas a las que igualmente presta sus servicios, pues en tal caso se estaría modificando sustancialmente la relación contractual, con perjuicio cierto de los derechos laborales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA -Sala de Casación Penal-, sentencia del 19-1-1995, proceso penal 1382, en *Acción de Tutela*, extractos de sentencias 1, primer trimestre de 1995, Bogotá, p. 63.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[20]

DERECHO DEL TRABAJO. LICENCIA POR MATERNIDAD. PADRE. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA INFANCIA (JURISPRUDENCIA/ITALIA).

Las características propias del trabajo asalariado justifican la adopción de normas específicas de protección de la maternidad. De esta clase es la norma que acuerda al padre de un niño de una asalariada la posibilidad de gozar en lugar de la madre de determinadas licencias destinadas a la protección de la maternidad y la infancia, mientras que no acuerda esa misma posibilidad al padre de un niño de una mujer que ejerce una actividad autónoma. Esta norma debe ser tenida por constitucional. No es posible tampoco, por motivos evidentes, comparar la posición del padre respecto a la de la madre, incluso en el caso de que ambos sean asalariados.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 27/28-4-1994, n° 168, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1994, 1, p. 40.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[21]

DERECHOS FUNDAMENTALES. RESTRICCIONES POR RESOLUCIONES JUDICIA-LES. MOTIVACIÓN. PRUEBA. ADMISIBILIDAD. INTERVENCIÓN TELEFÓNICA (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 de la Constitución), “que consiste en que esas pruebas sean admitidas y practicadas por el juez o tribunal, no implica la pérdida de la potestad judicial para declarar la impertinencia de las mismas, de tal modo que, al igual que la parte debe alegar y fundamentar la trascendencia y la relevancia de la prueba, también debe el juez o tribunal explicitar su juicio negativo a la admisión de la prueba”. El Tribunal sólo puede revisar el punto, si la decisión denegatoria de la prueba es infundada o bien si su motivación es incongruente, arbitraria o irrazonable, lo que no ocurre en este caso.

En cuanto a la validez de la resolución judicial que prorrogó la autorización de la intervención telefónica, es conveniente recordar la doctrina del Tribunal acerca de la exigencia de motivación de las decisiones limitativas del ejercicio de algún derecho constitucional: “cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses por los que se sacrificó”. La motivación integra un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos, y en igual sentido, se afirma que toda resolución que limita o restringe el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma que tal decisión determinante pueda ser conocida por el afectado, pues de otro modo se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos -art. 24.1 de la Constitución.

No puede aceptarse, pues, al estar en juego el ejercicio de un derecho fundamental, la validez de la decisión de prórroga de la intervención telefónica en cuanto pudiera contener una remisión implícita a los motivos y fundamentos manejados para autorizarla, inicialmente porque, entre otras razones, la motivación ha de atender a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento que legitiman la restricción del derecho, aun cuando sólo sea para poner de manifiesto la persistencia de las mismas razones que, en su día, determinaron la decisión, pues sólo así pueden ser conocidas y supervisadas. La resolución examinada se limita a acordar la mencionada prórroga sin ofrecer motivo o fundamento alguno acerca de las razones y circunstancias que aconsejaban la continuidad de la medida, ni su necesidad. La ausencia de toda justificación en modo alguno puede quedar subsanada por una supuesta remisión tácita, o por la presunta integración de la providencia con la motivación del auto anterior, puesto que tales razones entonces expuestas, con independencia de que pudieran o no justificar la posterior restricción del derecho, no se tradujeron ni se reflejaron en la decisión que determina la continuación de la intervención telefónica, ni siquiera a través de una mínima referencia expresa. Por ello, la ausencia de toda motivación, al afectar a un derecho fundamental provoca la inconstitucionalidad de dicha medida.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Primera-, sentencia del 11-12-1995, nº

[22]

DERECHOS Y LIBERTADES. DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS. PACTA SUNT SERVANDA. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. MEDIDAS PROVISIONALES. DEBERES DE RESPETO Y GARANTÍA. DEBERES DE INVESTIGAR Y PREVENIR. RESPONSABILIDAD DE LOS INDIVIDUOS. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. TORTURAS Y MALOS TRATOS. PROTECCIÓN JUDICIAL. GARANTÍAS JUDICIALES. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. INDEMNIZACIÓN. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RECOMENDACIONES. INFORMES (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).

1. Antecedentes del caso: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) el presente caso contra la República de Colombia, con el fin de que sea decidido si hubo violación, por parte de dicho Estado, de los arts. 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial), todos ellos en relación con el art. 1.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), en perjuicio de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana. Asimismo, la Comisión consideró que Colombia violó el art. 2 de la Convención, con base en el principio *pacta sunt servanda*, por no haber adoptado disposiciones de derecho interno tendientes a hacer efectivos dichos derechos, y el art. 51.2 en relación con el art. 29.b, al incumplir las recomendaciones formuladas por la Comisión. Durante el trámite de la causa, la Corte dictó medidas provisionales.

2. Sentencia:

2.1. La Corte considera probados los siguientes hechos relevantes:

a) El Municipio de San Alberto (Colombia), lugar donde ocurrieron los hechos *sub judice*, era una zona de intensa actividad del Ejército, paramilitares y guerrilleros.

b) Existen indicios suficientes para inferir la razonable conclusión de que la detención y la desaparición de Caballero Delgado y de Santana fueron efectuadas por personas que pertenecían al Ejército colombiano y por varios colaboradores civiles. La circunstancia de que a más de seis años de transcurridos los hechos no se haya tenido noticias de los nombrados, permite razonablemente inducir que fallecieron.

c) No existen elementos suficientes para demostrar que los nombrados hubieran sido objeto de torturas y malos tratos durante su detención.

2.2. En tales condiciones, queda por determinar, de acuerdo con las normas del derecho internacional, si el Gobierno es responsable de haber violado la Convención.

2.2.1. El art. 1.1 de la Convención es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por aquélla puede ser atribuida a un Estado Parte. Dicho artículo pone a cargo de los Estados los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo de los mencionados derechos que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención (casos *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz*).

Conforme con el art. 1.1 cit. es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo. Pero estas situaciones no agotan las hipótesis de responsabilidad. Un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, p.ej., por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención (íd.).

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, para garantizar plenamente los derechos reconocidos por la Convención, no es suficiente que el Gobierno emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad del Gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada, lo que en este caso no ha ocurrido. Por tanto, Colombia ha dejado de cumplir las obligaciones del art. 1.1 cit.

En cuanto a la responsabilidad de los individuos mencionados en las consideraciones del caso, la Corte no puede dictar pronunciamiento alguno porque ello corresponde a las autoridades de Colombia, ya que en lo concerniente a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ésta se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos (Opinión Consultiva OC-14/94).

2.2.2. Colombia no ha violado el art. 2 de la Convención en la medida en que no se advierte que carezca de las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención.

2.2.3. En cambio, establecida la responsabilidad de dicho Estado por la captura ilegal y la presunta muerte de Caballero Delgado y de Santana, le es imputable la violación

del derecho a la libertad personal y el derecho a la vida (arts. 7 y 4, Convención).

2.2.4. Dado el corto tiempo transcurrido entre la captura de los nombrados y su presunta muerte, no ha habido lugar a la aplicación de las garantías judiciales del art. 8 de la Convención, por lo que no existe violación a esa norma.

2.2.5. Tampoco se ha violado el derecho a la integridad personal (art. 5, Convención) dada la falta de prueba señalada, ni el art. 25 relativo a la protección judicial, atento las circunstancias del proceso de hábeas corpus tramitado ante la justicia local.

2.2.6. Respecto de los arts. 50 y 51 de la Convención, deben ser interpretados en el sentido de que el primero de éstos dispone la elaboración de un informe preliminar que se trasmite al Estado para que adopte las proposiciones y recomendaciones de la Convención, y el segundo dispone que si en el plazo de tres meses el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte, se elaborará un informe definitivo y, por lo tanto, si el asunto ha sido sometido a la decisión de la Corte, como aquí ocurre, no cabe la elaboración de ese segundo informe.

El término “recomendaciones” usado en la Convención ha de ser interpretado conforme a su sentido corriente (cfe. art. 31.1, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la Convención la intención de las Partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el art. 31.4 de la Convención.

2.3. Por ello, la Corte decide que la República de Colombia: ha violado los arts. 7 y 4 en relación con el art. 1 (4 votos contra 1); no ha violado los arts. 5 (4 a 1), 2, 8, 25, 51.2, y 44 (por unanimidad); está obligada a continuar los procedimientos judiciales por la desaparición y presunta muerte de Caballero Delgado y de Santana y su sanción conforme a su derecho interno (por unanimidad), y, asimismo, a pagar una justa indemnización a los familiares de las víctimas y a resarcirles los gastos en que hayan incurrido en sus gestiones ante las autoridades colombianas con ocasión de este proceso (4 a 1), cuya forma y cuantía serán fijados por la Corte por el procedimiento correspondiente (4 a 1).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, resolución del 8-12-1994, caso *Caballero Delgado y Santana*, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, n° 22, Secretaría de la Corte, San José, 1996.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[23]

DIPUTADOS. ESTATUTO. INMUNIDAD PARLAMENTARIA. PRIVILEGIOS. CONSTITUCIONALIDAD. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/RUSIA).

El presidente de la Federación de Rusia demandó el control de la constitucionalidad

de determinadas disposiciones de la ley federal “sobre el Estatuto del Diputado del Consejo de la Federación y el Estatuto del Diputado de la Duma de Estado de la Asamblea Federal de la Federación de Rusia”, con base en la incerteza respecto de la conformidad de dichas normas con la Constitución.

De acuerdo con la Constitución, los miembros del Consejo de la Federación y los Diputados de la Duma de Estado gozan de inviolabilidad durante el transcurso de sus mandatos: no pueden ser detenidos, arrestados, sometidos a pesquisas, salvo caso de flagrante delito, sometidos a registros, a excepción de los casos previstos por la ley federal para asegurar la seguridad de terceros. La inmunidad es levantada por la cámara competente de la Asamblea Federal a propuesta del Procurador General. La inviolabilidad (inmunidad parlamentaria) consagrada en la Constitución, es uno de los principales elementos del estatus parlamentario, la garantía jurídica más importante de su actividad. Por ello, es una garantía de un nivel más elevado en relación a las garantías constitucionales generales de la inviolabilidad de los individuos. Dicha inmunidad parlamentaria no es un privilegio individual, tiene carácter de derecho público, está dirigida a servir intereses públicos, a las funciones oficiales que ejercen los parlamentarios, protegiéndolos contra las demandas infundadas y contribuyendo a su libre actividad y a la del parlamento, a su autonomía y a su independencia.

La Corte Constitucional ha reconocido como conformes a la Constitución las disposiciones de la ley citada relativas a la necesidad de obtener el acuerdo de la cámara correspondiente de la Asamblea Federal para la persecución penal o administrativa del diputado por vía judicial y para su interrogatorio a propósito de los actos cometidos en el marco de su actividad de diputado. Así como la constitucionalidad de la norma de dicha ley sobre la iniciativa del Procurador General de proponer a la mencionada cámara el pedido de dicho acuerdo.

Por el contrario, la Corte consideró no conformes a la Constitución las disposiciones de la ley en lo que concierne a los actos que no están ligados al ejercicio de la actividad de diputado. En caso de ponerse en movimiento una acción ligada a la persecución penal o administrativa por vía judicial, por actos que no están relacionados al ejercicio de la actividad de diputado, es necesario tener el acuerdo de la mencionada cámara para introducir el caso ante el tribunal, después de la finalización de la instrucción preparatoria o del procedimiento sobre las contravenciones administrativas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE RUSIA, sentencia del 20-2-1996, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, p. 103.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[24]

DIPUTADOS. FUNCIONES INCOMPATIBLES. SEPARACIÓN DE PODERES (JURISPRUDENCIA/RUSIA).
--

En virtud de la separación de poderes, si un diputado del pueblo de la Federación de Rusia es nombrado en una función cuyo ejercicio es incompatible con el cumplimiento del mandato de diputado (se trata, particularmente, de cargos ministeriales federales), su mandato debe finalizar antes del término respectivo, lo cual es conteste con la Constitución.

CORTE CONSTITUCIONAL DE RUSIA, sentencia del 26-2-1993, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1994, 1, p. 56.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[25]

EJECUCIÓN DE SENTENCIA. SALARIOS. HIJOS. MANTENIMIENTO. DESCUENTO DE HABERES. PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS. CONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/HUNGRÍA).

En virtud de la ley de ejecución de las decisiones judiciales, los tribunales, a petición de un acreedor, pueden ordenar que el empleador descuente del salario de un deudor condenado el importe de la prestación para el mantenimiento de los hijos. En una votación de cinco votos contra cuatro, ha sido resuelto que dicha disposición no irroga menoscabo al derecho al honor y a la dignidad humana, pues sirve a la protección de los niños, garantizada por la Constitución.

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRÍA, decisión nº 20/1994, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1994, 1, p. 33.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[26]

EMPLEO PÚBLICO. ACCESO. JUECES. REQUISITOS PARA SU DESIGNACIÓN. LEY FORMAL. ACTO ADMINISTRATIVO. MEDIDAS CAUTELARES (JURISPRUDENCIA/BRASIL).

Dada la relevancia jurídica del tema, así como el riesgo que surge de mantener la eficacia plena de las medidas impugnadas, se impone la concesión de esta medida preliminar. La resolución administrativa del Tribunal de Trabajo establece requisitos para el acceso al cargo de juez que resultan extraños al ordenamiento jurídico, pues "sólo la ley en sentido formal (acto normativo emanado del Poder Legislativo) puede establecer los

requisitos que condicionan el ingreso al servicio público. Las restricciones y exigencias que emanen de actos administrativos de carácter infralegal se tiñen de inconstitucionalidad” (José Celso de Mello Filho, en “Constituição Federal Anotada”). Luego, el requisito de un lapso de práctica forense o en la profesión de Derecho resulta, a primera vista, inconstitucional.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL -Tribunal pleno-, sentencia del 23-2-1995, “Ação direta de Inconstitucionalidade n° 1.188 - DF”, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, Brasília, vol. 159, febrero 1997, p. 426.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[27]

ENSEÑANZA PÚBLICA. ESCUELAS PÚBLICAS. ESCUELAS CONFESIONALES. SUBVENCIONES. SEPARACIÓN ESTADO E IGLESIA (JURISPRUDENCIA/HUN-GRÍA).

La nueva ley de la enseñanza pública (adoptada en 1993) establece la separación institucional de las escuelas públicas administradas por el Estado y las escuelas confesionales. Las escuelas públicas no deben depender de ninguna confesión. El gobierno y las colectividades locales sólo pueden crear escuelas “neutrales”. Durante el período de cinco años, el gobierno o las colectividades locales pueden, sin embargo, subvencionar las clases o las escuelas confesionales ya creadas. Estas disposiciones guardan conformidad con la Constitución, que establece la separación entre el Estado y la Iglesia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRÍA, decisión n° 18/1994, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1994, 1, p. 33.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[28]

ESTADOS MIEMBROS. COMUNIDAD EUROPEA. OBLIGACIONES. EJECUCIÓN DE LAS DIRECTIVAS. INCUMPLIMIENTO (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EURO-PEA).

Con arreglo a reiterada jurisprudencia, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno, para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva (véase en particular, la sentencia de 19 de setiembre de 1996, Comisión Grecia, C-236/95, Rec. p. I-4459, apartado 18).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS -Sala Sexta-, sentencia del 7-11-1996, asunto C-262/95: *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Federal de Alemania*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1996-11, p. 5733.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[29]

ESTUPEFACIENTES. RECURSO DE CASACIÓN. VIOLACIÓN DE LEYES SUSTANTIVAS (JURISPRUDENCIA/BOLIVIA).

La violación de las leyes sustantivas, constituye causal de casación.

El inculpatado recurre de casación, al considerar infringidos los arts. 243 y 133 del Código de Procedimiento Penal, y 55 de la ley 1008, con base en que: 1) en el proceso no existe plena prueba, condición *sine qua non* para condenar a una persona; 2) no está comprobado el cuerpo del delito en la forma legalmente indicada (art. 133 cit.); y 3) no hay tipicidad.

Con sujeción al art. 55 cit., el presupuesto esencial que configura el delito de transporte de sustancias controladas, es que el sujeto activo debe saber o tener conocimiento de lo que está trasladando; que en autos el procesado niega conocer qué es lo que se encontraba en las llantas y apoyaderas de la silla de ruedas, adquirida horas antes de su viaje, siendo de rigor, en consecuencia, dar aplicación al mandato del art. 244 del Código Adjetivo Penal (se casa la sentencia).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA -Sala Penal-, A.S. N° 551 del 8-11-1995, en *Labores Judiciales 1995*, Ed. Judicial, Sucre, 1996, p. 489.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[30]

EXÁMENES Y REQUISAS. RAZONABILIDAD. CONTROL DE DROGADICCIÓN. ESTUPEFACIENTES. CANDIDATOS POLÍTICOS. DERECHO A LA INTIMIDAD. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/EE.UU.).

1. **Antecedentes de la causa:** una ley de Georgia exige que los candidatos a ocupar cargos públicos estatales se sometan a un control de drogadiccción, dentro de los 30 días anteriores a postularse a una nominación o elección, y que el resultado sea negativo. Determinados candidatos nominados por el *Libertarian Party* para ocupar cargos públicos estatales promovieron una acción ante un tribunal de distrito contra el Gobernador y dos

funcionarios encargados de la aplicación de la norma mencionada, casi un mes antes del vencimiento del plazo para presentar los certificados. Alegaron, entre otras cosas, que estos controles de drogas violaban sus derechos fundados en las Enmiendas I, IV y XIV de la Constitución federal. El tribunal de distrito rechazó la moción de que se prohibiera preventivamente la aplicación de la norma impugnada y, posteriormente, rechazó la demanda. La Cámara de Apelaciones confirmó esta decisión, con fundamento en los precedentes de la Suprema Corte que declararon válida la aplicación de los controles en cuestión a los estudiantes atletas, *Vernonia School Dist 47J vs. Acton* (515 US---, --- -1995-), a los empleados de aduanas, *Treasury Employees vs. Von Raab* (489 US 656, 659 -1989-), y a los empleados ferroviarios, *Skinner vs. Railway Labor Executives' Assn.*, 489 US 602, 608/613 -1989-). Consideró que estos controles eran exámenes (*searches*), pero que la ley de Georgia, al igual que los programas de control de drogas cuestionados en *Skinner* y *Von Raab*, perseguía la satisfacción de “necesidades especiales”, esto es, de necesidades que trascendían las que normalmente plantea la aplicación de las leyes. Haciendo un balance entre las expectativas que los peticionantes tienen en su intimidad personal y el interés del Estado en establecer estos controles, el tribunal resolvió que la ley, en la forma en que se aplicaba a los peticionantes, no era inconsistente con las Enmiendas IV y XIV.

2. Sentencia: por 8 votos contra 1 se resolvió que la exigencia en cuestión no se ajusta a la categoría bien definida de los exámenes, no fundados en sospechas, que resultan constitucionalmente permisibles. En tal sentido:

(a) No se ha controvertido que la exigencia de Georgia de sometimiento a un control de drogas, impuesta por una ley y aplicada por los funcionarios estatales, constituye un examen a los efectos de la aplicación de las Enmiendas IV y XIV. La cuestión a decidir es si esos exámenes son razonables. Para ser razonable en términos de la Enmienda IV, un examen normalmente debe estar fundado en una sospecha personalizada de que el sujeto pasivo ha actuado ilícitamente (v. *Vernonia*, cit.). Pero a veces se reconocen excepciones especiales a esta regla general, fundadas en la existencia de “necesidades especiales, esto es, de necesidades que trascienden las que normalmente plantea la aplicación de las leyes” (v. *Skinner*, cit., p. 619). Cuando se invoca la existencia de esas “necesidades especiales”, los tribunales deben evaluar el contexto específico y examinar detenidamente los intereses públicos y privados contrapuestos invocados por las partes (v. *Von Raab*, cit., p. 665/666). Al revisar la validez de la ley que exige este control -claramente no relacionado con una sospecha personalizada-, la Cámara de Apelaciones intentó hacer un balance de los intereses contrapuestos que se conformara a los precedentes de esta Corte más específicamente relacionados con esta cuestión: *Skinner*, *Von Raab* y *Vernonia*.

(b) Estos precedentes siguen siendo las pautas aplicables para revisar la validez de la ley de Georgia, pese a la pretensión de los demandados de que utilicemos un criterio extraordinariamente deferente hacia las medidas estatales que establecen las condiciones para postularse a ocupar un cargo público estatal. Ningún precedente sugiere que el poder soberano que tiene un Estado para establecer las calificaciones de los candidatos a cargos

públicos disminuya las limitaciones que la Enmienda IV impone a la acción estadual.

(c) El método que Georgia aplica para realizar el control de drogas -análisis de orinas relativamente no invasivo; por lo tanto, si se acredita la existencia de una “necesidad especial”, no puede acusarse al Estado de realizar una intrusión excesiva. Sin embargo, Georgia no ha demostrado una necesidad especial que sea sustancial, esto es, suficientemente importante como para prevalecer sobre el derecho a la intimidad del individuo, suficientemente vital como para suprimir la exigencia normal de la sospecha personalizada que impone la Enmienda IV. Los demandados alegan que el uso ilícito de drogas resulta incompatible con la titularidad de un alto cargo público estadual porque pone en tela de juicio el criterio y la integridad de un funcionario; pone en peligro el cumplimiento de funciones públicas, tales como la aplicación de las leyes que combaten el consumo de drogas; y debilita la confianza y la fe en los funcionarios electivos. Resulta notable que los demandados no hayan invocado la existencia de ningún peligro concreto que justifique el apartamiento de la regla principal de la Enmienda IV. Admiten que la ley no se aprobó como respuesta a ningún temor o sospecha de que los funcionarios estaduales consuman drogas. La acreditación de que existe un problema de abuso de drogas, si bien no resulta siempre suficiente para declarar válido un programa de controles (v. *Von Raab* cit., p. 674/675), apuntalaría la invocación de una necesidad especial de establecer un programa general de exámenes, no fundado en sospechas (v. *Skinner*, cit., p. 606/608; *Vernonia*, cit.). A diferencia de las medidas que se declararon válidas en *Skinner*, *Von Raab* y *Vernonia*, la establecida por Georgia no está bien diseñada para identificar a los candidatos que han violado las leyes que combaten el consumo de drogas y no constituye un medio creíble para desalentar la postulación de los que las consumen. El candidato elige qué día se va a hacer la prueba y, por lo tanto, cualquier persona que no sea irremediamente drogadicta podría abstenerse de consumir durante el período anterior al control para impedir su detección. Se equivocan los demandados al buscar respaldo en la decisión que este tribunal tomó en *Von Raab*, que declaró válida la exigencia de que los funcionarios del servicio de aduanas se sometan a este tipo de controles antes de ser promovidos o trasladados a ciertos cargos de alto riesgo, pese a que no se había acreditado la existencia de ningún problema de abuso de drogas entre dichos funcionarios (cit., p. 660). *Von Raab* debe ser interpretado en la singularidad de su contexto y no como una decisión que establece vías amplias para exigir exámenes no fundados en sospechas. La función principal de esta agencia consistía en hacer cumplir la prohibición de consumir drogas. Los cargos para los que regía la exigencia estaban directamente relacionados con el cumplimiento de esa misión, de algún modo requerían que los funcionarios de la aduana portaran armas, y les daban acceso a muchas fuentes de contrabando costoso. Hay que tener en cuenta, además, que los funcionarios habían sido blanco del soborno de los traficantes de drogas y que algunos habían sucumbido. Por otra parte, no era factible sujetar a los empleados del servicio de aduanas al tipo de escrutinio habitual de los ambientes de trabajo más tradicionales. En un elocuente contraste, la conducta diaria de los candidatos a ocupar cargos públicos atrae una atención que está muy por encima de la que normalmente existe en los ambientes de trabajo. Lo que

subsiste, después de revisar cuidadosamente el programa de Georgia, es que el Estado busca exhibir su compromiso con la lucha contra las drogas. Pero Georgia no aporta ninguna prueba de que exista un problema de drogas entre sus funcionarios electivos, que típicamente no realizan tareas de alto riesgo o que generan peligro para la seguridad. Por otra parte, los controles exigidos no ayudan directamente a los intentos de eliminar el consumo de drogas. La necesidad dada a conocer es simbólica, no “especial”. La Enmienda IV protege a la sociedad de la acción estadual que disminuye la intimidad personal en aras del respeto a un símbolo.

(d) La Corte no expresa ninguna opinión respecto de los exámenes médicos previstos para certificar la salud general de un candidato ni de las exigencias de dar información económica, y no hace referencia a los controles de drogas en el sector privado, ámbito no protegido por las limitaciones de la Enmienda IV.

El *Justice Rehnquist* presentó una disidencia en la que no compartió la definición de “necesidad especial” dada por la mayoría, porque entendió que “en nuestros precedentes, reconocimos una ‘necesidad especial’ cuando existía un objetivo adecuado del gobierno que excedía el de la aplicación de las leyes, y entonces la Enmienda IV exigía realizar el conocido balance entre ese interés y el que el individuo tiene en su intimidad”.

Tampoco estuvo de acuerdo con que el gobierno tenga que conformarse con que los candidatos políticos sólo se encuentren sometidos a un escrutinio vago y no canalizado de la opinión pública. Si impedir que las personas que usan drogas ilegales oculten su adicción al público verdaderamente constituye un interés gubernamental legítimo, los precedentes de la Corte indican que el gobierno puede exigir controles como el aquí cuestionado.

“No hay nada en la Enmienda IV ni en ningún otro lugar de la Constitución que impida que un Estado apruebe una ley cuyo vicio principal es que puede parecer equivocada o incluso tonta para los miembros de esta Corte. Yo confirmaría la sentencia de la Cámara de Apelaciones”.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 15-4-1997, *Chandler vs. Miller*, en 65 LW 4243.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[31]

EXTRADICIÓN. EXEQUATUR. EXAMEN POR EL ESTADO REQUERIDO (JURIS-PRUDENCIA/BRASIL).

El exequatur expresa respeto a la ejecución de una sentencia extranjera en el territorio nacional y no tiene relación con los casos en que se requieren simples extradiciones.

En el examen de un pedido de extradición, el acto del gobierno requirente, sea

relativo a la sentencia, sea a simples órdenes de prisión, no puede ser sometido al examen de los fundamentos que lo respaldan. Únicamente es necesario verificar si se trata de una hipótesis contemplada en la ley n° 6.815/80.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL -Tribunal pleno-, sentencia del 16-2-1995, "Extradição n° 612 - República Federal da Alemanha", en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, Brasília, vol. 159, febrero 1997, p. 391.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[32]

EXTRANJEROS. DERECHO A LA IGUALDAD. CRITERIOS. DISCRIMINACIÓN. DIGNIDAD HUMANA. SEGURIDAD SOCIAL. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. DERECHO COMUNITARIO. APLICACIÓN DIRECTA. PRIMACÍA. TRABAJADORES DEL MAR. TRATADOS (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el peticionario, de nacionalidad marroquí, que trabajó en una empresa española dedicada a la navegación comercial, vio desestimada su solicitud de prestación por desempleo, tanto por el órgano administrativo como por el judicial a quo. En tales condiciones, interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en el que alegó haber sufrido una discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución, y por el art. 41.1 del Reglamento del Consejo de la Comunidad Económica Europea, en la medida en que resultó privado de la señalada prestación por el solo hecho de su nacionalidad, pues los trabajadores españoles de la misma empresa sí tienen acceso a aquella.

2. Sentencia:

2.1. El caso plantea una cuestión de igualdad entre los ciudadanos extranjeros y los españoles con respecto a prestaciones de la Seguridad Social. Ya el Tribunal Constitucional, en su sentencia 107/1984, interpretó: "existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación debe ser igual para ambos (los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana); existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio".

La relevancia constitucional del derecho a la igualdad invocado por el recurrente, está subordinada a la existencia de su reconocimiento por ley o tratado, de suerte que, si el mismo no existiera, no sería exigible la igualdad de trato que se invoca, ya que a este Tribunal corresponde sólo enjuiciar sobre la eventual infracción, al aplicar las normas citadas, de algún precepto constitucional que reconozca derechos fundamentales y

libertades públicas susceptibles de amparo.

2.2. Al margen del derecho convencional internacional (en este caso, el Convenio bilateral sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, del 8-11-1979), “ha de tenerse en cuenta que España es Estado miembro de las Comunidades Europeas..., de conformidad con las previsiones del art. 93 de la Constitución de España y, por tanto, sujeto a las normas del ordenamiento comunitario que poseen efecto directo para los ciudadanos y tienen primacía sobre las disposiciones internas, como así se ha declarado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (casos *Van Gend and Loos* y *Costa c/E.N.E.L.*) y ha sido reconocido por este Tribunal (sentencias 28/1991 y 64/1991, entre otras)”.

2.3. En el presente caso, no cabe desconocer que por el Reglamento 2.211/1978 del Consejo de la Comunidad Económica Europea se ha aprobado el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y el Reino de Marruecos, cuyo art. 41.1 dispone que los trabajadores marroquíes y los miembros de su familia residentes en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad “se beneficiarán, en el sector de la seguridad social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados”. Dicho precepto fue interpretado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia del 31-1-1991 (asunto *Kziber*), en el sentido que el principio de no discriminación basado en la nacionalidad implica que al interesado cumplidor de todos los requisitos exigidos por la legislación nacional para disfrutar de las prestaciones de desempleo “no puede denegársele la concesión de dichas prestaciones por razón de su nacionalidad”. Tal declaración del Tribunal de Luxemburgo llevó al dictado de la Circular 11/94, por parte de la Dirección General del Instituto Social de la Marina, reconociendo que los trabajadores del mar de nacionalidad marroquí están amparados, por la contingencia de desempleo, mediante la misma protección que la legislación española atribuye a los trabajadores españoles.

2.4. Por ello, habiendo procedido a la denegación de la pretensión del presentante, tanto las resoluciones del Instituto Social de la Marina, como las sentencias judiciales que las confirmaron, se ha lesionado el derecho del recurrente a la igualdad ante la ley garantizada por el art. 14 de la Constitución, lo que conduce al otorgamiento del amparo solicitado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia del 11-09-1995, nº 130/1995, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 43, septiembre-diciembre 1995, p. 16.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[33]

EXTRANJEROS. DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN. CONTRATO DE LOCACIÓN. RESCISIÓN. OBLIGACIÓN DE RESPETAR LAS DECISIONES JUDICIALES (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

Una familia turca instaló una antena parabólica en el balcón del departamento que alquilaba, sin el consentimiento del propietario; éste exigió que la antena fuese retirada y obtuvo de los tribunales una decisión favorable en última instancia. Los miembros de la familia interpusieron, entonces, un recurso constitucional individual contra dicha decisión. Pendiente el juzgamiento del recurso, el propietario hizo ejecutar el fallo impugnado. Sin embargo, la familia reinstaló la antena, por lo que el propietario rescindió el contrato de locación e intimó a la primera a dejar el departamento. El tribunal civil de primera instancia dio satisfacción al locador. Mientras el asunto se hallaba a conocimiento del tribunal de segunda instancia, la Corte Constitucional Federal resolvió el mencionado recurso constitucional individual, declarando que un extranjero que viva en Alemania tiene el derecho -en virtud de la libertad de información- de tener acceso a informaciones en su lengua materna por satélite. A su turno, el tribunal de segunda instancia entendió que la reinstalación de la antena no obstante la decisión judicial que ordenaba su retiro, constituía una violación grave de la relación contractual que justificaba la rescisión contractual. Llevado el caso ante la Corte Constitucional Federal, ésta, por su primer *sénat*, lo declaró inadmisibile. En cambio, la Corte no se expidió sobre la cuestión de si el tribunal de segunda instancia civil debía tener en cuenta que la sentencia que decidía el retiro de la antena había sido casada. En todo caso, dicha sentencia permanecería sin modificaciones pues, con justicia, declaró que los recurrentes habían debido respetar la decisión de última instancia que ordenaba el desmontaje de la antena. La circunstancia de que los recurrentes hubiesen llevado el caso ante la Corte Constitucional Federal no los relevaba de la obligación de respetar dicha decisión, pues el procedimiento ante este último tribunal no tiene efecto suspensivo.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 18-1-1996, n° 1 BvR 2116/94, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, pp. 16/17.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[34]

HOMOSEXUALES. INCRIMINACIÓN. INCONSTITUCIONALIDAD. CONSTITUCIONALIDAD. DERECHOS HUMANOS. ORDEN PÚBLICO. BUENAS COSTUMBRES. MENORES. ADULTOS. MORAL PÚBLICA. INTEGRIDAD CORPORAL. SALUD. DERECHO A LA INTIMIDAD. COACCIÓN. *AMICUS CURIAE*. TRATADOS. PRIMACÍA. ESCÁNDALO PÚBLICO (JURISPRUDENCIA/RUMANIA).

1. La intervención de la Corte Constitucional (Corte) ha sido planteada por la decisión del Tribunal de Sibiu, a fin de resolver la excepción de inconstitucionalidad dirigida contra el art. 200, alíneas 1 y 2, del Código Penal, interpuesta por el inculpado. En lo esencial, sostiene éste que dicha norma contraviene los arts. 11, 20 y 26 de la Constitución de Rumania (Constitución), así como los arts. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El Tribunal de Sibiu consideró que las disposiciones del art. 200 cit. eran constitucionales pues, merced a ellas, el orden público y las buenas costumbres, a las que se refiere el art. 26 de la Constitución, estaban protegidos; también expresó que la invocación de la Convención no era pertinente en el caso pues, para la fecha en cuestión, Rumania no había adherido a aquélla.

Los puntos de vista del gobierno y del Parlamento han sido solicitados según las normas aplicables. El primero ha defendido la constitucionalidad de la norma, conclusión que no modificó cuando la Corte le solicitó nuevas precisiones después del ingreso de Rumania al Consejo de Europa y de la ratificación de la Convención. El Senado consideró que sería útil diferir el pronunciamiento o, en su caso, que resultaría conveniente tomar en consideración las modificaciones del Código Penal y del Código Procesal Penal, comprendidas en el proyecto de ley presentado por el Gobierno. La Cámara de Diputados no comunicó su opinión.

Sobre la base del reglamento de la Corte, fueron solicitados los puntos de vista de organizaciones religiosas que funcionan de manera legal en Rumania, de instituciones de enseñanza superior, de autoridades públicas y de organizaciones no gubernamentales del país.

Las organizaciones religiosas que han respondido (Iglesia Ortodoxa de Rumania, Federación de Comunidades Judías de Rumania, *Mufti* del culto musulmán de Rumania, etc.) condenaron de manera categórica los actos homosexuales, solicitando, en su mayoría, el mantenimiento de la represión penal. Sólo el Episcopado reformado de Oradea, entendió que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son una enfermedad pero no una infracción, en la medida en que no agraven a la moral pública y no corrompan a la juventud.

Las facultades de derecho de Cluj-Napoca y de Iassy sostuvieron la solución prevista en el proyecto de ley de modificación del Código Penal, en el sentido de que la incriminación de las relaciones homosexuales sólo debe preverse cuando causan un escándalo público. La Facultad de Derecho de Sibiu estimó necesaria la modificación del

art. 200 cit. en el sentido de la alínea 8 del dictamen de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, expresado con motivo de la adhesión de Rumania a este organismo. La Facultad de Sociología, Psicología y Pedagogía de Bucarest, señaló que la homosexualidad genera sobre todo prosélitos entre los adolescentes y los jóvenes, dentro del proceso de definición de la personalidad, en la edad de las elecciones, cuando aquéllos deberían escoger sus valores.

El Ministerio de la Salud sugirió que la cuestión debía ser debatida en el marco de grupos o comisiones de especialistas (psiquiatría, medicina legal), aun cuando admitió la idea de que la legislación debe ser muy categórica y punitiva con las personas que hacen proselitismo, y no prever ninguna circunstancia atenuante respecto de personas que producirían una infección de la conciencia del compañero; asimismo, la pederastia debería estar condenada al máximo.

El Instituto Rumano de los Derechos del Hombre, la Asociación para la Defensa de los Derechos del Hombre en Rumania-Comité Helsinki y la Liga de Defensa de los Derechos del Hombre, estimaron que el art. 200 cit. era contrario al art. 26 de la Constitución, y que esta última norma debía ser interpretada con referencia a la Convención y a las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea).

El expediente se vio enriquecido por las opiniones provenientes de organizaciones no gubernamentales como, por ejemplo, la Comisión Internacional de Juristas, Amnesty International, la Comisión por los Derechos del Hombre de la Organización Internacional de Homosexuales y Lesbianas, que, por unanimidad, solicitaron la desincriminación de las relaciones homosexuales.

2. El art. 200 cit. dispone: "las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son punibles con una pena de prisión de 1 a 5 años.

La acción prevista en la alínea 1, ejercida sobre una persona imposibilitada de defenderse, o de expresar su voluntad, o por la coacción, está castigada por una pena de prisión de 2 a 7 años.

Si la acción prevista en la alínea 1 tuvo por consecuencia un atentado grave a la integridad corporal o a la salud, la pena es de prisión de 3 a 10 años, pero cuando tuvo por consecuencia la muerte o el suicidio de la víctima, la pena es de 7 a 15 años de prisión.

La incitación o seducción de una persona con vistas a la práctica de los hechos previstos en la alínea 1 está castigada por una pena de prisión de 1 a 5 años".

Resulta de ello, que el texto califica de infracción toda categoría de relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, con indiferencia de las circunstancias y del hecho de que aquéllas estuvieran de acuerdo con dichas relaciones.

Como la excepción de inconstitucionalidad sólo atañe a las dos primeras alíneas del art. 200 cit., la Corte sólo está habilitada a pronunciarse dentro de esos límites.

La petición invoca, a título principal, la violación del art. 26 cit. que expresa: "1) Las autoridades públicas respetan y protegen la vida íntima, familiar y privada. 2) La persona física tiene el derecho de disponer de sí misma, si ello no afecta a los derechos y libertades

de terceros, al orden público o a las buenas costumbres”.

El texto representa un desarrollo de los arts. 8 de la Convención y 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y disposiciones similares se encuentran igualmente en otras recientes constituciones europeas.

La lógica interna del texto obliga a la interpretación de las dos alíneas, que se encuentran en consonancia natural, pues ellas forman en realidad una unidad jurídica. Así, en la primer alínea del art. 26 son indicadas las obligaciones que incumben a las autoridades públicas, lo que representa una garantía del principio previsto en el art. 1, alínea 3, de la Constitución, según el cual: “Rumania es un Estado de derecho, democrático y social, en el cual la dignidad del hombre, los derechos y libertades de los ciudadanos, el libre desarrollo de la personalidad humana y el pluralismo político, representan los valores supremos y son garantizados”.

De ello se sigue que el legislador constituyente se refiere, en el art. 26 cit. a tres nociones: la vida íntima, la vida familiar y la vida privada, pero la alínea 2 del mismo artículo obliga a circunstanciar estos elementos. Cuando el legislador constituyente prevé que toda persona física tiene el derecho de disponer de sí misma, pero sin menoscabar los derechos y libertades de terceros, el orden público o las buenas costumbres, aquél entiende que las tres nociones de la alínea 1 -vida íntima, vida familiar, vida privada- no pueden ser concebidas sino dentro del respeto a los derechos y libertades del otro, del orden público y de las buenas costumbres. Esto significa que cada uno de los elementos de la alínea 1 debe estar relacionado, inevitablemente, con cada uno de los tres elementos de la alínea 2, por lo que lo esencial para resolver la excepción radica en determinar el significado de la expresión “buenas costumbres”.

En numerosos países, actualmente, se admite la idea de que las relaciones homosexuales entre personas adultas que las consienten, representan una dimensión de la vida íntima de dichas personas y que no pueden, por ese hecho, ser sancionadas penalmente.

Esta idea fue alcanzada después de un período de especulaciones. Es así que la Corte Europea, en 1976, rechazó la idea de que existiera una moral general europea, el concepto de buenas costumbres debía ser entendido mediante el prisma de las disposiciones de las legislaciones nacionales. Empero, dicha Corte volvió sobre ese punto de vista (casos *Dudgeon* -1981-, *Norris* -1988-, y *Modinos* -1993-), considerando que las relaciones homosexuales entre personas adultas, en privado, con su consentimiento, no contravienen las buenas costumbres y no son, entonces, susceptibles de contravenir el art. 8 de la Convención.

La Corte Europea sugirió, por sus decisiones, la modificación de las leyes de los estados miembros del Consejo de Europa, en el sentido de la nueva interpretación del art. 8 cit. Esta idea se encuentra, igualmente, en el punto 8 del citado dictamen de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en el que fue expresada la esperanza de que Rumania no tardaría en modificar su legislación, a fin de que el Código Penal no considere más como una infracción los actos homosexuales, realizados en privado, entre adultos que los

consienten.

Es conveniente admitir que la expresión “buenas costumbres” puede recibir significados diferentes, en materia de religión y de ideología. El derecho, en tanto que fenómeno social, no puede hacer abstracción de las tendencias de la evolución de las sociedades contemporáneas, comprendidas las relaciones humanas, aun cuando, en un momento determinado, las soluciones legislativas y jurisprudenciales aparezcan en contradicción con los preceptos morales tradicionales.

Mientras que Rumania no era miembro del Consejo de Europa y no había adherido a la Convención, la interpretación del art. 8 cit. seguida por las decisiones de la Corte Europea, no pudo ser de ninguna pertinencia para la legislación y la jurisprudencia rumanas. Pero, después de la entrada de Rumania al Consejo de Europa y su adhesión a la Convención, los datos del problema cambiaron fundamentalmente. Este cambio también lo impone la propia Constitución, cuyo art. 20, alínea 1, precisa que sus disposiciones, en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos, serán interpretadas y aplicadas en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y con los pactos y otros tratados de los cuales Rumania es parte; hoy la Convención Europea devino uno de esos tratados. Además, la alínea 2 del art. 20 de la Constitución consagra el principio de la primacía de las normas del derecho internacional: “si existe una discordancia entre los pactos y tratados relativos a los derechos fundamentales del hombre de los cuales Rumania es parte y las leyes internas, las reglamentaciones internacionales tienen primacía”.

De lo que precede, resulta que dicha discordancia existe entre el citado art. 8 de la Convención, tal como lo interpretó la Corte Europea, y el citado art. 200 del Código Penal Rumano, lo que obliga a la Corte Constitucional a una decisión tendiente a superar el conflicto. Ello conduce a admitir, en parte, la excepción de inconstitucionalidad del art. 200, alínea 1, del Código Penal.

La admisibilidad de la excepción, a fin de establecer una concordancia entre la ley penal rumana y la norma internacional, no es posible, sin embargo, sino mediante el establecimiento de una correlación entre la interpretación del art. 8 de la Convención y la del art. 26 de la Constitución, la interpretación de la instancia contenciosa europea igualmente se impone, en virtud del principio de subsidiariedad, a las instancias contenciosas constitucionales.

Con base en esta orientación, conviene admitir que la instancia del contencioso constitucional nacional tiene no sólo el derecho, sino también la obligación de interpretar la Constitución desechando, por la solución que pronuncie, la discordancia entre el texto interno y el europeo de manera que la ley interna sea aplicable, utilizando los términos jurídicos dentro del sentido definido por el legislador, como en el caso el término “en público” al que se refiere el art. 152 del Código Penal.

La interpretación del art. 8 cit. dada por la Corte Europea no comprende cualquier relación entre personas del mismo sexo, como la redacción del ya citado punto 8 del Dictamen de la Asamblea Parlamentaria, sino únicamente las llevadas a cabo entre adultos, en privado, dentro de la intimidad, no en público, es decir, sin producir escándalo público

y, evidentemente, cuando dichas personas han consentido la relación. A contrario, todas las relaciones con menores, o entre adultos pero mediante coacción, o en lugares públicos o privados, pero que conducen al escándalo público, no están bajo la protección del art. 8 cit. y, por consecuencia, tampoco bajo la del art. 26 de la Constitución, siendo relaciones frente a las cuales es necesario mantener la represión penal. En consecuencia, la excepción de inconstitucionalidad relativa a la alínea 1 del art. 200 cit. debe ser admitida en parte, y solamente en lo que atañe a las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, libremente consentidas, realizadas en privado, con la condición de que no produzcan escándalo público. Por el contrario, la excepción vinculada con la segunda alínea de dicho artículo debe ser rechazada.

Nota de la Secretaría: con posterioridad al presente fallo, el 19 de septiembre de 1996, el Parlamento Europeo expidió una resolución que censura la decisión de la Cámara de Diputados de Rumania de agravar las penas contra toda relación homosexual entre adultos que la consienten (v. p. 257 de la *Revue* cit. *infra*).

CORTE CONSTITUCIONAL DE RUMANIA, sentencia del 15-7-1994, n° 81, “*Chronique de jurisprudence de la Court Constitutionnelle de Roumanie*”, por **CONSTANTINESCO, Vlad** y **STOICA, Valeriu**, en *Revue Universelle des droits de l’homme*, vol. 8, n° 4-7, 31 octubre 1996, Ed. N.P. Engel, con nota de Vlad Constantinesco en pp. 187/188. Se ha seguido la traducción al francés de la *Revue* cit.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[35]

INCONSTITUCIONALIDAD. SODOMÍA. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. HOMOSEXUALES. LESBIANAS. FAMILIA. MATRIMONIO. PROCREACIÓN HUMANA (JURISPRUDENCIA/ NICARAGUA).
--

1. Antecedentes del caso: con fecha 11-7-1992 se sancionó la Ley de Reforma al Código Penal, cuyo art. 5 -modificatorio del art. 204 hasta ese momento vigente- dispone: “Comete delito de sodomía el que induzca, promueva, propagandice o practique en forma escandalosa el concubito entre personas del mismo sexo. Sufrirá la pena de uno a tres años de prisión. Cuando uno de los que lo practican, aún es privado, tuviere sobre el otro poder disciplinario o de mando, como ascendiente, guardador, maestro, jefe, guardián, o en cualquier otro concepto que implique influencia de autoridad o de dirección moral, se le aplicará la pena que corresponde al delito de seducción ilegítima, como único responsable”. Contra la nombrada ley, se interpuso recurso de inconstitucionalidad parcial, alegándose que el art. 204 cit. contiene una abierta contradicción a la Constitución Política (arts. 25,

numeral 1; 26, numerales 1 y 3; 4, 27, 48 y 34, numeral 10; 36, 30, 66, 67, 68 y 46), ya que proscribire jurídica y moralmente la conducta de las personas lesbianas y homosexuales, imponiendo un sistema de desigualdades e irrespeto a las garantías individuales y sociales establecidas dicho texto legal.

2. Sentencia:

Los autores que se ocupan del delito de sodomía, concentran su criterio sobre la trascendencia de esta figura jurídica, centralizando sus opiniones en que la sodomía es una inversión sexual, o sea, el concubito por vía rectal entre dos individuos, tanto del sexo masculino como femenino. Todos están acordes en la crítica que engendra tal desviación de la vida normal que altera los fundamentos de una sociedad correcta, apegada a los principios éticos en que se desenvuelven para el bienestar de la familia y el pueblo en general.

El artículo 204 cit., califica de delito de sodomía al que induzca, promueva, propagandice o practique en forma escandalosa el hecho, es decir, que en estos actos punibles contra natura, lo que se pena es el escándalo entre otros conceptos que significa alboroto, tumulto, desvergüenza, mal ejemplo.

Por otra parte, existen consideraciones que claramente hieren temas constitucionales que lesionan a la misma sociedad y a la sagrada institución "de la familia", que se proyecta a la vida nacional con la solemnidad de un contrato como es el matrimonio, en que un hombre y una mujer se unen por toda la vida y tiene por objeto la procreación y el mutuo auxilio (art. 94 de la Constitución). Como es lógico afirmar, el matrimonio es no sólo una satisfacción espiritual entre un hombre y una mujer, sino que tiene la inmensa función procreativa de los hijos que integran lo que se llama población de la República, que tan necesaria es para constituir lo que se llama la población del país, indispensable para su desarrollo, su economía y su grandeza. Autorizar el funcionamiento y la libertad de la sodomía, sería un atentado legal contra el aumento de la población nicaragüense, un retroceso de su avance político, económico y social, por la carencia de hombres y mujeres que empujen hacia adelante el progreso de Nicaragua, a que tiene derecho como poseedora de una gran cantidad de tierras, de aguas y de elementos propicios para la industria y para el empuje victorioso de su destino. No se puede atentar contra la existencia del matrimonio, que jurídicamente es una de las figuras más solemnes que rigen la vida social y moral del país, y que con la procreación como uno de sus fines, empuja Nicaragua al disponer del elemento humano necesario, para su desarrollo y el cumplimiento de sus fines constitucionales, los cuales no se llenarían jamás, si frente a la institución del matrimonio, se pusiere en beligerancia la libertad del ejercicio de la sodomía, que se concreta y define como una inversión sexual lo que en vez de protegerse debe buscar como restringirse. Aceptar los argumentos de los recurrentes, equivaldría a autorizar la práctica de la sodomía, y como consecuencia destruir los nobles propósitos del matrimonio. Consecuentemente este Supremo Tribunal en apoyo a las consideraciones hechas y disposiciones legales citadas, debe declarar sin lugar el recurso objeto de las presentes diligencias.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NICARAGUA, sentencia del 7-3-1994, nº 18, en *Boletín Judicial*, Managua, edición 1994, p. 33.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[36]

INJURIAS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. AFIRMACIÓN DE HECHOS. OPINIONES. CORTE CONSTITUCIONAL. COMPETENCIA (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

En el asunto relativo a una querrela por injurias (*diffamation*), la Corte Constitucional Federal examina la decisión del tribunal ordinario con vistas a determinar si una afirmación traduce la alegación de un hecho o si es la expresión de una opinión pura y simple. Examina, además, si el tribunal ordinario interpretó correctamente la afirmación en juego. Fuera de este examen de las cuestiones constitucionales, la querrela por injurias es del resorte de los tribunales ordinarios.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 13-2-1996, nº 1 BvR 262/91, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, pp. 17/18.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[37]

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. AGENTES DIPLOMÁTICOS. PRIVILEGIOS E INMUNIDADES. DERECHO DE DEFENSA. ACCESO A LA JURISDICCIÓN. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. REGLAMENTACIÓN. CONSTITUCIONALIDAD. RAZONABILIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INTERESES DE LOS PARTICULARES. OBLIGACIONES DEL ESTADO RECEPTOR Y DEL ESTADO ACREDITANTE. ACCIÓN DE AMPARO. DERECHO INTERNACIONAL. CONVENCIÓN DE VIENA DE 1961 (JURISPRUDENCIA/ ESPAÑA).

Diferenciando adecuadamente la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero y la de sus representantes, como se ha indicado en la sentencia del Tribunal Constitucional 107/1992, los órganos jurisdiccionales, al seleccionar la norma aplicable al caso, han estimado que la remisión del art. 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (**L.O.P.J.**) conducía al art. 31.1 de la Convención de Viena de 1961 (**C.V.**), cuyo contenido normativo, efectivamente, atribuye a los “agentes diplomáticos” (esto es, a las personas definidas en

el apartado *e* en relación con el *d* del art. 1 de este texto) tanto la inmunidad de la jurisdicción penal y administrativa respecto a los tribunales del Estado receptor, como también, en lo que aquí importa, “la inmunidad de la jurisdicción civil”.

Los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones se impugnan, tras recabar informe del Ministerio de Asuntos Exteriores, han interpretado que el caso no quedaba comprendido en la excepción del apartado *a* del art. 31.1 de la **C.V.**, dado que ésta se limita al ejercicio “de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para fines de la misión” diplomática, mientras que en este proceso se había ejercitado por la actora una acción personal, derivada de un contrato de arrendamiento. A igual conclusión también se llegaría si se recurriera a los trabajos preparatorios de la **C.V.**

De lo expuesto, se desprende que: 1) la respuesta de los órganos jurisdiccionales ha sido adecuada a derecho aunque haya resultado contraria a la pretensión de la recurrente, por haber estimado aquéllos la excepción de incompetencia opuesta por el demandado; y 2) al ser la competencia judicial presupuesto del proceso, cuya inexistencia comprobada impide a los órganos jurisdiccionales conocer el fondo del asunto, no cabe estimar que, en principio, vulneren el art. 24.1 de la Constitución, las resoluciones judiciales que se abstengan de conocer una litis cuya solución entienden aquéllos que no les está legalmente atribuida.

Dado que a la jurisdicción de amparo corresponde, pese a su carácter excepcional y subsidiario, la protección última de los ciudadanos frente a una eventual violación de un derecho constitucional como el de la tutela judicial efectiva, para restablecerlo o preservarlo, es conveniente considerar si el límite u obstáculo para el acceso a la jurisdicción, derivado del art. 31.1 de la **C.V.** en relación con el art. 21.2 de la **L.O.P.J.**, es constitucionalmente legítimo y, asimismo, si resulta razonable y proporcionado a sus fines.

En cuanto se trata de un “derecho prestacional”, el de tutela efectiva, en sus distintas vertientes, es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio. El legislador puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción siempre y cuando sean razonables y proporcionados respecto de los fines que lícitamente puede perseguir.

Según la **C.V.**, la inmunidad de la jurisdicción civil es relativa y admite tres excepciones, a diferencia de la penal. Salvo el caso de dichas excepciones, el resultado de la inmunidad es la incompetencia del órgano jurisdiccional.

Los llamados privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos han de ser entendidos como garantías para el libre y eficaz ejercicio de las funciones que llevan a cabo en representación del Estado que los envía. Estas garantías configuran, en su conjunto, un estatuto singular de dichas personas, establecido por el Derecho internacional, que ha de ser respetado por los órganos y autoridades del Estado receptor. Y ello permite explicar, por otra parte, que el Agente diplomático, aun siendo el titular de la inmunidad jurisdiccional, no pueda renunciar voluntariamente a ésta cuando es demandado por un particular y sí

pueda hacerlo el Estado acreditante, como se establece en el art. 32.1 de la **C.V.**

La mencionada exclusión de jurisdicción se halla justificada objetivamente por las obligaciones que el Derecho Internacional impone a los Estados al establecer la extensión y límites de la jurisdicción estatal. Y ello pese a que la potestad jurisdiccional sea ciertamente una emanación de la soberanía del Estado.

Si el legislador, al determinar la extensión de la jurisdicción de los juzgados y tribunales, necesariamente ha de tener presente los límites, positivos y negativos, que el Derecho Internacional impone a los Estados, ello corrobora la justificación objetiva y razonable de la inmunidad de la jurisdicción civil que consagra el art. 22.1 de la **L.O.P.J.**, ya que la mencionada extensión ha de operar dentro del espacio que dicho derecho deja al Estado en esta materia. Pues, en caso de que se extendiera más allá del ámbito delimitado por el Derecho Internacional y tratara de hacer efectiva, en el orden interno, la tutela jurisdiccional, el Estado podría incurrir en un hecho ilícito por violación de una obligación internacional, lo que entrañaría su responsabilidad frente a otro Estado.

Por último, para determinar si la exclusión de un particular al acceso a la jurisdicción civil de los juzgados y tribunales españoles cuando el demandado es un Agente diplomático acreditado en España, resulta o no desproporcionada al derecho contenido en la Constitución, se debe examinar si el régimen de inmunidad previsto en la **C.V.** excluye o permite una protección de los derechos e intereses de los particulares afectados. A tal fin hay que tener presente, en primer lugar, que la **C.V.** permite lograr esta protección. En efecto, si el titular de la inmunidad tiene el deber de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor (art. 41.1 de la **C.V.**), de ello se deriva que en un supuesto como el presente, el arrendador tiene la posibilidad de poner en conocimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores el incumplimiento del pago de la renta pactada, para que dicho órgano solicite del Estado acreditante que compela al Agente diplomático a cumplir la obligación o bien a renunciar a la inmunidad de jurisdicción civil. Pues si el Estado acreditante no accede a ello, podrá comunicarle que dicho agente es considerado *persona non grata* en España, lo que entrañará la retirada o el término de las funciones diplomáticas acordadas y, además, el Estado receptor podrá negarse a reconocerlo como miembro de la misión. De suerte que si existe una conducta diligente del particular, seguida de la acción del Estado receptor frente al Estado acreditante, ello puede permitir que quede expedito para el arrendador el acceso a la jurisdicción civil. Debiendo señalarse, asimismo, que si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando sea procedente, éste podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los juzgados y tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos. En segundo lugar, corresponde señalar que “la inmunidad de jurisdicción de un Agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante” (art. 31.4 de la **C.V.**), lo que implica que la recurrente pudo hacer valer su pretensión ante los tribunales de este último.

En definitiva, los órganos jurisdiccionales han seleccionado e interpretado, de forma

razonable y no arbitraria, el precepto legal aplicable al caso y, por lo tanto, la inmunidad del agente diplomático de la jurisdicción civil de los juzgados y tribunales españoles, en cuanto obstáculo o límite del acceso a la jurisdicción interna que se deriva del art. 21.1 de la **L.O.P.J.** en relación con el art. 31.1 de la **C.V.**, es constitucionalmente legítima y su resultado no desproporcionado en relación con el contenido del derecho fundamental reconocido por la Constitución (art. 24.1).

Nota de la Secretaría: tres magistrados votaron en disidencia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Pleno-, sentencia del 28-09-1995, nº 140/1995, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 43, septiembre-diciembre 1995, p. 125.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[38]

INMUNIDADES. PRESIDENTE DE LA NACIÓN. JUECES, LEGISLADORES Y FUNCIONARIOS. ACTOS OFICIALES Y ACTOS NO OFICIALES. PROCESO CIVIL. SUSPENSIÓN DEL PROCESO. *DISCOVERY PERIOD*. DIVISIÓN DE PODERES. FEDERALISMO (JURISPRUDENCIA/EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: Paula Corbin Jones promovió una acción de daños y perjuicios, fundada en las secciones 1983 y 1985 del Título 42 del Código de los Estados Unidos y en las leyes de Arkansas, contra el Presidente de los Estados Unidos, William Jefferson Clinton; alegó, entre otras circunstancias, que mientras éste era gobernador de Arkansas, le hizo propuestas sexuales “abominables” y que la negativa que ella formuló hizo que los supervisores del organismo estadual donde trabajaba por ese entonces le impusieran sanciones. Clinton solicitó al tribunal federal de distrito, con base en la inmunidad presidencial, que se desestimara la demanda y se impidiera la promoción de nuevas acciones por idéntica causa hasta la finalización de su mandato. El *a quo* si bien rechazó la petición, dispuso que el trámite judicial se suspendiera durante el mandato de Clinton aun cuando el proceso de *discovery* seguiría su curso. La Cámara de Apelaciones confirmó el mencionado rechazo, pero revocó la suspensión del trámite porque consideró que constituía el “equivalente funcional” de una concesión de inmunidad temporal que el Presidente no estaba constitucionalmente legitimado a gozar. La Cámara explicó que el Presidente, al igual que el resto de los funcionarios, está sujeto a las mismas leyes aplicables a todos los ciudadanos, que no se habían encontrado casos en que se reconociera inmunidad a un funcionario frente a las acciones judiciales fundadas en sus actos no oficiales, y que el sustento en la inmunidad oficial resultaba inapropiado cuando sólo se cuestionaba la conducta privada, personal, de un Presidente. Desestimó también el

argumento según el cual si no se reconocía la inmunidad pretendida, la amenaza de interferencia judicial en el Poder Ejecutivo violaría la división de poderes. En tales condiciones, el Presidente presentó un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte (1).

2. Sentencia:

2.1. Si bien nuestra decisión de conceder el recurso no expresa un juicio sobre el mérito del caso, lo cierto es que refleja nuestro reconocimiento de su importancia. Las manifestaciones hechas en nombre del Poder Ejecutivo relativas al impacto potencial del precedente establecido por la Cámara de Apelaciones ameritan nuestra respetuosa y ponderada consideración.

Es cierto que frecuentemente hemos destacado la importancia de evitar la adjudicación prematura de cuestiones constitucionales. Esta doctrina de elusión, sin embargo, resulta aplicable a todo el Poder Judicial y no sólo a esta Corte, cf. *Arizonans for Only English vs. Arizona* (520 US -1997-) y entra en juego después que el tribunal ha adquirido jurisdicción para entender en un caso. No exige el rechazo discrecional de todo pedido de *certiorari* que plantee cuestiones constitucionales novedosas. Sin embargo, hace apropiado identificar dos cuestiones constitucionales importantes no incluidas en el recurso y que hoy no necesitamos analizar.

En primer lugar, la inmunidad se invocó ante un tribunal federal y se basa fuertemente en la doctrina de la división de poderes que impide que cada una de las tres Ramas del Gobierno Federal invada el dominio de las otras dos, v. e.g. *Buckley vs. Valeo* (424 US 1, 122 -1976-); por lo tanto, no es necesario considerar o decidir si una pretensión similar podría resultar exitosa ante un tribunal estadual. Si este caso tramitara en sede estadual, en lugar de formular un argumento en términos de la división de poderes, el apelante probablemente hubiera buscado sustento en el federalismo y en el respeto mutuo entre los Estados, fundado en razones de cortesía y conveniencia (*comity*) (2), así como en el interés en proteger a los funcionarios federales del posible perjuicio local que subyace en la facultad de trasladar ciertos casos promovidos contra los funcionarios federales de un tribunal estadual a uno federal. No se nos ha pedido que resolvamos si esos intereses presentarían un caso más favorable al reconocimiento de inmunidad.

En segundo lugar, nuestra decisión de rechazar la pretensión de inmunidad y de permitir la continuación del trámite no requiere que tratemos la cuestión de si un tribunal puede exigir la concurrencia del Presidente en algún lugar o momento determinados. Asumimos que la declaración del Presidente, tanto para el *discovery* como para ser usada en el juicio, puede tomarse en la Casa Blanca en un momento adaptado a su ocupada agenda, y que, si es sometido a juicio, no habrá necesidad de que el Presidente concorra personalmente, aun cuando pueda optar por hacerlo (3).

2.2. No encuentra sustento en nuestros precedentes la pretensión principal del peticionante de que “en todos los casos, menos los extraordinarios”, la Constitución otorga al Presidente inmunidad temporaria frente a las demandas civiles de daños y perjuicios fundadas en hechos anteriores a la asunción del cargo.

Sólo tres Presidentes en funciones han sido acusados civilmente por sus acciones anteriores a la asunción del cargo. Las demandas contra Theodore Roosevelt y Harry Truman habían sido rechazadas antes de que entraran en funciones, y esas decisiones fueron confirmadas con posterioridad a su toma de posesión. En 1960, se promovieron dos casos contra John F. Kennedy, durante su campaña electoral, a raíz de un accidente de tránsito. Luego de entrar en funciones, alegó infructuosamente que su *status* de Comandante en Jefe le otorgaba el derecho a la suspensión del trámite conforme a las disposiciones de la *Soldiers' and Sailors' Civil Relief Act* de 1940 (50 *U.S.C. App. Sec.* 501-525). Este pedido de suspensión fue rechazado por el tribunal de distrito, y la cuestión fue conciliada extrajudicialmente. Por lo tanto, ninguno de esos casos ilumina la cuestión constitucional que tenemos ante nosotros.

El principal fundamento para otorgar a ciertos funcionarios públicos inmunidad frente a las demandas de daños y perjuicios fundadas en sus actos oficiales no resulta aplicable a la conducta no oficial. En los casos en que estaban comprometidos fiscales, legisladores y jueces, reiteradamente hemos explicado que la inmunidad persigue la satisfacción del interés público al permitir que esos funcionarios cumplan las funciones que se les han asignado en forma eficiente, sin temer que una decisión particular pueda obligarlos a responder en forma personal.

Este fundamento constituyó la base principal de nuestra decisión de que un ex Presidente de los Estados Unidos “goza de una inmunidad absoluta frente al pedido de indemnización por los daños producidos por sus actos oficiales”. *Fitzgerald* (457 *US*, p. 749). *V. id.*, p. 752, donde se cita *Ferri vs. Ackerman* (444 *US* 193 -1979-). Nuestra preocupación principal residía en no hacer al Presidente “indebidamente cauto en el cumplimiento de sus obligaciones oficiales” (457 *US* en p. 752, nota 32.).

Este razonamiento no brinda sustento a una inmunidad por la conducta no oficial. Tal como explicamos en *Fitzgerald*, “la esfera de la acción protegida debe estar estrechamente relacionada con las razones que justifican el otorgamiento de la inmunidad” (*id.*, p. 755). Dadas las amplias atribuciones del Presidente, en ese caso reconocimos una inmunidad frente a las demandas de daños y perjuicios fundadas en los actos oficiales, que se extiende hasta “el perímetro exterior de su poder” (*id.*, p. 757). Pero nunca hemos sugerido que el Presidente, o algún otro funcionario, tenga una inmunidad que vaya más allá del ámbito de cualquier acción adoptada en ejercicio de sus atribuciones oficiales (*v. id.*, en p. 759 -voto concurrente de Burger-).

Además, hemos aplicado un criterio funcional para definir el alcance de la inmunidad por los actos que claramente caen dentro del ámbito de atribuciones oficiales. “Nuestras decisiones frecuentemente han establecido que la inmunidad absoluta de un funcionario sólo debe extenderse a los actos a través de los cuales cumple ciertas funciones que tiene a su cargo” (*id.*, p. 755). De ahí que, por ejemplo, la inmunidad absoluta de un juez no se extiende a las acciones realizadas en ejercicio de funciones puramente administrativas. *V. Forrester vs. White* (484 *US* 219, 229-230 -1988-). Tal como lo han dejado en claro nuestras opiniones, las inmunidades están fundadas en “la naturaleza de la

función desempeñada y no en la identidad del actor que la cumplió” (íd., p. 229).

El intento del apelante de construir una inmunidad frente a los procesos judiciales por los actos no oficiales, basada puramente en la identidad de su cargo, no encuentra sustento en nuestros precedentes.

Tampoco nos ha persuadido la evidencia que surge del análisis histórico aportado por el apelante. Clinton señala un comentario de Thomas Jefferson, que rechazaba la orden a través de la cual el *Chief Justice* Marshall, en el juicio de Burr, le exigía comparecer con documentación u otros documentos probatorios (*subpoena duces tecum*); la declaración inserta en las notas del Senador William Maclay relativas a los primeros debates del Senado, donde el entonces Vicepresidente John Adams y el Senador Oliver Ellsworth aparecen diciendo que “el Presidente no está personalmente... sujeto a ningún tipo de proceso” a efectos de no “poner... en manos de un *Justice* ordinario el ejercicio de ningún Poder sobre el Primer Mandatario y la Detención de Toda la Maquinaria del Gobierno”; y una cita de los *Commentaries on the Constitution* de Story. Ninguna de estas fuentes ilumina la cuestión que tenemos ante nosotros.

El apelado, por su parte, señala la prueba histórica en sentido contrario. Hablando a favor de la adopción de la Constitución en la Convención de Pensilvania, James Wilson - que había participado en la Convención de Filadelfia que proyectó el documento- explicó que, si bien el Presidente “está ubicado [en] un lugar elevado”, “ni un solo privilegio está anexado a su carácter; lejos de estar por encima de las leyes, él está dispuesto a aceptarlas en su carácter privado como ciudadano, y en su carácter público a través del juicio político” (2 J. Elliot, *Debates on the Federal Constitution* 480 -2d. ed. 1863-). Esta descripción es consistente con la doctrina de la inmunidad presidencial, tal como ha sido formulada en *Fitzgerald*, y con el rechazo de la pretensión de inmunidad invocada en este caso. En relación a los actos realizados en su “carácter público” -esto es, los actos oficiales-, el Presidente puede ser castigado principalmente a través del juicio político y no a través de los procesos de daños y perjuicios promovidos por los particulares. Pero en otro respecto, está sujeto a las leyes por sus actos puramente privados.

En relación a este material histórico compartimos la conclusión del *Justice* Jackson cuando se enfrentó a una cuestión relativa a la extensión del poder del Presidente. “Lo que que nuestros antecesores sí imaginaron exactamente, o hubieran imaginado si hubieran previsto las condiciones modernas, debe adivinarse de un material casi tan enigmático como los sueños que José tuvo que interpretar para el Faraón. Un siglo y medio de debate y especulación jurídica no ha producido ningún resultado neto y sólo brinda citas más o menos idóneas de fuentes respetadas de cada lado... En gran parte se neutralizan entre sí”. *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer* (343 US 579, 634-635 -1952-, voto concurrente).

2.3. El argumento más fuerte que el apelante esgrime en sustento de su pretensión de inmunidad está basado en el texto y estructura de la Constitución. No alega que quien ocupa el cargo de Presidente se encuentre “por encima de la ley” en el sentido de que su conducta es totalmente insusceptible de revisión judicial. El Presidente alega simplemente a

favor de una postergación de la tramitación del proceso que determinará si ha violado alguna ley. Su argumento está fundado en la naturaleza del cargo creado por el Artículo II de la Constitución, y en los principios de la división de poderes que han estructurado nuestro sistema constitucional desde la fundación.

Como premisa de partida, el apelante manifiesta que ocupa un cargo singular con poderes y responsabilidades tan amplias e importantes que el interés público requiere que dedique la totalidad de su tiempo y atención al cumplimiento de sus deberes públicos. Sostiene que -dada la naturaleza del cargo que ocupa- la doctrina de la división de poderes establece límites al poder de la Judicatura federal, para que no interfiera con el Poder Ejecutivo, y que aquéllos serían traspasados si se permitiera la procedencia de esta acción.

No debatimos la premisa inicial de este argumento. Los Presidentes anteriores, desde George Washington hasta George Bush, han respaldado consistentemente la descripción que el apelante hace de su cargo. Luego de terminar su mandato, Lyndon Johnson observó: "De todas las 1.886 noches en que fui Presidente, no hubo muchas en que me fuera a dormir antes de la 1 o 2 a.m., y hubo pocas mañanas en que no me levantara a las 6 o 6.30". En 1967 se adoptó la Enmienda XXV de la Constitución para garantizar la continuidad en el cumplimiento de los poderes y deberes del cargo; uno de los patrocinantes de aquella Enmienda destacó lo importante que es tener "en todo momento" un Presidente "que tenga un control total y que pueda cumplir" con aquellos deberes. Como señaló el *Justice Jackson*, la Presidencia concentra el poder ejecutivo "en una sola cabeza, en cuya elección participa toda la Nación, convirtiéndola en el foco de las esperanzas y expectativas públicas. En drama, magnitud y finalidad, sus decisiones hasta ahora eclipsan a todas las otras que en forma casi solitaria ocupan el ojo y oído públicos". *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer* (343 US, p. 653 -voto concurrente de Jackson-). En resumen, hace tiempo hemos reconocido la "singular posición que en el esquema constitucional" ocupa este cargo. *Fitzgerald* (457 US, p. 749). Por lo tanto, si bien sospechamos que aún en nuestra época moderna sigue existiendo alguna verdad en la sugerencia del *Chief Justice Marshall* de que los deberes de la Presidencia no son enteramente "incesantes" -*United States vs. Burr*, 25 F. Cas. 30, 34 (CC Va. 1807)-, aceptamos la premisa inicial del argumento del Ejecutivo.

Sin embargo, de esto no se sigue que se violarían los principios de la división de poderes si se autorizara la continuación del trámite. La doctrina de la división de poderes se vincula con la asignación de atribuciones oficiales entre las tres Ramas coiguales de nuestro Gobierno. Los Redactores de la Constitución "construyeron dentro del Gobierno Federal tripartito... una garantía ejecutiva contra la invasión o el engrandecimiento de una de las tres Ramas iguales del gobierno a expensas de la otra". *Buckley vs. Valeo* (424 US 1, 122).

Naturalmente, los límites de los poderes de las tres Ramas no siempre están nítidamente definidos. V. *Mistretta vs. United States* (488 US 361, 380-381 -1989-). Pero en este caso no se ha sugerido que se haya pedido al Poder Judicial federal el cumplimiento de ninguna función que de alguna forma pueda describirse como "ejecutiva". El apelado simplemente está pidiendo a los tribunales que ejerzan la jurisdicción que les acuerda el Artículo III para decidir casos y controversias, y, cualquiera sea el resultado, no existe

ninguna posibilidad de que la decisión que aquí se adopte vaya a limitar el alcance de las facultades oficiales del Poder Ejecutivo. El debate de cuestiones exclusivamente vinculadas a la conducta no oficial del individuo que circunstancialmente es el Presidente no genera ningún riesgo perceptible de una mala asignación de atribuciones judiciales o ejecutivas.

En lugar de afirmar que la decisión de este caso producirá una ampliación de las atribuciones judiciales o una restricción de las ejecutivas, el apelante alega que -como secuela del ejercicio de facultades judiciales, que a otros efectos es tradicional- se impondrán cargas al Presidente que le entorpecerán el cumplimiento de sus deberes oficiales. Hemos reconocido que “aun cuando una Rama no se arroge facultades a sí misma... la doctrina de la división de poderes exige que una Rama no perjudique a otra en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales”. *Loving vs. United States* (517 US, -1996-); v. también *Nixon vs. Administrator of General Services* (433 US 425, 443 -1977-). Como una cuestión fáctica, el apelante alega que este caso específico -al igual que los potenciales litigios adicionales a que una confirmación de la decisión de la Cámara podría dar lugar- puede imponer cargas inaceptables en el tiempo y energía del Presidente, entorpeciendo de ese modo el cumplimiento eficiente de sus deberes.

El juicio predicativo del apelante encuentra poco sustento en la historia y en el número relativamente reducido de cuestiones planteadas en este caso específico. Tal como lo hemos destacado, en los más de 200 años de la historia de la República, sólo tres Presidentes en funciones han sido objeto de demandas fundadas en sus acciones privadas. Si el pasado es algún índice, parece improbable que alguna vez la Presidencia se vea absorbida por un gran diluvio de litigios de este tipo. Nos parece altamente improbable que el caso que tenemos frente a nosotros, si es adecuadamente controlado por el tribunal de distrito, ocupe una cantidad sustancial del tiempo del apelante.

Mayor importancia tiene la errónea presunción del apelante de que las interacciones entre el Poder Judicial y el Ejecutivo, incluso las bastante gravosas, necesariamente constituyen un menoscabo constitucionalmente impermisible de la posibilidad que este último tiene de cumplir las funciones que le asigna la Constitución. “Nuestro... sistema impone a las Ramas cierto grado de responsabilidades sobrepuestas, un deber de interdependencia así como de independencia, cuya ausencia impediría el establecimiento de una nación capaz de gobernarse efectivamente a sí misma”. *Mistretta*, (488 US, p. 381), citando *Buckley* (424 US, p. 121). Tal como explicó Madison, la división de poderes no significa que las Ramas “no deban tener ninguna participación parcial, ni ningún control sobre los actos de las otras”. La circunstancia de que un tribunal federal, al ejercer la jurisdicción tradicional que le acuerda el Artículo III, pueda imponer una carga significativa en el tiempo y la atención del Ejecutivo no resulta suficiente para violar la Constitución. Dos proposiciones establecidas hace mucho tiempo, enunciadas por primera vez por el *Chief Justice* Marshall, soportan esta conclusión.

En primer lugar, hace tiempo hemos resuelto que cuando el Presidente actúa oficialmente, la Corte tiene poder para determinar si ha obrado dentro de la ley. Quizás el ejemplo más dramático de estos casos sea nuestra decisión de que el Presidente Truman

extralimitó sus atribuciones constitucionales cuando dictó una orden instruyendo al Secretario de Comercio a tomar posesión y administrar la mayor parte de las acerías, a fin de impedir una catástrofe nacional. *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer* (343 US 579 -1952-). Pese al serio impacto que esa decisión tuvo sobre la capacidad que tenía el Ejecutivo para cumplir la misión que se le había asignado, y al tiempo sustancial que necesariamente debe haber dedicado el Primer Mandatario a esta cuestión como consecuencia de la injerencia judicial, ejercimos la jurisdicción que nos otorga el Artículo III para determinar si su conducta oficial cumplía la ley. Nuestra decisión aplicó el principio establecido en *Marbury vs. Madison* (1 Cranch 137 -1803-), de que “sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es la ley” (íd., p. 177).

En segundo lugar, también se encuentra establecido que el Presidente puede estar sujeto a un proceso judicial en circunstancias apropiadas. Si bien Thomas Jefferson pensaba lo contrario, el *Chief Justice* Marshall, que entendió en el proceso de traición que se siguió a Aaron Burr, decidió que podía dictarse una orden para que el Presidente compareciera a juicio con documentación u otros documentos probatorios (*subpoena duces tecum*). *United States vs. Burr*, 25 F. Cas. 30 (No. 14, 692d) (CC Va. 1807). Respaldamos enfáticamente y sin ambages la posición que Marshall adoptó cuando resolvió que el Presidente Nixon estaba obligado a cumplir una orden judicial de presentar ciertas grabaciones de las conversaciones que había mantenido con sus asistentes. *United States vs. Nixon* (418 US 683 -1974-). Tal como explicamos, “ni la doctrina de la división de poderes, ni la necesidad de confidencialidad de las comunicaciones de alto nivel, sin más, pueden brindar sustento a un privilegio presidencial absoluto e incondicionado que le otorga inmunidad frente a un proceso judicial en todas las circunstancias” (íd., p. 706).

Los presidentes en funciones han respondido a las órdenes judiciales de prestar declaración y aportar otra información con suficiente frecuencia como para considerar que esas interacciones entre los poderes Judicial y Ejecutivo puedan considerarse una novedad. El Presidente Monroe respondió a interrogatorios escritos; v. *Rotunda, Presidents and Ex Presidents as Witnesses: A Brief Historical Footnote*, 1975 U. Ill. L. F. 1, 5-6. Nixon - como ya se dijo más arriba- presentó las grabaciones para cumplir con una orden judicial que así lo requería; v. *United States vs. Nixon*. El Presidente Ford cumplió una orden de prestar declaración en un proceso penal; v. *United States vs. Fromme*, 405 F. Supp. 578 (ED Cal. 1975). Y el Presidente Clinton prestó declaración, en dos oportunidades en procesos penales, a través de una grabación, ; v. *United States vs. McDougal*, 934 F. Supp. 296 (ED Ark. 1996); v. *United States vs. Branscum*, No., LRP-CR%96-49 (ED Ark, June 7, 1996). Además, los Presidentes en funciones también han cumplido voluntariamente los pedidos judiciales de prestar testimonio. En esas circunstancias, el Presidente Grant hizo una larga declaración en un caso penal -v. *Rotunda & J. Nowak, Treatise on Constitutional Law Sec. 7.1* (2d ed. 1992)- y el Presidente Carter prestó declaración testimonial a través de una grabación de video para ser usada en un proceso penal (ibíd).

En suma, “es ley establecida que la doctrina de la división de poderes no impide todo ejercicio de jurisdicción sobre el Presidente de los Estados Unidos”. *Fitzgerald*, 457

US, p. 753-754. Si el Poder Judicial puede imponer cargas severas al Poder Ejecutivo al revisar la legalidad de la conducta oficial del Presidente, y si puede dirigir un proceso apropiado promovido contra el mismo Presidente, de esto se sigue que los tribunales federales tienen atribuciones para determinar la legalidad de su conducta no oficial. Con toda certeza, la carga que se impone al tiempo y energía del Presidente, que sólo es un efecto indirecto de esa revisión, no puede ser considerada tan gravosa como la carga directa que impone la revisión judicial y la ocasional declaración de invalidez de sus actos oficiales. Por lo tanto, resolvemos que la doctrina de la división de poderes no exige que los tribunales federales suspendan el trámite de todas las acciones de derecho privado promovidas contra el Presidente hasta que éste abandone el cargo.

Las razones para rechazar una regla tan categórica se aplican también a la pauta que requiera una suspensión “en todos los casos, menos en los excepcionales”. En verdad, creemos mucho más probable que si los Redactores de la Constitución hubieran considerado necesario proteger al Presidente de las cargas que impone un litigio privado, hubieran adoptado una regla categórica y no una que exija al Presidente debatir la cuestión de si un caso específico cae dentro de la subcategoría de “excepcional”. De todos modos, la cuestión de si un caso específico debe recibir un tratamiento excepcional es un objeto más adecuado para el ejercicio de la discrecionalidad judicial, que una interpretación de la Constitución. En consecuencia, pasamos a analizar la cuestión de si la decisión del tribunal de distrito de suspender el trámite hasta que el apelante deje el cargo constituye un abuso de discrecionalidad.

2.4. La Cámara de Apelaciones describió la decisión discrecional de suspender el juicio, adoptada por el tribunal de distrito, como el “equivalente funcional” de un otorgamiento de inmunidad temporaria. Llegando a la conclusión de que el apelante no estaba constitucionalmente legitimado a gozar de esa inmunidad, el tribunal resolvió que era un error conceder la suspensión. Si bien finalmente decidimos que la suspensión no debiera haberse concedido, pensamos que la cuestión es más difícil de lo que sugiere la opinión de la Cámara de Apelaciones.

En rigor, la suspensión no era el equivalente funcional de la inmunidad constitucional que el apelante invocaba, porque el tribunal de distrito ordenó que el *discovery* prosiguiera. Además, una suspensión del juicio o del *discovery* podía haberse fundado en consideraciones que no requieren el reconocimiento de ninguna inmunidad constitucional. El tribunal de distrito tiene una amplia discrecionalidad para suspender los procesos, concomitante a su poder de controlar su agenda. V. e.g. *Landis vs. North American Co.* (299 *US* 248, 254 -1936-). Como hemos explicado, “especialmente en casos de una importancia pública extraordinaria, puede exigirse que [un peticionante] se conforme a un retraso que no tenga una extensión excesiva y que no tenga consecuencias opresivas, si con ello se protege la conveniencia o bienestar públicos” (íd., p. 256). Si bien hemos rechazado el argumento de que las cargas potenciales sobre el Presidente violan los principios de la división de poderes, esas cargas pueden ser adecuadamente evaluadas por el tribunal de distrito al dirigir el proceso. El alto respeto que se debe al cargo del

Presidente, si bien no justifica una regla de inmunidad categórica, es una cuestión que debe informar la conducción de todo el procedimiento, incluyendo al ritmo y alcance del *discovery*.

Con todo, estamos persuadidos de que constituyó un abuso de discrecionalidad del tribunal de distrito diferir el juicio hasta tanto el Presidente deje el cargo. Una suspensión tan extensa y categórica no toma en cuenta cualquier interés que el apelado tenga en llevar el caso a juicio. La demanda se promovió dentro del límite temporal fijado por la ley -casi cerca de la finalización de ese período- y la demora del juicio aumentaría el riesgo de que se produzcan los perjuicios resultantes de la pérdida de evidencia, tal como la imposibilidad de los testigos de recordar hechos específicos o la posible muerte de una de las partes.

La decisión de posponer el juicio fue, por otra parte, prematura. Quien propone una suspensión tiene la carga de demostrar su necesidad (íd., p. 255). En este caso, en el estadio en que el tribunal de distrito tomó su decisión, no había forma de evaluar si, luego de la consumación del *discovery*, se haría lugar a una suspensión del juicio. Más allá de la circunstancia de que un juicio puede consumir parte del tiempo y atención del Presidente, no hay nada en el expediente que permita que un juez evalúe el daño potencial que podría generar la programación del juicio para poco tiempo después de la conclusión del *discovery*. Pensamos que el tribunal de distrito puede haber dado una gravitación indebida a la posibilidad de que el juicio fomentara la promoción de otras acciones civiles que plausiblemente podrían entorpecer al Presidente en el cumplimiento de sus deberes. Y en el supuesto de que eso ocurra, la discrecionalidad del tribunal le permitiría controlar esas acciones de un modo -como la postergación del juicio- que no interfiera con la actuación del Presidente. Pero no se ha acreditado en este caso ningún choque con la forma en que el Presidente ejerce su cargo.

Agregamos un comentario final en relación a dos cuestiones que fueron largamente discutidas en las presentaciones de las partes: el riesgo de que nuestra decisión genere un gran volumen de acosamientos y litigios frívolos fundados en razones políticas, y el peligro de que razones de seguridad nacional impidan al Presidente explicar una necesidad legítima de pedir un aplazamiento.

No estamos persuadidos de que alguno de estos riesgos sea serio. La mayor parte de los litigios frívolos o fastidiosos terminan en el estadio en que las partes presentan sus pretensiones (*pleading stage*) o en una sentencia de puro derecho, con poca o ninguna participación personal del demandado (v. Fed. Rules Civ. Proc. 12, 56). Además, la posibilidad de imponer sanciones brinda una herramienta importante de disuasión a la promoción de acciones contra el Presidente, en su carácter no oficial, tendientes a obtener una ganancia o acosamiento políticos. La historia indica que es remota la posibilidad de que se promueva un número importante de este tipo de acciones. Si bien es posible que se planteen problemas de programación, no hay razón para presumir que los tribunales de distrito no puedan adaptarse a las necesidades del Presidente o que vayan a ser infieles a la tradición -especialmente en relación a cuestiones vinculadas a la seguridad nacional- de dar "la mayor deferencia a las responsabilidades presidenciales". Varios presidentes, entre los

que se encuentra el apelante, han prestado declaración sin poner en peligro la seguridad nacional. En resumen, confiamos en la habilidad de nuestros jueces federales para lidiar con estos problemas.

Si el Congreso considera adecuado otorgar al Presidente una mayor protección, debe aprobar las leyes pertinentes a ese efecto. Tal como el apelante manifiesta en su presentación, se ha aprobado más de una ley que prevé la postergación de los procesos civiles para proteger intereses públicos importantes. Si la Constitución incluyera la regla que el Presidente defiende, el Congreso claramente no podría revocarla. Pero la decisión que hoy tomamos no constituye ningún obstáculo a una respuesta legislativa a esta preocupación.

El tribunal federal de distrito es competente para entender en este caso. Al igual que cualquier otro ciudadano que invoca adecuadamente esa jurisdicción, el apelado tiene derecho a que se resuelva regularmente su reclamo. En consecuencia, se confirma la decisión de la cámara de apelaciones.

Notas de la Secretaría:

(1) v. **investigaciones 1** (1997), p. 122, para un análisis más pormenorizado de los antecedentes y alegatos presentados en este caso por las partes y los *amicus curiae*.

(2) La nota de pie de página n° 13 de este fallo dice: "Como la cláusula de supremacía hace del derecho federal 'la Ley suprema de la Tierra' -Art. VI, cl. 2- todo control directo de un tribunal estadual sobre el Presidente, que tiene la responsabilidad principal de asegurar que aquellas leyes sean 'ejecutadas fielmente' -Art. II, Sec. 3-, puede dar lugar a problemas que son bastante diferentes de los que analizan aquí sobre división de poderes. Cf., eg. *Hancock vs. Train* (426 US 167, 178-79 -1976-); *Mayo vs. United States* (319 US 441, 445 -1943). V. L. Tribe, *American Constitutional Law* 513 (2d ed. 1988) ('en ausencia de consentimiento explícito del Congreso, ningún Estado puede ordenar a los funcionarios federales... a actuar dejando sin efecto... sus responsabilidades federales')".

(3) La nota de pie de página n° 14 de este fallo dice: "Si bien los Presidentes han contestado interrogatorios escritos, hecho declaraciones y prestado testimonio a través de video, ningún Presidente en funciones ha declarado o recibido la orden de declarar en una audiencia abierta".

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 27-5-1997, caso *Clinton vs. Jones*, enviada al E-mail de esta Secretaría por la Universidad de Cornell, también publicada en 65 *LW* 4372.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[39]

INTERROGATORIOS POLICIALES. SILENCIO DEL DETENIDO. CONSECUENCIAS.

1. Antecedentes del caso: J. Murray fue arrestado (7-1-1990) en una casa en la que había estado secuestrado un confidente del IRA. El comisario de policía, conforme con la ley sobre el estado de urgencia en Irlanda del Norte, decidió postergar por 48 horas la posibilidad de que Murray consultase a un abogado, por considerar que dicho acceso dificultaría las operaciones policiales de lucha contra el terrorismo. Conforme con la ordenanza de 1988 sobre prueba en materia criminal en Irlanda del Norte, la policía advirtió al detenido que de su negativa a responder a las preguntas propuestas antes del proceso, podían extraerse conclusiones desfavorables para aquél. Murray fue interrogado doce veces, previa repetición de la mencionada advertencia. El detenido siempre mantuvo silencio. El *Lord Chief Justice* de Irlanda del Norte condenó a Murray a 8 años de prisión por complicidad en el secuestro del confidente. La Corte de Apelaciones confirmó la decisión.

2. Sentencia: la primera cuestión a resolver radica en saber si el hecho de extraer conclusiones desfavorables del silencio del peticionario desconoce el principio de la presunción de inocencia (art. 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos). En este sentido, es necesario tener en cuenta el conjunto de las circunstancias, en función de los casos en los que se puede proceder a formular deducciones y del peso que las jurisdicciones nacionales le han acordado.

En la especie, el peticionario pudo guardar silencio. En virtud de la legislación de Irlanda del Norte, su silencio durante todo el curso del procedimiento no constituía una infracción penal, ni un indicio de culpabilidad. Además, esta legislación no autoriza a extraer conclusiones del silencio del peticionario sino cuando son respetadas las importantes garantías concebidas para el respeto de los derechos de la defensa, y limitado el peso a conceder a dichas conclusiones; éstas son posibles sólo cuando los cargos de la acusación son suficientemente serios para reclamar una respuesta.

En consecuencia, no hubo violación del principio de la presunción de inocencia.

En cuanto al art. 6.3 de la Convención cit. (derecho del prevenido de contar con la asistencia de un abogado), cabe considerar que esa norma puede jugar un rol antes de la intervención del juez de fondo, siempre y cuando su falta de observación pueda comprometer gravemente el carácter equitativo del proceso.

En la especie, visto el sistema de la legislación de Irlanda del Norte, es primordial para los derechos de la defensa que el prevenido haya tenido acceso a un abogado durante la fase inicial de los interrogatorios policiales; si el acusado elige guardar silencio, las conclusiones desfavorables a él podrán ser inferidas. Por el contrario si él elige romperlo, corre el riesgo de comprometer su defensa.

En consecuencia, cabe entender que ha habido violación del art. 6.1 relacionado con el art. 6.3.c de la Convención cit., en razón del impedimento impuesto al peticionario de

acceder a un abogado durante las primeras 48 horas de su detención preventiva.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 8-2-1996, caso *John Murray c. Royaume-Uni*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, pp. 136/137.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[40]

JUECES. CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA. CONDUCTA. DENUNCIAS. INVESTIGACIÓN. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. DERECHO DE DEFENSA. TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL. IMPARCIALIDAD INSTITUCIONAL (JURISPRUDENCIA/CANADÁ).

El Presidente de la Corte de Quebec planteó ante el Consejo de la Magistratura una denuncia en la que reprochaba al apelante, juez de la Sala de la Juventud de la Corte de Quebec, haber adoptado comportamientos incompatibles con el Código de Deontología y de faltar, especialmente, a su deber de reserva y a su obligación de preservar la independencia de la magistratura. En su pedido de avocación ante la Corte Superior, el apelante alega que los miembros del Consejo de la Magistratura y los del Comité de Investigación nombrados por el Consejo, carecen de la imparcialidad requerida para dictar una decisión justa y equitativa. Pretende, asimismo, que los artículos 263 y 265 de la “ley de los tribunales judiciales” de Quebec, si fuesen interpretados en el sentido de que permite al Presidente de la Corte de Quebec formular denuncia ante el Consejo de la Magistratura, irrogarían menoscabo a los derechos garantizados por el art. 7 de la “Carta Canadiense de los Derechos y Libertades”. La Corte Superior rechazó la petición y la Corte de Apelación, por mayoría, confirmó el pronunciamiento. La Corte Suprema desestimó el recurso del apelante (con disidencia de uno de sus jueces) con los siguientes argumentos: 1) el derecho de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, forma parte integrante de los principios de justicia previstos en el art. 7 de la Carta, y la garantía constitucional a un tribunal independiente e imparcial incluye el concepto de imparcialidad institucional; 2) los citados arts. 263 y 265 permiten al Presidente de la Corte de Quebec formular una denuncia ante el Consejo de la Magistratura contra un juez de su Corte, y no entrañan menoscabo a los derechos garantizados por el art. 7 cit. El Presidente, es el presidente de oficio del Consejo, y los arts. 263 y 265 prevén que toda persona puede formular una denuncia ante el Consejo, lo cual comprende al miembro del Consejo, caso en el cual éste deberá abstenerse de participar en el examen de la denuncia. El papel de primer orden confiado al Presidente en materia de Deontología es la expresión de una realidad conforme a la práctica general y a los desarrollos normales de la historia. Los poderes de supervisión de un Presidente con vistas a la deontología, son inherentes al ejercicio de sus funciones; 3) en

cuanto a la imparcialidad institucional, un examen de los poderes confiados al Presidente de la Corte de Quebec por la “ley de los tribunales judiciales” no permite concluir que son susceptibles de comprometer la imparcialidad de los miembros del Consejo de la Magistratura o del Comité de Investigaciones en el tratamiento de una denuncia efectuada por el presidente. Al Consejo le corresponde recibir y examinar la denuncia presentada por toda persona contra un juez por faltas al Código de Deontología y, si una investigación es necesaria, aquél instituye a este fin un Comité de Investigación formado por cinco personas escogidas entre sus miembros. Terminada la investigación, el Comité somete sus recomendaciones al Consejo. Los procedimientos desarrollados ante el Comité no tienen la naturaleza de un proceso contradictorio. El denunciante no es una parte acusadora sobre quien pesa la carga de la prueba. La investigación del Comité es la expresión de funciones puramente investigativas y, en esta perspectiva, la verdadera conducción del asunto no es del resorte de las partes sino, más bien, del Comité mismo. La denuncia no es más que un régimen de iniciación. Vista la ausencia del carácter contencioso, si el Consejo decide hacer una investigación después del examen de una denuncia presentada por uno de sus miembros, el Comité no deviene, por ese hecho, juez y parte: la función primera del Comité es la búsqueda de la verdad. El concepto de parte en la audiencia ante el Comité no cambia la esencia de la institución en juego. Si el Presidente se vale del proceso disciplinario tomando la iniciativa de denunciar, no por ello debe creerse que el Consejo y su Comité, a los ojos de un observador razonable y bien informado, no poseerán la imparcialidad necesaria para el cumplimiento de sus funciones. La autoridad del Presidente, en el sentido de la “ley de los tribunales judiciales”, es esencialmente administrativa, y su autoridad moral, asociada naturalmente a su estatus y su función, no es vinculante y se integra en el marco en el cual todo juez ejerce sus funciones. Esta autoridad moral no conmueve en sí la capacidad del juez de decidir en su espíritu y conciencia y en función de los factores pertinentes. Por último, la existencia de familiaridad de trato entre el Presidente y los miembros del Consejo y del Comité no compromete la imparcialidad. Una afirmación contraria no reposaría sobre ningún fundamento jurídico y pondría en cuestión la dignidad y profesionalismo de la magistratura y su consejo.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, sentencia del 14-12-1995, n° 23.127: *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, pp. 31/32.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[41]

JUECES. SENTENCIA. SENTENCIA ULTRAPETITA. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/NICARAGUA).

Hay exceso en el dictado de la sentencia, puesto que el juez, al dictar un fallo ultrapetita en un juicio criminal por acusación de un supuesto delito de estafa resolvió, por una parte, un sobreseimiento definitivo a favor de los indiciados, no sólo por el supuesto delito citado, sino también por delitos que no habían sido acusados. Por otra parte, resolvió “declarar la inconstitucionalidad de los arts. 3, 4 y 5 de la ley n° 85, cuando lo que la ley permite al juez en este caso, es declarar la inconstitucionalidad de una ley, cuando al aplicarla a un caso concreto para su resolución, la encuentra opuesta a lo establecido en la Constitución. En los presentes autos el juez, luego de sobreseer a los procesados, decide declarar en abstracto la inconstitucionalidad, sin que ninguna de las partes le haya hecho planteamiento alguno ante el órgano jurisdiccional en ese sentido, ni solicitado la inconstitucionalidad de una ley que no ha sido aplicada al caso concreto objeto de resolución”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NICARAGUA, sentencia del 6-4-1994, n° 25, en *Boletín Judicial*, Managua, edición 1994, p. 49.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[42]

JUECES. DEBERES. FILIACIÓN. PRUEBA. ORDEN PÚBLICO. EXÁMENES DE SANGRE. HISTOCOMPATIBILIDAD (JURISPRUDENCIA/BOLIVIA).

Tratándose de aspectos comprendidos en el orden público, la prueba no incumbe exclusivamente a las partes; impone a los jueces el deber de aportar los elementos más idóneos y convincentes para resolver correctamente las pretensiones litigiosas por derivar éstas de cuestiones de familia, maternidad y filiación.

La maternidad goza de la protección del Estado, y las normas del Código de Familia son de orden público (arts. 4 y 5 de dicho cuerpo legal). Por tanto, al ser inderogables e irrenunciables, están fuera de la voluntad privada.

Teniendo en cuenta el “mejor interés del niño” el juez a quo está facultado para anular obrados y disponer de oficio la prueba inmunogenética del complejo mayor de histocompatibilidad H.L.A., para que tanto el demandado y la menor sean sometidos a exámenes de sangre (art. 174-1 del Código de Familia, con la facultad otorgada por los arts. 195-II de la Carta Política del Estado y 378 del Código de Procedimiento Civil).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA -Sala Civil Primera-, A.S. N° 274 del 30-5-1995, en *Labores Judiciales 1995*, Ed. Judicial, Sucre, 1996, p. 379.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

LEGITIMACIÓN PROCESAL. LEGISLADORES. IMPUGNACIÓN DE LEYES. CASO O CONTROVERSIA. PERJUICIO INSTITUCIONAL. DELEGACIÓN DE FACULTADES LEGISLATIVAS. VETO PRESIDENCIAL (JURISPRUDENCIA/EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: determinados miembros del 104° Congreso votaron en forma negativa cuando se aprobó la *Line Item Veto Act* de 1996 (Acta), que otorga al Presidente de los Estados Unidos facultades para cancelar (*cancel*) ciertas medidas relativas a gastos (*spending measures*) y a beneficios tributarios que ya había promulgado. El día posterior a la entrada en vigencia de la ley, dichos miembros promovieron una acción contra determinados funcionarios del Poder Ejecutivo, impugnando la constitucionalidad del Acta. El tribunal de distrito encontró que la pretensión de los actores de que el Acta diluía el poder de voto que habían recibido del Artículo I de la Constitución era suficiente para que gozaran de legitimación (*standing*) en términos del Artículo III; que su reclamo era actual (*ripe*), pese a que el Presidente aún no había ejercido su poder de cancelación (*cancellation authority*), porque los apelados se encontraban, ahora, en una posición de subordinación, inesperada y no deseada, del Presidente antes y después de emitir sus votos sobre las normas que autorizan gastos y partidas presupuestarias. El tribunal resolvió la cuestión como de puro derecho y a favor de los actores, con base en que el Acta violaba la Cláusula relativa a la presentación de las leyes al Presidente para que las promulgue (*Presentment Clause*) inserta en el Artículo I, Sec. 7, Cl. 2 de la Constitución, y traducía una delegación inconstitucional de atribuciones legislativas al Presidente. Los vencidos apelaron ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: los apelados carecen de legitimación para promover esta acción. En tal sentido:

(a) los tribunales federales tienen jurisdicción para resolver esta disputa sólo si constituye un caso o controversia (artículo III Sec. 2 de la Constitución). A fin de satisfacer la exigencia de que exista un caso o controversia, los apelados deben invocar un perjuicio personal que sea particularizado, concreto y también sujeto al conocimiento judicial. *Lujan vs. Defenders of Wildlife* (504 US 555, 561 -1992-); *Allen vs. Wright* (468 US 737, 751 -1984-). Esta Corte insiste en el estricto cumplimiento del requisito del *standing* jurisdiccional -v. e.g. p. 752-. La evaluación de la observancia de este recaudo es especialmente rigurosa en los casos en que el análisis del mérito de la disputa obligaría a decidir la constitucionalidad de una acción tomada por una de las otras dos Ramas del gobierno federal.

(b) Esta Corte nunca ha tenido ocasión de decidir la cuestión del *standing* legislativo aquí presentada. Los apelados no encuentran ayuda en *Powell vs. McCormack* (395 US 486, 496, 512-514 -1969-), donde la Corte decidió que la impugnación formulada por un miembro del Congreso a la constitucionalidad de su exclusión de la Cámara de

Representantes presentaba un caso o controversia en términos del Artículo III. Los apelados no han sido individualizados para recibir un tratamiento especialmente desfavorable en relación al de otros miembros de los cuerpos a los que pertenecen, pero sostienen que el Acta produce un tipo de perjuicio institucional que perjudica por igual a todos los miembros del Congreso. Y su pretensión está basada en una pérdida de poder político y no en la pérdida de algo que estuvieran personalmente legitimados a gozar, tal como a ocupar sus bancas como Miembros del Congreso después de haber sido elegidos en las urnas.

(c) La pretensión de los apelados tampoco cae dentro del *holding* de *Coleman vs. Miller* (307 US 433 -1939-), el único caso en que se declaró que los legisladores tenían legitimación para invocar un perjuicio institucional. Allí, la Corte declaró que los legisladores estatales -que habían quedado bloqueados debido a una votación empatada que hubiera frustrado la ratificación de un Estado de una enmienda propuesta a la constitución federal, y que alegaban que sus votos habían sido anulados cuando el vicegobernador desempató votando a favor de la ratificación- tenían un “interés evidente, directo y adecuado en mantener la efectividad de sus votos”, *id.*, p. 438. En cambio, los apelados no alegan que habían votado por un proyecto específico, que hubiera votos suficientes para aprobar la ley y que, pese a ello, el proyecto fuera rechazado. Cuando se votó el Acta, sus votos tuvieron pleno efecto; ellos simplemente perdieron esa votación. Para decidir que tienen legitimación, sería necesario hacer una dramática extensión de *Coleman*, aún aceptando el argumento de los apelados de que el Acta ha cambiado el “significado” y “efectividad” de su voto en las normas que autorizan gastos y partidas presupuestarias (*appropriations bills*), ya que existe una amplia diferencia entre el grado de anulación de voto que se cuestionaba en *Coleman* y la dilución abstracta de poder institucional que los apelados alegan.

(d) La práctica histórica también contradice la posición de los apelados. Varios episodios de nuestra historia demuestran que, en confrontaciones análogas entre una o ambas de las Cámaras del Congreso y el Poder Ejecutivo, no se promovió ninguna acción fundada en un supuesto perjuicio al poder o autoridad oficial. Si se reconociera la pretensión de los apelados, presumiblemente varios presidentes hubieran tenido legitimación para impugnar la *Tenure of Office Act*, que impedía que el Primer Mandatario removiera a una persona que había designado sin contar con el consentimiento del Congreso; el Presidente Ford podría haber cuestionado las disposiciones sobre nombramientos que contiene la *Federal Election Campaign Act*, que fueron declaradas inválidas en *Buckley vs. Valeo* (424 US 1 -1976-); y un miembro del Congreso podría haber impugnado la validez del accionar del Presidente Coolidge, al no promulgar una ley dentro del término legal (*pocket veto*), que fue declarado válido en *The Pocket Veto Case* (279 US 655 -1929-). Si bien no sería irracional un sistema que reconociera legitimación en ese tipo de supuestos, el régimen de nuestra Constitución contempla un rol más restrictivo de los tribunales del Artículo III, v. *United States vs. Richardson* (418 US 166, 192 -1974-, voto concurrente de Powell).

(e) Debe reconocerse alguna importancia al hecho de que los apelados no hayan sido

autorizados a representar a sus respectivas Cámaras en esta acción. En realidad, ambas Cámaras se opusieron activamente a su promoción. Por otra parte, la conclusión a la que aquí llegamos no priva a los Miembros del Congreso de un remedio adecuado -puesto que pueden derogar la ley o exceptuar a las normas que autorizan gastos y partidas presupuestarias (*appropriations bills*) de su ámbito de aplicación- ni impide que la ley sea impugnada constitucionalmente por alguien a quien ella le produzca un perjuicio sujeto al conocimiento judicial.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 26-6-1997, caso *Raines vs. Byrd*, en 65 LW 4705.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[44]

LEY. LEYES PROCESALES Y SUSTANTIVAS. APLICACIÓN EN EL TIEMPO. PRINCIPIOS GENERALES (JURISPRUDENCIA/EL SALVADOR).

1. La nueva ley que deroga un procedimiento establecido en la ley antigua es susceptible de aplicarse respecto a los procesos pendientes o actos por cumplirse y rige plenamente con respecto de las relaciones jurídicas no sometidas a procedimiento.

2. Por la derogación de una ley, un procedimiento puede resultar regulado por leyes disímiles, y los actos procesales que se dicten en él, se regirán por la ley vigente al tiempo de su emisión.

3. Por la derogación de una ley, en materia de recursos pendientes de interponerse, el régimen que prevalece es el establecido por la nueva ley.

4. En lo que se refiere a situaciones o relaciones jurídicas sustantivas, la ley aplicable es la vigente al momento del acaecimiento de tales relaciones o situaciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR -Sala de lo Contencioso Administrativo-, asunto 24-G-90, en *Separata de la Revista Judicial 2 -Quince años de jurisdicción contenciosoadministrativa-*, San Salvador, junio 1995, p. 929.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[45]

LEY. PROPORCIONALIDAD. RETROACTIVIDAD. PRINCIPIO DE JUSTICIA. PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LAS AUTORIDADES DEL ESTADO. EDIFICACIÓN. ORDENANZAS DE ZONIFICACIÓN. PERMISOS (JURISPRUDENCIA/POLONIA).

La ley de 1994, relativa a la construcción, estableció sanciones severas para lo que denomina "construcción libre", es decir, el hecho de levantar edificios y otras construcciones sin permiso. Desde el 1 de enero de 1995, una instancia administrativa estaba habilitada a ordenar la demolición de toda construcción realizada sin permiso. Esta regla no se aplicaba solamente a los edificios realizados después de la mencionada fecha: todas las otras construcciones realizadas sin permiso, aun cuando hubiesen sido levantadas conforme a todas las normas técnicas aplicables y dentro de una zona en la que era dable construir, podían ser demolidas. Según los peticionarios -el presidente del Tribunal Administrativo Superior y el Ombudsman- dicha reglamentación constituía una violación a reglas fundamentales del estado de derecho: *lex retro non aguit*, el principio de justicia social y el principio de la confianza de los ciudadanos con respecto a las autoridades del Estado. El Tribunal Constitucional descartó la violación al principio de no retroactividad. La nueva ley no daba una nueva definición de obras no controladas, sólo disponía sanciones más severas para los actos que, también en virtud de la reglamentación anterior, estaban prohibidos. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal, no se producía un menoscabo al principio *lex retro non aguit*. Sin embargo, el Tribunal juzgó que había un conflicto entre la nueva disposición y otros principios del estado de derecho, a saber, el principio de mantenimiento de la confianza de los ciudadanos respecto del Estado y de sus leyes, y el principio de proporcionalidad. El Tribunal explicó que las nuevas disposiciones irrogaban un severo golpe a los inversores que habían ya iniciado trámites para legalizar sus construcciones. Una reglamentación tan estricta no se correspondía con la finalidad de la nueva ley, pues cualquier construcción podía ser demolida por simples y pequeños vicios de procedimiento. El Tribunal aprovechó esta ocasión, para comentar sus anteriores decisiones relativas al principio de proporcionalidad. Según el Tribunal, este principio está ligado al principio de justicia que pone en marcha la aplicación de los siguientes criterios:

- no pueden ser adoptadas disposiciones legales sino cuando son necesarias para proteger intereses públicos;
- las disposiciones de una ley deben estar estructuradas de manera que puedan alcanzar los objetivos previstos;
- es necesario mantener un equilibrio entre la finalidad de dichas disposiciones legales y las obligaciones suplementarias que de ellas resultan para los ciudadanos.

En suma, a efecto de que las leyes puedan atender a su finalidad, las autoridades legislativas deben emplear los medios que se correspondan estrictamente con los objetivos previstos, no imponiendo a los ciudadanos más que un mínimo de nuevas obligaciones.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 31-1-1996, K 9/95, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, p. 91.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[46]

LEYES PROCESALES. APLICACIÓN EN EL TIEMPO. MODIFICACIÓN. RECURSO DE CASACIÓN. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

La interpretación realizada por el Tribunal Supremo de la Disposición transitoria segunda de la ley 10/1992 -según la cual los límites cuantitativos que abren el acceso a la casación para los recursos interpuestos o formalizados tras la entrada en vigor de la nueva ley, aunque se hubieran preparado bajo la vigencia de la regulación anterior, son los que la nueva ley procesal establece-, no es la única que admite la norma dada la manifiesta falta de previsión del texto legal. Sin embargo, la inadmisión del recurso de casación fundada en esa inteligencia supone la aplicación, de manera razonada y no arbitraria, de una causa de inadmisión prevista en la ley que se adecua al cambio normativo producido, por lo que no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia del 16-10-1995, nº 149/1995, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 43, septiembre-diciembre 1995, p. 220.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[47]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DERECHO AL HONOR. OPINIÓN PÚBLICA. DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN. VERACIDAD. INTERÉS PÚBLICO. PERSONALIDADES PÚBLICAS. FOTOGRAFÍAS. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

La libre comunicación de información y la libertad de expresión, ocupan una especial posición en nuestro ordenamiento en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático.

Tratándose, más específicamente, de la libertad de información, su correcto ejercicio exige que verse sobre hechos de trascendencia pública, en el sentido de noticiables, y que la información facilitada sea veraz. Reuniendo tales condiciones, su ejercicio, en estos casos, prevalece sobre el derecho al honor de los afectados por la información, en tanto y en

cuanto ésta se encuentra en la base de una sociedad democrática.

Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados, cobran especial relevancia la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre, así como la persona objeto de la información -puesto que las personalidades públicas, que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, “deben soportar un cierto mayor riesgo de inferencia de sus derechos de la personalidad que las personas privadas- y el medio de información -en particular si ha sido difundida por un medio de comunicación social-”.

La veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo.

Que un magistrado, titular de un poder del Estado, sometido a enjuiciamiento penal - y con posterioridad condenado- por delito cometido en el ejercicio de su función como tal, es personaje público, no parece dudoso; que poseen indudable interés público las circunstancias que rodean los graves hechos que dieron lugar a ese enjuiciamiento, tampoco; y que la información aparecida en el medio de comunicación social demandado es veraz, en el sentido de diligente búsqueda de la realidad informada y de un serio esfuerzo informativo, aparece igualmente clara.

La circunstancia de que parte de las informaciones publicadas se refieran a extremos ajenos al procedimiento penal seguido contra el aquí recurrente y que tampoco puedan estimarse como absolutamente ciertas, no es obstáculo a que queden amparadas por la libertad de información cuando, como aquí ocurre, afectan a personalidad pública, en asunto de público interés, y han sido obtenidas por el medio de comunicación usando las fuentes informativas a su alcance y reuniendo las condiciones necesarias para poder ser estimadas como veraces.

Tampoco es admisible la alegación del recurrente relativa a la supuesta lesión de su derecho a la propia imagen que se derivaría de la publicación de la fotografía en cuestión por cuanto, entre otras razones, no puede desvincularse de la totalidad de la información y es por lo demás altamente inocua, sin que se advierta intención insultante o propósito de mofa. Luego, la fotografía no puede ser objeto de juicio diferenciado del que en general merecen los datos puestos en conocimiento del público. “Otra cosa sería tanto como afirmar que sólo la libertad de comunicar información por medio de palabras se encuentra constitucionalmente protegida, o al menos, que la libertad de información escrita posee un régimen distinto y privilegiado a la que se comunica por medio de la imagen gráfica”.

Nota de la Secretaría: acerca del mencionado requisito de veracidad, el Tribunal Constitucional ha juzgado que “el informador tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones, y empleando la diligencia exigible a un profesional. Puede que, pese a ello, la información resulte errónea, lo que obviamente no puede excluirse totalmente”. Pero “las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de

imponerse la 'verdad' como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio" (sentencia 139/1995 -Sala Primera-, reseñada *supra* bajo el nº [13], p. 154).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia del 11-09-1995, nº 132/1995, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 43, septiembre-diciembre 1995, p. 36.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[48]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE PRENSA. OPINIONES. PUBLICIDAD DIFAMATORIA. INTERÉS PÚBLICO. CALUMNIAS E INJURIAS. DERECHO AL HONOR. DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN. DERECHO A LA INTIMIDAD. DAÑO MATERIAL Y MORAL. DERECHO DE DEFENSA. IGUALDAD DE LAS PARTES (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

1. Antecedentes del caso: Leo de Haes y Hugo Gijssels (en adelante los requirentes), que trabajaban, respectivamente, como redactor y periodista del semanario *Humo*, publicaron cinco artículos, de junio a noviembre de 1986, en los que criticaron extensamente en términos virulentos, a cuatro magistrados de la corte de apelación de Anvers (Bélgica) por haber concedido, en un proceso de divorcio, la guarda de los hijos al padre, el notario X, contra el cual, en 1984, su esposa y los parientes de ésta habían presentado una querrela por incesto y sevicias respecto de sus hijos. Los artículos acusaban a los magistrados de parcialidad y de connivencia con el notario X, con el cual compartirían la simpatía por los movimientos de extrema derecha. En tales condiciones, los magistrados demandaron, entre otros, a los requirentes, ante el tribunal de primera instancia de Bruselas, basados en la naturaleza difamatoria y ofensiva de los propósitos de aquéllos, reclamando la condena a un franco -lo que simbolizaba los daños y perjuicios- y a la publicación de la sentencia en *Humo* y en seis periódicos. Durante el proceso, los requirentes solicitaron, infructuosamente, la producción de diversos documentos citados en los artículos, en especial, ciertos peritajes relativos al estado de salud de los niños, obrantes en el expediente de divorcio. El tribunal de Bruselas acogió la demanda, al considerar que los magistrados habían sido víctimas de un menoscabo injustificado a su honor y reputación.

Los requirentes apelaron la decisión y reiteraron el pedido de producción de la prueba antes mencionada a fin de demostrar las afirmaciones contenidas en las notas. La corte de apelación de Bruselas confirmó el pronunciamiento. Posteriormente, la Corte de casación desestimó el recurso (*pourvoi*) de los periodistas.

Fracasado el intento de solución amigable, la Comisión Europea de Derechos Humanos determinó los hechos y concluyó en que se había producido una violación de los

arts. 10 (por seis votos contra tres) y 6.1 (por unanimidad) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Dicha Comisión planteó el asunto ante la Corte Europea de Derechos humanos (Corte) el 25 de enero de 1996.

2. Sentencia:

2.1. Sobre el art. 10 de la Convención.

La condena de los requirentes fue resuelta en términos de una injerencia en el ejercicio de su libertad de expresión, prevista por la ley y que perseguía, al menos, uno de los fines legítimos contemplados en el art. 10.2: la protección de la reputación o de los derechos de otros.

Los artículos contenían abundante y detallada información de las circunstancias en las cuales se habían tomado las decisiones relativas a la guarda de los niños, y se fundaban en investigaciones vinculadas a los hechos objeto de reproche, y en la opinión de diversos expertos que habrían aconsejado a los requirentes su divulgación en el interés de los menores.

En estas condiciones, no puede enrostrarse a los periodistas una falta a sus obligaciones profesionales en cuanto a lo publicado. Incumbe a la prensa comunicar las informaciones y las ideas sobre cuestiones de interés público, y, a esta función de difundirlas, se agrega el derecho del público, a recibirlas. Dichas circunstancias se presentan en el caso, con arreglo a la gravedad de los hechos denunciados, concernientes a la suerte de niños de corta edad y al funcionamiento de la justicia de Anvers.

En lo esencial, la corte de apelación reprochó a los requirentes el haber lanzado afirmaciones no probadas relativas a la vida privada y a las opiniones políticas de los magistrados demandantes, y haber extraído de aquéllas conclusiones calumniosas al imputarle a estos últimos un falta de imparcialidad en el tratamiento del caso de los hijos de X.

En cuanto a las afirmaciones concernientes a las simpatías políticas de determinados magistrados, cabe advertir que según los términos del fallo de la corte de apelación de Bruselas, incluso la exactitud de dichas afirmaciones no habría impedido la condena, desde que el mencionado tribunal apuntó menos a los hechos en juego que a los comentarios que éstos inspiraron a los periodistas.

Asimismo, los elementos de información que los requirentes habían reunido sobre la conducta de X con sus hijos, podían por sí mismos justificar la crítica de las resoluciones tomadas por los magistrados reclamantes. A ello se añade que los hechos que los periodistas creían poder alegar acerca de las simpatías políticas de dichos magistrados, pueden considerarse, por su naturaleza, que tendían a acreditar la idea de que tales simpatías no eran extrañas a las mentadas decisiones. Sin embargo, una de esas referencias es inadmisibles: la tocante al pasado del padre de uno de los magistrados criticados por los periodistas.

En el contexto del caso, lo reprochado es una opinión, y ésta, por definición, no es susceptible de una demostración de veracidad. Si los comentarios de los periodistas contenían ciertamente críticas muy severas, éstas no parecen exceder la medida de la emo-

ción e indignación suscitadas por los hechos expuestos en las notas.

En conclusión, la Corte estima que a la luz de la gravedad de las circunstancias del caso y de las cuestiones en juego, la necesidad de intromisión en el ejercicio de la libertad de expresión de los requirentes no ha sido demostrada, salvo en el ya citado supuesto del padre de uno de los magistrados. Por lo tanto, hubo violación del art. 10 de la Convención.

2.2. Sobre el art. 6.1 de la Convención.

Los requirentes censuran a los tribunales de la causa por haber rechazado la producción de las piezas mencionadas en las notas y la declaración, al menos, de ciertos testigos propuestos por aquéllos.

Dado que los magistrados reclamantes han sostenido, en sustancia, que las críticas que se les formularon en *Humo* no encontraban ningún apoyo en los hechos de la causa ni en las cuatro decisiones dictadas, esto no podía ser controvertido judicialmente si los requirentes estaban imposibilitados de producir las pruebas aludidas.

La Corte no participa del criterio de la corte de apelación de Bruselas según el cual el pedido de producción de prueba por parte de los periodistas demostraría la falta de seriedad de éstos en la elaboración de los artículos. La Corte considera legítima la preocupación de los requirentes de no comprometer sus fuentes de información mediante el aporte por ellos mismos de los documentos en juego. Asimismo, las notas contenían una serie de detalles acerca de la suerte de los niños y de los resultados de los estudios médicos que se les habían practicado, de manera que no se podía razonablemente suponer, sin más, que los autores no habían dispuesto de al menos determinada información pertinente en la materia.

Por estas razones, entre otras, el rechazo impugnado puso a los requirentes en una situación de neta desventaja respecto de los magistrados demandantes, lo cual desconoce el principio de la igualdad de armas y, por ende, viola el art. 6.1 cit.

2.3. Sobre el art. 50 de la Convención.

La Corte hace lugar a las pretensiones de los requirentes en concepto de daño material correspondiente a los gastos de inserción en *Humo* del fallo de la corte de apelación de Bruselas. En cuanto al daño moral, se encuentra suficientemente compensado por la comprobación del menoscabo de los arts. 10 y 6.1 cits.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (con dos votos parcialmente disidentes), sentencia del 24-2-1997, caso *De Haes et Gijssels c. Belgique*, en *Communiqués du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 16 de enero-25 de febrero de 1997, pp. 15/20.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[49]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LÍMITES. DERECHO AL NOMBRE Y LA REPUTACIÓN. DERECHO AL HONOR. EXPRESIONES PRIVADAS. CORRESPONDENCIA. CALUMNIAS E INJURIAS (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

La libertad de expresión está limitada por la obligación de proteger el nombre y la reputación de los otros. Pero dicha libertad carece de límites cuando es ejercida en privado, p.ej., entre los miembros de una familia. Un individuo que, en una carta dirigida a un pariente encarcelado, menoscaba el honor de un tercero, no puede ser reconocido culpable de difamación, si la carta fue leída con motivo del control de la correspondencia de los detenidos.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 26-4-1994, nº 1 BvR 189/88, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1994, 1, p. 29.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[50]

LIBERTAD DE PRENSA. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. RESTRICCIONES. FIN LEGÍTIMO. PROPORCIONALIDAD. SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. PROHIBICIÓN DE PUBLICAR. CONFIDENCIALIDAD DE LAS FUENTES. REPARACIÓN DE LOS DAÑOS (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

1. Antecedentes del caso: William Goodwin, periodista inglés residente en Londres, e integrante del cuerpo de redactores de la publicación *The Engineer*, recibió un llamado telefónico de un informante que le suministró, sin haberle sido solicitado, datos acerca de los problemas financieros que atravesaba la compañía Tetra Ltd. (2-11-1989). Pocos días después, Goodwin llamó a Tetra, en dos oportunidades, para corroborar dicha información y recibir los comentarios de la empresa; posteriormente, elaboró un artículo sobre el tema para ser publicado en *The Engineer*. Tetra, en la inteligencia de que la información en juego provenía de un proyecto de su Plan Societario, confidencial, que se encontraba desaparecido desde el 1 de noviembre de 1989, solicitó y obtuvo de la *High Court* una *ex parte interim injunction* que prohibía a los editores de *The Engineer* publicar el artículo de Goodwin. Todos los diarios y los periódicos nacionales más importantes fueron informados de la medida (16-11-1989). Posteriormente (22-11-1989), la compañía logró del mencionado tribunal una orden requiriéndole a Goodwin que revelara sus notas sobre la base de que ello era necesario “en interés de la justicia”, en el sentido de la sec. 10 de la *Contempt of Court Act* 1981, para descubrir la identidad de la fuente de la información a fin de permitirle a la compañía el inicio de los procedimientos contra dicha

fuelle para recobrar el documento perdido, y procurar una *injunctio*n preventiva de futuras publicaciones o una reparaci3n de daos. El 12 de diciembre siguiente, la Corte de Apelaci3n rechaz3 el recurso de Goodwin contra la orden de revelaci3n; con posterioridad, la C3mara de los Lores desestim3 la apelaci3n del periodista (4-4-1990), considerando que la necesidad de que fuesen reveladas las notas del requirente era fundada. En palabras de Lord Bridge, la medida se basaba en la amenaza de serios daos para los negocios de la empresa y, en consecuencia, para la subsistencia de sus empleados, que derivarían de la publicidad de la informaci3n sobre el plan societario cuando las negociaciones de refinanciamiento todavía no estaban concluidas. Esta amenaza sólo podía evitarse mediante la identificaci3n de la fuente, sea por que ésta fuese quien rob3 la copia del Plan o porque resultaba un medio para llegar a identificar al ladr3n, y, así, poner a la empresa en posici3n de entablar el proceso para recobrar el documento desaparecido. La importancia de proteger la fuente estaba disminuida por la complicidad de ésta en una grave ruptura de la confidencialidad que no estaba contrapesada por ning3n legítimo inter3s en publicar la noticia. Durante los procedimientos siguientes, Goodwin se neg3 a revelar sus notas, por lo que la *High Court* lo sancion3 por desacato (5.000 libras). El requirente plante3 el caso ante la Comisi3n Europea de Derechos Humanos (27-9-1990) que, despu3s de haberlo declarado admisible (7-9-1993), entendi3, por 11 votos contra 7, que se había producido una violaci3n del art. 10 de la Convenci3n Europea de Derechos Humanos (Convenci3n).

2. Sentencia:

2.1. El peticionario alega que la orden de revelar la identidad de su fuente y la multa impuesta por negarse a cumplir la medida, violan el art. 10 cit.

2.2. No est3 discutido que las medidas constituyen una interferencia con los derechos del peticionario a la libre expresi3n garantizado en el p3rrafo 1 del art. 10 cit., y la Corte no encuentra razones para considerar lo contrario. Luego, debe ser examinado si la interferencia estaba justificada bajo el p3rrafo 2 de la mencionada norma.

2.3. ¿La interferencia estaba prescripta por la ley?

La medida y la multa impugnadas encuentran fundamento en la ley nacional (sec. 10 y 14, *Act* cit.).

El requirente afirma que, para el caso, dicha ley no satisface el requisito de previsibilidad que fluye de la expresi3n “prescriptas por la ley” (p3rr. 2, art. 10 cit.).

En tal sentido, la Corte reitera que la norma aplicable debe estar formulada con suficiente precisi3n para permitir a la persona afectada -en los supuestos en que debe contar con una advertencia jurídica apropiada- prever, en un grado razonable, las consecuencias que la acci3n dada pueda generar. Una ley que confiera discreci3n no es en sí misma inconsistente con el mencionado requerimiento, si los alcances de la discreci3n y las formas de su ejercicio est3n indicados con claridad suficiente, teniendo en cuenta el fin legítimo en cuesti3n, para dar al individuo protecci3n adecuada contra la interferencia arbitraria.

La Corte reconoce que, en el área en consideraci3n, puede ser difícil dictar leyes con absoluta precisi3n y que cierto grado de flexibilidad puede ser deseable para permitir a las

cortes nacionales el desarrollo de la ley a la luz de sus decisiones acerca de cuáles medidas son necesarias en el interés de la justicia.

Contrariamente a lo que sostiene el peticionario, la ley aplicable no otorga una discreción ilimitada a las cortes inglesas para determinar cuándo una orden de descubrimiento debe ser tomada en interés de la justicia. Asimismo, al tiempo de los hechos de la causa, existían antecedentes jurisprudenciales en Inglaterra relativos a los alcances de la norma en cuestión.

En suma, la interpretación dada por la Cámara de los Lores a la norma aplicable, en el caso, no ha ido más allá de lo que pudo razonablemente preverse. Las medidas impugnadas, entonces, estaban “prescriptas por la ley”.

2.4. ¿La interferencia persiguió un fin legítimo?

No es objeto de controversia que el fin de las medidas atacadas era el de proteger los intereses de Tetra y que la interferencia, por ello, perseguía un propósito legítimo. El Gobierno sostiene que las medidas también fueron tomadas para prevenir el delito.

La Corte, considerando que la interferencia tendía al primero de los fines indicados, no encuentra necesario determinar si también lo hacía respecto del segundo.

2.5. ¿La interferencia era “necesaria en una sociedad democrática”?

2.5.1. El peticionario y la Comisión opinan que el art. 10 cit. requiere que toda compulsión impuesta a un periodista para que revele su fuente debe estar limitada a circunstancias excepcionales en las que esté en juego un interés vital público o individual, que no se daría en el caso. Señalan, a su vez, que Tetra obtuvo la prohibición de la publicación, la que no ha sido violada; que la información era una noticia digna de mención aun cuando se pensara que no develaba materias de interés público vital, como un crimen; por lo demás, el grado del interés público en la información no resulta un test a efectos de determinar si existe un interés social importante para ordenar la revelación de la fuente, pues ésta puede proveer información de escaso valor un día, y de gran valor otro día, de manera que lo relevante es que la relación entre el periodista y la fuente estaba generando la clase de información que tenía una legítimo potencial periodístico.

2.5.2. El Gobierno, a su vez, expresa que la medida era necesaria en una sociedad democrática para proteger “los derechos” de Tetra. La función de las cortes locales es la de comprobar los hechos y, a la luz de ello, determinar sus consecuencias jurídicas, en tanto que la función de control jurisdiccional de los órganos convencionales se extiende sólo al segundo aspecto. Tampoco existía un interés público significativo en la publicación de la información confidencial recibida por el peticionario. Además, si bien hay un interés público general en el libre flujo de información hacia los periodistas, tanto éstos como sus fuentes deben reconocer que la promesa expresa o implícita de confidencialidad del primero debe ceder ante un interés público superior. El privilegio del periodista no debería extenderse a la protección de la fuente que se ha comportado de mala fe o, al menos irresponsablemente, al transmitirle, con impunidad, información que no tiene importancia pública. Por otro lado, aun cuando es cierto que se obtuvo la *injunction*, no lo es menos que hasta tanto no sea descubierta la fuente y el ladrón, la compañía sufre el riesgo de que la

información sea difundida, con los consiguientes perjuicios ya señalados.

2.5.3. La Corte recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y que las salvaguardas que deben brindarse a la prensa son de particular importancia. La protección de las fuentes periodísticas es una de las condiciones básicas de la libertad de prensa, tal como lo reflejan las leyes y los códigos de conducta profesional de numerosos estados miembros, y diversos instrumentos internacionales sobre la libertad periodística. Sin dicha protección, las fuentes pueden ser disuadidas de asistir a la prensa en la información al público de asuntos de interés público. Como resultado, el rol de “perro guardián público” de la prensa, puede ser socavado y la capacidad de aquélla de proveer información importante puede verse adversamente afectada.

Teniendo en cuenta la importancia de la protección de las fuentes periodísticas para la libertad de prensa en una sociedad democrática, y el efecto potencialmente enmudecedor que una orden de revelar las fuentes tiene en el ejercicio de esa libertad, dicha medida no puede ser compatible con el art. 10 cit., salvo que esté justificada por un requerimiento superior del interés público. Estas consideraciones serán tomadas en cuenta al aplicar a los hechos del caso el test de necesidad en una sociedad democrática del párrafo 2 del art. 10 cit.

La “necesidad” para cualquier restricción del derecho de expresión debe ser establecida de manera convincente. Cabe admitir que corresponde, en primer lugar, a las autoridades nacionales decidir cuando hay una “necesidad social apremiante” para la restricción y que, al respecto, aquéllas gozan de un determinado margen de apreciación. En el presente contexto, sin embargo, dicho margen está circunscripto al interés de la sociedad democrática en asegurar y mantener una prensa libre. De igual manera, este interés gravitará considerablemente en el balance para determinar, según el párrafo 2 del art. 10 cit., cuándo la restricción está proporcionada al fin legítimo perseguido. En suma, las limitaciones a la confidencialidad de las fuentes periodísticas reclaman el más cuidadoso escrutinio por esta Corte. La labor de ésta, en ejercicio de sus funciones de control, no radica en tomar el lugar de las autoridades nacionales, sino en revisar bajo el art. 10 cit. las decisiones tomadas por aquéllas de acuerdo con sus poderes de apreciación. A tal efecto, la Corte debe juzgar la “interferencia” visto el caso en su totalidad, y determinar si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla son “relevantes y suficientes”.

Desde el punto de vista de la Corte, la justificación de la medida dictada en el caso debe ser vista en el amplio contexto de la *ex parte interim injunction* y, dados los alcances de ésta y el cumplimiento que recibió, la amenaza de daños para la compañía ha sido en gran parte neutralizada. La orden impugnada tuvo el mismo objetivo que el alcanzado por la *injunction*: prevenir la difusión del Plan confidencial. Luego, si la medida sirvió meramente para reforzar la *injunction*, las restricciones adicionales a la libertad de expresión que irrogó no se fundan en razones suficientes en los términos del párrafo 2 del art. 10 cit.

Queda por averiguar, entonces, si los restantes motivos de la orden le confieren

suficiente justificación.

A este respecto, es cierto que la *injunction* no impedía que la información pudiese ser difundida directamente por la fuente periodística del requirente (o por la fuente de la fuente). Sin la identificación de la fuente, Tetra no estaría en condiciones de detener dicha propagación, especialmente por medio de acciones contra la fuente para recobrar el documento desaparecido, ni lograr una *injunction* o la reparación de los daños. También una empresa comercial tiene una razón legítima para desenmascarar a un empleado desleal que continúa teniendo acceso a sus locales, a fin de terminar con la relación que los une. Estas son razones indudablemente importantes. Con todo, no es suficiente *per se*, para obtener una medida como la cuestionada, demostrar solamente que sin ello la parte se vería impedida de ejercer sus derechos o prevenir las amenazas. La Corte reitera que las consideraciones que deben ser tomadas en cuenta por las instituciones de la Convención para la revisión según el párrafo 2 del art. 10 cit, inclinan la balanza de los intereses en juego en favor del interés de la sociedad democrática en asegurar la libertad de prensa. De acuerdo con los hechos del presente caso, la Corte no encuentra que los intereses de Tetra en eliminar, mediante procedimientos contra la fuente, la amenaza residual de daños por la difusión de la información confidencial por otro medio que no sea la prensa, en obtener reparaciones y en desenmascarar a un empleado desleal, aún considerados en su conjunto, sean suficientes para sobrepasar el interés público vital en la protección de la fuente periodística del requirente. Tampoco considera que los restantes propósitos a los que tiende la orden, evaluados a la luz de los estándares impuestos por la Convención, alcancen un interés público superior.

En suma, no existe una razonable relación de proporcionalidad entre el fin legítimo perseguido por la medida y el medio elegido para alcanzarlo. La restricción que la orden irroga en el ejercicio de la libertad de expresión del requirente no puede ser considerada como necesaria en una sociedad democrática, en el sentido del párrafo 2 del art. 10 cit., para proteger los derechos de Tetra bajo la ley inglesa, no obstante el margen de apreciación del que disponen las autoridades nacionales.

En consecuencia, tanto la orden que requiere al periodista revelar su fuente, como la multa impuesta por la negativa de éste a hacerlo, violan el derecho a la libre expresión del art. 10 cit.

2.6. Daños no pecuniarios.

En cuanto a los daños no pecuniarios, el requirente reclama 15.000 libras esterlinas por la angustia mental, shock y ansiedad sufridos como resultado de los procedimientos seguidos contra él. Durante cinco meses estuvo en constante peligro de ser enviado a prisión por hasta dos años, como pena por obedecer a su conciencia y por vivir de acuerdo con sus obligaciones éticas como periodista.

El Gobierno sostiene, a su vez, que dichas consecuencias derivan del desafío y desobediencia a la ley; que, si el requirente consideraba inválida la ley, pudo haber cumplido con la orden presentando su información a la corte en un sobre cerrado; y que, por otro lado, Goodwin, al menos, debió haber reconocido su deber de obedecer la orden

cuando perdió el caso en la Cámara de los Lores.

Los argumentos del Gobierno no son persuasivos para la Corte. Lo que interesa, a los fines del art. 50 de la Convención, es determinar si de los hechos constitutivos de la violación ha resultado un daño no pecuniario. En el caso, la Corte considera que existe una relación causal entre la ansiedad y la angustia sufridas por el peticionario y el quebrantamiento de la Convención. Sin embargo, juzga que la comprobación hecha en este pronunciamiento constituye una adecuada satisfacción con respecto a estos daños.

Nota de la Secretaría: la sentencia registra una mayoría de once jueces -uno de los cuales pronunció un voto concurrente- y siete jueces en disidencia, seis de los cuales concurrieron en un mismo voto.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 27-3-1996, *Goodwin vs. United Kingdom*, en *Human Rights Law Journal*, vol. 17, n° 3-6, 15 octubre 1996, Ed. N.P. Engel, pp. 111/117.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[51]

NOMBRE. APELLIDO DE LA ESPOSA. CÓNYUGES. PRESUNCIONES LEGALES. DERECHO A LA IGUALDAD. DERECHO A LA INTIMIDAD. ORDEN PÚBLICO. USOS Y COSTUMBRES (JURISPRUDENCIA/AUSTRIA).

No es inconstitucional la presunción legal por la que, en caso de ausencia de acuerdo entre los novios, debe entenderse que el apellido del marido es el apellido común de los esposos. Si bien existe una relación entre el apellido y el derecho al respeto de la vida privada, el legislador puede reglamentar el uso de los apellidos por ser materia que concierne al mantenimiento del orden público. Dicha norma es conforme con las exigencias del principio de igualdad y del derecho al respeto de la vida privada y familiar, y no acuerda un trato favorable a los varones. Asimismo, el legislador, que tuvo en cuenta las costumbres existentes, no está obligado a buscar el cambio de los hábitos con miras a una elección libre del apellido de los casados.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA, sentencia del 18-12-1993, G 227/92, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1994, 1, p. 6.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[52]

PARTIDOS POLÍTICOS. ELECCIÓN DE CANDIDATOS. CANDIDATOS COMUNES. LIBERTAD DE ASOCIARSE. REGLAMENTACIÓN. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. ELECCIONES. CONSTITUCIONALIDAD. BIPARTIDISMO (JURISPRUDENCIA/EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la mayor parte de los Estados norteamericanos -entre ellos, Minnesota- prohíbe que un mismo candidato para ocupar cargos electivos se presente por varios partidos (*multiple-party* o "*fusion*" *candidacies*). Cuando el *Cities Areas New Party* (CANP), integrante del *New Party* nacional, eligió como candidato a representante estadual a una persona que ya se postulaba por otro partido político, los funcionarios locales encargados de supervisar la elección se negaron a aceptar este pedido de nominación. El CANP promovió entonces una acción contra dichos funcionarios, alegando que las leyes estaduais contrarias a la fusión violaban su derecho de asociación, garantizado por las Enmiendas I y XIV. El Tribunal de Distrito resolvió la cuestión como de puro derecho a favor de los funcionarios, pero la Cámara de Apelaciones revocó esta decisión al concluir que la prohibición de fusión era inconstitucional porque imponía una carga indebida al derecho de asociación del Partido y porque no estaba estrechamente diseñada para promover los intereses válidos que Minnesota tenía en evitar los conflictos entre los partidos, la subdivisión de éstos, la confusión de los votantes, y en mantener un sistema político estable. Entonces, los funcionarios interpusieron un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia:

2.1. Voto de la mayoría: la prohibición de fusión no viola las Enmiendas I y XIV. En tal sentido:

(a) Si bien la Enmienda I protege el derecho de los ciudadanos a asociarse y a formar partidos políticos para la promoción de sus objetivos e ideas políticas comunes, *Colorado Republican Federal Campaign Comm. vs. Federal Election Comm.* (518 US -1996-), los Estados pueden reglamentar razonablemente los partidos, elecciones y boletas electorales para reducir el desorden de la elección y de la campaña, *Burdick vs. Takushi* (504 US 428, 433 -1992-). Al decidir si una ley electoral estadual viola el derecho de asociación garantizado por las Enmiendas I y XIV, esta Corte debe establecer un balance entre la naturaleza y magnitud de la carga que la regla estadual impone a ese derecho y los intereses que el Estado invoca como fundamentos de la prohibición, y considerar hasta que punto la preocupación del Estado requiere la imposición de esta carga. Las medidas reglamentarias que imponen cargas serias deben promover la satisfacción de un interés estadual de jerarquía superior y estar estrechamente diseñadas a esos efectos. Sin embargo, las cargas

menos pesadas requieren una revisión judicial menos rigurosa, y normalmente un Estado logra justificar las que no son discriminatorias mediante la invocación de intereses regulatorios importantes. Ninguna línea demarcatoria separa la reglamentación permisible de una elección y una violación inconstitucional de los derechos de la Enmienda I. *Storer vs. Brown* (415 US 724, 730 -1974-).

(b) La prohibición de fusión establecida por Minnesota no impone cargas severas al derecho de asociación del *New Party*. Las leyes del Estado no limitan la capacidad que tienen el Partido y sus miembros para apoyar o votar a la persona que prefieran ni restringen directamente el acceso del Partido a las elecciones. El candidato escogido por el Partido aparecerá en las boletas, pero propuesto por otro Partido. Las leyes guardan también silencio sobre la estructura interna, gobierno y adopción de políticas del Partido. *Eu vs. San Francisco County Democratic Central Comm.* (479 US 214 -1989-) y *Tahjian vs. Republican Party of Comm.* (479 US 208 -1986-). Reducen, en cambio, el universo de potenciales candidatos que pueden aparecer nominados por el Partido en las boletas y limitan, ligeramente, la posibilidad que tiene el Partido de enviar un mensaje particularizado a su candidato y a los votantes, sobre la naturaleza de su respaldo al candidato. Sin embargo, la función primaria de las boletas es instrumentar la elección de los candidatos y no funcionar como foro de expresión política.

(c) La prohibición de fusión de Minnesota no impone una carga pesada sobre los derechos del *New Party* y, por lo tanto, el Estado no está obligado a demostrar que dicha medida está estrechamente diseñada para satisfacer intereses estatales de jerarquía superior. Sólo debe acreditar que los intereses reglamentarios que invoca "tienen suficiente importancia como para justificar la limitación" a los derechos del Partido. *Norman vs. Reed* (502 US 279, 288/289 -1992-). No se requiere una verificación empírica y detallada de esa relevancia. *Munro vs. Socialist Workers Party* (479 US 189, 195/196 -1986-). En este caso la carga se justifica por el interés estatal válido e importante en la integridad de las boletas y la estabilidad política. Los Estados ciertamente tienen interés en proteger la integridad de las boletas y la imparcialidad y eficiencia de los procesos de elección de sus funcionarios públicos. E.g. *Bullock vs. Carter* (405 US 134, 145 -1972-). Minnesota teme que un candidato o partido explote fácilmente la fusión para asociar su nombre a los *slogans* y frases o consignas publicitarias populares, haciendo que la boleta deje de ser un medio para elegir candidatos y se transforme en un instrumento de publicidad política. También le preocupa que la fusión permita que los partidos secundarios intenten convertirse, mediante la nominación de uno de los candidatos de los partidos principales, en partidos importantes para la próxima elección y eludan el cumplimiento de las exigencias que el Estado ha impuesto a las solicitudes de nominación de candidatos de partidos menores. El fuerte interés que tiene el Estado en la estabilidad de su sistema político -v. e.g. *Eu*, cit., p. 226- no le permite aislar su sistema bipartidista de la competencia e influencia de los candidatos de partidos menores o independientes, e.g. *Anderson vs. Celebrezze*, 460 US 780, 802 -1983-) y no brinda una licencia paternalista para que los Estados protejan a sus partidos políticos de las consecuencias de sus propios desacuerdos, e.g. *Eu*, cit p 227. Sin embargo,

los autoriza a aprobar reglamentaciones razonables de la elección que, en la práctica, favorezcan el tradicional sistema bipartidista. La prohibición de fusión aprobada por Minnesota es mucho menos gravosa que una ley de California -que consideramos válida en el caso *Storer*-, que impedía el acceso a las boletas a cualquier candidato independiente que hubiera estado afiliado a otro partido en algún momento del año anterior a la elección primaria, y que se fundaba en intereses estatales similarmente importantes. La Corte no expresa ninguna opinión respecto de los argumentos de naturaleza política esgrimidos por el Partido, vinculados a la sabiduría de la fusión.

2.2. Votos de la disidencia:

El *Justice Stevens*, con la adhesión del *Justice Ginsburg* y, parcialmente, del *Justice Souter*, no compartió ninguna de las tres premisas de la decisión:

a) los miembros de un partido político reconocido tienen, incuestionablemente, un derecho constitucional a elegir a sus nominados a ocupar cargos públicos y a difundir la identidad de aquéllos al público elector. Tanto el derecho a elegir como el de anunciar esa decisión a los votantes merecen el más alto de los respetos.

Las leyes de Minnesota imponen una carga importante al ejercicio de ambos derechos. La enumeración de las cargas que la ley no impone al Partido -realizada por la mayoría- no minimiza la importancia de una restricción que le niega el derecho a que el nombre de su primera opción aparezca en la boleta. La posibilidad que tiene el partido de usar algunos de sus limitados recursos para publicitar que su primera opción es el nominado por otro partido, tampoco sustituye adecuadamente el mensaje que se transmite a quien vota cuando los nominados aparecen en la boleta propia.

b) Minnesota alega que la restricción legal al derecho que tiene el *New Party* a nominar el candidato de su elección se justifica por el interés del Estado en evitar la confusión de los votantes, la mezcla y manipulación de las boletas, en alentar la competencia entre los candidatos y en minimizar el faccionalismo intrapartidario. Ninguno de estos fundamentos puede sustentar la prohibición de fusión porque el Estado no ha explicado la forma en que esta medida realmente promueve la satisfacción de los intereses que invoca.

La ley restringe en forma significativa las libertades de la Enmienda I y, por lo tanto, para que sobreviva al escrutinio judicial, el Estado debe satisfacer la pesada carga de su justificación. Pero aún aceptando el criterio de la mayoría de que las cargas impuestas por la ley no son importantes, los intereses invocados por el Estado deben, al menos, tener una relación plausible con las restricciones que imponen a los partidos políticos.

c) Resulta inadmisibles que la Corte considere el fundamento de la preservación del sistema bipartidista. Minnesota no alegó en sus presentaciones que la satisfacción de este interés sustentara la prohibición impugnada y, al ser presionado a este respecto durante los alegatos orales, rechazó expresamente este fundamento. Nuestras opiniones han manifestado el explícito deseo de considerar exclusivamente los intereses que un Estado invoca en sustento de las leyes que imponen algún tipo de carga a los derechos de la Enmienda I.

Pero aun cuando el Estado hubiera alegado dicho interés, éste no resultaría suficiente para justificar la prohibición de fusión. En la mayor parte de los Estados -quizás en todos- existen dos y sólo dos partidos políticos importantes. No sorprende, entonces, que la mayor parte haya aprobado leyes electorales que dificultan el surgimiento y crecimiento de terceros partidos. La ley aquí impugnada es, indudablemente, de este tipo. La circunstancia de que dicha norma estuviera dirigida a poner en una situación de desventaja a los partidos menores y haya producido ese efecto, es una cuestión que debiera pesar en contra y no a favor de su constitucionalidad.

La fuerza del sistema bipartidista -y de cada uno de sus componentes importantes- es fruto del poder de las ideas, de las tradiciones, de los candidatos y de los votantes que sustentan esos partidos. Debilita la fuerza de este sistema la asunción de que los partidos más importantes necesitan apoyarse en leyes que discriminan a los votantes independientes y a los partidos menores a fin de preservar sus posiciones de poder. En efecto, un tema central de la jurisprudencia norteamericana es que la totalidad del electorado, que necesariamente incluye a los miembros de los partidos más importantes, se beneficia de la robusta competencia de ideas y políticas de gobierno que "se encuentra en el núcleo de nuestro proceso electoral y de las libertades de la Enmienda I".

Creo que una norma que, de todos modos, sería inconstitucional ya que impone cargas a intereses protegidos por la Enmienda I y discrimina contra los partidos políticos secundarios, no puede sobrevivir por el solo hecho de que beneficia a los dos partidos políticos más importantes.

El *Justice Souter* compartió lo reseñado en los puntos a) y b) de la disidencia anterior, pero no quiso rechazar el fundamento invocado por la mayoría de preservar el sistema bipartidista. Admitió que si bien Minnesota no había formulado ese argumento, no podía desconocer su importancia. Afirmó que existe un considerable consenso de que la lealtad partidaria entre los votantes norteamericanos ha declinado en forma significativa en las últimas cuatro décadas y muchos estudios demuestran que no es irrazonable inferir que el sistema bipartidista está corriendo algún riesgo.

Compartió con la mayoría el criterio de que los Estados tienen un interés en la estabilidad de sus sistemas políticos, esto es, en la preservación de un sistema político capaz de gobernarlos eficientemente. Si pudiera demostrarse que la desaparición del sistema bipartidista debilita ese interés, y que permitir la fusión de candidaturas genera un riesgo sustancial para el sistema de dos partidos, bien podría existir un predicado suficiente para reconocer la constitucionalidad de la acción estadual presentada en este caso. Sin embargo, al advertir que ningún Estado ha intentado siquiera hacer este argumento, dejó su consideración para otra oportunidad.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 28-4-1997, *Timmons vs. Twin Cities Areas New Party*, en 65 LW 4273.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[53]

PARTIDOS POLÍTICOS. PARTICIPACIÓN POLÍTICA. ESTATUTOS. EXPULSIÓN DE SUS MIEMBROS. DERECHOS FUNDAMENTALES. DERECHOS IMPLÍCITOS (JURISPRUDENCIA/COSTA RICA).

1. Antecedentes del caso: por ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, miembros del Partido Fuerza Democrática interpusieron recurso de amparo contra una decisión del Directorio Político de dicha agrupación, con base en que éste es un órgano sin legitimación alguna porque no fue creado por los mecanismos legales correspondientes. Expresan que el 23 de setiembre de 1996 y en una resolución arbitraria, pues los estatutos vigentes del Partido no tipifican la pena de expulsión, ni ninguna otra sanción para castigar decisiones de parlamentarios o miembros de la agrupación, fueron expulsados, sin respetar las reglas del debido proceso. A su vez, el Presidente del Partido Fuerza Democrática y del Comité Ejecutivo indicó en su informe -suscripto también por el secretario y el tesorero- no estar de acuerdo con el proceso de expulsión de los presentantes.

2. Sentencia: de los autos y del informe del Presidente del Partido Fuerza Democrática, resulta que los recurrentes fueron expulsados, lesionando sus derechos fundamentales cívico-políticos establecidos en la Constitución Política (arts. 25, 90 y 98), así como el art. 40 de ésta, que prohíbe las penas perpetuas como lo es la del caso: expulsión en forma definitiva y sin posibilidad de reincorporación.

“Esta Sala ha reconocido, en su jurisprudencia, el derecho de todos los ciudadanos en participar en política ... al disponer: ‘a) Se trata de un verdadero ‘derecho de libertad’, y, por ende, de un derecho humano fundamental, aunque reconocido solamente a favor de los ciudadanos, y no de todos los hombres sin distinción de nacionalidad, dada su inmediata vinculación con el ejercicio de los derechos políticos, los cuales se encuentran restringidos a los nacionales por definición. b) Es, a su vez, un derecho de garantía, en cuanto a medio instrumental para el goce de los derechos y libertades políticos fundamentales, tanto el activo, de participar en la gobernación de los asuntos colectivos y especialmente, de elegir a quienes hayan de ocupar los cargos públicos, como el pasivo, de desempeñar en esos cargos y, en particular, de acceder de elección popular”.

Tales derechos, si bien no expresados en el texto de la Constitución, están contenidos en ésta de forma implícita, pero inequívoca, a través de los principios y normas relativos a la organización democrática del Estado (art. 1); a la titularidad de la soberanía de la Nación (art. 2); a la definición de la ciudadanía como derecho de todos los costarricenses mayores de dieciocho años (art. 90); al sufragio, como función cívica primordial y obligatoria ejercida por los ciudadanos inscriptos en el Registro Civil (art. 93); al principio de que tal ejercicio ha de serlo con garantías efectivas de libertad y de representación de las minorías (art. 95, inc. 3 y 6); a las salvaguardas específicamente acordadas al propio

sufragio y al principio de alternabilidad en el poder (arts. 134, párr. 2, y 149, inc. 2); así como en general al carácter representativo de los poderes del Estado (art. 9) y a la integración democrático-popular de los políticos: el Legislativo (arts. 105 y 106), el Ejecutivo (arts. 133 y 138) y, en su esfera, las municipalidades (art. 169).

El único medio de participación política en beneficio de los ciudadanos, para materializar en la práctica los derechos cívico-políticos mencionados, es reconocido, por el Tribunal, a los partidos políticos. Sólo a través de estas organizaciones se tiene acceso al ejercicio de tales derechos contemplados en la Carta Magna.

“Los partidos, así como las demás instituciones políticas, revelan su naturaleza en las funciones que desarrollan en el proceso político y sobre todo, en el proceso de gobierno, pero la más importante quizás, es la de integrar la multitud de intereses, valores y creencias que existen en una comunidad dentro de uno o de varios programas elaborados a menudo en el interior de ideologías comprensivas. En este proceso de integrar a la comunidad, los partidos provocan la aparición de líderes, por lo que una segunda función suya es la de aportar dirigentes para el gobierno de la comunidad”.

El Estado moderno requiere, así, al partido político como vehículo indispensable para el acceso y ejercicio del poder, en libres e igualitarias condiciones, lo que está en la esencia de las instituciones democráticas, no sólo como instrumento de acceso y participación en el poder, sino también como medio para que todos los ciudadanos tengan la oportunidad, en beneficio de la misma democracia, de percibir el pensamiento de los demás.

“El derecho a la participación política está regido, entre otras normas, en los artículos 25, 90 y 98 de la Constitución Política, y se expresa también en el 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el 20 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica”.

La expulsión de los recurrentes del partido Fuerza Democrática lesiona tal derecho en su perjuicio, ya que se les niega, en la práctica, la posibilidad de la participación política, toda vez que la reincorporación no está contemplada dentro del Estatuto del partido. En suma, con dicha medida pierden sus credenciales partidistas, violándose así el derecho de elegir y ser elegidos, lo que comporta una posición contraria con lo establecido en los mencionados artículos constitucionales.

Por tanto, como la sanción impuesta a miembros del Partido Fuerza Democrática, es la expulsión definitiva de éste y, por ende, su no participación dentro del proceso de escogencia del poder político en la sociedad que se desenvuelven, se ha violado el art. 40 de la Constitución, que prohíbe las penas perpetuas, por lo que se ordena la restitución de los recurrentes en el pleno goce de sus derechos fundamentales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA -Sala Constitucional-, sentencia del 15-

12-1995, recurso de amparo n° 5015-V-95, *Gerardo Trejos Salas c/ Directorio Político del Partido Fuerza Democrática*, en *Revista Parlamentaria*, San José, vol. 4, n° 3, diciembre 1996, p. 1017. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[54]

PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. FINES (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

La ejecución de penas privativas de la libertad en materia correccional y criminal ha sido concebida no solamente para proteger a la sociedad y asegurar el castigo del condenado sino también para favorecer la enmienda de aquél y preparar su eventual reinserción.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia del 20-1-1994, decisión n° 93-334 DC, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1994, 1, p. 22. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[55]

PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO. PRUEBA DE SU CONDICIÓN. SOCIEDAD EXTRANJERA (JURISPRUDENCIA/EL SALVADOR).

Una sociedad extranjera que alegue ser considerada, en su país de origen, como ente de derecho público, deberá comprobar dicha calidad por medio de los estatutos de su constitución, en los que aparezca que fue establecida con tal calidad.

Una persona jurídica es considerada de derecho público si ostenta prerrogativas de poder.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR -Sala de lo Contencioso Administrativo-, sentencia del 1-6-1993, asunto 61-C-89, en *Separata de la Revista Judicial 2 -Quince años de jurisdicción contenciosoadministrativa-*, San Salvador, junio 1995, p. 865. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

1. Antecedentes del caso: la Asociación de Magistrados de Río de Janeiro petitionó judicialmente un mandamiento de amparo colectivo (*mandado de segurança coletivo*) contra el gobernador de dicho Estado, con base en el incumplimiento del art. 168 de la Constitución Federal (art. 209 de la Constitución del Estado), que establece el 20 de cada mes como fecha límite para la entrega de los recursos correspondientes a las partidas presupuestarias destinadas a los órganos del Poder Judicial. El Estado de Río de Janeiro impugnó la legitimación de la peticionaria.

2. Sentencia:

El autogobierno de la Magistratura tiene, en la autonomía del Poder Judicial, su fundamento esencial, que se revela verdadera piedra angular y soporte imprescindible del aseguramiento de la independencia político-institucional de los jueces y de los tribunales.

El legislador constituyente, aplicando su clara opción política -verdadera decisión fundamental concerniente a la independencia de la Magistratura- incluyó, en el art. 168 de nuestra Carta Política, una típica garantía instrumental, aseguratoria de la autonomía financiera del Poder Judicial.

La norma inserta en el art. 168 de la Constitución es de carácter tutelar, dado que fue concebida para impedir que el Poder Ejecutivo coloque al Poder Judicial, al Legislativo o al Ministerio Público, en un estado de subordinación financiera que comprometa la independencia político-jurídica propia de aquellas instituciones, mediante la administración arbitraria del presupuesto, o incluso mediante la negativa injusta de liberar los recursos que se le asignaron.

Esta prerrogativa de orden jurídico-institucional, creada, de modo innovador, por la Constitución de 1988, pertenece, exclusivamente, a los órganos estatales a los cuales fue conferida. El legislador constituyente, en verdad, no la ha repartido y tampoco la ha extendido a los miembros o servidores que integran esas instituciones. El ejercicio de ese derecho es, por lo tanto, intransferible. Sólo podrá ejercerlo -disponiendo, inclusive, de la pretensión y de la acción- aquel a quien se le otorgó, en el plano jurídico-material, la titularidad exclusiva de su ejercicio. Por lo tanto, esa posición jurídica -dada su absoluta intransmisibilidad- tampoco podrá ser invocada por terceros, en especial por las entidades de derecho privado -aún por las calificadas como entidades de clase-, cuyo ámbito de actuación no trasciende la esfera de los derechos de sus propios asociados.

La capacidad para actuar, en el caso, sólo pertenece a aquellos órganos estatales que, de acuerdo a lo dispuesto por sus Presidentes o Procuradores Generales, están legitimados para plantear, en juicio, la defensa de aquella especial prerrogativa de índole constitucional, no siendo lícito que una simple entidad de clase, actuando sustitutivamente, deduzca, en

nombre propio, una pretensión jurídica que no le pertenece a ella ni a sus asociados.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL -Tribunal pleno, con disidencias-, sentencia del 12-4-1991, "Mandado de Segurança N° 21.291 (AgRg) - DF", en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, Brasília, vol. 159, febrero 1997, p. 454.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[57]

<p>PODER LEGISLATIVO. DELEGACIÓN DE FACULTADES LEGISLATIVAS. PODER JUDICIAL. TRIBUNALES INDEPENDIENTES. DIVISIÓN DE PODERES. CONSTITUCIÓN. SUPREMACÍA. DECRETOS-LEYES. REQUISITOS DE VALIDEZ (JURISPRUDENCIA/TURQUÍA).</p>

La Constitución establece que el poder legislativo está confiado a la Gran Asamblea nacional turca y que no podrá ser delegado. Las competencias y funciones del ejecutivo son ejercidas por el Presidente de la República y el Consejo de ministros conforme a la Constitución y a las leyes; el poder judicial, por último, es ejercido por tribunales independientes. Estos son los órganos constitucionales que ejercen la soberanía de la nación turca. En consecuencia, uno de los principios fundamentales de la Constitución es el de la separación de poderes. Sin embargo, así como lo indica la Constitución, dicho principio no implica, de ninguna manera, un orden de precedencia entre los órganos del Estado, pues constituye, simplemente, una descripción del ejercicio de determinadas competencias del Estado y del cumplimiento de funciones, lo que tiende a sugerir una cooperación entre esos diversos órganos y una repartición de las funciones, todo ello dentro del respeto de la supremacía de la Constitución y de las leyes.

Según la Constitución, la Gran Asamblea puede autorizar al Consejo de ministros a adoptar, en "determinadas cuestiones", decretos con fuerza de ley. La Constitución establece que la ley de habilitación debe indicar el fin, el alcance, los principios y la duración de la aplicación del decreto-ley, y precisar si, en el curso de dicho período, podrá ser dictado más de un decreto-ley. Las leyes de habilitación y los decretos-leyes que de aquéllas derivan, deben ser examinados prioritariamente, y según un procedimiento de urgencia, por la Gran Asamblea. En consecuencia, sólo las "situaciones urgentes" pueden justificar la adopción de decretos-leyes. Bien entendido que el Poder Legislativo representa la fuente del derecho y que no podrá ser delegado, la autorización de adoptar decretos-leyes debe ser excepcional; se trata de una competencia secundaria. Los decretos-leyes no pueden ser adoptados sino dentro del marco de una ley de habilitación, cuyo período de validez debe ser breve, de manera de permitir que dichos decretos respondan a cuestiones urgentes mediante medidas eficaces e indispensables.

Los derechos fundamentales, los derechos individuales y los derechos políticos no

pueden ser reglamentados por decretos-leyes. Además, el Consejo de ministros no puede ser habilitado a modificar el presupuesto por un decreto-ley. El objeto sobre el cual el Consejo de ministros puede ser autorizado a legislar debe estar enunciado claramente. En el caso, la ley de habilitación sólo indica el objeto de los decretos-leyes, en tanto que la Constitución exige que dicha ley precise el fin de los decretos-leyes a dictar. Además, los “principios” y el “alcance” no estaban explícitamente delimitados. Por ende, los decretos-leyes dictados en aplicación de dicha ley de habilitación, concernientes a la reglamentación de las cámaras de comercio y los mercados bursátiles, tenían por efecto una delegación del poder legislativo, lo que es contrario al art. 7 de la Constitución (la intervención de la Corte fue peticionada por el principal partido de oposición de la Gran Asamblea que demandaba la anulación de la mencionada ley. La decisión fue tomada por unanimidad y reitera jurisprudencia constante).

CORTE CONSTITUCIONAL DE TURQUIA, sentencia del 10-9-1995, n° 1995/45, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, p. 120.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[58]

PREAVISO. DURACIÓN MÍNIMA. CONVENCIONES COLECTIVAS. LÍMITES. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA).

El derecho a la notificación del preaviso en caso de despido forma parte de los derechos que deben ser regulados por la ley y por las convenciones colectivas. En tal contexto, las disposiciones relativas a la duración mínima del preaviso, fijadas por la ley, no pueden ser modificadas por una convención colectiva. Las modificaciones dispuestas por una convención colectiva a la duración de dicho preaviso no son, entonces, conformes ni a la Constitución ni a la ley.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA EX REPUBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA sentencia del 13-3-1996, U.br. 337/95, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, p. 96.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[59]

PRESOS. CÁRCELES. CELDAS. CONDICIONES. AISLAMIENTO. RÉGIMEN CARCELARIO. MEDIDAS PROVISIONALES (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN

1. Antecedentes del caso: la Sra. María Elena Loayza Tamayo fue sentenciada, en Perú, a 20 años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de terrorismo en agravio del Estado, a cumplir en un centro de reclusión de máxima seguridad, con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y, luego, con trabajo obligatorio por el tiempo que dure la reclusión hasta que se produzca su excarcelación. En enero de 1996, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) el caso Loayza Tamayo contra el Gobierno de la República del Perú. La Comisión, asimismo, solicitó, el 30 de mayo siguiente, medidas provisionales para que la Corte “deje sin efecto el aislamiento celular y la incomunicación que se impuso a Loayza Tamayo el 9 de abril de 1996 y la restituya al pabellón ‘A’ del Centro Penitenciario de Máxima Seguridad de Mujeres, de Chorrillos, en la misma situación que tenía antes de su traslado”, habida cuenta que se encuentra “recluida en una celda extremadamente pequeña durante veintitrés horas y media cada día, durante un año”. El Presidente de la Corte resolvió solicitar al gobierno del Perú que adopte sin dilación cuantas medidas fuesen necesarias para asegurar eficazmente la integridad física, psíquica y moral de Loayza Tamayo, así como que informara sobre las medidas que tomare. El Perú informó que “en ningún momento momento se han agravado las condiciones de reclusión” de Loayza Tamayo, dado que sus condiciones de habitabilidad son las mismas que las de las demás reclusas; que recibe en forma permanente la visita de sus familiares y abogados, y que no se ajusta “a la verdad que estuviese recluida en una celda diferente (de menor dimensión) a las que utilizan las demás internas, y que no se encuentra en peligro su integridad física, psíquica y moral”.

2. Sentencia: la afirmación de la Comisión en el sentido de que Loayza Tamayo permanece “recluida en una celda extremadamente pequeña durante veintitrés horas y media cada día, durante un año” no ha sido objetada por el Perú. Asimismo, los informes presentados por las partes ofrecen una dificultad para determinar la situación precisa del régimen carcelario aplicado a Loayza Tamayo, por lo que resulta necesario mantener las medidas tomadas por el Presidente, que tienen por objeto preservar la integridad física, psíquica y moral de la nombrada (fue ratificada la citada resolución del Presidente, y reiterado al Gobierno del Perú que tome las medidas provisionales indispensables para salvaguardar eficazmente la integridad de la reclusa, y que deberá seguir informando, cada dos meses, sobre las medidas provisionales adoptadas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, resolución del 2-7-1996, caso *Loayza Tamayo*, Serie E, nº 1, Medidas Provisionales, compendio: 1987-1996, Secretaría de la Corte, San José, 1996, p. 179.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[60]

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PRUEBA. PRESUNCIONES CONTRARIAS AL ACUSADO. INCONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/SUDÁFRICA).

La norma legal según la cual debe presumirse que la persona presente en el lugar en que fueron encontradas armas y municiones, estaba en posesión de éstas, salvo prueba verosímil en contrario, constituye una violación al derecho a la presunción de inocencia del acusado y, por ello, es inconstitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, sentencia del 9-2-1996, CCT 19/95, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, p. 5, con cita de los antecedentes de dicha Corte en los que declaró inconstitucional otras disposiciones que “invertían la carga de la prueba”.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[61]

PRISIÓN PREVENTIVA. PROCESOS PENALES. DURACIÓN. RAZONABILIDAD. JUSTIFICACIÓN. EXCARCELACIÓN (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

1. Antecedentes del caso: en el marco de diversas instrucciones derivadas de ataques a mano armada a instituciones bancarias en el este de Francia, M. Patrick Muller, nacido en 1960, fue arrestado el 13 de diciembre de 1988 por la policía judicial de Mulhouse y puesto en detención preventiva. Muller reconoció los hechos que le fueron reprochados y fue acusado, el día 15 siguiente, por diversos delitos, y puesto bajo orden de detención de un año, prolongada en dos oportunidades. Se realizaron numerosas medidas de instrucción y once personas fueron inculpadas. Los procesos seguidos en diversas localidades (Colmar, Montbéliard y Mulhouse) fueron acumulados y el juez de instrucción encargado del caso fue tres veces reemplazado. El 12 de diciembre de 1991, la sala de acusación de la Corte de apelación de Colmar remitió siete personas, entre ellas Muller, ante la Corte en lo criminal del *Haut-Rhin*. El 14 de abril de 1992, la Corte de casación rechazó los recursos (*pourvois*) dirigidos contra el fallo de remisión. Dado el carácter suspensivo de estos recursos, el asunto no pudo tener audiencia ante la Corte en lo criminal sino al término del procedimiento ante la casación. El 9 de diciembre de 1992, la citada Corte en lo criminal condenó a Muller a diez años de reclusión por robo a mano armada, entre otros delitos. La totalidad del tiempo de detención provisional fue descontada de la pena

pronunciada, y Muller fue puesto en libertad el 13 de julio de 1996.

En el transcurso de la detención provisional, que duró el tiempo de la instrucción, esto es, cerca de cuatro años, el procesado presentó dos pedidos de liberación que fueron rechazados: el primero por el juez de instrucción (9-8-1991) -con base en que la detención era necesaria para garantizar su presentación ante la justicia y para evitar todo riesgo de fuga y de reiteración del delito- y el segundo por la Corte en lo criminal (21-9-1992).

La Comisión Europea de Derechos Humanos, después de haber buscado en vano una arreglo amigable, elaboró un informe sobre los hechos y formuló un dictamen en el sentido de que se había producido una violación del art. 5.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención): "Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1, c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio". El Gobierno francés planteó el asunto ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) el 31 de enero de 1996.

2. Sentencia:

2.1. Sobre el art. 5.3 de la Convención.

2.1.1. El período a tomar en consideración comenzó el 13-12-1988, fecha en la que el peticionario fue puesto bajo detención preventiva, y concluyó el 9-12-1992 con el fallo de la Corte en lo criminal.

2.1.2. Carácter razonable del lapso de detención.

Es esencialmente sobre la base de los motivos que integran las decisiones relativas a las demandas de excarcelación, así como de los hechos no controvertidos indicados por el interesado, que la Corte debe determinar si ha habido violación o no del art. 5.3.

La persistencia de razones plausibles para sospechar que la persona arrestada ha perpetrado un delito es una condición *sine qua non* de la regularidad del mantenimiento de la detención, pero al cabo de un determinado tiempo ello no es más suficiente; la Corte debe entonces establecer si los otros motivos adoptados por las autoridades judiciales legitiman la continuidad de la privación de la libertad. Cuando éstos se revelan "pertinentes" y "suficientes", aquélla debe inquirir, además, si las autoridades competentes han desarrollado una "diligencia particular" en la prosecución del procedimiento.

2.1.2.1. La justificación de la detención.

Las autoridades competentes examinaron en cuatro oportunidades la cuestión relativa al mantenimiento de la detención y, para decidir prolongarla, invocaron, a la vez, la gravedad de los hechos, el riesgo de fuga y el peligro en la repetición del delito. Para rechazar la liberación, se apoyaron simultáneamente en la complejidad del asunto y las necesidades de la instrucción, el riesgo de concertación con los coinculpados, así como el riesgo de fuga y de repetición de las infracciones.

a) Complejidad del asunto: la instrucción del caso fue compleja en la medida en que

se hizo necesario acumular los procesos que, en el comienzo, se habían desarrollado simultáneamente en tres jurisdicciones diferentes. Durante ese tiempo y a partir de su detención, Muller confesó ser el autor de los delitos que se le reprocharon.

b) Riesgo de colusión: el juez cerró la instrucción criminal el 7 de noviembre de 1991 y la Cámara de acusación remitió a Muller y sus cómplices ante la Corte en lo criminal el 12 de diciembre siguiente. El riesgo de colusión entre los implicados debió, entonces, haber desaparecido en esta fecha.

c) Riesgos de fuga y de repetición de los delitos: las decisiones adversas al pedido de liberación del peticionario no establecen la realidad del riesgo de fuga. Luego, si tal riesgo puede existir cuando la pena en juego es la de reclusión, la Corte recuerda que el peligro de fuga no debe ser apreciado sobre la sola base de la gravedad de la pena.

En lo tocante al temor de recidiva, la referencia a los antecedentes no es suficiente para justificar el rechazo de la liberación.

d) Recapitulación: al menos a partir del 7 de noviembre de 1991, fecha de la clausura de la instrucción en vistas al reenvío ya mencionado, la detención litigiosa dejó de estar fundada en motivos pertinentes y suficientes.

2.1.2.2. La conducción del proceso.

Las autoridades judiciales no actuaron con toda la prontitud necesaria, pues Muller había reconocido definitivamente los hechos desde el inicio de la información, y no interpuso ningún recurso que pudiera detener el desarrollo de la instrucción. La duración de la detención provisional, entonces, ha pasado el lapso razonable previsto en el art. 5.3 cit.

2.2. Art. 50 de la Convención.

El interesado reclama una indemnización por el perjuicio material y moral, así como el reembolso de los gastos por los procedimientos seguidos ante las jurisdicciones nacionales y los órganos de la Convención.

El reclamo por daño material debe ser desestimado pues el tiempo de la detención provisional fue descontado de la pena impuesta; en cuanto al moral, debe entenderse suficientemente compensado por este fallo. Cabe acordar 40.000 francos franceses al peticionario por sus gastos, sobre todo por los ocasionados en Estrasburgo.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 17-3-1997, caso *Muller c. Francia*, en *Communiqués du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 14-21 de marzo de 1997, pp. 1-3.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[62]

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. FALTA DE LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL ADMINISTRADO. INVOCACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN (JURISPRUDEN-

La autoridad administrativa no podrá alegar en el juicio contencioso administrativo la falta de legitimación de la actora en el proceso, si ha sido reconocida como parte interesada en el procedimiento administrativo por dicha autoridad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR -Sala de lo Contencioso Administrativo-, sentencia del 15-3-1988, asunto 15-G-86, en *Separata de la Revista Judicial 2 - Quince años de jurisdicción contencioso administrativa-*, San Salvador, junio 1995, p. 632.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[63]

PROCESO PENAL. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DEBIDO PROCESO ADJETIVO. PROCESO JUSTO. IMPARCIALIDAD Y "AJENIDAD" DE LOS JUECES. INCOMPATIBILIDAD. PREJUZGAMIENTO (JURISPRUDENCIA/ITALIA).

El "proceso justo" -fórmula que reúne los principios relativos tanto a los caracteres de la jurisdicción bajo el aspecto subjetivo y objetivo, cuanto a los derechos de acción y de defensa ante los tribunales- comporta la exigencia de imparcialidad del juez y su "ajenidad" (*extranéité*) respecto al caso que le está sometido. Las normas sobre la incompatibilidad de los jueces se fundan en la necesidad de evitar la repetición de juzgamientos de la misma naturaleza por el mismo juez, y sobre la exigencia de evitar que el juzgamiento sobre el fondo del proceso sea afectado por prejuizgamientos, efectivos o solamente potenciales, que derivarían de la evaluación sobre el fondo de hipótesis derivadas de la acusación expresadas con motivo de actos cumplidos en el curso de las fases precedentes del procedimiento. La Corte, en numerosos pronunciamientos, ha completado las lagunas constitucionalmente ilegítimas contenidas en el art. 34.2 del Código de Procedimiento Penal, previendo casos de incompatibilidad ulteriores por relación con aquellos que están expresamente previstos por esa norma. En último término, por la sentencia n° 432/1995, la Corte ha admitido que los principios precedentemente afirmados valen, no sólo para la relación entre las diversas fases del juzgamiento en cuanto al fondo, sino también dentro del nexo entre la toma de medidas cautelares personales y el juicio sobre el fondo de la acusación. Las medidas mencionadas implican un juzgamiento previo sobre las responsabilidades, incluso si está basado sobre indicios y no todavía sobre las pruebas, y las evaluaciones realizadas por el juez, a fin de adoptar una medida cautelar personal, implican un prejuizgamiento sobre todo de la acusación.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 17-4-1996, n° 131/1996, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, p. 69.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[64]

PROCESO PENAL. PRUEBA. MEDIOS DE PRUEBA. ADMISIBILIDAD. LICITUD. REGLA DE EXCLUSIÓN. INTERVENCIÓN TELEFÓNICA. ALCANCES. IMPUTADO. INCORPORACIÓN DE PRUEBA PRODUCIDA EN JURISDICCIÓN EXTRANJERA. RECURSO DE CASACIÓN. PROXENETISMO. TRATA DE PERSONAS. CONVENIOS INTERNACIONALES (JURISPRUDENCIA/URUGUAY).

1. Antecedentes del caso: el Tribunal de Apelaciones en lo Penal (2° turno) revocó los procesamientos de los imputados con base en la nulidad de la incorporación al juicio de determinadas grabaciones de conversaciones telefónicas practicadas en Italia. Ello dio lugar al recurso de casación de la fiscalía.

2. Sentencia:

2.1. El recurso fue correctamente interpuesto, ya que el vicio alegado es de los llamados *in procedendo*. Si bien se rechaza, en segunda instancia, una prueba anteriormente incorporada, se trata de una decisión de no admisión de prueba previa al examen intrínseco de las probanzas y, eventualmente, configurante de una violación de la ley procesal invocada que afectaría la motivación del fallo.

Cuando se procede, sin fundamento legal, a la exclusión de una probanza esencial o decisiva por el órgano de mérito, se prescinde de uno de los elementos de convicción que se tiene el deber de valorar, lo que apareja la nulidad de la sentencia.

2.2. El problema central es determinar si la probanza consistente en la grabación de una conversación telefónica interceptada constituye una prueba ilícita y, por tanto, inadmisibles, o si, por el contrario, esa probanza es lícita y consecuentemente admisible.

En el ámbito del art. 212 del Código Procesal penal, se permite adoptar la medida coercitiva de interceptación de comunicaciones telefónicas en relación al indagado; vale decir que la expresión “imputado” no reviste el rigorismo procesal que le atribuye el pronunciamiento de mérito. El Código cit. no emplea dicha expresión en un sentido preciso o restrictivo en el conjunto de sus artículos. Es más, el inciso 2° de la norma permite la adopción de la medida incluso respecto de terceros, “por lo que no se advierte la razón que lleve a sostener, fundadamente, que el indagado no puede ser alcanzado” por tal disposición.

2.3. En cuanto a la “posibilidad jurídica que tolera el ordenamiento nacional respecto a la adopción de la medida coercitiva por un órgano jurisdiccional extranjero... se comprende que las condicionantes jurídicas habilitantes deben ser atendidas en relación al ordenamiento extranjero; vale decir, puede afectarse una comunicación telefónica del imputado y aún del indagado, cumpliéndose con las exigencias del país en el cual se ha realizado tal interceptación, siempre y cuando las mismas no supongan cercenamiento de las garantías propias de nuestro sistema...”. En el caso, “el medio coercitivo para la

adquisición de prueba tiene, en el derecho italiano, aún mayores garantías que en el nuestro”, en tanto que la medida se adopta por el Juez “solamente ante proposición del Ministerio Público”.

“Requerir que tal medida fuera dispuesta por el órgano competente nacional resulta excesivo”, porque siendo que lo relevante es atender a que dicho órgano se encontraba, por sí, habilitado para disponer “la medida coercitiva de adquisición del medio probatorio, no existe ilicitud en canjear la actuación del juez nacional por la del extranjero, en tanto éste procedió con adecuado ajuste a las garantías que establece nuestro sistema”.

El tema de la prueba trasladada en las hipótesis de actividades relativas a las figuras de proxenetismo y trata de blancas -como es el caso- debe ser analizado en su propio contexto de actividad. En este sentido, las Naciones Unidas aprobaron el “Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena” (1949), en el cual “se regula la problemática en un marco de actuación interestatal de los sujetos activos de la conducta reprochable... delineando formas de colaboración en su persecución. Lineamientos que se entienden en juego en las circunstancias de la actuación jurisdiccional de autos...”.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY, sentencia del 25-9-1995, n° 689.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[65]

PROCESO PENAL. REAPERTURA (JURISPRUDENCIA/CROACIA).

Son nulas las disposiciones de la ley de Procedimiento Penal, en virtud de las cuales la reapertura de un proceso penal, susceptible de causar perjuicio a una persona ya juzgada en el marco del mismo asunto, sólo es posible dentro de los seis meses siguientes al día en que el Procurador ha tenido conocimiento de los nuevos hechos o elementos de prueba. Es un principio constitucional que un proceso penal no puede ser intentado de nuevo contra una persona absuelta definitivamente. Deriva de este principio que la reapertura de un proceso penal contra un condenado no estaría autorizada sino en su beneficio.

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 16-3-1994, U-I-197/1992, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1994, 1, p. 16.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[66]

PROFESIONALES DE LA SALUD. MÉDICOS. SECRETO PROFESIONAL. RELEVAMIENTO. COBRO DE HONORARIOS. PACIENTES. DERECHO A SER OÍDO (JURISPRUDENCIA/ SUIZA).

1. Antecedentes del caso: el Dr. **R.**, especialista en siquiatría y sicoterapia, dirigió a su paciente **D.** una nota por honorarios que éste rechazó, por lo que el primero inició un pedido de medidas cautelares urgentes ante el Tribunal de Primera Instancia del Cantón de Ginebra.

El tribunal admitió la petición e invitó a **R.** a ocurrir ante la Comisión de Control de las Profesiones de la Salud de dicho Cantón, a fin de obtener la autorización para proceder al cobro de sus honorarios declarándole la interdicción, entre tanto, de dar a conocer a terceros e incluso a las autoridades judiciales la relación terapéutica que lo ligó a **D.** La Comisión, a pedido de **R.**, decidió levantar el secreto médico que ligaba a aquél con **D.**, medida que se limitaba a la existencia del crédito litigioso. **D.** no fue escuchado durante el procedimiento ante la Comisión, pues ésta le denegó la calidad de parte. En tales condiciones **D.** interpuso un recurso de derecho público a fin de que fuese anulada la mencionada resolución, por violar el derecho a ser oído garantizado por el art. 4 de la Constitución, y por haber sido dictada por una autoridad que no era un tribunal independiente en el sentido del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

2. Sentencia: la autoridad cantonal de control competente para levantar el secreto médico violó el derecho de ser oído del paciente al negarle la calidad de parte; el levantamiento del secreto médico requerido por un médico para proceder al cobro de sus honorarios menoscaba la situación jurídica del paciente.

En la medida en que el levantamiento del secreto profesional tiene efectos directos sobre los derechos de carácter privado, el art. 6.1 cit. es aplicable. La recordada Comisión no debe ser considerada como un tribunal independiente.

TRIBUNAL FEDERAL DE SUIZA (Corte Segunda de Derecho Público), sentencia del 23-12-1994, *D. contra Dr. R. y Comisión de Control de las Profesiones de la Salud del Cantón de Ginebra*, en *Revue Universelle des droits de l'homme*, vol. 8, n° 4-7, 31-10-1996, Estrasburgo, p. 188.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[67]

RECURSO EXTRAORDINARIO. ADMISIBILIDAD. REQUISITOS. FACULTADES DEL TRIBUNAL AD QUEM (JURISPRUDENCIA/BRASIL).

La impugnación de la negativa de concesión del recurso extraordinario posee un

contenido temático propio y específico, justificando el ejercicio, por parte del Supremo Tribunal Federal, de su incontrastable poder de verificación de todos los presupuestos inherentes a la apelación última, dentro de los cuales se encuentra, por su extrema relevancia, el concerniente al requisito de la interposición tempestiva, aunque no sea invocado por ninguno de los sujetos de la relación procesal.

El juicio de admisibilidad emanado de la Presidencia del Tribunal *a quo*, sea negativo o positivo, precisamente por estar introducido en un acto decisorio de carácter preliminar, inestable y provisorio, no produce la preclusión de la facultad procesal que asiste al Supremo Tribunal Federal de revisar, en toda su extensión, la concurrencia o no, de los presupuestos legitimadores de la interposición del recurso extraordinario.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL -Primera *Turma*-, sentencia del 5-9-1995, "Agravo de Instrumento n° 152.761 (AgRg) - RJ", en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, Brasília, vol. 159, febrero 1997, p. 698.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[68]

RETARDO DE JUSTICIA. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. PLAZO PROCESAL RAZONABLE. DILACIONES INDEBIDAS. DENUNCIA PREVIA. *PER SALTUM* (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

1. El mero incumplimiento de los plazos procesales no se identifica con la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pues este derecho se limita a proteger en el ámbito constitucional la facultad que asiste a las partes para exigir que los procedimientos se resuelvan en un "plazo razonable". Es éste un concepto jurídico indeterminado que, siguiendo la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos, debe ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos de influencia notable en la tramitación de los procedimientos, que deberán ser apreciados desde la realidad de la materia litigiosa en cada caso. Entre estos criterios, se deben tener especialmente en cuenta la complejidad del litigio, la duración normal de los procesos similares, la actuación del órgano jurisdiccional en el supuesto concreto, la conducta del recurrente -al que le es exigible un deber de diligencia y colaboración con la Administración de Justicia- y la invocación en el proceso ordinario de las supuestas dilaciones.

2. Para poder enjuiciar una queja por violación del derecho a un proceso sin "dilaciones indebidas" (art. 24.2 de la Constitución) es necesario que, previamente, en el proceso judicial donde aquéllas se originaron, se haya denunciado el retraso o mora en la actuación de los órganos judiciales. En otro caso, se produciría un acceso *per saltum* a la jurisdicción constitucional en contra del carácter subsidiario del amparo constitucional

(sentencias del Tribunal Constitucional 51/1985, 152/1987, 59/1988, 173/1988, 128/1989, 224/1991, 97/1994).

3. La vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se ha producido, no sólo por la injustificable falta de ordenación de los trámites procesales, a pesar de las distintas quejas que al respecto formuló el recurrente, sino también, y muy especialmente, por la pasividad del juzgado en lo que respecta a la adopción de la medida cautelar solicitada. La actitud renuente del juzgado en orden a tomar la decisión pertinente, constituye una violación del derecho a un proceso “sin dilaciones indebidas”, cuando, atendidas las circunstancias recurrentes, se estime que el plazo de inactividad procesal transcurrido no está justificado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencias del 3-10-1995, nº 144/1995 (Sala Primera -*supra* puntos 1 y 3-), y del 16-10-1995, nº 149/1995 (Sala Segunda -*supra* punto 2-), en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 43, septiembre-diciembre 1995, pp. 182 y 220, respectivamente.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[69]

SALARIOS. REMUNERACIÓN COMPLEMENTARIA. REGLAMENTACIÓN. MILITARES. PERSONAL CIVIL. DERECHO A LA IGUALDAD. CLASIFICACIONES RAZONABLES (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

En virtud de la reglamentación federal de los salarios, los militares enviados al extranjero tienen el derecho a una remuneración complementaria en compensación de las dificultades causadas por el hecho de vivir en un país extranjero. En cambio, los funcionarios civiles que trabajan para las fuerzas armadas en las mismas condiciones, no son beneficiarios de dicho suplemento. Dos tribunales administrativos que debían afrontar la reglamentación en casos concretos, sometieron la cuestión de constitucionalidad a la Corte Constitucional Federal. Esta, haciendo referencia a su jurisprudencia constante, hizo valer que, por un lado, el legislador tiene una determinada libertad cuando legisla y que, por el otro, le está permitido establecer distinciones entre dos grupos de personas únicamente en la medida en la que existan motivos razonables para hacerlo. En el caso, la Corte no encontró un motivo que justificara una diferencia de trato entre militares y funcionarios civiles, por lo que juzgó que la reglamentación era incompatible con el principio de igualdad de trato. Asimismo, dispuso que los tribunales administrativos debían suspender la decisión hasta que el legislador haya modificado la norma.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 31-1-1996, nº 2 BvL

[70]

SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS. PROCEDIMIENTO. GARANTÍAS PROCESALES. DERECHO DE DEFENSA. ASISTENCIA LETRADA. CÁRCELES. PRESOS. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

Las garantías procesales establecidas en el art. 24.2 de la Constitución son aplicables no sólo en el proceso penal sino también en los procedimientos administrativos sancionadores con las matizaciones que resultan de su propia naturaleza, en cuanto que en ambos casos se actúa el *ius puniendi* del Estado, siendo de añadir que la doctrina constitucional ha precisado el alcance de esta regla general concretando la aplicabilidad a aquellos procedimientos administrativos del derecho a la defensa.

Tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, este conjunto de garantías se aplica con especial vigor, al considerar que la sanción supone una grave restricción a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena. Es claro que la situación de sujeción especial del interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales, ni por tanto que la justicia se detenga en la puerta de las prisiones.

El derecho a la defensa, en el ámbito del procedimiento penitenciario sancionador, constitucionalmente protegido, puede ejercitarse no sólo mediante asistencia del abogado del interno, sino también con el auxilio de funcionarios del propio Centro Penitenciario y muy especialmente del jurista-criminólogo. A este último se atribuye el cometido de informar con carácter general a los internos y, además, brindar asesoramiento durante la tramitación del expediente disciplinario.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Primera-, sentencia del 3-10-1995, nº 143/1995, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 43, septiembre-diciembre 1995, p. 171.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[71]

SANCIONES PENALES. CLARIDAD Y PRECISIÓN. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. INFORMACIÓN SOBRE DELITOS. DEBIDO PROCESO ADJETIVO. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. JERARQUÍA (JURISPRUDENCIA/ FRANCIA).

El art. 38 al. 3 de ley del 29 de julio de 1988 pena “la publicación por todo medio, de fotografías... que tengan por objeto la reproducción de todas o una parte de las circunstancias de los crímenes y delitos previstos por los arts. I, II y VII del título II, del libro II del Código Penal”.

De los arts. 6-3 a y 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, resulta que toda infracción debe estar definida en términos claros y precisos para excluir toda arbitrariedad y permitir al acusado conocer exactamente la naturaleza y la causa de la acusación que se le dirige. También resulta de dicha Convención (art. 10) que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, y que no puede ser restringida sino por normas enunciadas con precisión suficiente para permitir al ciudadano reglar su conducta.

Este debe hallarse en condiciones de prever, en un grado razonable según las circunstancias del caso, las consecuencias susceptibles de derivar de un acto determinado (sentencia *Sunday Times*, 26-4-1979).

Las disposiciones de la citada Convención, en virtud del art. 55 de la Constitución, tienen un valor superior a la ley interna, y su autoridad se impone a las jurisdicciones nacionales.

Luego, en ausencia de una definición suficientemente precisa de los elementos constitutivos de la infracción, no le cabe al tribunal, que no puede sustituir al legislador, sino comprobar que las disposiciones del art. 38 al. 3 cit. son incompatibles con los arts. 6, 7 y 10 de la Convención cit. y que, por lo tanto, no pueden ser aplicadas en el caso.

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS (Sala 17a.), sentencia del 10-9-1996, *Ministère public c/X... et autres*, en *Recueil Dalloz*, París, 1997, n° 12, sumarios comentados, p. 91. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[72]

SANCIONES PENALES. REMISIÓN DE SU EJECUCIÓN. SIDA. CÁRCELES. PRESOS. DERECHO A LA SALUD DE LOS PRESOS. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. ORDEN PÚBLICO. SEGURIDAD PÚBLICA (JURISPRUDENCIA/ITALIA).
--

Para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma que prevé la remisión obligatoria de la ejecución de la pena respecto de una persona seropositiva, corresponde verificar si el legislador empleó correctamente su poder discrecional procurando un equilibrio entre, por un lado, la exigencia de proteger a la comunidad contra el comportamiento delictivo de los condenados que, habiendo obtenido su liberación merced a la norma impugnada, podrían cometer nuevos delitos y poner así en peligro los derechos

fundamentales garantizados por el art. 2 de la Constitución a las víctimas de agresiones y, por el otro, la exigencia de proteger en el ámbito carcelario un bien primario como lo es el de la salud, garantido por el art. 32 de la Constitución.

La elección hecha por el legislador no puede ser considerada arbitraria: pues, ha tenido por finalidad garantizar el derecho a la salud en el interior de las prisiones.

Tampoco puede sostenerse que la solución adoptada, es decir, la remisión de la ejecución de la pena, pueda crear una situación de peligro diferente de la causada por la ausencia de medios preventivos destinados a impedir que los condenados liberados cometan nuevas infracciones. La elección en cuanto a dichos medios pertenece al legislador y su ausencia no puede conducir a la cancelación completa de la exigencia de proteger a la salud, frente a la protección del orden y de la seguridad pública.

Carece de fundamento la crítica relativa a la violación del art. 3 de la Constitución, en cuanto a que la norma en cuestión sería generadora de un tratamiento discriminatorio para los enfermos “comunes” respecto de las personas seropositivas, dadas las características particulares que distinguen dicho síndrome, que justifican un tratamiento particular a la luz de la especificidad del medio carcelario.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 21-2/3-3-1994, n° 70, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1994, 1, p. 38.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[73]

SEGURIDAD JURÍDICA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. PODER LEGISLATIVO. FACULTADES. ALCANCE. DERECHO DE PROPIEDAD. DERECHOS TRANSITORIOS. DEROGACIÓN. DERECHOS ADQUIRIDOS. ACTO ADMINISTRATIVO FUNDADO EN UNA LEY INVÁLIDA. ILICITUD. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS (JURISPRUDENCIA/EL SALVADOR).

1. En el sistema constitucional de El Salvador, la seguridad jurídica reviste un doble alcance: a) configura uno de los fines esenciales del Estado; b) integra el conjunto de los derechos expresamente reconocidos a la persona.

2. El principio de legalidad se encuentra en conexión directa con la institución de la seguridad jurídica, por cuanto dicho principio supone que las diferentes funciones estatales se ejercitan dentro del marco y respeto de los límites de la Constitución.

3. En la estructura organizativa del Estado de El Salvador, la seguridad jurídica emerge como un pilar fundamental, por cuanto constituye un límite infranqueable del propio accionar del Estado y una garantía del resguardo de los derechos que el orden normativo supone reconocer a la persona.

4. El órgano legislativo, en ejercicio de la atribución de legislar, se encuentra

subordinado al respeto de los límites que le impone la ley fundamental; por consiguiente, dicha función no es absoluta, ni ilimitada, sino una función condicionada.

5. La Ley Transitoria de Reactivación de la Industria Turística garantizó a las empresas integrantes del sistema nacional de turismo, el goce de ciertos beneficios durante un período equivalente a 10 años fiscales, sin prever en ninguna de sus disposiciones una eventual reducción o disminución de dicho período. Por ende, a las personas a las que les fue reconocido mediante Acuerdo Ejecutivo dichos beneficios, se les aseguró el mantenimiento de su situación jurídica en la forma y durante el tiempo determinados por la citada ley.

6. La adopción de un decreto legislativo que deroga o desconoce las exigencias de la seguridad jurídica, como principio de innegable jerarquía constitucional, comporta un ejercicio autoritario no constitucional de la atribución legislativa, porque irrespeta la intangibilidad de derechos emergentes de una ley anterior.

7. La Sala de lo Contencioso Administrativo tiene facultades para declarar la inaplicabilidad de una ley, por cuanto comporta el ejercicio estricto de la facultad que configura el control difuso de la constitucionalidad, la que dentro de la función de administrar justicia, compete a cualquier tribunal, en cualquier clase de proceso y que de modo alguno puede confundirse con la función declarativa de inconstitucionalidad que de manera general y obligatoria corresponde exclusivamente a la Sala de lo Constitucional.

8. Un acto administrativo dictado en ejecución de una ley inconstitucional, cuya inaplicabilidad se declara, deviene ilegal, por cuanto carece de substracto legal que fundamente su emisión.

9. No puede atribuirse responsabilidad de ningún orden al funcionario que dictó un acto administrativo fundado en una ley inconstitucional que se declare inaplicable por tribunal judicial competente, en el juicio por el cual dicho acto se impugna de ilegal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR -Sala de lo Contencioso Administrativo-, sentencia del 20-3-1991, asunto 67-C-90, en *Separata de la Revista Judicial 2 -Quince años de jurisdicción contenciosoadministrativa-*, San Salvador, junio 1995, p. 930. V. en idéntico sentido el asunto 29-P-90 (p. 929).

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[74]

SEGURIDAD SOCIAL. TRATAMIENTO MÉDICO. FALTA DE APORTES. MENORES. DERECHO A LA SALUD. ATENCIÓN MÉDICA. ALCANCES. CURACIÓN. MATERNIDAD (JURISPRUDENCIA/COLOMBIA).

1. Según la Carta Política “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física y la seguridad social...”, y corresponde a “la familia, la sociedad y el

Estado... garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos...” (art. 44).

2. La voz “curación” no tiene un solo significado: superación del mal, sino que también significa mejoría, progreso, tratamiento necesario. Esta forma de interpretación concuerda con la esencia de la Constitución que establece la protección de los débiles y, en especial, de los niños.

No se trata solamente de discutir la interpretación de dicha voz en el decreto en juego, sino de darle aplicación a los arts. 1, 44 y 47 de la Constitución Política. Protección que debe ir ligada al análisis concreto de cada caso, para lo cual la valoración médica es muy importante.

El fin de la protección constitucional es real y no la retórica protección del menor inválido, y este criterio debe conjugar las actuales normas de seguridad social.

El “no poder hacer nada” no puede ser disculpa para no asumir el riesgo. “Sólo tiene validez esta expresión cuando mejoría o progreso sean imposibles o cuando no están desarrollándose tratamientos necesarios”.

“Aunque no se pueda garantizar un total restablecimiento, es factible obtener mejoría del paciente mediante la terapia y los controles regulares, favoreciendo así una notable disminución de sus deficiencias neurológicas y logrando mantener en el joven afectado una mejor calidad de vida” (Corte Constitucional, sentencia T-067/94).

Es inadmisibles que por la falta de certidumbre acerca de la total recuperación de la salud, los organismos de seguridad social queden excluidos de brindar la atención que haga más llevadera la vida de la persona humana así considerada.

3. Aun cuando la madre haya dejado de efectuar aportes a la entidad de seguridad después del nacimiento, el menor debe ser considerado como beneficiario del seguro social, en atención a que existe el amparo de maternidad que cubre a los “hijos de los asegurados (...) en cualquier tiempo” y no limitado al primer año de vida, por cuanto el precepto que regula sus derechos fundamentales no lo consagra. Hay vulneración del derecho a la salud cuando se suspende la atención médica por tenerse un concepto desfavorable sobre la curación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA -Sala de Casación Penal-, sentencia del 14-3-1995, proceso penal 1540, en *Acción de Tutela*, extractos de sentencias 1, primer trimestre de 1995, Bogotá, p. 303.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[75]

SENTENCIA. OMISIONES. FUNDAMENTACIÓN. INTERPRETACIÓN. INCONGRUENCIA. DERECHO DE DEFENSA. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
--

Las hipótesis de incongruencia omisiva no son susceptibles de una solución unívoca, pues han de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para determinar si el silencio de la resolución judicial puede o no razonablemente interpretarse como desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.

Aunque un órgano judicial desestime el *petitum* del recurso, consistente en la solicitud de nulidad del Acuerdo sancionador, no existe en la resolución judicial analizada dato alguno que permita entender que la denunciada lesión del derecho de defensa, esgrimida claramente como *causa petendi*, fue valorada por el órgano judicial en su decisión desestimatoria, y mucho menos cabe deducir del tenor del Auto la razón en que podría haberse basado una posible desestimación tácita de dicho motivo del recurso. En conclusión, como ya se declarara en caso análogo al presente -STC 161/1993-, “esa total falta de respuesta a lo que era la causa de pedir entraña, conforme a la doctrina constitucional expuesta, la manifiesta vulneración del derecho a obtener una respuesta fundada sobre la pretensión deducida ante el órgano judicial”, lo que determina la procedencia del otorgamiento del amparo en cuanto a la queja aquí examinada.

Nota de la Secretaría: v., en igual sentido, sentencia 150/1995, del 23-10-1995, en op. y loc. cit. *infra*, p. 229.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Primera-, sentencia del 3-10-1995, nº 143/1995, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 43, septiembre-diciembre 1995, p. 171.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[76]

SENTENCIA. PLAZO PARA DICTARLA. VENCIMIENTO. JUECES. PÉRDIDA DE COMPETENCIA. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (JURISPRUDENCIA/BOLIVIA).

El vencimiento del plazo constituye un impedimento para continuar entendiendo de la causa, o sea, que, al fenecer el plazo para decidir, se opera automáticamente la pérdida de competencia, cuyo efecto es separar al juez moroso del conocimiento del proceso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA -Sala Civil Primera-, A.S. Nº 376 del 1-8-1995, en *Labores Judiciales 1995*, Ed. Judicial, Sucre, 1996, p. 386.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[77]

SIDA. DERECHO A LA INTIMIDAD. LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMERCIAL. TITULARIDAD. PUBLICIDAD. DAÑOS. REPARACIÓN. LEGITIMACIÓN PROCE-SAL. INTERESES DE GRUPO (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: determinados enfermos de Sida y la Asociación Francesa de Lucha contra el Sida (AFSL) demandaron a una empresa comercial con motivo de la campaña publicitaria de ésta -consistente en la colocación de afiches que representaban un torso humano, un bajo vientre y un glúteo desnudo, con la mención HIV- reclamando la reparación de daños y la prohibición de la continuidad de dicha campaña. El menoscabo a la vida privada alegado por las personas físicas demandantes fue desestimado, al considerarse que fue la comunidad de enfermos de Sida la que había sido agraviada y no una u otra persona en particular. Por otro lado, fue declarada admisible la acción civil de la AFSL sobre el doble motivo de que los estatutos le conferían la misión de proteger a las personas enfermas de Sida y que dicha acción tendía a defender los intereses colectivos del grupo.

2. Sentencia:

2.1. De los términos del art. 9 del Código Civil -que dispone que toda persona tiene el derecho al respeto de su vida privada- resulta que esta protección presenta un carácter individual y comprende sólo el menoscabo sufrido personalmente por el titular del derecho en juego.

Ello no puede alcanzar a los elementos que, susceptibles de vincularse con la intimidad de la existencia, no conciernen directamente a la de la persona que se considera lesionada. Para que ésta se beneficie del mencionado derecho, no le es suficiente invocar una simple situación de analogía, sino que necesariamente debe justificar que ella misma ha sufrido la falta reprochada.

Un enfermo de Sida no podría pretender haber sufrido una lesión a su vida privada por la reproducción de partes de la anatomía humana en afiches publicitarios demostrativos de que estas personas, que no son identificables de ninguna manera, están infectadas por ese mal.

2.2. El derecho de expresar libremente pensamientos y opiniones, reconocido en particular por el Preámbulo de la Constitución, es una libertad pública esencial. Sin embargo, debe serle reconocido un límite cuando su ejercicio degenera en abuso.

Especialmente, cometen una falta, generando derecho a reparación en beneficio de los que la sufren, las sociedades que, al desarrollar una campaña publicitaria, cuyos tres afiches representaban un torso humano, un bajo vientre y un glúteo desnudo, con la mención "HIV", tomaron el riesgo de lanzar, en un ámbito sin relación alguna con sus actividades comerciales, esta campaña publicitaria ambigua, que da lugar a asociaciones de

ideas perjudiciales (*nuisibles*) a las personas cuyo sufrimiento se revela explotado de manera provocadora.

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS (Sala Primera), sentencia del 1-2-1995, X... *et autres c/ Sté Benetton Group SpA et autre*, en *Recueil Dalloz*, París, 1997-nº 12, sumarios comentados, p. 89/90.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[78]

SIDA. EXPOSICIÓN VOLUNTARIA AL RIESGO DE INFECCIÓN. PROCESO PENAL. CONFIDENCIALIDAD DE LAS ACTUACIONES. DERECHO A LA INTIMIDAD. INFORMACIÓN SOBRE LA SALUD. DIVULGACIÓN DE DATOS. FIN LEGÍTIMO. HISTORIA CLÍNICA. DELITOS SEXUALES. VIOLACIÓN. TENTATIVA DE HOMICIDIO. MÉDICOS. SIQUIATRAS. PRUEBA. TESTIGOS. CÓNYUGE. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SECRETO PROFESIONAL. SENTENCIA. DERECHOS HUMANOS (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).
--

1. Antecedentes del caso: a la época de los hechos que originan los agravios basados en la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), la requirente (Z) estaba casada con X. Se divorciaron en septiembre de 1995. Los dos son seropositivos.

Entre diciembre de 1991 y septiembre de 1992, X cometió una serie de delitos sexuales. Después de una primera condena por violación (10-3-1992), que le valió una pena de prisión condicional, fue acusado, entre otros cargos, de tentativa de homicidio, con motivo de que, a sabiendas, había expuesto a sus víctimas al riesgo de infección por el HIV. El 19 de marzo de 1992, X recibió los resultados de un examen de sangre, revelador de que era seropositivo.

En el curso del proceso penal ante el Tribunal de Helsinki, diversos médicos y un psiquiatra que habían cuidado a la requirente fueron obligados, a pesar de sus quejas, a declarar y a divulgar datos concernientes a aquélla. La requirente se había personalmente negado a declarar, y los testimonios de los médicos fueron requeridos a fin de establecer la fecha en la cual X había conocido -o tenido razones para dudar- que era seropositivo. Además, las historias clínicas relativas a X y a Z fueron secuestradas por la policía en el hospital donde aquéllos habían sido tratados, y fotocopias de dichas historias fueron agregadas al proceso. Si bien el juicio se desarrolló a puertas cerradas, sus actas aparecieron en diarios importantes, al menos en dos oportunidades.

El 19 de mayo de 1993 el Tribunal de Helsinki condenó a X por tres cargos de tentativa de homicidio y por un cargo de violación, imponiéndole una pena total de siete años de prisión. Las disposiciones jurídicas pertinentes, la parte dispositiva del pronunciamiento y un resumen de los motivos del Tribunal, fueron publicados. El Tribunal ordenó

que el texto integral del fallo así como el expediente judicial, estasen confidenciales durante diez años, no obstante que X y sus víctimas habían solicitado un lapso de confidencialidad más extenso.

El Ministerio Público, X y las víctimas, interpusieron apelación a fin de que las piezas del proceso se mantuvieran confidenciales por más de diez años. La Corte de Apelación confirmó la sanción a X respecto de los tres cargos de tentativa de homicidio y, además, lo condenó por otros dos cargos de la misma naturaleza. La sentencia, que citaba por entero los nombres de la requirente y de X y que daba detalles sobre las circunstancias de su contagio del HIV, fue transmitida a la prensa. Dicha Corte no prolongó el plazo de confidencialidad. La decisión fue extensamente comentada en la prensa. Posteriormente, la Corte Suprema rechazó el conocimiento de la causa planteado por X, y, por otro lado, desestimó la demanda de la requirente por la que solicitaba la anulación o la revocación del fallo de la Corte de Apelación relativo al plazo de confidencialidad de diez años. De esta manera, el expediente sería accesible al público en el 2002.

Finalmente, la Comisión Europea de Derechos Humanos, después del fracaso de las tentativas de un acuerdo amigable, elaboró un informe comprobando los hechos y concluyendo, por unanimidad, en que se había producido una violación del artículo 8 de la Convención.

2. Sentencia:

2.1. El artículo 8 de la Convención.

2.1.1. Sobre el objeto del litigio.

No ha quedado establecido que se hubiere producido una fuga de información médica confidencial vinculada con la requirente, de la que pueda ser responsable el Estado demandado.

2.1.2. Sobre la existencia de una intromisión en el derecho de la requirente al respeto de su vida privada y familiar.

Las diversas medidas incriminadas representan intromisiones en el mencionado derecho.

2.1.3. Sobre la justificación de las intromisiones.

2.1.3.1. “Prevista por la ley”.

Ningún elemento permite pensar que las medidas en cuestión no eran conformes al derecho interno, o que la legislación pertinente no era suficientemente previsible para satisfacer la exigencia acerca de sus caracteres (*qualité*) que supone la expresión “prevista por la ley” del párrafo 2 del artículo 8.

2.1.3.2. Fin legítimo.

Las disposiciones que obligan a los médicos y al psiquiatra de la requirente a testimoniar, así como el secuestro de los ficheros o registros médicos y su incorporación al expediente, estaban destinados a “la prevención de infracciones penales” y a “la protección de los derechos y libertades de terceros”. El plazo de confidencialidad de diez años podía considerarse dirigido a proteger “los derechos y libertades de terceros”, pero no la

prevención de infracciones penales. En cambio, a la Corte no le consta que la publicación del nombre completo de la requirente y de su estado de salud, a consecuencia de la divulgación de estos datos en el fallo de la Corte de Apelación, se haya dirigido a alguno de los fines legítimos enumerados en el párrafo 2 del artículo 8; empero, no juzga necesario pronunciarse sobre esta cuestión.

2.1.3.3. “Necesaria en una sociedad democrática”.

Con el fin de determinar si las medidas cuestionadas eran “necesarias en una sociedad democrática”, la Corte toma en cuenta el papel fundamental que juega la protección de los datos de carácter personal -las informaciones médicas no son de las menos importantes- para el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizado por el art. 8. El respeto del carácter confidencial de las informaciones sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todas las Partes celebrantes de la Convención. Ello es capital, no solamente para proteger la vida privada de los enfermos, sino también para preservar su confianza en el cuerpo médico y en los servicios de salud en general.

Estas consideraciones valen particularmente cuando se trata de proteger las informaciones relativas a la seropositividad, cuya divulgación puede tener consecuencias devastadoras en la vida privada y familiar de la persona a la que concierne y sobre su situación social y profesional, exponiéndola al oprobio y al riesgo de exclusión. Determinadas personas pueden, de esta manera, resultar disuadidas de someterse a un diagnóstico o a un tratamiento, minándose así los esfuerzos profilácticos desplegados por la colectividad para contener la pandemia. El interés que hay en proteger la confidencialidad de dichas informaciones pesará, entonces, en gran medida en el balance para determinar si la intromisión era proporcionada al fin legítimo perseguido, sabiendo que esta intromisión sólo puede conciliarse con el artículo 8 si tiende a defender un aspecto primordial del interés público.

2.1.4. Las medidas impugnadas.

2.1.4.1. Las disposiciones que someten a los médicos y al psiquiatra de la requirente a testimoniar.

Dichas disposiciones fueron dictadas en la oportunidad en que la requirente hizo uso del derecho que le ofrece la legislación finlandesa de no declarar contra su marido. Tuvieron como único objeto establecer, a partir del testimonio de los médicos, la fecha en que X había sabido que era seropositivo o tenía razones para dudar de ello. Para la época de los hechos, estos testimonios eran susceptibles de jugar un rol determinante a fin de responder a la cuestión de si X era culpable de tentativa de homicidio respecto de los dos delitos perpetrados antes del 19 de marzo de 1992, fecha en la cual tuvo conocimiento del resultado positivo del test.

El menoscabo de la vida privada y familiar de la requirente producida por este hecho estaba, además, sometido a importantes garantías contra el abuso. En estas condiciones, no hay ninguna razón para cuestionar la medida por la que los médicos fueron constreñidos a declarar. Teniendo en cuenta principalmente la naturaleza confidencial, y muy excepcional,

del proceso, las disposiciones impugnadas no producen el riesgo de disuadir a las personas seropositivas o susceptibles de serlo, a someterse a los test y a un tratamiento médico. En consecuencia, la Corte concluye en que no se ha producido violación alegada en este punto (ocho votos contra uno).

2.1.4.2. El secuestro de las historias clínicas de la requirente y su agregación al expediente.

El contexto y el fin de dicho secuestro eran idénticos y se fundaban en los mismos intereses públicos importantes, que la obligación de declarar que pesaba sobre los médicos; la medida también estaba rodeada por las mismas restricciones y garantías contra el abuso. Es cierto, con todo, que el secuestro, contrariamente al caso de la obligación de declarar, no había sido autorizado por un tribunal, sino ordenado por la acusación. Empero, ello no es suficiente para producir una violación al artículo 8, dado que las condiciones prescriptas para el secuestro eran las mismas que para las disposiciones que sometían a los médicos a testificar. No hay ningún motivo, por otro lado, para poner en cuestión la evaluación de las autoridades nacionales según la cual era necesario el secuestro. La Corte concluye en que tampoco en este punto se ha producido una violación (ocho votos contra uno).

2.1.4.3. La duración del plazo de confidencialidad.

El plazo de diez años no se corresponde ni con los deseos ni con los intereses de las partes, que han petitionado un lapso más largo. La Corte no está convencida que prescribiendo un plazo tan corto, las jurisdicciones locales hayan dado peso suficiente a los intereses de la requirente. La producción en el proceso, sin el consentimiento de Z, de las informaciones de que se trata, había ya producido una grave intromisión en su derecho al respeto de la vida privada y familiar. El acrecentamiento de la intromisión que aquélla sufriría si los datos y elementos en cuestión debieran caer en el dominio público al cabo de diez años, no descansa sobre motivos que puedan considerarse suficientes para aventajar el interés de la requirente a que se mantengan confidenciales por un lapso mayor. La Corte concluye, por unanimidad, en que la decisión de que esos documentos sean accesibles al público a partir del año 2002, constituiría una injerencia desproporcionada en el derecho de la requirente al respeto de su vida privada y familiar, conculcando el artículo 8.

2.1.4.4. La divulgación de la identidad y del estado de salud de la requirente en la sentencia, hecha pública, de la Corte de Apelación de Helsinki.

La divulgación de la identidad y de la seropositividad de la requirente en el texto de dicha sentencia comunicada a la prensa, no se justificaba por motivo imperioso alguno. Por ende, la Corte juzga por unanimidad que la publicación de esas informaciones ha violado el derecho al respeto de la vida privada y familiar de la requirente garantizado por el artículo 8.

2.2. Artículo 50 de la Convención.

La Corte considera que la divulgación señalada en el punto anterior irrogó un daño moral a la requirente y, fallando en equidad, le concede 100.000 FIM (también se hace lugar, parcialmente, a la demanda por gastos y costas).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 25-2-1997, caso *Z. c. Finlandia*, en *Communiqués du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 16 de enero-25 de febrero de 1997, pp. 23-27.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[79]

SUICIDIO ASISTIDO. ENFERMOS TERMINALES. ASISTENCIA MÉDICA. PROHIBICIÓN. TRATAMIENTO. RECHAZO. DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO. DERECHOS DEL PACIENTE Y DEL MÉDICO. CONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: en el Estado de Washington siempre ha sido un delito asistir en un suicidio y, actualmente, la ley dispone que es un delito grave (*felony*) “fomentar un intento de suicidio” y que “una persona es culpable de [ese delito] cuando, a sabiendas, causa o ayuda a otra persona a intentar suicidarse”. Cuatro médicos de Washington que, en ocasiones, deben atender pacientes terminales en estado de sufrimiento, declararon que asistirían a estos pacientes a acabar con sus vidas si no fuera por la ley indicada. Dichos médicos, junto con tres enfermos graves -que murieron durante el trámite de esta acción- y una organización sin fines de lucro que asesora a la gente que considera la posibilidad de un suicidio asistido por un médico, promovieron una demanda contra el Estado y su Procurador General, pidiendo que se declare que la prohibición es inconstitucional. Invocaron un *liberty interest* protegido por la Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda XIV que se extiende, según su criterio, a la elección personal hecha por un enfermo terminal adulto y capaz, de realizar un suicidio asistido por un médico. Buscando principalmente sustento en *Planned Parenthood of Southeastern Pa vs. Casey* (505 US 833 -1992-) y *Cruzan vs. Director, Mo. Dept. of Health* (497 US 261 -1990-), el tribunal federal de distrito decidió que la norma impugnada era inconstitucional porque ponía una carga indebida al ejercicio de ese *liberty interest* protegido constitucionalmente. La Cámara de Apelaciones para el 9º Circuito, en pleno, confirmó esta decisión, por lo que los demandados dedujeron un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: la prohibición de Washington de “causar o ayudar en un suicidio” no viola la Cláusula del Debido Proceso. En tal sentido:

(a) Un examen de la historia, tradiciones jurídicas y prácticas de nuestra Nación demuestra que, durante más de 700 años, el *common law* anglo-americano ha castigado o desaprobado de algún otro modo el suicidio asistido; que brindar esa asistencia todavía es

un crimen en casi todos los Estados; que esas prohibiciones nunca han previsto excepciones para aquellos que están cerca de la muerte; que las prohibiciones han sido reexaminadas en los años recientes y, en su mayoría, confirmadas en muchos de los Estados; y que el Presidente, en fecha reciente, firmó la *Federal Assisted Suicide Funding Restriction Act* de 1997, que prohíbe el uso de fondos federales para costear el suicidio asistido por un médico.

(b) A la luz de esa historia, las decisiones de esta Corte conducen a la conclusión de que el derecho a la asistencia para cometer suicidio no es un *liberty interest* fundamental protegido por la Cláusula del Debido Proceso. El método tradicional que la Corte aplica al análisis del debido proceso sustantivo tiene dos características principales: en primer lugar, este tribunal ha observado regularmente que la Cláusula protege, en especial, aquellos derechos y *liberties* fundamentales que están, objetivamente, arraigados de manera profunda en la historia y tradición de esta Nación. E.g. *Moore vs. East Cleveland* (431 US 494, 503 -1977-, *plurality opinion*). En segundo término, la Corte ha exigido una “descripción cuidadosa” del *liberty interest* fundamental invocado. E.g. *Reno vs. Florez* (507 US 292, 302 -1993-). Las diversas descripciones del interés que aquí está en juego - e.g. un derecho a “determinar el momento y forma de la propia muerte”, el “derecho a morir”, una “*liberty* a elegir cómo morir”, un derecho a “controlar nuestros últimos días”, “el derecho a elegir una muerte humana y digna”, y “la *liberty* a planear la muerte”- desarrolladas por la Cámara y los apelados, no satisfacen esta segunda exigencia. Como la ley de Washington prohíbe “ayudar a otra persona a intentar suicidarse”, la pregunta planteada a esta Corte debe formularse en términos de si la *liberty* especialmente protegida por la Cláusula incluye un derecho a cometer suicidio comprensivo de un derecho a la asistencia para hacerlo. Este derecho invocado no tiene un lugar en las tradiciones de nuestra Nación, dado el rechazo consistente, continuo y casi universal que ha recibido en este país, incluso frente a casos de enfermos adultos, terminales y capaces. Para resolver a favor de los actores, la Corte tendría que revocar siglos de doctrina y práctica jurídica, y declarar inválida la elección política de casi todos los Estados. La pretensión de los apelados de que el interés invocado es consistente con los casos de debido proceso sustantivo resueltos por esta Corte, o con la historia y práctica de esta Nación, no es persuasiva. El derecho constitucionalmente protegido a negarse a la hidratación y nutrición que salvan la vida, que se discutió en *Cruzan* (cit., p. 279), no se dedujo simplemente de conceptos abstractos de autonomía personal, sino que más bien estaba fundado en la historia y tradiciones de la Nación, dada la regla del *common law* según la cual la medicación forzada constituye una violencia contra las personas (*battery*), y la larga tradición legal que protege la decisión de rechazar un tratamiento médico no deseado. Si bien *Casey* reconoció que muchos de los derechos y *liberties* protegidos por la Cláusula del Debido Proceso resuenan a autonomía personal -505 US en p. 852- de ello no se sigue que toda o cualquier decisión personal importante e íntima goce de esa protección. V. *San Antonio School Dist. vs. Rodríguez* (411 US 1, 33-34 -1973-). *Casey* no sugirió otra cosa.

(c) La exigencia constitucional de que la prohibición de Washington al suicidio

asistido esté racionalmente vinculada a intereses gubernamentales legítimos -v.e.g. *Heller vs. Doe* (509 US 312, 319-320 -1993-)- se encuentra aquí incuestionablemente satisfecha. Estos intereses comprenden el de prohibir homicidios intencionales y la preservación de la vida humana; prevenir el serio problema de salud pública del suicidio, especialmente entre los jóvenes, los ancianos, y aquellos que sufren de dolor no tratado o de depresión o de otros desórdenes mentales; proteger la integridad y ética de la profesión médica y conservar el rol que los médicos juegan como curadores de sus pacientes; proteger a los pobres, a los ancianos, a los incapacitados, a los enfermos terminales, y los miembros de otros grupos vulnerables, de la indiferencia, prejuicio y presión psicológica y financiera para que terminen con sus vidas; y evitar un posible deslizamiento hacia la eutanasia voluntaria y, quizás, aun hacia la involuntaria. La fuerza relativa de estos diversos intereses no debe ser sopesada con exactitud, porque ellos son incuestionablemente importantes y legítimos, y la ley impugnada está al menos razonablemente vinculada a su promoción y protección.

Nota de la Secretaría: para un análisis más pormenorizado de los antecedentes y alegatos de la causa: v. **investigaciones 2** (1996), pp. 67/72.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 26-6-1997, caso *Washington et al. vs. Glucksberg et al.*, en 65 LW 4669.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[80]

SUICIDIO ASISTIDO. ENFERMOS TERMINALES. ASISTENCIA MÉDICA. PROHIBICIÓN. TRATAMIENTO. CONSENTIMIENTO. DERECHO A LA IGUALDAD. DERECHOS DEL PACIENTE Y DEL MÉDICO. CONSTITUCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: en Nueva York, al igual que en la mayor parte de los Estados norteamericanos, constituye un crimen ayudar a otra persona a cometer o intentar un suicidio, pero los pacientes pueden negarse a recibir un tratamiento médico que les salvaría la vida. Algunos médicos de Nueva York alegaron que si bien la prescripción de medicamentos letales a los pacientes terminales mentalmente capaces, que sufren grandes dolores, y desean que un médico los ayude a terminar con sus vidas, sería consistente con los estándares de sus prácticas médicas, se veían impedidos de prestar esa asistencia por la prohibición que Nueva York impuso al suicidio asistido. Dichos médicos y tres pacientes gravemente enfermos -que fallecieron durante el proceso- demandaron al Procurador General estadual, alegando que la prohibición violaba la Cláusula de la Igual Protección de la Enmienda XIV. El tribunal federal de distrito rechazó la pretensión; empero, la Cámara de Apelaciones revocó la decisión, resolviendo: a) que Nueva York trata en forma diferente a los enfermos terminales mentalmente capaces que desean acelerar sus muertes administrándose a sí mismos drogas recetadas y a aquellos que desean hacerlo a través de la

remoción de los sistemas que los mantienen con vida; y b) que esta supuesta desigualdad no está racionalmente vinculada a ningún interés estadual legítimo. El Procurador General planteó, entonces, un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: la prohibición de Nueva York al suicidio asistido no viola la Cláusula de la Igual Protección. En tal sentido:

(a) La Cláusula de la Igual Protección da cuerpo a una regla general de que los Estados deben tratar casos similares en forma similar, pero pueden tratar casos diferentes de una manera acorde con éstos. E.g. *Plyler vs. Doe* (457 US 202, 216 -1982-). Las leyes de Nueva York que proscriben el suicidio asistido no infringen derechos fundamentales ni incluyen clasificaciones sospechosas -E.g. *Washington vs. Glucksberg*, v. **investigaciones 2** (1996), p. 67- y, por lo tanto, merecen gozar de una fuerte presunción de validez. *Heller vs. Doe* (509 US 312, 319 -1993-). Ni la prohibición al suicidio asistido ni la ley que permite a los pacientes rechazar tratamientos médicos tratan a una persona en forma diferente a cualquier otra, ni realizan ninguna distinción entre ellas. Toda persona, sin considerar su condición física, está legitimada, si es capaz, para negarse a recibir un tratamiento médico que le salvaría la vida pero que no desea; nadie puede asistir en un suicidio. En general, las leyes que se aplican equitativamente a todos, indudablemente satisfacen la exigencia de brindar una igual protección. E.g. *New York City Transit Authority vs. Beazer* (440 US 568, 587 -1973-). Esta Corte no está de acuerdo con la tesis de la Cámara de que poner fin o rechazar un tratamiento médico que salva la vida “no es más ni menos que un suicidio asistido”. La distinción entre dejar que un paciente muera y hacer que ese paciente muera es importante, lógica y racionalmente, y está bien arraigada: concuerda con los principios jurídicos fundamentales de causalidad -v. e.g. *People vs. Kevorkina* (447 Mich. 436, 470-472, 527 N.W. 2d 714, 728, cert. denegado, 514 US 1083)- e intención -v. e.g. *United States vs. Bailey* (444 US 394, 403-406)-; ha sido reconocida por esta Corte, al menos implícitamente, en *Cruzan vs. Director, Mo. Dept. of Health* (497 US 261, 278-280; íd. en p. 287-288 (voto concurrente de O'Connor); y ha sido ampliamente reconocida y respaldada por la profesión médica, los tribunales estaduales, y la abrumadora mayoría de las legislaturas estaduales que, como la de Nueva York, han permitido lo primero mientras prohíben lo último. La Corte, por lo tanto, está en desacuerdo con la pretensión de los apelados de que la distinción es “arbitraria” e “irracional”. La línea entre los dos actos puede no ser siempre clara, pero no se exige la certeza, aun cuando sea posible. La lógica y la práctica contemporánea respaldan la decisión de Nueva York de que los dos actos son diferentes; por lo tanto Nueva York puede, en concordancia con la Constitución, brindarles un tratamiento diferente.

(b) Las razones invocadas por Nueva York para reconocer y actuar con base en la distinción que existe entre rechazar un tratamiento y asistir en un suicidio -que comprenden la de prohibir los homicidios intencionales y preservar la vida, conservar el rol que juegan los médicos como curadores de sus pacientes, proteger a la gente vulnerable de la indiferencia, el prejuicio y de la presión psicológica y financiera para que terminen con sus

vidas y evitar un posible deslizamiento hacia la eutanasia- constituyen intereses públicos válidos e importantes que fácilmente satisfacen la exigencia constitucional de que una clasificación legislativa tenga una relación racional con algún objetivo legítimo, v. *Glucksberg* cit.

Nota de la Secretaría: para un análisis más pormenorizado de los antecedentes y alegatos de la causa: v. **investigaciones 2** (1996), pp. 67/72.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 26-6-1997, caso *Vacco, Attorney General of New York et al. vs. Quill et al.*, en 65 LW 4695.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[81]

TESTIGOS. PRUEBA. JURAMENTO DE DECIR VERDAD. FALSO TESTIMONIO. OMISIÓN. DEBIDO PROCESO ADJETIVO. ACTO ADMINISTRATIVO. MOTIVACIÓN (JURISPRUDENCIA/EL SALVADOR).

1. El juramento de decir verdad por los testigos que se presentan en una causa, constituye una exigencia que se instituye como garantía del debido proceso legal y en función del interés general; por ende, su omisión comporta un vicio irratificable e insubsanable.

2. Hay vicio en el motivo de un acto administrativo cuando éste surge con base en presupuestos que adolecen de nulidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR -Sala de lo Contencioso Administrativo-, asunto 15-V-86, en *Separata de la Revista Judicial 2 -Quince años de jurisdicción contenciosoadministrativa-*, San Salvador, junio 1995, p. 639.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[82]

TRABAJADORES EN CONDICIÓN DE JUBILARSE. DERECHO DEL TRABAJO. DESPIDO. INCONSTITUCIONALIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (JURISPRUDENCIA/RUSIA).

No es conforme con la Constitución, las prácticas de despido de trabajadores con derecho a la jubilación por vejez completa, con motivo de alcanzar aquéllos la edad para

jubilarse, sin que sean tenidas en cuenta otras circunstancias.

Estas prácticas estaban basadas en las disposiciones del Código del Trabajo que dejaba a la dirección de una empresa (establecimiento u organización) la iniciativa de despedir. Dichas disposiciones son contrarias a la Constitución y a la Declaración de los derechos y libertades del hombre y del ciudadano de 1991; van, asimismo, en contra de los textos de derecho internacional sobre los derechos y libertades del individuo, comportando una discriminación y comprometiendo la igualdad de oportunidades y de promoción en el campo del trabajo y de las actividades humanas (la ley de la Federación de Rusia del 12-3-1992 derogó las disposiciones cuestionadas; las personas involucradas fueron reintegradas y recibieron el salario medio por el período de paro forzado).

CORTE CONSTITUCIONAL DE RUSIA, sentencia del 4-2-1992, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1994, 1, p. 54.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[83]

TRANSFERENCIA DE EMPRESAS. APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS. COMUNIDAD EUROPEA. DERECHO COMUNITARIO. DERECHO DEL TRABAJO. MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. TRANSFERENCIA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO (JURISPRUDENCIA/ COMUNIDAD EUROPEA).

El apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 77/187, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores asignados a la empresa transmitida se transfieren de pleno derecho del cedente al cesionario por el mero hecho de la transmisión de la empresa, a pesar de que el cedente o el cesionario se opongan a ello, y no obstante la negativa de este último a cumplir sus obligaciones. Además, la transferencia de los contratos de trabajo y de las relaciones laborales tiene lugar necesariamente en la fecha de la transmisión de la empresa y no puede ser fijada en una fecha distinta a elección del cedente o del cesionario. Todas estas soluciones se imponen por razón del carácter imperativo de la protección organizada por la Directiva en favor de los trabajadores.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS -Sala Segunda-, sentencia del 14-11-1996, asunto C-305/95: *Claude Rotsart de Hertaing c. J. Benoidt SA, en liquidación, e IGC Housing Service SA*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del*

[84]

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. COMUNIDAD EUROPEA. DERECHO COMUNITARIO. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. DEBIDO PROCESO ADJETIVO. ACCESO A LA JURISDICCIÓN. DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN. SOMETIMIENTO A LAS DENUNCIAS JUDICIALES. ACTO ADMINISTRATIVO. LIBERTAD DE ENSEÑAR. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. EXTRANJEROS. ESCUELAS PRIVADAS. AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA (JURISPRUDENCIA/ CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

1. Antecedentes del caso: los requirentes, David Hornsby y Ada Ann Hornsby, nacidos en el Reino Unido, residen en la isla de Rodas (Grecia), siendo ambos profesores diplomados de inglés. El 5 de junio de 1984, la mencionada en último término solicitó, ante la dirección de enseñanza de la prefectura del Dodecaneso, la licencia para abrir una escuela privada de lenguas extranjeras (*frontistirio*) en Rodas. Le fue informado que en virtud de la legislación griega en vigor, dicha licencia no podía ser acordada a los súbditos extranjeros. El 15 de marzo de 1988, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró que la República helénica había faltado a las obligaciones de los arts. 52 y 59 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, al prohibir que los súbditos de otros Estados miembros pudiesen crear un *frontistirio*. El 1 de abril de 1988, los requirentes interpusieron dos nuevas peticiones, que el citado servicio rechazó por motivos análogos a los de 1984. El 8 de junio de 1988, los nombrados plantearon ante el Consejo de Estado dos recursos de anulación de las decisiones del director de enseñanza secundaria de la prefectura del Dodecaneso. En su decisión del 9 de mayo de 1989, dicho Consejo consideró que, de acuerdo con la resolución del citado Tribunal de Justicia, no se podía impedir, desde el 1 de enero de 1981, que los súbditos extranjeros abrieran escuelas privadas de lenguas extranjeras en Grecia con base en que aquéllos no tuvieran la nacionalidad griega. El 8 de agosto de 1989, los requirentes solicitaron, en vano, a la citada dirección de enseñanza secundaria que se conformara con el acuerdo del Consejo de Estado y les concediese la autorización; el 28 de marzo de 1990, intentaron una acción contra el titular de dicha dirección y otros funcionarios; y, el 14 de noviembre siguiente, demandaron a la Administración ante el tribunal de *grande instance* de Rodas, reclamando la reparación del perjuicio moral y material y la pérdida de ganancia (el 3 de julio de 1992, plantearon ante el tribunal administrativo de Rodas otra acción de reparación). A su vez, los requirentes y el director de enseñanza secundaria dirigieron diversas cartas al ministerio de Educación, sin

obtener respuesta. El 10 de agosto de 1994, un decreto presidencial acordó a los súbditos de la Comunidad, el derecho de abrir escuelas del carácter ya mencionado bajo condición de aprobar un examen de lengua e historia griegas. El 20 de octubre de 1994, el Ministerio de Educación invitó al aludido director de enseñanza a tomar los exámenes del caso a los requirentes, a la luz del citado decreto.

La Comisión Europea de Derechos Humanos, después de haber intentado infructuosamente un acuerdo amigable, comprobó los hechos y dictaminó, por veintisiete votos contra uno, que existía violación del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Dicha Comisión llevó el caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) el 11 de diciembre de 1995.

2. Sentencia:

2.1. Art. 6.1 de la Convención.

Los requirentes alegan que el rechazo de la Administración a adecuarse a las decisiones del Consejo de Estado (9 y 10-5-1989), desconoce sus derechos a una tutela judicial efectiva tratándose de litigios sobre derechos de carácter civil.

La Corte recuerda su jurisprudencia constante según la cual el art. 6.1 garantiza a toda persona el derecho a que un tribunal conozca en todo litigio relativo a sus derechos y obligaciones de carácter civil: la norma consagra, de esta manera, el "derecho a un tribunal", del cual el derecho de acceso, esto es, el derecho a someter la cuestión a un tribunal en materia civil, constituye un aspecto. Sin embargo, este derecho sería ilusorio si el orden jurídico interno de un Estado contratante permitiera que una decisión judicial definitiva y obligatoria quedase inoperante en detrimento de una parte. En efecto, no sería comprensible que el art. 6.1 describa en detalle las garantías procesales -equidad, publicidad y celeridad- acordadas a las partes, y que no proteja la ejecución de las decisiones judiciales; si este artículo comprendiera exclusivamente el acceso a un juez y el desarrollo de la instancia, se correría el riesgo de crear situaciones incompatibles con el principio de la preeminencia del derecho que los Estados contratantes se han obligado a respetar al ratificar la Convención. La ejecución de una sentencia o decisión, de cualquier jurisdicción que sea, debe ser considerada entonces como parte integrante del "proceso" en el sentido del art. 6, lo cual ya ha sido reconocido por la Corte en asuntos relativos a la duración del proceso.

Estas afirmaciones revisten todavía más importancia en el contexto del contencioso administrativo, con motivo de un diferendo cuyo resultado es determinante para los derechos civiles del justiciable. Al introducir un recurso de anulación ante la más alta jurisdicción administrativa del Estado, el justiciable tiende a obtener no sólo la desaparición del acto litigioso, sino también y sobre todo el levantamiento de sus efectos. Luego, la protección efectiva del justiciable y el restablecimiento de la legalidad, implican para la administración el sometimiento al fallo de dicha jurisdicción. La Corte recuerda, en este sentido, que la administración constituye un elemento del Estado de derecho y que su interés se identifica, entonces, con el de una buena administración de justicia. Si la administración rechaza u omite la ejecución, o demora en hacerla, las garantías del art. 6

que beneficiaron al justiciable durante la fase judicial del proceso perderían toda razón de ser.

Cabe advertir que a consecuencia de la citada decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Consejo de Estado anuló las resoluciones del director de enseñanza secundaria que rechazaban el permiso solicitado sobre el solo fundamento de la nacionalidad de los requirentes. Habida cuenta de ello, estos últimos podían considerarse con derecho a que sus peticiones fueran satisfechas; al reiterarlas (8-8-1989), no hicieron más que recordar a la administración su obligación de dictar una resolución conforme a las reglas de derecho cuyo desconocimiento había causado la anulación. Sin embargo, la Administración permaneció silenciosa.

Desde la fecha de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, subsidiariamente, desde la de los fallos del Consejo de Estado (9 y 10-5-1989), y hasta la adopción del decreto presidencial cit., la legislación griega en vigor no preveía ninguna condición particular para los súbditos comunitarios que desearan abrir un *frontistirio* en Grecia, salvo las también impuestas a los nacionales -posesión de un título universitario- cumplida por los requirentes.

Al abstenerse durante más de cinco años de tomar las medidas necesarias para adecuarse a una decisión judicial definitiva y ejecutoria, las autoridades nacionales han privado de todo efecto útil al art. 6.1. De ahí que debe considerarse que ha habido violación de esta norma (7 votos contra 2).

2.2. Art. 50 de la Convención.

Las pretensiones formuladas por los requirentes con base en el art. 50 no se encuentran en estado de ser resueltas, por lo que cabe reservarlas teniendo en cuenta la eventualidad de un acuerdo entre el Estado demandado y los interesados (por unanimidad).

Nota de la Secretaría: La Corte desestimó, por ocho votos contra uno, las dos excepciones preliminares opuestas por el Estado demandado (“inobservancia del plazo de 6 meses” y “falta de agotamiento de los recursos internos”).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 19-3-1997 (un juez expresó una opinión concurrente y otros dos votaron en disidencia), caso *Hornsby c. Grecia*, en *Communiqués du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 14-21 de marzo de 1997, pp. 14/17.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

DOCTRINA

[1]

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. REGLAMENTOS. CLASIFICACIÓN. PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. RECURSO DIRECTO CONTRA REGLAMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN. IMPUGNACIÓN JUDICIAL. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. ACCESO A LA JURISDICCIÓN. LEGITIMACIÓN PROCESAL. INTERÉS DIRECTO E INDIRECTO. INTERÉS LEGÍTIMO. LEGITIMACIÓN CORPORATIVA. LEGITIMACIÓN INDIVIDUAL. INTERESES DE GRUPO. PRINCIPIO *PRO ACTIONE*. ACCIÓN POPULAR. MINISTERIO PÚBLICO (DOCTRINA/ESPAÑA).

La ley española de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, al regular el recurso directo contra reglamentos de la Administración del Estado, distinguió, a los efectos de la legitimación, entre aquellos que habían de ser cumplidos directamente por los

administrados, sin necesidad de un acto previo o sujeción individual, de los demás. Para la primera clase de reglamentos, permitía que todas las personas que tuvieran interés directo pudieran impugnarlos. Para los segundos, establecía que tan sólo podrían ser recurridos por las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho Público, y cuantas entidades ostentaren la representación o defensa de carácter general o Corporativo, siempre que la disposición en juego afectare directamente a los mismos (art. 28.1.b).

El precepto fue criticado por la doctrina, que apuntó a la idea de que, incluso en el caso de los reglamentos del último carácter mencionado, tenían que estar legitimadas las personas físicas, al igual que las jurídicas, que tuviesen interés en ello.

Empero, la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue muy restrictiva, creando una serie de obstáculos artificiosos de acceso a la jurisdicción.

Este estado de cosas varió con la nueva Constitución en la medida en que el art. 24.1 reconoce el derecho de todas las personas a obtener tutela efectiva de jueces y tribunales, proscribiendo la indefensión, de lo cual deriva la abolición de los obstáculos absurdos de acceso a la jurisdicción (la norma citada despliega sus efectos en tres momentos: en el acceso a la justicia, en el proceso ya iniciado, y, una vez dictada la sentencia, en la ejecución de ésta -González Pérez). También han tenido su influjo los arts. 19, 106.1 (que remite a los tribunales de lo contencioso el control de la potestad reglamentaria sin más limitaciones) y 162.1 b (que abre el recurso de amparo a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo derivado de la Constitución).

Las consecuencias del cambio aludido son las siguientes:

a) La exigencia de interés directo ha sido sustituida por la de un mero interés legítimo (art. 162.1 cit.). Este último resulta un concepto más amplio que el primero, pues da cabida a la defensa de los intereses indirectos, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en caso de duda, debe aplicarse el principio *pro actione*.

b) La jurisprudencia ha reconocido, expresa y unánimemente, la derogación del art. 28.1 b cit. en cuanto se entendiera que la legitimación corporativa era excluyente de la individual, por ser incompatible con el citado art. 24.1 de la Constitución.

b) El abandono de la doctrina de la "legitimación corporativa", por lo que cualquier colectivo, del tipo que sea, debe poder acudir a los tribunales con el fin de anular una reglamento que afecte a los intereses legítimos por aquél representados.

c) La inoperancia del criterio según el cual la corporación carecía de legitimación si no existía una estricta coincidencia entre los intereses afectados por la norma en cuestión y los defendidos por aquélla, o si dicha norma únicamente afectaba a una parte de los asociados.

d) La flexibilización de la exigencia del acuerdo corporativo previo, para acreditar la voluntad colegiada en orden a la interposición del recurso, de manera que sólo se la mantiene en los casos en que sea requerida por la ley o por las normas estatutarias de modo taxativo y concreto.

e) La declinación de la llamada doctrina de la "equivalencia territorial", que hacía inviable el recurso si el ámbito territorial de la entidad era geográficamente más limitado

que el de la norma cuestionada.

Desde otro punto de vista, las leyes también han atribuido legitimación, v.gr., al Ministerio Fiscal, para actuar en el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; a toda persona, cuando se establece la acción pública o popular, como ocurre en el ámbito urbanístico (“Será pública la acción para exigir ante los Organos administrativos y los Tribunales contencioso-administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas”) y en otros sectores próximos a éste (Ley de Costas, Ley del Patrimonio Histórico Español, etc.).

Súmase a lo anterior, que las entidades locales territoriales están legitimadas para la impugnación de las disposiciones y actos de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas que lesionen su autonomía, derecho que también poseen las Comunidades Autónomas respecto de normas provenientes del Estado.

TRAYTER, Joan Manuel (Profesor titular de Derecho Administrativo -Universidad de Barcelona), “La legitimación para impugnar reglamentos mediante el recurso contencioso-administrativo directo”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1996, 1, pp. 203/220.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[2]

ASILO. REFUGIADOS. PROCESOS. GARANTÍAS PROCESALES. RECURSO CONTRA DECISIONES NEGATIVAS. MEDIDAS CAUTELARES. INMIGRACIÓN. CONDICIONES DE ADMISIÓN Y RESIDENCIA. EXTRANJEROS. DERECHOS HUMANOS. CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951 (DOCTRINA/SUIZA).

A partir de la década de 1950, la evolución de los remedios jurídicos con que cuentan las personas que buscan asilo se ha acelerado favorablemente a través de la creación de acciones que aquéllos pueden promover contra el Estado. Este desarrollo ha tenido una influencia favorable en los procesos de inmigración. Sin embargo, en la década de 1980 surgió también una tendencia opuesta que se tradujo en la creación de excepciones a esos procesos. Las legislaciones europeas se han reformado, haciendo más rigurosas las condiciones de admisión y residencia, y más amplias las causales que autorizan la expulsión de los extranjeros. Estos nuevos criterios tienen un alcance aún mayor en relación a las personas que piden asilo.

Paralelamente, la normativa internacional sobre inmigración evolucionó en las décadas de 1980 y 1990. Estos pasos se instrumentaron en la *Schengen Implementing Convention*, en la Convención de Dublin sobre asilo, y en la creciente red de acuerdos bilaterales y multilaterales de readmisión. Estas reglas internacionales están dirigidas, en primer término, a crear estructuras, instrumentos y competencias jurídicas internacionales. Las reglas sustantivas deben encontrarse en las decisiones del *Implementing Committee of*

the Schengen Implementing Convention, en los textos adoptados por el Consejo de Inmigración y -luego de la entrada en vigencia del Tratado de la Unión Europea- por el *Justice and Home Affairs Council*. La cuestión de si esas reglas pueden lograr -sin instrumentos internacionales colaterales- salvaguardar la protección jurídica de las personas ha merecido escasa atención oficial.

Una excepción es la Resolución sobre garantías mínimas para los procesos de asilo que el *Justice and Home Council* de la Unión Europea adoptó el 20 y 21 de junio de 1995. La Resolución contiene, entre otros aspectos, ciertas disposiciones sobre remedios jurídicos para los supuestos de decisiones negativas a los pedidos de asilo y, lo que es más importante, los siguientes derechos: a apelar ante un tribunal o ante alguna otra autoridad equiparable desde el punto de vista de su independencia, a contar con asistencia lingüística gratuita y con asesoramiento jurídico, a acceder al Alto Comisionado para Refugiados de las Naciones Unidas (UNHCR -*United Nations High Commissioner for Refugees*-), a obtener una decisión escrita y fundada, a tener un plazo razonable para apelar, a que la decisión tenga efecto suspensivo y a pedir una medida de alivio temporal.

Sin embargo, esta Resolución no tiene efecto vinculante para los Estados Miembros de la Unión Europea. Por lo tanto, no resulta sobreabundante investigar si existen normas vinculantes que obliguen a los Estados Miembros a garantizar en sus legislaciones los remedios jurídicos efectivos para quienes piden asilo. En 1991, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que, según lo dispuesto por el art. 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos, los Estados Parte deben ofrecer un remedio efectivo a quienes piden asilo alegando que su expulsión constituiría un tratamiento inhumano, prohibido por el art. 3 de la Convención. Pero se ha prestado relativamente poca atención internacional a las garantías de un proceso justo incluidas en la Convención relativas al Estatus de Refugiado.

La Convención de Ginebra de 1951 sobre remedios jurídicos en el asilo ha tenido un impacto mayor al que generalmente se le atribuye. Quienes buscan asilo e invocan la protección de este acuerdo deben ser tratados como refugiados a menos que se demuestre en forma inequívoca que no encuadran en la definición del art. 1. El art. 16 de esta Convención exige que se brinde a esas personas igual tratamiento en relación al acceso a los tribunales para resolver cuestiones de derecho relativas a su estatus jurídico (incluyendo la de si la persona que busca asilo es un refugiado en términos de la Convención). Si la legislación del país de residencia habitual garantiza a sus propios nacionales la jurisdicción plena de los tribunales para decidir sobre el mérito de la cuestiones jurídicas relativas a su estatus jurídico, debe otorgarle un derecho similar a quienes buscan asilo. Esta norma de igual tratamiento pueden generar la obligación de no quitar a quienes buscan asilo la posibilidad de obtener una orden judicial provisoria (*interim injunction*) que impida la expulsión y la de brindarles asistencia jurídica y lingüística.

Sin embargo, las legislaturas y tribunales nacionales, aun cuando sean de algún modo conscientes del posible significado del art. 16 cit., no están extremadamente dispuestos a reconocerlo. Sería muy útil que un tribunal supranacional hiciera la interpreta-

ción definitiva de la Convención de Ginebra. Ninguno de los Estados suscriptores ha invocado la competencia de la Corte Internacional de Justicia y, mientras no se cuente con una decisión de ésta, los abogados tendrán que encontrar su propio camino en el laberinto de criterios diferentes, y a veces contradictorios, de los tribunales y legislaciones nacionales.

BOELES, Pieter, "Effective Legal Remedies for Assylum Seekers According to the Convention of Geneva 1951", en *Netherlands International Law Review*, vol. XLIII, n° 3, 1996, p. 291.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[3]

CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA. NATURALEZA Y OBJETO. LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL. LIBERTAD DE ASOCIARSE. ASOCIACIÓN OBLIGATORIA. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. SISTEMA CORPORATIVISTA. INTERÉS GENERAL (DOCTRINA/ESPAÑA).

1. Naturaleza y objeto de las Cámaras.

La Monarquía absoluta, tras el surgimiento del mercantilismo, comprendió la ventaja de contar con una organización conjunta y obligatoria de los comerciantes que vele por los intereses generales del comercio y la industria.

Tras su supresión, con la masacre de corporaciones y asociaciones que acompañó a la Revolución Francesa, fueron rehabilitadas por Napoleón (1802), quien las dotó de funciones y estructura que son las que consagraron el modelo y aseguraron su expansión por toda la Europa continental, donde han llegado a ser parte en el panorama institucional del sistema público económico.

En España se adoptó el modelo francés de corporaciones de Derecho Público (ley del 28-7-1911, reemplazado, el 22-3-1993, por la ley actualmente vigente).

Las Cámaras de Comercio e Industria son un sistema que se extiende reticularmente por todo el territorio del país y que corona una organización central, el Consejo Superior de Cámaras. El sistema puede ser considerado desde las siguientes perspectivas:

a) estructural

La base del sistema es cada Cámara en particular, las que se articulan entre sí y se integran, finalmente, en el Consejo Superior representante del conjunto.

Cada Cámara es la imagen misma de la figura de la Corporación de Derecho Público, esto es, de una entidad de base asociativa, que se compone de miembros activos, todos los cuales forman una organización que ellos mismos gobiernan, autónomamente, y que sostienen con sus propias aportaciones económicas.

La connotación de Derecho Público significa, por un lado, que la integración es forzosa, impuesta por la ley, no obstante lo cual conserva su base privada y, por el otro, que

la adscripción obligatoria no se hace en exclusivo beneficio de sus miembros, sino en atención a fines generales o de interés general.

b) funcional

La ley le asigna a la organización funciones de interés general: representar “los intereses generales del comercio y la industria” lo que la diferencia de los sindicatos profesionales.

Asimismo, este servicio a dichos intereses es lo que facilita, justifica y mide una función que singulariza a estas corporaciones, la de su consideración como organizaciones auxiliares de la administración pública directa, a las que informan, asisten e ilustran mediante dictámenes, estudios, asunción de servicios públicos que les son delegados, y funcionan como interlocutores para la formulación y ejecución de la política económica.

c) política

La red de Cámaras asegura la movilización hacia los intereses generales y el correcto cumplimiento de los fines destacados en las políticas públicas, tanto coyuntural como estructuralmente.

2. Legitimidad constitucional de las Cámaras.

Se ha cuestionado la técnica de la Corporación de Derecho Público aplicada a las Cámaras en virtud de dos circunstancias:

a) su confusión, en razón de ciertos dogmas políticos, con las fórmulas corporativas de la gestión política que se extendió en el período de entreguerras en Europa, y que generalizó el fascismo;

b) una sensibilidad agudizada hacia los derechos fundamentales y, en el caso concreto, hacia los derechos de asociación en su vertiente negativa, que excluye, en principio, la incorporación forzosa a organizaciones oficiales de tipo asociativo.

En Alemania se planteó por primera vez la cuestión de la legitimidad constitucional de las Cámaras, debido al recelo con el que se enfrentó el pensamiento jurídico democrático con el fenómeno corporativista instaurado por el nazismo.

En diciembre de 1962, el Tribunal Constitucional Federal alemán se pronunció definitivamente por la constitucionalidad de la institución, aceptando la constitucionalidad del tradicional sistema de Cámaras como Corporaciones de Derecho Público de afiliación obligatoria. La impugnación argumentaba que no existían razones suficientes para hacer obligatoria la pertenencia a organizaciones cuya función predominante era la representación y defensa de intereses, tarea que pueden cumplir las asociaciones de afiliación libre y voluntaria.

Dicha sentencia intenta caracterizar la institución en torno del fenómeno de la defensa de los intereses generales del comercio y la industria como técnica de una administración objetiva, descentralizada en su gestión en el colectivo que representa tales intereses, pero cuya generalidad y extensión obliga a una actuación ponderada y compensadora, que excluye la representación sectorial de intereses propia del sistema corporativista.

El fallo, por otra parte, concluye en que la técnica de adscripción obligatoria no es más que una pequeña limitación de la libertad de los miembros de las Cámaras, que se justifica en el interés público de la adscripción obligatoria y que carece prácticamente de relevancia desde la perspectiva del derecho fundamental de asociación.

En el caso español, el planteamiento del mismo debate ha estado directamente conectado a la liquidación del sistema corporativo procedente del franquismo. La serie de sentencias constitucionales comienza con la nº 132 del 18 de julio de 1989, referente a la Ley catalana de Cámaras Profesionales Agrarias, que había pretendido reconfigurar el sistema de Cámaras Sindicales o Hermandades creadas por el régimen pasado con fines de afiliación y regimentación forzosa.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, ha afirmado que resultaría contrario al ordenamiento constitucional que la creación de entes de tipo corporativo supusiera una indebida restricción del ámbito de la libertad de asociación, de la libertad de sindicación y del juego del pluralismo social, económico y político, sustrayendo del mismo amplios sectores de la vida social.

El Tribunal se enfrenta con las fórmulas corporativistas que intentan sustituir la libertad y el pluralismo sociales con métodos de afiliación forzosa. No obstante, acepta que en ciertos casos el legislador pueda, para conseguir fines de interés general, crear entidades corporativas con obligada adscripción de todos los integrantes de un sector social concreto, lo cual requiere un tratamiento excepcional por afectar al derecho fundamental de la libertad de asociación, perspectiva desde la cual no duda en declarar la inconstitucionalidad de la ley catalana impugnada por resultar contraria al artículo 22.1 de la Constitución.

La segunda sentencia, nº 139 del 20 de julio de 1989, enjuicia la compatibilidad de la Constitución de las Cámaras Agrarias de orden nacional. Dicha Constitución había sido retocada por un decreto-ley de fecha 2 de junio de 1977 que facultaba al gobierno para la creación y reconocimiento de entidades de Derecho Público en los sectores agrarios con carácter de órganos de consulta y colaboración. Este decreto conservaba las antiguas estructuras corporativas de afiliación. Sólo unas inespecíficas funciones de consulta y colaboración ocultaban su carácter puramente corporativista. A su vez, era manifiesto que en ellas habían quedado enquistadas las oligarquías políticas de la anterior organización sindical agraria.

El Tribunal sostiene que es “necesario insistir en la excepcionalidad de este tipo de entidades de adscripción obligatoria, que sólo se justifican cuando sean necesarias para la consecución de fines públicos y cuya obligatoriedad las aparta o desgaja de las previstas en el artículo 22 de la Constitución. Pues bien, las Cámaras agrarias... por lo genérico de sus funciones (art. 3.2 del Decreto de 1977), por la ambigüedad de sus funciones (art. 3.4) e incluso por el carácter coyuntural de su creación como organizaciones llamadas a subrogarse en los medios personales y materiales de las antiguas Cámaras o Hermandades Sindicales, no justifican que, una vez aprobada la Constitución de 1978, pudiera mantenerse la obligatoriedad de adscripción a las mismas de todos los propietarios de fincas rústicas o titulares de explotaciones agrarias o ganaderas”.

En la siguiente sentencia, nº 133 del 14 de abril de 1994, el Tribunal se enfrenta con el fenómeno de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana que, si bien surgieron como asociaciones privadas, fueron oficializadas y elevadas al rango de Corporaciones Oficiales para representar los intereses de la propiedad urbana del territorio de su jurisdicción (1927). En el fallo, se declara la inconstitucionalidad, esquematizando tres requisitos para la adscripción obligatoria desde la perspectiva del artículo 22 de la Constitución:

a. no puede ir acompañada de una prohibición o impedimento de asociarse libremente;

b. no puede ser general, alterando el sentido de un Estado social y democrático de Derecho basado en el valor superior de la libertad;

c. debe encontrar suficiente justificación “en las características de los fines de interés público que persigan, de la que resulte, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo”.

Por su parte, la sentencia nº 179 del 16 de junio de 1994, en la cual el Tribunal declara la inconstitucionalidad de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación en su regulación de 1911, actualmente sustituida por la ley del 22 de marzo de 1993, literalmente dice “no parecería admisible que las Cámaras Agrarias no justificasen la afiliación obligatoria, y sí lo hicieran, por el contrario, las de Comercio”.

La equiparación efectuada por el Tribunal en esta sentencia es insostenible. En el caso de las Cámaras Agrarias se trataba de Corporaciones de afiliación forzosa de un sector económico al que, a cambio de dicha forzosidad, se le entregaban poderes públicos para la gestión de intereses privados y sectoriales. En el caso de las Cámaras de Comercio e Industria se trata de organizaciones que no pretenden la afiliación forzosa en su significado político y que utilizan sus poderes al servicio de intereses generales del comercio y la industria.

3. Cualidad jurídica del Consejo Superior de Cámaras.

La ley de 1993 dedica su capítulo IV a la reconfiguración del Consejo Superior de Cámaras.

La Constitución, en su art. 148.1.18, asegura a la ley una preeminencia sobre la normativa de las Comunidades Autónomas que tienen asumida en sus Estatutos competencia en la materia cameral. Por cierto, la invocación de este título constitucional explícito en la Disposición Final 1a. de la ley refuerza por sí sola la consideración de las Cámaras como una parte relevante de la Administración Pública, aunque descentralizada de su gestión.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Las cámaras de comercio, industria y navegación ante el derecho”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, nro. 139, enero-abril 1996, p. 153.

Biblioteca Central, Hemeroteca, Sala 2, estante 37.

1. La democracia deliberativa y la Corte.

La idea de que la legitimidad política de la Suprema Corte de los Estados Unidos (Corte) depende, en parte, de su coherencia con la regla democrática, es una noción central de las teorías constitucionales contemporáneas más importantes.

La importancia que tiene el proceso de toma de decisiones de la Corte, para que ésta guarde conformidad con la democracia (en un sentido que contribuye a su legitimidad), deriva del particular compromiso norteamericano con una concepción deliberativa de la democracia. Este ideal tiene una genealogía bien establecida en el constitucionalismo norteamericano y ha demostrado ser particularmente útil para explicar la naturaleza de la prescripción constitucional de gobernar mediante representantes, a fin de que éstos deliberen juntos para determinar el bien común.

Los atributos institucionales de la Corte aconsejan que su proceso de toma de decisiones satisfaga la obligación de deliberar impuesta, entre otros, al Congreso. Como este último, la Corte es un cuerpo colegiado, integrado por miembros que tienen un rango casi igual, y que hace determinaciones perentorias, respaldadas por la fuerza coercitiva, en nombre de los Estados Unidos. Dadas sus características institucionales, la circunstancia de que este tribunal carezca de un nexo de tipo electoral, no lo libera del compromiso con una democracia deliberativa. Antes bien, habiendo un proceso deliberativo en la Corte, su poder de revisión judicial comparte el fundamento de las atribuciones que tienen los miembros del Congreso para resistirse a las preferencias de los ciudadanos: la obligación de hacer elecciones sociales a través del intercambio deliberativo entre pares.

De acuerdo a esta forma de ver el sistema constitucional norteamericano, los miembros del Alto Tribunal pueden invocar y compartir ciertos puntos de vista sobre los fundamentos jurídicos objetivos de sus sentencias, pero la decisión misma debe surgir de la interacción deliberativa entre los *Justices*. El recurso a fundamentos jurídicos objetivos comienza, y no agota, el proceso de toma de decisiones del tribunal: éstas, como las del Congreso, deben ser producto del intercambio y aceptación de razones entre iguales.

2. La disidencia y la Corte.

2.1. Vinculando de este modo la legitimidad de la Corte a su proceso de decisión, la diferencia que existe, en orden a su publicidad, entre el proceso de toma de decisiones del Congreso y el de la Corte, demuestra el lugar que ocupa la práctica de la disidencia. El primero de los procesos nombrados es, como regla, público. En cambio, según una antigua tradición de la Corte, sólo los *Justices* asisten a los acuerdos donde se discuten los casos y se votan las decisiones. Además -y quizás esto resulte aún más importante-, la Corte mantiene también secreto el intercambio de proyectos y el diálogo y ajuste de los distintos

criterios que acompañan este intercambio.

El secreto en que se hace la adopción colectiva de estas decisiones coloca a la disidencia en un rol crítico, haciéndola necesaria para revelar el carácter deliberativo de ese proceso.

2.2. La práctica de la disidencia refleja también el carácter deliberativo de la toma de decisiones de la Corte a lo largo del tiempo. Asimismo, permite el acceso al diálogo que dio lugar a los fundamentos de una decisión. Las opiniones disidentes son, por lo tanto, valiosas no sólo cuando captan a la mayoría de una Corte futura sino también como transmisoras del diálogo judicial a lo largo del tiempo.

STACK, Kevin M., "The Practice of Dissent in the Supreme Court", en *The Yale Law Journal*, vol. 105, n° 8, junio de 1996, p. 2235.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[5]

DERECHO DEL TRABAJO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. REPRESALIAS DEL EMPLEADOR (DOCTRINA/EE.UU.).

El Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 prohíbe que un empleador discrimine a un empleado en razón de su raza, bandera, religión, sexo o nacionalidad de origen, y que tome represalias contra los trabajadores que han objetado una práctica laboral ilícita en términos de dicha norma, o se han opuesto a la discriminación de algún otro modo, o han prestado declaración, ayudado o participado en cualquier investigación, proceso o audiencia, relativos a dicha ley. La norma que contiene esta última prohibición, protege expresamente a los "empleados" y a "los postulantes a empleados" de la represalia de sus empleadores, pero no se refiere explícitamente a los ex-empleados. Los tribunales difieren en cuanto a si la norma continúa protegiendo a un individuo una vez que la relación de trabajo ha terminado.

Es muy importante establecer el alcance de esta protección pues, si se la interpreta en forma restrictiva, se otorga a los ex-empleadores un enorme poder para frustrar la futura carrera de sus ex-empleados. Los ex-empleadores tienen el singular poder de controlar el carácter favorable de las recomendaciones y, en algunas industrias, incluso pueden poner en la lista negra a los empleados. Las represalias pueden afectar mucho más que la carrera del empleado, ya que los ex-empleadores las han tomado en terrenos que no están relacionados con las futuras oportunidades laborales de sus antiguos empleados, tales como en el de las amenazas telefónicas, los ataques físicos, y el hostigamiento y promoción de acciones judiciales que los difaman. Para que se cumplan los objetivos que persigue el citado Título VII, se debe prohibir que los ex-empleadores tomen tanto represalias "personales" como las que afectan las oportunidades laborales.

Una interpretación restrictiva de esta Cláusula deja sin protección a los ex-empleados frente a las represalias y, como la aplicación de la ley depende de las personas que formulan reclamos, también impacta directamente en la efectividad que tiene el Título VII para luchar contra la discriminación. Si los empleadores pueden lícitamente tomar represalias cuando sus empleados renuncian o son despedidos, éstos serán renuentes a denunciar las violaciones a esta normativa ante la *Equal Employment Opportunity Commission*.

Por lo demás, esta protección contra las represalias debería ampliarse de modo de comprender a las que se realizan con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, estén o no relacionadas con el empleo.

TAFURI, Sandra, "Title VII's Antiretaliation provision: are employees protected after the employment relationship has ended?", en *New York University Law Review*, vol. 71, n° 3, junio de 1996, p. 797.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[6]

JUECES. REGLAS DE ETICA. RELACIONES CON LOS ABOGADOS Y PARTES Y CON OTROS JUECES, Y RELACIONES SOCIALES. DISIDENCIAS. INCOMPATIBILIDADES. REGÍMENES DE CONTROL (DOCTRINA/EE.UU.).

La ética judicial y el gobierno de las leyes

1. El poder, el prestigio y la supremacía de los tribunales se sostienen o caen debido sólo a una medida: el respeto que merecen sus sentencias. Empero, los estándares convencionales para sopesar la sabiduría de una decisión de una corte se ven menos relevantes si a ésta no se la reconoce como una institución gobernada por un estricto código de ética, esto es, si el público no confía en que sus jueces permanecen comprometidos a reglas neutrales y a principios de conducta en sus cargos.

La ética judicial está entremezclada con la independencia judicial. Esta última puede verse socavada desde adentro, y la forma más rápida para ello es que los jueces violen los preceptos éticos.

Para establecer y mantener altos los estándares de ética judicial, se deben observar tres principios importantes: a) los jueces deben honrar, siempre, un compromiso personal para seguir altos estándares éticos de conducta en el desempeño de sus deberes oficiales y en sus relaciones personales y sociales; b) la rama judicial misma debe adoptar y anunciar códigos específicos y por escrito, para guiar a los jueces (las responsabilidades éticas de los jueces deben establecerse con claridad y precisión); y b) deben existir procesos adecuados para que la rama judicial misma reciba e investigue las denuncias de mala conducta y para

que actúe en su caso, a fin de que el público tenga completa confianza de que está salvaguardado su interés por la ética de dicha rama.

2. En el terreno de la ética judicial, a los presentes propósitos, pueden distinguirse tres áreas: las reglas que guían a los jueces en sus relaciones con los abogados y partes en litigio (**2.1**) y con otros jueces (**2.2**), y las que atañen a sus actividades en la sociedad (**2.3**).

2.1. Un juez debe ser justo e imparcial, por lo que todas las partes deben recibir una oportunidad completa y justa de ser oídas. Esto no puede ocurrir si el juez se reúne con un abogado o una de las partes sin que el abogado de la otra parte, o la parte adversa misma, estén presentes. La idea de una justicia limpia y abierta prohíbe, tanto en los hechos como en las apariencias, un sistema en el que las comunicaciones esenciales ocurran sin la presencia de todas las partes. Incluso los trámites urgentes o que requieran la comunicación entre el juez y una sola de las partes, deben reducirse al mínimo, así como constar en actas, y ser puestos en conocimiento de la otra parte para que pueda responder.

Los jueces no viven aislados de la sociedad; con todo, en las reuniones sociales en que puedan encontrarse con abogados que llevan causas ante aquéllos, existe el claro entendimiento de que no se deben discutir los casos en ningún momento, asegurándose de que otras personas estén presentes de tal forma que sólo se mantengan conversaciones adecuadas, y no se genere sospecha alguna en sentido contrario.

Otra regla específica para asegurar la imparcialidad, es que los jueces y sus familias no tengan ningún interés financiero, aunque sea en ínfima parte, relacionado con los litigios en los que intervienen los primeros (este aspecto se encuentra reglamentado, para el sistema federal, por una ley del Congreso).

Asimismo, la ley exige que todos los jueces de los Estados Unidos (y otros altos funcionarios) hagan público, anualmente, sus activos, propiedades e ingresos externos, al igual que los de su cónyuge.

La mayor parte de los jueces tiende a pensar que es incorruptible y que no puede haber daño en una conversación privada breve o en presidir un caso en el que tiene un interés remoto. Pero ese no es el punto. Los jueces necesitan reglas al igual que los ciudadanos a los que juzgan.

Cuando el público ve un juez que viola reglas sencillas, p.ej., al comunicarse con una sola de las partes o presidir un caso en el que tiene algún interés, se corroe la confianza en todo el sistema judicial.

Las apariencias valen tanto como los hechos.

Los jueces, además, tienen el deber de conducirse con la máxima educación, cortesía y respeto, con todos los abogados y todas las partes. Si es necesario reprimir a un letrado, pues un juez no ha de tolerar la mala educación o la falta de respeto en la corte, se debe proceder con comedimiento y en una forma profesional. Los abogados pueden sacar al juez de las casillas; pero la paciencia debe ser un atributo de aquél, lo que impone una actitud de indulgencia ante las flaquezas que están latentes en todos.

2.2. En lo que hace a la relación del juez con sus colegas, corresponde distinguir

entre el desacuerdo profesional y el personal. Respecto del primero, un juez violaría su juramento si no expresara su punto de vista y sus conclusiones; el juez ha jurado estar en desacuerdo con sus colegas cuando su conciencia y su entendimiento de la ley lo llevaran a concluir que estos últimos se equivocan en la solución de un caso. Mas, es deber del juez leer, preguntar, enseñar, aprender, de tal forma que su propia mente permanezca abierta a un razonamiento honesto de todas las partes de una disputa e, incluso, de sus propios colegas.

En cuanto a lo personal, los tribunales observan ciertas reglas y costumbres para evitar desacuerdos en ese plano, v.gr.: que los magistrados con mayor antigüedad en el cargo tengan prioridad en el uso de la palabra durante las deliberaciones, o en la asignación de la responsabilidad de redactar las decisiones de la corte. La colegialidad es muy sencilla de predicar en abstracto, pero dura de seguir día a día. Ni en público ni en privado un juez debe mostrar falta de respeto hacia sus colegas.

2.3. En la relación del juez con la sociedad o el público en general, es aplicable una buena parte de lo expresado. La neutralidad del primero requiere el “despegue” y esto, a menudo, no es compatible con la interacción social y la participación comunal. Sin embargo, un juez federal violaría el Código de Conducta si participara en empresas o acciones, aun caritativas, que impliquen procurar y requerir dinero.

Además, el Congreso ha puesto límites a los jueces para ejercer otros empleos (v.gr. limitando el importe de los ingresos por el dictado de cursos, y prohibiendo que cobren dinero por dar una conferencia).

Desde otro punto de vista, resulta inadecuado que un magistrado lleve a la prensa su desacuerdo con la decisión tomada en el caso por el tribunal superior.

3. Elaboración de las reglas de ética judicial del sistema federal.

El Código de Conducta de los jueces federales fue adoptado por la Conferencia Judicial de los Estados Unidos (1973, con reformas posteriores), y está basado en el código elaborado por la Asociación Americana de Abogados (cuarenta y siete estados y el Distrito de Columbia han seguido un camino análogo).

Los cánones del Código son “consultivos”. Se espera que los jueces los cumplan, pero no existen sanciones si no lo hacen (pero en la medida en que la filosofía del Código esté contenida en estatutos específicos, están obligados a cumplir con la ley). Sin perjuicio de ello, los jueces federales son muy diligentes en amoldar sus conductas a los mencionados cánones. Ahora bien, los preceptos del Código son generales y no contemplan específicamente las diversas situaciones que pueda enfrentar un juez. Por esta razón, y para mantener actualizado el Código, la Conferencia ha creado el Comité de los Códigos de Conducta. Ante éste, los magistrados pueden solicitar opiniones interpretativas confidenciales. A pesar de que, de vez en cuando, el Comité publica sus opiniones, usa un marco de referencia general que no identifica al juez que formuló la cuestión.

4. Enfrentando los cargos de incapacidad judicial.

En el sistema federal y en el de los estados, existen tres regímenes de control sobre la conducta de los jueces:

4.1. La Constitución Federal establece que el presidente, el vicepresidente “y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos” -lo que incluye a los jueces- “serán removidos de su cargo por juicio político (*impeachment*), previa acusación y condena, por traición, cohecho u otros crímenes y transgresiones (*misdemeanors*)”. La mayor parte de los estados tienen reglas similares.

4.2. La elección de los jueces, que es todavía común en el orden estadual. En estos casos, en los que un juez es puesto en tela de juicio en una elección, una alegada infracción a la ética puede fundar el cuestionamiento. Los candidatos pueden retar a los jueces, o éstos pueden ser sometidos a un referéndum en el cual se pregunta a los votantes si el magistrado debe permanecer en el cargo o no.

4.3. El gobierno federal y los gobiernos estaduales han establecido comisiones o paneles para recibir las quejas de los ciudadanos.

Salvo una, todas las comisiones estaduales están formadas por jueces, abogados, y ciudadanos. Las sanciones que pueden imponer van desde la admonición privada hasta la remoción.

El sistema federal es diferente. Existe en cada uno de los catorce circuitos regionales, un Concilio judicial, integrado por un número igual de jueces de apelación y de distrito, presidido por el *chief judge* de la corte de apelaciones del circuito. Dicho Concilio tiene la responsabilidad de “emitir todas las órdenes necesarias y apropiadas para la administración efectiva y expeditiva de la justicia dentro del circuito”. En 1980, el Congreso dispuso que cualquier “persona que alegue que un juez de circuito, distrito o de quiebras, o magistrado, está comprometido en una conducta perjudicial a la administración efectiva y expeditiva de los asuntos del tribunal, o que alegue que dicho juez o magistrado es incapaz (*unable*) para cumplir con todos los deberes de su cargo por razones de invalidez mental o física, puede radicar una queja (*complaint*) por escrito ante el secretario del tribunal de apelaciones del circuito”.

La queja no tiene que estar basada, necesariamente, en un estatuto específico, y rara vez se funda en el Código de Conducta. Está previsto que el *chief judge* pueda desechar la presentación por frívola, o elevarla al Concilio, que también puede desestimarla. La queja no es admisible si atañe al mérito de las decisiones del juez.

La experiencia en el ámbito federal arroja cuatro lecciones:

a) el señalado procedimiento no aparenta ser una amenaza a la independencia judicial, a la luz del resultado de las investigaciones realizadas por el Centro Judicial Federal, sobre las 2.405 quejas presentadas en el período 1980/1991;

b) el mero hecho de que exista el régimen, a pesar de que la mayoría de las querellas es rechazada, hace que el público tenga confianza en la administración de justicia;

c) en los casos en que los órganos enfrenten un supuesto de mala conducta de un juez, la sanción aplicable va desde el requerimiento de una acción correctiva, la certificación de la incapacidad, la suspensión temporaria del calendario (*caseload*), hasta la

censura pública. En casos extremos, los concilios han recomendado a la Conferencia Judicial de los Estados Unidos que ésta comunique a la Cámara de Representantes que existen fundamentos para el *impeachment*.

d) Este proceso, por lo demás, contiene un principio vital: el hacer cumplir la ética judicial debe permanecer dentro de la rama judicial misma, para evitar que ésta se vea amenazada en su independencia.

5. Conclusión.

Los principios éticos que informan a la misión judicial demandan una adhesión escrupulosa. Si honramos nuestra ética profesional, todos los que nos observen admirarán a su vez la ley que debemos hacer cumplir.

6. Apéndice: Código de Conducta de los jueces de los Estados Unidos.

1) Los jueces deben defender la integridad y la autonomía de la rama judicial.

2) Los jueces deben evitar la falta de decoro y la apariencia de falta de decoro en todas las actividades.

3) Los jueces deben desempeñar los deberes de su cargo en una forma imparcial y diligente.

4) Los jueces pueden dedicarse a actividades extrajudiciales para mejorar la ley, el sistema legal y la administración de la justicia.

5) Los jueces deben regular las actividades extrajudiciales para minimizar los riesgos de conflictos de interés con sus deberes judiciales.

6) Los jueces deben radicar regularmente informes de compensación recibida por actividades relacionadas con la ley y por actividades extrajudiciales.

7) Los jueces no deben participar en actividades políticas.

KENNEDY, Anthony, M. (juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos), "Judicial Ethics and the Rule of Law", en *Saint Louis University Law Journal*, verano-1996, t. 40, n° 4, pp. 1067/1077 (versión original) y 1239/1251 (versión en castellano).

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[7]

PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. ANÁLISIS HISTÓRICO. REGULACIÓN INTERNACIONAL. REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE RECLUSOS. REGLAS PENITENCIARIAS EUROPEAS. SITUACIÓN ACTUAL. PENAS ALTERNATIVAS (DOCTRINA/INTERNACIONAL).
--

1. La pena de prisión en el siglo XX.

1.1. La segunda mitad del siglo XX se caracterizó por la internacionalización de la

proclamación y tutela de los derechos fundamentales de la persona. Esta situación afectó en mayor o menor medida al ámbito normativo de las penas privativas de la libertad.

Como consecuencia, en las instancias internacionales (Naciones Unidas - Consejo de Europa) se llevó a cabo -con el asesoramiento de asociaciones de expertos igualmente internacionales (AID, FIPP, SIC, SIDS)- una especie de codificación o reglamentación del cumplimiento de las penas privativas de la libertad en textos que, si bien no tienen una eficacia normativa directa, sí tienen la eficacia indirecta propia de las recomendaciones internacionales.

1.2. La primera de estas recomendaciones internacionales está constituida por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mínimas) que, preparadas por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, fueron aprobadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y ampliadas en 1977 y 1984.

1.2.1. Las 95 reglas mínimas regulan ampliamente las cuestiones relativas a:

a) el estatuto jurídico de las personas encarceladas: se hace hincapié en la no discriminación, el derecho a la información y la posibilidad de presentar peticiones o quejas ante las autoridades administrativas o judiciales en defensa de sus derechos;

b) las prestaciones que deben recibir de la Administración Pública: alimentación, vestuario, asistencia médica y religiosa, instrucción, trabajo y contactos con el mundo exterior;

c) las medidas de seguridad y de orden dentro de los establecimientos;

d) el tratamiento propiamente dicho: basado en la clasificación, la individualización de la pena y el empleo de los medios adecuados, tiene por objeto la prevención especial positiva, esto es la resocialización del penado. Se trata de “inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley” y “fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad”.

Se prevé un sistema de privilegios -a fin de alentar la buena conducta y promover la cooperación de los reclusos- y un sistema de ayuda postpenitenciaria;

e) el personal penitenciario: el éxito de una organización penitenciaria así concebida, radica en la elección del personal, y el estatuto de empleados públicos civiles y no armados. Se deberá añadir al personal especialistas tales como psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales y maestros e instructores técnicos;

f) los regímenes especiales aplicables a categorías determinadas de reclusos.

1.2.2. En verdad, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas constituyeron reglas máximas para muchos de los Estados miembros cuyas normas, y sobre todo, cuya realidad penitenciaria ni estaba, ni está a la altura de la organización postulada por aquéllas.

1.3. En el ámbito europeo, las Reglas Mínimas fueron ampliadas en la versión aprobada por el Consejo de Europa el 19 de octubre de 1973 y, posteriormente, en las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de febrero de 1987, que atribuyen al tratamiento de los reclusos la preservación de su salud, la salvaguarda de su dignidad y el desarrollo de su sentido de la

responsabilidad y la adquisición de competencias que los ayude a reintegrarse en la sociedad, viviendo en la legalidad y subviniendo a sus propias necesidades.

1.3.1. Son principios fundamentales del sistema penitenciario, el de legalidad, el de igualdad o imparcialidad, y el respeto de los derechos individuales de los internos, asegurado por una autoridad judicial o, en todo caso, por una autoridad no perteneciente a la administración penitenciaria.

2. Reformas penitenciarias de los años 70.

2.1. En los años setenta un grupo de países europeos llevó a cabo una reforma penitenciaria dando lugar a una serie de disposiciones (Francia e Italia 1975, Suecia 1976, Alemania 1977, Portugal y España 1979), que, al menos en el plano teórico, alcanzaron una considerable altura.

2.2. Estas leyes han contribuido decisivamente a que la relación que une al recluso con el Estado se contemple y regule como una relación jurídica, con derechos y deberes recíprocos para ambas partes, y a la consagración (incluso en las constituciones, como en el caso español -art. 25.2-) del fin preventivo-especial de la pena privativa de libertad, siguiendo un modelo social de resocialización o reinserción social, fundamentado sobre la aplicación a los penados de un tratamiento dirigido científicamente.

3. Situación actual.

3.1. Características generales.

3.1.1. Los principios fundamentales compartidos por los sistemas penitenciarios europeos son esencialmente tres:

a) La pena privativa de libertad debe consistir solamente en una privación de libertad, sin sufrimientos adicionales.

b) La ejecución de la pena debe tender, principalmente, a la reeducación y reinserción social del delincuente.

c) El régimen penitenciario debe asegurar el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

3.1.2. Para verificar el cumplimiento de estos extremos, se prevén diversos tipos de control de la actividad penitenciaria, que pueden corresponder bien a otras autoridades administrativas, bien a los órganos judiciales, generales o específicos.

3.1.3. El autor destaca la divergencia existente entre la formulación teórica y la práctica penitenciaria:

- no hay trabajo en los establecimientos;
- éstos son vetustos e insuficientes para la superpoblación reclusa que deben albergar;
- los funcionarios son insuficientes y están desmoralizados;
- el incremento de la violencia da lugar, de una parte, a que el auténtico poder dentro de las prisiones lo detenten las mafias carcelarias, y de otra, a que la opinión pública y el gobierno hagan inclinar la balanza del lado de la seguridad, antes que de la atención a la repetida finalidad resocializadora de la pena, prescindiendo de lo que digan al respecto las leyes y

los reglamentos.

3.2. Crisis generalizada.

3.2.1. Por lo expuesto, el último tercio del siglo XX está siendo testigo de una crisis doctrinal generalizada de la pena de privación de libertad que -con independencia de su conexión con la crisis igualmente generalizada de los valores tradicionales y del excepticismo creciente- encuentra su fundamento en las siguientes razones:

a) Las penas de prisión constituyen un fracaso histórico: no solamente no socializan, sino que desocializan. Las prisiones son universidades del crimen, y la reincidencia no parece bajar del 55% (hombres).

b) Las prisiones no sólo constituyen un perjuicio para los reclusos, sino también para sus familias -especialmente cuando el internamiento representa la pérdida de ingresos económicos del cabeza de familia-, así como para las víctimas y sus familias, a quienes, ordinariamente, la única consecuencia que les importa del sistema penal es el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios, precisamente lo que la internación del delincuente hace imposible.

c) Es patente la falta de voluntad social de interesarse por el problema de las prisiones.

d) También es patente la falta de voluntad política de los Estados en cumplir sus propias leyes y sus propios compromisos internacionales en materia de sistemas penitenciarios. En este ámbito, tanto el derecho penal como el derecho internacional pertenecen, al menos parcialmente, al ámbito del derecho simbólico, promulgado para dar la apariencia de que el Estado o la Comunidad de Estados asumen la función de defensa de la sociedad (prevención general integradora) que la propia sociedad reclama.

e) Desde una perspectiva más profunda y abstracta, la “doctrina progresista” critica seriamente a la doctrina partidaria de la pena resocializadora y la acusa de infidelidad a los postulados del Estado de Derecho. El tratamiento penitenciario, los planes encaminados a facilitar al penado un cambio de actitudes con relación a las leyes, es valorado por aquélla como “conductismo”, manipulación de la personalidad, negación de los derechos y libertades fundamentales, en que el derecho asume más bien una postura propia de una moral autoritaria que la de un ordenamiento jurídico democrático. En la medida en que esta doctrina se extiende, la consecuencia es que se renuncia a la prevención especial como fin fundamental de la pena privativa de la libertad, sustituida en los ámbitos universitarios, por la prevención general (concebida al modo de Claus Roxin), y, en los ámbitos internacionales, por el “neoclasicismo”, la justicia como orientación esencial de las normas sancionadoras (proporcionalidad entre la infracción y el castigo), y la búsqueda de substitutivos eficaces para mantener la ilusión de que el ordenamiento penal aún puede contribuir a que la Sociedad no se desintegre totalmente.

3.2.2. Sustitutivos de las penas de prisión.

Tales substitutivos pueden abarcar una amplia gama de posibilidades, que constituyen el tema favorito de la política criminal de nuestro tiempo:

a) En un primer nivel, lo procedente sería la descriminalización de aquellas

conductas típicas que, con arreglo a los criterios culturales del momento, no revisten la gravedad suficiente como para merecer una pena, resultando suficientes las sanciones administrativas o civiles.

La postura más radical propugna el abolicionismo total del derecho penal y su sustitución por el principio (anarquista) de negociación entre víctima y delincuente.

b) En un segundo nivel, se propugna la despenalización, es decir la posibilidad de renunciar a la pena cuando dicha renuncia pueda considerarse como un mal menor desde la perspectiva de los fines de aquélla y las creencias sociales sobre exigencias de justicia y seguridad.

Modalidades de esta alternativa podrían ser: la renuncia a la pena por el Ministerio Público con base en el principio de oportunidad; el perdón judicial y el indulto por razones de equidad.

c) En el nivel de la despenalización (relativa) cabría la sustitución de las penas de prisión (de menor gravedad), bien por un mecanismo de prueba (suspensión condicional de la condena, *probation*, tratamientos de deshabitación), o bien por una pena de naturaleza distinta y menos desocializadora (penas económicas, de inhabilitación, trabajos o servicios en interés de la comunidad).

d) Finalmente, en la medida que es evidente que los Estados y las Sociedades no están dispuestos a renunciar a la pena de prisión para los delitos de gravedad indiscutible, el cuarto nivel de la política criminal contemporánea estaría constituido por la remodelación de la pena de prisión, bien buscando otras modalidades más beneficiosas o menos perjudiciales (prisión abierta, prisión discontinua, prisión de fin de semana, prisión mixta o coeducativa, establecimientos social-terapéuticos), bien, simplemente, aplicando todas las posibilidades de la legislación vigente (sistema progresivo, trabajo remunerado, beneficios penitenciarios, permisos de salida, libertad condicional, asistencia postpenitenciaria, colaboración social), con auténtica voluntad política de cumplir con los mandatos constitucionales, las exigencias del Estado de Derecho y las necesidades de la justicia y la paz social.

e) Dentro de este último nivel, otra alternativa que se viene experimentando en algunos países, es la organización de prisiones privadas, pero suscitan recelos en cuanto a la posibilidad de compaginar una función resocializadora con el ánimo de lucro propio de las asociaciones privadas.

4. Conclusiones.

4.1. La pena de prisión resolvió, en un determinado momento histórico, el problema de la lucha contra la delincuencia, con una perspectiva adecuada al momento cultural de la época.

4.2. La pena de prisión no cumple de hecho, en el momento actual, los objetivos para los que fue concebida. Problemas estructurales y políticos, falta de atención social y de adecuación a las modernas concepciones sobre los derechos y libertades fundamentales de las personas, confirman tal apreciación.

4.3. Imperativos de justicia, de proporcionalidad y aun de seguridad, exigen sustituir la pena de prisión por otras penas o por otros remedios no penales en la mayor medida de lo posible, realizando para ello un verdadero esfuerzo de imaginación.

4.4. Sin embargo, la pena de prisión aún se presenta como insustituible en orden al castigo de los delitos de mayor gravedad, pues una pena de otra naturaleza resultaría insatisfactoria por desproporcionada y podría constituir un estímulo para la delincuencia.

4.5. La pena de prisión debe cumplir una finalidad resocializadora, sin excesos pero también sin escrúpulos.

BUENO ARUS, Francisco, "Panorama moderno de la pena de prisión", en *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidad de Coimbra, vol. LXX, 1994, pp. 247/266.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[8]

SOLIDARIDAD. VALOR JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. PRINCIPIO PERSONALISTA. DIGNIDAD HUMANA. ESTADO DEMOCRÁTICO. LIBERALISMO INDIVIDUALISTA. FUNCIÓN DEL ESTADO. ECONOMÍA MIXTA. TRATADO DE MAASTRICHT. IMPUESTOS (DOCTRINA/ITALIA-COMUNIDAD EUROPEA).

El valor de la solidaridad.

1. El discurso sobre el valor de la solidaridad en el sistema constitucional italiano, además de arduo y complejo en sí mismo, es aún más delicado en la actual situación política de Italia. Se trata de una hora de cambios en la que se busca y espera sinceramente la llegada de valores nuevos o la vuelta sobre fines olvidados o descuidados, pero en la que también se teme que el deseo de lo "nuevo" pueda oscurecer fines tenidos por firmes y seguros.

En tales condiciones, es el momento de revisar el principio de solidaridad a fin de darle claridad, reafirmando en su significado jurídico permanente y recogiendo en alguna de sus implicaciones y exigencias actuales.

2. El término "solidaridad" alude al sentimiento de unión y, por así decirlo, de intermediación respecto de los problemas, en general difíciles y dolorosos, del prójimo; y, cuando se trata de fenómenos no aislados o episódicos, alude a la relación y sentimiento de pertenencia a un grupo o formación social por el cual el hombre es, y se siente, partícipe de la vida del grupo en la buena y, más aún, en la mala fortuna.

En el sentido "objetivo" y de ética social, la solidaridad significa el sentimiento y la conciencia de dicha pertenencia a la comunidad, sentimiento y relación de fraternidad, de

recíproca ayuda y sostén en la dificultad y la necesidad.

3. En el sistema constitucional de la democracia republicana italiana, la “solidaridad” tiene existencia como “valor” jurídico-constitucional: “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea en su singularidad sea en las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad, y reside en el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política económica y social” (art. 2 de la Constitución). La solidaridad emerge, así, como una palabra emblemática de una suerte de catecismo constitucional. Es ésta, una nota relevante de la Constitución italiana, que la diferencia de otros ordenamientos constitucionales, v.gr., el norteamericano -en el que se interpreta que los *welfare rights* son de carácter legislativo mas no constitucional- o el inglés -en el que, a falta de una constitución formal y rígida, la aplicación del principio de solidaridad está a merced de las mudanzas de las mayorías parlamentarias-.

4. Pero el valor solidaridad existe no sólo como uno de los muchos valores puestos expresamente por la Constitución, sino que, más importante aún, debe ser reconocido como principio fundante de la convivencia del Estado democrático, dado que se hace uno con el principio personalista.

Esta norma-principio, el art. 2 cit., expresa, en primer lugar, un reconocimiento (“La República reconoce...”), vale decir, la admisión por el Constituyente de un sistema de valores independiente de su *fiat*, dado que ya estaba inscripto en la naturaleza humana e impreso en la conciencia social y común de los ciudadanos. Se trata de la inviolabilidad de la dignidad humana, que se expresa en sus derechos asumidos como inviolables ante el Estado y ante cualquier otra autoridad o estructura social.

Esto es el *a priori* sobre el que se funda la construcción del nuevo ordenamiento democrático, la auténtica piedra fundamental sobre la cual lógicamente, en el plano de la Constitución, se erigen y concatenan los otros principios fundamentales y supremos: igualdad (art. 3), laicidad del Estado (arts. 3-7-8), pluralismo (arts. 2-5-7-8-10-11), laboralismo (art. 4-1) y democracia (art. 1).

El “principio personalista” se afirma como superación, cuando no oposición, respecto de las concesiones del individualismo liberal, propio de las constituciones de las revoluciones norteamericana o francesa, y, en general de las europeas del *ottocento*. La Constitución ve al hombre en su singularidad individual y en su relación dentro de las múltiples formaciones sociales, naturales o voluntarias, en las que se desarrolla como persona.

En una causa en la que se impugnaba la “ley-cuadro” del voluntariado, la Corte Constitucional, después de haber señalado que el voluntariado “es la más directa realización del principio de solidaridad social, por el cual la persona es llamada a actuar no por un cálculo utilitario o por imposición de la autoridad, sino por la expresión libre y espontánea de la sociabilidad profunda que caracteriza a la persona misma”, afirmó respecto de la solidaridad: “se trata de un principio que, comportando la originaria connotación del

hombre *uti socius*, es puesto en la Constitución entre los valores fundantes del ordenamiento jurídico, al ser solemnemente reconocido y garantizado, junto a los derechos inviolables del hombre del art. 2 de la Carta constitucional, como base de la convivencia social normativamente prefigurada por el Constituyente” (sentencia n° 75-1992).

5. Mas la dinámica del principio de solidaridad no se agota sólo en el art. 2 cit. En efecto, esta norma tiene una profunda correspondencia con el art. 3.2 de la Constitución: “Es función (*compito*) de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País”. El principio de solidaridad, luego, es consustancial a la existencia de la misma constitución, o sea, es base de la convivencia democrática; por ello, fundiéndose con el principio de la persona humana y los derechos inviolables del hombre, debe mantenerse salvado en su esencia mediante la potestad de revisión constitucional (art. 138 de la Constitución), porque su supresión o vulneración sustancial revistirían la gravedad de un acto revolucionario y violatorio del ordenamiento constitucional.

El principio-valor de la solidaridad, en las dos normas citadas, se pone en evidencia sobre dos planos y se mueve en dos direcciones que, no obstante su diversidad, contribuyen a la solidaridad:

a) el plano horizontal, de la “solidaridad debida o fraterna” (art. 2 cit.), en el que ésta opera como un movimiento debido y cooperativo de los ciudadanos, en el cumplimiento de sus deberes de solidaridad, y que exhibe, además, un movimiento ascendente, hacia lo que de manera comprensiva la Constitución llama República, vale decir, la administración pública global, que funciona como colector y garante del cumplimiento de todos los deberes de solidaridad;

b) el plano vertical, de la “solidaridad pública o paterna” (art. 3.2 cit.), en el que el principio se manifiesta como función activa de la República, y que muestra un movimiento descendente: del Estado y los sujetos públicos hacia los ciudadanos, considerados tanto en su singularidad como en las formaciones sociales.

6. En el plano horizontal, el principio de solidaridad, como fuente de deberes constitucionales, despliega su eficacia de norma-principio, ante todo, en las normas constitucionales que lo especifican concretamente: el “deber de trabajar” (art. 4.2 de la Constitución), los deberes de los padres hacia los hijos (art. 30, íd.), el deber de someterse a tratamientos sanitarios obligatorios (art. 32.2, íd.), el deber de votar (art. 48), el deber de contribuir a los gastos públicos (art. 53, íd.), etc.

Cabe destacar los “deberes de fidelidad y de observancia de la constitución y de las leyes” (art. 54, íd.) que se hacen sentir más agudamente en el presente nuevo estado de la democracia italiana respecto de todos, pero, especialmente, respecto de los sujetos públicos, a quienes se confían funciones públicas.

En cuanto a los que invisten cargos en las instituciones imparciales del sistema (Presidente de la República, Corte Constitucional, Magistratura y Administración pública), según sus diversos roles y el diferente grado de responsabilidad, el deber de salvaguardar la propia independencia e imparcialidad se hará sentir, indudablemente, más fuerte y riguroso.

7. Empero, el aspecto que debe llamar la atención, es el de la solidaridad vertical y descendente, la “solidaridad paterna”, o sea, el principio como motor de la función activa de la República en la perspectiva del art. 3.2 cit.

Esta función activa se especifica en dos series de normas: a) las constitucionales, en las que la Constitución vincula a la República a intervenir para determinados fines sociales; y b) en otra serie, más reducida, de normas-principios, en las que se prevé el método y la forma de la acción instrumental respecto de esos fines.

En la primera serie, la acción de la República se proyecta, especialmente, hacia los ciudadanos más débiles o, de cualquier modo, necesitados de sostén y tutela. La “solidaridad paterna” se desarrolla, principalmente, en el campo social y económico, y no en el de la vida política. Salvo el caso del derecho de asilo, la solidaridad pública es propia de las relaciones ético-sociales y, más difusamente, de las económicas.

En forma sumaria, puede señalarse que la Constitución ha vinculado a los poderes públicos a toda una serie de fines sociales específicos:

-Tutelar, incluso con medidas económicas y otras previsiones, a la “familia”, comprensiva incluso de los hijos nacidos fuera del matrimonio; “proteger la maternidad, la infancia y la juventud”, facilitando los institutos necesarios a ese fin (arts. 30-31).

-Tutelar la “salud” y garantizar el cuidado gratuito de los indigentes (art. 32).

-Establecer “escuelas estatales” para todos los órdenes y grados (art. 33); impartir “instrucción para todos, y gratuita por al menos ocho años” (art. 34); y hacer efectivo, por sus capacidades y méritos incluso ante la falta de medios, el “derecho al estudio” hasta el grado más alto de los estudios, mediante bolsas de estudio u otros arbitrios;

-tutelar “el trabajo en todas sus formas y aplicaciones”, y, en particular, el cuidado de la formación y elevación profesional de los trabajadores, protegiendo el trabajo italiano en el extranjero (art. 35).

-“Garantizar a los trabajadores una retribución suficiente” que asegure a éstos y a su familia una existencia libre y digna (art. 36).

-“Tutelar el trabajo de la mujer”, de modo de posibilitarle el cumplimiento de su función familiar esencial, y “proteger adecuadamente a la madre y al niño”;

-tutelar el trabajo de los menores (art. 37).

-Garantizar el mantenimiento y la asistencia a los ciudadanos “incapaces (*inabili*) para el trabajo y desprovistos de medios” para vivir;

-“prever y asegurar” en favor de los trabajadores, medios adecuados a las exigencias de la vida “en caso de infortunio, enfermedad, invalidez, vejez, desocupación involuntaria”;

-proveer a la “educación y al entrenamiento (*avviamento*) profesional de los incapaces y de los disminuidos” (art. 38).

A estos fines sociales específicos, se suman los generales:

-“Promover las condiciones que tornen efectivo el derecho al trabajo” (art. 4).

-“Promover y garantizar las condiciones de vida de la comunidad entera de los ciudadanos y del ambiente” en el que viven;

-“promover el desarrollo de la cultura y de la investigación” científica y técnica;

-tutelar el paisaje y el patrimonio histórico y artístico (art. 9).

La segunda serie de normas mencionada, atañe a los medios por los que el Estado obtiene los recursos necesarios para realizar los fines que le impone la Constitución.

En este sentido, la Constitución deja un mayor campo de discrecionalidad que respecto de las normas que fijan los fines sociales de solidaridad.

En primer lugar, la *leva tributaria*: todos están sujetos a concurrir a los gastos públicos en razón de su capacidad contributiva (art. 53 de la Constitución). Pero, y de un modo no menos esencial, la Constitución reconoce la presencia y la intervención del Estado en la economía, según el modelo de “economía mixta”, a fin de que mediante “los programas y los controles oportunos determinados por la ley, la actividad económica pública y privada pueda ser enderezada y coordinada con fines sociales” (art. 41,3 y 43, íd.).

8. Ahora bien, la experiencia italiana, sobre todo a partir del final de los años ‘60, ha mostrado, en lo que atañe a la “solidaridad pública”, una tendencia a utilizar el medio de la intervención estatal en la actividad económica en mayor grado que el instrumento tributario. A su vez, los diversos datos de dicha realidad acreditan que determinadas políticas estatales, bien que encaminadas a objetivos de solidaridad social, han desatendido a la correcta relación entre costos y beneficios considerada a la luz de sistema integral del País.

Estas distorsiones, esta “mala solidaridad”, ha sido puesta en crisis por el Tratado de Maastricht, máxime cuando el desenvolvimiento del derecho comunitario incide sobre el ordenamiento local incluso en el plano constitucional. La ratificación del Tratado hecha por Italia, la obliga a enderezar su sistema económico y a tomar las medidas para “eliminar el exceso del déficit público”, “reducir el endeudamiento público”, mantener la inflación “bajo control” y dar cabida al “principio de subsidiariedad”.

Sin embargo, el Tratado, sea en la política económica (art. 102 a), o en la monetaria (art. 105), determina que la actuación de los Estados Miembros y de la Comunidad deben contribuir a los objetivos de la Comunidad: “un desarrollo armonioso y equilibrado de la actividad económica en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenido, no inflacionario y que respete el ambiente, un elevado grado de convergencia en los resultados económicos, un elevado nivel de ocupación y de protección social, el mejoramiento del contenido y calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros” (art. 2). Maastricht, por lo tanto, reitera en sus objetivos los mismos fines de solidaridad política y económico-social de la Constitución, pero con expresa referencia a la “cohesión social”, y a la “solidaridad”, que debe ser entendida en el conjunto

de las relaciones entre los Estados miembros. El Tratado sólo significa el fin de la “mala solidaridad”. Pero el principio de solidaridad (que para los italianos es valor constitucional supremo e irrevocable, fundante de la convivencia democrática), más que reafirmado en su relevancia, resulta potenciado en su eficacia por el reflejo positivo derivado de la dinámica comunitaria.

El Tratado implica un cambio de los métodos idóneos para mantener la solidaridad, imponiendo al Estado métodos menos fáciles y más rigurosos en la adecuación de los medios a los fines. Pero no por ello la “libertad económica” se torna incompatible con la solidaridad: los dos valores deben ajustarse racionalmente en el denominador común de la “responsabilidad”, en el que todos los operadores deben sentirse comprometidos.

En los próximos años, firme el imprescindible rol de la “solidaridad estatal o paterna”, crecerá el rol de la “fraterna” (que la República deberá siempre y necesariamente reclamar), especialmente en el “tercer sector”, que es donde se manifiesta la solidaridad más auténtica y genuina.

GALEOTTI, Serio (profesor ordinario de Derecho Constitucional -Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Roma “Tor Vergata”), “Il valore della solidarietà”, en *Diritto e Società*, ed. Cedam Padova, Padua, nº 1, 1996, pp. 1/24.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

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

5.3. Tercer paso

5.3.1. El test de cuatro partes adoptado en *Central Hudson*.

Central Hudson Gas & Electric Corporation vs. Public Services Commission (447 US 557 -1980-).

5.3.1.1. Antecedentes de la causa: la Comisión de Servicios Públicos de Nueva York prohibió que las empresas prestadoras de dichos servicios alentaran publicitaria-mente el consumo de electricidad, por contradecir la política nacional de conservación energética. La empresa Central Hudson impugnó la validez de esta restricción, alegando que limitaba su libertad de expresión comercial. La Cámara de Apelaciones de Nueva York, que confirmó la decisión de la instancia anterior, entendió que la publicidad tenía poco valor en “el mercado no competitivo en que operan las corporaciones que brindan servicios eléctricos”: como “los consumidores no pueden elegir el proveedor de electricidad”, esa publicidad no “contribuía a la satisfacción del interés que la sociedad tiene en la adopción de decisiones económicas que sean ‘informadas y confiables’” sino que sólo exacerbaría la crisis energética por entonces existente. Concluyó, entonces, que el interés que el gobierno tenía en mantener la prohibición debía prevalecer, dado el limitado valor constitucional de ese tipo de expresión comercial. La empresa apeló ante la Suprema Corte (SC).

5.3.1.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: “nuestras decisiones han reconocido la ‘distinción de sentido común que existe entre las expresiones comerciales que proponen una transacción comercial y otras formas de expresión’. *Ohralik vs. Ohio State Bar Association* (5.2.3.6.), *Bates vs. State Bar of Arizona* (5.2.3.4.). La Constitución acuerda a la expresión comercial un menor grado de protección que a otras formas protegidas de expresión. El grado de protección que goza una determinada forma de expresión comercial depende de su naturaleza y de los intereses gubernamentales que la reglamentación tiende a satisfacer”.

¹ **Nota de la Secretaría:** la primera, segunda y tercera partes fueron publicadas en **investigaciones** 1 y 2 (1996) y 1 (1997), pp. 37, 43 y 63, respectivamente.

“La primera cuestión que hay que analizar en una expresión comercial es la función informativa que tiene la publicidad. *First National Bank of Boston vs. Bellotti* (5.2.3.5.). En consecuencia, no puede objetarse la supresión de mensajes comerciales que no brinden al público información precisa sobre una actividad lícita. El gobierno puede prohibir aquellas formas de comunicación cuyo efecto probable sea engañoso, más que informativo, *Friedman vs. Rogers* (5.2.3.8.), *Ohralik vs. Ohio State* (5.2.3.6.) o las expresiones comerciales vinculadas con actividades ilícitas, *Pittsburgh Press Co. vs. Human Relations Comm'n* (5.1.1.)” (íd. pp. 562/564).

“Si la comunicación no es engañosa ni está vinculada a una actividad ilícita, el poder del gobierno está más restringido. El Estado debe invocar un interés sustancial que quedará satisfecho mediante dichas restricciones a la expresión comercial. Además, la técnica reglamentaria debe ser proporcional a aquel interés. La limitación impuesta a la expresión debe estar cuidadosamente diseñada para lograr el objetivo estadual. La satisfacción de esta exigencia debe evaluarse de acuerdo a dos criterios. En primer lugar, la restricción debe estar directamente dirigida a satisfacer el interés estadual comprometido; la reglamentación no se considerará válida cuando sólo brinde un sustento no efectivo o remoto al propósito invocado por el gobierno. En segundo lugar, las restricciones no podrán sobrevivir cuando resulten excesivas, teniendo en cuenta que el interés del gobierno podría satisfacerse también a través de una restricción menos rigurosa”.

“De acuerdo al primero de estos criterios, la Corte se ha negado a reconocer la validez de las reglamentaciones que sólo promueven indirectamente la satisfacción del interés estadual comprometido. Tanto en *Bates* (5.2.3.4.) como en *Virginia Pharmacy* (5.2.2.), llegó a la conclusión de que no podía establecerse una prohibición publicitaria para proteger los estándares éticos o de conducta de una profesión” (íd. pp. 564/565).

“De acuerdo al segundo criterio, la Enmienda I exige que las restricciones a la libertad de expresión estén ‘cuidadosamente elaboradas’. *In re Primus* (5.2.3.7.). La reglamentación sólo puede tener el alcance del interés cuya satisfacción persigue. El Estado no puede reglamentar las expresiones que no generen ningún riesgo para el interés invocado por el Estado, *First National Bank of Boston vs. Bellotti* (5.2.3.5.), ni puede suprimir completamente la información cuando ese interés también podría satisfacerse con restricciones menos rigurosas” (íd. p. 565).

“En los casos de expresión comercial, entonces, hemos desarrollado un análisis que consta de cuatro pasos. Al principio, debemos determinar si la expresión goza de la protección de la Enmienda I. Para que una expresión comercial caiga dentro del ámbito de aplicación de esa Cláusula, al menos debe hacer referencia a una actividad lícita y no ser engañosa. A continuación averiguamos si el interés invocado por el gobierno es sustancial. Si ambas preguntas se responden en forma afirmativa, debemos determinar si la reglamentación fomenta directamente la consecución del interés invocado por el gobierno y si no es más amplia de lo que resulta necesario a ese fin”.

Aplicando este test a los argumentos que la Comisión invocó en sustento de la prohibición publicitaria se sigue que:

a) “La Comisión no alega que la expresión prohibida sea imprecisa o se encuentre vinculada a una actividad ilícita” (íd. p. 566).

“Sin embargo, la Cámara de Apelaciones de Nueva York juzgó que este tipo de expresión carece de todo valor porque la publicidad en un ‘mercado no competitivo’ no puede mejorar la forma en que los consumidores toman decisiones. Decidió, entonces, que no había obstáculo constitucional para prohibir las expresiones comerciales que no transmiten ningún tipo de información útil”.

Sin embargo, “el monopolio no brinda protección frente a la competencia de los productos sustitutos”. Por otra parte, “aun en los mercados monopólicos, la supresión de la publicidad reduce la información con que cuentan los consumidores para adoptar sus decisiones y por lo tanto contradice el fin perseguido por la Enmienda I. La Cámara de Nueva York parece presumir que los proveedores monopólicos de servicios o productos desean pagar una publicidad totalmente ineficaz. Es improbable que las empresas -incluso cuando sean monopolios reglamentados- hagan publicidad promocional que carezca de interés o utilidad para los consumidores. En efecto, una empresa monopólica puede legítimamente desear informar al público que ha desarrollado nuevos servicios o sus condiciones de contratación. Un consumidor puede necesitar información para decidir si usará o no, y en que proporción, el servicio monopólico. Cuando no existen factores que distorsionan la decisión de hacer publicidad, podemos presumir que el deseo empresarial de difundir sus productos refleja la convicción de que los consumidores están interesados en la publicidad. Dado que aquellas condiciones extraordinarias no han sido identificadas en este caso, la posición monopólica del apelante no altera la protección que la Enmienda I brinda a sus expresiones comerciales” (íd. pp. 566/568).

b) “Son sustanciales los intereses que el Estado invoca en sustento de su prohibición publicitaria: conservar la energía eléctrica y evitar el incremento de las desigualdades que se producirían al aumentar el consumo dado que las tarifas no guardan proporción con el costo marginal que generaría el aumento de la producción” (íd. p. 568).

c) “El interés de la Comisión en que los precios del apelante sean equitativos y eficientes no constituye un fundamento constitucionalmente adecuado para limitar formas protegidas de expresión puesto que la vinculación entre la prohibición publicitaria y la estructura tarifaria del apelante es, en el mejor de los casos, tenue”.

“En cambio, el interés que el Estado tiene en la conservación energética se ve directamente protegido por la orden aquí cuestionada. Existe una vinculación inmediata entre la publicidad y la demanda de electricidad. Central Hudson no impugnaría la prohibición publicitaria si no creyera que la promoción aumentaría sus ventas” (íd. p. 569).

d) “La supresión absoluta que el Estado ha impuesto a la expresión es más extensa de lo que resulta necesario para fomentar la conservación de la energía. Por ejemplo, cierto grado de publicidad promocional no generaría un incremento neto del uso de energía. Por otra parte, se podría haber fomentado la conservación energética mediante restricciones más limitadas. El Estado podría exigir que los anuncios incluyeran información sobre la eficiencia y costo relativos del servicio ofrecido, tanto en las actuales condiciones como en

un futuro previsible” (íd. p. 571).

En tales condiciones la norma impugnada no observa el requisito relativo a que la restricción a la libertad de expresión no resulte más amplia de lo necesario para satisfacer el interés invocado, por lo que debe revocarse el fallo apelado.

Votos concurrentes:

El *Justice* Brennan consideró que la mayoría “tiene razón al afirmar que la orden dictada por la Comisión prohíbe algo más que las simples propuestas de realizar cierto tipo de transacciones comerciales, y por lo tanto comparto la conclusión de que viola la Enmienda I y XIV. Pero aún asumiendo que es correcta la afirmación de la mayoría en punto a que dicha orden sólo alcanza a las expresiones comerciales, estoy de acuerdo con el *Justice* Blackmun, en el sentido de que ‘ninguna de las diferencias que existen entre las expresiones comerciales y otras formas protegidas de expresión justifica la supresión de la primera para manipular la información disponible e influir en la conducta del público’ (post. p. 578)” (íd. pp. 572/573).

El *Justice* Blackmun, con la adhesión del *Justice* Brennan, compartió la decisión adoptada por la mayoría pero consideró que el test desarrollado y aplicado por la mayoría “resulta inconsistente con los casos que hemos resuelto con anterioridad y no brinda una protección adecuada a la expresión comercial veraz, no engañosa y no coercitiva”.

“Estoy de acuerdo con la Corte cuando afirma que hay que aplicar este nivel intermedio de escrutinio a una restricción a la expresión comercial destinada a proteger a los consumidores de las expresiones engañosas o coercitivas, o a reglamentar el tiempo, lugar y forma en que se realiza la expresión comercial. No estoy de acuerdo, sin embargo, en que el test de cuatro pasos elaborado por la Corte pueda resultar apropiado cuando un Estado intenta suprimir información sobre un producto a efectos de manipular una decisión económica privada que el Estado no puede o no ha decidido reglamentar o prohibir directamente” (íd. p. 573).

“La Corte admite que nunca hemos declarado que la expresión comercial pueda suprimirse para satisfacer el interés que el Estado tiene en desalentar las compras del producto publicitado. Sólo hemos considerado permisibles las restricciones a la expresión comercial destinadas a proteger a los consumidores de técnicas de venta fraudulentas, engañosas o coercitivas. Las destinadas a privar a los consumidores de información sobre productos o servicios que lícitamente se ofrecen para la venta han sido consistentemente declaradas inválidas”.

“Dudo seriamente que la supresión de información relativa a la disponibilidad y precio de un producto lícitamente ofrecido sea, en algún supuesto, una vía permisible para que el Estado desaliente su demanda o uso. Aun cuando esté comprometida una expresión comercial, una medida reglamentaria como la antedicha golpea en el corazón de la Enmienda I. Ello, por cuanto constituye un intento encubierto del Estado de manipular las elecciones de sus ciudadanos privando al público de la información necesaria para tomar una decisión libre, en lugar de usar la persuasión o la reglamentación directa” (íd. pp. 574/5).

El *Justice Stevens*, con la adhesión del *Justice Brennan*, sostuvo: “Como a la ‘expresión comercial’ se le acuerda menos protección constitucional que a otras formas de expresión, es importante no definirla en forma demasiado amplia para no suprimir expresiones que merecen un alto grado de protección. La cuestión planteada en este caso es si la prohibición de Nueva York de promover el uso de electricidad a través de la publicidad sólo proscribe la expresión comercial” (íd. p. 579).

La prohibición aquí cuestionada abarca mucho más que “las simples propuestas de concretar ciertos tipos de transacciones comerciales. Prohíbe toda defensa del uso inmediato o futuro de electricidad. Restringe también la posibilidad de que los grupos informados e interesados de personas expresen sus puntos de vista sobre cuestiones vinculadas a la producción y consumo de energía eléctrica, cuestiones frecuentemente discutidas por nuestros líderes políticos. Por lo tanto, el alcance de la prohibición excede los límites del concepto de la expresión comercial, cualquiera sea la forma en que ésta se defina”.

“La reglamentación sólo se funda en el miedo a que la audiencia pueda encontrar persuasivo el mensaje de la empresa de servicios públicos. Sin la ayuda de coerción, engaño o informes erróneos, una comunicación veraz podría persuadir a algunos ciudadanos para que consuman más electricidad de la que de otro modo usarían. Presumo que esa consecuencia sería indeseable y que por lo tanto el gobierno puede prohibir y castigar el uso excesivo o innecesario de electricidad. Pero si el miedo que se considera asociado al mayor uso de electricidad no es suficientemente serio como para justificar la reglamentación directa, con toda certeza no constituye la clase de peligro claro y actual que puede justificar la supresión de la expresión” (íd. p. 581).

Voto de la disidencia: el *Justice Rehnquist* sostuvo que la mayoría “se equivoca al declarar la invalidez de una cuidadosa prohibición estadual tendiente a satisfacer las necesidades energéticas estaduales y nacionales”.

“Considero que el análisis de la Corte es erróneo en varios aspectos. En primer lugar, no creo que las expresiones de un monopolio creado por el Estado, que está sujeto a un amplio esquema reglamentario, gocen de la protección de la Enmienda I. Pienso también que la Corte se equivoca cuando no reconoce, por un lado, que esta ley estadual cae dentro de la categoría de las reglamentaciones económicas y, por el otro, que la expresión comprometida -si es que de algún modo está comprendida en el ámbito de aplicación de la Enmienda I- ocupa una posición mucho más subordinada en la jerarquía de los valores de la Cláusula que el que la Corte le otorga hoy. Por último la mayoría, para llegar a su conclusión, sustituye inadecuadamente el criterio del Estado por el suyo para elegir cómo debe establecerse adecuadamente una prohibición a la publicidad promocio-nal. En este sentido, la Corte adopta, en la parte final de su test de cuatro pasos, la exigencia de que la medida no sea ‘más amplia de lo necesario’, lo que debilitará indebidamente la posibilidad que tiene la legislatura estadual para adoptar normas razonablemente destinadas a proteger intereses que siempre se han considerado muy importantes para el Estado” (íd. pp. 584/585).

5.3.2. Algunas decisiones posteriores a *Central Hudson* (5.3.1.)

5.3.2.1. *Metromedia vs. San Diego* (453 US 490 -1981-).

5.3.2.1.1. Antecedentes de la causa: la ciudad de San Diego dictó una ordenanza que imponía prohibiciones importantes a la construcción, dentro de la ciudad, de exhibidores publicitarios al aire libre. El objetivo invocado por la ordenanza era “eliminar los riesgos que para los peatones y conductores generan estos exhibidores, por la distracción que producen” y “preservar y mejorar la apariencia de la ciudad”. La norma autorizaba la colocación de anuncios comerciales *onsite* -es decir, los que publicitan los bienes o servicios que se ofrecen en el mismo inmueble donde se coloca el exhibidor- pero prohíbe toda otra publicidad comercial y no comercial hecha en estructuras fijas que no esté incluida en alguna de las 12 excepciones que prevé, tales como los carteles temporarios de proselitismo político. Determinadas empresas dedicadas al negocio de la publicidad al aire libre en la ciudad, impugnaron ante los tribunales estatales la validez de la norma. El tribunal de primera instancia resolvió que la ordenanza constituía una forma inconstitucional de ejercicio del poder de policía de la ciudad, y que violaba los derechos de la Enmienda I. La Cámara de Apelaciones de California confirmó sólo el primer fundamento de esa decisión. La Suprema Corte de California, por el contrario, resolvió, entre otras cosas, que la ordenanza no era inválida en términos de la Enmienda I. Las empresas, entonces, apelaron ante la SC.

5.3.2.1.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: la ordenanza es inconstitucional.

“Los apelantes sostienen que la aplicación de la ordenanza va a eliminar el negocio de la publicidad al aire libre en la ciudad de San Diego y que la Enmienda I prohíbe la eliminación de este medio de comunicación. Afirman que la ciudad no puede prohibir todos los carteles comerciales *offsite* ni todos los anuncios no comerciales, y que esto último sería inadmisibles aun cuando fuese válido lo primero. Los apelantes pueden formular estos dos argumentos porque, si bien la mayor parte de su negocio consiste en carteles *offsite* que contienen anuncios comerciales, sus exhibidores también incluyen una cantidad sustancial de publicidad no comercial. Nuestros casos han distinguido en forma consistente la protección constitucional que se acuerda a la expresión comercial, como categoría diferenciada de la no comercial, y, por ende, para evaluar el planteo de los apelantes, consideramos en forma separada el efecto que la ordenanza tiene sobre la expresión comercial y la no comercial” (pp. 504/505).

“En cuanto a la libertad de expresión comercial, en *Central Hudson* (5.3.1.) adoptamos un test de cuatro pasos para evaluar la validez de las restricciones gubernamentales a la expresión comercial, como categoría diferenciada de las formas totalmente protegidas de expresión. Los apelantes están de acuerdo en que este es el enfoque apropiado para determinar la validez de las restricciones aquí cuestionadas, pero afirman que la ordenanza de San Diego no sobrevive este análisis. No estamos de acuerdo”.

“Puede existir una mínima controversia en cuanto a la satisfacción del primer, segundo y cuarto criterio. No se ha sugerido que la publicidad comercial aquí cuestionada se vincule con una actividad ilícita o engañosa. Tampoco puede dudarse seriamente de que los dos objetivos perseguidos por la ordenanza -la seguridad en el tránsito y el buen aspecto de la ciudad- son intereses gubernamentales sustanciales. En forma similar, rechazamos la pretensión del apelante de que la ordenanza es más amplia de lo que resulta necesario y que, por lo tanto, no logra cumplir la cuarta parte del test de *Central Hudson* (5.3.1.). Si la ciudad tiene fundamento suficiente para creer que los carteles constituyen peligros para el tránsito y que no son lindos, entonces obviamente el enfoque más directo y quizás el único efectivo para resolver los problemas que generan es prohibirlos. Más aún, ha tomado una decisión que no satisface completamente sus objetivos: no ha prohibido todos los carteles sino que permite la publicidad *onsite* y otros carteles específicamente incluidos en las excepciones”.

“La pregunta más seria, entonces, se encuentra en el tercer criterio de *Central Hudson* (5.3.1.): ¿Promueve directamente la ordenanza la satisfacción del interés que el gobierno tiene en la seguridad del tránsito y en la apariencia estética de la ciudad?” (íd. pp. 507/508).

“Dudamos en disentir con las sensatas decisiones de los legisladores locales y de los muchos tribunales de revisión en el sentido de que los carteles constituyen riesgos reales y sustanciales para la seguridad del tránsito”.

“Llegamos a una conclusión similar en relación al segundo fundamento de la ordenanza, esto es, la promoción de los intereses estéticos municipales. No es una cuestión teórica reconocer que los carteles, por su propia naturaleza, donde sea que se ubiquen y cualquiera sea la forma en que se construyan, pueden ser percibidos como ‘estéticamente perjudiciales’. Esas decisiones estéticas son necesariamente subjetivas, no admiten una evaluación objetiva y, por esa razón, deben ser analizadas cuidadosamente, a fin de determinar si sólo constituyen la racionalización pública de un objetivo no permisible” (íd. pp. 509/510).

“Sin embargo se alega que la ciudad empaña su interés en la seguridad del tránsito y en la belleza, y debilita su posición, al permitir la publicidad *onsite* y otros tipos de carteles. Los apelantes cuestionan si la distinción entre la publicidad *onsite* y la *offsite*, en un mismo inmueble, resulta justificada en términos estéticos o de seguridad del tránsito. La ordenanza permite que el ocupante del inmueble use los carteles colocados en esa propiedad para publicitar los bienes o servicios que allí se ofrecen; carteles que distraen y resultan poco atractivos, en igual medida que los relativos a bienes o servicios que se proveen en otros lugares... Pese a la aparente incongruencia de dicha situación, este argumento ha sido rechazado, al menos implícitamente, en todos los casos en que se ha reconocido la validez de la distinción entre la publicidad comercial *onsite* y la *offsite*” (íd. pp. 510/511).

En primer lugar, se permita o no la publicidad *onsite*, la prohibición de la *offsite* se encuentra directamente relacionada con los objetivos invocados. Esto no se altera por la circunstancia de que la ordenanza sea *under-inclusive* porque permite la publicidad *onsite*.

En segundo lugar, la ciudad puede creer que la publicidad *offsite*, con su contenido periódicamente cambiante, plantea un problema mucho agudo que el de la publicidad *onsite*. V. *Railway Express Agency Inc. vs. New York* (336 US 106 -1949-). En tercer lugar, San Diego obviamente ha elegido reconocer mayor valor a un tipo de expresión comercial - la publicidad *onsite*- que a otro tipo de expresión comercial, la *offsite*. La ordenanza refleja una decisión municipal de que el primer interés, y no el último, es más fuerte que el interés que la ciudad tiene en la seguridad del tránsito y en el cuidado estético. La ciudad ha decidido que en un supuesto limitado -el de la publicidad comercial *onsite*- su interés debe ceder. No rechazamos esa decisión. Tal como vemos esta cuestión, la ciudad podría razonablemente haber llegado a la conclusión de que una empresa comercial -así como el público interesado- tiene un interés más fuerte en identificar el lugar en donde se encuentra y en publicitar los productos o servicios que allí ofrece, que en usar o en alquilar el espacio disponible para publicitar empresas comerciales que se encuentran en algún otro lugar. De la conclusión de la ciudad relativa a que algunos intereses comerciales deben prevalecer, en este contexto, sobre sus intereses municipales, no se sigue que aquélla deba dar una gravitación similar a todas las otras formas de publicidad comercial. Por lo tanto, los carteles comerciales *offsite* pueden prohibirse y permitirse los *onsite*” (íd. pp. 511/512).

“Sin embargo, esto no implica que la prohibición de los carteles que contengan publicidad no comercial también sea válida en términos de las Enmiendas I y XIV. La circunstancia de que la ciudad puede reconocer mayor valor a los mensajes comerciales vinculados a los bienes y servicios que se ofrecen en un inmueble que a los que se ofrecen en otros, no justifica prohibir a un ocupante que difunda sus propias ideas o las de otros”.

“Como ya dijimos con anterioridad, los casos que recientemente hemos resuelto sobre expresión comercial han acordado, en forma consistente, a la expresión no comercial un mayor grado de protección que a la comercial. San Diego invierte este criterio, al brindar un mayor grado de protección a la expresión comercial que a la no comercial. Establece una amplia excepción para los anuncios comerciales *onsite* pero no prevé una similar para las expresiones no comerciales. Permite el uso de carteles *onsite* para difundir mensajes comerciales reativos al uso comercial del inmueble pero prohíbe que se usen idénticos carteles que contengan mensajes no comerciales. La ciudad no explica la forma y motivos en que los carteles no comerciales ubicados, en donde pueden colocarse carteles comerciales, generarían un mayor riesgo para la seguridad del tránsito o para la belleza municipal. En la medida en que la ciudad tolere la colocación de algún tipo de carteles, no puede optar por exigir que el contenido de los mismos sea exclusivamente comercial; la ciudad no puede llegar a la conclusión de que la transmisión de información comercial relativa a los bienes y servicios que se ofrecen en un determinado lugar tiene mayor valor que la difusión de mensajes no comerciales”.

“Además, la ordenanza contiene excepciones a la prohibición general que permiten la colocación de diversos tipos de signos no comerciales, sea o no en los lugares en que se ofrecen bienes y servicios. Un cartel fijo puede ser usado para identificar cualquier tipo de inmueble y a su propietario. Puede también contener o exhibir símbolos religiosos, placas

conmemorativas de sociedades y organizaciones históricas reconocidas, signos que difundan información periodística, la hora o la temperatura, signos colocados en cumplimiento de alguna función del gobierno, o signos temporarios relativos a las campañas políticas. No se permite ningún otro cartel no comercial o ideológico que satisfaga la definición de 'estructura' que contiene la norma, no importa cuál sea el efecto que tenga en la seguridad del tránsito o en la estética" (pp. 512/514).

Si bien la ciudad puede distinguir entre el valor relativo de las diferentes categorías de expresión comercial, no tiene la misma gama de opciones para evaluar la importancia o diferenciar entre diversos intereses comunicativos en el área de la expresión no comercial. V. *Carey vs. Brown* (cit., p. 462); *Police Dept. of Chicago vs. Mosley* (408 US 92, 96 - 1972-). En cuanto a esta última, la ciudad no puede elegir los temas apropiados del debate público: "Permitir que un gobierno elija los temas que pueden ser objeto de debate público equivaldría a autorizarlo a controlar la búsqueda de la verdad política". *Consolidated Edison Co.* (447 US 530, 538 -1980-). Dado que algunos mensajes no comerciales pueden difundirse a través de carteles que están en las zonas comerciales e industriales, San Diego debe también permitir su colocación.

"Finalmente, rechazamos la sugerencia de los apelados de que la ordenanza constituye una restricción razonable al 'tiempo, lugar y forma' en que se realiza una expresión. La norma no prohíbe los carteles por considerarlos una 'forma' inaceptable de transmitir información o ideas; antes bien, permite diversos tipos de signos. Los que están prohibidos, están prohibidos en todos lados y en cualquier oportunidad. Hemos observado que las restricciones al tiempo, lugar y forma son permisibles cuando 'se justifican sin hacer referencia al contenido de la expresión reglamentada, ... persiguen la satisfacción de un interés gubernamental importante, y... dejan abiertos amplios canales alternativos para la transmisión de la información". *Virginia Pharmacy Board* (5.2.2.). Aquí no puede presumirse que se cuenta con "canales alternativos", ya que las partes han declarado justamente lo contrario: "Muchos empresarios, políticos y demás personas confían en la publicidad al aire libre porque las otras formas de publicidad resultan insuficientes, inapropiadas o prohibitivamente caras". Un argumento similar se hizo en *Linmark* (5.2.3.2.), en relación a la prohibición de colocar carteles con la leyenda "En Venta" .

"También es evidente que la ordenanza distingue de diversos modos entre los carteles que pueden y que no pueden colocarse en un lugar determinado, en razón de su contenido. Sean o no válidas estas distinciones, sacan a la reglamentación del dominio de las restricciones del tiempo, lugar y forma. V. *Consolidated Edison Co.*" (pp. 514/518).

Votos concurrentes: el *Justice* Brennan, con la adhesión del *Justice* Blackmun, sostuvo: "Creyendo que 'no tenemos frente a nosotros una prohibición absoluta de la publicidad al aire libre', la pluralidad no decide 'si semejante prohibición sería consistente con la Enmienda I'. En cambio, llega a la conclusión de que San Diego puede prohibir todos los carteles que contengan mensajes comerciales, sin violar con ello la Enmienda I y, de ese modo, señala a las municipalidades que las reglamentaciones bifurcadas que prohíben los mensajes comerciales, pero permiten los no comerciales, pueden satisfacer las

exigencias constitucionales. Escribo en forma separada porque creo que este caso en realidad plantea la cuestión de la prohibición absoluta, y que el enfoque bifurcado que adopta la pluralidad genera, por sí mismo, serios problemas en términos de la Enmienda I y se funda en una distinción entre expresión comercial y no comercial que no surge de nuestros casos anteriores” (íd. pp. 521/522).

“Si bien existen canales alternativos de comunicación para los mensajes que aparecen en los carteles, como los periódicos, la televisión, y la radio, estas alternativas nunca han disuadido el uso continuo y activo de los carteles como medios de expresión, y parecen ser menos satisfactorias. *Linmark* (5.2.3.2.). En efecto, las partes expresamente estipularon que ‘muchos empresarios y políticos y otras personas se apoyan en la publicidad al aire libre porque las otras formas resultan insuficientes, inapropiadas o prohibitivamente caras”.

“La pluralidad y yo diferimos en cuanto a la caracterización de la ordenanza de San Diego y, por lo tanto, en el marco de análisis que hay que aplicar. La pluralidad cree que el tema de la prohibición total no se presenta en este caso porque la ordenanza contiene excepciones a su prohibición general. En cambio, yo considero que el efecto práctico de la norma es eliminar los carteles como medio efectivo de comunicación para quien quiere expresar cualquier tipo de mensajes, y que las excepciones no alteran el carácter general de la prohibición” (íd. pp. 525/526).

“La caracterización del reglamento como una prohibición absoluta a un medio de comunicación tiene implicancias que trascienden las semánticas, porque sugiere un análisis en términos de la Enmienda I bastante diferente del que realiza la pluralidad. En lugar de buscar sustento en las excepciones a la prohibición para invalidar la ordenanza, yo hubiera aplicado los tests que esta Corte ha elaborado para analizar las prohibiciones de contenido neutral a determinados medios de comunicación”.

“Naturalmente, como lo destaca la pluralidad, ‘cada método de comunicar ideas es una ley para sí mismo y esta ley debe reflejar las diferentes naturalezas, valores, abusos y riesgos de cada método’. Resulta obvio que los carteles presentan problemas específicos: son grandes estructuras inmóviles cuyo valor depende de su idoneidad para atraer la vista. Yo resolvería que una ciudad puede prohibirlos totalmente si acredita un interés gubernamental suficientemente importante cuya satisfacción esté directamente vinculada con la prohibición total, y que toda restricción menor a esta última promovería de peor manera el objetivo” (íd. pp. 525/528).

“La pluralidad hace un análisis fáctico equivocado de la ordenanza de San Diego al tratar la distinción entre expresión comercial y no comercial y se aparta de los precedentes de esta Corte. Llega a la conclusión de que la norma impugnada es constitucional en la medida en que reglamenta la expresión comercial. Según su criterio, una ciudad, con sólo una justificación razonable, podría elegir los carteles comerciales que va a autorizar o no, o prohibir absolutamente todos los carteles comerciales. Más adelante, sin embargo, la pluralidad llega a la conclusión de que la ordenanza, como un todo, es inconstitucional porque, entre otras cosas, brinda un mayor grado de protección a la expresión comercial

que a la no comercial” (íd. pp. 534/535).

“No puedo estar de acuerdo -y esto es más importante- con el criterio de la pluralidad de que una ordenanza que prohíbe totalmente los carteles comerciales, pero permite los carteles no comerciales, sería constitucional. Para mí, semejante ordenanza plantea problemas en términos de la Enmienda I que son al menos tan serios como los de una prohibición absoluta, ya que brinda a los funcionarios municipales el derecho de establecer, antes de aprobar un cartel, si el mensaje propuesto es ‘comercial’ o ‘no comercial’. Desde luego, la pluralidad observa correctamente que ‘nuestros casos han consistentemente distinguido la protección constitucional a la expresión comercial, como opuesta a la que merece la no comercial’, pero se equivoca al asumir que un organismo del gobierno puede ser el primero en establecer la naturaleza de la expresión propuesta. En los casos reales, esta distinción no es clara. Para hacer semejante determinación un funcionario municipal debe ejercer una gran discrecionalidad y esto genera un peligro real de restringir la expresión no comercial a guisa de reglamentar la expresión comercial” (íd. pp. 536/537).

“Una cosa es que un tribunal tenga que clasificar en casos específicos si está comprometida una expresión comercial o no comercial, y otra bien distinta es que una ciudad haga eso regularmente a efectos de decidir qué mensajes pueden transmitirse a través de carteles. Las ciudades están capacitadas para tomar decisiones que tradicionalmente corresponden al ejercicio de su poder de policía, pero no otras fundadas en el contenido de la expresión” (íd. p. 538).

“No interpreto que nuestra reciente familia de casos sobre expresión comercial autorice a los organismos municipales a trazar este tipo de clasificación en forma regular e inmediata” (íd. p. 539).

“Por consiguiente, revocaría la decisión de la Suprema Corte de California, declarando inválida la ordenanza de San Diego” (íd. p. 540).

Votos de la disidencia:

El *Justice Stevens* declaró, en su disidencia parcial, que “si se aplicara en la forma en que está escrita, la ordenanza en análisis eliminará el negocio publicitario al aire libre en la ciudad de San Diego. La principal pregunta planteada es, por lo tanto, si una ciudad puede prohibir este medio de comunicación. En lugar de responder este interrogante, la pluralidad concentra su atención en las excepciones a la prohibición absoluta y, de algún modo irónicamente, llega a la conclusión de que la ordenanza constituye una restricción inconstitucional a la libertad de expresión porque no restringe esta garantía en un grado suficiente” (íd. p. 540).

“La pluralidad sostiene, en primer término, que resulta permisible una prohibición total de colocar ‘carteles publicitarios al aire libre’ para transmitir mensajes comerciales distintos a aquellos que identifican o promueven una empresa ubicada en el mismo inmueble en que se encuentra el cartel. Estoy de acuerdo con la conclusión de que la constitucionalidad de esta prohibición no se ve socavada por la distinción que San Diego ha trazado entre carteles comerciales *onsite* y *offsite* y, por lo tanto, comparto esta parte de la decisión. Sin embargo, no estoy de acuerdo con el razonamiento que conduce a la

pluralidad a declarar la invalidez de la ordenanza en razón de que San Diego omitió incluir una prohibición total al uso de carteles para transmitir mensajes tanto comerciales como no comerciales. Si bien deja abierta la posibilidad de considerar permisible una prohibición total a los carteles, la pluralidad encuentra dos defectos en la ordenanza. En primer lugar, permite el uso comercial pero excluye el no comercial de los carteles *onsite*, por lo que inadecuadamente 'brinda un mayor grado de protección a la expresión comercial que a la no comercial'. Y, en segundo lugar, la norma exceptúa ciertas categorías limitadas de carteles no comerciales de la prohibición, lo que demuestra que la ciudad ha querido 'elegir los temas apropiados para el debate público'".

"Si bien es posible que las futuras aplicaciones de esta norma violen la Enmienda I, considero que ella sobrevive a las impugnaciones que los apelantes están legitimados a plantear. A diferencia de la pluralidad, no creo que este caso nos exija decidir alguna cuestión relativa al tipo de carteles que el propietario de un inmueble puede exhibir en el mismo. En cambio, sí estimo necesario evaluar la importante cuestión, reservada por la pluralidad, de si una ciudad puede prohibir totalmente un medio de comunicación. La afirmación con que respondo a esta pregunta me conduce a la conclusión de que la ordenanza de San Diego debe declararse válida, conclusión que no encuentra obstáculo en las excepciones de contenido neutral que son el principal tema de debate entre la pluralidad y el *Chief Justice*" (íd. p. 541/542).

"Del mismo modo en que la reglamentación del mercado económico puede incrementar o reducir el libre intercambio de bienes y servicios, la regulación del mercado de las comunicaciones a veces facilita y otra inhibe el intercambio de información, ideas e impresiones. Los casos en que hemos declarado la validez de la reglamentación del tiempo, lugar y forma de la comunicación han establecido la presunción implícita de que el efecto principal de la regulación de la libertad de expresión no va a ser negativo. En este caso, sin embargo, esa presunción no queda satisfecha".

"Las partes han estipulado, a mi juicio correctamente, que el efecto principal de la prohibición municipal de colocar carteles será la reducción de la cantidad total de comunicaciones de San Diego. Si se aplica esta medida, algunos usuarios actuales de carteles no podrán comunicarse tan eficazmente en el futuro como ahora. Esta ordenanza no puede, por lo tanto, sostenerse en la presunción de que los restantes canales de comunicación van a ser igualmente efectivos para todas las personas, como un mercado de comunicaciones que esté integrado por mil o más carteles grandes que se alquilan".

"La inequívoca redacción de la Enmienda I prohíbe toda ley que 'restrinja la libertad de expresión'. Este texto podría, sin duda, interpretarse de una forma que impida la aprobación de cualquier ley que reduzca la cantidad de comunicaciones dentro de una jurisdicción. Sin embargo, estoy convencido de que esa interpretación sería incorrecta. Mi convicción encuentra sustento en los casos antes resueltos por la Corte y en una apreciación del carácter saludable del mercado de las comunicaciones" (pp. 548/549).

"Los casos que anteriormente hemos resuelto no son inconsistentes con esta proposición. Si se interpreta que la decisión de esta Corte en *Kovacs vs. Cooper* (336 US

77 -1949-) declara la validez de una prohibición total al uso de autos con altavoces, o simplemente de una prohibición de que se usen amplificadores de sonido 'con volumen alto y estridente', el caso al menos soporta la proposición de que una municipalidad puede aprobar una regla que restrinja la efectividad de un modo determinado de comunicación. Incluso los *Justices* allí disidentes consideraron obvio que 'las ciudades pueden restringir o prohibir en forma absoluta el uso de amplificadores en calles congestionadas del área comercial'. Creo que *Kovacs* excluye toda pretensión de que la prohibición de los carteles debe declararse inválida por la sola circunstancia de que tiene algún efecto restrictivo en el mercado de las comunicaciones" (pp. 548/551).

"Por lo tanto, asumo que son permisibles algunas prohibiciones totales. Considero que todos aceptamos que una zonificación que excluya los carteles de barrios residenciales se justifica por el interés en mantener un medio agradable y en aumentar los valores de las propiedades. Los mismos intereses existen en las zonas comerciales e industriales. Hombres razonables pueden asignar una diferente gravitación a los intereses en juego pero, en términos constitucionales, considero que se debe aplicar el mismo criterio a toda la ciudad, ya que la prohibición indudablemente va a limitar la cantidad de comunicaciones, tanto si se aplica solamente a las áreas residenciales, a toda la ciudad con excepción de sus sectores más desagradables o a todo su territorio. Además, los intereses satisfechos por la prohibición son igualmente legítimos e importantes en todos los sectores de la ciudad. Esos intereses son tanto psicológicos como económicos. El tipo de medio ambiente afecta el valor de las propiedades y la calidad de vida no sólo de los residentes de los barrios más prósperos sino también de las personas que trabajan en las fábricas o invierten su capital en inmuebles industriales".

"Como resulta indudable la legitimidad de los intereses que sustentan una zonificación de una ciudad destinada a mejorar a la totalidad de la municipalidad, considero que la constitucionalidad de la prohibición de hacer publicidad al aire libre comprende dos cuestiones independientes. En primer lugar, ¿hay alguna razón para creer que la reglamentación discrimine a favor de un punto de vista u otro, o que constituye una forma sutil de reglamentar los temas polémicos que pueden ser objeto de debate público? En segundo término, ¿es justo concluir que el mercado, que sigue estando abierto a la difusión tanto de ideas populares como impopulares, es amplio y no se ve amenazado por restricciones cada vez mayores?".

"En este caso, en el accionar de la municipalidad no se observa siquiera un indicio de discriminación o de censura, ni existe ningún motivo para creer que el mercado total de comunicaciones de San Diego es inadecuado. Antes bien, puede ser cierto que en San Diego, al igual que en otras áreas metropolitanas, el volumen de comunicaciones es excesivo y el público se enfrenta a demasiadas palabras y cuadros como para poder reconocer los que merecen más atención. En cualquier supuesto, concuerdo con el *Chief Justice* en que no hay aquí ninguna constancia que sugiera que la ordenanza constituye una amenaza para los intereses protegidos por la Enmienda I" (pp. 552/553).

"Como estoy persuadido de que puede establecerse una prohibición absoluta

totalmente imparcial a la colocación de carteles, me resulta difícil comprender por qué esta norma genera alguna amenaza adicional a los intereses amparados por la Enmienda I. La pluralidad sugiere que, como las excepciones están parcialmente fundadas en el tema de la expresión comercial, la ciudad está de algún modo eligiendo los temas que pueden ser objeto de debate público. Si bien esta sugerencia es consistente con algún *dictum* amplio de *Consolidated Edison Co. vs. Public Service Commission* (cit.), no resiste el análisis en este caso”.

“El interés esencial que protege la Enmienda I es que el gobierno no imponga sus puntos de vista al público ni elija los temas que pueden debatirse públicamente. La ordenanza de San Diego no compromete este interés. Si bien en *Consolidated Edison* identificamos ampliamente a las regulaciones fundadas en el tema a que hace referencia una expresión como reglamentaciones impermisibles con base en el contenido, lo cierto es que en ese caso estaban afectados intereses esenciales protegidos por la Enmienda I, ya que el gobierno intentaba limitar la discusión de temas polémicos y por lo tanto establecer el contenido del debate público. Las ordenanzas neutrales dictadas por San Diego no presentan este riesgo”.

“En la medida en que las excepciones no se vinculen de algún modo con el contenido de la expresión, no veo en el texto de esta norma ninguna sugerencia de que San Diego esté intentando influir en la opinión pública ni limitar el debate público de ciertos temas. Con excepción de la disposición que permite el uso de carteles relativos a las campañas publicitarias durante períodos limitados, ninguna de las excepciones se vincula ni siquiera hipotéticamente a ningún tema polémico. En su conjunto, permiten una mayor difusión de información de la que sería posible si se estableciera una prohibición absoluta. Además, era ciertamente razonable que una ciudad llegue a la conclusión de que las excepciones para relojes, termómetros, placas históricas y similares tienen un impacto menor en la apariencia de la ciudad que los típicos carteles grandes”.

“La excepción de los carteles vinculados a las campañas políticas presenta una cuestión diferente. Ello, porque debo presumir que dichos signos son tan desagradables y peligrosos como otros carteles *offsite*. Sin embargo, la circunstancia de que la comunidad otorgue un valor especial a la difusión de información adicional durante las campañas es ciertamente consistente con los intereses que la Enmienda I está destinada a proteger. Naturalmente, si existiera algún motivo para creer que los carteles resultarían especialmente útiles para un partido o candidato, esta excepción sería sospechosa. Pero en estas actuaciones no hay ninguna sugerencia de este tipo. En conjunto, me parece que las excepciones que contiene la ordenanza conducen a que tenga un efecto menos serio en el mercado de las comunicaciones que el que tendría una prohibición absoluta”.

“En suma, concuerdo con el *Chief Justice* en que sólo una aplicación un tanto doctrinaria de las amplias declaraciones hechas en otros contextos puede brindar sustento a una conclusión de que esta ordenanza es inconstitucional porque incluye un grupo limitado de excepciones que ni individual ni conjuntamente comprometen ‘nuestra celosa adherencia al principio de que el gobierno no puede decir a los ciudadanos lo que pueden y lo que no

pueden decir'. *Young vs. American Mini Theatres* (427 US 50, 53 -1976-, opinión de Stevens). En consecuencia, y por las razones formuladas con mayor detalle por el *Chief Justice*, respetuosamente disiento" (pp. 553/555).

El *Chief Justice* Burger, en su disidencia, sostuvo: "Hoy la Corte da un paso extraordinario -aunque extravagante- al limitar rigurosamente el poder que una ciudad tiene para combatir los riesgos que generan los carteles grandes y permanentes para la seguridad del tránsito y el ambiente. Los integrantes de la pluralidad invalidan el esfuerzo de una ciudad para minimizar estos peligros simplemente porque, al tomar una decisión legislativa racional, ha optado por permitir una limitada clase de carteles que satisfacen necesidades especiales".

"Fundándose en lugares comunes simplistas en relación al contenido, tema y escasez de otros medios de comunicación, la industria de los carteles intenta eludir los problemas reales y crecientes a que se enfrenta toda municipalidad para proteger la seguridad y preservar el ambiente en un área urbana. La forma en que la Corte resuelve las serias cuestiones aquí planteadas demuestra insensibilidad hacia el impacto que esos carteles tienen en aquellos que deben vivir con ellos y la fragilidad de las decisiones legislativas comprometidas en su regulación" (íd. pp. 555/556).

5.3.2.2. *Bolger vs. Youngston* (463 US 60 -1983-).

5.3.2.2.1. Antecedentes de la causa: el Código de los Estados Unidos prohíbe el envío por correo de anuncios no solicitados de anticonceptivos. Un empresario intentó remitir al público folletos informativos no solicitados que promocionaban sus productos y que también brindaban información sobre enfermedades venéreas y planificación familiar, pero el Servicio Postal rechazó los despachos con base en la norma mencionada. El empresario, entonces, inició una acción ante un tribunal de distrito de los Estados Unidos -tendiente a la obtención de una sentencia declarativa y de una orden de no hacer- el cual juzgó que la norma, tal como era aplicada a la correspondencia (*mailings*) propuesta, violaba la Enmienda I. El fallo fue apelado ante la SC.

5.3.2.2.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: "La Enmienda I dispone que el gobierno no tiene atribuciones para limitar la libertad de expresión en razón de su mensaje, ideas, tema o contenido". *Police Department of Chicago vs. Mosley* (408 US 92, 95 -1972-). En relación a las expresiones no comerciales, esta Corte ha sostenido que las restricciones fundadas en el contenido sólo son válidas en las circunstancias más extraordinarias. *Consolidated Edison Co. vs. Public Service Comm'n of New York* (447 US 530, 538/39 -1980-). En cambio, la reglamentación de las expresiones comerciales fundada en el contenido es menos problemática. Dado que el riesgo de engaño o confusión es mayor en el contexto de ciertos mensajes publicitarios -*In re R.M.J.* (5.3.2.3, **Nota de la Secretaría**)-, las restricciones a las expresiones comerciales fundadas en su contenido pueden ser válidas. *Friedman vs. Rogers* (5.2.3.8.)".

"Como el grado de protección de la Enmienda I depende de la naturaleza comercial o

no comercial de la actividad que se intenta reglamentar, debemos establecer, en primer término, a qué categoría corresponde la correspondencia que aquí se cuestiona”.

“La mayor parte del material que envía el apelado cae dentro de la noción central de expresión comercial: son expresiones que ‘sólo proponen una transacción comercial’. Sin embargo, los folletos informativos no pueden simplemente describirse como propuestas de transacciones comerciales. El simple hecho de que sean anuncios publicitarios no obliga a concluir en que constituyen expresiones comerciales. *New York Times vs. Sullivan* (4.6.). En forma similar, la referencia a un producto específico no los convierte en expresión comercial” (íd. pp. 65/66).

“La circunstancia de que un producto sea mencionado en forma genérica no lo aleja, sin embargo, del ámbito de la expresión comercial. Por ejemplo, una empresa que tiene suficiente control del mercado de un producto puede estar en condiciones de promover su consumo sin hacer referencia a su propia marca. Por otra parte, una asociación comercial puede hacer declaraciones en relación a un producto sin hacer referencia a marcas específicas” (íd. p. 67 n° 13).

“Finalmente, el hecho de que el apelado tenga una motivación comercial para enviar los folletos resultaría claramente insuficiente por sí misma para hacer caer a este material en la categoría de la expresión comercial. *Bigelow vs. Virginia* (5.2.1.), *Ginzburg vs. United States* (383 US 463, 474 -1966-); *Thornhill vs. Alabama* (310 US 88 -1940-)”.

“Sin embargo, la combinación de todas estas características, brinda fuerte sustento a la conclusión del tribunal de distrito de que los folletos caen dentro del ámbito de la expresión comercial. La correspondencia de este caso es expresión comercial a pesar de que contiene discusiones sobre cuestiones públicas importantes, como las enfermedades venéreas y la planificación familiar. Hemos dejado en claro que la publicidad que ‘vincula un producto con un debate público actual’ no merece por esa circunstancia la protección constitucional propia de las expresiones no comerciales. *Central Hudson* (5.3.1.). Una empresa cuenta con toda la panoplia de las protecciones reconocidas a sus comentarios directos sobre cuestiones públicas y por lo tanto no hay ningún motivo para brindarle una protección constitucional similar cuando hace esas declaraciones en el contexto de transacciones comerciales. No debiera permitirse que los anunciantes impidan que el gobierno aplique medidas reglamentarias a la información falsa o engañosa relativa a productos, mediante la simple inclusión de referencias a cuestiones públicas. Cf. *Metromedia vs. San Diego* (5.3.2.1.). Llegamos, por tanto, a la conclusión de que toda la correspondencia aquí cuestionada goza de la protección limitada pero importante que se acuerda a las expresiones comerciales” (íd. pp. 67/68).

“La protección con que cuenta una determinada forma de expresión comercial depende de su naturaleza y de los intereses gubernamentales que la reglamentación tiende a satisfacer’. *Central Hudson* (5.3.1.)”.

“En primer lugar, debemos analizar la protección que brinda la Enmienda I. La publicidad de anticonceptivos no sólo afecta el ‘importante interés individual y social’ en el libre flujo de información comercial, sino también una actividad que goza de protección

frente a la interferencia estadual. *Carey vs. Population Services (5.2.3.3.)*” (íd. pp. 68/69).

“Después, debemos determinar si el interés que el gobierno tiene en prohibir la remisión de avisos publicitarios no solicitados de anticonceptivos es sustancial. Los apelantes afirman que: la ley protege a los destinatarios del correo de la recepción de material que probablemente consideren ofensivo”.

“Este alegato tiene poco peso ya que en *Carey vs. Population Services (5.2.3.3.)*, declaramos que el carácter ofensivo era ‘una clásica no justificación que sólo tenía 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 suprimirse por la circunstancia de que pueda resultar ofensiva para algunas personas’. Nos negamos específicamente a admitir una distinción entre expresión comercial y no comercial que pudiera convertir a este interés en una justificación suficiente para prohibir las expresiones comerciales” (íd. pp. 70/72).

“Reconociendo que resultaba ‘problemático’ el sustento buscado en este interés, los apelantes intentan eludir la clara importancia de *Carey (5.2.3.3.)* al poner énfasis en que la norma cuestionada estaba dirigida al envío de material a los hogares. Naturalmente, hemos reconocido el importante interés en permitir que las familias informen al remitente que no quieren recibir más correspondencia que -discrecionalmente- consideran erótica o provocativa desde el punto de vista sexual. *Rowan vs. Post Office Department (397 US 728 -1970-)*. Pero nunca hemos declarado que el mismo gobierno pueda cortar el flujo de cartas para proteger a los destinatarios que potencialmente podrían ofenderse. La Enmienda I ‘no permite que el gobierno prohíba expresiones por considerarlas intrusivas, a menos que la audiencia cautiva no pueda evitar una expresión objetable’. *Consolidated Edison Co. vs. Public Service Comm’n of New York* (cit., p. 542). Sin embargo, quienes reciben material objetable, pueden ‘evitar el ulterior bombardeo a su sensibilidad simplemente apartando los ojos’, ibíd. con cita de *Cohen vs. California (403 US 15, 21 -1971-)*. En consecuencia, el viaje corto, pero regular, desde el buzón hasta el papelerero, es una carga aceptable, al menos en cuanto concierne a la Constitución” (íd. p. 72).

“El segundo interés invocado por los apelantes -ayudar a los padres a discutir el control de la natalidad con sus hijos- resulta indudablemente sustancial. Sin embargo, la norma impugnada -como norma destinada a proteger este interés- no logra sobrevivir el escrutinio. En primer lugar, porque brinda un sustento sólo tangencial al logro del interés invocado. Razonablemente podemos presumir que los padres ya ejercen un control importante sobre la disposición de su correspondencia posterior a la recepción. Por otra parte, el Código de los Estados Unidos también permite que los padres controlen la información que llega hasta sus buzones; los padres ya deben enfrentarse a la multiplicidad de estímulos externos que tiñen la percepción que sus hijos tienen de temas delicados. En estas circunstancias, una prohibición a los anuncios no solicitados sólo sirve para ayudar a las personas que desean impedir que sus hijos se enfrenten a esa correspondencia, que no consiguen hacerlo de otro modo, y cuyos hijos han estado relativamente libres del efecto de esos estímulos. Este grado marginal de protección se logra purgando a todos los buzones

del material no solicitado que es perfectamente adecuado para los adultos. Anteriormente hemos dejado en claro que una restricción de este alcance es más amplia de lo que la Constitución permite, ya que el gobierno no puede 'reducir a la población adulta... a la lectura de lo que sólo es adecuado para niños'. *Butler vs. Michigan* (352 US 380, 383 - 1957-). El nivel de discurso que llega a un buzón sencillamente no puede estar limitado al que resultaría idóneo para un cajón de arena" (íd. pp. 73/74).

"Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que los fundamentos invocados por los apelantes resultan insuficientes para sustentar la amplia prohibición aquí cuestionada" (íd. p. 75).

Votos concurrentes:

El *Justice* Rehnquist, con la adhesión de la *Justice* O'Connor, manifestó: "Estoy de acuerdo en confirmar la sentencia pero mi razonamiento difiere del de la Corte. El derecho a usar el correo se encuentra indudablemente protegido por la Enmienda I. *Blount vs. Rizzi* (400 US 410 -1921-). Pero como los buzones de los hogares tienen características que los distinguen de las salas o parques públicos -donde puede presumirse que todos los presentes desean oír los puntos de vista del orador-, no pueden equipararse totalmente a estos foros públicos tradicionales a los fines del análisis que hoy hacemos. Varios de los miembros de una familia o de las personas que conviven pueden tener libre acceso al buzón, incluso los menores, y obviamente no todos los envíos han sido expresa o implícitamente pedidos" (íd. p. 76).

"El Servicio Postal alega que el apelado podría obtener permiso para mandar sus anuncios mediante el envío de correspondencia previa (*premailing*) y luego remitirlos sólo a los que se muestren interesados, o comunicarse con el público en una forma distinta a la postal. Estos dos argumentos son completamente errados. Una prohibición de usar el correo constituye una restricción importante a los derechos de la Enmienda I. Hemos destacado que 'los Estados Unidos pueden reservar el empleo del correo cuando lo consideren apropiado, pero las restricciones al material que se envía por su intermedio afecta tanto la libertad de expresión como el derecho a usar nuestras lenguas' *Blount vs. Rizzi* (400 US, en p. 416, citando *Milwaukee Social Democratic Publishing Co. vs. Bursleson* (244 US 407, 437 -1921-). Y las libertades de la Enmienda I tendrían poco valor si los que se expresan tuvieran que obtener el permiso de sus audiencias antes de exponer sus puntos de vista. Cf. *Lamont vs. Postmaster General* (381 US 301 -1965-).

"Por lo tanto, de acuerdo a los casos anteriormente resueltos por esta Corte, la intrusión que genera la propuesta publicitaria del apelado es relativamente pequeña y la restricción impuesta por el Código de los Estados Unidos es, en términos relativos, grande. Si bien esta restricción tiende directamente a satisfacer intereses gubernamentales importantes, resulta de algún modo más amplia de lo necesario para lograr ese efecto. Haciendo un balance, llego a la conclusión que esta restricción a la libertad de expresión de los apelados no está justificada en forma adecuada" (íd. p. 79/10).

El *Justice* Stevens, por su parte, sostuvo: "dos aspectos de la opinión de la Corte merecen un comentario adicional: (1) su conclusión de que todas las expresiones aquí

cuestionadas caen dentro de la categoría de 'expresión comercial'; y (2) su rechazo casi absoluto del carácter ofensivo, como posible justificación válida para suprimir una expresión. Tengo puntos de vista un tanto diferentes a los de la Corte en relación a estos dos aspectos”.

“Aun cuando pudo no haber sido su propósito, la opinión de la Corte traduce la idea de que la 'expresión comercial' es una categoría de comunicación claramente definida, garantizada a través de un grupo de reglas claramente formuladas, distintas de las que protegen las otras categorías de expresión. Esa impresión puede no justificarse completamente. Es más, como ya he sugerido con anterioridad, debemos tener cuidado en no insistir innecesariamente en clasificaciones rígidas, a fin de 'no suprimir inadvertidamente expresiones que merecen tutela constitucional'. *Central Hudson* (5.3.1.)”.

“Estoy de acuerdo, por supuesto, con que los aspectos comerciales de un mensaje pueden constituir una razón para reglamentar, que no existe cuando la comunicación tiene otra naturaleza. El interés en proteger a los consumidores de un perjuicio comercial justifica una exigencia de que la publicidad sea veraz; ese interés no se aplica, por ejemplo, a los cuentos de hadas ni a las óperas. Pero los anuncios pueden ser mezclas complejas de elementos comerciales y no comerciales: el mensaje no comercial no obvia la necesidad de hacer una regulación comercial adecuada y, a la inversa, el elemento comercial no brinda necesariamente un fundamento válido para la censura no comercial” (íd. pp. 79/81).

“No estoy persuadido aún de que la motivación comercial de un autor resulte suficiente para alterar el poder que el Estado tiene para reglamentar. Dado que las expresiones importantes contienen, con mucha frecuencia, elementos comerciales y no comerciales, podría ser más fructífero concentrarse en la naturaleza de la reglamentación cuestionada y no en el rótulo que corresponde poner a esa comunicación. La ley aquí cuestionada prohíbe enviar por correo 'cualquier aviso no solicitado de un material que esté diseñado, adaptado o dirigido a impedir la concepción'. Cualquier interés legítimo que la ley pueda satisfacer no está vinculado a impedir un perjuicio a quienes participan en los intercambios comerciales. Por lo tanto, como restringe expresiones del apelado que tienen un importante elemento no comercial, he revisado esta ley de la misma forma en que analizaría una prohibición a los envíos por correo no solicitados, realizados por una organización que no tiene absolutamente ningún interés comercial en el tema” (íd. p. 83).

“Asumiendo que este caso sólo se vincula con expresiones comerciales, la Corte da a entender -si es que en realidad no lo decide realmente- que la circunstancia de que las expresiones protegidas puedan resultar ofensivas para algunas personas no constituye 'una justificación suficiente para prohibir las expresiones comerciales'. Sin embargo, considero esencial destacar, una vez más, que 'una comunicación puede ser ofensiva de dos formas diferentes. Independientemente del mensaje que el dicente intenta transmitir, la forma de la comunicación puede ser ofensiva, quizás porque se hace en voz demasiado alta o en forma desagradable para un contexto determinado. Otras expresiones, aun cuando se expongan en forma elegante y con tonos dulces, resultan ofensivas simplemente porque el receptor está en desacuerdo con el mensaje', *Consolidated Edison* (cit., pp. 546/48, voto concurrente de

Stevens)”.

“Es importante determinar si una ley reglamenta la comunicación en razón de las ideas que transmite o de su estilo. La supresión gubernamental de un punto de vista específico golpea el núcleo de los valores de la Enmienda I. En cambio, las reglamentaciones de la forma y contexto pueden establecer un balance constitucionalmente apropiado entre el derecho que una persona tiene a transmitir un mensaje y el que el receptor tiene a la calidad del ambiente: ‘El hecho de que la publicidad de un determinado tema sea a veces ofensiva no priva a toda esa publicidad de la protección de la Enmienda I; pero considero igualmente claro que la existencia de esa protección no priva al Estado de todas sus atribuciones para reglamentar esa publicidad a fin de minimizar su naturaleza ofensiva. Una ilustración que puede resultar apropiada para un libro de instrucciones, puede ser excluida de una cartelera’, *Carey vs. Population Services* (5.2.3.3.)”.

“La ley aquí cuestionada censura ideas, no estilos. Prohíbe que el apelado envíe anuncios no solicitados de anticonceptivos, no importa lo discretos que sean; sin embargo, permite que cualquier persona envíe anuncios no solicitados de mecanismos que sirven para facilitar la concepción, sin tomar en consideración lo vulgares o grotescos que sean. Por lo tanto excluye a un defensor de un foro al que sus adversarios tienen un acceso ilimitado. Comparto la decisión de la mayoría en el sentido de que la Enmienda I prohíbe aplicar esta ley a dicho material” (íd. pp. 83/84).

5.3.2.3. *Zauderer vs. Office of Disciplinary Counsel* (471 US 626 -1985-).

5.3.2.3.1. Antecedentes de la causa: un abogado de Ohio publicó un aviso en un periódico por el que informaba que su estudio jurídico representaría a los acusados de conducir en estado de ebriedad y que les “reintegraría la totalidad de los honorarios en caso de que resultaran condenados”. Posteriormente, publicó otro aviso en el que se ofrecía a representar a las mujeres que hubieran sufrido lesiones por el uso del dispositivo intrauterino marca Dalkon Shield. El anuncio afirmaba que el uso de dicho dispositivo había dado lugar a una gran cantidad de procesos, que el letrado anunciante intervenía en muchos de éstos, que quería representar a otras mujeres que quisieran hacer reclamos parecidos, que los lectores no debían presumir que sus acciones estaban prescritas, que los casos se llevarían de acuerdo a un pacto de cuota litis y que ‘si no se logra una indemnización, los clientes no tendrán que pagar honorario alguno’. Contenía, asimismo, un dibujo del dispositivo. Este anuncio atrajo a 106 clientes. El *Disciplinary Counsel* de la Suprema Corte de Ohio consideró que el abogado había violado el código de ética profesional estadual. Lo acusó, entonces, ante el *Board of Commissioners on Grievances and Discipline* del mencionado tribunal, que rechazó la defensa de que las normas aplicadas fueran inconstitucionales porque limitaban el contenido de la publicidad de los abogados, y recomendó la imposición de una sanción disciplinaria. La Suprema Corte de Ohio, finalmente, adoptó esas conclusiones e impuso una reprimenda pública al letrado, que apeló ante la SC.

5.3.2.3.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: “Ya no hay posibilidad de dudar de que la llamada ‘expresión comercial’ goza de la protección de la Enmienda I, aunque menos amplia que la otorgada a las ‘expresiones no comerciales’. *Bolger vs. Youngs Drug Products* (5.3.2.2.); *Central Hudson* (5.3.1.). Más dudosos son, quizás, los límites precisos de esta categoría de expresión, pero resulta suficientemente claro que la aquí cuestionada -publicidad pura y simple- queda comprendida en ella” (íd. p. 637).

“Para resolver este caso debemos aplicar la enseñanza de nuestros casos anteriores a los tres tipos de reglamentación que Ohio ha impuesto a la publicidad de sus abogados: la prohibición de solicitar asuntos jurídicos mediante avisos que contienen consejos e información sobre problemas jurídicos específicos; y las restricciones al uso de ilustraciones en la publicidad de los abogados y a la información sobre los términos de los pactos de cuota litis” (íd. p. 638).

“Como la información y consejos que contiene el aviso respecto al dispositivo intrauterino no eran falsos ni engañosos sino completamente veraces, nuestras decisiones imponen al Estado la carga de demostrar que la prohibición de usar esas declaraciones para conseguir asuntos jurídicos está directamente dirigida a la satisfacción de un interés gubernamental sustancial. El Tribunal de Disciplina creyó que la aplicación de las reglas al apelante protegía los mismos intereses que esta Corte, en *Ohralik* (5.2.3.6.), consideró suficientes para justificar una prohibición de buscar clientes ‘persona a persona’. No estamos de acuerdo. Nuestra decisión en *Ohralik* (5.2.3.6.) estaba en gran parte fundada en las diferencias sustanciales que existen entre la solicitud de clientes ‘persona a persona’ y la publicidad que consideramos permisible en *Bates* (5.2.3.4.). Las características únicas de la solicitud ‘persona a persona’ de los abogados -resolvimos- justificaban una medida reglamentaria que prohibiera que los abogados realizaran esa solicitud con fines de lucro, pero tuvimos cuidado en señalar que ‘la solicitud persona a persona que un abogado hace para conseguir asuntos, no es equiparable a la publicidad veraz sobre la disponibilidad y términos de los servicios jurídicos rutinarios’” (íd. pp. 639/642).

“Resulta claro que las preocupaciones que persuadieron a la Corte en *Ohralik* (5.2.3.6.) no están aquí presentes. Si bien algunas almas sensibles pueden haber considerado que el anuncio del apelante es de mal gusto, difícilmente pueda decirse que haya invadido la intimidad de las personas que lo leyeron. Un anuncio impreso es un medio de transmitir información sobre servicios jurídicos que conduce más a la reflexión y al ejercicio de opciones por parte del consumidor que la solicitud de asuntos jurídicos que un abogado hace ‘persona a persona’. En consecuencia, los intereses sustanciales que justificaron la prohibición de este último tipo de expresión en *Ohralik* (5.3.2.6.) no pueden brindar sustento a la medida disciplinaria impuesta al apelante por el contenido del aviso” (íd. p. 642).

“Tampoco puede aquélla apoyarse en la justificación tradicional para restringir la búsqueda de clientes, esto es, el miedo a que los abogados ‘fomenten la litigiosidad’. No podemos adherirnos a la afirmación de que un proceso judicial es *per se* algo malo. A lo largo de la historia nuestra sociedad ha visto en los procesos civiles un medio de reparar sus

agravios, de resolver disputas y vindicar derechos cuando los otros medios fracasan. No genera preocupación la circunstancia de que una persona perjudicada recurra a los tribunales pidiendo reparación cuando actúa de buena fe y basándose en información precisa sobre sus derechos jurídicos: 'no podemos aceptar la noción de que siempre es mejor que una persona sufra silenciosamente un perjuicio en lugar de que busque judicialmente una reparación'. *Bates* (5.2.3.4.). El acceso que nuestros ciudadanos tienen a sus tribunales civiles no es un mal que haya que lamentar; antes bien, es un atributo de nuestro sistema de justicia del que debemos sentirnos orgullosos. El Estado no tiene derecho a interferir en ese acceso impidiendo que sus ciudadanos obtengan información precisa sobre sus derechos. Por lo tanto, la medida disciplinaria impuesta no puede justificarse alegando que el aviso veraz y no engañoso del apelante tiene tendencia a alentar, o realmente alienta, a otras personas a accionar judicialmente".

"Sin embargo, el Estado no sostiene que el estímulo a la promoción de acciones judiciales sea inherentemente malo ni invoca un interés en desalentar el tipo de proceso que la publicidad del apelante solicita. La posición del Estado es que si bien la publicidad del apelante puede haber sido inofensiva -y que incluso puede haber tenido el saludable efecto de informar a algunas personas sobre los derechos que de otra forma hubieran desconocido-, la prohibición de que los abogados usen publicitariamente el consejo e información jurídicos constituye una medida profiláctica necesaria para asegurar que estos profesionales -al esforzarse para conseguir asuntos jurídicos- no hagan publicidad falsa o engañosa para fomentar la promoción de procesos judiciales que carecen de mérito contra demandados inocentes. La publicidad de los abogados, dice el Estado, presenta dificultades reglamentarias diferentes a las de otras formas de publicidad. Mientras las declaraciones vinculadas con la mayor parte de los productos de consumo están sujetas a verificación, la indeterminación de las expresiones sobre temas jurídicos hace impracticable cuando no imposible delimitar las veraces de las falsas o engañosas. Una medida profiláctica resulta, por lo tanto, esencial para que el Estado vindique su interés sustancial en asegurar que no se aliente a sus ciudadanos a promover acciones mediante declaraciones que, en el mejor de los casos, son ambiguas y, en el peor, directamente falsas" (íd. pp. 642/44).

"La pretensión del Estado de tener atribuciones para aplicar una medida profiláctica y castigar al apelante, a pesar de que al publicar su anuncio no ha cometido ninguna de las faltas que supuestamente justifican la regla, está en tensión con nuestra insistencia en que las restricciones que comprometen una expresión comercial, que no es en sí misma engañosa, estén adaptadas estrechamente a la satisfacción de los fines perseguidos por el Estado. *Central Hudson* (5.3.1.). En realidad, en *In re R.M.J.* (Nota de la Secretaría) llegamos a decir que 'los Estados no pueden imponer una prohibición absoluta de difundir ciertos tipos de información potencialmente engañosos... si la información también puede presentarse en una forma que no es engañosa'. El Estado debe considerar, entonces, que este *dictum* es incorrecto y que existen ciertas circunstancias en que una medida profiláctica constituye el medio menos restrictivo para lograr la satisfacción de un interés gubernamental sustancial".

“No necesitamos, empero, tratar la cuestión teórica de si una regla profiláctica resulta alguna vez admisible en este área, ya que consideramos que el Estado no ha sostenido en forma convincente que la regla aquí impugnada resulte necesaria para la satisfacción de un interés gubernamental sustancial. No consideramos persuasivo el argumento esgrimido por el Estado de que la distinción entre publicidad jurídica engañosa y no engañosa plantea problemas diferentes a los del resto de la publicidad. Dicha afirmación parte de la premisa de que es intrínsecamente mucho más difícil distinguir los anuncios que contienen consejos jurídicos que son falsos o engañosos de los que son veraces y útiles, que hacer ese mismo análisis en relación a la publicidad de otros bienes o servicios. Un breve análisis de la jurisprudencia fundada en el ejercicio por parte de la *Federal Trade Commission Act* de su función de eliminar ‘los actos o prácticas comerciales injustos o engañosos’, demuestra que la distinción de la publicidad engañosa de la no engañosa, en casi cualquier área comercial, puede exigir la decisión de cuestiones fácticas excesivamente técnicas y complejas y la consideración de delicados aspectos semánticos. En pocas palabras, la evaluación de la validez de los consejos e información jurídicos que surge de los avisos publicados por los abogados no es necesariamente una cuestión de gran complejidad; como tampoco es cierto que la evaluación de la precisión o aptitud de engaño de otras formas de publicitar sea tan simple como dice el Estado. La distinción cualitativa que el Estado ha intentado hacer se nos escapa” (íd. pp. 644/646).

“Si aceptáramos en este caso el argumento del Estado, tendríamos poca base para impedir que el gobierno suprima otras formas de publicidad veraz y no engañosa sólo para ahorrarse el problema de tener que distinguirla de la falsa o engañosa. Las protecciones que la Enmienda I otorga a la expresión comercial tendrían poco significado si se permitiera que prevalecieran estos argumentos. Nuestras decisiones recientes en el área de la expresión comercial han estado fundadas en la convicción de que el libre flujo de información comercial tiene suficiente valor como para imponer a los potenciales reglamentadores el costo de distinguir lo veraz de lo falso, lo útil de lo engañoso y lo inofensivo de lo perjudicial. Por lo tanto, las restricciones profilácticas que resultarían inadmisibles en el área de la publicidad comercial en general, son igualmente inadmisibles cuando se aplican al anuncio del apelante. No puede imponerse una medida disciplinaria a un abogado por solicitar asuntos jurídicos a través de un anuncio impreso que contiene información y consejos jurídicos veraces y no engañosos en relación a los derechos jurídicos de los potenciales clientes” (íd. pp. 646/647).

“La forma en que se ha aplicado al apelante la restricción a la inclusión de ilustraciones en la publicidad de los abogados resulta inadmisibile casi por las mismas razones. El uso de ilustraciones o dibujos en los anuncios cumple funciones comunicativas importantes: atrae la atención de la audiencia hacia el mensaje del anunciante y también puede servir para transmitir directamente información. En consecuencia, las ilustraciones comerciales gozan de la protección que la Enmienda I brinda a las expresiones comerciales verbales: las restricciones al uso de medios visuales de expresión en la publicidad deben sobrevivir al análisis en términos del test formulado en *Central Hudson* (5.3.1.). La

ilustración por la que fue sancionado el apelante es una representación precisa del Dalkon Shield y no tiene características que induzcan a engaño o confusión al lector y pesa, entonces, sobre el Estado, la carga de invocar un interés gubernamental sustancial que justifique la forma en que la restricción se aplicó al apelante y de demostrar que ella vindica ese interés a través del medio menos restrictivo”.

“El texto de la norma impugnada contiene una fuerte sugerencia de que la restricción al uso de ilustraciones tiene por objeto asegurar que los abogados hagan publicidad ‘en forma honorable’. No se ha sugerido, sin embargo, que la ilustración aquí cuestionada sea indigna. Resulta, por ende, difícil entender en qué forma la aplicación de la regla al apelante persigue directamente la satisfacción de aquel interés. Más aún; si bien el Estado tiene un indudable interés sustancial en asegurar que sus abogados se comporten con dignidad y decoro en los tribunales, no estamos seguros de que el deseo del Estado constituya un interés de envergadura suficiente como para justificar una restricción a los derechos que les otorga la Enmienda I. Aun cuando esto fuera así, no estamos convencidos de que el comportamiento indigno tienda a producirse con una frecuencia suficiente como para justificar el dictado de esta medida profiláctica. Como declaramos en *Carey vs. Population Services* (5.2.3.3.), la mera posibilidad de que algunos miembros de la población puedan encontrar embarazosa u ofensiva una publicidad no puede justificar su supresión. Lo mismo debe sostenerse en relación a la publicidad que algunos miembros de la matrícula pueden considerar indigna”.

“En sus alegatos ante esta Corte, el Estado ha afirmado que la restricción vinculada a las ilustraciones protege la satisfacción de un interés de algún modo diferente, semejante al supuestamente perseguido por la prohibición de ofrecer servicios jurídicos a través de la publicidad. El uso de ilustraciones en la publicidad de los abogados -sugiere el Estado- crea riesgos inaceptables de engaño o confusión del público. Los abusos asociados con el contenido visual de la publicidad son particularmente difíciles de controlar, porque el anunciante es diestro en el uso sutil de ilustraciones para jugar con las emociones de su audiencia y para transmitir impresiones falsas. Como las ilustraciones pueden tener efectos a nivel inconsciente -agrega- es difícil para el Estado señalar una ilustración en particular y demostrar que es engañosa o manipulativa. Por lo tanto, una vez más, alega que sólo puede satisfacer los fines que persigue a través de una medida profiláctica”.

“No estamos convencidos. Los argumentos del Estado son poco más que afirmaciones carentes de sustento: no cita aquél ninguna prueba o autoridad en apoyo de su afirmación de que los abusos potenciales asociados al uso de ilustraciones en la publicidad de los abogados sólo puedan combatirse mediante una prohibición absoluta. Es más, ninguno de los argumentos del Estado demuestra que existen males específicos asociados al uso de ilustraciones en la publicidad de los abogados. En efecto, como probablemente rara vez las decisiones vinculadas al consumo de servicios jurídicos se basen en las suposiciones que el consumidor tiene sobre las cualidades del producto que puede representarse de manera visual, las ilustraciones en los anuncios de los abogados generan un riesgo de engaño menor que las insertas en otras formas de publicidad”.

“Por lo tanto, aceptar el argumento del Estado equivaldría a adoptar el principio de que un Estado puede prohibir el uso de cuadros o ilustraciones en conexión con la publicidad de algún producto o servicio, sólo fundándose en la tesis general de que el contenido visual de los anuncios puede, en ciertas circunstancias, ser engañoso o manipulativo. Pero como ya dijimos, las reglas profilácticas amplias no pueden ser justificadas con tanta ligereza si es que queremos que mantengan su vigencia las protecciones acordadas a la expresión comercial. No estamos persuadidos de que la identificación de los usos engañosos o manipulativos de los medios visuales en la publicidad sea intrínsecamente tan pesada como para que el Estado tenga derecho a liberarse de realizar esa tarea y optar por la alternativa, más conveniente pero mucho más restrictiva, de establecer una prohibición absoluta al uso de ilustraciones” (íd. pp. 647/649).

“El apelante alega que la evaluación de la validez de la decisión de la Suprema Corte de Ohio de imponerle una medida disciplinaria por no haber incluido en el anuncio información de que los clientes podrían tener que pagar costas importantes aun cuando perdieran el juicio, exige realizar precisamente la misma investigación que para establecer la validez de las restricciones al contenido de la publicidad, ya discutida. En otras palabras, sugiere que el Estado debe establecer que la publicidad que no contiene la información exigida será considerada falsa o engañosa o que la exigencia de incluir esa información adicional persigue la satisfacción de ciertos intereses gubernamentales sustanciales, distintos a la prevención del engaño; alega también que el Estado debe establecer que la exigencia de incluir dicha información fomenta directamente ese interés gubernamental importante y que constituye el medio menos restringido para lograrlo. Agrega que el Estado no ha producido prueba sustancial en sustento de ninguno de los criterios formulados para considerar justificada la restricción”.

“El apelante, sin embargo, pasa por alto las diferencias materiales que existen entre la exigencia de incluir información adicional y las prohibiciones directas de expresarse. Al exigir a los abogados que publicitan su deseo de representar clientes con base en un pacto de cuota litis, la inclusión de la advertencia de que estos últimos pueden tener que hacerse cargo de ciertos gastos aun cuando pierdan el proceso, Ohio no ha intentado impedir que los abogados trasmitan información al público; sólo les ha exigido brindar alguna información adicional. Hemos resuelto, sin duda, que en algunos supuestos, la exigencia de hablar puede ser tan violatoria de la Enmienda I como las prohibiciones de expresarse. Ver, por ejemplo, *Wooley vs. Maynard* (430 US 705 -1977-), *Miami Herald Publishing Co. vs. Tornillo* (418 US 241 -1974-). En efecto, en *West Virginia State Board of Education vs. Barnette* (319 US 624 -1943-), la Corte llegó a decir que ‘la información involuntaria sólo podía ser exigida por fundamentos aún más inmediatos y urgentes que el silencio’”.

“Pero los intereses que están en juego en este caso no son del mismo orden que los discutidos en *Wooley*, *Tornillo* o *Barnette*. Ohio no ha intentado ‘prescribir lo que será ortodoxo en política, nacionalismo, religión u otras materias de opinión, ni forzar a los ciudadanos a confesar, mediante palabra o acto, su fe en esos valores’. Sólo ha intentado prescribir lo que será ortodoxo en publicidad comercial, y su prescripción ha tomado la

forma de una exigencia de que el apelante incluya en su publicidad, información puramente fáctica y no cuestionable sobre los términos en los cuales podrá accederse a los servicios. Como la extensión de la protección de la Enmienda I a la expresión comercial se justifica principalmente por el valor que esa información tiene para los consumidores -v. *Virginia Pharmacy Board* (5.2.2.)- es mínimo el interés constitucionalmente amparado que tiene el apelante para no brindar en su publicidad una determinada información fáctica. Por lo tanto, en casi todas las decisiones que hasta hoy tomamos en el área de la expresión comercial, hemos destacado que, como las exigencias de brindar mayor información lindan más estrechamente con los intereses del anunciante que las prohibiciones absolutas a expresarse, 'puede adecuadamente exigirse la inserción de advertencias o aclaraciones... a fin de disipar la posibilidad de confusión o engaño del consumidor'. *In re R.M.J.* (**Nota de la Secretaría**). Conf. *Central Hudson* (5.3.1.), *Bates* (5.2.3.4.), *Virginia Pharmacy Board* (5.2.2.)”.

“No sugerimos que la exigencia de insertar información no afecta de algún modo los derechos que la Enmienda I acuerda al anunciante. Reconocemos que estas exigencias cuando son injustificadas o indebidamente gravosas, podrían ofender dicha Enmienda, al desalentar las expresiones comerciales protegidas. Pero resolvemos que los derechos del anunciante se encuentran adecuadamente protegidos, en la medida en que estas exigencias estén razonablemente vinculadas al interés que el Estado tiene en impedir el engaño a los consumidores” (íd. pp. 650/651).

“La forma en que el Estado aplicó al apelante la exigencia de advertir a los clientes que, al publicitar su deseo de atender a casos en base a un pacto de cuota litis, tendrán que pagar gastos aun cuando no resulten exitosos (asumiendo que eso sea así), fácilmente sobrevive este estándar. El anuncio del apelante no distinguía entre 'honorarios jurídicos' y 'costas', y para un lego que no conoce el significado de estas palabras técnicas, el aviso sugería que la contratación del apelante constituía un acuerdo que no podía dar lugar a pérdidas ya que su representación en una acción que fracasara no generaría ningún tipo de costo. Difícilmente resulte especulativa la suposición de que un número sustancial de potenciales clientes sería engañado de esta forma” (íd. pp. 652/653).

Por lo tanto, la decisión de la Suprema Corte de Ohio debe ser confirmada en cuanto se vincula a la omisión de brindar información sobre el pacto de cuota litis en el anuncio vinculado al Dalkon Shield, y revocada en tanto se basa en el uso de una ilustración en dicho anuncio (la impugnación del apelante relativa a la reprimenda fundada en los términos de la contratación en los casos de conductores ebrios si bien fue rechazada, no se vinculó con cuestiones atinentes a la libertad de expresión sino con el debido proceso adjetivo (íd., pp. 654/655).

Votos concurrentes:

El *Justice* Brennan, con la adhesión del *Justice* Marshall, presentó un voto parcialmente concurrente y una disidencia parcial, en el que manifestó coincidir con la mayoría en que “el Estado no puede sancionar a los abogados que intentan conseguir clientes mediante la publicación de un aviso que contiene ‘información veraz y no

engañosas, y consejos vinculados a los derechos de sus potenciales clientes' e 'ilustraciones precisas y no engañosas'. Por eso comparto la decisión a este respecto".

"Con algunas limitaciones -agregó- concuerdo también con la conclusión de que un Estado puede imponer una exigencia de incluir información adicional que esté 'razonablemente vinculada al interés que tiene en impedir el engaño de los consumidores'. Sin embargo no estoy de acuerdo con que las exigencias imprecisamente formuladas por Ohio, satisfagan este estándar. En cualquier supuesto, creo que la sanción que dicho Estado impuso a Zauderer por publicar el anuncio, ante la supuesta inobservancia a esas exigencias, viola principios importantes del debido proceso y las garantías de la Enmienda I. Además, estimo que la forma en que Ohio ha castigado a Zauderer por publicar el aviso vinculado con los conductores ebrios viola principios fundamentales del debido proceso adjetivo" (íd. p. 656/657).

"La Corte llega a la conclusión de que la protección que la Enmienda I brinda a la expresión comercial queda satisfecha en la medida en que el requisito de brindar información adicional se encuentre 'razonablemente vinculado' con la prevención del engaño al consumidor, y sugiere que este estándar 'podría' violarse cuando esta exigencia fuera 'injustificada' o 'indebidamente gravosa'. Estoy de acuerdo con el estándar, un tanto amorfo, de la 'relación razonable' elaborado por la Corte en la medida en que concuerda con los más precisos que hemos formulado en nuestros casos anteriores sobre expresión comercial" (íd. p. 657).

"Como reconoce la Corte, es 'de algún modo difícil' aplicar dichos estándares a estas exigencias de brindar información adicional, 'porque los tribunales de Ohio no las han especificado con precisión'. También es bastante difícil establecer con precisión lo que la Corte aprueba hoy" (íd. p. 659).

"Aun cuando un Estado pueda establecer este tipo de exigencias, un anunciante no puede ser castigado por incumplirlas 'a menos que su omisión viole normas estatales válidas, que exijan que el anunciante formule advertencias o tome otras precauciones para impedir la confusión de los consumidores' *Compco Corp vs. Day-Brite Lighting, Inc.* (376 US 234, 238-239 -1964-). Pueda o no Ohio imponer válidamente la obligación de brindar información adicional, lo cierto es que no dio a Zauderer un aviso suficiente de que la tenía que cumplir en su anuncio sobre el Dalkon Shield. Por lo tanto, la sanción impuesta viola garantías básicas del debido proceso y de la Enmienda I" (íd. p. 664).

"Ni las reglas publicadas, ni las autoridades estatales, ni la actuación previa del Gobierno informaron a Zauderer qué era lo que tenía que incluir en el anuncio. Una reglamentación que 'prohíbe o exige la realización de un acto en términos tan vagos que los hombres de una inteligencia común necesariamente deben adivinar su significado y llegar a conclusiones diferentes en cuanto a su aplicación, viola el elemento esencial del debido proceso', *Connally vs. General Construction Co.* (269 US 385, 391 -1926-). Esta exigencia 'se aplica con especial rigor a la revisión de las leyes relativas a la libertad de expresión', *Hynes vs. Mayor of Oradell* (425 US 610, 620 -1976-)" (íd. pp. 665/666).

"No puede afirmarse que el anuncio de Zauderer sobre el Dalkon Shield sea tan

obviamente engañoso como para justificar la imposición de una sanción en ausencia de una regla razonablemente clara que exija la inclusión de ciertas aclaraciones. *In re R.M.J.* (v. *infra* **Nota de la Secretaría**). Además, si bien muchos abogados pueden considerar que el anuncio tiene un potencial de engaño, el *Office of Disciplinary Counsel* admitió que no contiene una declaración o pretensión falsa, fraudulenta, engañosa o injusta. Varios otros Estados han aprobado la publicación de anuncios vinculados al Dalkon Shield que contenían una declaración idéntica de que el abogado no iba a cobrar honorarios, sin que se hiciera tan siquiera una sugerencia de que pudieran ser engañosos. Si bien estoy de acuerdo con que un Estado puede establecer una medida profiláctica para evitar un engaño potencial y castigar posteriormente a los abogados que no incluyan esas aclaraciones, lo cierto es que Ohio no había establecido esa exigencia al tiempo en que Zauderer publicó su aviso” (pp. 667/668).

“Dada la vaguedad de las reglas impuestas por Ohio, la negativa de las autoridades a aclararlas y a guiar a Zauderer, y la ‘omisión de la Suprema Corte de Ohio de especificar con precisión cuales aclaraciones son necesarias’, Zauderer tendrá, de ahora en más, que publicar a su propio riesgo los anuncios en que mencione sus pactos de cuota litis. Cualesquiera sean las aclaraciones que incluya, Ohio podrá decidir después que resultan insuficientes e intentar suspenderlo indefinidamente en el ejercicio de la profesión que constituye su medio de vida. Una trampa como esa para un abogado desprevenido que actúa de buena fe no sólo constituye una importante privación del debido proceso sino que también impone un desaliento intolerable al ejercicio de los derechos de la Enmienda I” (íd. pp. 669/670).

La *Justice O'Connor*, con la adhesión del *Chief Justice* y del *Justice Rehnquist*, coincidió en que el apelante había sido adecuadamente castigado por su anuncio vinculado a los conductores ebrios y por haber omitido la información sobre el pacto de cuota litis en el anuncio sobre el Dalkon Shield. Compartió con la mayoría el criterio de que, al menos en el contexto de los medios impresos, el trabajo de monitorear las ilustraciones en los anuncios de los abogados no es tan inmanejable como para justificar la prohibición absoluta impuesta por Ohio. Sin embargo, estuvo en desacuerdo con la mayoría respecto de la revocación de la sanción impuesta a Zauderer por haber dado consejos jurídicos que no se le habían solicitado ya que consideró que este tipo de actitudes genera suficientes riesgo de abuso y ejercicio de influencia indebida como para justificar una regla como la de Ohio.

Nota de la Secretaría:

- v. *Shapero vs. Kentucky Bar Association* (486 US 466 -1988-), donde la **SC** analizó una impugnación a una regla de ética de Missouri que prohibía a los abogados que enviaran correspondencia ofreciendo sus servicios a personas que se enfrentaban a un problema específico.

- v. *In re R.M.J.* (455 US 191 -1982-), donde la **SC** declaró inválida una sanción disciplinaria que Missouri había impuesto a un abogado por enumerar las áreas de práctica en una forma distinta a la prevista en su código de ética profesional, así como los tribunales en que estaba habilitado para litigar, pese a que la inclusión de esta información no estaba autorizada. También

había sido sancionado por el envío de tarjetas anunciando la inauguración de su estudio jurídico a personas no autorizadas por dicha norma.

- v. *Peel vs. Attorney Registration and Disciplinary Commission of Illinois* (496 US 91 - 1990-), donde la **SC** declaró inválidas las sanciones administrativas impuestas a un abogado por violar el código de ética de Illinois al haber sugerido ser un “especialista” en el membrete de su papelería.

5.3.2.4. Posadas de Puerto Rico Associates vs. Tourism Company (478 US 328 - 1986-).

5.3.2.4.1. Antecedentes de la causa: la *Games of Chances Act* de 1948, de Puerto Rico, legaliza ciertas formas de juego de casino a fin de fomentar el turismo, pero dispone también que “ninguna sala de juego podrá publicitar o de algún otro modo ofrecer sus instalaciones al público de Puerto Rico”. Las reglamentaciones de esta norma prohíben promocionar las salas de juego al público de Puerto Rico, pero permiten hacer una publicidad restringida a través de medios publicitarios externos al Territorio. La empresa pública encargada de la aplicación del Acta sancionó a una corporación que administraba un casino en Puerto Rico, por violar las mencionadas restricciones publicitarias. La corporación promovió, entonces, una acción ante el Tribunal Superior de Puerto Rico tendiente a obtener una sentencia declarativa de que el Acta y su reglamentación, tanto genéricamente como en la forma en que fueron aplicadas, suprimían en forma impermisible expresiones comerciales, en violación de la Enmienda I y de la garantías de la igual protección y del debido proceso de la Constitución Federal. El Tribunal decidió que las restricciones publicitarias habían sido inconstitucionalmente aplicadas al apelante, pero más adelante hizo una interpretación restrictiva del Acta y de su reglamentación y declaró que éstas prohibían la publicidad local destinada a los residentes de Puerto Rico, pero no la dirigida a los turistas, aun cuando esta última pudiera incidentalmente llegar a los residentes. Luego, resolvió que la ley y su reglamentación eran genéricamente constitucionales. Por su parte, la Suprema Corte de Puerto Rico desestimó el recurso de la corporación pues “no presentaba una cuestión constitucional sustancial”. Ello dio lugar a que dicha parte apelara ante la **SC**.

5.3.2.4.2. Decisión de la **SC**:

Voto de la mayoría: “Como en este caso se encuentra comprometida la restricción a una expresión puramente comercial ya ‘que no hace otra cosa que proponer una transacción comercial’, nuestro análisis en términos de la Enmienda I está guiado por los principios identificados en *Central Hudson* (5.3.1.)” (id. p. 340).

La expresión comercial cuestionada en *Posadas* hace referencia “a una actividad lícita, que no es engañosa ni fraudulenta”, y que por lo tanto satisface el primero de los cuatro recaudos enumerados en aquel caso. Asimismo, resulta “sustancial” el interés del Gobierno en reducir la demanda de juego de los residentes puertorriqueños en los casinos, fundado en la convicción legislativa de que ello es perjudicial para su salud, seguridad y bienestar. Las restricciones impugnadas “promueven directamente” la consecución de dicho

interés, porque “la creencia de la legislatura es razonable” (íd. pp. 341/42).

“La norma impugnada no es *under-inclusive* simplemente por la circunstancia de que otras formas de juego (como las carreras de caballos, riñas de gallos y loterías) puedan publicitarse a los residentes de Puerto Rico. La pretensión del apelante es errónea por dos razones. En primer lugar, se publiciten o no otras formas de juego en Puerto Rico, las restricciones publicitarias al que se realiza en los casinos promueven directamente la consecución del interés que tiene la legislatura en restringir la demanda de juegos de azar. En segundo término, este interés de la legislatura no consiste necesariamente en reducir la demanda de todos los juegos de azar sino sólo la del juego en los casinos. La legislatura ha juzgado que los riesgos asociados al juego en los casinos son mayores, porque las otras formas de juego han sido, ‘tradicionalmente, parte de las raíces de Puerto Rico’” (íd. p. 343 y n. 8).

Por lo tanto, la ley satisface el segundo y tercer recaudo del test formulado en *Central Hudson* (5.3.1.).

“También consideramos claro, sin posibilidad de duda, que la ley y reglamentación cuestionadas satisfacen el cuarto y último paso del análisis de *Central Hudson* (5.3.1.). La interpretación restrictiva que el Tribunal Superior hizo de las limitaciones publicitarias garantiza que ellas no afectarán la publicidad del juego en los casinos dirigida a los turistas y que sólo se aplicarán a la destinada a los residentes de Puerto Rico” (íd. p. 343).

“Sin embargo, el apelante alegó que la Enmienda I exige que la legislatura de Puerto Rico no reduzca la demanda de juego en los casinos mediante la supresión de la expresión comercial que podría alentar ese juego, sino a través de la difusión de expresiones adicionales destinadas a desalentarlo. Rechazamos este argumento. Consideramos que corresponde a la legislatura decidir si esa política de ‘contraexpresión’ es o no tan efectiva como la restricción a la publicidad para reducir la demanda de juego en los casinos. La legislatura podría -como aparentemente hizo aquí- llegar a la conclusión de que los residentes de Puerto Rico ya son conscientes de los riesgos del juego en los casinos, pese a lo cual una amplia campaña publicitaria podría inducirlos a dedicarse a esa actividad potencialmente perjudicial”.

“En pocas palabras, concluimos que la ley y la reglamentación aquí cuestionadas, de la forma en que han sido interpretadas por el Tribunal Superior, satisfacen cada uno de los criterios del test de *Central Hudson* (5.3.1.). Por lo tanto resolvemos que la Suprema Corte de Ohio estuvo bien al rechazar la pretensión del apelante fundada en la Enmienda I” (íd. p. 344).

En cuanto a la pretensión de la corporación de que las restricciones publicitarias cuestionadas eran inconstitucionales en términos de la doctrina elaborada en *Carey vs. Population Services* (5.2.3.3.) y *Bigelow* (5.2.1.), consideramos que el recurrente desconoce la distinción crucial que existe entre aquellos casos y el que ahora tenemos frente a nosotros. Allí “la conducta que estaba sujeta a una restricción publicitaria gozaba de protección constitucional y no podría haber sido prohibida por el Estado. Aquí, en cambio, la legislatura de Puerto Rico ciertamente podría haber prohibido que los residentes

de Puerto Rico jugaran en el casino. Consideramos que el mayor poder de prohibir completamente el juego en los casinos necesariamente incluye el poder menor de prohibir la publicidad del juego en los casinos” (íd. p. 345/346).

Votos de la disidencia:

El *Justice* Brennan, con la adhesión de los *Justices* Marshall y Blackmun, dudó de que la interpretación hecha por el Tribunal Superior de Puerto Rico fuera a impedir posteriores aplicaciones arbitrarias e irrazonables de la restricción publicitaria. Sin embargo, aún en ese supuesto, no creyó que el Territorio pudiera suprimir válidamente expresiones comerciales veraces a fin de desalentar a sus residentes a realizar una actividad lícita.

“No veo ninguna razón -dijo Brennan- por la cual una expresión comercial deba gozar de menos protección que otras formas de expresión cuando -como aquí- el Gobierno quiere suprimirla para privar a los consumidores de información precisa vinculada a una actividad lícita. Se considera que la expresión comercial es diferente de las otras formas porque los anunciantes son particularmente diestros para evaluar ‘la precisión de sus mensajes y la licitud de la actividad subyacente’, *Central Hudson* (5.3.1.) y porque ‘la expresión comercial, fruto del interés económico propio, es un tipo resistente de expresión, no particularmente susceptible de ser oprimida por una reglamentación amplia’ (ibíd.). Hemos resuelto que estas diferencias ‘justifican brindar un tratamiento más permisivo a la reglamentación de la forma que adopta la expresión comercial, a fin de proteger a los consumidores del engaño o la coerción, y explican por qué doctrinas diseñadas para impedir el desaliento de las formas protegidas de expresión no pueden aplicarse a la expresión comercial”. Ibíd. *Linmark Associates* (5.2.3.2.) y *Virginia Pharmacy Board* (5.2.2.). Sin embargo, ninguna de las diferencias que existen entre la expresión comercial y la que no lo es justifican otorgar un menor grado de protección a la primera en supuestos como éste, donde el Gobierno quiere manipular el comportamiento privado quitando a los ciudadanos información veraz sobre actividades lícitas” (ibíd. pp. 350/351).

“En lugar de aplicar el escrutinio estricto, la mayoría evalúa la prohibición publicitaria impuesta por Puerto Rico de acuerdo a los estándares laxos que normalmente se aplican a la reglamentación gubernamental de la expresión comercial. Sin embargo, creo que ni aún así Puerto Rico puede válidamente suprimir toda la publicidad de los casinos dirigida a sus residentes. La mayoría correctamente reconoce que la expresión comercial aquí cuestionada se refiere a una actividad lícita, no engañosa ni fraudulenta. De acuerdo a nuestros precedentes en la materia, Puerto Rico sólo puede limitar válidamente las expresiones veraces sobre una actividad lícita cuando su interés en hacerlo sea sustancial y cuando las restricciones promuevan directamente ese interés y no sean más amplias de lo necesario para satisfacerlo. Mientras se saca el sombrero ante estos estándares, la mayoría hace poco más que acatar lo que considera una determinación de la legislatura de Puerto Rico de que es razonable prohibir la publicidad de los casinos dirigida a los residentes. La mayoría ignora totalmente el hecho de que la expresión comercial goza de una sustancial protección de la Enmienda I, y otorga al Gobierno facultades que carecen de precedentes,

para eviscerar expresiones constitucionalmente protegidas” (íd. p. 352).

“Cuando el Gobierno busca poner restricciones a las expresiones comerciales, un tribunal no puede simplemente, como la mayoría da a entender hoy, especular sobre las razones válidas que el Gobierno pudo haber tenido para aprobarlas. Antes bien, el Gobierno tiene, en definitiva, la carga de justificar la reglamentación cuestionada, y de probar que los intereses que intenta promover son reales y sustanciales. En este caso, el apelado no ha acreditado los ‘serios efectos perjudiciales’ que se producirían si los residentes de Puerto Rico jugaran en los casinos, y la decisión de la legislatura de legalizar esa actividad sugiere que ella creía que lo opuesto era cierto. En pocas palabras, el apelado no ha demostrado que un interés sustancial del Gobierno sustente la prohibición que Puerto Rico ha impuesto a una forma protegida de expresión” (íd. p. 355).

“Aun asumiendo que el apelado pudiera demostrar que las restricciones cuestionadas se sustentan en un interés gubernamental sustancial, esto no pondría fin a la investigación de su constitucionalidad. *Linmark* (5.2.3.2.). Debería aún acreditarse que la prohibición publicitaria cuestionada promueve directamente la satisfacción del interés que tiene Puerto Rico en controlar los efectos perjudiciales que supuestamente se asocian al juego en los casinos. *Central Hudson* (5.3.1.). Sin embargo, incluso asumiendo que reduciría efectivamente la afluencia de los residentes a los casinos, no resulta clara la forma en que esto fomentaría directamente la satisfacción del interés de Puerto Rico en controlar ‘los serios efectos perjudiciales’ que la Corte vincula al juego en los casinos. En especial, no resulta claro si, al prohibir la publicidad de los casinos dirigida a los residentes, se ataca el crimen, la prostitución, el desarrollo de la corrupción local o la infiltración del crimen organizado. Como Puerto Rico promueve activamente sus casinos para los turistas, es probable que estos problemas persistan, se aliente o no a jugar a los residentes. No habiéndose acreditado que la prohibición de hacer publicidad sólo dirigida a los residentes promueva directamente el interés invocado por Puerto Rico, el Gobierno no puede válidamente restringir de ese modo formas protegidas de expresión” (íd. pp. 355/56).

“Finalmente, el apelado no ha demostrado que el interés de Puerto Rico ‘no pueda protegerse adecuadamente mediante una reglamentación más limitada a las expresiones comerciales del apelante’. *Central Hudson* (5.3.1.). En lugar de suprimir expresiones protegidas constitucionalmente, Puerto Rico podría enfrentar directamente los perjuicios específicos que se consideran asociados al juego en los casinos. Por ejemplo, podría continuar monitoreando el funcionamiento de las salas de juegos para impedir el ‘desarrollo de la corrupción y la infiltración del crimen organizado’. Podría aplicar rigurosamente sus leyes penales para combatir ‘el aumento del crimen local y el fomento de la prostitución’. Podría limitar el nivel máximo de apuestas o difundir información adicional que desaliente a los residentes a jugar en los casinos, a fin de evitar ‘la disrupción de los estándares morales y culturales’ que podría producirse si se alentara excesivamente a los residentes a jugar en dichos establecimientos. Esas medidas tratarían directamente los problemas asociados con el juego en los casinos y evitarían los problemas que se suscitan en términos de la Enmienda I cuando el Gobierno intenta prohibir expresiones protegidas

constitucionalmente” (íd. p. 356).

“La Corte no reconoce la amplia gama de alternativas con que cuenta Puerto Rico, y sólo analiza su pretensión de que la legislatura podía optar por reducir la demanda de juego en los casinos entre los residentes mediante la ‘exigencia de incluir información adicional tendiente a desalentarla’. La Corte rechaza esta alternativa, afirmando ‘que corresponde a la legislatura decidir si esta política de contraexpresión sería tan efectiva para reducir la demanda como una restricción publicitaria’. Este razonamiento ignora las exigencias de la Enmienda I. A diferencia de lo que dice la Corte, cuando el Gobierno intenta limitar la libertad de expresión para promover un interés importante, no corresponde a la legislatura decidir si ese interés gubernamental podría o no ser protegido mediante medidas menos intrusivas. Antes bien, pesa sobre el Gobierno la responsabilidad de demostrar que los medios más limitados resultan insuficientes para proteger sus intereses, y sobre un tribunal la decisión de si el Gobierno ha cumplido o no con esta carga. *In re R.M.J.* (5.3.2.3., **Nota de la Secretaría**) y *Central Hudson* (5.3.1.). En el caso que resolvemos, nada sugiere que la legislatura de Puerto Rico haya evaluado alguna vez la eficacia de medidas distintas a la supresión de la expresión protegida. Y lo que es más importante, no se ha acreditado que las medidas alternativas no protegerían en forma adecuada el interés del Territorio en controlar los efectos perjudiciales supuestamente asociados al juego en los casinos. En estas circunstancias, la prohibición de Puerto Rico a la publicidad viola claramente la Enmienda I” (íd. pp. 357/358).

“La Corte cree que Puerto Rico puede válidamente impedir que sus residentes reciban expresiones comerciales veraces, en relación a una actividad que, por otra parte, es lícita, en razón del efecto que teme pueda producirles. Sin embargo, ‘es precisamente este tipo de elección -entre los peligros de suprimir información y los riesgos de usarla mal cuando esté libremente disponible- lo que la Enmienda I hace por nosotros’, *Virginia Pharmacy Board* (5.2.2.)” (íd. p. 358).

El *Justice Stevens*, con la adhesión de los *Justices Marshall* y *Blackmun*, manifestó que “la Corte concluye que el mayor poder que resulta necesario para prohibir completamente el juego en los casinos necesariamente incluye el menor poder para prohibir la publicidad de esa actividad. La determinación de si un Estado puede prohibir o no toda la publicidad de una actividad que permite realizar, pero que podría prohibir -como el juego, la prostitución o el consumo de marihuana o licor-, es una cuestión refinada de derecho constitucional. Sin embargo, no resulta apropiado tratarla en este caso, porque las restricciones un tanto extravagantes que Puerto Rico ha impuesto a la expresión están claramente prohibidas por el Enmienda I”.

“Puerto Rico no prohíbe simplemente la publicidad del juego en los casinos, sino que explosivamente discrimina el castigo que impone a la expresión en razón de la publicación de que se trate, la audiencia y las palabras empleadas. Además, las prohibiciones -tal como ahora han sido interpretadas por los tribunales de Puerto Rico-, establecen un régimen de censura previa y formulan un estándar que es desesperadamente vago e impredecible”.

“En relación al editor, la interpretación que hace la Suprema Corte, en forma

rigurosa y desenvuelta, favorece ciertas publicaciones y desfavorece otras. Si la publicación (o medio) es de un lugar distinto a Puerto Rico, resulta muy favorecida. Si, en cambio, la publicación es local de Puerto Rico, está sujeta a un régimen mucho más rígido de restricciones y controles en cuanto al modo que pueden adoptar ciertas formas de expresión (los avisos de casinos) en sus periódicos. A menos que la Corte esté preparada para considerar válida una reglamentación de la expresión dictada por Illinois que sujete al New York Times a un estándar y al Chicago Tribune a otro, no comprendo por qué declara válida la reglamentación de Puerto Rico que aplica un estándar al New York Times y otro al San Juan Star” (íd. pp. 359/360).

“En relación a la audiencia, las reglamentaciones -según la nueva interpretación hecha por la Suprema Corte de Puerto Rico- discriminan claramente en términos del lector o audiencia al que se dirigen. La publicidad de los casinos ‘debe estar dirigida a los turistas’. No debe ‘invitar a los residentes de Puerto Rico a visitar los casinos’. La reglamentación, por lo tanto, impone lo que puede considerarse un problema inverso en términos de la Cláusula de Inmidades y Privilegios de la Constitución de los Estados Unidos: los residentes de Puerto Rico son diferenciados para brindarles un tratamiento menos favorable que el que reciben todos los otros norteamericanos. Pero no es necesario hilar tan fino para reconocer el obvio problema que plantea este tipo de discriminación de la audiencia en términos de la Enmienda I. No puedo imaginar a la Corte declarando válida una reglamentación de Illinois que prohíbe la publicidad ‘dirigida’ a los residentes de ese Estado, pero que permite que el mismo anunciante transmita su mensaje a los visitantes; no deberíamos estar más dispuestos a declarar válida la reglamentación de Puerto Rico que prohíbe la publicidad ‘dirigida’ a los residentes de ese Territorio”.

“Con respecto a la restricción previa, la opinión del Superior Tribunal establece un régimen de censura previa. En una sección de la opinión que la mayoría omite incluir, el Tribunal explicó: ‘autorizamos aquí la publicidad de casinos en periódicos, revistas, radios, televisión o cualquier otro medio publicitario de nuestros juegos [de azar] en el exterior, siempre que la Compañía de Turismo haya aprobado previamente el texto del aviso, a cuyo efecto deberá presentársele previamente un borrador. Sin embargo, la Compañía no podrá aprobar fotografías o cuadros’. Es difícil imaginar una forma más obvia de restricción previa” (íd. pp. 360/361).

“En relación a la vaguedad, la interpretación del Superior Tribunal no brinda ningún estándar cierto o predecible para que Puerto Rico suprima ciertas formas de expresión. Parte del problema reside en que delinea las expresiones protegidas en términos de la audiencia a la que se dirigen. El tribunal de Puerto Rico afirmó que los anuncios de los casinos, dentro de Puerto Rico, son permisibles ‘siempre que no inviten a los residentes de dicho Territorio a visitar el casino, aun cuando esos avisos incidentalmente lleguen a manos de un residente’. La proposición general que hoy realiza la mayoría -de que un Estado puede prohibir la publicidad de una conducta permitida, siempre que pueda prohibir directamente dicha conducta- se parece poco a la reglamentación grotescamente defectuosa de la expresión hecha por Puerto Rico en este caso. Con toda certeza, la Enmienda I no

permite la franca discriminación que Puerto Rico hace entre las publicaciones, audiencias y palabras. Y tampoco debería permitirse que las sanciones por expresarse sean tan impredecibles y azarosas como el tiro de dados en un casino” (íd. pp. 361/363).

5.3.2.5. *Board of Trustees of the State University of New York et al. vs. Fox et al.* (492 US 469 -1989-).

5.3.2.5.1. Antecedentes de la causa: una resolución de la Universidad del Estado de Nueva York (SUNY) prohibía que las empresas comerciales desarrollaran actividades dentro de sus instalaciones. A raíz de que la policía del *campus* aplicó esta resolución para impedir que la empresa American Future Systems (AFS) hiciera una demostración y vendiera sus artículos domésticos en una reunión realizada en el dormitorio de un estudiante, varios alumnos, entre ellos Fox, accionaron judicialmente para obtener una sentencia declarativa de que esa medida violaba la Enmienda I. El tribunal de distrito impidió preventivamente la aplicación de la resolución pero, finalmente, se pronunció a favor de la SUNY, con base en que los dormitorios de la universidad no eran un foro público a los efectos de la actividad comercial, y que las restricciones a la libertad de expresión eran razonables a la luz del fin al que estaban afectadas dichas habitaciones. Considerando que la aplicación de la resolución universitaria constituía una restricción a la expresión comercial, la Cámara de Apelaciones aplicó el test formulado en *Central Hudson* (5.3.1.) y llegó a la conclusión de que no resultaba claro si la norma estaba directamente dirigida a satisfacer el interés invocado por el Estado y si, aun cuando ello fuera cierto, constituía el medio menos restrictivo para lograrlo. Por lo tanto, revocó la decisión y devolvió la causa al inferior. Ante ello, la SUNY dedujo un *writ of certiorari* ante la SC.

5.3.2.5.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: “No hay duda de que las ‘reuniones de Tupperware’ de la empresa AFS que los estudiantes intentan realizar ‘proponen una transacción comercial’. *Virginia Pharmacy Board* (5.2.2.), y que en consecuencia constituyen una expresión comercial. *Posadas de Puerto Rico Associates* (5.3.2.4.). Sin embargo, en ellas se tratan, además, otros temas como la forma de ser económicamente responsable y la manera de administrar eficientemente una casa” (íd. pp. 474/474).

“Hemos dejado en claro que la publicidad que vincula un producto con un debate público actual no merece, por esa circunstancia, la protección constitucional acordada a las expresiones no comerciales. *Central Hudson* (5.3.1.). Analizaremos, entonces, este caso sobre la base de que se trata de una expresión comercial”.

“La Cámara de Apelaciones resolvió, y las partes admitieron, que la expresión cuestionada propone una transacción lícita y que no es engañosa, y que por lo tanto goza de la protección de la Enmienda I. Dicho tribunal también resolvió acertadamente que los intereses invocados por el Gobierno en sustento de la medida impugnada resultan sustanciales: promover la educación y no una atmósfera comercial en los *campus* de la SUNY, promover la seguridad y la salubridad, impedir la explotación comercial de los estudiantes y preservar la tranquilidad en la residencia” (íd. p. 475).

“Nuestros casos han establecido reiteradamente que las limitaciones que el Gobierno impone a la expresión comercial no pueden ser más amplias de lo ‘necesario’ para satisfacer sus intereses sustanciales. Si la palabra ‘necesario’ se interpretara en forma estricta, esta exigencia se traduciría en el test del ‘medio menos restrictivo’ que la Cámara de Apelaciones aplicó en este caso. En algunos de nuestros precedentes existen, indudablemente, fórmulas que sustentan este punto de vista, como las declaraciones que hicimos en el mismo *Central Hudson* (5.3.1.) en el sentido de que si ‘el interés del Gobierno puede satisfacerse a través de restricciones más limitadas a la libertad de expresión comercial, las restricciones excesivas no pueden sobrevivir’. En realidad, hemos asumido *in dicta* la validez del criterio del ‘medio menos restrictivo’. Ver *Zauderer* (5.3.2.3.). Sin embargo, como hace mucho tiempo tuvimos ocasión de observar en relación a la Cláusula de lo Necesario y Apropiado de la Constitución, v. *McCulloch vs. Maryland* (4 Wheat 316 -1819-), la palabra ‘necesario’ se usa a veces en forma menos rigurosa. Otras manifestaciones hechas en nuestros casos sobre expresión comercial brindan sustento a un significado más flexible para el test de *Central Hudson* (5.3.1.). En *In re R.M.J.* (5.3.2.3., **Nota de la Secretaría**), por ejemplo, dijimos que las restricciones destinadas a impedir la publicidad engañosa deben estar ‘estrictamente delineadas’ y no ‘ser más amplias de lo que resulta razonable para satisfacer intereses sustanciales’. En *San Francisco Arts & Athletics Bar Assn vs. United States Olympic Committee* (483 US 522, 537 n° 16 -1987-), dijimos que la aplicación del test formulado en *Central Hudson* (5.3.1.) era ‘sustancialmente similar’ a la del aplicable a las restricciones al tiempo, lugar y forma en que se realiza una expresión, que no exige el medio menos restrictivo, según hemos declarado expresamente. *Clark vs. Community for Creative Non-Violence* (468 US 288 -1984-). Cualquiera sea el contenido conflictivo de nuestros *dictums* anteriores, ahora nos concentramos específicamente por primera vez en esta cuestión, y llegamos a la conclusión de que corresponde aplicar un estándar menos riguroso que el del medio menos restrictivo”.

“Nuestra jurisprudencia ha destacado que ‘la expresión comercial goza de un grado limitado de protección, conmensurado a la posición subordinada que ocupa en la escala de valores de la Enmienda I’ y que está sujeta a ‘formas de reglamentación que resultarían impermisibles en el reino de la expresión no comercial’. *Ohralik* (5.2.3.6.). Esas declaraciones sugieren un poder reglamentario de amplio alcance que resultaría ilusorio si estuviera sujeto a la exigencia del medio menos restrictivo, que impone una pesada carga al Estado. Ver *Shelton vs. Tucker* (364 US 479 -1960-), *Nixon vs. Administrator of General Services* (433 US 425 -1977-). Cf. *Widmar vs. Vincent* (454 US 263, 279 n. 3 -1981-).”.

“Nos hemos abstenido de exigir la elección del medio menos restringido -aún en relación a expresiones medularmente políticas- al evaluar la validez de las llamadas restricciones del tiempo, lugar y forma. Hemos considerado válidas esas reglamentaciones en la medida en que se encuentren ‘estrechamente diseñadas’ para satisfacer un interés gubernamental importante, estándar que no hemos entendido que requiera la eliminación de todas las alternativas menos restrictivas. En forma similar hemos considerado a la reglamentación gubernamental de la conducta expresiva, en la que se incluye la que

transmite opiniones políticas. Al exigir que estén ‘estrechamente diseñadas’ para satisfacer un interés estadual sustancial o importante, no hemos insistido en que no exista otra alternativa concebible, sino solamente en que la reglamentación ‘no imponga una carga sustancial a la libertad de expresión más importante de lo que resulta necesario para satisfacer los legítimos intereses del Gobierno’. *Ward vs. Rock Against Racism* (491 US 781, 799 -1989-). Y hemos sido reacios a considerarnos más hábiles que el Gobierno a este efecto, v. *Clark vs. Community for Creative Non-Violence* (448 US 288, 299 -1984-), *United States vs. Albertini* (472 US 675, 689 -1985-). Si bien estas dos líneas de precedentes no rigen este caso, creemos que aplicar un estándar más rígido en este contexto resultaría incompatible con la ‘posición subordinada que la expresión comercial ocupa en la escala de los valores de la Enmienda I’” (íd. pp. 478/479).

“En ninguno de los casos en que invalidamos una reglamentación de la expresión comercial, estaba comprometida una norma que fuera sólo marginalmente más allá de lo que hubiera resultado adecuado para satisfacer los intereses del Gobierno. Por el contrario, casi todas las restricciones que no satisficieron el cuarto requisito de *Central Hudson* (5.3.1.) eran sustancialmente excesivas, haciendo caso omiso de la posibilidad de haber aplicado ‘medios mucho menos restrictivos y mucho más precisos’. *Shapero vs. Kentucky Bar Association* (5.3.2.3., **Nota de la Secretaría**). Ver, por e.g. *Zauderer* (5.3.2.3.) *In re R.M.J.* (5.3.2.3., **Nota de la Secretaría**), *Bates* (5.2.3.4.). Por otro lado, las decisiones que declararon válida una reglamentación de la expresión comercial tampoco pueden conciliarse con una exigencia del medio menos restrictivo”.

“En resumen, si bien hemos insistido en que ‘el libre flujo de información comercial tiene suficiente valor como para imponer a los potenciales reglamentadores el costo de distinguir lo inofensivo de lo dañoso’, *Shapero* (5.3.2.3., **Nota de la Secretaría**), citando *Zauderer* (5.3.2.3.), no hemos llegado a imponerles la carga de demostrar que la distinción es 100% perfecta, o que la forma de la restricción es, en términos absolutos, la menos rigurosa de las que logran satisfacer el fin perseguido. Lo que nuestras decisiones requieren es una adaptación entre los fines perseguidos por la legislatura y los medios elegidos para alcanzarlos -*Posadas* (5.3.2.4.)-, un ajuste que no necesariamente es perfecto, sino razonable; que no representa necesariamente la única decisión buena, sino una cuyo alcance es ‘proporcional al interés protegido’, *In re R.M.J.* (5.3.2.3., **Nota de la Secretaría**); que no emplea necesariamente el medio menos restrictivo sino, tal como hemos sostenido en los otros contextos ya mencionados, un medio estrechamente diseñado para lograr el objetivo deseado. Dentro de esos límites dejamos que los funcionarios gubernamentales juzguen qué forma de reglamentación es la mejor”.

“Rechazamos la pretensión de que el test que hemos descripto sea excesivamente permisivo. Por supuesto, es muy diferente del de la ‘base racional’ usado para aplicar la Cláusula de la Igual Protección de la Enmienda XIV. Para satisfacer este último estándar basta con que pueda considerarse que la ley persigue la satisfacción de un objetivo legítimo del Gobierno, sin entrar a analizar si lo logra a un costo inusual. Aquí exigimos que el objetivo del Gobierno sea sustancial, y que el costo esté cuidadosamente calculado.

Además, como pesa sobre el Estado la carga de justificar sus restricciones, v. *Zauderer* (5.3.2.3.), debe acreditar la adaptación razonable que exigimos. Al negarnos a imponer una exigencia adicional de emplear el medio menos restrictivo, tomamos en cuenta lo difícil que resulta establecer con precisión el punto en el cual las restricciones son más costosas de lo que su objeto requiere, y dejamos a los Poderes Legislativo y Ejecutivo el espacio suficiente en un campo (la libertad de expresión comercial) que 'tradicionalmente ha estado sujeto a la reglamentación gubernamental'. *Ohralik* (5.2.3.6., pp. 455/56). Lejos de debilitar las protecciones esenciales de la Enmienda I, pensamos que esta decisión las fortalece. 'Exigir una paridad de protección constitucional para la expresión comercial y no comercial, invitaría a la dilución, simplemente por un proceso de nivelado, de la fuerza de la garantía de la Enmienda en relación a este último tipo de expresión'. Id, p. 456" (íd. pp. 480/481).

Voto de la disidencia: El *Justice* Blackmun, con la adhesión de los *Justices* Brennan y Marshall, manifestó que "la mayoría sostiene que el análisis del 'medio menos restrictivo' no se aplica a los casos de expresión comercial, decisión a la que sólo puede llegar atribuyendo un significado bastante opuesto al lenguaje utilizado en nuestros casos anteriores. A esos efectos, reputa como *dictum* la referencia que en *Zauderer* (5.3.2.3.) hizo a este análisis, a pesar de que ella parece integrar su *holding* de que la prohibición a la publicidad de los abogados allí cuestionada no resultaba 'necesaria para la satisfacción de un interés gubernamental importante'. Yo hubiera preferido dejar la cuestión del medio menos restrictivo para otra oportunidad y resolver este caso sobre la base alternativa y más limitada del *overbreadth* (Nota de la Secretaría), que nos permite eludir una revisión sustancial de los precedentes de la Corte en el área de expresión comercial" (íd. pp. 486/487 y nota 1).

Nota de la Secretaría:

- v. *Cincinnati vs. Discovery Network* (507 US 123 L Ed 2d. 99 -1993-), donde la SC aplicó el análisis que antecede para declarar la invalidez de la prohibición que selectivamente había impuesto Cincinnati a la distribución, vía *newsrack*, de "volantes comerciales".

- "La doctrina del '*overbreadth*' parte de la premisa de que las libertades garantizadas por la Enmienda I son tan importantes que un Estado, aun cuando tiene facultades para reglamentar un área, 'debe ejercerlas de modo de no violentar un derecho protegido en aras de satisfacer un propósito permitido' (*Cantwell vs. Connecticut*, 310 US 296, 304 -1940-). Una ley '*overbroad*' - redactada en forma demasiado amplia- tiene por objeto imponer cargas o castigar actividades que no gozan de protección constitucional, pero alcanza también a actividades amparadas por la Enmienda I" (NOWAK, John E. y ROTUNDA, Ronald D., *Constitutional Law*, 4º ed., Ed. West Publishing Co., 1991, p. 944).

5.3.2.6. Edenfield vs. Fane (507 US 761 -1993-).

5.3.2.6.1. Antecedentes de la causa: el contador público Fane promovió una acción ante el *Board of Accountancy* de Florida solicitando el dictado de una sentencia declarativa

y de una orden de no hacer, con base en que la norma que prohibía que los contadores públicos buscaran nuevos clientes “en forma directa, personal, y no solicitada” violaba las Enmiendas I y XIV. Alegó que, de no existir la prohibición, buscaría clientes a través de sus contactos personales, como había hecho mientras ejercía su profesión en Nueva Jersey, donde esa forma de promoción está autorizada. El tribunal federal de distrito prohibió la aplicación de la norma y la Cámara de Apelaciones confirmó esta decisión. En tales condiciones, los demandados presentaron un *writ of certiorari* ante la SC.

5.3.2.6.2. Decisión de la SC:

Voto de la mayoría: confirmó la sentencia recurrida por los fundamentos elaborados en *Zauderer* (5.3.2.3.), pero hizo un análisis más pormenorizado del tercer paso del estándar de *Central Hudson* (5.3.1.), en los siguientes términos: “Este test exige que la reglamentación restrictiva de la expresión comercial ‘fomente directamente el interés estadual comprometido; una reglamentación no puede considerarse válida si sólo brinda un sustento remoto o ineficaz al objetivo perseguido por Gobierno”. *Central Hudson* (5.3.1.).

“Se encuentra bien establecido que ‘la parte que pide que se declare válida una restricción a la expresión comercial tiene la carga de justificarla’. *Bolger* (5.3.2.2.), *Fox* (5.3.2.5.). Esta carga no se cumple haciendo una simple especulación o conjetura; antes bien, un organismo gubernamental que quiere justificar la imposición de una restricción a la expresión comercial debe demostrar que los riesgos que invoca son reales, y que la limitación que pretende establecer realmente los aliviará en un grado importante. Sin esta exigencia, un Estado fácilmente podría limitar la expresión comercial para satisfacer otros objetivos que podrían no ser suficientes para justificar la imposición de una carga a la expresión comercial” (íd. pp. 770/771).

Voto concurrente: el *Justice* Blackmun se adhirió a la opinión de la mayoría pero, sin embargo, destacó que no compartía ninguna parte o inferencia que pueda hacerse de aquélla, en el sentido de que una expresión comercial que no es fraudulenta ni coercitiva y que no defiende una actividad ilícita sólo merece un “grado intermedio” de protección de la Enmienda I (íd. pp. 777/778).

Voto de la disidencia: la *Justice* O'Connor sostuvo: “Sigo creyendo que esta Corte tomó un mal camino en *Bates* (5.2.3.4.) y que ha agravado este error al resolver que gozan de protección formas cada vez menos profesionales de publicidad hechas por abogados. *Zauderer* (5.3.2.3.), *Shapero* (5.3.2.3., **Nota de la Secretaría**), *Peel* (5.3.2.3., **Nota de la Secretaría**). Estos casos se concentran, consistentemente, en analizar si la publicidad cuestionada perjudica directamente al receptor: si es falsa o engañosa, o es ‘intrusiva, invasora de la intimidad o ejerce una influencia indebida’. *Shapero* (5.3.2.3., **Nota de la Secretaría**). Este enfoque es demasiado restrictivo. Considero que los Estados tienen un poder más amplio para prohibir expresiones comerciales que, si bien no perjudican directamente al receptor, resultan inconsistentes con la circunstancia de que el dicente pertenece a una profesión reconocida, y que por lo tanto perjudican a la profesión y a la sociedad en general”.

“No veo ninguna diferencia constitucional entre una regla que prohíbe que los

abogados busquen clientes en forma personal y otra que impide que los contadores públicos hagan ese tipo de promoción” (id. pp. 778/780).

5.3.2.7. Robert E. Rubin, Secretary of the Treasury vs. Coors Brewing Co. (63 LW 4319 -1995-).

5.3.2.7.1. Antecedentes de la causa: la *Federal Alcohol Administration Act (FAAA)* prohíbe que las etiquetas de cerveza informen el contenido alcohólico de la bebida. El *Federal Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms* aplicó esta norma y rechazó las etiquetas que la empresa Coors Brewing Co. presentó para su aprobación y que contenían dicha información. En tales condiciones, la empresa promovió una acción judicial fundada en que la **FAAA** violaba la protección que la Enmienda I brinda a la expresión comercial. El Gobierno, por su parte, sostuvo que la prohibición resultaba necesaria para suprimir la amenaza que representaban las “guerras de fuerza” entre cerveceros, los cuales, de no existir una reglamentación, intentarían competir en el mercado con base en la potencia de sus cervezas. El tribunal de distrito declaró la invalidez de la restricción, y la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión. Si bien este último tribunal encontró que el interés que tenía el Gobierno en suprimir las “guerras de fuerza” era “sustancial” en términos del test elaborado en *Central Hudson (5.3.1.)*, resolvió que la prohibición violaba la Enmienda I porque no fomentaba la satisfacción de ese interés en una forma directa e importante. En tales condiciones, el Secretario del Tesoro, interpuso un *writ of certiorari* ante la **SC**.

5.3.2.7.2. Decisión de la **SC**:

Voto de la mayoría: “Ambas partes son contestes en que la información que contienen las etiquetas de la cerveza constituye una expresión comercial. Por lo tanto, la someteremos al test elaborado en *Central Hudson (5.3.1.)*”.

“El Gobierno alega que *Central Hudson (5.3.1.)* establece un estándar demasiado riguroso para revisar la validez de esta norma, y nos urge a sustituirlo por un criterio mucho más deferente hacia las restricciones a la expresión comercial vinculada al alcohol. Fundándose en *United States vs. Edge Broadcasting (509 US 418 -1993-)* y *Posadas de Puerto Rico (5.3.2.4.)*, el Gobierno sugiere que las legislaturas tienen facultades más amplias para reglamentar las expresiones que promueven actividades socialmente perjudiciales, como el consumo de alcohol, que para reglamentar otros tipos de expresión. Si bien en *Edge Broadcasting* y en *Posadas (5.3.2.4.)* estaba comprometida la publicidad de los juegos de azar, el Gobierno alega que también hemos aplicado ese principio a las expresiones vinculadas al alcohol. V. *California vs. LaRue (409 US 109, 138 -1972-)*, donde resolvimos que un Estado puede prohibir el baile nudista en bares y clubes nocturnos en donde se sirve licor”.

“Ni *Edge Broadcasting* ni *Posadas (5.3.2.4.)* nos obligan a elaborar una excepción al estándar de *Central Hudson (5.3.1.)*, ya que en ambos casos aplicamos este último criterio. Efectivamente, en *Edge Broadcasting* eludimos expresamente tratar el argumento que el Gobierno formula aquí, porque consideramos que la reglamentación cuestionada satisfacía el estándar de *Central Hudson (5.3.1.)*. Es verdad que en *Posadas (5.3.2.4.)* este tribunal

declaró que el Gobierno de Puerto Rico podía prohibir la publicidad promocional del juego en los casinos, porque podía haber optado por prohibir totalmente el juego. Pero la Corte llegó a este argumento sólo después de haber comprobado que la reglamentación estadual satisfacía el estándar de *Central Hudson* (5.3.1.). La Corte hizo esta observación en respuesta a una pretensión alternativa de que la reglamentación de Puerto Rico era inconsistente con *Carey vs. Population Services* (5.2.3.3.) y *Bigelow* (5.2.1.)”.

“*LaRue* tampoco brinda sustento a la posición del Gobierno ya que en este caso no se analizó una expresión comercial referida al alcohol sino una reglamentación del baile nudista en los lugares donde se vende alcohol” (íd. p. 4321 y nota 2).

“Tanto los tribunales inferiores como las partes están de acuerdo en que el apelado sólo quiere difundir en las etiquetas información fáctica veraz, verificable y no engañosa sobre el contenido alcohólico de la cerveza. Por lo tanto, nuestro análisis se concentra en la importancia del interés que subyace en la norma impugnada y en la determinación de si esta prohibición está razonablemente adaptada a la satisfacción del objetivo perseguido por el Gobierno. Una consideración cuidadosa de estos factores indica que la norma viola la protección que la Enmienda I acuerda a la expresión comercial”.

“El Gobierno identifica dos intereses que considera suficientemente ‘sustanciales’ como para justificar la prohibición. En primer lugar, alega que ésta promueve la satisfacción del interés del Congreso en vencer las ‘guerras de fuerza’ entre los cerveceros, los cuales podrían intentar competir para conseguir consumidores fundados en el contenido alcohólico. Sostiene también que la restricción que impone la **FAAA** impide que un cierto tipo de bebedores de cerveza -el que opta por una bebida en razón de su alta potencia- la elija exclusivamente en razón de su contenido alcohólico. De acuerdo a este punto de vista, la prohibición de difundir información sobre una característica específica de un producto disminuirá la posibilidad de que los consumidores elijan el producto con ese criterio”.

“El apelado, por su parte, sostiene que el Congreso, en realidad, quería que la **FAAA** satisficiera el objetivo bien diferente de impedir que los cerveceros dieran información no veraz sobre el contenido alcohólico de las bebidas que fabrican. Cuando el Congreso aprobó la **FAAA** en 1935 -agrega-, los cerveceros no tenían la tecnología necesaria para producir cerveza con niveles de alcohol que se encontraran dentro de tolerancias predecibles, una habilidad que los productores modernos de cerveza ahora poseen. Sostiene también que la verdadera política que subyace en la reglamentación federal del alcohol no aspira a suprimir las mencionadas guerras. De ser ese su objetivo, el Gobierno no aplicaría una política opuesta a los vinos y bebidas espirituosas, áreas en las que exige la inclusión de esta información en las etiquetas”.

“En lugar de suprimir el libre flujo de información fáctica en el mercado de vinos y bebidas espirituosas, el Gobierno intenta controlar las luchas de fuerza mediante el control de las promociones y estrategias de comercialización de las destilerías. El apelado destaca asimismo que la política federal de alcohol parece favorecer una mayor -no una menor- difusión de información y que esta parece ser también la tendencia en la reglamentación federal de otros productos de consumo”.

“El apelado propone una interpretación plausible del objetivo que subyace en esta norma, pero la prevención de las declaraciones engañosas sobre el contenido alcohólico no necesita ser el único objetivo gubernamental perseguido. En *Posadas de Puerto Rico* (5.3.2.4.) encontramos que el interés de la legislatura de Puerto Rico en promover la salud, seguridad y bienestar de sus ciudadanos, mediante la reducción de la demanda de juego, resultaba suficientemente ‘sustancial’ como para justificar la reglamentación allí impugnada. De igual manera, aquí también el Gobierno tiene un interés significativo en proteger la salud, seguridad y bienestar de sus ciudadanos, que intenta satisfacer impidiendo que los cerveceros compitan en base al contenido alcohólico, lo que podría conducir a una mayor tasa de alcoholismo y a la generación de otros costos sociales concomitantes. No tenemos motivos para pensar que si se produjeran las guerras de fuerza, no causarían la clase de perjuicio social que el Gobierno espera prevenir”.

“El Gobierno intenta reforzar su posición alegando que la prohibición cuestionada no sólo controla dichas guerras, sino también ‘facilita’ los esfuerzos que hace el estado para reglamentar el alcohol en términos de la Enmienda XXI”.

En relación a este último argumento, “concluimos que el interés que el Gobierno tiene en preservar la autoridad estadual no resulta suficientemente sustancial como para satisfacer el estándar formulado en *Central Hudson* (5.3.1.).

“Los restantes factores de *Central Hudson* (5.3.1.) exigen que una restricción a la expresión comercial promueva directamente el interés gubernamental y no sea más amplia de lo que resulta necesario para satisfacerlo. Hemos dicho que ‘los últimos dos pasos de *Central Hudson* (5.3.1.) básicamente exigen analizar el ajuste entre los objetivos perseguidos por la legislatura y los medios elegidos para lograrlos. *Posadas* (5.3.2.4.)”.

“En 1993, en el caso *Edenfield* (5.3.2.6.) tuvimos la oportunidad de explicar la exigencia de que la reglamentación de la expresión comercial ‘promueva directamente la satisfacción del interés invocado por el Gobierno’. El Gobierno intenta cumplir esta carga señalando la actual evolución del mercado del consumidor. Alega que en el segmento del ‘licor de malta’ del mercado cervecero, los productores de cerveza ya están compitiendo y haciendo publicidad en base al contenido alcohólico. El Gobierno dirige nuestra atención a los motivos que impulsaron al apelado a promover esta acción para intentar demostrar que esta competencia amenaza con difundirse al resto del mercado. El apelado supuestamente se ve perjudicado por que los consumidores creen erróneamente que su cerveza contiene menos alcohol que la de otras marcas. Según el Gobierno, una vez que el apelado salga victorioso en esta acción, usará sus etiquetas para superar esta desventaja” (íd. pp. 4322/4323).

“De acuerdo a la teoría del Gobierno, la norma impugnada suprime la amenaza de esa competencia al impedir que los consumidores elijan las cervezas sobre la base de su contenido alcohólico”.

“Concluimos que el interés que tiene el Gobierno en combatir las guerras de fuerza sigue siendo, con toda seguridad, un objetivo válido. Pero la irracionalidad de su esquema reglamentario, tan abstruso y singular, asegura que la prohibición impugnada no logrará

satisfacer este objetivo. Hay pocas posibilidades para que la FAAA pueda promover directa y materialmente la satisfacción de este objetivo cuando otras disposiciones de la misma ley debilitan directamente y contrarrestan sus efectos”.

“Aún en el caso de que la norma satisficiera el estándar formulado en *Edenfield* (5.3.2.6.), no sobreviviría al análisis en términos de la Enmienda I porque la reglamentación gubernamental de la libertad de expresión no está suficientemente adaptada al fin que persigue. La disponibilidad de otras opciones, todas las cuales fomentarían la satisfacción del interés invocado por el Gobierno en una forma menos intrusiva en los derechos que al apelado acuerda la Enmienda I, indican que la norma impugnada es más amplia de lo necesario” (íd. p. 4232/4324).

Voto concurrente: -expuso el Justice Stevens- “Si bien comparto la persuasiva demostración que la Corte hace de que esta ley no satisface el interés invocado por el Gobierno en impedir las ‘guerras de fuerza’, escribo en forma separada porque estoy convencido de que la inconstitucionalidad de la ley es más manifiesta de lo que indica la opinión de la Corte. En lugar de buscar sustento en el enfoque anunciado en *Central Hudson* (5.3.1.), creo que la Corte debería preguntarse si el fundamento que permite una mayor reglamentación de la expresión comercial que en otros tipos de expresión, resulta de algún modo aplicable a esta ley inusual”.

“En mi opinión, la ‘doctrina de la expresión comercial’ no es la que debe aplicarse en este caso, porque la FAAA no impide las expresiones engañosas ni protege a los consumidores de los riesgos de una información incompleta. En cualquier otro contexto, una declaración veraz sobre el contenido alcohólico de las bebidas de malta gozaría de la completa protección de la Enmienda I; sin invocar alguna justificación adaptada al carácter especial de la expresión comercial, el Gobierno no debería poder suprimir esa misma expresión veraz por la sola circunstancia de que aparece en la etiqueta de un producto que se vende” (íd. p. 4324).

“El continuo sustento que la Corte busca en el enfoque erróneo adoptado en *Central Hudson* (5.3.1.) hace que este caso parezca más difícil de lo que es en realidad. En *Central Hudson* (5.3.1.), la Corte declaró que la expresión comercial es categóricamente distinta de otras expresiones protegidas por la Enmienda I” (íd. p. 4324).

“Como una cuestión de sentido común, toda descripción de la expresión comercial que tenga por objeto identificar la categoría de expresión que recibe menos protección de la Enmienda I, debería vincularse con las razones que existen para permitir una reglamentación más amplia, esto es, con el potencial de engaño que tiene la expresión comercial”.

“En este caso, el Gobierno no ha identificado un interés suficiente para suprimir la expresión informativa veraz y simple aquí cuestionada. Un caso diferente sería si el Congreso hubiera intentado reglamentar todas las declaraciones de contenido alcohólico para impedir que los cerveceros engañen a los consumidores en relación al verdadero contenido alcohólico de sus bebidas. Pero creo que cuando éste no es el caso, el apelado tiene un derecho constitucional a dar al público información precisa sobre el contenido alcohólico de las bebidas de malta que produce. No veo ninguna razón para que esa

información goce de un menor grado de protección constitucional por la circunstancia de que se difunde en las etiquetas de los productos del apelado. Por el contrario, la ley aquí impugnada debería estar sujeta al mismo riguroso grado de revisión que cualquier otra restricción fundada en el contenido de una expresión protegida” (íd. p. 4325).

5.4. Cuarto paso

5.4.1. *44 Liquormart, Inc. and Peoples Super Liquor Stores, Inc. vs. Rhode Island and Rhode Island Liquor Stores Association* (64 LW 4313 -1996): v. **investigaciones 1** (1996), p. 13. Asimismo, un comentario a este fallo puede consultarse en *Harvard Law Review*, vol. 110, n° 1, noviembre 1996, pp. 216/226.

Rolando E. Gialdino y Mercedes de Urioste

TEXTOS ESCOGIDOS

[1]

BIOÉTICA. LEGISLACIÓN. PRINCIPIOS. PERSONA HUMANA. HOMBRE ANIMADO Y SOCIAL. HOMBRE BIOLÓGICO. MENORES. PERSONAS POR NACER. DIAGNÓSTICO

PRENATAL. EMBRIONES. CUERPO HUMANO. PRO-TECCIÓN. CONSENTIMIENTO. DONACIÓN DE ÓRGANOS. UTILIZACIÓN DE ELEMENTOS DEL CUERPO HUMANO. PROCREACIÓN HUMANA. FECUNDACIÓN *IN VITRO*. INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. CONSENTIMIENTO. IDENTIFICACIÓN GENÉTICA. DERECHO A LA IDENTIDAD. DERECHO AL ANONIMATO. DERECHO A LA INTIMIDAD. ORDEN PÚBLICO BIOLÓGICO. ORDEN PÚBLICO ÉTICO. ESPECIE HUMANA. NIÑOS. PROCREACIÓN ASISTIDA. EMBRIONES (DOCTRINA/ FRANCIA).

Hacia un estatuto del hombre biológico

Las leyes sobre la bioética

1. El nivel de la investigación y de la práctica médica permiten, actualmente, separar al hombre animado y social del hombre biológico. El problema del régimen jurídico de este último es difícil de resolver; con las leyes sobre bioética, Francia ha realizado un cierto número de elecciones fundamentales (leyes n° 94-653, del 29-7-1994, relativa al respeto del cuerpo humano; n° 94-654, del 29-7-1994, relativa a la donación y utilización de elementos del cuerpo humano, a la asistencia médica y a la procreación y al diagnóstico prenatal; n° 94-548, del 1-7-1994, relativa al tratamiento de los datos nominativos que tienen por finalidad la investigación en el ámbito de la salud).

1.1. Los progresos científicos extraordinarios de los últimos tiempos, particularmente de la biología, que entrañan la capacidad de transformación del hombre por el hombre y el poder sobre su propia especie, han modificado la problemática de los derechos del hombre y de las libertades públicas. Esta perspectiva es demostrativa de que la señalada problemática desborda la reflexión de la sola comunidad de los investigadores. Esta complejidad, que ha hecho difícil la tarea legislativa, debe ser superada, pues la adopción de un régimen jurídico del hombre biológico se ha vuelto inevitable.

1.2. La necesidad de legislar sobre el hombre biológico es considerada evidente por la gran mayoría de los pensadores, lo cual se apoya en dos comprobaciones: por un lado, existe una demanda hacia el legislador que proviene de diversos horizontes, y, por el otro, también existe una falta de legislación, al paso que las otras fuentes del derecho son insuficientes para resolver los problemas.

1.2.1. La demanda de intervención del legislador.

Esta demanda deriva, en principio, de los científicos, genetistas y biólogos, investigadores y médicos, que desean verse protegidos ante los riesgos de exceso de sus poderes. Cada investigador, cualquiera fuese su dominio, está determinado a avanzar hasta el límite en sus trabajos, y la mayor parte de las tentativas de autorregulación tienden a malograrse. Es necesario, entonces, que las reglas sean impuestas desde el "exterior".

Asimismo, dicha demanda también se origina, por un lado, en la sociedad francesa pues las cuestiones contenciosas se acrecientan y los tribunales precisan leyes para resolverlas, y, por el otro, en la sociedad internacional dado que numerosos países ya han legislado en el terreno de la bioética, a lo que se suman las convenciones internacionales en

la materia.

1.2.2. Las fuentes del derecho distintas de la ley resultan insuficientes.

En efecto, ante la ausencia de leyes, la jurisprudencia y los reglamentos han sido utilizados para la solución de las cuestiones.

Empero, la jurisprudencia se ve entonces obligada a descubrir los principios generales fundándose en casos particulares, cuando debería hacerse lo contrario, es decir, definir en primer lugar dichos principios para reglar después las excepciones. La jurisprudencia es vacilante y no podría ser de otra manera, pues los jueces no pueden hacer referencia a grandes principios de valor constitucional ya que las declaraciones de derechos y los preámbulos de las constituciones guardan silencio, prácticamente, sobre los principios fundantes de una bioética, y las escasas leyes son a veces contradictorias en el nivel de los principios.

La escasez de dichos principios con valor constitucional sobre la bioética ha sido puesta a la luz por la decisión del Consejo Constitucional (27-7-1994), que tuvo por objeto la ley relativa al respeto del cuerpo humano y la ley relativa a la donación y a la utilización de elementos del cuerpo humano, la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal .

El Consejo Constitucional, por un lado, sólo enumeró pocas normas constitucionales aplicables al control de dichas leyes:

a) según el preámbulo de la Constitución de 1946, “todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ni creencia, tiene derechos inalienables y sagrados”, por lo que la salvaguarda de la persona humana contra toda forma de servidumbre y de degradación es un principio de valor constitucional;

b) la libertad individual proclamada por los arts. 1, 2 y 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano debe, sin embargo, conciliarse con los otros principios de valor constitucional;

c) según el décimo párrafo del preámbulo de la Constitución de 1946: “La nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo”, y, según la parte final del párrafo once “Ella garantiza a todos, especialmente al niño, a la madre, ... la protección de la salud...”.

Por otro lado, el Consejo Constitucional, en razón de la inexistencia de determinados principios de valor constitucional o de su falta de vocación para ser aplicados en el caso, reconoció al legislador, un vasto poder:

a) “tratándose de la selección de embriones no existe... ninguna disposición ni principio de valor constitucional que consagre la protección del patrimonio genético de la humanidad”;

b) “ninguna disposición del preámbulo de la Constitución de 1946 obsta a que las condiciones de desarrollo de la familia sean aseguradas por la donación de gametos o embriones en las condiciones previstas por la ley”, y “la prohibición de dar a los niños así concebidos la identidad de los donantes no ha de ser considerada atentatoria de la protección de la salud tal como está garantizada por dicho Preámbulo”;

c) “tratándose de decisiones individuales relativas a estudios con fines médicos, la exigencia de un dictamen en conformidad de una comisión administrativa... podría ser prevista por el legislador sin que por ello desconociese su propia competencia”;

d) “ninguna disposición ni principio con valor constitucional prohíbe las interdicciones prescriptas por el legislador de establecer un vínculo de filiación entre el niño nacido de la procreación y el autor de la donación y de ejercer una acción de responsabilidad en contra de éste”.

Si la solución por vía jurisprudencial parece azarosa, la proveniente de los reglamentos sería contraria al art. 34 de la Constitución, dada la ausencia de la ley que fije las garantías fundamentales del ejercicio de las prácticas comprendidas bajo el término de bioética.

1.2.3. La dificultad de legislar en materia de bioética.

La señalada dificultad deriva, en primer lugar, de la incertidumbre sobre la finalidad que debería perseguir la ley, y, en segundo lugar, de los impedimentos para alcanzar el principio de conciliación.

1.2.3.1. La incertidumbre sobre la finalidad de la ley.

En la tarea de legislar sobre la bioética, el legislador debe trazar los límites de las prácticas médicas pero, al unísono, debe consagrar, dándoles licitud, aquellas que serán aceptadas. Se trata de un rol de guardián del discernimiento ético respecto de las técnicas biomédicas aplicadas a la persona humana. Pero el discernimiento del bien y del mal en el dominio ético es del orden “metajurídico” y, por ende, “metaparlamentario”. La validez de una decisión tomada por mayoría no puede fundar lo ético. Lo legal no es necesariamente moral, aun cuando sea deseable su coincidencia. El legislador debe tener, esencialmente, el cuidado de proteger el futuro de la sociedad prohibiendo lo que constituya una amenaza grave y inmediata, y, por el contrario, tolerar lo que es imposible prohibir sin provocar consecuencias todavía más graves. Luego, la finalidad de la ley será más coyuntural que universal, lo que supone una conciliación difícil de alcanzar.

1.2.3.2. La dificultad de realizar el principio de conciliación.

El inconveniente esencial que ha encontrado el legislador es el de conciliar principios en apariencia contradictorios, como lo demuestran sus vacilaciones para enunciar un principio de conciliación en el trámite de la ley relativa al cuerpo humano.

El escollo se acrecienta cuando son numerosos los principios entre los cuales se debe establecer un orden jerárquico.

En suma, el inconveniente para materializar el principio de conciliación deriva de la ausencia de consenso sobre las opciones filosóficas determinantes, sobre una creencia o una ética.

Todo ello tradujo, en el terreno legislativo, un procedimiento parlamentario prolongado y rico.

1.2.4. El procedimiento parlamentario prolongado y rico.

El proceso legislativo francés, iniciado en 1988, recibió el aporte de numerosos estudios oficiales (del Consejo de Estado, del Primer Ministro, etc.), y la contribución de

las legislaciones extranjeras y los trabajos del Comité consultivo nacional de ética (creado en 1983).

1.2.5. Las elecciones efectuadas.

La legislación sobre bioética comprende tres textos de ley. La razón de ello fue la necesidad de diferenciar las disposiciones propias del Código Civil, del Código de la Salud y las reglas deontológicas. Cada texto guarda coherencia con uno de esos principales códigos, y ha sido elaborado según un método empírico, pragmático y prudente. Las leyes de bioética son, desde el punto de vista metodológico, la antítesis de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano; no están fundadas sobre una concepción del hombre universal, sino de un hombre "situado", aun cuando reposen sobre la creencia largamente compartida de que no somos propietarios de nuestro cuerpo, ni éste es una cosa.

2. Los derechos del hombre biológico.

La citada ley del 29-7-1994, relativa al respeto del cuerpo humano, introduce en el título 1ro. del libro del Código Civil titulado "De los derechos civiles", un capítulo 2 "Del respeto del ser humano", que establece un principio fundamental: "La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe todo atentado a su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de la vida" (art. 16).

2.1. Un estatuto jurídico protector del cuerpo humano.

La mencionada protección se asienta sobre el principio del consentimiento y sobre las protecciones legales.

2.1.1. El principio del consentimiento.

Es una aplicación al estatuto del cuerpo del principio de la autonomía de la voluntad, y las leyes de bioética le dan un campo de aplicación amplio, aseguran el carácter esclarecido del consentimiento, disponen su expresión de diferentes formas, y lo garantizan mediante sanciones penales.

2.1.1.1. El extenso campo de aplicación del consentimiento.

El consentimiento es requerido en materia terapéutica: la integridad del cuerpo humano no puede ser vulnerada sino "en caso de necesidad terapéutica para la persona y el consentimiento del interesado debe ser obtenido previamente fuera del caso en que su estado torne necesaria una intervención terapéutica y aquél no esté en condiciones de consentir" (art. 16-3, Código Civil).

El consentimiento también es exigido en diversas situaciones, v.gr.: examen de las características genéticas, extracción de elementos del cuerpo humano y recolección de sus productos, donación de órganos, etc. Distínguense, asimismo, hipótesis como: a) la donación de gametos, lo cual, amén del consentimiento del donante, requiere el de los dos miembros de la pareja receptora (esto último también sucede con la realización de diagnósticos biológicos efectuados a partir de células tomadas del embrión *in vitro*); b) extracción de órganos de personas muertas, que no puede ser realizado si ésta, en vida, hizo conocer su rechazo a dicha práctica; c) empleo de datos nominativos, etc.

La identificación de una persona por sus datos genéticos sólo es admisible en el marco de medidas de investigación de un procedimiento judicial o con fines médicos o de

investigación científica En materia civil, dicha investigación debe ser ordenada por un juez con motivo de la acción tendiente a la determinación o impugnación de un vínculo de filiación, o a la obtención o supresión de subsidios.

2.1.1.2. El carácter esclarecido del consentimiento.

Dicho carácter se asegura mediante la información previa que debe proporcionársele al interesado, y cuyo contenido y trámite varía según los supuestos: donación de órganos (Código de la Salud, art. L. 671-3, párrafo 3), extracción de médula ósea de un menor (íd. art. L. 671-5, último párrafo), asistencia médica a la procreación, suministro de datos nominativos, etc.

2.1.1.3. Diferentes formas de expresión del consentimiento.

El consentimiento puede ser expreso o presunto. En el primer caso, según los supuestos, puede expresarse por escrito (p.ej.: donación de gametos, realización de diagnósticos biológicos a partir de células tomadas de un embrión *in vitro*), o exigir formas más solemnes (el donante de órganos debe expresar su consentimiento ante el Presidente del tribunal de *grande instance* o del magistrado designado por éste; la recepción (*accueil*) de un embrión está subordinada a una decisión de la autoridad judicial, que recoge previamente el consentimiento escrito de la pareja en el origen de la concepción, etc.). Por su lado, el consentimiento se presume, v.gr., para la extracción de órganos de personas muertas.

2.1.1.4. Sanciones penales.

Están previstas sanciones penales para diferentes supuestos, v.gr., de prácticas llevadas a cabo sin consentimiento del interesado, o sin que éste hubiese sido informado previamente, etc.

2.1.2. Protecciones legales.

Estas protecciones conciernen a los menores y a las personas mayores vivas que sean objeto de una medida de protección legal. Por ejemplo: ninguna extracción de órganos, con fines de donación, puede serles practicada (Código de la Salud, art. L 671-4), salvo la de médula ósea respecto de un menor y en beneficio de su hermano o hermana (íd. art. L 671-5).

2.2. El derecho a la vida privada y el respeto de la identidad.

El derecho y el respeto mencionados están protegidos por la ejecución del principio del anonimato, y por la reglamentación del derecho de acceso y de oposición respecto de los tratamientos automatizados de datos nominativos que tienen por objeto la investigación en el ámbito de la salud.

2.2.1. Principio de anonimato.

Este principio está claramente previsto en materia de donación de órganos o de productos del cuerpo, inspira el secreto médico y limita la posibilidad de la identificación genética. Asimismo, están previstas sanciones penales por violación de dicho principio.

2.2.1.1. Anonimato de la donación.

Como principio, no puede ser divulgada ninguna información que permita

identificar, a la vez, al donante de un elemento o producto de su cuerpo y a quien lo recibe. El donante no puede conocer la identidad del receptor, ni éste la de aquél. En caso de necesidad terapéutica, sólo los médicos del donante y del receptor pueden tener acceso a la información que permita identificarlos (Código Civil, art. 16-8; Código de la Salud Pública, art. 665-14).

2.2.1.2. Secreto médico.

La ley del 1-7-1994 relativa al tratamiento de datos nominativos que tengan por fin la investigación en el ámbito de la salud establece un equilibrio entre las necesidades de la investigación y el secreto médico. No obstante las reglas relativas al secreto profesional, los miembros de profesiones de la salud pueden transmitir los datos nominativos que guarden en el marco de un tratamiento automatizado de datos legalmente autorizado. Cuando los datos permitan la identificación de las personas, deben ser codificados antes de su transmisión.

2.2.1.3. Límites a la posibilidad de la identificación genética (v. **2.1.1.1.**, tercer párrafo).

2.2.1.4. Derecho de acceso y de oposición.

En el caso de los tratamientos señalados en **2.2.1.2.**, la persona tiene el derecho de oponerse a que los datos nominativos que le conciernen sean objeto de dicho tratamiento.

3. El orden público biológico.

Este orden comporta, primeramente, las reglas destinadas a garantizar la seguridad sanitaria que corresponde al cuadro del orden público clásico. Incluye, además, diversas normas que pueden reagruparse bajo la noción del orden público ético.

3.1. La seguridad sanitaria.

Este ámbito está integrado por:

3.1.1. Reglas sanitarias, que establecen las condiciones a las que están sometidas las extracciones de elementos y la recolección de productos del cuerpo humano, dictadas por el Consejo de Estado (que comprende, especialmente, los tests para el hallazgo de enfermedades transmisibles).

3.1.2. Controles administrativos previos, que abarcan, en primer lugar, la aprobación que deben obtener las personas habilitadas a proceder a la identificación por medio de datos genéticos, y los practicantes bajo la responsabilidad de los cuales son realizados los actos clínicos y biológicos de asistencia a la procreación. Además, incluyen numerosos regímenes de autorización para los establecimientos y organismos atinentes a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación, al tratamiento de datos nominativos que tienen por objeto la investigación en el terreno de la salud. Están previstas, además, sanciones penales por el desarrollo de actividades sin la autorización necesaria.

3.2. El orden público ético.

Está materializado en función de tres finalidades:

3.2.1. El carácter no patrimonial del cuerpo humano.

“El cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial” (Código Civil, art. 16-1, párrafo 3), de lo que se siguen tres consecuencias: a) las convenciones que tienen por objeto conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, sus elementos y productos, son nulas (íd. art. 16-5); b) ninguna retribución puede concedérsele a quien se preste a una experimentación sobre su persona, a la extracción de elementos de su cuerpo o a la recolección de sus productos (íd. art. 16-6); y c) toda convención relativa a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula (íd. art. 16-7).

Inspiradas en el principio comentado, se encuentran otras numerosas disposiciones, v.gr.: el cuerpo humano, sus elementos y sus productos, así como el conocimiento de la estructura total o parcial de un gen humano, no pueden, en tanto que tales, ser objeto de una patente (*brevet*); el receptor de un órgano debe tener la calidad de padre o madre, hijo o hija, hermano o hermana del donante, salvo la extracción de médula ósea con vistas a un trasplante; ninguna remuneración *à l'acte* puede ser percibida por los practicantes de extracciones y trasplantes de órganos; ningún pago, cualquiera fuese la forma, puede ser deparado a la pareja que renuncia a un embrión, etc. Por lo demás, están consagradas sanciones penales para asegurar el principio en cuestión.

3.2.2. La protección de la integridad de la especie humana.

La ley del 29-7-1994 relativa al cuerpo humano dispone: “Nadie puede causar un atentado a la integridad de la especie humana. Toda práctica de eugenesia tendiente a la organización de la selección de las personas está prohibida. Sin perjuicio de las investigaciones tendientes a la prevención y al tratamiento de enfermedades genéticas, ninguna transformación puede realizarse a los caracteres genéticos con el fin de modificar la descendencia de la persona” (Código Civil, art. 16-4). Estas disposiciones están severamente protegidas, y el hecho de ejecutar una práctica de eugenesia como la antedicha es sancionable con una pena de veinte años de reclusión criminal (Código Penal, art. 511-17).

El diagnóstico biológico efectuado a partir de células extraídas de un embrión *in vitro* sólo está autorizada a título excepcional.

3.2.3. La garantía del derecho del niño.

Esta garantía es puesta en obra a propósito de los embriones conservados, cuya naturaleza -cosa o persona- es imprecisa, y por una reglamentación muy estricta del derecho a solicitar asistencia médica para la procreación.

Un embrión no puede ser concebido *in vitro* sino dentro del marco y según las finalidades de una asistencia médica para la procreación, y que con gametos que provengan, al menos, de uno de los dos miembros de la pareja (Código de la Salud Pública, art. L 152- 3). Los dos miembros de la pareja pueden decidir, por escrito, que será intentada la fecundación de un número de óvulos que vuelva necesaria la conservación de embriones, con la intención de realizar su demanda parental en el plazo de cinco años. Los mencionados miembros son consultados anualmente, durante cinco años, para saber si mantienen su demanda parental. A título excepcional, los dos integrantes de la pareja pueden consentir

por escrito que los embriones conservados sean recibidos por otra pareja.

La concepción *in vitro* de embriones humanos con fines de estudio, de investigación o de experimentación, está prohibida, al igual que toda experimentación sobre el embrión humano.

La asistencia médica a la procreación está destinada a responder a la demanda parental de una pareja y tiene por objeto remediar la infertilidad cuyo carácter patológico ha sido diagnosticado médicamente. También puede tener como finalidad evitar la transmisión al niño de una enfermedad particularmente grave. El hombre y la mujer que forman la pareja deben estar vivos, en edad de procrear, casados o en condiciones de probar una vida en común de al menos dos años, y consentir previamente la transferencia de embriones o la inseminación (art. 152-2, párrafo 3). La asistencia médica a la procreación con terceros donantes no puede ser practicada sino como última indicación cuando la procreación médicamente asistida en el seno de la pareja no es alcanzable.

Los derechos del niño nacido de una asistencia médica a la procreación están igualmente protegidos por las reglas de la filiación. Los esposos y concubinos que, para procrear, recurren a una asistencia médica necesitada de un tercer donante, deben previamente dar, en condiciones que garantizan el secreto, su consentimiento ante el juez, que les informa de las consecuencias de su acto con vistas a la filiación. El consentimiento dado a una procreación asistida médicamente prohíbe toda acción de impugnación de la filiación o de reclamo de estado, a menos que se sostenga que el niño no ha nacido de la procreación asistida médicamente o que el consentimiento estuvo privado de efectos.

4. Conclusión.

Fruto de una larga discusión parlamentaria, las leyes de bioética definen, o al menos bosquejan, un estatuto del hombre biológico que será necesariamente profundizado en los próximos años.

Desde cierto punto de vista, dichas normas son más restrictivas que permisivas, pues entrañan numerosas prohibiciones, requerimientos de autorización y sanciones penales. Empero, desde otra perspectiva, puede sostenerse lo contrario, ya que consagran la legalidad de determinadas prácticas, como el recurso a la asistencia médica a la procreación, y posibilitan ciertas pruebas e investigaciones.

La visión de equilibrio que estas leyes realizan entre la libertad y el orden público no puede ser, por el momento, más que subjetiva.

Nota de la Secretaría: la decisión del Consejo Constitucional aludida en **1.2.2.**, puede verse en *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, París, 1994, p. 100.

PY, Pierre (*Maître de Conférences* -Universidad de Montpellier I), "Vers un statut de l'homme biologique. Les lois sur la bioéthique", en *Revue de Droit Public*, L.G.D.J., 1996, n° 5, pp. 1318/1346.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[2]

DERECHO CONSTITUCIONAL. VALORES. TRADICIÓN CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIÓN. SUPREMACÍA. REFORMA. PROCESO. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA. ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO. DISCRIMINACIÓN. APARTHEID. ACCIÓN AFIRMATIVA. PENA DE MUERTE. PRISIÓN POR DEUDAS. DERECHO AL VOTO. SUFRAGIO UNIVERSAL. ELECCIONES. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. PLURALISMO. DERECHO DE HUELGA. LOCK OUT (DOCTRINA/ SUDÁFRICA).

El nuevo orden constitucional de la República de Sudáfrica

1. Las condiciones de elaboración de una Constitución no esclarecen sólo la intención de los “padres fundadores” que la han concebido. Traducen, ante todo, el lugar acordado al derecho para asentar la legitimidad del nuevo régimen y garantizar su buen funcionamiento.

Las etapas de gestación de la nueva Constitución de Sudáfrica de 1996 (Constitución) son, en este sentido, ejemplares. La nueva democracia a entendido romper con el antiguo régimen:

a) sustituyendo a la supremacía parlamentaria (con la que se vinculaba la Constitución de 1983), por el principio de la supremacía de la Constitución;

b) fundando la ciudadanía sobre el respeto de la igualdad de los derechos de cada uno, conforme a la filosofía de los derechos del hombre;

c) emplazando los cerrojos jurídicos para evitar el retorno a la situación anterior: una sociedad dividida y presa de los conflictos derivados del *apartheid*.

La “supremacía de la Constitución” (arts. 1 y 2) es el fundamento esencial de la república de Sudáfrica, “Estado soberano y democrático”. Se trata de hacer prevalecer, en toda circunstancia, los derechos fundamentales sobre los que se apoya la democracia.

La forma en que la Corte Constitucional ha cumplido su tarea, desde su instalación en 1994, ilustra sobre el rol que hoy le ha sido asignado a las jurisdicciones constitucionales en la construcción de un “Estado de Derecho constitucional”, según la expresión corriente (la Corte ya ha dictado 25 decisiones, entre las que se destaca, principalmente, la que “certificó” parcialmente la nueva Constitución -6/9/1996-; asimismo: declaró inconstitucionales la pena de muerte -caso *State vs. Makwanyane*, 6/6/1995- y la prisión por deudas).

La Constitución no sólo organiza la relación entre los diferentes poderes e instituciones públicas, sino que expresa los valores fundacionales, que su artículo primero agrupa en cuatro rúbricas:

“a) el respeto a la dignidad humana, la aplicación del principio de igualdad y la

promoción de los derechos del hombre y de las libertades;

b) el rechazo de la discriminación racial y en razón del sexo;

c) la supremacía de la Constitución y el respeto del derecho;

d) el principio de sufragio universal fundado sobre elecciones regulares y el principio de pluripartidismo, ambos con vistas a garantizar un sistema de gobierno responsable, eficaz y abierto”.

Los primeros años de la historia constitucional de la nueva Sudáfrica, consagrados a la preparación de la Constitución “definitiva” (esta es la denominación de la Constitución adoptada por la Asamblea constituyente, el 8-5-1996, que sucedió a la Constitución provisoria de noviembre de 1993), se han caracterizado por privilegiar una orientación hacia la apertura del debate público.

La Constitución es el producto de un proceso de cuatro fases:

a) en abril de 1994, es decir, durante la vigencia de la Constitución interina de 1993, se formó la Asamblea constituyente (reunión de la Asamblea Nacional y el Senado), encargada de redactar la Constitución “definitiva”;

b) el período que va de mayo de 1994 a mayo de 1996, se abrió al debate público;

c) este debate fue cerrado el 8-5-1996, con la adopción, por la Asamblea constituyente, mediante una gran mayoría, del nuevo texto;

d) empero, no con ello finalizó el proceso pues el compromiso tomado en 1993 por los grupos políticos, incluía dos obligaciones: por un lado, mantener inalterados treinta y cuatro principios, considerados fundamentales, establecidos al mismo tiempo que la Constitución interina (que comprendían, en particular, el enunciado de los “derechos y libertades fundamentales universalmente reconocidos”); y, por el otro, someter el nuevo texto constitucional al control de la Corte Constitucional, encargada de verificar la conformidad de aquél con dichos principios fundamentales. La nueva Constitución no sería aplicable antes de que se hubiese “certificado” esa conformidad (Preámbulo de la Constitución interina de 1993).

Es notable advertir el hecho de que una jurisdicción constitucional es llamada a controlar la “constitucionalidad” de la Constitución.

La elaboración del nuevo texto es fruto del diálogo establecido entre los negociadores de los partidos que, constantemente, buscaron un terreno de armonía a fin de alcanzar el objetivo de reconciliación. Diálogo este que también se desarrolló, ampliamente, en el seno del pueblo, por lo que ha sido dicho que la Constitución es el fruto de un “equipo” de cuarenta y tres millones de individuos (semejante fervor trae el recuerdo de la Revolución Francesa y de los *cahiers de doléances*).

Asimismo, los intercambios que han tenido lugar entre el Gobierno y el Parlamento, y con los juristas extranjeros, acentuó la dimensión internacional del proceso constitucional de la nueva república.

2. La Constitución refleja la diversidad de influencias jurídicas, sobre todo en punto a la Corte Constitucional, verdadero “arco de bóveda del nuevo sistema” (Xavier Philippe).

Este papel está asegurado mediante el control de constitucionalidad en un campo vasto, y en cuyo régimen se conjugan diferentes sistemas jurídicos:

a) La Corte Constitucional no tiene el monopolio del mencionado control, pues lo comparte, en ciertos aspectos, con otras jurisdicciones. La Corte Suprema y las jurisdicciones de apelación también lo ejercen, concurrentemente con la Corte Constitucional, respecto de los actos del Poder Ejecutivo y de la legislación provincial. De ahí que se podría deducir que se trata de un control “difuso”.

b) Empero, cuando se la examina en su conjunto, la competencia de la Corte Constitucional se corresponde, sin ambigüedad, con el modelo de las Cortes europeas, dado que tiene como competencia exclusiva:

-el control de la constitucionalidad de las leyes nacionales, mediante un acceso directo (*saisine directe*) o por vía de excepción;

-el control de la constitucionalidad de los proyectos de leyes nacionales (este control preventivo es ejercido a instancia del Presidente de la República, de un tercio de los miembros de la Asamblea Nacional, o de un quinto de los miembros de una Asamblea provincial);

-el control de la constitucionalidad de la distribución de competencias entre los órganos del Estado.

Asimismo, la Corte Constitucional está compuesta de 11 jueces nombrados, previo diversas consultas, por el Presidente de la República, por una término de doce años no renovables, lo cual también la emparenta con el modelo europeo.

A esto se suma, el deber de “certificación” antes señalado.

3. Como se adelantó, la Corte Constitucional, el 6-9-1996, llevó a cabo dicha labor, por la que declaró que nueve disposiciones del nuevo texto no eran conformes con los ya aludidos principios fundamentales.

El pronunciamiento es subrayable tanto por sus silencios como por su motivación expresa. En el primer sentido, la Corte Constitucional consideró conveniente no considerar de oficio ciertas cuestiones delicadas, que habían sido objeto de vivas contro-versias políticas, v.gr., determinados poderes de las autoridades locales basados en la costumbre, y las disposiciones relativas a los cupos (*quotas*) y a las discriminaciones positivas. El principio de la acción afirmativa (*affirmative action*), en el que la Corte no encontró nada para censurar, y que resulta expresado por primera vez en una constitución escrita.

En cuanto a la motivación, la Corte aplicó de manera explícita diversas técnicas de uso corriente por los jueces constitucionales:

a) Admitió, con amplitud, el análisis de los memoriales de una multiplicidad de intervinientes (partidos políticos, grupos de intereses, particulares...). El objetivo era el de tener la visión más acabada posible de la gama de argumentos de las diversas corrientes de ideas del país.

b) Insistió en que su misión era de naturaleza jurídica y no política, fórmula de precaución que ilustra sobre las reglas propias del control preventivo y abstracto. Esto es

una precisión que se expresa, en Francia, en las oportunidades en que el Consejo Constitucional recuerda “que no posee un poder general de apreciación y de decisión idéntico al del Parlamento”.

c) Expresó, mediante un esfuerzo didáctico, la manera en que interpretó los principios constitucionales de referencia: los treinta y cuatro principios en que se funda fueron interpretados de manera teleológica, es decir, a la luz del objetivo de “crear un nuevo orden” sobre la base de un “Estado constitucional, soberano y democrático”, que asegure a sus ciudadanos el libre ejercicio de los derechos fundamentales. Cada principio resultó considerado no aisladamente, sino en función de la coherencia del conjunto formado por el cuerpo de los treinta y cuatro. La Corte buscó evitar toda interpretación que pusiera en conflicto a dichos principios.

d) Profundizó todas las fuentes de las técnicas de control de constitucionalidad: censuró, p.ej., que la nueva Constitución: no preservara la independencia de determinadas autoridades (las dos autoridades que son, en particular, llamadas a jugar, respectivamente, el papel de ombudsman y de controlador de las finanzas públicas, esto es, el “protector público” y el “auditor general”); y que no garantizara de manera acabada la estabilidad jurídica, por no prever un procedimiento de revisión constitucional suficientemente exigente. Por el contrario, consideró que el reconocimiento del derecho de huelga por la Constitución no implicaba que los empleadores dispusieran, paralelamente, de un derecho constitucional al *lock out*.

Otras disposiciones fueron descalificadas a causa de su imprecisión, o por disminuir los poderes de los gobiernos de las provincias creadas por la Constitución (la Constitución prevé tres niveles de la administración: central, provincial y local; cada una de las provincias tiene un Gobierno, un Parlamento y una Constitución). Asimismo, juzgó contrarias al principio de supremacía de la Constitución las normas que, para el futuro, impedirían todo control de constitucionalidad de determinadas leyes anteriores.

4. Dos lecciones pueden ser tomadas del ejemplo dado por la Corte Constitucional, estrechamente asociado a la institucionalización del nuevo régimen:

a) El Derecho Constitucional se relaciona esencialmente con los valores que tiene, por vocación, hacer emerger y formalizar. La referencia a los valores es una constante en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: “todas las constituciones buscan expresar... los valores que deben guiar al pueblo”; el control que le ha sido asignado se ejerce “a partir de los valores que deben fundar una sociedad... comprometida con la vía democrática”.

La alusión a los valores democráticos se encuentra en la jurisprudencia de todas las cortes constitucionales (el Consejo Constitucional de Francia, en las decisiones sobre la “Comunicación audiovisual”, evocó el “pluralismo de las corrientes de pensamiento socio-culturales” como “una de las condiciones de la democracia”). En dichos valores, precisamente, se fundó la Corte Constitucional en el ya recordado caso en el que declaró inconstitucional la pena de muerte. También ha señalado que el derecho constitucional tiene por objeto fundar los derechos “sustanciales”, por oposición al enfoque más formalista y técnico

de la regla de derecho, dentro de la concepción originaria del *common law*. Se trata, asimismo, de una búsqueda de soluciones de equilibrio sobre la base de una diversidad cultural, que se expresa a través del uso de 11 lenguas oficiales, la práctica de múltiples religiones y de tradiciones políticas extremadamente contrastantes.

b) La segunda comprobación radica en la influencia creciente de los diferentes derechos constitucionales nacionales y, asimismo, de la influencia recíproca del derecho constitucional y el derecho internacional. Es sabido que la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas suele fundarse en las “tradiciones constitucionales comunes a los Estado miembros”, expresamente mencionadas como fuente de inspiración del derecho comunitario en el Tratado de la Unión Europea de 1992. En el mismo orden de ideas, la Constitución de Sudáfrica contiene una norma que indica, a las jurisdicciones, interpretar las disposiciones de la “Declaración de Derechos”, puesta a la cabeza del texto constitucional, inspirándose en los principios del derecho internacional, así como en los que derivan del derecho comparado, positivo y jurisprudencial. A ejemplo de otras Cortes (como el Tribunal Constitucional de Karlsruhe y de la Corte Suprema de Canadá y de la India), la Corte Constitucional no ha dudado, cada vez que lo consideró útil, en hacer referencia, en la motivación de sus decisiones, a la jurisprudencia de otras cortes (de esta manera, ha recordado repetidas veces la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre).

El derecho constitucional aparece, cada vez más, como un lenguaje jurídico común, cualquiera fuese el sistema que cada democracia hubiese adoptado.

LENOIR, Noëlle (Miembro del Consejo Constitucional de Francia), “Le nouvel ordre constitutionnel d’Afrique du Sud”, en *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, París, 1996, nº 1, pp. 37/40.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[3]

TRIBUNALES INTERNACIONALES Y TRIBUNALES NACIONALES. INFLUENCIAS. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO. PRIVY COUNCIL BRITÁNICO. PENA DE MUERTE. TORTURA. JURISPRUDENCIA. CAMBIO. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. INTERPRETACIÓN. JERARQUÍA. NORMAS DIRECTAMENTE APLICABLES. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIONES. EFECTOS. PENAS INHUMANAS Y DEGRADANTES. CORTE SUPREMA DE LA ARGENTINA. DERECHO DE RECTIFICACIÓN O RESPUESTA (DOCTRINA/INTERNACIONAL).
--

1. El rápido crecimiento del número de tribunales internacionales (en el sentido no sólo de cortes internacionales sino también de entidades internacionales que ejercen funciones cuasijudiciales -v.gr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Europea de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas-) durante las últimas décadas y la consiguiente proliferación de fallos emitidos por éstos, está comenzando a tener un fuerte impacto sobre las sentencias de las cortes nacionales. Este fenómeno no se circunscribe a los casos en que es necesario interpretar algún tratado específico, pues se presenta, incluso, para evitar interpretaciones de las leyes internas de una manera que podría violar las obligaciones internacionales, o para adecuar el derecho interno a las normas legales internacionales emergentes.

Esta tendencia es relativamente nueva y obedece a dos circunstancias que se interrelacionan: por un lado, el mencionado aumento de los tribunales internacionales; por el otro, día a día crece el número de tribunales que tienen competencia para recibir demandas de particulares (a diferencia de los Estados, los particulares no están sujetos a las presiones políticas que tienden a disuadir a los primeros a enjuiciarse ante un tribunal internacional por temor a medidas retorsivas).

Hoy es mucho más probable que los fallos de las cortes nacionales reciban el escrutinio de las internacionales, aun cuando éstas carezcan de la competencia para anular los pronunciamientos de las primeras. Todo ello, ha ido formando en los jueces, abogados, legisladores y funcionarios del poder ejecutivo, la idea de que el derecho interno y las cortes nacionales ya no tienen la última palabra en problemas locales. Esta nota ha intensificado el estudio de los fallos de las cortes internacionales para su aplicación en el orden interno. En suma, la jurisprudencia internacional está influyendo cada vez más en los resultados de los juicios nacionales, lo cual, probablemente, llevará a una creciente interacción entre cortes nacionales e internacionales.

Los dos casos que enseguida serán vistos, ilustran de manera casi perfecta la internacionalización de la adjudicación interna. La tendencia enunciada ha tornado borrosa la línea divisoria entre derecho internacional y derecho interno. Y a la larga, lo más importante de este proceso es que el derecho internacional, tal como lo interpretan los tribunales internacionales, se viene aplicando actualmente en las cortes internas como si se tratara de su propio derecho interno.

2. El *Privy Council* Británico.

El caso *Pratt y Morgan c. Procurador General de Jamaica* trata de la apelación contra una sentencia del Tribunal de Apelaciones de Jamaica, presentada ante el *Privy Council* (Consejo Judicial del Monarca) Británico, reunido en su calidad de Corte Constitucional de Jamaica. El recurso impugnaba, con arreglo a la Sección 17 de la Constitución de Jamaica, la legalidad de la pena capital impuesta a los apelantes (Sec. 17: "(1) nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. (2) Nada de lo contenido o actuado de conformidad con una ley, será considerado incompatible

o violatorio de esta Sección, en la medida en que esa ley autorice la imposición de cualquier tipo de castigo que era legal en Jamaica en la época inmediatamente anterior al día fijado” -día fijado se refiere al día en que Jamaica obtuvo su independencia del Reino Unido-). Los recurrentes habían sido hallados culpables de asesinato y condenados a muerte en 1979, y, desde entonces y hasta el dictado del fallo en comentario, 2 de noviembre de 1993, estuvieron recluidos en el área de la prisión reservada para los condenados a muerte. Durante dicho lapso, su ejecución fue interrumpida temporalmente en tres oportunidades, aunque, en cada ocasión, se les llegó a leer la orden de ejecución y fueron trasladados a las celdas próximas a la horca.

El *Privy Council*, después de señalar las graves violaciones del debido proceso cometidas por los tribunales jamaquinos durante el proceso de apelación, resolvió que “en cualquier caso donde la ejecución ha de llevarse a cabo más de cinco años después de dictarse la sentencia, existe un sólido fundamento para considerar que tal demora equivale a ‘penas o tratos inhumanos o degradantes’” según la Sección 17.1 cit.

El *Privy Council*, de esta manera, cambió su jurisprudencia asentada en *Riley c. Procurador General de Jamaica* (1983), siguiendo ahora la opinión de la minoría en ese precedente, y, si bien es raro que los Lores cambien de opinión, el caso es más destacable en la medida en que se fundó en decisiones de tribunales internacionales para llegar a la conclusión antes transcrita.

Con anterioridad al fallo, los condenados habían llevado su causa a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Jamaica ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo de éste). En su pronunciamiento, el *Privy Council* cita la decisión de la Comisión Interamericana (9-7-1987), que determinó que el trato recibido por los peticionarios equivalía a “trato cruel, inhumano y degradante”, según el art. 5.2 de la Convención Americana, e impulsó a la Comisión a solicitar al Gobierno de Jamaica a que conmutara la ejecución, cosa que éste se negó a hacer. Asimismo, el *Privy Council* analizó las actuaciones ante el Comité y el fallo de éste favorable a los requirentes en diversas áreas, y señaló: “En opinión del Comité en los casos de pena capital los Estados partes tienen el deber imperativo de observar rigurosamente todas las garantías de un juicio justo previstas en el artículo 14 del Pacto. Aunque en el presente caso el artículo 6 no está directamente en cuestión, ya que la pena capital no es en sí misma ilegal según el Pacto, no debería imponerse en circunstancias en que el Estado Parte haya violado alguna de las obligaciones estipuladas en el Pacto. El Comité opina que las víctimas de las violaciones del apartado c) del párrafo 3 del artículo 4 y del artículo 7 tienen derecho a una reparación; la condición indispensable en las circunstancias particulares es la conmutación de la pena”.

Por otro lado, el *Privy Council* observó la tardanza de Jamaica en considerar las recomendaciones del Comité y rechazarlas -basada, entre otras razones, en la solicitud del Gobernador General de Jamaica al Procurador General para que éste le rindiera su opinión acerca del efecto jurídico de las decisiones del Comité y de la Comisión-, para luego juzgar

que “Los miembros del *Privy Council* no han visto la opinión del Procurador General. Sin embargo, no tienen la menor duda de que ella concluya correctamente que, por ser Jamaica uno de los signatarios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Protocolo Facultativo, las opiniones del Comité deberían tomarse en cuenta con el debido peso y respeto, a pesar de no ser jurídicamente vinculantes; esas mismas consideraciones se deben aplicar a la Comisión”.

Es cierto, claro está, que ni el Pacto ni la Convención Americana pretenden formalmente que las “opiniones” del Comité o las decisiones de la Comisión sean vinculantes para los Estados Partes en aquéllos. Pero es igualmente cierto que el Pacto confiere al Comité la facultad de interpretar y aplicar ese tratado, sin establecer un órgano separado con autoridad igual o superior para hacerlo. Si el Comité fallara, entonces, que una determinada práctica de un Estado Parte viola el Pacto, tal fallo constituiría una determinación fidedigna sobre la materia y, como mínimo, una prueba convincente de que el Estado Parte no está cumpliendo con sus obligaciones convencionales. Las decisiones de la Comisión reúnen condiciones similares, por los menos hasta tanto la Corte Interamericana (cuyas sentencias son vinculantes para los Estados Partes en la Convención Americana con respecto a casos en que sean partes) se haya pronunciado al respecto. Al citar los fallos del Comité y, en menor grado, los de la Comisión, y al recalcar que las decisiones de estos órganos cuasijudiciales, a pesar de no ser jurídicamente vinculantes, merecen ser tomadas en cuenta “con el debido peso y respeto”, el *Privy Council* parece recurrir a estos fallos para apoyar y justificar su propia decisión. Todavía más interesante es la referencia que hace el *Privy Council* a la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el ya famoso caso *Soering c. Reino Unido* (7-7-1989), en la que se sostuvo que la extradición a los Estados Unidos de un ciudadano alemán detenido en el Reino Unido, violaría el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que dispone que “nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes”. La Corte Europea expresó que el peticionario -acusado de homicidio en el Estado de Arizona, donde se aplica la pena capital- estaría sujeto al “fenómeno de los condenados a muerte”: las largas demoras en espera de la ejecución asociadas con la pena capital, son incompatibles con el art. 3 cit..

El *Privy Council* cita *Soering*, entre otras fuentes recogidas de casos de los tribunales de la Mancomunidad Británica, para apoyar su conclusión de que “existen otras fuentes que no aceptan que se deba hacer caso omiso de las demoras ocasionadas en el recurso de apelación”.

Se está, por ende, frente a un fenómeno fascinante: el *Privy Council* (compuesto en su mayoría de miembros de la Cámara de los Lores que desempeñan funciones jurídicas), reunido en Londres en su calidad de Corte Constitucional de Jamaica (país que no es parte de la Convención Europea), recurre a un fallo emitido por la Corte Europea en un caso que atañe al Reino Unido, con el fin de interpretar una disposición de la Constitución de Jamaica que fue copiada casi literalmente de la Convención Europea. Es ello tan natural y lógico como revolucionario, en el sentido de que demuestra y presagia la internacionalización de los litigios internos y la borrosidad de las líneas divisorias entre el

derecho interno y el internacional.

Finalmente, es interesante señalar la réplica del *Privy Council* al argumento de Jamaica que propuso la aplicación al caso de la opinión disidente que el juez británico Sir Gerald Fitzmaurice expuso en el caso *Irlanda c. Reino Unido* (18-1-1978), en el que la Corte Europea consideró que dicho Estado había violado el art. 3 de la Convención Europea cuando sometió a supuestos miembros del Ejército Republicano Irlandés a ciertas prácticas de interrogatorio que consideró inhumanas y degradantes (Sir Gerald recomendó, en su disidencia, una interpretación mucho más estricta de la norma citada). Dijo el *Privy Council*: “Al llegar a esta conclusión (que el retraso en el caso equivale a trato inhumano), los miembros del *Privy Council* no pasan por alto la importancia que da el Procurador a la opinión disidente de Sir Gerald Fitzmaurice... sin embargo, prefiere una interpretación de la Constitución de Jamaica que acepta normas civilizadas de comportamiento que proscriben todo acto de inhumanidad, así no llegue al barbarismo del genocidio”. Palabras fuertes que también brindan un ejemplo revelador de los cambios en el modo de pensar de los jueces nacionales que, en el pasado, podrían haber dado más peso a las opiniones, así fueran disidentes, de su juez nacional en un tribunal internacional que a las de la mayoría de éste.

3. La Corte Suprema de la Argentina.

El caso *Ekmekdjian c. Sofovich* se originó en la demanda del primero derivada de habersele negado ilegalmente el derecho de réplica con relación a un programa de televisión que, según aquél, le resultó moralmente ofensivo y lo lesionó profundamente. El reclamo se basó en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por la Argentina en 1984, y que expresa: “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”); el demandado, a su turno, sostuvo que dicha norma no era directamente aplicable o *self-executing*. De hecho, este último criterio había sido seguido por la Corte Suprema en un asunto juzgado en 1988, con base en que la expresión “en las condiciones que establezca la ley” en el art. 14.1, señalaba la necesidad de promulgar legislación para darle carácter operativo a la norma convencional.

En la presente oportunidad, el fallo de la Corte Suprema (7-7-1992) subrayó que a la hora de interpretar la Convención Americana debía guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y ésta tenía resuelto que: “... el art. 14.1 de la Convención (Americana) reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que, de conformidad con el art. 1.1 (de la Convención Americana), los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción... La Corte ha resuelto ya que el artículo 14.1 establece el derecho de rectificación o respuesta y que la frase ‘en las condiciones que establezca la ley’ se refiere a diversas condiciones relacionadas con el ejercicio de ese derecho. Por consiguiente, esa frase atañe a la efectividad de ese derecho en el orden interno, mas no a

su creación, existencia o exigibilidad internacional. Siendo éste el caso, cabe referirse a las estipulaciones del artículo 2, puesto que tratan sobre el deber de los Estados Partes de 'adoptar ... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades'. Si se leen conjuntamente los artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención, todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin" ("Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta", Opinión Consultiva OC-7/86 del 19-8-1986). Luego, la Corte Suprema, en seguimiento de dicha jurisprudencia, abandonó su precedente, reconociendo que la interpretación de la opinión consultiva, leída conjuntamente con las obligaciones que asumen los Estados Partes según los arts. 1 y 2 de la Convención, la obligaban a fallar que el art. 14.1 es directamente aplicable según el derecho argentino. Agregó, asimismo, que entendía "que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin de (la Convención) deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el Tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto".

Por otro lado, la Corte Suprema también se apartó de sus antecedentes según los cuales los tratados y las leyes federales gozaban del mismo rango normativo, prevaleciendo el de fecha más reciente en caso de surgir un conflicto, al decidir en *Ekmedjian* que los tratados debidamente ratificados ya no podían ser derogados por legislación posterior. Para ello, se fundó en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 27) y en lo que parece ser una interpretación novel de la Constitución Argentina.

El que sean o no convincentes los distintos aspectos del análisis de la Corte Suprema interesa menos que la forma en que se apoyó en la opinión consultiva de la Corte Interamericana y en la citada Convención de Viena. En este sentido, cabe señalar que la conclusión de la Corte Interamericana no exige *ipso iure* que la Corte Suprema decida que el art. 14.1 sea directamente aplicable. La Corte Suprema, entonces, pudo haber optado por el enfoque dualista tradicional, dejando que los poderes políticos dieran cumplimiento a las obligaciones internacionales del estado (lo que podría reforzarse en el hecho que, por estar en juego una opinión consultiva, ésta no era siquiera vinculante). En cambio, la Corte Suprema optó, más bien, por apartarse del formalismo y considerar la relación entre el derecho internacional y el interno de una manera verdaderamente interactiva o simbiótica (como sabía cuáles eran las obligaciones internacionales del Estado, consideró apropiado darles efecto).

Este enfoque de la Corte Suprema fue respaldado por su interpretación del art. 27 de la Convención de Viena. Si los tratados y las leyes internas gozan del mismo rango normativo en un Estado, prevaleciendo el de fecha más reciente, esto no quiere decir necesariamente que la ratificación de la Convención de Viena cambiaría esa ecuación constitucional: una ley posterior, siempre prevalecería sobre un tratado anterior. Sin embargo, cuando al tratado se le confiere un rango normativo superior al del ordenamiento interno, el

art. 27 cobra especial importancia, pues debe ser considerado parte integrante de cualquier tratado que haya sido ratificado por el Estado. De esta manera, la regla del derecho internacional consuetudinario que codifica el art. 27, adquiere un rango normativo superior que confiere a las cortes nacionales los poderes necesarios para evitar violaciones a las obligaciones convencionales que de otra manera quizás no podrían impedir. También les impide servirse de esa excusa para no dar cumplimiento a un tratado.

4. Observaciones comparativas.

Los dos casos comentados ilustran la posición de dos países con sistemas jurídicos diversos frente a la ejecución interna de los tratados. En el Reino Unido y en Jamaica, los tratados son ratificados por el Ejecutivo, sin pasar por la Legislatura, pero sólo pueden convertirse en derecho interno si son incorporados como tal por medio de una ley del Parlamento. En la Argentina, por el contrario, un tratado adquiere la condición de derecho interno cuando el Congreso Nacional promulga una ley autorizando su ratificación y el Ejecutivo procede a ratificarlo. El Poder Judicial es el que determina si el tratado crea derechos directamente exigibles ante los tribunales, es decir, si puede ser ejecutado o no por las cortes sin necesidad de que el Congreso promulgue legislación adicional a ese fin.

No obstante las diferencias, el *Privy Council*, actuando en su condición de Corte Constitucional de Jamaica, ni siquiera se refirió al hecho de que, si bien Jamaica había ratificado el Pacto y la Convención Americana, ninguno de estos instrumentos tenía el rango de derecho interno en ese país. Claro está que aquél estaba interpretando la Constitución de Jamaica. Al hacerlo, sin embargo, se estaba refiriendo a las decisiones de los dos órganos internacionales establecidos para la interpretación y ejecución de esos tratados. Con ello, los Lores siguieron una práctica que ha venido ganando aceptación en el Reino Unido y en otras naciones de la Mancomunidad Británica.

Las cortes de estos países se ven cada vez más en la necesidad de interpretar sus leyes nacionales a la luz de las obligaciones internacionales contraídas por sus gobiernos al acceder a tratados que no han sido incorporados dentro de su derecho interno. Los tratados que no gozan formalmente de la condición de derecho interno, se están convirtiendo en una fuente informal del derecho y proyectándose hacia los litigios internos.

Se presenta así el fenómeno de que en estos Estados (también en los países escandinavos), los tratados no incorporados llegan a tener un efecto más importante en la litigación interna que el que ejercen los tratados no directamente aplicables en aquellos países donde aquéllos adquieren el rango de derecho interno una vez ratificados. Puesto que en estos últimos el tratado *non-self-executing* constituye una fuente formal del derecho, aun cuando no llega a crear derechos directamente exigibles en las cortes sin legislación específica, podría concluirse que las cortes tomarían en cuenta el tratado a la hora de interpretar sus leyes internas. Sin embargo, no han adoptado el enfoque internacionalista reflejado en la práctica de los tribunales británicos. Pero podrían lograr esos mismos resultados, o incluso resultados más importantes, aplicando un criterio menos restrictivo a la hora de determinar si un tratado es o no *self-executing* (no sorprende que consideren que

un tratado tiene este último carácter cuando prevé un régimen judicial o extrajudicial ante el cual el particular pueda interponer una apelación para vindicar sus derechos convencionales).

En otros países, esta interacción entre cortes nacionales y tribunales internacionales es un derivado de otro acontecimiento reciente: la incorporación por referencia de instrumentos internacionales sobre derechos humanos en algunas de las constituciones nacionales más nuevas. Es el caso, v.gr., de España cuya constitución, adoptada después del régimen de Franco, dispone: "1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

En la aplicación de dicha norma, los tribunales españoles han venido haciendo suyas las interpretaciones de la Convención Europea seguidas por la Corte Europea de Derechos Humanos. En la práctica, esa jurisprudencia adquiere, de esta manera, el rango de derecho constitucional español. Se observa un lenguaje muy similar en el derecho constitucional de Costa Rica, donde bien podría producir un efecto parecido en lo que respecta a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Si bien falta mucho para que una mayoría (o incluso una importante minoría) de las constituciones del mundo y los jueces nacionales emulen cabalmente el modelo español o la práctica seguida en los casos *Pratt y Ekmadjian*, lo indudable es que la tendencia es esa. Es posible que los siguientes tres elementos, entre otros, aceleren ese proceso de internacionalización: primero, la existencia de tribunales internacionales competentes para recibir demandas de Estados y de particulares por violaciones de obligaciones jurídicas internacionales; segundo, el reconocimiento por parte de las cortes nacionales que vivimos en un mundo donde la interacción habitual entre tribunales nacionales e internacionales es beneficiosa para todos, ya que fomenta el estado de derecho; y, tercero, la existencia de instituciones jurídicas internas que permitan y faciliten esa interacción. El que algunos países ya lo hayan hecho, parece indicar que existe la esperanza de que los beneficios que se deriven de tales medidas sobrepasen los riesgos a su "soberanía nacional", concepto este que hoy no sirve de fundamento convincente para justificar oponerse a la internacionalización de la litigación interna.

BUERGENTHAL, Thomas, "La jurisprudencia internacional en el derecho interno", en *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, ed. Rafael Nieto Navia, San José, 1994, pp. 67/86.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[1]

ACUERDO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE CHILE EN EL AREA DE COPRODUCCION CINEMATOGRAFICA, aprobado por ley 24.817 (B.O., 27-5-1997, p. 2).

[2]

ACUERDO DE COOPERACION CIENTIFICA Y TECNOLOGICA SUSCRITO CON LA REPUBLICA TUNECINA, aprobado por ley 24.832 (B.O., 17-7-97, p.2).

[3]

ACUERDO DE COOPERACION SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE TURQUIA PARA COMBATIR EL CONTRABANDO INTERNACIONAL DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTROPICAS, EL TERRORISMO INTERNACIONAL Y LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA, aprobado por ley 24.809 (B.O., 23-5-1997, p. 1).

[4]

ACUERDO DE SEDE ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ARGENTINA Y LA UNION LATINA, SUSCRITO EN PARIS, aprobado por ley 24.811 (B.O., 23-5-1997, p. 2).

[5]

ACUERDO SUSCRITO CON EL INSTITUTO PANAMERICANO DE GEOGRAFIA E HISTORIA RELATIVO A LA SEDE DE LA COMISION DE HISTORIA, aprobado por ley 24.816 (B.O., 27-5-1997, p. 1).

[6]

ACUERDO SUSCRITO CON LA REPUBLICA SOCIALISTA DE VIETNAM, SOBRE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES, aprobado por ley 24.778 (B.O., 14-4-1997, p. 3).

[7]

ACUERDO PARA LA SUPRESION DE LA LEGALIZACION CONSULAR EN LAS VENIAS Y AUTORIZACIONES DE VIAJES DE MENORES DE EDAD SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE CHILE, aprobado por ley 24.831 (B.O., 17-7-97, p. 1).

[8]

CONVENCION SOBRE SEGURIDAD NUCLEAR, adoptada en Viena, República de Austria, el 20 de septiembre de 1994, aprobada por ley 24.776 (B.O., 11-4-1997, p. 2).

[9]

CONVENIO DE ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL SUSCRITO ENTRE LAS AUTORIDADES CENTRALES DE LA REPUBLICA ARGENTINA Y LA REPUBLICA DEL PARAGUAY, aprobado por ley 24.847 (B.O., 21-7-97, p. 3).

[10]

CONVENIO DE COOPERACION EN MATERIA DE DEFENSA SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ITALIANA, aprobado por ley 24.843 (B.O., 21-7-97, p. 3).

[11]

CONVENIO DE COOPERACION TECNICA SUSCRITO CON LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, aprobado por ley 24.833 (B.O., 17-7-97, p. 2).

[12]

CONVENIO ENTRE LA REPUBLICA ARGENTINA Y LA REPUBLICA DEL PARAGUAY SOBRE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS PARA CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS PENALES, suscripto en Buenos Aires, República Argentina, el 28 de noviembre de 1995, aprobado por ley 24.812 (Legislación Argentina, 6-97, n° 632, p. 9).

[13]

CONVENIO INTERNACIONAL PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA UNIVERSIDAD PARA LA PAZ Y CARTA DE LA UNIVERSIDAD PARA LA PAZ, ADOPTADOS POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN NUEVA YORK, aprobado por ley 24.842 (B.O., 21-7-97, p. 1).

[14]

CONVENIO SUSCRITO CON EL GOBIERNO DEL REINO DE DINAMARCA PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y PREVENIR LA EVASIÓN FISCAL CON RESPECTO A LOS IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL CAPITAL, aprobado por ley 24.838 (B.O., 24-7-1997, p. 1).

[15]

CONVENIO SUSCRITO CON EL REINO DE BÉLGICA PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y PREVENIR LA EVASIÓN FISCAL EN MATERIA DE IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL CAPITAL, aprobado por ley 24.850 (B.O., 22-7-1997, p. 2).

[16]

JERARQUIA CONSTITUCIONAL DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS (aprobada por ley 24.556), aprobada por ley 24.820 (B.O., 29-5-1997, p.1).

[17]

MODELO DE CONVENIO DE PRÉSTAMO A SUSCRIBIRSE CON EL BANCO INTERNA-

NOTICIAS

[1]

CANDIDATOS POLÍTICOS. CANDIDATOS INDEPENDIENTES. CANDIDATOS “NO VIABLES”. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. TELEVISIÓN. TELEVISIÓN PÚBLICA. FORO PÚBLICO. DEBATES EN TELEVISIÓN. LIBERTAD DE PRENSA. DECISIONES EDITORIALES (NOTICIAS/EE.UU.).

La Cámara de Apelaciones de los Estados Unidos para el 8° Circuito decidió que los debates de los candidatos de los partidos políticos importantes para ocupar un cargo en el Congreso, transmitidos por cadenas de televisión administradas por los Estados, constituyen un foro público limitado (*limited public forum*) del que no pueden ser excluidos los candidatos independientes por la mera circunstancia de que la emisora no los considere “viables”.

Contra esta decisión se interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos en el que se plantearon las siguientes cuestiones: (1) los debates de candidatos políticos, organizados y transmitidos por cadenas públicas de televisión administradas por los Estados ¿constituyen foros públicos limitados o no son foros públicos, tal como lo ha resuelto la Cámara de Apelaciones para el 11° Circuito, con sustento directo en los casos de foro público resueltos por la Corte?; (2) ¿protege la Enmienda I las decisiones editoriales adoptadas por las cadenas públicas de televisión estatales que, estando libres de interferencia política, aplican políticas racionales y neutrales en relación al contenido, cuando toman decisiones periodísticas para organizar estos debates (entre las que se encuentra la selección de los candidatos que participan), tal como ha resuelto la Cámara de Apelaciones para el 11° Circuito en conflicto directo con lo

anteriormente resuelto por la Cámara del 8° Circuito?

Caso Arkansas Educational Television Commission vs. Forbes (96-779), en 65 LW 3619.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[2]

CORTE CONSTITUCIONAL. COMPOSICIÓN. CARACTERES. COMPETENCIA. DIVISIÓN DE PODERES. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (NOTICIAS/EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA).

1. La Constitución de la República Socialista de Macedonia de 1963 que comenzó sus tareas en 1964, ya instituía una Corte Constitucional definiendo su emplazamiento en el sistema judicial y sus competencias. La ley de la Corte Constitucional reglaba su modo de funcionamiento y precisaba los efectos jurídicos de sus decisiones.

A pesar de las ligeras modificaciones aportadas por la Constitución de la República Socialista de Macedonia en 1974 y por la “ley marco”, el estatus del tribunal frente a los poderes legislativo y ejecutivo permaneció sin cambios: la Corte Constitucional formaba parte de un sistema de unidad de los poderes y tenía por misión preservar la armonía interna del orden jurídico. No obstante tener una jurisdicción relativamente limitada (carecía de la autoridad de derogar o anular una ley inconstitucional y sólo podía afirmar la no conformidad de ésta con la constitución), la Corte jugó en el curso de ese período un rol importante en el aseguramiento de la armonía del orden jurídico en el cuadro de un sistema político que reposaba sobre la unidad de los poderes.

Según la nueva Constitución de 1991, la organización y el funcionamiento del sistema político se asientan sobre el principio de la separación de poderes. En los términos del art. 8, dicha separación es uno de los once principios fundamentales sobre los cuales ha sido instituido el orden constitucional. En este contexto, la Corte adquirió una función de control específico con vistas al buen funcionamiento del sistema político y jurídico. La Corte afirmó su rol esencialmente de dos modos: extendiendo considerablemente su jurisdicción, y reforzando los efectos jurídicos de sus decisiones en materia de control de constitucionalidad de las leyes. De acuerdo con la nueva Constitución, la Corte es un órgano independiente encargado de proteger la constitucionalidad y la legalidad de los actos jurídicos, en general y de las libertades y los derechos fundamentales del individuo y del ciudadano. Aun cuando no se trata de una jurisdicción ordinaria, la Corte constituye el órgano supremo del orden judicial.

2. Bases jurídicas.

El cuarto capítulo de la Constitución está consagrado a la Corte Constitucional. Contiene siete artículos, que definen únicamente los principios relativos a su estatus, a su

composición y competencias, así como a los efectos jurídicos de sus decisiones. A fin de impedir la influencia del legislador sobre las condiciones en las cuales son ejercidas las competencias de la Corte, la Constitución previó que las modalidades de funcionamiento y los procedimientos de la Corte serían reglamentados no por una ley sino por un acto de la Corte. En consecuencia, la Corte sólo tiene por bases jurídicas a la Constitución y a su propio reglamento.

3. Composición y organización.

La Corte está compuesta de nueve jueces; entre ellos eligen su presidente por un mandato de tres años no renovable. Los jueces son elegidos por la Asamblea, por mayoría de todos los integrantes, entre los miembros eminentes de las profesiones jurídicas. Su mandato es de nueve años no renovable.

La función de juez de la Corte es incompatible con todo cargo político, profesional o con la pertenencia a un partido político. Gozan de la misma inmunidad que los diputados, la cual puede ser levantada mediante decisión de la Corte, de conformidad con el procedimiento previsto en su reglamento.

La Corte Constitucional organiza sus actividades de manera independiente. Cada juez dispone de un o una asistente o asistenta y de un o una secretario o secretaria. El procedimiento está regulado por el reglamento de la Corte y puede ser iniciado por toda persona física o moral. La petición es, primeramente, objeto de una decisión de admisibilidad. En caso de opinión positiva, la Corte dicta una decisión formal que determina el comienzo del procedimiento. Ella puede ordenar medidas cautelares, que se aplican hasta el momento en que la Corte falla sobre el fondo del asunto. Las audiencias son públicas. Las decisiones son tomadas por la mayoría del conjunto de los jueces. La Corte delibera siempre en sesión plenaria.

4. Competencia.

El modelo de la Corte está calcado sobre el modelo europeo tradicional de la concentración del control judicial de la constitucionalidad en un órgano único. Se trata de un control abstracto, directo y a posteriori de la constitucionalidad y de la legalidad de los actos.

La Corte Constitucional se pronuncia sobre:

- la conformidad de las leyes con la Constitución;
- la conformidad de las convenciones colectivas y otros textos reglamentarios con la Constitución y las leyes;
- los conflictos de atribución entre los diversos órganos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial;
- los conflictos de atribución entre los órganos del Estado y de las colectividades locales;
- el sometimiento a la acusación del Presidente de la república;
- la constitucionalidad de los programas y estatutos de los partidos políticos y de las asociaciones de ciudadanos; y, asimismo,

- protege los derechos y libertades de la persona y del ciudadano que atañen a la libertad de comunicación, de conciencia, de pensamiento, de expresión o de asociación política, o de hacer respetar la prohibición de toda discriminación entre los ciudadanos por motivos de sexo, raza, religión, nacionalidad o afiliación política o social.

5. Naturaleza y efectos jurídicos de las decisiones de la Corte.

Las decisiones de la Corte tienen valor vinculante para todos los órganos del Estado, los tribunales y las personas físicas o morales. Son inapelables y tienen fuerza ejecutoria. Si la Corte considera que una ley no es conforme a la Constitución o que los actos no son conformes a la Constitución o a la ley, ella abroga o anula dicha ley o dicho acto. En este sentido, la decisión depende de la gravedad de la violación de la constitucionalidad y de la legalidad, así como de las consecuencias que esta decisión tendrá en el derecho y en los hechos. Las decisiones de la Corte son publicadas en el diario oficial de la república y son ejecutorias desde el día de su publicación. Una decisión abrogatoria de un acto produce efectos *ex nunc*, es decir, prohíbe la aplicación de la ley abrogada. La decisión anulatoria de un acto produce un efecto *ex tunc*, es decir, además de suprimir la ley o el reglamento del sistema jurídico da a las personas involucradas el derecho de reclamar que sean igualmente suprimidas las consecuencias que pudo tener la aplicación de la norma declarada inconstitucional.

PULEJKOVA, Z., "La ex República Yugoslava de Macedonia, Corte Constitucional", en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 1, pp. 71/73.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[3]

CORTES SUPREMAS. ASOCIACIÓN DE CORTES. ASOCIACIÓN DE CORTES SUPREMAS DE JUSTICIA DEL AREA ANDINA. ACUERDO DE CARTAGENA. CONVENIO (NOTICIAS/PACTO ANDINO).
--

Declaración de Sucre

Primero: Crear la Asociación de Cortes Supremas de Justicia del Area Andina, para lo cual se suscribe el Convenio pertinente.

Segundo: Presentar ante sus respectivos Gobiernos, la recomendación referida a la necesidad de modernizar y actualizar los tratados públicos actualmente vigentes entre los países que integran el Acuerdo de Cartagena.

Tercero: Ratificar su adhesión plena, a los fines integracionales entre sus países, y declarar que la independencia de los poderes judiciales, constituye la mejor garantía para el

ejercicio pleno de la democracia, única forma de gobierno que instituye al diálogo como instrumento de solución a los conflictos.

Cuarto: Reiterar su voluntad de promover permanentemente una mayor eficiencia en los procedimientos legales, dentro de los órganos de administración de justicia, así como introducir las reformas necesarias para lograr el perfeccionamiento de la estructura judicial.

Quinto: Recomendar a los Gobiernos de cada uno de los países integrantes del Acuerdo de Cartagena, que no lo hubieran hecho, otorgar al Poder Judicial, en su calidad de Alto Poder del Estado, la absoluta independencia para la fijación y manejo de su presupuesto.

Nota de la Secretaría: la Declaración fue suscripta el 27-4-1995 por los Presidentes y miembros de las Cortes Supremas de Justicia de Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela y Bolivia.

ASOCIACION DE CORTES SUPREMAS DE JUSTICIA DEL AREA ANDINA, Declaración de Sucre, en *Labores Judiciales* 1995, Ed. Judicial, Sucre, 1996, p. 207. V., asimismo, en p. 209, el Convenio de Creación de la citada Asociación.

Secretaría de Investigación de Cerecho Comparado.

[4]

CORTES SUPREMAS. ASOCIACIÓN DE CORTES. ORGANIZACIÓN DE LAS CORTES SUPREMAS DE LAS AMÉRICAS (NOTICIAS/AMÉRICA).

Carta de la Organización de las Cortes Supremas de las Américas

Art. 1: Nombre

Este organismo se llamará la Organización de las Cortes Supremas de las Américas (en adelante, la "Organización").

Art. 2: Objetivos y Fines

2.1. Los objetivos fundamentales de la Organización serán el fomento y fortalecimiento de la independencia judicial y el estado de derecho en los países miembros, así como el adecuado trato constitucional que corresponde al poder judicial en su calidad de organismo fundamental del estado.

2.2. Estos objetivos fundamentales se alcanzarán por medio de actividades específicas, entre ellas:

- la relación permanente entre los sistemas judiciales de las Américas, y el fomento de la cooperación judicial internacional en el Hemisferio;
- el apoyo a los programas de educación judicial;
- el intercambio de información;
- el fomento de la asistencia técnica regional para la administración de justicia;
- el estudio de la administración judicial y la elaboración de modelos de procedimientos y estructuras administrativas;
- la promoción de la eficacia en la gestión de causas judiciales;
- el impulso de la modernización de los sistemas de los tribunales mediante la automatización y la tecnología;
- la facilitación del acceso a la justicia;
- el fomento de la adopción y del cumplimiento estricto de normas éticas judiciales;
- la celebración de reuniones regionales o hemisféricas sobre asuntos jurídicos especializados que interesen a los miembros.

Art. 3: Afiliación

3.1. Podrán afiliarse a la Organización las cortes supremas nacionales de los Estados del Hemisferio que manifiesten su voluntad de hacerlo y adherirse a los objetivos de ella.

3.2. Cada miembro de la Organización tendrá un voto, salvo que los países que compartan una corte suprema común se considerarán un solo miembro y tendrán un voto colectivo.

3.3. El Presidente de la Corte Suprema nacional de cada miembro (o la persona a quien designe) participará en la Organización. Si bien cada Presidente de la Corte Suprema podrá designar a más de una persona para que, en su nombre, participe en la Organización, sólo un representante por miembro tendrá voz y voto en cada ocasión determinada.

Art. 4: Reuniones

4.1. La Organización celebrará una reunión plenaria por lo menos una vez cada tres años, en las fechas y en el lugar que se fijen en la reunión precedente. Se podrá convocar a reuniones especiales mediante el voto de las dos terceras partes de los miembros. Se podrá invitar a observadores, los cuales no tendrán derecho a voz ni voto.

4.2. En cada reunión plenaria, se seleccionará la sede de la siguiente reunión así como la correspondiente Comisión de Planificación. En la Comisión de Planificación estarán representadas por igual las cuatro regiones del Hemisferio (Norteamérica y el Caribe, Centroamérica, los Países del Pacto Andino, y el Cono Sur Brasil).

Art. 5: Decisiones y Votaciones

5.1. La Organización constituye un foro neutral para el intercambio de información y

el debate de cuestiones de interés común para los miembros. La Organización no impondrá medidas o acciones a ninguno de los países miembros.

5.2. La Organización procurará que todas las decisiones se tomen con el consentimiento unánime de los miembros. De ser necesaria la votación, las decisiones se adoptarán mediante el voto mayoritario de la mitad más uno de los miembros que estén presentes en la reunión donde se considere la decisión, a condición de que haya quórum. El quórum consistirá de la mitad más uno de los miembros.

5.3. A fin de tomar decisiones relativas a los objetivos fundamentales de la Organización, se requerirá el voto mayoritario de las dos terceras partes de los miembros.

5.4. Los miembros que no estén al corriente en el pago de sus cuotas a la Organización no tendrán ni voz ni voto.

5.5. Los miembros podrán abstenerse de votar o podrán expresar reservas acerca de cualquiera de las decisiones de la Organización.

Art. 6: Administración

6.1. Los servicios administrativos para la Organización los prestará la Secretaría, la cual se establecerá inicialmente en Panamá. La Secretaría será la depositaria permanente de los archivos de la Organización, difundirá información a los miembros, administrará las finanzas y coordinará las actividades de la Organización y realizará las otras tareas que la Organización le asigne.

6.2. El Presidente de la Corte Suprema del país sede de la reunión siguiente de la Organización será el presidente provisional de la Organización, con el único fin de organizar y presidir la reunión. La Organización no tendrá ningún otro cargo directivo.

6.3. Sin perjuicio de que los delegados puedan usar la lengua oficial de su país, los idiomas oficiales de la Organización serán el Español y el Inglés.

Art. 7: Cuotas de afiliación y finanzas de la Organización

7.1. Las cuotas anuales de afiliación serán de dos mil dólares estadounidenses por miembro, pagaderas a la Secretaría a más tardar el 1 de febrero de cada año.

7.2. Si bien ciertos costos relativos a las reuniones de la Organización los sufragará el país sede a su arbitrio, en general los miembros sufragarán los gastos en que incurran para asistir a todas las reuniones de la Organización.

Art. 8: Las enmiendas

8.1. Para enmendar la presente Carta, se requerirá el voto mayoritario de las dos terceras partes de los miembros.

8.2. Las propuestas de enmienda a la presente Carta se presentarán a los miembros con un mínimo de sesenta días de antelación a la fecha en que la enmienda propuesta haya

de considerarse.

Art. 9: Entrada en vigor

9.1. La presente Carta entrará en vigor a partir de la fecha en que la ratifiquen no menos de quince miembros. La ratificación deberá depositarse en el secretariado a más tardar el primero de junio de 1996.

Nota de la Secretaría: el presente texto ha sido aprobado en la Conferencia de las Cortes Supremas de las Américas, celebrada en la ciudad de Washington, D.C., entre el 23 y 27 de octubre de 1995. La Corte Suprema de Justicia de la Argentina, ratificó la Carta el 13 de mayo de 1996 (cir. 56/96). En el mes de julio de 1996, la Carta entró en vigor ya que se llegó al número de ratificaciones previsto en el art. 9. Los países ratificantes, hasta esa fecha, son: Argentina, Brasil, Canadá, Chile, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Estados Unidos, Nicaragua, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay, Venezuela y Panamá.

CONFERENCIA DE LAS CORTES SUPREMAS DE LAS AMERICAS, en *Saint Louis University Law Journal*, vol. 40, n° 4, verano 1996, pp. 1315/1318.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[5]

<p>DERECHOS HUMANOS. PROTECCIÓN. SISTEMAS REGIONALES. DENUNCIA. DENUNCIAS ESTATALES E INDIVIDUALES. ADMISIBILIDAD. SOLUCIÓN AMIS-TOSA. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS. PRUEBA. SOLUCIÓN AMISTOSA. PARTICIPACIÓN INDIVIDUAL ANTE LOS ORGANISMOS INTER-GUBERNAMENTALES. MEDIDAS DE PROTECCIÓN. REPARACIÓN. COOPE-RACIÓN (NOTICIAS/CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-CONVENCIÓN AFRICANA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LOS PUEBLOS).</p>

La Conferencia sobre perfeccionamiento de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos (Lisboa, 29-30 de mayo de 1995), organizada por el Centro Norte-Sur (Centro Europeo por la Interdependencia y la Solidaridad Mundiales), con la colaboración del CEJIL (Centro para la Justicia y el Derecho Internacional), reunió a representantes de los Sistemas Europeo, Interamericano y Africano de protección de derechos humanos con el fin, entre otros, de realizar un estudio comparativo de los procedimientos relativos a peticiones individuales, identificar sus semejanzas, diferencias y dificultades, y lograr un desarrollo integral de dichos Sistemas.

Los puntos discutidos fueron los siguientes:

1. Admisibilidad.

Es la fase inicial de una denuncia sobre violación a los derechos humanos consagrados en los distintos tratados internacionales, y que debe ser obligatoriamente supervisada ya sea por la Comisión Interamericana, Europea o Africana de Derechos Humanos. En esta fase, el organismo de protección debe evaluar si se han satisfecho todos los requisitos procesales imprescindibles que autoricen el trámite de la petición. Superada esta etapa, se puede iniciar el conocimiento sobre los méritos del caso en cuestión.

1.1. Sistema Africano.

El problema inicial de este sistema es la determinación del momento en que debe decidirse la admisibilidad, ya que en la Convención Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, existen reglas confusas en este sentido. Por una parte, la Convención requiere que la Comisión decida este punto en la mayor brevedad posible y, por la otra, establece el requisito de que el Estado en cuestión haya tenido oportunidad de presentar sus observaciones a la Comisión respecto de la denuncia en su contra. Según los miembros de la Comisión, este procedimiento se justifica pues, antes de decidir sobre la admisibilidad, la Comisión debe poseer todos los elementos que le permitan alcanzar una decisión después de una etapa contradictoria.

Por otro lado, la Convención distingue entre denuncias estatales y denuncias individuales y, mientras que respecto de las primeras la única decisión requerida es la de admisibilidad, cuando se trata de comunicaciones individuales, es necesario el estudio y decisión adicional sobre la competencia de la Comisión para conocer del caso y sobre la credibilidad de los hechos relatados.

1.2. Sistema Interamericano.

El tema de los recursos internos ha sido de gran importancia y, a su vez, ha provocado grandes discusiones. La función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es la de abrir un caso a nivel de su Secretaría si hay indicios, prima facie, de una violación, y se evidencia que se han tratado de agotar los recursos internos, o que cabe una de las excepciones contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta "admisibilidad" es provisional y no prejuzga ni sobre los aspectos procesales ni sobre los méritos del caso, pues, con posterioridad, la Comisión une la decisión de admisibilidad con la del fondo del asunto.

1.3. Sistema Europeo.

Una de las debilidades de este sistema es que, en la mayoría de los casos, se debe aguardar un largo tiempo para conocer la decisión de admisibilidad, que puede exceder un año y medio en la actualidad.

Por otra parte, la ventaja de este sistema es que, a diferencia de otros, todas las decisiones de admisibilidad son publicadas en los informes de la Comisión.

1.4. Los participantes coincidieron en la necesidad y utilidad de que la resolución sobre la admisibilidad sea expresa, temprana y pública.

2. Agotamiento de los recursos internos.

Es uno de los requisitos más relevantes de la admisibilidad de una denuncia. Consiste en la interposición y agotamiento de todos los recursos previstos y disponibles dentro de la jurisdicción interna, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.

2.1. Sistema Africano.

La única regulación expresa de la Convención Africana establece que los recursos no deben ser agotados cuando su tramitación sea injustificadamente prolongada.

2.2. Sistema Interamericano.

La doctrina y jurisprudencia consideran que los recursos que deben agotarse son los "adecuados" (que tengan idoneidad para proteger la situación jurídica infringida) y "eficaces" (que sean capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos).

La inobservancia de este requisito suele ser la excepción inicial opuesta por el gobierno cuestionado y que, según la experiencia del sistema Americano, sólo puede ser deducida en la primera oportunidad procesal, lo cual impide, incluso, su posterior introducción ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.3. Sistema Europeo.

En este sistema, la presente cuestión es vista de un modo radicalmente diferente del sistema Africano; visión que, según los representantes europeos, se debe a que los órganos judiciales de sus países se encuentran apegados al sistema europeo y generalmente respetan las normas del derecho internacional existentes en la materia, circunstancia que se presenta raramente en África y que, paulatinamente, se va imponiendo en los países de América.

Tanto el sistema Europeo como el Interamericano contienen una excepción al régimen del previo agotamiento de los recursos internos. Tales son los casos en que, dada la naturaleza de la violación (v.gr. detenciones arbitrarias, ejecuciones sumarias, torturas, etc.), el caso es llevado, v.gr., ante la Comisión Europea independientemente de todo recurso interno.

El régimen Europeo, al igual que el Interamericano, es considerado como un sistema de protección subsidiario porque todos los casos deben pasar por una etapa previa de conocimiento e investigación por parte del juez local, siendo, precisamente éste, el que primero aplica el tratado internacional y puede encontrar un remedio efectivo al hecho denunciado. De esta condición depende que el requisito en juego pueda ser más estricto en determinadas regiones que en otras.

3. Prueba.

La intención de los organismos de protección no es la de individualización de responsabilidades, sino el restablecimiento de situaciones jurídicas y el remedio de los hechos denunciados, tal como todos los participantes de la Conferencia lo han reconocido.

En lo referente a la carga de la prueba, se acordó unánimemente que ésta debe ser aportada por el peticionario, o sea, la víctima. Sin embargo, en ciertas y determinadas

situaciones, es necesario trasladar dicha carga al Estado responsable. En este sentido, los representantes del sistema Interamericano consideran las desapariciones forzadas de personas como una de estas situaciones.

El sistema Europeo es amplio y flexible en lo que hace a los tipos de prueba. Tanto la Comisión como la Corte aceptan información *ex parte* y otorgan gran valor a los *amicus curiae*.

En cuanto a la naturaleza de la prueba, si bien se llegó a un consenso acerca de que todo tipo de prueba es admisible, ese resultado no se logró en cuanto al valor que se le debe asignar dentro de cada sistema.

4. Solución Amistosa.

La solución amistosa de un asunto sometido a la Comisión constituye una etapa eventual en la tramitación de peticiones, dentro de las tres Convenciones regionales, cuyo fin es modificar la situación denunciada a fin de restituir al afectado los derechos que le han sido conculcados.

Este instituto no debe confundirse con la reparación económica que, llegado el caso, cabe a la víctima de una violación de derechos humanos, sino que proyecta la solución pacífica de controversias del derecho internacional al ámbito del derecho convencional de los derechos humanos.

4.1. Sistema Africano.

La posibilidad de obligar a un Estado a cooperar es muy remota debido a que no existe la posibilidad de una condena por parte de una Corte regional. Asimismo, debido a la regla procesal de confidencialidad y secreto que debe ser respetada, la Comisión se encuentra imposibilitada de recurrir a una solución amistosa como procedimiento efectivo para mejorar e incentivar la cooperación de los Estados.

4.2. Sistema Interamericano.

La Comisión puede resolver un caso a través de la solución amistosa, con una definición clara y formal de su decisión.

4.3. Sistema Europeo.

Este tipo de solución, rara vez empleado, se mostró realmente efectivo en los casos en que fue promovido, pues la posibilidad de ser encontrado responsable por la Corte Europea incita a los Estados a llegar a un acuerdo.

5. Participación individual ante los órganos intergubernamentales.

La idea central y el objetivo de brindar una mayor participación en el proceso a la víctima, familiares y representantes legales, es presentar ante el órgano jurisdiccional una visión global y completa del caso y, de esta manera, un mayor entendimiento de los hechos denunciados. Esta triple comparecencia "Comisión-Estado-Víctima" enriquecería el debate, puesto que la Comisión expresa una opinión mayoritaria y, en ocasiones, una minoritaria, pero siempre de acuerdo a su jurisprudencia o doctrina, mientras que la víctima presentaría observaciones sobre hechos que conoce o conoció directamente.

5.1. Sistema Africano.

La necesidad de una reforma resultó de gran interés para los participantes de este sistema ya que, a pesar de que aún no se ha establecido una Corte Africana, podría contribuir a mejorar el funcionamiento del sistema y a establecer un futuro órgano jurisdiccional regional.

5.2. Sistema Interamericano.

En este punto, los participantes del sistema Interamericano propician una reforma pues la participación individual ante la Corte es muy restringida. Tanto las víctimas como sus representantes figuran como testigos y asesores de la Comisión, situación que resulta inadecuada en aquellos casos en que dicha Comisión, por un lado, y las víctimas o sus representantes, por el otro, persiguen intereses diferentes. Una reforma futura podría consistir en otorgar a la víctima la posibilidad de someter su caso directamente ante la Corte en el supuesto de que no sea llevado por la propia Comisión o por un Estado.

5.3. Sistema Europeo.

Dicha participación se encuentra reconocida e implementada.

6. Selectividad de casos.

Los participantes de la Conferencia entendieron por selectividad, aquellos criterios discrecionales de los órganos de protección regionales que los mueven a tramitar un determinado caso.

6.1. Sistema Interamericano.

La confidencialidad y el desconocimiento de los procedimientos de selección hace imposible predecir los lineamientos o tendencias de la Comisión respecto a la tramitación de nuevos casos. Asimismo, resultan desconocidos los criterios de selección de los asuntos que serán remitidos a la Corte Interamericana.

6.2. Sistema Europeo.

La Comisión obedece a criterios legales específicos derivados de su propia experiencia y de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y es de la idea que, en el supuesto de violaciones de ciertos derechos, entrará a conocer del caso aun cuando el Gobierno acusado alegue la suspensión temporal de los aludidos derechos.

7. Medidas de protección.

Las medidas de protección son tomadas en los asuntos en que exista una necesidad y urgencia justificada de proteger la vida, integridad y seguridad de las personas. Se tiende a evitar daños irreparables a las personas en momentos en los cuales la petición está siendo conocida por la Comisión y por la Corte.

7.1. Sistema Africano.

Este sistema cuenta, por un lado, con medidas provisionales, similares a las medidas de emergencia del régimen Europeo, adoptadas para evitar daños irreparables a las víctimas y, por el otro, con medidas aplicables a casos relacionados con violaciones serias y masivas, en los cuales la Comisión está facultada para visitar los Estados y efectuar recomendaciones

(empero, este último tipo de medidas nunca ha sido empleado, pues dichas visitas dependen de la autorización de la Organización de la Unidad Africana, que jamás las ha concedido).

7.2. Sistema Interamericano.

El reglamento de la Comisión y la Convención prevén el otorgamiento de medidas cautelares y medidas provisionales, que serán adoptadas por la Comisión y por la Corte, respectivamente. Ambas medidas han arrojado resultados muy positivos; sin embargo llama la atención que la mayor efectividad se observa a nivel de las medidas provisionales dictadas por la Corte.

7.3. Sistema Europeo.

En este régimen no existen las medidas señaladas en 7.2. En su lugar se utiliza lo que los representantes europeos denominan “investigaciones urgentes” (v.gr. la aceleración de los procedimientos) que dependen de la naturaleza del caso, y las “medidas opcionales de emergencia”, aplicables a casos excepcionales que requieren una actuación inmediata de la Comisión, y en los que ésta puede pedir al Estado la suspensión de un acto (expulsiones, extradiciones, etc.).

8. Reparaciones.

En este punto, se planteó la necesidad de establecer lineamientos claros acerca del criterio a seguir al momento de fijar el monto de las indemnizaciones. A tal fin, ha sido subrayada la importancia de considerar el daño moral y material, como así también otros daños no pecuniarios, siempre tomando en cuenta la relación causal que debe existir entre el daño y la violación alegada.

Los familiares de la víctima -ya que respecto a esta última no hay discusión acerca de su derecho a compensación- son considerados “víctimas indirectas” dentro del sistema Europeo, por lo cual no les cabe reparación pecuniaria, salvo, en ciertos casos, “a título de perjuicio moral” o en su calidad de herederos. Este criterio no es aplicable en el sistema Interamericano, en el cual los familiares son considerados víctimas directas.

Los participantes señalaron que la determinación de la reparación del daño moral presenta criterios sumamente complejos, razón por la cual han requerido la intervención de diferentes expertos (v.gr. sicólogos). La única posición divergente fue la expresada por los participantes europeos al considerar que, en determinadas situaciones, el hecho de ser beneficiado por una sentencia internacional constituye una reparación suficiente del daño moral.

9. Falta de cooperación de los Gobiernos en la investigación de los casos.

La mentada falta de colaboración se comprueba en los tres sistemas, afectando la posibilidad de negociar una solución amistosa por el desinterés del Estado en reparar los daños causados.

En el sistema Interamericano se aplica la presunción de “verdad” de los hechos denunciados, por lo que se debe continuar con la tramitación normal de la denuncia. Esta posibilidad no existe en el sistema Africano, donde la Comisión se ve forzada a insistir en

sus solicitudes de información a los gobiernos. Por su parte, en el sistema Europeo, los Estados cooperan pero pueden solicitar plazos complementarios.

Es necesario contar con medidas específicas para estimular la cooperación de los Estados. A este efecto, se pueden proponer medidas tales como la publicación de una lista de Estados que no cooperan con la Comisión, crear vínculos de interés entre los Estados mismos para así ejercer presiones que los muevan a trabajar conjuntamente con la Comisión, presentar listados de preguntas específicas al Gobierno, etc.

10. Fondos y Financiamiento.

La falta de fondos representa un punto crítico para el funcionamiento de los sistemas Interamericano y Africano, al punto que los ha llevado a aceptar dinero proveniente de fundaciones y organizaciones privadas. Esta situación no es alarmante en el sistema Europeo, donde el propio Consejo de Europa se encarga de proporcionar los fondos necesarios para el adecuado funcionamiento del Sistema.

Nota de la Secretaría: participaron en la Conferencia: **Louis Edmond Petitti** (juez, Corte Europea de Derechos Humanos), **Isaac Nguema**, **Atsu-Koffi Amega**, **Vera Valentina De Mello Duarte** y **O. Oji Umzurike** (presidente y miembros, respectivamente, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), **David Padilla** y **Michael Reisman** (secretario ejecutivo adjunto y miembro, Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y **Antonio Augusto Cançado Trindade** (juez, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

CEJIL, "Informe sobre la Conferencia sobre el Perfeccionamiento de los Sistemas Regionales de protección de Derechos Humanos, 29-30 Mayo 1995, Lisboa (Portugal)", en *International Legal Seminar with Members of the African Commission on Human And Peoples' Rights*, CEJIL, s/f. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[6]

DERECHO INTERNACIONAL. CORTE INTERNACIONAL CRIMINAL. ESTATUTO. PROYECTO. DELITOS INTERNACIONALES. GENOCIDIO. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. APARTHEID. CRÍMENES DE GUERRA. AGRESIÓN. TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES (NOTICIAS/NACIONES UNIDAS).

1. En diciembre de 1996, las Naciones Unidas adoptaron la resolución 51/207 que convoca a una conferencia diplomática a celebrarse en Italia en junio de 1998, para revisar y abrir a su suscripción una convención que establezca con carácter permanente una corte internacional en lo criminal (Corte). A tales fines, la Asamblea General dispuso la continuación de las tareas del Comité Preparatorio. Un panorama del estado de la cuestión puede extraerse del proyecto de Estatuto de la Corte Internacional Criminal preparado por

un grupo de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, y del Informe del encuentro del Comité Preparatorio de agosto de 1996.

2. Gran parte de los esfuerzos preparatorios se han concentrado en la determinación de los crímenes que serían de la competencia de la Corte. Dado que hay aceptación en incluir los crímenes internacionales comprendidos en los tratados, los proyectistas han coincidido en admitir tres grupos de infracciones: genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Por el contrario, el consenso es menor respecto de un segundo grupo de crímenes, que incluye la agresión y otro conjunto de delitos como la piratería, el *apartheid*, el tráfico de drogas, etc.

2.1. Genocidio: la definición de genocidio ha sido tomada directamente de los arts. II y III de la Convención sobre Genocidio de 1948.

2.2. Crímenes contra la humanidad: no obstante el acuerdo existente acerca de la inclusión de estos delitos, no hay una aceptación generalizada acerca de su definición según los tratados. Las posibles definiciones pueden fundarse en las Cartas de Nuremberg y de Tokio, en los Estatutos de los Tribunales Internacionales Criminales de Yugoslavia y Ruanda, etc.

La definición correspondiente a estos crímenes y al de genocidio, proveniente del derecho internacional consuetudinario, posibilita la persecución de aquéllos tanto si fuesen cometidos en tiempo de guerra o de paz, por personas públicas o privadas, y sin excepciones en cuanto a amnistía, perdón, u otras limitaciones legales.

2.3. Crímenes de guerra: la competencia de la Corte en estos delitos cuenta con una aceptación general y sólo se presentan diferencias menores en cuanto a la definición de dichos crímenes, pues muchas de las normas en este respecto están contempladas en las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos, y establecidas por el derecho internacional consuetudinario. Sí hay cierta discordancia en cuanto a si estos delitos deben abarcar tanto a los actos cometidos en conflictos internacionales como en los locales.

2.4. Agresión: dado que este crimen no fue incluido en el proyecto original de estatuto, y que no hay un acuerdo general en su definición, no se ha alcanzado un acuerdo en punto a su admisión entre las competencias de la Corte.

2.5. Otros crímenes: el proyecto original de estatuto contempla otros delitos basado en los tratados y vinculados con el terrorismo y el tráfico de drogas, con arreglo, entre otras razones, a que las leyes locales son inadecuadas para atender a estos fenómenos. Con todo, el concierto al respecto es escaso.

3. Institucionalización y estructura de la Corte.

El estatus de la Corte y su relación con las Naciones Unidas, constituyen temas muy debatidos.

Ha sido propuesto, de un lado, que la Corte sea una institución judicial independiente y, del otro, que forme parte de las Naciones Unidas, bien como un órgano principal, bien subsidiario (como, v.gr., el citado Tribunal para Yugoslavia). También se ha

sugerido la reforma de la Carta de las Naciones Unidas para hacer de la Corte un órgano principal, al modo de la Corte Internacional de Justicia, o la adopción de un tratado multilateral.

Según el proyecto de la citada Comisión Internacional, la Corte tendría jurisdicción dentro del territorio de cada Estado Parte, en la medida en que sea necesario para el ejercicio de sus funciones y el acabado cumplimiento de sus propósitos.

La composición de la Corte sería de 18 jueces, nominados y elegidos por los Estados miembros, con la condición de que los electos resulten de distinta nacionalidad. Los jueces permanecerían en el cargo por un término de 9 años, no requiriéndose dedicación exclusiva a la Corte salvo que las necesidades de ésta lo exijan. Las lenguas de trabajo serían el inglés y el francés.

La Corte tendría un Presidente, un Procurador y un Registrador (*Registry*). El primero, junto a tres jueces integrantes de la Corte, asumiría las tareas administrativas, resolvería en todos los *pre-trial* y en cuestiones de procedimiento que no resulten de conocimiento de una cámara de la Corte. En cuanto al Procurador, su misión residiría en la investigación y persecución de todos los crímenes de la competencia de la Corte. Este funcionario y el Procurador segundo serían electos mediante el voto secreto de la mayoría de los Estados partes, y no deben ser de la misma nacionalidad.

La Corte estaría integrada por salas de primera instancia y por otras de apelación. Los Estados parte nominarían y elegirían dieciocho jueces, pero no puede haber más de un juez de una misma nacionalidad. Seis de los jueces elegidos integrarían la sala de apelación. El resto, rotaría en paneles de primera instancia de cinco miembros, de acuerdo a la asignación que haga la presidencia. Los jueces permanecerán en sus funciones durante nueve años, sin dedicación *full-time*, a menos que el cúmulo de trabajo así lo requiera. Los idiomas que se emplearían en el trabajo de la Corte serían inglés y francés.

Con todo, una extensa lista de cuestiones esperan respuesta, v.gr.: ¿qué pueda constituir el “disparador del mecanismo” para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte?; ¿debería la Corte tener competencia sólo respecto de los crímenes específicamente incluidos en sus mandatos, o su competencia debería ser más extensa cuando los sistemas locales omiten la persecución? (como mínimo, se considera que debe ser requerido el consentimiento tanto al Estado en el que se cometió el crimen, cuanto al Estado en el que el acusado es encontrado o se halla en custodia, a condición de que esto no menoscabe el tradicional concepto de que los estados están obligados a enjuiciar o a extraditar a los acusados que se encuentran en sus jurisdicciones); ¿quién debería cumplir las funciones de fiscal con vistas al arresto y la custodia del acusado previo al juicio, y cómo la Corte y sus funcionarios tendrían acceso a testigos y pruebas consideradas necesarias para la completa y adecuada celebración del juicio?; ¿el juicio puede celebrarse *in absentia*?; ¿qué penas pueden ser impuestas? (el Comité Preparatorio ha descartado la pena de muerte).

Los encargados del proyecto confían en que en la ya mencionada reunión de abril de 1998 puedan ser superadas estas dificultades, para que la Corte llegue a ser una realidad antes de que finalice el presente siglo.

WILSON, Richard J., "A Permanent International Criminal Court: Soon to Be a Reality", en *The Human Rights Brief*, American University, Washington, 1997, vol. 4, n° 2, pp. 1, 7 y 14.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[7]

DIVORCIO. RUPTURA DE LA VIDA EN COMÚN. SENTENCIA. FUNDAMENTOS. DERECHO A LA INTIMIDAD (NOTICIAS/FRANCIA).

El art. 1126 del nuevo Código de Procedimiento Civil precisa que la parte dispositiva de la sentencia por la que se pronuncia el divorcio por ruptura de la vida en común no debe hacer ninguna referencia a la causa del divorcio. De ello se deducía, habitualmente, que el fallo debía limitarse a mencionar abstractamente el fundamento del divorcio (ruptura de la vida en común) sin indicar la causa precisa. Había un mínimo indispensable en razón de las consecuencias que se ligan al hecho de que el divorcio es pronunciado por ruptura de la vida en común. Empero, dicho mínimo ha caído bajo la censura de la Sala Segunda Civil de la Corte de Casación: no debe ser mencionado que el divorcio es dictado por ruptura de la vida en común. El simple hecho de mencionar que el divorcio ha sido pronunciado por ruptura de la vida en común constituiría una revelación que entrañaría un menoscabo a la vida privada.

HAUSER, Jean (Profesor en la Facultad de Derecho de Bordeaux), comentario de las sentencias del 11-1-95, 28-2-96 y 20-11-96 de la Corte de Casación de Francia -Sala Segunda Civil-, en *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 1, enero-marzo 1997, Sirey, París, p. 105.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[8]

ESTUPEFACIENTES. LEGISLACIÓN. FUNCIÓN DEL ESTADO (NOTICIAS/NICARAGUA).

La ley de estupefacientes, sicotrópicos y otras sustancias controladas regula la función del Estado en la prevención, investigación, control y fiscalización de toda actividad relativa al cultivo, producción, fabricación, uso, tenencia, transporte y comercialización de estupefacientes, sicotrópicos, sustancias inhalables y toda clase de fármacos susceptibles de producir dependencia física o psíquica de efectos estimulantes, deprimentes, narcóticos o

alucinógenos.

Por otra parte, regula el control y fiscalización de actividades relativas a la producción y comercialización de sustancias y materiales que intervienen en la elaboración y producción de las sustancias señaladas con anterioridad, así como de las que sirvan para ocultar o encubrir el origen de las ganancias y adquisición de toda clase de bienes, fruto de esas actividades ilícitas y de las señaladas en el artículo anterior.

Asimismo, regula la organización, actividad pública y la participación de Organismos no Gubernamentales, en materia de prevención y educación de la sociedad en general sobre los efectos del consumo de dichas sustancias, así como en el tratamiento, rehabilitación y reinserción en la sociedad de los dependientes de aquéllas.

Por su parte, crea el “Consejo nacional de lucha contra las drogas”, como órgano asesor del Gobierno para la elaboración, impulso y evaluación de políticas nacionales de carácter integral sobre la materia. Y, como instancia técnica del nombrado Consejo, se crea la “Comisión de control de operaciones bancarias, financieras y otras actividades conexas sobre legitimación de capitales” cuyo objetivo consiste en evitar la realización de actividades económicas ilícitas relacionadas con el narcotráfico, a través del estudio de las distintas técnicas y métodos que se emplean para llevar a cabo operaciones bancarias, financieras y conexas, que facilitan la legitimación de capitales provenientes de actividades ilícitas.

Ley nº 177, Estupefacientes, sicotrópicos y otras sustancias controladas, del 13-7-1994, en *Boletín Judicial*, Managua, edición 1994, p. 240.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[9]

MENORES. HERMANOS. MANTENIMIENTO DE LOS LAZOS (NOTICIAS/ FRANCIA).

La ley francesa nº 96-1238 (30-12-1996), relativa al mantenimiento de los lazos entre los hermanos y hermanas, introdujo en el Código Civil el art. 371-5: “El menor no debe ser separado de sus hermanos y hermanas, salvo si ello no es posible o si su interés exige otra solución. Dado el caso, el juez resuelve sobre las relaciones personales entre los hermanos y hermanas” (*L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et soeurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et soeurs*).

JAMIN, Christophe (profesor -Universidad de Lille II-, miembro del Instituto Universitario de Francia), “Legislación Francesa y Comunitaria en Materia de Derecho Privado”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, Sirey, París, nº 1, enero-marzo 1997, con comentario de **REVET, Thierry** (profesor -Universidad Montpellier I), pp. 229/231.

[10]

PARTIDOS POLÍTICOS. CAMPAÑAS ELECTORALES. GASTOS. CONTRIBUCIONES. DETERMINACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL APORTE ESTATAL. FINANCIAMIENTO ANTICIPADO. APORTES DE PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS EXTRANJERAS. - DIFUSIÓN O PUBLICACIÓN DE SONDEOS DE OPINIÓN PÚBLICA. ELECCIONES. TRANSPORTE PÚBLICO. PROHIBICIÓN A LOS PARTIDOS DE TRANSPORTAR ELECTORES. PROPAGANDA ELECTORAL. PARTICIPACIÓN DE LA MUJER. PORCENTAJES (NOTICIAS/COSTA RICA).

Entre las principales leyes aprobadas en el segundo semestre del año 1996, en Costa Rica, se encuentra la n° 7653 -reforma de varios artículos del Código Electoral-.

En dicha reforma se establece, en cuanto a las contribuciones para las campañas electorales y la actividad relacionada con la fecha del comicio, la prohibición a los partidos políticos de: a) aceptar o recibir, directa o indirectamente de personas físicas y jurídicas extranjeras, contribuciones, donaciones, préstamos o aportes en dinero o en especie, para sufragar sus gastos de administración y los de sus campañas electorales; y b) la difusión o publicación, parcial o total, por cualquier medio, de sondeos de opinión pública o encuestas relativas a procesos electorarios, durante los días inmediatos anteriores al de las elecciones y en el propio día de éstas.

En relación con el proceso electoral inmediatamente posterior al de 1998, el día de las elecciones, así como la víspera y el día posterior, los concesionarios y permisionarios de transporte remunerado de personas en la modalidad de autobuses con ruta asignada, deberán prestar el servicio como si fuera un día ordinario y poner sus vehículos y personal a disposición del Tribunal Supremo de Elecciones (Tribunal). Los partidos políticos no podrán contratar este servicio remunerado para el transporte de electores durante esos días.

Respecto de la determinación del aporte estatal, indica que, dentro de los límites establecidos en el artículo 96 de la Constitución Política, el Tribunal fijará el monto de la contribución que el Estado debe reconocer a los partidos políticos, por gastos justificados conforme a esta ley. La distribución del aporte estatal se hará entre los partidos que tengan derecho a él, en estricta proporción con el número de votos obtenidos por cada uno.

Asimismo, en el art. 194 se elimina la disposición que establecía que durante los diez meses anteriores a la fecha de las elecciones nacionales, los partidos políticos tienen derecho a retirar el importe que les corresponda por concepto de financiamiento anticipado.

Con referencia a la propaganda electoral, sólo podrá difundirse durante los meses de noviembre y enero inmediatamente anteriores a la fecha fijada para las elecciones. No así durante el mes de diciembre inmediatamente anterior al día del sufragio, con excepción de los candidatos a Presidente, quienes podrán difundir un mensaje navideño.

A más de ello, el Tribunal asegurará que los porcentajes de gastos destinados a difundir pensamiento, debates ideológicos y programáticos serán, en todo caso, superiores al porcentaje asignado a anuncios publicitarios reiterativos.

En tal sentido, las empresas autorizadas para publicar propaganda política deberán presentar al Tribunal, al día siguiente de la publicación, copia de los textos escritos de las piezas de propaganda que publiquen, impriman o transmitan, conforme a las disposiciones del art. 85 de la ley 7653 cit., la que deberá estar firmada por el personero autorizado del partido y el representante legal de la empresa.

Además, surge del texto de la ley, que los estatutos de los partidos deberán contener, entre otras cosas, el mecanismo que asegure la participación de las mujeres en un determinado porcentaje, tanto en la estructura partidaria como en las papeletas para los puestos de elección popular.

Por otra parte, las delegaciones de las asambleas distritales, cantonales y provinciales, deberán estar conformadas, al menos, por un 40% de mujeres.

DEPARTAMENTO DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS DE COSTA RICA, "Sinopsis de las principales leyes aprobadas entre julio y noviembre de 1996", en *Revista Parlamentaria*, San José, vol. 4, n° 3, diciembre 1996, pp. 1192/ 1194.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

NOTICIAS BREVES

[1]

CARICATURA (NOTICIAS BREVES/FRANCIA).

La caricatura: dualidad o unidad. Noción de caricatura: caricatura y propiedad intelectual; caricatura y derechos sobre la imagen. El régimen de la caricatura: un régimen dualista criticable; un régimen unitario deseable.

FIECHTER-BOULVARD, Frédérique, "La caricature: dualité ou unité", en *Revue trimestrielle de droit civil*, Sirey, París, nº 1, enero-marzo 1997, pp. 67/77.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[2]

CONCURSOS Y QUIEBRAS (NOTICIAS BREVES/FRANCIA).

Convención del Consejo de Europa relativa a los procedimientos de insolvencia: procedimientos colectivos, insolvencia del deudor, convención, campo de aplicación, efectos, reconocimiento del procedimiento de insolvencia, procedimientos secundarios de insolvencia, información de los acreedores, presentación de sus créditos.

Revue des sociétés, Dalloz, París, nº 1, enero-marzo 1996, pp. 123/147.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[3]

CONGRESO. NORMAS ETICAS (NOTICIAS BREVES/EE.UU.).

Congreso. Normas éticas aplicables a sus integrantes.

LEVIN, Ronald M., "Congressional Ethics and Constituent Advocacy in an Age of Mistrust", en *Michigan Law Review*, vol. 95, N° 1, octubre de 1996, p. 1.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[4]

DERECHO AMBIENTAL. DESECHOS PELIGROSOS (NOTICIAS BREVES/NICARA-GUA).

El objeto de la ley mediante la cual se prohíbe el tráfico de desechos peligrosos y sustancias tóxicas, estriba en establecer el conjunto de normas y disposiciones orientadas a prevenir la contaminación del medio ambiente y sus diversos ecosistemas y proteger la salud de la población ante el peligro de la contaminación de la atmósfera, del suelo y de las aguas, como consecuencia de la transportación, manipulación, almacenamiento y disposición final de desechos peligrosos.

Ley n° 168, Prohibición de tráfico de desechos peligrosos y sustancias tóxicas, del 17-1-1994, en *Boletín Judicial*, Managua, edición 1994, p. 216.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[5]

DERECHO DEL TRABAJO. CONSULTA A LOS TRABAJADORES. CONVENCIONES COLECTIVAS. DERECHO COMUNITARIO (NOTICIAS BREVES/FRANCIA).

Comentario a la ley 96-985 (12-11-1996) relativa a la información y a la consulta de los trabajadores en el marco de las empresas y los grupos de empresas de dimensión comunitaria, y al desarrollo de las convenciones colectivas.

RENET, Thierry (profesor -Universidad Montpellier I), en *Revue trimestrielle de droit civil*, Sirey, París, n° 1, enero-marzo 1997, pp. 236/237.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[6]

MENORES. PROTECCIÓN (NOTICIAS BREVES/FRANCIA).

La asistencia del menor, una vía posible entre la autonomía y la representación. 1. La reducción del ámbito de la incapacidad del menor: una autonomía de configuración (*à géométrie*) variable; una responsabilidad acrecentada. 2. La evolución del régimen de protección del menor: la evolución hacia un régimen de asistencia; la asistencia bajo control.

LEMOULAND, Jean-Jacques, "L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation", en *Revue trimestrielle de droit civil*, Sirey, París, n° 1, enero-marzo 1997, pp. 1/24. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[7]

MINISTERIO PÚBLICO. PROCEDIMIENTO PENAL (NOTICIAS BREVES/CHILE).

Algunas observaciones al proyecto de ley del Ministerio Público enviado por el Ejecutivo al Legislativo chileno, base para que pueda funcionar el nuevo Código de Procedimiento Penal de dicho país -que también está en fase preparatoria en el Congreso Nacional-.

OBERG YAÑEZ, Héctor (profesor de Derecho Procesal - Universidad de Concepción), El Ministerio Público (algunas observaciones al proyecto de ley que lo establece), en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Chile, n° 198, julio-diciembre 1995, pp. 21/33.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[8]

MUERTE. EXTRACCIÓN DE ÓRGANOS (NOTICIAS BREVES/FRANCIA).

Comentario del decreto n° 96-1041 (2-12-1996) relativo a la comprobación de la muerte previa a la extracción de órganos, tejidos y células con fines terapéuticos o científicos, modificadorio del Código de la salud pública.

REVET, Thierry (profesor -Universidad Montpellier I), en *Revue trimestrielle de droit civil*, Sirey, París, n° 1, enero-marzo 1997, pp. 231/233.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[9]

RECURSO DE CASACIÓN (NOTICIAS BREVES/CHILE).

Análisis de las modificaciones introducidas en el sistema procesal de Chile, respecto del recurso de casación ante la Corte Suprema. Conferencia dictada en el Curso de Actualización sobre "Las últimas reformas procesales orgánicas y funcionales", de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

PECCHI CROCE, Carlos (profesor de Derecho Procesal - Universidad de Concepción), Modificaciones de la ley 19.374 al recurso de casación, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Chile, n° 198, julio-diciembre 1995, pp. 83/97.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[10]

TERRORISMO. DETENCIÓN PROVISIONAL. EXÁMENES Y REQUISAS (NOTICIAS BREVES/FRANCIA).

Ley 96-1235 (30-12-1996) relativa a la detención provisoria y a los registros nocturnos en materia de terrorismo.

Revue trimestrielle de droit civil, Sirey, París, n° 1, enero-marzo 1997, p. 240.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

NOVEDADES BIBLIOGRAFICAS

[1]

ANGELES GONZALES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Código Penal (comentado-concordado-annotado)*, Ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1996, 624 pp.
Biblioteca Central: E. 1881.

investigaciones 2 (1997).

375

[2]

BOLETIN OFICIAL DEL MERCOSUR, año 1, n° 1/97, junio 1997, Montevideo, 89 pp.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

La Secretaría Administrativa del Mercosur, de acuerdo con lo dispuesto en el Protocolo de Ouro Preto, inicia la edición del Boletín Oficial del Mercosur destinado a publicar la normativa comunitaria. Prevé, además, contar con capítulos sobre la incorporación de dichas normas en los ordenamientos jurídicos nacionales y sobre informaciones generales. Este, su primer número, contiene las principales disposiciones que, institucional y programáticamente, han aprobado los cuatro Estados partes (Tratado de Asunción, Protocolo de Ouro Preto y la decisión n° 9/95 "Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000"). A partir de 1998 el Boletín será trimestral.

[3]

CARBONELL LAZO, Fernando R., LANZON PEREZ, Jorge T. y MOSQUERA LOPEZ, Silvia R., *Código Civil (comentado-concordado-anotado)*, Ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1996, tomos 1, 2, 3 y 4, 6499 pp.
Biblioteca Central: C. 3779/3802.

[4]

CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Ed. Siglo veintiuno editores, México, 1994, 210 pp.
Biblioteca Central: F. 3004.

La Obra se centra en la preocupación constitucional "del problema" de la difícil cabida del derecho indígena en el sistema que llega a imperar por América con la expansión europea. El Autor se "introduce en el estudio de un vacío jurídico y un perjuicio cultural para tratar de entender y contribuir a superar una diferencia constitucional y una inquietud social".

[5]

COMISION DE GESTION DE ASUNTOS PUBLICOS MUNDIALES, Informe de

la, *Nuestra comunidad global* (título original: *Our Global Neighbourhood*), versión española de Carlos Rodríguez Braun, Ed. Alianza, Madrid, 1995, 336 pp.

Biblioteca Central: G. 586.

El libro reúne a un grupo de dirigentes que componen la Comisión cit., cuyo trabajo ha consistido en plantear “propuestas para promover la seguridad de las personas del planeta, administrar la economía global, reformar las Naciones Unidas y fortalecer el imperio de la ley en todo el mundo. Se trata, pues, de recomendaciones cuyo objetivo es mejorar la gestión de nuestra comunidad global en una nueva etapa de la historia de la humanidad”.

[6]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA, TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA, *“Seminario Internacional. Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios”*, Ed. Judicial, 1997, Sucre, 1997, 278 pp.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

El Seminario Internacional “Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios”, realizado en La Paz y Sucre por iniciativa del tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y con el auspicio de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, trató, entre otros, temas relativos al derecho comunitario europeo, el tribunal de justicia de las comunidades europeas y el tribunal de primera instancia, el tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena, y la interpretación prejudicial en los países andinos.

[7]

DE LA MATA, Norberto J. (Profesor de Derecho Penal -Universidad del País Vasco) y **ETXEBARRIA, Xabier** (Profesor de Derecho Penal -Universidad de Deusto), *Malversación y lesión del patrimonio público*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1995, 129 pp.

Biblioteca Central: E. 1886.

Los Autores desarrollan el estudio de la diversidad de figuras delictivas bajo el término “malversación” en el Código Penal Español, de los modelos de incriminación de las conductas de funcionarios que afectan a fondos públicos -incluyendo los sistemas italiano, francés y alemán- y del ordenado funcionamiento de la administración como objeto de protección.

[8]

GARCIA DE ENTRERRIA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, 303 pp.

Biblioteca Central: A. 1527.

El Autor entra en una polémica abierta sobre si el origen democrático de los gestores públicos debe o no reducir la extensión o la intensidad del control judicial sobre su actuación. El objeto de la Obra es determinar si existe o no tensión, o eventualmente contradicción, entre el origen electivo de los gobernantes y la posibilidad de residenciar sus actos ante una instancia judicial independiente. Para ello, son analizados los problemas de la partidocracia y la corrupción. Por otra parte, en contraste, se efectúa un estudio, documentado del sistema norteamericano reciente (obra de la "Nueva Derecha") de control judicial de la Administración. En esta última edición se efectúa una ampliación con tres trabajos relativos al papel del juez ante la apreciación por parte de la Administración de motivos de interés público y la reforma de la justicia administrativa.

[9]

GARCIA GUERRERO, José Luis (Profesor titular en Derecho Constitucional -Universidad de Castilla), *Democracia representativa de partidos y grupos parlamentarios*, Ed. Publicaciones del Congreso de Diputados, Madrid, 1996, 554 pp.

Biblioteca Central: F. 3206.

La tesis tiene por objeto el estudio de los grupos parlamentarios en el ordenamiento jurídico español, su naturaleza, constitución, caracterización jurídica, y manifestaciones de su operación funcional y disolución.

[10]

IANNI, Octavio, *Teorías de la globalización*, Ed. siglo veintiuno editores, México, 1996, 184 pp.

Biblioteca Central: F. 3222.

El desarrollo impetuoso de la informática, las ciencias de la comunicación, la cibernética, en fin, la más evolucionada tecnología, llevan al Autor a realizar un análisis de las diversas teorías empeñadas en esclarecer las condiciones y los significados de la globalización. Algunos temas que posee la Obra han sido publicados en versiones preliminares como ser: "Metáforas de la globalización"; "La occidentalización del mundo"; "La modernización del mundo"; "La aldea global"; "Globalización y cultura"; "Sociología de la globalización" y "Globalización: Nuevo paradigma de las ciencias sociales".

[11]

LOPEZ CALERA, Nicolás María (Catedrático de Filosofía del Derecho, Filosofía Moral y Filosofía Política -Universidad de Granada), *Yo, el Estado*, Ed. Trotta, 1992, 123 pp.
Biblioteca Central: B. 3215.

La motivación del Autor es la convicción de que la teoría jurídico-política debiera esforzarse por renovar las salidas a los conflictos sociales. En este sentido, la Obra se divide en tres partes: La ofensiva contra el Estado, La sustanciación del Estado y Refundar el Estado. En la primera, se analiza la sustanciación y crisis del Estado a finales del siglo XX, la privatización económica, jurídica e ideológica, la izquierda y la recuperación de la sociedad civil (el corporativismo y los movimientos sociales) y la colonización jurídica, según Jürgen Habermas. Su parte segunda, estudia los derechos individuales y los derechos del Estado y su subjetividad. Por último -tercera parte- inicia su análisis partiendo de la pregunta ¿Que hacer con el Estado?, investigando acerca del Estado como totalidad ética y política, el sentido y límites de una sustancialización del Estado, y la hegemonía relativa de éste.

[12]

MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo (Docente -Universidad de la República), *Derecho del trabajo de los países del Mercosur*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, 500 pp.
Biblioteca Central: I. 713.

El Autor efectúa un estudio comparativo de los ordenamientos jurídicos laborales de los países integrantes del MERCOSUR. En la primera parte de la Obra efectúa una "macrocomparación" de los ordenamientos jurídicos laborales. En lo restante de la investigación, realiza la comparación de las grandes instituciones del Derecho Laboral, comenzando, en su título segundo, por el estudio de las fuentes del derecho en el derecho comparado del trabajo, a través de las constituciones nacionales, la legislación, la negociación colectiva, las sentencias normativas, laudos, los usos y costumbres y la jurisprudencia, entre otras, para concluir con un análisis de la aplicación del Derecho del Trabajo en el espacio. Por su parte, en su tercer y último título, analiza la situación del trabajador, sus organizaciones, el empleador y la protección y promoción de la organización y la acción sindical.

[13]

MEYER, Lorenzo y REYNA, José Luis (Coordinadores), *Los sistemas políticos en América Latina*, Ed. Siglo veintiuno editores, México, 1992, 390 pp.
Biblioteca Central: F. 3225.

Se trata de un conjunto de trabajos de diversos autores, resultado de una colaboración conjunta entre la Universidad de las Naciones Unidas y la Universidad Nacional Autónoma de México, tendiente a mostrar la situación de los sistemas y partidos políticos en los países de América Latina.

[14]

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Actividades de la OIT, 1994-1995, Ginebra, 1996, 232 pp.
Biblioteca Central: 2-37.

Esta memoria de actividades de la OIT (1994-1995) consta de cuatro capítulos. Los primeros tres se centran en los principales objetivos de la Organización, entre ellos, el fomento de la democracia y los derechos humanos; la lucha contra el desempleo y la pobreza, la promoción de la igualdad y de la protección adecuada para los trabajadores de todas las categorías. El capítulo cuarto da cuenta de las actividades técnicas que la OIT ha llevado a cabo en las distintas regiones. Por otra parte, cuenta con apéndices relativos a todas las publicaciones de la OIT, a la lista de los Estados miembros, y proporciona datos acerca de la cooperación técnica prestada por el organismo, etc.

[15]

ORTIZ MATTOS, Pastor ("Profesor Emérito" -Universidad Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chiquisaca y ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia), *El recurso de Casación en Bolivia*, Editorial Judicial, Sucre, 1997, 227 pp.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[16]

PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de Derecho Penal, Ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, tomos I, II-A y III, 2120 pp.
Biblioteca Central: E. 1893/1896.

[17]

POLAINO-LORENTE, Aquino, y otros, *Manual de bioética general*, Ed. Rialp, Madrid, 1997, 490 pp.
Biblioteca Central: E. 1879.

Se trata de una Obra colectiva que aborda cuestiones en torno a la fundamentación de la bioética, el valor central de la vida humana y la ética en la práctica médica cotidiana. Contiene estudios relacionados con la dignidad de la persona humana, la ética y la Ley Natural, el punto de vista de las hipótesis secularistas en bioética, la manipulación genética e intervención de embriones, los trasplantes de tejido fetal, las técnicas de reproducción artificial, el diagnóstico prenatal, la esterilización anticonceptiva, la medicina prenatal, la relación médico-paciente, la ética y las relaciones interprofesionales de los médicos, la historia clínica y los datos informatizados (aspectos epistemológicos, antropológicos y éticos), el secreto médico, el ensayo clínico, la obligatoriedad ética de asistir al paciente, el consentimiento informado de los pacientes, la ética de la publicidad en biomedicina, los comités de ética hospitalaria y la relevancia de sus decisiones, las implicaciones éticas de la educación para la salud, la atención al paciente terminal, la comunicación y la verdad en el paciente terminal, el diagnóstico neurológico de la muerte, la ética en el término de la vida humana, la ética y el comportamiento suicida y la asistencia pastoral en el enfermo terminal.

[18]

POULANTZAS, Nicos, *Fascismo y dictadura*, Ed. Siglo veintiuno editores, México, 1990, 427 pp.

Biblioteca Central: F. 3224.

El Autor realiza un estudio del fascismo como fenómeno político. En aquél, intenta captar este fenómeno en sus características esenciales mediante el análisis de sus causas y efectos. En este sentido, efectúa la separación de los factores secundarios y de las causas reales, y despeja estas últimas a fin de determinar las posibilidades y condiciones de resurgimiento del fenómeno.

[19]

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (Catedrático de Derecho Penal y Política Criminal -Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú), *El delito de Lavado de dinero*, Ed. IDEMSA, Lima, 1994, 301 pp.

Biblioteca Central: G. 1208.

El Autor hace un estudio de las características y manifestaciones del delito de lavado de dinero. Por otra parte, analiza, desde una perspectiva dogmática y de política criminal, la asimilación al derecho interno de las premisas y recomendaciones expuestas en los acuerdos internacionales para la criminalización de dicho comportamiento. La Obra dedica sus primeros capítulos a exponer la estructura y operatividad del blanqueo de bienes y capitales de origen ilegal, y a la exposición general de las estrategias y medidas que la política internacional antidroga ha diseñado para enfrentarlo. Seguidamente, analiza del problema en el Perú.

[20]

QUINTANAR DIEZ, Manuel (Profesor de Derecho Penal -Universidad Complutense de Madrid), *La justicia penal y los denominados arrepentidos*, Ed. Edersa, Madrid, 1996, 446 pp.

Biblioteca Central: J. 2786.

La Obra tiene como punto de partida la tesis doctoral que el autor defendió en la Universidad de Bologna. Su objeto de estudio se centró en la progresiva extensión de la figura del llamado colaborador de la justicia en la legislación criminal italiana y la praxis judicial en torno al uso y gestión de los denominados arrepentidos. El Autor ha dividido la materia en tres grandes bloques: el primero, relativo a los principales precedentes históricos de dicha figura; el segundo, dedicado al estudio de los ordenamientos italiano, alemán y anglo-americano, desde las vertientes sustantiva y procesal; y el tercero, consagrado al ordenamiento jurídico español.

[21]

REDONDO, Santiago (Profesor de criminología, investigador - Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Catalunya -Universidad de Barcelona), *Evaluar e intervenir en las prisiones*, Ed. PPU, 1992, 444 pp.

Biblioteca Central: E. 1832.

Un primer objeto de la Obra es el debate en torno de la cuestión penitenciaria; seguidamente, se dirige a presentar una serie de técnicas de evaluación e intervención aplicables al análisis, comprensión y resolución de algunos de los problemas prácticos planteados en el complejo ámbito carcelario.

[22]

RENOUVIN, Pierre (Profesor de la Universidad Sorbona), *Historia de las relaciones internacionales* (título original: *Histoire des relations internationales*), traducción de Justo Fernández Buján, Isabel Gil de Ramales, Manuel Suárez, Felix Caballero, Robredo, Ed. Akal, Madrid, 1982, 1308 pp.

Biblioteca Central: G. 1197.

Constituye el tomo II de la Historia de las relaciones internacionales, dirigida por el autor, y abarca los períodos de 1815 a 1871 -"La Europa de las nacionalidades y el despertar de nuevos mundos"- y de 1871 a 1914 -"El apogeo de Europa"-.

[23]

RIVAS ALCOCER, Luis (Normalista), *La delincuencia juvenil*, Ed. Judicial, Sucre, 1997, 216 pp.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

La delincuencia juvenil es considerada desde los puntos de vista biológico, psicológico, sociológico y legal, con el propósito de contribuir a la solución de prácticas antijurídicas, por parte de la juventud, que dañan la formación de los hombres y laceran las garantías de paz y seguridad sociales; rehabilitar y reincorporar a los menores imputables a la vida normal de la convivencia social, buscando las causas de los hechos delictivos y sus posibles soluciones.

[24]

SANCHEZ MARTINEZ, Flor (Catedrática de Derecho Penal y Presidente del Consejo del Instituto de Criminología -Universidad Complutense de Madrid), *El delito Farmacológico*, Ed. EDERSA, Madrid, 1995, 436 pp.

Biblioteca Central: E. 1889.

La Autora parte del estudio de la "salud pública como bien jurídico", para después ingresar en diversos aspectos del llamado delito farmacológico: análisis histórico, regulación en el derecho comparado, demarcación y límites, el despacho de medicamentos deteriorados o la sustitución legal de medicamentos, la alteración y simulación de sustancias medicinales, etc.

[25]

SOBREVILLA, David (Compilador), *El derecho, la política y la ética*, Ed. Siglo veintiuno, México, 1991, 231 pp.

Biblioteca Central: P. 953.

Compilación de los textos -y sus comentarios- presentados en el I y II Coloquio Alemán-latinoamericano de filosofía (El Pueblo, Perú, 1987) cuyo tema fue Métodos de filosofía: "Derecho y moral", por Jürgen Habermas; "Problemas conceptuales de la democracia", por Osvaldo N. Guariglia; "Hombre, naturaleza, historia. El problema de una fundamentación racional de la ética", por Francisco Miró Quesada; "La nueva concepción de filosofía moral", por Ernst Tugendhat; "El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico", por Eduardo Rabossi.

[26]

SUAREZ VILLEGAS, Juan Carlos (Profesor de ética periodística -Universidad de Sevilla), *¿Hay obligación moral de obedecer al derecho?*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, 116 pp.

Biblioteca Central: P. 948.

La Obra aborda -según lo expresa su Autor- el estudio ético de una cuestión colindante con la filosofía jurídica: ¿el derecho positivo, por ser tal, influye en el razonamiento moral del sujeto?. Desde una óptica jurídica, esta cuestión afecta al debate de conceptos tales como la legitimidad, la validez y la eficacia de la norma, en conexión con “la pregunta más filosófica de cómo afecta el hecho de que algo sea normativo al razonamiento práctico del sujeto”. El Autor analiza la cuestión desde tres perspectivas generales de la ética: el contractualismo, el consecuencialismo y la rehabilitación de la racionalidad práctica de corte aristotélico-tomista llevada a cabo por J. Finnis.

[27]

VALLES CASADEVALL, Josep M. y BOSCH GUARDELLA, Agustí, *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1997, 270 pp.

Biblioteca Central: F. 3217.

Son expuestos los diferentes elementos que constituyen el sistema electoral, cómo se combinan y sus principales consecuencias políticas. Para ello, se adopta una doble perspectiva: el análisis de los componentes singulares del sistema (distrito, fórmula, modalidad de voto, etc.) y la descripción de su evolución histórica en varios países.

[28]

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1991, 204 pp.

Biblioteca Central: P. 954.

Se trata de una antología que reúne diferentes artículos que abordan temas relacionados con la filosofía jurídica y que ya han sido publicados por el Autor, entre ellos, “La ‘lógica moderna’ del derecho”; “La ideología y dogmática jurídica” y “Sobre el futuro de la filosofía del derecho como investigación fundamental”.

INDICES

-los números corresponden a las páginas-

ORDENAMIENTOS JURIDICOS

<p>ALEMANIA: 144, 173, 179, 201, 223, 350.</p> <p>ARGENTINA: 321, 322.</p> <p>AUSTRIA: 206, 321.</p> <p>BELGICA: 322.</p> <p>BIELORRUSIA: 158.</p> <p>BOLIVIA: 168, 193, 229, 346, 349.</p> <p>BRASIL: 166, 171, 213, 222, 322.</p> <p>CANADA: 191.</p> <p>CARTA DE LA ORGANIZACION DE LAS</p> <p>COLOMBIA: 148, 151, 160, 228.</p> <p>COMUNIDAD EUROPEA: 156, 167, 238, 259.</p> <p>CONVENCION AFRICANA DE LOS</p> <p>CONVENCION AMERICANA SOBRE</p> <p>CONVENCION DE GINEBRA SOBRE EL</p> <p style="padding-left: 20px;">ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE</p> <p>CONVENCION DE VIENA SOBRE</p> <p>CONVENCION DE VIENA SOBRE EL</p> <p>CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS</p> <p>COSTA RICA: 210, 338,</p> <p>CROACIA: 141, 221.</p> <p>CHILE: 321, 342, 343.</p> <p>DINAMARCA: 322.</p> <p>EE.UU.: 168, 182, 194, 207, 234, 236, 249, 250,</p> <p>EL SALVADOR: 143, 196, 212, 219, 226, 237.</p> <p>ESPAÑA: 141, 151, 154, 156, 159, 161, 171, 179,</p>	<p>EX REPUBLICA YUGOSLAVA DE</p> <p>FRANCIA: 146, 212, 225, 229, 303, 336, 337, 341,</p> <p>HUNGRIA: 156, 158, 166, 167.</p> <p>ITALIA: 161, 219, 225, 321, 350.</p> <p>MERCOSUR: 345, 348.</p> <p>NACIONES UNIDAS: 322, 334.</p> <p>NICARAGUA: 144, 178, 193, 337, 341.</p> <p>ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL</p> <p>TRABAJO: 158, 348.</p> <p>CORTE SUPLENTE DE LAS</p> <p>AMERICAS: 326.</p> <p>PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS</p> <p>CIVILES Y POLITICOS: 3</p> <p>PARAGUAY: 321, 322.</p> <p>DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LOS PUEBLOS: 329.</p> <p>DERECHOS HUMANOS: 162, 215, 314, 329.</p> <p>PORTUGAL: 148.</p> <p>1951: 24</p> <p>REPUBLICA SOCIALISTA DE VIETNAM: 321</p> <p>RELACIONES DIPLOMATICAS DE 1961: 179.</p> <p>DERECHOS DE LOS TRABAJADORES: 162, 314.</p> <p>DERECHOS HUMANOS EN AFRICA: 206, 316, 230, 239, 329.</p> <p>SUIZA: 144, 221, 244.</p> <p>TRATADO DE MAASTRICHT: 259.</p> <p>TUNEZ: 321.</p> <p>TURQUIA: 214, 321.</p> <p>UNION LATINA: 321.</p> <p>URUGUAY: 149, 220.</p>
<p>197, 198, 222, 224, 228, 243, 246, 346, 347, 350.</p>	<p>197, 198, 222, 224, 228, 243, 246, 346, 347, 350.</p>

TEMATICO

<p>ABOGADOS: 141, 281, 282, 289.</p> <p style="padding-left: 20px;">Colegiación: 141.</p> <p style="padding-left: 20px;">Ejercicio de la profesión: 141.</p> <p style="padding-left: 20px;">Libertad de expresión comercial: 281, 282, 289.</p> <p>ACCESO A LA INFORMACION: 148.</p> <p style="padding-left: 20px;">Declaración de bienes: 148.</p>	<p>Oposición al acceso: 148.</p> <p>ACCESO A LA JURISDICCION: 141, 156, 158, 179.</p> <p style="padding-left: 20px;">Principio <i>pro actione</i>: 156, 243.</p> <p>ACCION DE AMPARO: 143, 179.</p> <p style="padding-left: 20px;">Ante el silencio de la Administración: 143.</p>
---	--

ACCION POPULAR: 243.

ACTO ADMINISTRATIVO: 141, 143, 166, 226,
 Control judicial: 141, 143.
 Fundado en una ley inválida: 226.
 Motivación: 237.
 Nulidad: 237.
 Principio de legalidad: 239.
 Silencio de la Administración: 143, 239.

ACUERDOS INTERNACIONALES: 321.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA: 239.
 Comunidad Europea: 239.
 Derecho comunitario: 239.
 Ejecución de sentencias: 239.
 v. **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

ADMINISTRACION PUBLICA: 156, 239, 243,
 Control: 156, 346.
 Inactividad de la Administración: 156.
 Principio de legalidad: 239.
 Reglamentos: 243.
 Silencio de la Administración: 143, 156, 239.
 Sometimiento a las decisiones judiciales: 239.

AGENTES DIPLOMATICOS: 179.
 Obligaciones del Estado acreditante: 179.
 Obligaciones del Estado receptor: 179.
 Privilegios e inmunidades: 179.
AGRESION: 334.

AMICUS CURIAE: 174.

APARTHEID
 v. **DISCRIMINACION**

APELLIDO: 206.
 de la esposa: 206.
 Presunciones legales: 206.
 v. **NOMBRE**

ARREPENTIDO: 350.
 Antecedentes históricos: 350.
 Alemania: 350.
 EE.UU.: 350.
 España: 350.
 Italia: 350.

ASILO: 244.
 Convención de Ginebra de 1951: 244.

Efectividad de los remedios jurídicos: 244.
 Garantias procesales: 244.
 Medidas cautelares: 244.
 Proceso: 244.
 Recursos: 244.
 Refugiados: 244.

ASISTENCIA JUDICIAL: 321

ASISTENCIA LETRADA: 190, 224.

ASOCIACIONES PROFESIONALES: 144.
 Libertad de asociarse: 144.
 Sindicatos: 144.

AUTORIZACION DE VIAJES DE MENORES: 321.

BEBIDAS ALCOHOLICAS

LIBERTAD DE EXPRESION

COMERCIAL

BIOETICA: 303, 349.
 Consentimiento, importancia del: 303.
 Cuerpo humano: 303.
 Diagnóstico prenatal: 303, 349.
 Donación de órganos: 303.
 Embriones: 303, 349.
 Etica publicitaria: 349.
 Fundamento: 349.
 Identificación genética: 303.
 Investigación científica: 303.
 Legislación: 303.
 Manipulación genética: 349.
 Principios: 303.
 Procreación humana: 303.
 Secreto profesional médico: 303.
 Utilización de elementos del cuerpo humano: 303.
 v. **DERECHO A LA INTIMIDAD**
 v. **PERSONA HUMANA**

BIPARTIDISMO: 207.

BUENAS COSTUMBRES: 174.

CALUMNIAS E INJURIAS: 179, 199, 201.
 v. **DERECHO AL HONOR**

CAMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA: 246.
 Corporativismo: 246.

CAMBIO DE SEXO: 149.	Contribución de personas físicas o jurídicas	extranjeras: 338.
Orden público: 149.	Contribuciones: 338.	
Registros civiles: 149.	Determinación y distribución del aporte estatal:	338.
CAMPAÑAS ELECTORALES: 338.	COMISION EUROPEA DE DERECHOS	HUMANOS: 314.
Financiamiento anticipado: 338.	COMISION INTERAMERICANA DE	DERECHOS HUMANOS: 1
Gastos: 338.	Informes: 162, 215.	
Propaganda electoral: 338.	Opiniones: 314.	
CANDIDATOS POLITICOS: 168, 323.	Recomendaciones: 162, 215.	
Candidatos independientes: 323.	COMUNIDAD EUROPEA: 167, 171, 238, 239,	342, 346.
Candidatos "no viables": 323.	Aproximación de las legislaciones de los	
Libertad de expresión: 323.	Estados: 238.	
Participación en debates públicos: 323.	Debido proceso adjetivo: 239.	
CARCELES: 215, 225, 255, 350.	Derecho del Trabajo: 238.	
Aislamiento: 215.	Ejecución de las directivas: 167.	
Celdas: 215.	Ejecución de sentencias: 239.	
Condiciones: 215.	Obligaciones de los Estados miembros: 167,	
Derecho a la salud de los presos: 225.	239.	
Derecho de defensa: 224.	v. DERECHO A LA IGUALDAD	
Discriminación: 225.	v. DERECHO COMUNITARIO	
Maestros: 255.	v. DISCRIMINACIÓN	
Personal penitenciario: 255.	v. ESCUELAS PRIVADAS	
Principio de legalidad: 255.	v. TRANSFERENCIA DE EMPRESAS	
Régimen carcelario: 215, 350.	CONCEPTOS JURIDICOS	
Sicólogos: 255.	INDETERMINADOS: 222.	
Sida: 225.	Plazo procesal razonable: 222.	
Siquiatras: 255.	CONCURSOS Y QUIEBRAS: 341.	
Sistemas de privilegios: 255.	CONDICIONES MINIMAS DE EXISTENCIA:	144.
Trabajadores sociales: 255.	CONFLICTOS SOCIALES: 347.	
v. PRESOS	CONGRESO: 341.	
CARICATURA: 341.	Normas éticas: 341.	
CASO O CONTROVERSIAS: 194.	CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: 201.	
CENSURA PREVIA: 151.	CONSTITUCION: 214, 310.	
CIENCIA Y TECNOLOGIA: 321, 322.	Control de constitucionalidad de la reforma: 310.	
CINEMATOGRAFIA: 321	Reforma: 310.	
CIUDADANIA: 141.	Sudáfrica: 310.	
COLECTIVIDADES: 144.	Supremacía: 214, 310.	
Legitimación: 144.	Tradicición constitucional: 310.	
COLEGIO DE PROFESIONALES	Valores: 310.	
v. ABOGADOS	NACIONES UNIDAS: 265.	
COMITE DE DERECHOS HUMANOS DE LAS	Decisiones informadas y confiables: 265.	
Opiniones: 314.		

CONTADORES PUBLICOS

Libertad de expresión comercial: 297.
Publicidad: 297.
Reglas éticas: 297.

CONTRABANDO: 321

CONTRATO DE LOCACION: 173.

Rescisión: 173.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: 144,

Declaración testimonial: 230.

v. **DERECHO A LA IGUALDAD**

CORRESPONDENCIA: 201.

CORTES CONSTITUCIONALES Y

Argentina: 314.
Asociación de Cortes: 325, 326.
Asociación de Cortes Supremas de Justicia del
Caracteres: 323.
Competencia: 179, 323.
Composición: 323.
Deliberación: 249.
Disidencias: 249.
Ex República Yugoslava de Macedonia: 323.
Legitimidad: 249.
Organización de las Cortes Supremas de las
Sentencias: 249.
Sudáfrica: 310.

CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: 146,

Genocidio: 146.
Nazismo: 146.
Tribunal de Nuremberg: 146.

CRIMENES DE GUERRA: 334.

DEBIDO PROCESO ADJETIVO: 148, 219, 225,

Comunidad Europea: 239.
Demora judicial o administrativa: 148.
Derecho comunitario: 239.
Ejecución de sentencias: 239.
Falso testimonio: 237.
Pena de muerte: 314.
Precisión de las figuras penales: 225.
v. **DERECHO DE DEFENSA**

CONTROL JUDICIAL: 141, 143.

CONVENCION AMERICANA SOBRE

CONVENCIONES COLECTIVAS: 159, 215, 342.

Límites: 159, 215.

CONVENIOS INTERNACIONALES: 321, 322.

v. **TRATA DE PERSONAS**

CONYUGES: 206, 230.

1993, 206.

v. **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO: 234.

Suicidio asistido: 234.

SUPREMASIA DE LA LEY DE BIENES 2348.

Acceso a la información: 148.

Diputados: 148.

Familia 32548.

Legisladores: 148.

Obligatoriedad: 148.

DECRETOS-LEYES: 214.

Requisitos de validez: 214.

DEFENSA: 321.

DELEGACION DE FACULTADES: 194, 214.

Legislativas: 194, 214.

DELINCUENCIA JUVENIL: 351.

DELITO FARMACOLOGICO: 351

Análisis histórico: 351.

Derecho comparado: 351.

DEBITOS INTERNACIONALES: 334.

DELITOS SEXUALES: 230.

Confidencialidad de los procesos y condenas:

230.

Prueba: 230.

Tentativa de homicidio: 230.

Violación: 230.

237, SIDA 314.

DEMOCRACIA: 249, 346, 347, 348, 351.

Actuación de la Organización Internacional del

Trabajo: 348.

DEMORA JUDICIAL O ADMINISTRATIVA:

Denuncia previa: 222.

148, 222.

Dilaciones indebidas: 222.

DENEGACION DE JUSTICIA: 148.

DERECHO A LA IDENTIDAD: 149, 303.

Cambio de sexo: 149.

Homosexuales: 149.
Transexuales; 149.
v. **BIOETICA**

DERECHO A LA IGUALDAD: 141, 144, 151,
Acción afirmativa: 310.
Apartheid: 310, 334.
Clasificaciones razonables: 223.
Clasificaciones sospechosas: 159.
Comunidad Europea: 239.
Cónyuges: 206.
v. **PACIENTES**

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL:
DERECHO A LA INTIMIDAD: 148, 158, 168,
Daño material y moral: 199.
Declaración de bienes: 148.
Delitos sexuales: 230.
Divulgación de datos: 230.
Fundamentos de la sentencia de divorcio: 336.
Historias clínicas: 230.
Información sobre la salud: 230.
Información sobre procesos y condenas penales:
Sida: 229.
Titularidad: 229.
v. **BIOETICA**

DERECHO A LA LIBERTAD: 162.
DERECHO A LA PROPIA IMAGEN: 198.
DERECHO A LA SALUD: 227.
Atención médica: 227.
Curación: 227.
Menores: 227.
DERECHO A LA VIDA: 162.
DERECHO A RECIBIR INFORMACION: 173,
Veracidad: 198.
DERECHO AL ANONIMATO
v. **BIOETICA**

DERECHO AL HONOR: 151, 154, 199, 201.
Colectividades: 151.
Concepto: 154.
Grupos: 151.
Personas jurídicas: 154.
Pueblos: 151.

Derecho comunitario: 239.
Discriminación: 310.
Discriminación laboral: 250.
Estados: 174, 191, 206, 229, 230, 303, 336.
Igualdad ante la aplicación de la ley: 141, 151.
Libertad de enseñar: 239.
Presos: 225.
Trabajadores en edad de jubilarse: 238.
v. **DESPIDO**

v. **CALUMNIAS E INJURIAS**

DERECHO AL NOMBRE Y LA REPUTACION:
174, 191, 206, 229, 230, 303, 336.
DERECHO AMBIENTAL: 341.
Desechos peligrosos: 341.
DERECHO COMUNITARIO: 156, 171, 238, 239,
342, 345, 346, 348.
Adaptación al derecho interno: 156.
Aplicación directa: 171,
Aproximación de las legislaciones de los
Estados: 238.
Debido proceso adjetivo: 239.
Derecho del Trabajo: 238.
Directivas: 156.
Ejecución de sentencias: 239.
Normas laborales: 348.
Obligaciones de los Estados miembros: 239.
Prácticas: 166.
Primacía: 171.
Proyectos de ley: 156.
v. **DERECHO A LA IGUALDAD**

DISCRIMINACION
v. **ESCUELAS PRIVADAS**
v. **TRANSFERENCIA DE EMPRESAS**

DERECHO CONSTITUCIONAL: 144, 345.
No escrito: 144.
DERECHO DE DEFENSA: 141, 156, 158, 179,
190, 191, 199, 224.
Acceso a la jurisdicción: 141, 156, 158, 179.
Asistencia letrada: 190, 224.
Doble instancia: 156.
Igualdad de las partes: 199.

Procesos penales y no penales: 156.	Consulta a los trabajadores: 342.	
Tribunal independiente e imparcial: 191.	Despido: 158, 238.	
v. DEBIDO PROCESO ADJETIVO	Discriminación: 159, 250.	
v. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	Fuentes en el derecho comparado: 348.	
DERECHO DE ENSEÑAR Y APRENDER: 158.	<i>Ius variandi</i> : 160.	
DERECHO DE HUELGA: 310.	Licencia por maternidad: 161.	
<i>Lock out</i> : 310.	Mercosur: 348.	
DERECHO DE RECTIFICACION O	Represalias del empleador: 250.	
RESPUESTA: 314.	v. PREAVISO	
DERECHO DE PROPIEDAD: 156, 226.	v. SALARIO	
Derechos adquiridos: 226.	v. TRANSFERENCIA DE EMPRESAS	
Derechos transitorios: 226.	DERECHO INTERNACIONAL: 179, 314, 334.	
DERECHO DEL TRABAJO: 144, 158, 159, 160,	162, 238, 250, 342, 348.	334.
Comunidad Europea: 238.	162, 238, 250, 342, 348. Internacional Criminal:	
DERECHO PENAL: 345, 346, 349.		
Perú: 349.	v. DERECHOS NO ENUMERADOS	
DERECHOS HUMANOS: 162, 174, 230, 239,	DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS:	162, 322.
Actuación de la Organización Internacional del	44, 62, 239, 248.	
Agotamiento de los recursos internos: 329.	DESEMPLERO: 348.	
Cooperación: 329.	Actuación de la Organización Internacional del	Trabajo: 348.
Denuncias: 329.	DESPIDO: 158, 238.	
Derecho a la intimidad: 230.	Trabajadores en condición de jubilarse: 238.	
Derecho de los refugiados: 244.	v. DERECHO A LA IGUALDAD	
Obligaciones y responsabilidad de los Estados:	DIFAMACION	
Protección: 329.	162, 349.	
Prueba: 329.	ALUMNIAS E INJURIAS	
Responsabilidad de los individuos: 162.	DIGNIDAD HUMANA: 158, 171, 259, 310.	
Sistemas regionales: 329.	DIPUTADOS: 148, 165, 166.	
Solución amistosa: 329.	Declaración de bienes: 148.	
DERECHOS IMPLICITOS	Estatuto: 165.	
v. DERECHOS NO ENUMERADOS	Funciones incompatibles: 166.	
DERECHOS NO ENUMERADOS: 144, 210.	Inmunidad: 165.	
DERECHOS Y LIBERTADES	Privilegios: 165.	
FUNDAMENTALES: 154, 159, 161, 162, 210,	DISCOVERY PERIOD: 182.	
219.	DISCRIMINACION: 151, 158, 159, 178, 225, 238,	
Derecho al honor: 154.	239, 310, 334.	
Libertad de asociarse: 154.	Acción afirmativa: 310.	
Participación política: 210.	<i>Apartheid</i> : 310, 334.	
Proceso justo: 219.	Clasificaciones sospechosas: 159.	
Protección: 159.	Comunidad Europea: 239.	
Restricciones por resoluciones judiciales: 161.	Denuncias: 250.	
	Derecho comunitario: 239.	
	Escuelas privadas: 239.	

Laboral: 250.
 Libertad de enseñar: 239.
 Presos: 225.
 Racial: 151, 310.
 Sexual: 178, 310.
 Trabajadores en edad de jubilarse: 238.
 v. **EXTRANJEROS**
 v. **LIBERTAD DE ENSEÑAR**
DIVISION DE PODERES: 166, 182, 214, 323.
DIVORCIO: 336.
 Derecho a la intimidad: 336.
 Fundamentos de la sentencia: 336.
 Ruptura de la vida en común: 336.
DOBLE IMPOSICION: 322.
DOBLE INSTANCIA: 156.
DROGAS
 v. **ESTUPEFACIENTES**

 v. **TRATAMIENTO MEDICO**
ESCANDALO PUBLICO: 174.
ESCUELAS: 158.
 Criterios de admisión: 158.
ESCUELAS CONFESIONALES: 167.
 Subvenciones: 167.
ESCUELAS PRIVADAS: 239.
 Autorización administrativa: 239.
 Comunidad Europea: 239.
 Pertenecientes a extranjeros: 239.
 v. **DERECHO A LA IGUALDAD**
ESCUELAS PUBLICAS: 167.
ESTADO: 347.
 Crisis: 347.
 Privatización: 347.
ESTADO DE DERECHO DEMOCRATICO:
ESTUPEFACIENTES: 168, 337, 350.
 Candidatos políticos: 168.
 Control de drogadicción: 168.
 Función del Estado: 337.
 Legislación: 337.
 v. **ACUERDOS INTERNACIONALES**
 v. **TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES**

ECONOMIA: 346, 347.
 Privatización: 347.
 Recomendaciones: 346.
EDIFICACION: 196.
 Ordenanzas de zonificación: 196.
 Permisos: 196.
EJECUCION DE SENTENCIAS: 166, 239.
ELECCIONES: 207, 310, 338.
 Transporte público al celebrarse el comicio: 338.
 v. **CAMPAÑAS ELECTORALES**
 v. **PARTIDOS POLITICOS**
EMPLEO PUBLICO: 166.
 Acceso: 166.
EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS: 265, 266.
 Libertad de expresión comercial: 266.
ENFERMOS TERMINALES: 234, 236, 349.
 Asistencia pastoral: 349.
 v. **SUICIDIO ASISTIDO**
ETICA: 251, 341, 349, 351, 352.
 Abogados: 251, 281, 282, 289.
 Congreso: 341.
 Contadores públicos: 297.
 Jueces: 251.
EVASION FISCAL: 322.
EXAMENES Y REQUISAS: 168, 343.
 Control de drogadicción: 168.
 Razonabilidad: 168.
 Terrorismo: 343.
EXCARCELACION: 216.
EXEQUATUR: 171.
 Examen por el Estado requerido: 171.
EXPROPIACION: 156.
 Justo precio: 156.
EXTRACCION DE ORGANOS: 343.
EXTRADICION: 171.
EXTRANJEROS: 144, 171, 173, 244.
 Condiciones de admisión y residencia: 244.
 Discriminación: 171.
 Libertad de información: 173.
 v. **ASILO**
 v. **LIBERTAD DE ENSEÑAR**

FALSO TESTIMONIO: 237.
FAMILIA: 178, 193.
FEDERALISMO: 182.
FILIACION: 193.
 Exámenes de sangre: 193.
FILOSOFIA JURIDICA: 352.
FUNCIONARIOS: 148, 226.
 Declaración de bienes: 148.
 Responsabilidad: 226.
 v. **MALVERSACION DE FONDOS**

GENOCIDIO: 146, 334.
GEOGRAFIA E HISTORIA: 321.
GLOBALIZACION: 347.

HIJOS: 166.
 Manutención: 166.
HOMICIDIO: 230.
 Tentativa: 230.
 v. **SIDA**

HOMOSEXUALES: 149, 174, 178.
 Incrimination: 174.
 Asistencia letrada: 190.
 Derecho de defensa: 190.
 Presunción de inocencia: 190.
 Silencio del detenido: 190.

INTERVENCION TELEFONICA: 161, 220.
 Alcances: 220.

IUS VARIANDI: 160.
INVERSIONES: 321.

JUBILACION
 v. **DESPIDO**

JUDIOS: 146, 151.
JUECES: 166, 191, 193, 219, 229, 251, 346.
 Conducta: 191.
 Deberes: 193.
 Enjuiciamiento: 251.
 Incompatibilidades: 219, 251.
 Pérdida de competencia: 229.

investigaciones 2 (1997).

Discriminación: 178.
HONORARIOS: 221.
 Médicos: 221.

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES: 158, 238, 348.
 Actuación de la Organización Internacional del Trabajo: 348.

IMPUESTOS: 259., 322.
 v. **SOLIDARIDAD**

INDIGENAS: 345.
INMIGRACION: 244.
 Condiciones de admisión y residencia: 244.
 v. **ASILO**
 v. **EXTRANJEROS**

INMUNIDADES: 179, 182.
 Actos oficiales y no oficiales: 182.
 Agentes diplomáticos: 179.
 Jueces: 182.
 Legisladores y funcionarios: 165, 182.
 Presidente de la Nación: 182.
 Proceso civil: 182.

INTEGRACION: 346.
INTEGRIDAD CORPORAL: 174.
INTERROGATORIOS POLICIALES: 190.
 Prejuzgamiento: 219.
 Prestigio: 251.
 Regímenes de control: 251.
 Reglas de ética: 251.
 Relaciones con los abogados, partes y otros jueces: 251.
 Relaciones sociales: 251.
 Requisitos para su designación: 166.
 v. **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

JURISPRUDENCIA: 314.
 Autoridad: 314.
 Cambio: 314.

LAVADO DE DINERO: 350.
 Acuerdos internacionales: 350.
 Perú: 350.

LEGISLADORES: 148, 165, 194.
 Declaración de bienes: 148.
 Impugnación de leyes: 194.

Inmunidad: 165.
 Legitimación procesal: 194.
 Privilegios: 165.
 v. **DIPUTADOS**
LEGITIMACION PROCESAL: 141, 194, 213,
 Administración Pública: 141.
 Asociación de Magistrados: 213.
 Defensa de intereses de grupo: 229, 243.
 Interés directo e indirecto: 243.
 Interés legítimo: 243.
 Legisladores: 194.
 Legitimación corporativa: 243.
 Legitimación individual: 243.
 Perjuicio institucional: 194.
 Recurso directo contra reglamentos
 v. **PROCESO CONTENCIOSO-**
LESBIANAS
 v. **HOMOSEXUALES**
LEY: 166, 194, 196.
 Impugnación: 194.
 Proporcionalidad: 196.
 Retroactividad: 196.
LEYES PROCESALES: 196, 197.
 Aplicación en el tiempo: 196, 197.
 Modificación: 197.
 Principios generales: 196.
LEYES SUSTANTIVAS: 196.
LIBERTAD DE ASOCIARSE: 144, 154, 207, 246.
 Trabajadores: 144.
 Veracidad: 154.
 v. **TELEVISION**
LIBERTAD DE EXPRESION COMERCIAL:
 Alcances: 299.
 Anuncios no solicitados de anticonceptivos: 277.
 Carteles al aire libre: 269.
 Daños que produce: 229.
 Empresas de servicios públicos: 265.
 Exigencia de incluir información adicional: 285.
 Ilustraciones o dibujos: 284.
 Mención genérica de productos: 278.
 Monopolios: 265.

investigaciones 2 (1997).

v. **CAMARAS DE COMERCIO E**
LIBERTAD DE ENSEÑAR: 239.
 Discriminación: 239.
 Extranjeros: 239.
ESCUELAS PRIVADAS
LIBERTAD DE EXPRESION: 144, 151, 154, 179,
 198, 199, 201, 202, 225, 323.
 Afirmación de hechos: 179.
 Censura previa: 151.
 Candidatos políticos: 323.
 Conflictos entre derechos fundamentales: 151.
 Confidencialidad de las fuentes: 202.
 Correspondencia: 201.
 Debates en televisión: 323.
 Decisiones editoriales: 323.
ADMINISTRATIVO
 Honor: 151, 198, 199.
 Derecho de dar información: 144.
 Expresiones privadas: 201.
 Información sobre delitos: 225.
 Opiniones: 179, 199.
 Personalidades públicas: 154, 198.
 Personas jurídicas: 154.
 Prohibición de publicar: 202.
 Reparación de los daños: 202.
 Responsabilidad del Director: 151.
 Responsabilidad del Editor: 151.
 Restricciones: 202.
 Publicidad contraria a objetivos del gobierno:
 Publicidad de actividades lícitas pero
 Publicidad de los abogados: 281, 282, 289.
 Publicidad de los contadores públicos: 297.
 Publicidad de bebidas alcohólicas: 298, 302.
 Publicidad del juego en los casinos: 289.
 Publicidad que vincula un producto con un
 Reglamentación por el medio menos restringido:
 296.
 Relaciones directamente vinculadas al interés
 Sida: 229.
LIBERTAD DE INICIATIVA: 141.
LIBERTAD DE PRENSA: 199, 202, 323.

INDUSTRIA

265.
 perjudiciales: 289, 299, 302.

debate público actu

del gobierno: 298.

LIBERTAD DE TRABAJAR: 141.

LICENCIAS

Maternidad: 161.

LOCK OUT: 310.

MALVERSACION DE FONDOS PUBLICOS:

MATERNIDAD: 161, 227.

Atención médica: 227.

MATRIMONIO: 178.

MEDICOS: 211, 230, 234, 236, 349.

Cobro de honorarios: 221.

Derechos: 230, 234, 236.

Relaciones interprofesionales: 349

Secreto profesional: 221, 230.

v. **SUICIDIO ASISTIDO**

MEDIDAS CAUTELARES: 166, 221, 244, 333.

MENORES: 151, 166, 174, 227, 279, 303, 337,

Atención médica: 227.

Deformación: 151.

Hermanos: 337.

Protección: 166, 279, 337.

v. **BIOETICA**

v. **DELINCUENCIA JUVENIL**

v. **PERSONA HUMANA**

MERCOSUR: 345, 348.

Normas laborales: 348.

MILITARES: 223.

MINISTERIO PUBLICO: 243, 342.

Procedimiento penal: 342.

MONOPOLIOS: 266.

v. **SUICIDIO ASISTIDO**

v. **TRATAMIENTO MEDICO**

PACTA SUNT SERVANDA: 162.

PADRES: 161, 279.

Control de la correspondencia: 279.

PARTIDOS POLITICOS: 207, 210, 338, 347, 348.

América Latina: 348.

Bipartidismo: 207.

Candidatos comunes: 207.

Derecho de asociación: 207.

Libertad de expresión comercial: 266.

MORAL PUBLICA: 174.

MUERTE: 343, 349.

Comprobación: 343.

Diagnóstico neurológico: 349.

Extracción de órganos: 343.

MUJERES: 159, 338.

Clasificaciones sospechosas: 159.

Participación política: 338.

v. **PARTIDOS POLITICOS**

NACIONES UNIDAS: 346.

NAZISMO: 146, 151.

NOMBRE

v. **APELLIDO**

ORDEN PUBLICO: 149, 174, 193, 206, 225, 303.

349. Biológico: 303.

Etico: 303.

ORDENANZAS DE ZONIFICACION: 196.

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL

Estados miembros: 348.

Labor realizada: 348.

Objetivos: 348.

Publicaciones: 348.

PACIENTES: 221, 234, 236.

Derechos: 221, 234, 236, 303.

v. **DERECHO A LA IGUALDAD**

v. **ENFERMOS TERMINALES**

Elección de candidatos: 207.

Estatutos: 210.

Expulsión de sus miembros: 210.

Participación de la mujer: 338.

Protección de Plomación de transporte aéreo: 338.

Propaganda electoral: 338.

v. **CAMPAÑAS ELECTORALES**

v. **ELECCIONES**

PENA DE MUERTE: 310, 314.

Demora en la ejecución: 314.

TRABAJO: 158, 348.

Penas o tratos inhumanos o degradantes: 314.

PENAS INHUMANAS Y DEGRADANTES: 314.

Interrogatorios: 314.

Pena de muerte: 314.

Tortura: 314.

PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD: 212,

Análisis histórico: 255.

Fines: 212.

Fundamento: 255.

Penas alternativas: 255.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de

Reclusos: 255.

Reglas Penitenciarias Europeas: 255.

Regulación internacional: 255.

Situación actual: 255.

PERJUICIO INSTITUCIONAL: 194.

PER SALTUM: 222.

PERSONA HUMANA: 149, 303, 346, 349.

Derecho a la vida: 303.

Donación de órganos: 303.

Embriones: 303, 349.

Hombre animado y social: 303.

Hombre biológico: 303.

Identificación genética: 303.

Legislación: 303.

Protección del cuerpo humano: 303.

Seguridad: 346.

Utilización de elementos del cuerpo humano:

v. **BIOETICA**

v. **PROCREACION HUMANA**

PERSONAS POR NACER: 303.

Diagnóstico prenatal: 303.

Legislación: 303.

PERSONALIDADES PUBLICAS: 154, 198.

Fotografías: 198.

Jueces procesados: 198.

Resocialización: 255.

Sistema de ayuda postpenitenciaria: 255.

Sistemas de privilegios: 255.

v. **CARCELES**

v. **DERECHO A LA IGUALDAD**

v. **LIBERTAD DE EXPRESION**

PERSONAS JURIDICAS: 154.

Derecho al honor: 154.

Libertad de asociarse: 154.

Libertad de expresión: 154.

PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO

Prueba de su condición: 212.

Sociedades extranjeras: 212.

PODER LEGISLATIVO: 144, 214, 226, 347.

Delegación de facultades: 214.

Estatutos y reglamentos internos: 144, 165.

Facultades: 226.

Grupos parlamentarios: 347.

v. **DIPUTADOS**

v. **LEGISLADORES**

PODER JUDICIAL: 213, 214.

Autogobierno: 213.

Autonomía financiera: 213.

Independencia: 213.

Tribunales independientes: 214.

PUBLICIDAD

v. **LIBERTAD DE EXPRESION**

POLICIA

v. **INTERROGATORIOS POLICIALES**

PREAVISO: 215.

Duración mínima: 215.

Modificación por convenio: 215.

PRESIDENTE DE LA NACION: 214.

Decretos-leyes: 214.

v. **VETO PRESIDENCIAL**

PRESOS: 215, 224, 225, 255.

Derechos: 255.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de

Reclusos: 255.

Reglas Penitenciarias Europeas: 255.

PRESUNCION DE INOCENCIA: 190, 216.

PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LAS

PRINCIPIO DE JUSTICIA: 196.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD: 156, 226, 239.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: 180,

PUBLICICO: 212.

COMERCIAL

AUTORIDADES: 196.

207, 230, 296.

<p>v. LIBERTAD DE EXPRESION</p> <p>PRINCIPIO PRO ACTIONE: 156, 243.</p> <p>PRISION POR DEUDAS: 310.</p> <p>PRISION PREVENTIVA: 216.</p> <p style="padding-left: 20px;">Duración: 216.</p> <p style="padding-left: 20px;">Justificación: 216.</p> <p style="padding-left: 20px;">Procesados: 216.</p> <p style="padding-left: 20px;">Razonabilidad: 216.</p> <p>PRIVY COUNCIL: 314.</p> <p style="padding-left: 20px;">Británico: 314.</p> <p>PROCESADOS PENALES: 216.</p> <p style="padding-left: 20px;">Excarcelación: 216.</p> <p style="padding-left: 20px;">Prisión preventiva: 216.</p> <p>PROCESO CONTENCIOSO-</p> <p style="padding-left: 20px;">Legitimación: 141, 219, 243.</p> <p style="padding-left: 20px;">Recurso directo contra reglamentos</p> <p>PROCESO PENAL: 156, 219, 220, 221, 230.</p> <p style="padding-left: 20px;">Confidencialidad de las actuaciones: 230.</p> <p style="padding-left: 20px;">Derecho de defensa: 156.</p> <p style="padding-left: 20px;">Imparcialidad y "ajenidad" de los jueces: 219.</p> <p style="padding-left: 20px;">Prejuzgamiento: 219.</p> <p style="padding-left: 20px;">Prueba: 219, 230.</p> <p style="padding-left: 20px;">Reapertura: 221.</p> <p style="padding-left: 20px;">v. DERECHO A LA INTIMIDAD</p> <p>PROCREACION HUMANA: 178, 303, 349.</p> <p style="padding-left: 20px;">Consentimiento: 303.</p> <p style="padding-left: 20px;">Diagnóstico prenatal: 303, 349.</p> <p style="padding-left: 20px;">Esterilización: 349.</p> <p style="padding-left: 20px;">Investigación científica: 303.</p> <p style="padding-left: 20px;">Legislación: 303.</p> <p style="padding-left: 20px;">v. BIOETICA</p> <p style="padding-left: 20px;">v. PERSONA HUMANA</p> <p>PROFESIONALES DE LA SALUD: 221.</p> <p style="padding-left: 20px;">Médicos: 221.</p> <p>PROXENETISMO: 220.</p> <p>PRUEBA: 161, 193, 216, 220, 230, 237.</p> <p style="padding-left: 20px;">Admisibilidad: 161, 220.</p> <p style="padding-left: 20px;">Confidencialidad: 230.</p> <p style="padding-left: 20px;">Deberes de los jueces: 193.</p> <p>SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y</p> <p style="padding-left: 20px;">Abogados: 281, 282, 289.</p>	<p>Historias clínicas: 230.</p> <p>Incorporación de la producida en jurisdicción</p> <p>Intervención telefónica: 161, 220.</p> <p>Licitud: 220.</p> <p>Medios de prueba: 220.</p> <p>Presunciones contrarias al acusado: 216.</p> <p>Presunción de inocencia: 216.</p> <p>Regla de exclusión: 220.</p> <p>v. DELITOS SEXUALES</p> <p>v. PROCESO PENAL</p> <p>v. TESTIGOS</p> <p>RAZAS: 151.</p> <p>RECURSO DE CASACION: 146, 168, 197, 220,</p> <p style="padding-left: 20px;">Bolivia: 349.</p> <p>administrativa: 343.</p> <p style="padding-left: 20px;">Violación de leyes sustantivas: 168.</p> <p>RECURSO EXTRAORDINARIO: 222.</p> <p style="padding-left: 20px;">Admisibilidad: 222.</p> <p style="padding-left: 20px;">Facultades del tribunal <i>ad quem</i>: 222.</p> <p style="padding-left: 20px;">Requisitos: 222.</p> <p>REFUGIADOS</p> <p style="padding-left: 20px;">v. ASILO</p> <p>RELACIONES INTERNACIONALES: 351.</p> <p style="padding-left: 20px;">Historia: 351.</p> <p>RESPONSABILIDAD DE LOS</p> <p style="padding-left: 20px;">v. FUNCIONARIOS</p> <p>RETARDO DE JUSTICIA: 222.</p> <p style="padding-left: 20px;">v. DEMORA JUDICIAL O</p> <p>SALARIOS: 159, 166, 223.</p> <p style="padding-left: 20px;">Descuentos: 166.</p> <p style="padding-left: 20px;">Igualdad: 159.</p> <p style="padding-left: 20px;">Militares: 223.</p> <p style="padding-left: 20px;">Personal que trabaja en el extranjero: 223.</p> <p style="padding-left: 20px;">Remuneración complementaria: 223.</p> <p>SALUD: 174, 225, 351.</p> <p style="padding-left: 20px;">Delito farmacológico: 351.</p> <p>DISCIPLINAS PUBLICAS: 297.</p> <p style="padding-left: 20px;">Derecho de defensa: 224.</p>	<p>extranjera: 220.</p> <p>343, 349.</p> <p>FUNCIONARIOS</p> <p>ADMINISTRATIVA</p>
---	---	--

Garantías procesales: 224.
 Presos: 224.
 Procedimiento: 224.
SANCIONES PENALES: 225.
 Claridad y precisión: 225.
 Remisión: 225.
SECRETO PROFESIONAL: 221, 230, 303, 349.
 Médicos: 230, 349.
 Relevamiento: 221, 230.
 Siquiatras: 230.
 v. **BIOETICA**
SEGURIDAD JURIDICA: 226.
SEGURIDAD NUCLEAR: 321.
SEGURIDAD PUBLICA: 225.
SEGURIDAD SOCIAL: 171, 227.
 Falta de aportes: 227.
 Prestación por desempleo: 171.
 Tratamiento médico: 227.
SENTENCIA: 193, 228, 229, 230, 239, 249, 336.
 Confidencialidad: 230.
 Deliberación: 249.
 Delitos sexuales: 230.
 Derecho a la ejecución: 239.
 Derecho a la intimidad: 336.
 Disidencias: 249.
 Incongruencia: 228.
 Interpretación: 228.
 Fundamentación: 228.
 Fundamentos de la sentencia de divorcio: 336.
 Omisiones: 228.
 Plazo para dictarla: 229.
 Ultrapetita: 193.
 v. **CORTES SUPREMAS**
 v. **EJECUCION DE SENTENCIAS**
 v. **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**
SEPARACION ESTADO E IGLESIA: 167.
SEXO: 159, 174.
SIQUIATRAS: 230.
SIDA: 225, 229, 230.
 Conocimiento de la seropositividad: 230.
 Exposición a terceros a riesgo de infección: 230.
 Remisión de la ejecución de las condenas: 225.
 v. **CARCELES**
 v. **DELITOS SEXUALES**
 v. **DERECHO A LA INTIMIDAD**
 v. **EXPRESION COMERCIAL**
 v. **PROCESO PENAL**
SILENCIO DE LA ADMINISTRACION: 156.
 v. **ACCION DE AMPARO**
 v. **ACTO ADMINISTRATIVO**
 v. **ADMINISTRACION PUBLICA**
SINDICATOS: 144, 348.
 Protección y promoción: 348.
SISTEMAS ELECTORALES: 352.
SISTEMAS POLITICOS: 349.
SOCIEDADES EXTRANJERAS: 212.
SODOMIA: 178.
SOLIDARIDAD: 259.
 Concepto: 259.
 Economía mixta: 259.
 Función del Estado: 259.
 Impuestos: 259.
 Principio personalista: 259.
 Tratado de Maastricht: 259.
 Valor jurídico-constitucional: 259.
SONDEOS DE OPINION PUBLICA: 338.
 Difusión o publicación de los vinculados a campañas electorales: 338.
SUICIDIO ASISTIDO: 234, 236, 349.
 Asistencia médica: 234, 236.
 Enfermos terminales; 234, 236.
 Ética y comportamiento suicida: 349.
 Prohibición: 234, 236.
 v. **MEDICOS**
SUFRAGIO: 310.
 Universal: 310
SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION: 214.
TELEVISION: 323.
 Cadenas de televisión estatales: 323.
 Debates de candidatos políticos: 323.
 Decisiones editoriales: 323.
 Foro público: 323.

Libertad de expresión: 323.
TERRORISMO: 321, 334, 343.
 Detención provisional: 343.
 Exámenes y requisas: 343.
TESTIGOS: 230, 237.
 Secreto profesional: 230.
TORTURAS Y MALOS TRATOS: 162, 314.
 Garantías judiciales: 162.
 Protección judicial: 162.
TRABAJADORES DEL MAR: 171.
 Tratados: 171.
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES: 334.
TRANSEXUALES: 149.
TRANSFERENCIA DE EMPRESAS: 238.
 Comunidad Europea: 238.
 Mantenimiento de los derechos de los
 Transferencia de los contratos de trabajo: 238.
TRANSPORTE PUBLICO
 v. **ELECCIONES**
TRASLADO INTERNACIONAL DE
TRATA DE PERSONAS: 220.
 Convenios internacionales: 220.
TRATADOS: 171, 174.
 Primacía: 174.
TRATAMIENTO MEDICO: 234, 236, 303.
 Consentimiento: 234, 236.
 v. **ENFERMOS TERMINALES**
 v. **SUICIDIO ASISTIDO**

Cónyuge: 230.
 Falso testimonio: 237.
 Juramento de decir verdad: 237.
 Médicos: 230.
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: 141, 148, 156, 179, 197, 222, 224.
 Acceso a la jurisdicción: 239, 243.
 Asistencia letrada: 224.
 Comunidad Europea: 239.
 Demora judicial o administrativa: 148.
 Denegación de justicia: 148.
 Derecho a la ejecución de las sentencias judiciales: 239.
 Derecho comunitario: 239.
 Derecho de defensa: 224, 228, 243.
 trabajadores: ~~Doble~~ instancia: 156.
 Omisiones de la sentencia: 228.
 Principio *pro actione*: 156, 243.
 Reglamentación: 179.
PERSONAS CON DERECHO DE DEFENSA
 v. **JUECES**
 v. **SENTENCIA**
USOS Y COSTUMBRES: 206.
VETO PRESIDENCIAL: 194.
VIOLACION: 230.