

3[1997]

INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMPARADO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

[1]

ACCIDENTES DEL TRABAJO. RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR. NEGLI-GENCIA (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

Comete una falta inexcusable el empleador que, informado de la situación, deja a ciertos asalariados, que carecen de permiso para conducir un vehículo elevador, utilizar dicho vehículo (tipo Fenwick) cuando este uso no estaba dedicado más que a fines lúdicos.

La responsabilidad del empleador está comprometida, entonces, por aplicación del art. L. 452-1 CSS, respecto del asalariado víctima de graves lesiones a consecuencia de un cambio de dirección de dicho vehículo que conducía sin permiso, desde el momento en que, sea en razón de su comportamiento particularmente laxo, sea en razón de su indiferencia de las reglas elementales de seguridad relativas a la conducción de los mencionados vehículos, el empleador ha cometido una falta de gravedad excepcional dejando al asalariado conducir el vehículo sin poseer las calificaciones requeridas y cuando tenía necesariamente conciencia del peligro al que exponía a su asalariado.

CAMARA DE APELACIONES DE VERSALLES (Francia) -Sala 5a. social-, sentencia del 17-6-1995, *Sté LMD c. Compain*, en *Recueil Dalloz*, París, 1997-n° 32, p. 191.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[2]

ACCIÓN DE AMPARO. AMPARO PREVENTIVO. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR ACTOS ILÍCITOS. SOCIEDADES ANÓNIMAS. SIMULACIÓN. VELO SOCIAL. ALLANAMIENTO. EXÁMENES Y REQUISAS. CORRESPONDENCIA. COMUNICACIONES TELEFÓNICAS. INVOLABILIDAD. SE-CRETO (JURISPRUDENCIA/PANAMÁ).

1. Antecedentes del caso: la firma PM&A interpuso amparo de derechos fundamentales contra la resolución dictada por el Fiscal en el marco de una solicitud internacional de asistencia judicial. Mediante el acto atacado, se dispuso el allanamiento y registro de las oficinas de la peticionaria, por ser agente residente de la sociedad MBC, empresa investigada en el extranjero por las autoridades requirentes -Corte de Casación de Bélgica-. El Fiscal consideró necesario obtener documentos de la referida sociedad y, con ello, "rasgar el velo corporativo para impedir que sociedades anónimas panameñas sean utilizadas como escudo para encubrir la responsabilidad de personas naturales en la comisión de ilícitos a nivel internacional". Realizado el allanamiento y registro, la agraviada acudió a la Corte Suprema solicitando la revocatoria del acto, por estimarlo violatorio de los arts. 29 y 40 de la Carta Política, consagatorios de la inviolabilidad de correspondencia y documentos privados y de la libertad de profesión u oficio, respectivamente, y requiriendo que el Fiscal se abstuviera de divulgar la información obtenida.

2. Sentencia:

2.1. En primer término, es necesario analizar lo atinente al concepto de la "oportunidad" de esta acción constitucional, considerando si es material y jurídicamente viable la reparación del daño que se dice inferido. Sobre el particular, es preciso tener presente que tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran generalmente acordes en afirmar que el amparo procede contra órdenes dictadas o ejecutadas por cualquier servidor público, que impliquen amenaza o violación efectiva de derechos subjetivos que la Carta Fundamental reconoce. En cuanto a las órdenes expedidas pero que aún no han sido ejecutadas, se estaría en el caso de una acción de amparo de carácter preventivo, mecanismo procesal constitucional idóneo para conjurar la posible concreción de un daño de naturaleza grave y que se presenta como inminente, mediante la revocación del acto que lo inflige.

El problema se torna complejo cuando la orden ya ha sido ejecutada, toda vez que en este supuesto se trata de un amparo con fines eminentemente reparadores, lo que hace necesario un examen sobre la posibilidad, real y concreta, de alcanzar la eficacia de la tutela jurisdiccional. La exigencia legal concerniente a la inminencia del daño apunta a que se trate de un perjuicio actual, no pasado u ocurrido mucho tiempo atrás. De allí que, frente a un daño que ha pasado de la categoría de inminente a la de hecho cumplido, corresponda examinar, caso por caso, la posibilidad fáctica de restituir al afectado en el disfrute de los derechos constitucionales que estima le han sido conculcados.

2.2. En el caso, la orden que se ataca ya ha sido ejecutada. La diligencia de allanamiento y la inspección de documentos en las oficinas del demandante fue realizada por el funcionario de instrucción, lo que le resta eficacia práctica al primer objeto de la pretensión: revocación del auto acusado y posibilidad de restituir el derecho violado o de restablecer las cosas a su estado original, efectos inmediatos que la ley atribuye a la sentencia estimatoria de la acción de amparo.

Por lo tanto, la acción de tutela de las garantías constitucionales no ofrece el remedio que en este aspecto particular de la pretensión se reclama, lo que hace que la iniciativa constitucional devenga no viable en cuanto a su objeto principal. Ya la Corte, en sentido análogo, dijo: "De lo que se trata entonces es del reclamo contra un hecho consumado, cuando el amparo constitucional está instituido con carácter preventivo y no reparador. A estas alturas de la actuación acusada, la intervención de la autoridad jurisdiccional carecería de eficacia, vista la imposibilidad de satisfacer la pretensión del accionante dirigida a evitar la práctica de la diligencia".

2.3. Sin embargo, es oportuno pronunciarse sobre el segundo punto de la pretensión, concerniente a la facultad de los funcionarios de instrucción de inspeccionar documentación privada y al destino de la información recabada, luego de la diligencia de allanamiento y registro.

El art. 29 de la Ley Fundamental dispone: "La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser ocupados o examinados sino por disposición de autoridad competente, para fines específicos y mediante formalidades legales. En todo caso se guardará reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de la ocupación o examen. Igualmente, las comunicaciones telefónicas privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas. El registro de papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar".

Lo transcrito precedentemente consagra, como regla general, la inviolabilidad de documentos privados y establece al respecto una excepción: el examen de tales documentos puede tener lugar con el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) que lo realice autoridad competente; b) que el examen tenga fines específicos; c) que se respeten las formalidades que establece la ley. Asimismo, la citada norma constitucional establece la obligación de guardar reserva sobre los asuntos que no tengan relación con el examen u ocupación.

El allanamiento y registro de las oficinas de la actora tuvo por objeto la obtención de documentos de la sociedad MBC, cuyo agente residente es la firma demandante. Con tal fin, el agente del Ministerio Público dispuso la práctica de una diligencia de auditoría. Si bien es cierto que la actuación del agente de instrucción respondió a una finalidad concreta, el objeto de la diligencia de auditoría fue demasiado amplio o comprensivo.

Tal como se dijera, la resolución atacada fue dictada en el cumplimiento de comisión ordenada por el Procurador General de la Nación, atendiendo la solicitud de asistencia judicial proveniente de la Corte de Casación del Reino de Bélgica. A este respecto es conveniente señalar que la vía procesal idónea para la transmisión de este tipo de solicitudes internacionales lo es la carta rogatoria, cuyo conocimiento le compete privativamente a la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia (numeral tercero del art. 101 del Código Judicial) y no a la Procuraduría General, por lo que la actuación del Ministerio Público no se ajusta, en este caso, a las formalidades legales exigidas por el art. 29 de la Constitución.

Los agentes residentes o registrados de sociedades anónimas, como cualquier otra persona, tienen un deber de cooperación con los funcionarios de instrucción, de conformidad con el art. 384 del Código Judicial. En este sentido, deben prestar su colaboración a las autoridades competentes del Ministerio Público, para los fines de la persecución de los delitos, todo ello enmarcado dentro de la legalidad y el respeto a las normas fundamentales.

Tanto la Fiscalía Cuarta Superior del Primer Distrito Judicial, como la Procuraduría General de la Nación, así como cualquier otra autoridad que haya tenido relación con el presente caso, en virtud de la solicitud de asistencia judicial formulada, tiene el deber de guardar reserva de la información así obtenida y, por consiguiente, no deben revelar a terceras personas, por ningún motivo, los datos obtenidos mediante la diligencia de allanamiento y registro atacada en esta vía constitucional.

El levantamiento del velo corporativo es una medida provisional y, por regla, de carácter excepcional. La sociedad anónima se considerará como una persona jurídica independiente de sus socios (art. 251 del Código de Comercio), mientras no sobrevengan razones poderosas que autoricen el desconocimiento de ese principio. Los tribunales y agentes de instrucción deben proceder, caso por caso, con suma prudencia en las situaciones en que se plantea la posibilidad, como última *ratio*, de desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad anónima.

La jurisprudencia de la Corte, al respecto, tiene dicho: "... el funcionario de instrucción penal se encuentra facultado, en la instrucción del proceso, para penetrar detrás de la fachada de una sociedad anónima y averiguar si ésta se encuentra efectivamente controlada por la persona natural a quien se le imputa un delito cometido en Panamá, en cuyo caso puede ordenar la práctica de medidas cautelares contra bienes que formalmente aparezcan como de propiedad de la sociedad anónima que realmente es controlada por el imputado penal.

La desestimación de la personalidad jurídica sólo puede adoptarse en circunstancias excepcionales, como las previstas en este caso, es decir cuando a través de la simulación, consistente en la interposición de una sociedad anónima, se pretenda ocultar bienes que pueden ser producto de un delito. Aun en esta hipótesis, la desestimación de la personalidad jurídica sólo procede para los efectos de las medidas cautelares patrimoniales y, eventualmente, de la responsabilidad civil o patrimonial que pueda surgir en conexión con un delito cometido en la República de Panamá".

Nota de la Secretaría: v. sobre el fallo precedente: "El derecho a la confidencialidad en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Panamá", por **PEREZ FERREIRA, Francisco** y **RODRIGUEZ ROBLES, Sebastián** (Auxiliar y Asistente de Magistrado de la Corte y miembros de la Asociación Panameña de Derecho Constitucional), en el *Anuario* cit. *infra* pp. 289/313.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMA -Pleno-, sentencia del 16-02-1996, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Biblioteca Jurídica Diké, Colombia, 1a. edición 1997, pp. 281/288.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[3]

AMNISTÍA. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. PRESUPUESTOS. DELITOS POLÍTICOS Y COMUNES CONEXOS. PODER JUDICIAL. FUNCIÓN DEL JUEZ (JURISPRUDENCIA/HONDURAS).

1. La Constitución de la República permite conceder amnistía con exclusividad para delitos políticos y comunes conexos. Esta amnistía es, efectivamente, una de las causas de extinción de la responsabilidad penal y su aplicación implica una resolución definitiva, que impone al juez hacer las consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los hechos, a efectos de constatar los presupuestos legales de su aplicación. Tal constatación sólo puede obtenerse mediante la tramitación de una investigación sumarial.

2. Es evidente que sin instruir sumario, le es imposible al juez determinar en forma clara y objetiva si los imputados cometieron o no los delitos por los cuales se les acusa, y si les comprende o no una ley o un decreto que estén siendo invocados como aplicables al caso.

3. Es precisamente en la etapa instructiva cuando se lleva a cabo el acopio del material necesario y pertinente para hacer posible, más tarde, el examen y la decisión sobre la pretensión punitiva planteada, y la de resarcimiento, en su caso.

Por tal motivo, la investigación sumarial debe realizarse con total profundidad y responsabilidad, con el único y específico propósito de poder apreciar objetivamente si existen elementos suficientes para abrir el plenario o, en caso de inexistencia, dictar el sobreseimiento en el sumario.

4. A tenor del artículo 27 del Código de Procedimientos Penales, "no puede establecerse ni seguirse la acción penal en los casos que, con arreglo a la ley, se haya extinguido la responsabilidad penal". No obstante, es de lato conocimiento que las leyes deben aplicarse en el sentido que resulta de sus propios términos y en relación al contexto jurídico nacional; para el caso de este artículo, debe aplicarse en relación con el Decreto de Amnistía, el Código Penal, y el de Procedimientos Penales.

5. En este contexto, la amnistía debe aplicarse mediante resolución del juez, y para que este funcionario pueda emitirla, debe averiguar mediante los canales correspondientes si los hechos son constitutivos de un delito de la naturaleza jurídica a que se refiere el Decreto de Amnistía.

En otras palabras, es función privativa del juez la calificación de la naturaleza jurídica del delito, así como la individualización de sus responsables a efectos de que se aplique la amnistía, quedando con ello expedita la acción civil contra el amnistiado, o, en caso contrario, si la calificación del delito no resulta de la naturaleza de los comprendidos en el Decreto de Amnistía, seguir adelante con el proceso penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE HONDURAS, sentencia del 18-1-1996, expediente CS PE AR 996006.0, en *Gaceta Judicial*, Corte Suprema de Justicia, Tegucigalpa, n° 1287, año CIV, 1996-1997, p. 56.

[4]

ARMAS NUCLEARES. AMENAZA. EMPLEO. LÍMITES. LEGÍTIMA DEFENSA. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. OPINIONES CONSULTIVAS. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD (JURISPRUDENCIA/ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA).

1. Antecedentes del caso: la Asamblea general de las Naciones Unidas resolvió formular a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre la siguiente cuestión: ¿es permitido en derecho internacional recurrir a la amenaza o al empleo de armas nucleares en toda circunstancia?

2. Sentencia (parte resolutive): la Corte,

1. Por trece votos contra uno,

Decide admitir la petición de opinión consultiva.

2. Responde de la siguiente manera a la cuestión propuesta por la Asamblea General:

A. Por unanimidad,

Ni el derecho internacional consuetudinario ni el derecho internacional convencional autorizan específicamente la amenaza o el empleo de armas nucleares;

B. Por once votos contra tres,

Ni el derecho internacional consuetudinario ni el derecho internacional convencional permiten la prohibición completa y universal de la amenaza o el empleo de armas nucleares en tanto que tales;

C. Por unanimidad,

Es ilícita la amenaza o el empleo de la fuerza por medio de armas nucleares que fuese contrario al art. 2, parágrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y que no satisfaga todas las prescripciones de su art. 51;

D. Por unanimidad,

La amenaza o el empleo de armas nucleares debería también ser compatible con las exigencias del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, especialmente a las relativas a los principios y reglas del derecho internacional humanitario, y con las obligaciones particulares derivadas de los tratados y otros compromisos que conciernen expresamente a las armas nucleares;

E. Por siete votos contra siete, por la opinión decisiva del Presidente,

De las exigencias antedichas, resulta que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería generalmente contrario a las reglas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados, y especialmente a los principios y reglas del derecho humanitario.

Visto el estado actual del derecho internacional, así como los elementos de hecho de los que dispone, la Corte no puede sin embargo concluir de manera definitiva que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería lícito o ilícito en una circunstancia extrema de legítima defensa en la cual la supervivencia misma de un Estado estuviera en juego;

F. Por unanimidad,

Existe una obligación de continuar de buena fe y de llevar a término las negociaciones que conducen al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz.

Nota de la Secretaría: en la misma fecha, la Corte rechazó, por 11 votos contra tres, el pedido de

Opinión consultiva formulado por la Organización Mundial de la Salud sobre la misma cuestión (Comunicado n° 96/ 22). Señaló que para fundar la competencia de la Corte en materia de opiniones consultivas solicitadas por una institución especializada, debían reunirse tres requisitos: la institución debe estar debidamente autorizada conforme a la Carta de las Naciones Unidas a solicitar la Opinión; ésta debe versar sobre una cuestión jurídica; y esta última debe relacionarse con el marco de la actividad de la institución requirente. En el caso, el tercer requisito no se encontraba satisfecho (v. *Revue Universelle des Droits de l'Homme* y *Human Rights Law Journal*, cits. *infra*, pp. 491/496 y pp. 392/396, respectivamente).

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión consultiva del 8-7-1996, "Licitud de la amenaza o empleo de armas nucleares", en *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Ed. N.P. Engel, 1996, vol. 8, N° 10-12, pp. 345/491, con texto integral -en francés- de la opinión consultiva, y de las declaraciones, opiniones individuales y disidentes de los jueces. La versión en inglés puede verse en *Human Rights Law Journal*, Ed. N.P. Engel, 1996, vol. 17, N° 7-10, pp. 253/392. Asimismo, esta última publicación contiene una nota biográfica de cada uno de los jueces que dictaron la presente Opinión consultiva (pp. 396/400).

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[5]

CALUMNIAS E INJURIAS. INTERPRETACIÓN DE LAS EXPRESIONES. DERECHO AL HONOR. MILITARES (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

Una jurisdicción penal apelada a fin de pronunciarse sobre el carácter difamatorio de una expresión debe examinar todas las significaciones posibles de la expresión en juego.

Así, la afirmación según la cual todos los soldados son asesinos no constituye necesariamente una difamación que ponga en juego el honor de las fuerzas armadas federales.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA -Sala 1°-, sentencia del 10-10-1995, 1 BvR 1476/91, 1 BvR 1980/91, 1 BvR 102/92, 1 BvR 221/92, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Edición 1995, 3, p. 290. El texto completo del fallo -traducción al inglés-, puede verse en *Human Rights Law Journal*, Ed. N.P. Engel, 1996, vol. 17, N° 3-6, pp. 140/155.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[6]

CONSUMIDORES. PROTECCIÓN. RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE. PRESUPUESTOS. ALCANCES. EXENCIONES. APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EUROPEA).

Para comprometer la responsabilidad de un productor por el hecho de sus productos defectuosos, la víctima debe, en virtud del art. 4 de la directiva n° 85-374-CEE del 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos, probar el daño, el defecto del producto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño, pero no la culpa (*faute*) del productor.

Sin embargo, de conformidad con el principio del justo reparto de riesgos entre la

víctima y el productor, éste, conforme con el art. 7, debe poder liberarse de su responsabilidad si prueba la existencia de determinados hechos que lo descargan y, especialmente, "que el estado de los conocimientos científicos y técnicos al momento de la puesta en circulación del producto por aquél no permitía descubrir la existencia del defecto".

Esta cláusula de eximición no toma en consideración el estado de los conocimientos que el productor en cuestión haya tenido o podido tener concreta o subjetivamente, sino el estado objetivo de los conocimientos científicos o técnicos de los que se presume que el productor está informado. El art. 7 implica necesariamente que los conocimientos científicos y técnicos pertinentes hayan estado accesibles al momento de la puesta en circulación del producto.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS -Sala 5a.-, sentencia del 29-5-1997, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume-Unie de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, en *Recueil Dalloz*, París, 1997-n° 31, p. 185.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[7]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. TRATADOS INTERNACIONALES. LEY QUE RATIFICA EL TRATADO. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS (JURISPRUDENCIA/HUNGRÍA).

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 1 de la Ley de la Corte Constitucional, este tribunal examina la constitucionalidad de la ley que ratifica un tratado internacional. La revisión constitucional también comprende el examen de la constitucionalidad del tratado internacional ratificado. Si la Corte Constitucional resuelve que el tratado internacional o alguna de sus disposiciones es inconstitucional, declara la inconstitucionalidad de la ley que lo ratifica. La decisión a través de la cual la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de todo el tratado internacional o de alguna de sus disposiciones no afecta las obligaciones asumidas por la República de Hungría en términos del derecho internacional.

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRÍA, sentencia del 22-1-97, 4/1997, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, pp. 49/51.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[8]

CORTES CONSTITUCIONALES. FACULTADES. ACTUACIÓN DE OFICIO. SENTENCIA. EFECTOS. DERECHO A LA IGUALDAD. ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO (JURISPRUDENCIA/AUSTRIA).

La Corte Constitucional anuló una cláusula de la ley impositiva aplicable a las sociedades comerciales, reformada el 1 de enero de 1996. El Tribunal intervino en la causa *ex officio*, luego de las apelaciones interpuestas contra las decisiones administrativas, basado en que las normas aludidas eran inconstitucionales. En el curso de tres meses, la Corte se enfrentó a más de 11.000 apelaciones, principalmente fundadas en un modelo elaborado por la *Federal Chamber of Auditors and Tax Consultants*.

Como hubiera necesitado muchos años para analizar estas apelaciones en forma individual, demorando con ello la decisión de otras causas en trámite, la Corte no dudó en hacer pleno uso del poder que tiene en los supuestos de anulación de una ley: en general, las

sentencias tienen un efecto *ex nunc* y para el futuro. Con excepción del caso específico en el que se dicta la sentencia, la ley sigue siendo aplicable a los hechos anteriores a la anulación "a menos que la sentencia disponga otra cosa".

En este caso, la anulación no sólo se aplicó a los cuatro casos en que la Corte revisó la constitucionalidad de la ley aplicada, sino también a todas las otras decisiones administrativas definitivas.

Estas decisiones administrativas dejaron de tener fundamento jurídico y, por lo tanto, son nulas como si hubieran sido derogadas. En consecuencia, no fue necesario que la Corte decidiera las apelaciones similares, ni las solicitudes formuladas en éstas para que: se revocara la decisión administrativa, la apelación tuviera efectos suspensivos, se impusieran las costas a la contraria, o la apelación fuera enviada a la Corte Administrativa. Destacando la importancia del rol esencial de supervisión que cumple en un Estado de derecho, la Corte consideró inaceptable demorar los otros casos que estaban en trámite. Al hacer el balance, el interés de los apelantes en que la Corte analizara cada caso en forma individual (incluyendo al reembolso de las costas) quedaba necesariamente superado por el interés de los individuos en la protección legal.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA, sentencia del 24-1-1997, G 388-391/96, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, p. 10.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[9]

DEBIDO PROCESO ADJETIVO. DERECHO A UN JUICIO JUSTO. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DENEGACIÓN DE JUSTICIA (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

Los terrenos de la Municipalidad de Maassluis, en donde estaban ubicados los edificios de la empresa solicitante, fueron nivelados con sedimentos del puerto de Rotterdam, que se declararon polutos al ser examinados en un momento posterior. Por lo tanto, el Poder Ejecutivo provincial decidió que esas tierras debían ser limpiadas e hizo las consiguientes notificaciones a la Municipalidad de Maassluis y a los residentes.

Posteriormente, la Comisión de Alquileres, a solicitud del inquilino de la empresa solicitante, resolvió que el precio que se le cobraba por la locación de su departamento era excesivo.

La empresa requirente pidió entonces a un tribunal de distrito que confirmara el precio previamente pactado pero, con base en las conclusiones formuladas por el Ejecutivo Provincial, el tribunal juzgó que el nivel de polución del suelo era tan alto que generaba una seria amenaza para la salud y para el medio ambiente, circunstancia prevista en una de las cláusulas de la ley de limpieza de suelos. Por ello resolvió que la renta debía reducirse al mínimo nivel razonable, dado que no se había cumplido absolutamente ninguno de los objetivos perseguidos por la Ley de Alquileres. El mencionado tribunal consideró que esta circunstancia surgía de la decisión del Ejecutivo provincial de que debían limpiarse las tierras y se negó a establecer directa o indirectamente si esta decisión era correcta o bien fundada.

La empresa denunció entonces que no había tenido acceso a un tribunal que poseyera jurisdicción para evaluar la importancia de la polución del suelo y que, por lo tanto, existía una violación al art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La Corte recordó su jurisprudencia conforme la cual, para cumplir con el mencionado art. 6 de la Convención -que exige que la determinación de los derechos y obligaciones civiles

sea hecha por un "tribunal"-, es necesario que el "tribunal" en cuestión tenga jurisdicción para examinar todas las cuestiones *de jure* y *de facto* importantes para resolver la disputa.

En la sentencia que había dictado en este caso, el tribunal de distrito había declarado que el riesgo serio para la salud y el medio ambiente "se deducía necesariamente" de la decisión del Ejecutivo provincial de que era necesario hacer una limpieza de los terrenos, sin evaluar por sí mismo la importancia que la polución del suelo tenía en ese caso. Con ello, se había privado de jurisdicción para examinar los hechos cruciales para la determinación de la disputa.

En estas circunstancias, no podía considerarse que la solicitante hubiera tenido acceso a un tribunal investido con suficiente jurisdicción para decidir el caso que tenía ante sí. Entonces, la Corte resolvió que había existido una violación al citado art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 17-12-1996, caso *Terra Woningen B.V. vs. the Netherlands*, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, p. 116.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[10]

DELITOS SEXUALES. PEDOFILIA. DELITOS VIOLENTOS. INSANOS. ANORMALIDAD MENTAL. DESÓRDENES DE LA PERSONALIDAD. INTERNACIÓN CIVIL ACCESORIA. FUNDAMENTO. NATURALEZA. OBJETO. DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO. *NON BIS IN IDEM*. *DOUBLE JEOPARDY*. *LEYES EX POST FACTO* (JURISPRUDENCIA/EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la *Sexually Violent Predator Act* de Kansas establece un procedimiento para la reclusión civil (*civil commitment*) de las personas que, en razón de padecer una "anormalidad mental" o un "desorden de la personalidad", probablemente cometan "actos predatorios de violencia sexual" (*predatory acts of sexual violence*). El Estado de Kansas se fundó en esta ley para promover una acción ante un tribunal estadual solicitando la reclusión de Leroy Hendricks, que tenía numerosos antecedentes de agredir sexualmente a niños y que pronto iba a salir de prisión. El tribunal reservó el juzgamiento de la impugnación de la constitucionalidad de esta norma planteada por Hendricks, pero hizo lugar a su pedido de ser sometido a un juicio por jurados. Hendricks, en su declaración, consintió el diagnóstico del médico estadual de que sufre pedofilia, que no está curado y que sigue sintiendo una atracción sexual por los niños que no puede controlar cuando se "estresa". El veredicto del jurado determinó que era un depredador sexual violento. El tribunal entendió que la pedofilia constituye una anormalidad sexual en términos del Acta y ordenó la reclusión de Hendricks. Al entender por apelación, la Suprema Corte estadual declaró que el Acta era inválida porque, según su criterio, la condición de "anormalidad mental" no satisfacía la exigencia del debido proceso "sustantivo" de que la reclusión civil involuntaria debe estar fundada en la conclusión de que existe una "enfermedad mental". No se pronunció sobre las pretensiones de Hendricks relativas a la aplicación *ex post facto* de la ley ni a la garantía del *non bis in idem*. Tanto el Estado de Kansas como Hendricks interpusieron *writs of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia:

2.1. La definición de "anormalidad mental" que contiene el Acta satisface las exigencias del debido proceso. El *liberty interest* protegido constitucionalmente que tiene una persona

para estar libre de restricciones físicas puede ceder aun en un contexto civil. *Jacobson vs. Massachusetts* (197 US 11, 26 -1905-). Esta Corte consistentemente ha declarado válidas las leyes de reclusión involuntaria que autorizan la detención de las personas que no pueden controlar su comportamiento y que, por lo tanto, generan un riesgo para la salud y seguridad públicas, en la medida en que la reclusión se realice de acuerdo a procedimientos y estándares probatorios adecuados. *Foucha vs. Louisiana* (504 US 71, 80 -1992-). El Acta inequívocamente exige que antes de decidir la reclusión se determine la peligrosidad de una persona hacia sí misma o hacia los demás, y vincula esa determinación a la conclusión de que dicha persona sufre una "anormalidad mental" o un "desorden de la personalidad". Generalmente hemos declarado la validez de este tipo de leyes cuando a la prueba de peligrosidad se suma la acreditación de algún otro factor, como una "enfermedad mental" o "anormalidad mental" -v. e.g. *Heller vs. Doe* (509 US 312, 314/315 -1993-)-, ya que estas exigencias adicionales garantizan que sólo se recluirá a los que sufren de una incapacidad volitiva que los convierte en seres peligrosos que no pueden controlarse a sí mismos. El Acta establece criterios similares a la "anormalidad mental" o al "desorden de la personalidad". En contra de lo que sostiene Hendricks, esta Corte nunca ha exigido que los Estados adopten una terminología determinada en la redacción de las leyes de reclusión civil, y deja a aquéllos la tarea de definir los términos médicos que tienen relevancia jurídica. Cf. *Jones vs. United States* (463 US 354, 365, n. 13 -1983). Por lo tanto, la legislatura no tiene la obligación de usar la expresión específica "enfermedad mental" y puede usar cualquier otra similar.

2.2. El Acta no viola la garantía constitucional del *non bis in idem* ni ante las leyes *ex post facto*.

(a) El Acta no crea un procedimiento criminal y la reclusión involuntaria que prevé no constituye un castigo. La categorización de un determinado procedimiento como civil o penal es una cuestión de interpretación de las leyes. *Allen vs. Illinois* (478 US 364, 368 -1986-). Nada en el texto del Acta sugiere que la legislatura de Kansas quisiera crear algo distinto a un programa de reclusión civil. Esa intención manifiesta sólo se dejaría de lado si Hendricks produjera la prueba más categórica de que el programa tiene propósitos o efectos tan punitivos como para negar la intención de Kansas de considerarlo civil. *United States vs. Ward* (448 US 242, 248-249 -1980-). Hendricks no cumplió con esta pesada carga. La reclusión prevista por el Acta no persigue ninguno de los dos objetivos fundamentales del castigo criminal: la retribución o la disuasión. Su propósito no es retributivo: no atribuye culpabilidad por la conducta criminal previa sino que usa esa conducta solamente con fines probatorios; no hace de la condena penal un prerrequisito de la reclusión; y no exige la existencia de dolo, elemento importante para distinguir las leyes penales de las civiles. Tampoco puede decirse que el Acta funcione como disuasor, dado que es improbable que las personas que tienen una anormalidad mental o un desorden de la personalidad se sientan disuadidas por la amenaza de una reclusión. Las condiciones de esta reclusión -que son esencialmente las mismas que las de cualquier otra internación civil- no sugieren un propósito punitivo. Si bien el programa aquí cuestionado comprende una restricción afirmativa, esa restricción a los enfermos mentales ha sido históricamente considerada un objetivo no punitivo legítimo. Cf. *United States vs. Salerno* (481 US 739, 747 -1983-). La duración potencialmente indefinida de la reclusión no está vinculada a un objetivo punitivo, sino al de retener a una persona hasta que su anormalidad mental ya no la convierta en una amenaza para otras. Por lo tanto, se permite su liberación inmediata ante una prueba de que ya no es peligrosa, y el plazo máximo de detención por un solo proceso judicial es de un año. La aplicación que el Estado hace de las garantías procesales propias de los juicios penales no convierte por sí sola al procedimiento en un procesamiento criminal. *Allen* (op. cit., p. 372). Finalmente, la circunstancia de que el Acta no prevea un tratamiento para los casos en que no existe una terapia o en que el posible tratamiento sólo constituye un interés estadual secundario y no sustancial, no la convierte necesariamente en

punitiva. La conclusión de que el Acta carece de naturaleza punitiva quita un prerequisite esencial a las pretensiones que Hendricks funda en el *double jeopardy* y en la cláusula del *ex post facto*.

(b) La reclusión de Hendricks no constituye un segundo procesamiento y condena por el mismo delito anterior. Dado que el Acta es de naturaleza civil, el proceso que prevé para decidir la reclusión no constituye un segundo procesamiento. Cf. *Jones* (cit). Como esta reclusión no constituye un castigo, la detención no viola la Cláusula constitucional que prohíbe el *double jeopardy*, aun cuando se produzca a continuación de una pena de prisión. *Baxstrom vs. Herold* (383 US 107 -1966-). Rechazamos la pretensión de Hendricks de que, aun cuando el Acta sobreviva a la aplicación del test de los "castigos múltiples", no satisface el estándar de los "mismos elementos" formulado en *Blockburger vs. United States* (284 US 299 -1932-), porque este test sólo se aplica en un contexto de procesamientos sucesivos.

(c) La pretensión de Hendricks fundada en la garantía frente a las leyes *ex post facto* es también inadmisibles. La Cláusula *ex post facto* se aplica exclusivamente a las leyes penales. *California Department of Corrections vs. Morales* (514 US 499, 505 -1995-). Dado que el Acta no impone un castigo, su aplicación no plantea problemas vinculados a los actos anteriores a su entrada en vigencia. Por otra parte, resulta claro que esta norma no tiene un efecto retroactivo. No incrimina conductas que eran lícitas antes de su aprobación ni priva a Hendricks de ninguna de las defensas con que contaba al tiempo en que cometió los delitos.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 23-6-1997, *Kansas vs. Hendricks*, en 65 LW 4564.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[11]

DEMOCRACIA. DEMOCRACIA SEMIDIRECTA. REFERÉNDUM. REGLAMENTA-CIÓN. PRINCIPIO DE LEGALIDAD (JURISPRUDENCIA/LIECHTENSTEIN).

El peticionante recibió, en principio, autorización de las autoridades gubernamentales para construir, pero no para hacer la pileta cubierta que tenía planeada. El rechazo se fundó en la ley de edificación, según la cual las piletas de natación cubiertas sólo podían calentarse y ventilarse por energía solar, y esto era materialmente imposible, dadas las condiciones climáticas que prevalecían en Liechtenstein y el nivel tecnológico actual.

El solicitante apeló entonces al Tribunal Administrativo de Apelaciones, alegando que la reglamentación vigente establecía una prohibición a la construcción de piletas cubiertas y que, si esa hubiera sido la intención del legislador, debiera haberlo expresado explícitamente.

Dicho tribunal resolvió que al debatir la legislación el Parlamento era conciente de estar prohibiendo la construcción de piletas cubiertas al establecer exigencias medioambientales. Dado que ésta era una consecuencia de la intención del legislador, la apelación debía rechazarse.

Por consiguiente, el solicitante apeló ante el Consejo de Estado, denunciando una violación al libre goce de la propiedad, fundada en la prohibición de tomar decisiones arbitrarias. El Consejo de Estado reconoció esta pretensión y declaró nula la cláusula pertinente de la ley de edificación. Juzgó que, de acuerdo a la Constitución de Liechtenstein - una de cuyas características principales es la democracia directa-, el Parlamento no es el único cuerpo legislativo ya que el pueblo también juega un rol en este área. A fin de no quitar todo significado al derecho de referéndum, las leyes tienen que estar redactadas con claridad para que las personas que no son especialistas puedan reconocer cualquier interferencia con los

derechos fundamentales, como por ejemplo, a la garantía al goce de la propiedad aquí en cuestión. El Consejo de Estado observó que la ley de edificación contenía prohibiciones explícitas vinculadas a la construcción de otras instalaciones que exigían un alto consumo de energía, pero no a las piletas de natación cubiertas. La confirmación de que existía una prohibición legal de construir este tipo de instalaciones era equiparable al engaño a los ciudadanos. Esto era inadmisibles en un estado democrático y representaba una violación a la prohibición constitucional de tomar decisiones arbitrarias.

CONSEJO DE ESTADO DE LIECHTENSTEIN, decisión del 24-4-1997, StGH 1996/29, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, p. 59.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[12]

DERECHO A LA IGUALDAD. ALCANCE. REGLAMENTACIÓN. PERSONAS JURÍDICAS (JURISPRUDENCIA/POLONIA).

Los peticionantes cuestionaron la validez de la cláusula de la Ley de Lucha contra el Alcoholismo, que prohíbe a las empresas privadas pero autoriza a las Brigadas de Bomberos Voluntarios, la venta de bebidas alcohólicas en las reuniones sociales que se celebran al aire libre, con base en que viola el principio de la igualdad ante la ley.

El principio constitucional de la igualdad sólo hace referencia a la situación jurídica de cada ciudadano. No existe fundamento para aplicar directamente este principio a la situación jurídica de sujetos que no son personas de existencia visible cuya posición puede ser evaluada por el principio de justicia social.

El principio de igualdad sólo debe aplicarse a sujetos del mismo tipo. Dado que las Brigadas de Bomberos Voluntarios son asociaciones que cumplen una importante función social, son fácilmente reconocibles las diferencias sustanciales que existen entre ellas y otros sujetos económicos. Además, los fondos que logran recaudar estas Brigadas se asignan a cubrir los gastos necesarios para que cumplan obligaciones legales y no pueden ser distribuidos entre sus miembros. La autorización para que estas Brigadas accedan a formas adicionales de obtener fondos debe ser tratada como forma de aliviar los gastos públicos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 23-6-1997, en Corte Constitucional de Polonia, Internet.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[13]

DERECHO A LA IGUALDAD. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ALCANCE. EFECTOS. IMPOSIBILIDAD DE EJERCER FUNCIONES LEGISLATIVAS POSITIVAS (JURISPRUDENCIA/BRASIL).

El acogimiento de la inconstitucionalidad argüida contra una ley que concede exención a ciertas categorías de operaciones de cambio pero no a otra sustancialmente asimilable a aquéllas (DL n° 2.434/88 art. 6°), podría ocasionar la nulidad de la norma, pero no su extensión jurisdiccional a los hechos arbitrariamente excluidos del beneficio, dado que el control de constitucionalidad de la ley no confiere al Poder Judicial funciones legislativas

positivas.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (*Primeira Turma*), sentencia del 23-8-1994, agravo de instrumento n° 137.020 (AgRg) - DF, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, Brasília, vol. 159, febrero de 1997, p. 670.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[14]

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. CLASIFICACIONES RAZONABLES. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DERECHO DE RECURRIR. EXTRANJEROS. ASILO. REFUGIADOS (JURISPRUDENCIA/BÉLGICA).

Las reglas constitucionales de la igualdad y la no discriminación no excluyen que una diferencia de trato sea establecida entre categorías de personas, en la medida que ello repose sobre un criterio objetivo y que sea razonablemente justificado.

La existencia de dicha justificación debe apreciarse teniendo en cuenta el fin y los efectos de la medida criticada, así como la naturaleza de los principios en juego. El principio de igualdad resulta violado cuando se establece la falta de relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin encarado.

Es inconstitucional la norma que permite al ministro competente dar intervención a la Comisión permanente de recursos de refugiados, en ausencia de una decisión del Comisario general de los refugiados y apátridas, pero no reconoce ese derecho al peticionario de asilo.

Resulta de los trabajos preparatorios, que la norma en cuestión pretende acelerar el procedimiento de reconocimiento de los refugiados. Este objetivo no es, en sí mismo, irrazonable. Sin embargo, no está razonablemente justificado que sólo se permita al ministro introducir un recurso ante la Comisión permanente, cuando el que pretende el carácter de refugiado tiene un interés idéntico a que su demanda sea resuelta sin retardo.

CORTE DE ARBITRAJE DE BELGICA, sentencia del 13-11-1996, n° 65/96, en *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, Bruselas, 1997, n° 2, p. 139.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[15]

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. SEGURIDAD SOCIAL. OBLIGACIÓN DE APORTAR. COMUNIDAD EUROPEA. MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

La excepción de la obligación de pagar contribuciones a los programas de bienestar social que se aplica a las mujeres solteras sin hijos y que tengan 45 o más años de edad, pero no a los hombres que están en la misma posición, viola el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos tomado en conjunción con el art. 1 del Protocolo 1 de la Convención.

Si bien los Estados gozan de un cierto margen de apreciación para establecer excepciones a la obligación de contribuir a los programas de seguridad social, la Corte entendió que estas excepciones deben aplicarse equitativamente tanto a hombres como a mujeres a menos que existan razones de jerarquía superior que justifiquen un tratamiento diferente.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 21-2-1997, caso *Van Raalte vs. The Netherlands*, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, pp. 120.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[16]

DERECHO A LA INTIMIDAD. REGLAMENTACIÓN. INFORMACIÓN BANCARIA. SECRETO BANCARIO. EXCEPCIONES. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. CORRESPONDENCIA. INVOLABILIDAD. BANCOS. IMPUESTOS. FACULTAD DE LOS ORGANISMOS RECAUDADORES (JURISPRUDENCIA/ POLONIA).

A pesar de la inexistencia de una norma jurídica que reconozca a los ciudadanos el derecho a la intimidad, es posible, de acuerdo a la opinión de este Tribunal, extraer este derecho del principio de legalidad y del principio de confidencialidad de la correspondencia. Sin embargo, el derecho a la intimidad no es absoluto y puede ser limitado por otra norma, principio o valor constitucional, si el grado de la limitación guarda una adecuada proporción con el interés que justifica la restricción.

La cuestión más importante a resolver es si existe un interés público suficientemente importante para autorizar a los organismos impositivos a examinar la documentación bancaria, en la que se incluyen los pagos personales que realizan los ciudadanos. Es decir, debemos determinar si se ha preservado el principio de proporcionalidad entre la importancia de las exigencias tendientes a garantizar el interés público y el grado de acceso de los organismos impositivos a la documentación bancaria.

En opinión de este Tribunal, los intereses fiscales del Estado (e indirectamente también los de los ciudadanos interesados en la realización práctica del principio de justicia en la imposición) justifican reconocer una excepción al principio del secreto bancario. También debe tenerse presente que los funcionarios de los organismos impositivos están obligados a cumplir el secreto bancario bajo apercibimiento de sanción penal, y que el contribuyente que es parte en el procedimiento, queda protegido por las garantías procesales previstas en el Código de Administración de Justicia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE POLONIA (con un voto en disidencia), sentencia del 24-6-1997, causa K.21/96, en Corte Constitucional de Polonia, Internet.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[17]

DERECHO A LA INTIMIDAD. MENOSCABO. VIDA SENTIMENTAL. PUBLICIDAD. REPARACIÓN (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

Según el art. 9 del Código Civil, la sola comprobación del menoscabo a la vida privada

abre el derecho a la reparación.

Una corte de apelación, después de haber constatado dicho menoscabo por una publicación que revela aspectos de la vida sentimental, evalúa soberanamente el importe del perjuicio sufrido.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA -Sala 1a. civil-, sentencia del 11-3-1997, *Sté X... c/ Mme Y...*, en *Recueil Dalloz*, París, 1997-n° 31, p. 403, con nota de **LAULOM, Sylvaine**, pp. 403/405.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[18]

DERECHO A LA INTIMIDAD. RESTRICCIONES. DERECHO PENAL. SADOMASO-QUISTAS. HOMOSEXUALES (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

El procesamiento y condena de los miembros de un grupo de hombres homosexuales por prácticas sadomasoquistas, no viola el derecho a la intimidad.

El Estado está incuestionablemente legitimado a regular -a través del derecho penal- la producción de daño físico, y corresponde fundamentalmente a las autoridades gubernamentales la determinación del nivel de daño que la víctima consintió sufrir y del riesgo potencial de sufrir daños más serios que es inherente a estas actividades.

En consecuencia, las razones dadas por las autoridades nacionales para justificar la interferencia fueron relevantes e importantes. En lo que hace a la proporcionalidad, considerando el grado de organización comprometido, el número limitado de delitos por los que posteriormente se formuló la acusación y la levedad de las condenas impuestas por la Alzada, la interferencia no puede ser considerada desproporcionada.

Nota de la Secretaría: v. "La légitimité de la répression par l'Etat des pratiques sadomasochistes", por **LEVINET, Michel**, en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruselas, n° 32, octubre 1997, pp. 738/745.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 19-2-1997, caso *Laskey, Jaggard and Brown vs. The United Kingdom*, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, pp. 119/20.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[19]

DERECHO AL COMERCIO Y A LA INDUSTRIA. ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO. REGLAMENTACIÓN. LIBERTAD DE CULTO. TRABAJO DOMINICAL. BEBIDAS ALCOHÓLICAS. REGLAMENTACIÓN DE SU VENTA. SENTENCIA. EMPATE DE VOTOS (JURISPRUDENCIA/SUDÁFRICA).

1. Lawrence, Negal y Solberg eran empleados de una cadena de supermercados que fueron condenados por un tribunal de magistrados por violar la *Liquor Act*. Lawrence había vendido vino a un cliente después de las 8 p.m.; Negal había vendido cerveza y sidra, y Solberg había vendido vino un domingo, violando los términos de la autorización para vender

alcohol que se otorga a los almaceneros de acuerdo a las disposiciones de la *Liquor Act* 27 de 1989.

Estas personas alegaron que sus condenas eran injustas porque la prohibición de hacer esas ventas violaba el derecho a dedicarse libremente a una actividad económica que les otorga la sección 26 de la Constitución interina. Solberg sostuvo, además, que la prohibición de vender alcohol en "días cerrados" (definidos como domingos, Viernes Santo y Navidad) que contiene el Acta, violaba su derecho a la libertad religiosa.

2. Al entender en el recurso contra la decisión adoptada por la División Provincial de Cape -confirmatoria de las condenas-, la Corte Constitucional declaró unánimemente que la *Liquor Act* no violaba el derecho a dedicarse libremente a una actividad económica, pero quedó dividida en cuanto a la cuestión fundada en la libertad religiosa. Por lo tanto, rechazó la apelación, declarando válidas las secciones de la *Liquor Act* que autorizan a los supermercados que tienen licencias para vender vino, pero no cerveza o sidra, y que prohíben que se venda vino después de las 8 p.m. y los domingos. En tal sentido:

2.1. Actividad económica

La Sección 26 de la Constitución interina dispone que toda persona tiene derecho a dedicarse libremente a una actividad económica, pero que este derecho no impide el dictado de medidas tendientes a proteger o a mejorar la calidad de vida, el crecimiento económico, el desarrollo humano, las condiciones básicas de empleo y la igualdad de oportunidades para todos, en la medida en que esas restricciones estén justificadas en una sociedad abierta y democrática.

El juez Chaskalson, al exponer la opinión de la mayoría, sostuvo que esta cláusula constitucional podía interpretarse de dos formas. De acuerdo a la primera de ellas, si bien la Constitución garantiza a toda persona el derecho a dedicarse libremente a una actividad económica, esta libertad no es irrestricta. El Estado, por ejemplo, debe estar facultado para disponer que la gente sólo puede actuar como médico o abogado si cuenta con las calificaciones apropiadas, sin que esas restricciones sean consideradas una violación de dicho derecho. Por lo tanto, en una sociedad abierta y democrática, el Estado tiene poder para regular la conducta económica, siempre que no lo haga de un modo arbitrario. La Constitución interina permite expresamente la aprobación de normas que protejan o mejoren la calidad de vida, el desarrollo humano, el crecimiento económico, etc., y esto debe interpretarse como parte del derecho mismo. Según la segunda interpretación, el derecho a la libre actividad económica queda violado por cualquier restricción que no proteja o mejore la calidad de vida, el desarrollo humano, el crecimiento económico o algún otro propósito que no esté expresamente autorizado por la Constitución interina. La Corte, en este caso, adoptó la segunda de estas interpretaciones.

La Corte entendió que el objetivo del Acta es controlar la venta de licor y que esto se logra a través del sistema de licencias. Si bien reconoció que el sistema impone limitaciones a la actividad económica, notó que el licor es una sustancia potencialmente perjudicial cuyo consumo excesivo se vincula al crimen, a la perturbación del orden público, a la disminución de la seguridad del tránsito y a otras consecuencias sociales y económicas serias. Por lo tanto, los controles que establece el Acta están destinados a proteger o mejorar la calidad de vida.

La Corte, asimismo, rechazó la pretensión de que las restricciones al horario de venta no ayudan a reducir el consumo de alcohol y los problemas que éste genera y que, al no ser efectivas, son irracionales. La restricción a la disponibilidad de alcohol es un medio internacionalmente reconocido para controlar los problemas del consumo excesivo, estrategia que cuenta con el fuerte respaldo de la Organización Mundial de la Salud. La Corte concluyó, entonces, en que la restricción al horario de venta cuenta con una base racional y, en consecuencia, no viola el derecho a dedicarse libremente a una actividad económica. Por las

mismas razones, rechazó también el argumento de que las restricciones a la venta dominical de licor violaba el derecho a dedicarse libremente a ese tipo de actividades.

La Corte no acogió, tampoco, la pretensión de que el Acta menoscababa el derecho a dedicarse libremente a una actividad económica, al permitir que los supermercados vendan vinos de mesa, pero no cerveza ni sidra. El Acta prohíbe, en general, la venta de licor en lugares en donde se realizan otros negocios, transacciones o actividades; la autorización para vender vino es una excepción a esta restricción general. La Corte entendió, entonces, que la sección que establece qué tipo de licor puede venderse bajo esa licencia constituye, en realidad, una extensión del derecho que tiene el almacén a comerciar licor y no una restricción a vender sólo una determinada clase. Señaló que no podía ampliar más esta excepción, transformando la autorización para vender vino en una "licencia para vender vino, cerveza y sidra" ya que, con ello, estaría aprobando normas, que es una función que no se le ha atribuido.

2.2. Religión

Los apelados alegaron que la restricción que contiene la *Liquor Act* induce a la gente a adherirse a una concepción cristiana de cuál es la conducta apropiada que hay que adoptar los domingos, Viernes Santo y Navidad, lo que resulta inconsistente con la libertad religiosa de quienes no profesan esas creencias ni desean adherirse a ellas.

Chaskalson definió la libertad religiosa como el derecho a tener cualquier creencia religiosa que se elija, el derecho a manifestar esas creencias sin temor a represalias, y el derecho a exteriorizar esas creencias a través del culto. Esta libertad supone una ausencia de coerción o restricción, y se ve restringida si la gente resulta obligada a actuar de un modo contrario a sus creencias religiosas. El mencionado juez agregó que esto puede hacerse en formas sutiles. Señaló, sin embargo, que en Sudáfrica los domingos han adquirido un carácter secular ya que es el día de la semana en que la mayor parte de la gente no trabaja. En este contexto, Chaskalson examinó los objetivos y efectos de la parte impugnada de la *Liquor Act*, y juzgó que no impone ninguna coerción ni limitación ya que no obliga al titular de una licencia de almacenero, ni a ninguna otra persona, a observar el *Sabbath* cristiano, ni impide profesar o manifestar las creencias religiosas elegidas. Tampoco obliga a los almacenes a abrir o cerrar sus locales en los días domingo. Llegó entonces a la conclusión de que la eventual conexión que pudiera encontrarse, entre la restricción que el Acta impone a la venta de licor en los días domingo y una promoción de la religión cristiana, es demasiado tenue como para que la Corte concluya en que se ha violado el derecho a la libertad religiosa.

El juez O'Regan, con la adhesión de los jueces Goldstone y Madala, consideró violado el derecho a la libertad religiosa porque el objetivo y efecto de la prohibición de vender vino en los almacenes en los "días cerrados", es reconocer los días importantes para los cristianos y no los de otras religiones. La libertad religiosa obligaba al gobierno a actuar equitativamente en materia religiosa y a no dar preferencia a una, excluyendo a otras.

Continuó diciendo que la violación gubernamental del derecho a la libertad religiosa y de conciencia de la Sra. Solberg no era razonablemente justificable, ya que no puede darse mayor gravitación al objetivo y efecto de la prohibición de vender vino los días domingo que al perjuicio causado por la limitación a ese derecho. O'Regan llegó a la conclusión de que la sección podía ser declarada inválida sin afectar con ello la constitucionalidad de la *Liquor Act*.

Por su parte, el juez Sachs, a cuyo voto concurrente se adhirió Maokgoro, encontró que si bien la cláusula relevante de la *Liquor Act* limitaba el derecho a la libertad religiosa, dicha restricción estaba justificada en términos de la cláusula de limitaciones de la Constitución interina. Recordó que en este texto constitucional subyace una sociedad de varias religiones, heterodoxa y abierta y que, en consecuencia, la identificación de los domingos, Viernes Santo y Navidad, como días cerrados a los fines de la venta de licor viola el derecho a la libertad religiosa en cuanto se traduce en un respaldo simbólico negativo del Estado a la religión, al enviar un mensaje de inclusión a algunas y de exclusión a otras. Sachs manifestó que

históricamente la legislatura ha expresado una particular preferencia religiosa, inclinándose claramente hacia el cristianismo, y esto se tradujo en el marginamiento de quienes profesan otras creencias. Todo respaldo que hoy haga el Estado al cristianismo como religión privilegiada no sólo perturba el principio general de imparcialidad en materia de creencias y opinión, sino que activa recuerdos de antiguas y dolorosas discriminaciones y situaciones de inferioridad fundadas en la religión.

Si bien Sachs concluyó en que la prohibición violaba el derecho a la libertad religiosa, consideró que lo hacía en una forma indirecta y marginal y, por lo tanto, justificable en términos de la cláusula de limitación de la Constitución. Juzgó que el interés estatal en alentar la templanza en los días cerrados es poderoso y legítimo mientras que el alcance e intensidad de la invasión a la libertad religiosa es relativamente liviano.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDAFRICA, sentencias del 6-10-1997, *S. vs. Lawrence, S. vs. Negal y S. vs. Solberg*, enviadas al E-mail de esta Secretaría por la Universidad sudafricana de Wits. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[20]

DERECHO COMUNITARIO. ACTOS DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS. VALIDEZ. IMPUGNACIÓN. ORGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES. FACULTADES. CUESTIONES PREJUDICIALES (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EUROPEA).

1. Un particular puede invocar ante un órgano jurisdiccional nacional una infracción de los arts. 39 y 40 apartado 3 del Tratado de la Comunidad Europea, así como de los principios generales de proporcionalidad y de no discriminación, para impugnar la validez de un acto de las instituciones comunitarias.

En tales circunstancias, el órgano jurisdiccional nacional puede:

- a) pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre la validez del acto a la luz de las normas del Tratado;
- b) examinar su validez y, si no encuentra fundados los motivos de invalidez que las partes alegan, desestimarlos concluyendo que el acto es plenamente válido, dado que al actuar de ese modo no enjuicia la existencia del acto comunitario.

2. En cambio, los órganos jurisdiccionales nacionales no tienen facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias.

Las competencias reconocidas al Tribunal de Justicia por el art. 177 del Tratado, tienen esencialmente por objeto garantizar una aplicación uniforme del derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de los actos comunitarios, pueden llegar a comprometer la misma unidad del ordenamiento jurídico comunitario y a perjudicar la exigencia fundamental de la seguridad jurídica.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS -Sala sexta-, sentencia del 15-4-1997, asunto C-27/95, *Woodspring District Council c. Bakers of Nailsea Ltd.*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1997-4, p. 1847.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[21]

DERECHO COMUNITARIO. DIRECTIVAS. APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS. DERECHOS DE LOS PARTICULARES. REPARACIÓN. REQUISITOS. VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA. CONCEPTO (JURISPRUDENCIA/ COMUNIDAD EUROPEA).

La inexistencia de cualquier medida de adaptación del Derecho nacional a una Directiva para alcanzar el resultado prescrito por ésta dentro del plazo fijado a dicho fin constituye, por sí sola, una violación del Derecho comunitario caracterizada y, por tanto, genera en favor de los particulares perjudicados un derecho a obtener reparación, en la medida en que, por una parte, el resultado prescrito por la Directiva, implique la atribución, a favor de los particulares, de derechos cuyo contenido pueda ser identificado y, por otra parte, exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido.

Nota de Secretaría: v. **PEREZ GONZALEZ, M. Carmen** (becaria de Investigación del Area de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales - Universidad Carlos III, Madrid), "Sobre la responsabilidad del Estado frente a los particulares por la no transposición de la directivas comunitarias", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, vol. I, n° 1, enero/junio 1997, pp. 261/274.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, sentencia del 8-10-1996, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 Y C-190/94, "Erich Dillenkofer y otros contra Bundesrepublik Deutschland", en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, parte I, Luxemburgo, 1996-10, p. 4845.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[22]

DERECHO COMUNITARIO. PRIMACÍA. CONFLICTO CON LEYES NACIONALES. ACTIVIDAD JUDICIAL EX OFFICIO (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EUROPEA).

Cuando se pide la aplicación una ley nacional incompatible con una norma del Tratado, el órgano jurisdiccional nacional tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de éste, dejando de aplicar, de oficio, dicha ley.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS -Sala Primera-, sentencia del 13-3-1997, asunto C-358/95, *Tommaso Morellato c. Unitá Sanitaria Locale (USL) n° 11 di Pordenone*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1997-3, p. 1431.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[23]

DERECHO DE DEFENSA. DEBIDO PROCESO ADJETIVO. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. PRUEBA (JURISPRUDENCIA/CROACIA).

Se viola la garantía constitucional a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley cuando no se informa a una de las partes de un proceso qué documentos tiene que presentar para hacer valer sus derechos. Como el Ministerio de Asuntos Internos y la Corte Administrativa no informaron al peticionante cuáles eran los documentos exigidos y no lo invitaron a presentarlos, y no identificaron en los actos impugnados qué documentos se exigían para clasificar a una persona como "miembro de la comunidad étnica croata", dichos organismos violaron los derechos constitucionales de esa persona.

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 5-2-97, U-III-231/1995, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, p. 22.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[24]

DERECHO DE PROPIEDAD. EXPROPIACIÓN. RESTITUCIÓN. COMUNISMO. REUNIFICACIÓN ALEMANA (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

La Sala Primera de la Cámara Primera del Tribunal Constitucional Federal decidió, por unanimidad, no abrir el recurso promovido por la "IG Farbenindustrie" tendiente a la restitución de las empresas que se le habían expropiado, con base en que carecía de toda posibilidad de éxito.

Todos los bienes de la "IG Farbenindustrie" cayeron dentro del ámbito de aplicación del *Controlling Council Statute* No. 9, dictado el 8 de mayo de 1945 por las fuerzas de ocupación. Según la evaluación de la Comisión Económica Alemana, por ese entonces la propiedad en la zona soviética del este de Alemania había pasado a ser estatal. La "IG Farbenindustrie" pidió la restitución de sus 17 fábricas ubicadas en la ex Alemania Oriental, fundándose en la Ley de Propiedad. La demanda correspondiente había sido rechazada por el Tribunal Administrativo y, posteriormente, por el Tribunal Federal Administrativo.

El Tribunal Constitucional resolvió que la cuestión planteada carecía de importancia constitucional ya que de su jurisprudencia (especialmente a partir de las decisiones adoptadas el 23 de abril de 1991 y el 18 de abril de 1996), surge con claridad que el art. 143, inc. 3, de la Constitución, relativo a las propiedades situadas en la ex Alemania Oriental, no brinda sustento para cuestionar la constitucionalidad de las expropiaciones realizadas por las fuerzas de ocupación, dado que éstas no fueron arbitrarias. Por lo tanto, consideró totalmente correcto el criterio aplicado por el Tribunal Administrativo, conforme al cual la expropiación se había realizado de conformidad con las disposiciones de la *Controlling Council Statute* No. 9, que había hecho extinguir a la "IG Farbenindustrie" en la forma en que por entonces existía.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 28-8-1996, 1 BvR

[25]

**DERECHO DEL TRABAJO. LEY. TERRITORIALIDAD. PRINCIPIO *LEX LOCI SOLUTIONIS*.
SERVICIOS PRESTADOS EN EL EXTRANJERO (JURISPRUDENCIA/ COLOMBIA).**

"...El principio de *lex loci solutionis* no es riguroso ni absoluto. La aplicación exegética de esta tesis (ley del lugar donde la labor se haya cumplido), conlleva a situaciones de desamparo para el trabajador, como lo sería el tener que recurrir a la legislación de los distintos países en donde laboró para reclamar sus derechos, lo que es engorroso por motivos de dinero y distancias y que aun esos derechos no estén contemplados en los ordenamientos jurídicos de esas naciones..."

"...Son los hechos en cada caso los que indican si los servicios prestados en el exterior corresponden, de acuerdo con el principio general, a un contrato de trabajo regido por la ley del país donde se ejecutaron, o si, por el contrario, de manera excepcional, ellos derivan de una relación laboral originada en Colombia..."

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Laboral, sentencia del 5-5-1995, exp. n° 6857, en *Extractos de Jurisprudencia 2*, segundo trimestre de 1995, Bogotá, p. 183.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[26]

**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. LEY EXTRANJERA. APLICACIÓN. PRUEBA.
SUBSIDIARIEDAD (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).**

La norma de la ley suiza de derecho internacional privado de establecer de oficio el contenido del derecho extranjero, obliga al juez suizo pero no al juez francés, a pesar de la designación de la ley suiza por la norma francesa de conflicto de leyes.

Tratándose de derechos disponibles y no regidos por un tratado internacional, incumbe a la parte que pretende que un derecho extranjero es aplicable, establecer la diferencia de su contenido con relación al derecho francés, a falta de lo cual este derecho es aplicable en razón de su vocación subsidiaria.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA -Sala 1a. civil-, sentencia del 11-6-1996, *Soc. Agora Sopha c. Barokas*, en *Revue critique de droit international privé*, Sirey, París, tomo 86, n° 1, enero-marzo 1997, p. 65, con nota de **LAGARDE, Paul**, pp. 66/72.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[27]

**DERECHO PENAL. COAUTORÍA DE UN DELITO. CONCEPTO (JURISPRUDENCIA/
COLOMBIA).**

Armonizando la jurisprudencia, la doctrina y el precepto legal, se puede afirmar que son coautores todos aquellos que toman parte en la ejecución del delito codominando el hecho, ejecutando la parte que les corresponde en la división del trabajo para obtener el resultado criminal, o sea, que mancomunadamente ejecutan el hecho punible.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 6-4-95, proceso 8951, en *Extractos de Jurisprudencia 2*, segundo trimestre de 1995, Bogotá, p. 288.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[28]

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. PROTECCIÓN. REGLAMENTACIÓN. RESTRICCIONES GENÉRICAS. ORGANISMOS LOCALES (JURISPRUDENCIA/ESLOVAQUIA).

Los derechos y libertades fundamentales garantizados por la Constitución no pueden limitarse por medio de "directivas generales obligatorias" aprobadas por organismos locales independientes.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ESLOVAQUIA, sentencia del 26-3-97, II.US 8/97, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, pp. 82/83.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[29]

DESEMPLEO. ACCESO AL EMPLEO. EMPLEOS TEMPORARIOS. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN (JURISPRUDENCIA/SUIZA).

La legislación de Ginebra exige a las personas desempleadas de otros cantones, que residan en el Cantón de Ginebra durante un año para tener derecho a ocupar un trabajo temporario.

Esta exigencia constituye una forma de discriminación prohibida por el art. 43.4 de la Constitución. El principio de la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos que contiene el art. 43 de la Constitución, se aplica a todas las medidas que adopten los cantones para contrarrestar los efectos de la crisis económica.

TRIBUNAL FEDERAL DE SUIZA -2da. Corte de Derecho Público-, sentencia del 30-9-1996, *D. vs. the Cantonal Unemployment Insurance Appeals Board, Canton of Geneva*, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, pp. 108/109.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[30]

DISCAPACITADOS. ESCUELAS PÚBLICAS. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN (JURISPRUDENCIA/CANADÁ).

1. No se viola el derecho a la igualdad garantizado por la Constitución, que prohíbe expresamente la discriminación con base en la incapacidad, al ubicar a un niño seriamente

discapacitado en una clase de educación especial de acuerdo a las recomendaciones formuladas por sus maestros, por los asistentes de sus maestros y por la comisión de ubicación especial, pese a la falta de consentimiento de los padres del menor.

2. El propósito central de la cláusula de la igualdad de la Constitución (Sección 15 de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades), en cuanto se refiere a la incapacidad, es el reconocimiento de las reales características de una persona discapacitada y la acomodación razonable a estas características. La omisión de hacer una acomodación razonable produce la discriminación de las personas discapacitadas. La discriminación basada en la incapacidad tiene una variación individual y, por lo tanto, difiere de la discriminación fundada en los otros criterios enumerados, que parte de atribuir características falsas basadas en actitudes estereotipadas vinculadas a condiciones inmutables (como el sexo o la raza) que no tienen variación individual. La incapacidad significa cosas muy diferentes que dependen del individuo y del contexto, y esto da lugar al "dilema de las diferencias" según el cual la segregación puede ser tanto protectora como violatoria de la igualdad, según la persona y el estado de la incapacidad. El organismo decisor debe cuidar en determinar la acomodación apropiada para un niño excepcional a partir de una perspectiva subjetiva, centrada en el niño, que intente que la igualdad sea importante desde el punto de vista del niño, como distinto al de los adultos. Para hacerlo, debe decidir qué es lo que más conviene al menor. En este caso, la Suprema Corte encontró que la asignación del menor a una clase de educación especial era lo que más convenía al niño y que, por lo tanto, no se había violado la Carta.

CORTE SUPREMA DE CANADA, sentencia del 06-02-1997, n° 24668: *Eaton vs. Brant County Board of Education*, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, pp. 18/19.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[31]

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. SENTENCIA EXTRANJERA. DAÑOS Y PERJUICIOS. DAÑOS PUNITIVOS (JURISPRUDENCIA/JAPÓN).

La Suprema Corte de Japón resolvió que no podía ejecutarse en ese país la parte de una sentencia extranjera que imponía daños punitivos.

En el caso, una empresa norteamericana había promovido una acción contra algunas empresas japonesas ante un tribunal estadounidense. Este tribunal dictó una sentencia que obliga al demandado al pago de los daños compensatorios, costas del proceso, daños punitivos e intereses.

Posteriormente, la actora promovió un proceso de ejecución de sentencia en Japón. El tribunal de distrito de Tokio resolvió que las partes de la sentencia que imponían daños compensatorios, las costas del proceso y los intereses sobre estos montos eran ejecutables, pero que las relativas a los daños punitivos y a los intereses sobre dicho monto, no lo eran, pues ello violaba la política pública de Japón. El Superior Tribunal de Tokio y la Suprema Corte confirmaron la decisión.

SUPREMA CORTE DE JAPON, sentencia del 11-7-1997, en Temple University Law Program in Japan, Internet.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[32]

ELECCIONES. PARTIDOS POLÍTICOS. CANDIDATOS POLÍTICOS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. RESTRICCIONES. CAMPAÑAS ELECTORALES. REGLAMENTACIÓN. PROPAGANDA ELECTORAL (JURISPRUDENCIA/CROACIA).

No es permitido el uso de un video promocional y de un *poster* que presentan a otro partido en una forma que implica que el actual partido y sus líderes representan la continuación del régimen represivo del pasado.

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 8-4-97, U-VII-295/1997, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, p. 29.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[33]

ELECCIONES. SUFRAGIO. CANDIDATOS POLÍTICOS. REGLAMENTACIÓN. DERECHO A SER ELEGIDO (JURISPRUDENCIA/EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA).

Todo ciudadano, al llegar a los 18 años, adquiere el derecho a votar y a ser elegido (art. 22 de la Constitución).

Las leyes que rigen el procedimiento electoral no pueden establecer limitaciones a los derechos electorales que excedan las ya incluidas en la Constitución; por ejemplo, no pueden imponer limitaciones al derecho que una determinada categoría de ciudadanos tiene a ser elegido.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA EX REPUBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA, sentencia del 12-3-1997, U.2/97, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, p. 112.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[34]

EMPLEO PÚBLICO. DESPIDO. MUJERES. EMBARAZO. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

El principio general en el que se inspira el art. L. 122-25-2 del Código del Trabajo, según el cual ningún empleador puede, salvo en determinados casos, despedir a una asalariada en estado de embarazo médicamente comprobado y durante un período de catorce semanas siguientes al nacimiento, se aplica a las mujeres empleadas en los servicios públicos, cuando ninguna necesidad propia de dichos servicios se opone, y tiene por objeto impedir toda notificación de despido a un agente femenino durante el embarazo y las catorce semanas posteriores al alumbramiento, incluso si el despido no produciría efectos sino después de la expiración de dichas catorce semanas.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 9-7-1997, *Centre hospitalier de Draguignan c. Mme Perugia*, en *Recueil Dalloz*, París, 1997-n° 32, p. 193.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[35]

EXTRADICIÓN. ACUERDOS DE COOPERACIÓN. INTERPRETACIÓN. DELITOS POLÍTICOS. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

Según el art. 44 del acuerdo de cooperación entre Francia y Malí del 9 de marzo de 1962, "la extradición no será ejecutada si la infracción por la cual se solicita es considerada por la parte requerida como una infracción política o como una infracción conexas a dicha infracción".

Estas estipulaciones deben ser interpretadas de conformidad con el principio fundamental reconocido por las leyes de la República, según las cuales el Estado debe rechazar la extradición de un extranjero cuando ello es solicitado con un fin político.

Estas estipulaciones no podrían, además, limitar el poder del Estado francés de rechazar la extradición sólo en los casos de infracciones de naturaleza política y de las infracciones que le son conexas.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 3-7-1996, *Koné*, en *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, Bruselas, 1997, 2, p. 121, con comentario de **LARSONNIER, Virgine**, "La consécration par le Conseil D'Etat d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, prémices d'une renaissance de la catégorie?", en pp. 123/138.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[36]

EXTRADICIÓN. SUPUESTOS. TRATADOS. INTERPRETACIÓN. APLICACIÓN. CONVENCIÓN EUROPEA DE EXTRADICIÓN. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS. NON BIS IN IDEM (JURISPRUDENCIA/ITALIA).

La regla que contiene el art. 8 de la Convención Europea de Extradición, otorga al Estado al que se pide la extradición, y en el cual está en trámite el proceso penal por el delito en el cual se funda el pedido de extradición, el derecho a rechazar el pedido. Al ser una regla de derecho internacional, el art. 8 está dirigido a los Estados contratantes y no afecta directamente su derecho interno. Estipula una sola condición y, cuando ésta se cumple, no existe una obligación internacional de extraditar. En consecuencia, desde el punto de vista práctico, cualquiera sea la solución adoptada en el derecho interno del Estado al que se le solicita la extradición, se sigue observando la ya mencionada regla internacional.

Según lo dispuesto en el mencionado art. 8 -que justamente determina una situación de inexistencia de la obligación de un Estado para con los otros-, cuando se plantea esta situación, las normas internas, que rigen las condiciones en las cuales puede acordarse la extradición -entre las que se encuentra el art. 705.1. del Código de Procedimientos Criminal- claramente pueden aplicarse, del mismo modo en que pueden aplicarse cuando no se promueve un proceso penal por el delito por el cual se pidió la extradición.

En cualquier caso, no sería correcto deducir del mencionado art. 8 de la Convención que el Ministro de Justicia tiene facultades discrecionales para otorgar o no la extradición mientras se encuentra en trámite el proceso penal en el Estado solicitado, ya que esta norma sólo establece las obligaciones y límites internacionales importantes. Tampoco corresponde atribuir un alcance diferente a la norma interna para aplicar esa cláusula.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimientos Criminal, y gracias al principio de *non bis in idem* -a pesar de que todavía no puede ser incluido en las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional y a pesar de que todavía no ha sido

aceptado sin reservas en las convenciones internacionales que lo mencionan, pese a que es un principio fundamental que el sistema internacional crecientemente usa como base, satisfaciendo de ese modo la necesidad individual de contar con protección frente a los poderes punitivos concurrentes de diferentes Estados-, la nueva regla interna prohíbe la extradición mientras está en trámite el proceso penal por el mismo delito por el que se ha pedido la extradición y, en consecuencia, obliga al tribunal competente a resolver este pedido en forma negativa.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 3-3-97, 58/1997, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, pp. 56/57.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[37]

EXTRANJEROS. CONDICIONES DE ADMISIÓN Y PERMANENCIA. EXPULSIÓN. PENAS Y TRATAMIENTOS INHUMANOS Y DEGRADANTES. TORTURA. ASILO. REFUGIADOS. - OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN EURO-PEA DE DERECHOS HUMANOS).

La Corte reiteró que los Estados contratantes tienen derecho a controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros. Sin embargo, la expulsión de un extranjero ordenada por un Estado contratante plantea cuestiones fundadas en el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos cuando existen fundamentos sólidos para creer que, en caso de ser expulsada, esa persona tendría que enfrentarse en el Estado receptor a un riesgo real de sufrir un tratamiento contrario al art. 3 de la Convención. La Corte repitió, además, que el mencionado art. 3 prohíbe en términos absolutos la tortura o el trato o castigo inhumano o degradante, sin tomar en cuenta la conducta de la víctima, y no prevé excepciones.

La Corte brindó una particular gravitación a la circunstancia de que, el 15 de mayo de 1992, el Ministerio del Interior austríaco había otorgado el estatus de refugiado al peticionante. Si bien éste, posteriormente, había perdido dicho estatus, esto sólo había sido consecuencia de su condena criminal; no se habían tomado en consideración las consecuencias que la expulsión tenía para el solicitante.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 17-12-1996, caso *Ahmed vs. Austria*, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, pp. 117/18.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[38]

EXTRANJEROS. EXPULSIÓN. ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS. PENAS Y TRATAMIENTOS INHUMANOS Y DEGRADANTES. SIDA. TRATAMIENTO MÉDICO (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

La Corte recuerda que los Estados contratantes, cuando ejercen el derecho que les reconoce el derecho internacional de expulsión de extranjeros, deben tener en cuenta las obligaciones que les impone la Convención Europea de Derechos Humanos y, principalmente, el art. 3, que consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Si está

justificado a los Estados contratantes imponer pesadas sanciones a los traficantes de drogas, lo que incluye la expulsión de los traficantes extranjeros como el requirente, el carácter absoluto de la prohibición enunciada en el art. 3 debe, sin embargo, ser respetada por los Estados cuando recurren a la expulsión. Aplicando su jurisprudencia constante a los hechos de la causa, la Corte destaca que las garantías del art. 3 -prohibición de tortura y de penas o tratamientos inhumanos o degradantes- se aplica cualquiera fuese la gravedad de la infracción cometida por el requirente; dado que este último se encuentra bajo la jurisdicción del Reino Unido, las autoridades de éste deben asegurarle dichas garantías, haya aquél entrado o no en el territorio de dicho Estado, en el sentido técnico del término.

La Corte advierte que este principio, hasta el presente, ha sido aplicado en casos en que el riesgo de la persona a resultar sometida a cualquiera de los tratos prohibidos por el art. 3, derivaba de actos intencionales de las autoridades públicas del país de destino o de organismos independientes del Estado contra los cuales las autoridades no estaban en condición de ofrecer una protección adecuada. Habida cuenta de la importancia fundamental del art. 3 en el sistema de la Convención, la Corte debe reservarse una flexibilidad suficiente para la aplicación de este artículo en otras situaciones que puedan presentarse. No le está prohibido examinar el agravio de un requirente basado en el art. 3, cuando el riesgo de que aquél sufra un trato prohibido en el país de destino proviene de factores que no pueden comprometer, directamente o no, la responsabilidad de las autoridades públicas de ese país o que, tomado aisladamente, no transgredirían por sí mismos las normas de este artículo. Restringido así el campo de aplicación del art. 3 se atenuaría su carácter absoluto; sin embargo, en un contexto de este tipo, la Corte debe someter a un examen riguroso todas las circunstancias del caso, especialmente la situación personal del requirente en el país que lo expulsa.

En estas condiciones, la Corte ha comprobado que, habida cuenta del estado de salud actual del requirente y la situación que le espera en el país de destino (Saint-Kitts), existe un riesgo real de que su expulsión a dicho país irroge un menoscabo al art. 3. En este respecto, la Corte comprueba que el estado del requirente se agrava continuamente y que atraviesa un estado crítico de una enfermedad mortal (Sida). Es el tratamiento médico y los medicamentos de avanzada que recibe en el Reino Unido, y los cuidados paliativos prodigados por una organización caritativa, lo que lo reconforta actualmente. El Estado demandado asume la responsabilidad del tratamiento desde 1994. El requirente está destinado a afrontar la muerte en un medio familiar y humano. La interrupción brutal de estas prestaciones que resultaría de una expulsión hacia Saint-Kitts irrogaría para aquél consecuencias de lo más graves. El tratamiento médico que el requirente podría esperar recibir en dicho país no combatiría las infecciones que corre el riesgo de obtener por el hecho de la ausencia de vivienda y de alimentación correcta y de los problemas sanitarios de ese país. No hay prueba de que los parientes que podría tener en Saint-Kitts estén prestos a ocuparse de él, o en medida de hacerlo, ni que una cama estaría reservada en uno de los dos hospitales de la isla que cuidan a los enfermos de Sida. La Corte subraya que la situación del requirente en Saint-Kitts no constituye en sí una violación del art. 3; sin embargo, por las razones indicadas, su expulsión hacia dicho país lo expondría a un riesgo real de morir en circunstancias particularmente dolorosas, y, entonces, a un tratamiento inhumano contrario al art. 3.

En este sentido, la Corte precisa que los no nacionales que han purgado penas de prisión y están pendientes de una medida de expulsión no pueden, como principio, reivindicar el derecho de permanecer bajo el territorio de un Estado contratante con el fin de continuar gozando de la asistencia médica, social o de otro tipo, asegurada durante su permanencia en prisión por el Estado que lo expulsa.

Sin embargo, habida cuenta de las circunstancias muy excepcionales de la causa y de las consideraciones humanitarias imperiosas que están en juego, la Corte concluye que la ejecución de la decisión de expulsar al requirente constituiría un tratamiento inhumano

contrario al art. 3 de parte del Estado demandado.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Sala compuesta de 9 jueces), sentencia del 2-5-1997, *D. c. Reino Unido*, en *Communiqués du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 7 de abril/2 de mayo de 1997, pp. 14/17.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[39]

FILIACIÓN. PRESUNCIONES LEGALES. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA. VERDAD BIOLÓGICA. VIDA FAMILIAR. VÍNCULO FAMILIAR. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD. LEGITIMACIÓN. RESPETO A LA VIDA FAMILIAR. HIJOS. PROTECCIÓN DE SUS INTERESES. DERECHO COMUNITARIO. MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

1. Antecedentes del caso:

1.1. Las autoridades holandesas se negaron a conceder la autorización solicitada por Catharina Kroon y Ali Zerrouk para que se reconozca oficialmente la "realidad biológica", es decir, que el Sr. Zerrouk es el padre de Samir M'Hallem-Driss (el tercer solicitante), que fue inscrito como hijo matrimonial de la Sra. Kroon y del Sr. Omar M'Hallem-Driss, a pesar de que éstos estaban separados *de facto* pero aún no divorciados.

La Sra. Kroon y el Sr. Zerrouk no estaban ni están casados y tampoco conviven.

Los apelantes se agravan de que Holanda no ha cumplido con las obligaciones positivas que le impone el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos para asegurar el respeto a su vida familiar.

1.2. La Comisión Europea de Derechos Humanos destacó la perdurable relación existente entre la Sra. Kroon y el Sr. Zerrouk y la circunstancia de que no se ha controvertido que este último es el padre biológico no sólo de Samir, sino también de los otros tres niños nacidos de la relación.

2. Sentencia:

2.1. Voto de la mayoría:

2.1.1. Aplicabilidad del art. 8 de la Convención

La noción de "vida familiar" del art. 8 no está exclusivamente limitada a las relaciones basadas en el matrimonio y puede alcanzar a otros "vínculos familiares" *de facto*, en que las partes viven juntas fuera del matrimonio (ver, como el precedente más reciente, la sentencia dictada el 26 de mayo de 1994 en el caso *Keegan vs. Ireland* -Serie A, n° 290, pp. 17/18, § 44-). Si bien como norma la convivencia puede ser una exigencia de esa relación, excepcionalmente otros factores también pueden servir para demostrar que una relación tiene suficiente continuidad como para crear "vínculos familiares" *de facto*; esto es lo que sucede en este caso, ya que la Sra. Kroon y el Sr. Zerrouk tuvieron 4 hijos después de 1987.

Un hijo nacido de una relación semejante es, *ipso jure*, parte de esa "unidad familiar" desde el momento de su nacimiento y por esa sola circunstancia (ver la sentencia dictada en el caso *Keegan*, cit.). Por lo tanto, entre Samir y Zerrouk existe un vínculo equiparable a la vida familiar, cualquiera sea la contribución que este último haga al cuidado y crianza de su hijo.

En consecuencia, resulta aplicable a este caso el mencionado art. 8.

2.1.2. Obligaciones de hacer que el art. 8 impone a los Estados

El objeto esencial del art. 8 es proteger al individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Además, puede imponer obligaciones de hacer inherentes al "respeto"

efectivo de la vida familiar. Sin embargo, las fronteras entre las obligaciones de hacer y las de no hacer que esta norma exige al Estado no conducen por sí mismas a una definición precisa de las mismas. No obstante, los principios aplicables son similares. En ambos contextos debe tenerse en cuenta que hay que hacer un balance adecuado de los intereses contrapuestos del individuo con los de la comunidad como un todo; y en ambos contextos, el Estado goza de cierto margen de apreciación (ver, como el precedente más reciente, la ya mencionada sentencia dictada en el caso *Keegan*, p. 19, § 49).

De acuerdo a los principios formulados por esta Corte en los casos en los que ha establecido la existencia de un vínculo familiar con un niño, el Estado debe actuar de un modo planeado para posibilitar que ese vínculo se desarrolle, y brindar garantías jurídicas que posibiliten la integración del niño a su familia a partir del nacimiento, o tan pronto como sea posible después de ese momento (ver *mutatis mutatis*, la ya mencionada sentencia dictada en el caso *Keegan*, p. 19, § 50).

Según el criterio de la Comisión, la circunstancia de que el derecho holandés impida que toda persona distinta al Sr. Omar M'Halleem-Driss niegue su paternidad, y que el Sr. Zerrouk reconozca a Samir como hijo, constituye una falta de respeto a la vida privada y familiar de los apelantes, y un incumplimiento de la obligación positiva que el art. 8 impone a Holanda.

En este caso se ha establecido que la relación que existe entre los apelantes se califica como "vida familiar". Por lo tanto, las autoridades competentes tienen una obligación positiva de permitir la formación de vínculos jurídicos familiares perfectos entre el Sr. Zerrouk y su hijo Samir tan rápidamente como sea posible.

2.1.3. Otras alternativas propuestas por el Gobierno

La primera de las alternativas sugeridas por el Gobierno -la adopción por el padrastro- convertiría a Samir en el hijo "legítimo" del Sr. Zerrouk y de la Sra. Kroon, pero requeriría que estos últimos contrajeran matrimonio. Por la razón que sea, no quieren hacerlo.

No puede ser considerada compatible con la noción de respeto a la vida familiar una solución que sólo permite que un padre establezca un vínculo legal con un hijo con quien tiene una relación que reviste el carácter de vida familiar, si se casa con la madre del niño.

La segunda alternativa sugerida por el Gobierno -la guarda conjunta- tampoco constituye una solución aceptable, ya que dejaría intactos los vínculos jurídicos que existen entre Samir y el Sr. Omar M'Halleem-Driss y seguiría impidiendo la formación de dichos vínculos entre Samir y el Sr. Zerrouk.

2.1.4. Conclusión

El "respeto" por la vida familiar exige que la realidad biológica y social prevalezcan sobre una presunción jurídica que, en este caso, contradice tanto los hechos establecidos como los deseos de las personas afectadas, sin beneficiar realmente a nadie. En consecuencia, se concluye que, aun teniendo en cuenta el margen de apreciación que conserva el Estado, Holanda no ha garantizado a los solicitantes el "respeto" a su vida familiar, al que tienen derecho de acuerdo a lo dispuesto por la Convención.

2.2. Votos disidentes

2.2.1. Disidencia del juez Morenilla

Comparto la decisión mayoritaria de que resulta aplicable el art. 8 de la Convención. Sin embargo, mi acuerdo está sólo basado en la circunstancia de que esta negativa, que se conforma con el Código Civil holandés, da lugar a una "interferencia" en la esfera personal (vida familiar) de los tres solicitantes, dado que afecta la situación jurídica del supuesto progenitor, del hijo y de la madre. Afecta también al Sr. Omar M'Halleem-Driss, padre legal de Samir y ex esposo de Catharina Kroon, que no es parte de este proceso y que no pudo ser oído

porque se desconoce su paradero.

Disiento con la conclusión de mis colegas de que ha existido una violación del art. 8 de la Convención, porque creo que la interferencia de las autoridades holandesas estaba justificada por el § 2 del art. 8, que marca la línea divisoria entre el derecho del individuo al respeto a su vida privada y familiar, y el derecho del Estado a adoptar la acción necesaria para proteger al interés general de la comunidad y los derechos e intereses equivalentes de otras personas. Los § 1 y 2 de este artículo forman un "todo" y tienen que ser considerados como tal al decidir si la interferencia es o no arbitraria y, en consecuencia, si el Estado demandado ha desconocido el derecho de los apelantes al respeto a su vida familiar. La tarea de la Corte, en cada caso, consiste en establecer el balance adecuado entre el interés general de la sociedad y los derechos de la supuesta víctima.

A partir de la sentencia dictada el 13 de junio de 1979 en el caso *Marckx vs. Belgium* (Serie A, n° 31), esta Corte ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre las "obligaciones positivas" que el art. 8 § 1 de la Convención impone a los Estados contratantes, a través de la cual introduce modificaciones importantes al contenido del derecho garantizado por esta disposición. Este principio de interpretación "evolutiva y creativa", que permite que la Convención se adapte a las circunstancias cambiantes de nuestras sociedades democráticas convirtiéndose así en "un instrumento vivo", significa, sin embargo, que en la práctica la Corte está confrontada con un difícil dilema: "eludir el riesgo de extralimitarse en el ejercicio de su rol de intérprete al invalidar las decisiones políticas tomadas por los cuerpos electivos representativos que, en las sociedades democráticas, tienen la responsabilidad principal de aprobar los cambios legislativos importantes, pero sin abdicar a su propia responsabilidad de revisar en forma independiente la acción gubernamental".

Este dilema es aún mayor en áreas tales como el matrimonio, divorcio, filiación o adopción, porque ponen en juego las concepciones religiosas, ideológicas o tradicionales de cada comunidad en materia de familia. Sin embargo, la mayoría de mis colegas considera que Holanda tiene una "obligación positiva" de reconocer el derecho del padre natural a impugnar la presunción de paternidad del padre legal (el marido de la madre), haciendo con ello prevalecer los vínculos biológicos sobre la cohesión y armonía de la familia y sobre el interés superior del niño. En mi opinión, esta conclusión contiene una peligrosa generalización de las circunstancias especiales de este caso e impone a los Estados contratantes una obligación no incluida en el texto del art. 8, fundada en criterios u opiniones morales variables sobre los valores sociales.

En la sentencia que dictó el 18 de diciembre de 1986 en *Johnston and Others vs. Ireland* (Serie A, n° 112, p. 25 § 55), con cita de la sentencia dictada el 28 de mayo de 1985 en el caso *Abdulaziz, Cabales and Balkandali vs. the United Kingdom* (Serie A, n° 94), la Corte dijo:

"Especialmente en lo atinente a aquellas obligaciones de hacer, la noción de 'respeto' no está bien definida: teniendo en cuenta la diversidad de las prácticas y las situaciones generalizadas en los Estados contratantes, las exigencias de la noción varían considerablemente de caso a caso. Por consiguiente, ésta es un área en que las Partes contratantes gozan de un amplio margen de apreciación para determinar los pasos que deben adoptarse a fin de asegurar el cumplimiento de la Convención, prestando la debida atención a las necesidades y recursos de la comunidad y de los individuos...".

El propósito del Consejo de Europa de armonizar la legislación de los Estados Contratantes en el área del derecho de familia, se ha cumplido a través de las recomendaciones que el Comité de Ministros ha adoptado a lo largo de las dos décadas pasadas y de las convenciones especializadas sometidas a la ratificación de los Estados miembros. Esto ha conducido a que muchos países de Europa hayan reformado el derecho de familia a partir de la década de 1970, logrando con ello una cierta aproximación de las leyes nacionales pero no su

uniformidad, particularmente en cuanto a la regulación de los procedimientos para impugnar la paternidad jurídica, que aún siguen siendo diferentes. Por otro lado, en materia de regulación del uso de nuevas técnicas de reproducción humana, se tiende a prohibir que los donantes anónimos de espermia impugnen la paternidad legal.

Debe tenerse en cuenta la importancia que exhibe la familia en muchos Estados contratantes, la persistencia en estos países del rechazo social al adulterio, y la creencia común de que una familia unida facilita el desarrollo saludable del niño. Estos factores justifican que el Estado, en virtud de lo dispuesto por el § 2 del art. 8, interfiera en el ejercicio del derecho de los apelantes al respeto de la vida familiar, dado que su objetivo es proteger la "moralidad" o los intereses del niño, frente a la intrusión en su círculo familiar o estatus legal de un supuesto padre biológico.

Las autoridades nacionales, en ejercicio del amplio margen de apreciación que se les ha conferido, son las que están en mejores condiciones para evaluar las consecuencias sociales de denegar la paternidad legal en términos de la cohesión y armonía de la familia, o de la certeza legal de los derechos paternos y filiales. En la sentencia del 7 de diciembre de 1976 en el caso *Handyside vs. the United Kingdom* (Serie A, n° 24, p. 22, § 48), la Corte dijo en relación a las exigencias de la moralidad: "En razón de su contacto directo e ininterrumpido con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades estatales están, en principio, en mejor posición que el juez internacional para dar una opinión sobre el contenido exacto de estas exigencias...".

Al determinar el alcance del margen de apreciación que tienen las autoridades holandesas en este caso, la Corte también debería tomar en consideración el derecho de familia holandés como un todo, particularmente las secciones 1:199 y 1:200 del Código Civil y la posibilidad de adopción por parte del padrastro del niño. Esta estructura jurídica brinda una alternativa a la pretensión de los solicitantes sin dejar de proteger los intereses de la comunidad.

2.2.2. Disidencia del Juez Bonnicci

Encuentro difícil seguir a la mayoría de la Corte, principalmente porque no ha tenido debidamente en cuenta ciertos conceptos básicos y ha otorgado a otros un significado que no puedo suscribir.

El derecho holandés, al igual que la legislación de algunos otros Estados contratantes, en ciertas circunstancias "presume" la paternidad de un hijo, aplicando la máxima del derecho romano *pater is est quem nuptiae demonstrant*, estableciendo y asegurando por ese medio *inter alia* los derechos del niño. En materias de este tipo, creo que es un principio de buen derecho resolver que los intereses del menor son superiores. Cuando la Corte dicte sentencia en este caso, el niño Samir va a tener 7 años. Samir es uno de los "apelantes" junto con su madre y su autoproclamado "padre". Los intereses del niño nunca fueron cuidados por una persona independiente, como un *curator ad litem* y, de hecho, no están mencionados en la sentencia. Los "intereses" de la madre y del otro solicitante son los únicos que realmente han sido considerados.

La "vida familiar" que, en este caso, el derecho holandés supuestamente ha dejado de "respetar" en términos del art. 8 de la Convención, reside en la circunstancia de que no permite que la madre y el autoproclamado "padre" de un niño de 1 año (edad que tenía Samir cuando todo comenzó), que: (a) se niegan a casarse (a lo que tienen derecho); y (b) se niegan a vivir juntos con sus hijos (a lo que también tienen "derecho"), priven al niño de su estatus legal y lo reemplacen por uno "biológico" (según ellos alegan). No logro ver que, aquí y ahora (antes de

tener una posibilidad real de cuidar sus intereses), Samir salga ganando, definitiva e incuestionablemente, al perder su estatus legal.

Esta es la primera consideración que motiva mi disidencia.

La segunda hace referencia a la noción de "vida familiar" que se ha adoptado en el § 30 de la sentencia.

En mi opinión, la "vida familiar" necesariamente implica "vivir juntos como una familia". La excepción a esta exigencia está vinculada a la necesidad, i.e. separaciones fundadas en razones de trabajo, enfermedad u otras necesidades de la familia misma. La separación forzada o coercitiva, por lo tanto, es claramente una excepción aceptada. Pero resulta igualmente claro que este criterio no se aplica cuando la separación es completamente voluntaria. En este último supuesto, claramente el miembro o miembros de la familia que se separan han optado contra la vida familiar, contra la vida común en familia. Y como esto es lo que sucede en este caso, en el cual los primeros dos apelantes han optado voluntariamente por no tener "vida familiar", no puedo entender cómo pueden pedir al derecho holandés que proteja algo contra lo cual ellos han votado voluntariamente. La artificialidad de este enfoque está en contradicción estridente con el valor natural de la vida familiar que garantiza la Convención. La sentencia, además, no explica cómo "una relación [que] tiene suficiente continuidad como para crear vínculos familiares" puede equipararse a "una relación que tiene suficiente continuidad como para crear vida familiar", dado que resulta evidente que estas dos proposiciones no son en modo alguno iguales o equivalentes.

En conclusión, no puedo estar de acuerdo con la mayoría de mis colegas porque: (a) en la legislación de un número sustancial de Estados contratantes las reglas, similares a las aquí impugnadas del derecho holandés, están principalmente vinculadas a la protección de los derechos e intereses del hijo (aun contra los deseos "oportunistas" de los padres), y este factor vital e importante no ha recibido la suficiente consideración en una materia que puede tener un impacto sustancial en la determinación del margen de apreciación que tiene cada uno de los Estados contratantes en la materia; y (b) en este caso no existe "vida familiar", aun cuando existan razones biológicas para resolver que existen vínculos familiares. Además, en el § 40 de la sentencia, se hace referencia a la "realidad social" como uno de los factores que deberían prevalecer sobre la presunción legal de paternidad. Estando siempre atento a las frecuentes apelaciones e invocaciones que se hacen a la "realidad social" para justificar ciertas leyes notorias, aprobadas en la Rusia Soviética (1920-1989) y en la Alemania Nazi (1933-1945), considero peligroso e inseguro llevar ese criterio al área de los derechos de familia. La aproximación a esos criterios debe hacerse desde bases más firmes y más estables.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 27-10-1994, *Kroon and Others vs. The Netherlands*, en *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Serie A no. 297-C. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[40]

FILIACIÓN. VERDAD BIOLÓGICA. PRINCIPIO DE VERACIDAD. ADOPCIÓN. MENORES. PROTECCIÓN (JURISPRUDENCIA/ITALIA).

La oposición al reconocimiento de los hijos naturales por falta de veracidad -que la Corte ya ha declarado válida en una decisión anterior-, está basada en el principio "de orden superior conforme al cual debe refutarse toda apariencia falsa de estatus", porque la paternidad verdadera es un valor que necesariamente debe protegerse. De esto deriva el criterio que ha adoptado la ley en punto a la legitimación de la persona afectada para intervenir en el proceso,

a la intención criminal, al reconocimiento falso y a los procedimientos que no pueden dejarse de lado: la intención de la ley de hacer prevalecer el *favor veritas* en razón de la exigencia de que exista certeza de la paternidad.

Los pasos adoptados para proteger la veracidad de la paternidad también están vinculados al deseo de impedir que, a través de actos fraudulentos de reconocimiento, se eluda el cumplimiento de las normas de adopción, y de las tendientes a proteger a los menores, ya que éstos tienen derecho a tener un estatus que se corresponda con su realidad biológica o, cuando esto sea imposible, a la adquisición de un estatus que se corresponda con el de los hijos legítimos, pero sólo en virtud de la aplicación de las garantías que contienen las leyes de adopción; por esta razón, el *favor veritas* y el *favor minoris* no son principios contradictorios, dado que el falso reconocimiento viola el derecho a la identidad del menor.

El estrés, a veces serio, que puede causar al menor el esfuerzo por establecer la paternidad en la mayoría de los casos, no se debe a la supuesta inconstitucionalidad de la regla que garantiza la posibilidad de impugnar el falso reconocimiento, sino a la duración de los procedimientos y del tiempo que se insume en la espera de la decisión, período durante el cual pueden fortalecerse vínculos emocionales que después no son fáciles de cortar. Sin embargo, es posible remediar este estado de cosas por medio de instituciones destinadas a proteger a los menores, como por ejemplo, la adopción por la parte que había sido considerada como padre natural.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 22-4-97, 112/1997, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, p. 58.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[41]

IMPUESTOS. CREACIÓN. IMPUESTO A LAS VENTAS. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DIVISIÓN DE PODERES. PRESIDENTE DE LA NACIÓN. FACULTADES. REGLA-MENTOS (JURISPRUDENCIA/ESLOVENIA).

En virtud de lo dispuesto por la Constitución y por la Ley de Impuesto a las Ventas, la obligación de pagar el impuesto a la venta de servicios sólo puede surgir de una ley. Reglas tales como los reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo deben cumplir la Constitución y no pueden contener disposiciones que carezcan de base estatutaria; en particular, no pueden determinar en forma independiente derechos y obligaciones tales como la introducción de una obligación de pagar el impuesto a las ventas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ESLOVENIA, sentencia del 9-1-1997, U-I-23/96, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, pp. 84/85.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[42]

INDULTO. CONMUTACIÓN DE PENAS. PRESIDENTE DE LA NACIÓN. REVISIÓN JUDICIAL. PRESOS. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL (JURISPRUDENCIA/SUDÁFRICA).

1. El Presidente, ejerciendo sus atribuciones para perdonar y para suspender la ejecución

de las penas, había ordenado la liberación de ciertas categorías de prisioneros. Una de las categorías era la de "las madres que estuvieran en prisión el 10 de mayo de 1994, con hijos menores de 12 años".

El apelado, padre soltero de un niño que tenía menos de esa edad en el momento relevante, impugnó la constitucionalidad del perdón, alegando que discriminaba injustamente a él y a su hijo en base al sexo, en violación a lo dispuesto por la sección 8 de la Constitución interina.

El tribunal de primera instancia declaró la inconstitucionalidad del Acta y ordenó que el Presidente la corrigiera dentro de los seis meses de la fecha de la sentencia. Entonces, el Presidente y el Ministro de Servicios Correccionales, apelaron la decisión.

2. La Corte Constitucional, en primer término, consideró el estatus de las atribuciones que el Presidente tiene para perdonar y para suspender la ejecución de las penas en términos de la sección 82(1) de la Constitución interina, que históricamente había sido considerada una prerrogativa del poder de la cabeza del Estado. La Corte declaró que al emanar de un órgano ejecutivo del Estado, los actos que el Presidente realiza en ejercicio de las atribuciones que le confiere la sección 82(1) están sujetos a la misma forma de revisión judicial que los supuestos de ejercicio de otras atribuciones constitucionales del Presidente. Si bien resultaría difícil concebir un caso en que pudiera atacarse constitucionalmente la decisión del Presidente de perdonar a una determinada persona, en este caso el poder de perdonar fue ejercido en términos generales para beneficiar a un grupo de prisioneros. En consecuencia, declaró que este supuesto de ejercicio estaba sujeto a la revisión de que ha satisfecho el Capítulo de los Derechos Fundamentales.

La Corte consideró, después, el argumento de que el Acta violaba el derecho a no ser injustamente discriminado. La mayoría del Tribunal resolvió que si bien el Acta discriminaba al apelado en base a su sexo, esta discriminación no era injusta. En el centro de la prohibición de discriminar injustamente yace la existencia de una sociedad que va a acordar a todos los seres humanos una misma dignidad y respeto, sin tener en cuenta si pertenecen a grupos determinados. Al decidir si una forma de discriminación es o no injusta, hay que tener en cuenta el impacto que tiene en las personas afectadas, la naturaleza del poder usado y la naturaleza del interés que ha sido afectado por la discriminación.

Teniendo en cuenta el impacto que esta medida tiene en los padres de niños pequeños que no fueron liberados, la mayoría de la Corte resolvió que, si bien el perdón podía negar a los hombres una oportunidad que brindaba a las mujeres, no cabía decir que hubiera debilitado sustancialmente su sentido de dignidad o igual valor. Además, el perdón simplemente privaba a los hombres de una liberación más fácil a la que, en cualquier supuesto, no estaban legitimados a gozar, ya que el perdón es una materia que depende puramente de la discrecionalidad del Presidente. Se resolvió que el perdón no impedía que los padres solicitaran, en forma individual, directamente al Presidente la remisión de la sentencia a la luz de la particularidad de sus circunstancias. Por lo tanto, el perdón no era injustamente discriminatorio.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDAFRICA (con dos votos disidentes), sentencia del 18-4-1997, *President of the Republic of South Africa and other vs. Hugo*, enviada al E-mail de la Secretaría por la Universidad sudafricana de Wits.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[43]

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. ESTADOS EXTRANJEROS. ACTOS PÚBLICOS. ACTOS PRIVADOS. COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA (JURISPRUDENCIA/ FRANCIA).

Desconoce el principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, la decisión que declaró inadmisibile la acción de un conserje de embajada tendiente a obtener las indemnizaciones derivadas de la ruptura de su contrato de trabajo, cuando resulta de las comprobaciones de la Corte de Apelación que las funciones del conserje, encargado de la vigilancia de los locales, no le daban ninguna responsabilidad particular en el ejercicio de un servicio público, de manera que su licenciamiento constituía un acto de gestión.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA -Sala 1a. civil-, sentencia del 11-2-1997, *M. Saignie c. Ambassade du Japon*, en *Revue critique de droit international privé*, Sirey, París, tomo 86, n° 2, abril-junio 1997, p. 332.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[44]

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. ESTADOS EXTRANJEROS. ACTOS PÚBLICOS. ACTOS PRIVADOS. COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA (JURISPRUDENCIA/ URUGUAY).

Si bien hasta el presente la Suprema Corte adoptó la posición de que los Estados extranjeros no podían ser demandados ante la jurisdicción nacional, salvo en caso de renuncia expresa a su inmunidad de jurisdicción, en el presente caso, con su actual integración y por unanimidad de sus miembros, decide la cuestión de manera diferente.

1. La inmunidad de jurisdicción absoluta de los Estados, en la medida que admite múltiples excepciones, no constituye una norma de derecho internacional general, porque no se practica de manera uniforme, ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad. Por lo tanto, la Corporación entiende que es correcta la adopción de la tesis restrictiva, que distingue entre los actos públicos y privados de los Estados extranjeros, aplicándose la inmunidad de jurisdicción para los primeros.

2. La jurisdicción nacional resulta hábil para entender en una demanda laboral instaurada contra la embajada de un país extranjero por parte de una empleada, por reclamos salariales.

3. Como toda demanda dirigida contra un Estado extranjero, el tribunal nacional llamado a intervenir es la Suprema Corte de Justicia.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY, sentencia del 18-4-1997, n° 247, autos *Martínez García, Susana c/ Embajada de México. Salarios impagos, horas extras, licencias no gozadas, etc.*

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[45]

JUICIO POR JURADOS. PROCESO PENAL. INSTRUCCIONES AL JURADO. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PRUEBA. VALORACIÓN. DUDA RAZONABLE. CONCEPTO (JURISPRUDENCIA/CANADÁ).

Es necesario explicar al jurado el significado de la expresión "duda razonable", compuesta por palabras utilizadas corrientemente en la lengua cotidiana pero que tiene un significado preciso en un contexto jurídico. El juez del proceso debe explicar al jurado que la norma relativa a que la condena esté fundada en una prueba fuera de toda duda razonable está inextricablemente vinculada a la presunción de inocencia, principio fundamental de todos los procesos penales, y que la carga de la prueba pesa sobre la fiscalía a lo largo de todo el proceso, no trasladándose en ningún supuesto a las espaldas del acusado. El jurado debe ser instruido de que una duda razonable no es una duda imaginaria o frívola y que no debe basarse en la benevolencia ni en un prejuicio. Debe fundarse principalmente en la razón y en la sensatez, y derivar lógicamente de la existencia o inexistencia de prueba. Pero si bien es necesario que se haya acreditado que el acusado probablemente es culpable, la duda razonable no requiere que esta circunstancia se haya demostrado con una certeza absoluta. Semejante exigencia probatoria es imposible de satisfacer. Deben evitarse ciertas menciones relativas al criterio de evaluación de la prueba. No es necesario definir la duda razonable como una expresión corriente que carece de un significado especial en el contexto del derecho penal, ni invitar a los miembros del jurado a aplicar a la determinación de la culpabilidad en el ámbito de un proceso penal el mismo criterio probatorio que utilizan en su vida privada para tomar decisiones, aun cuando éstas fuesen muy importantes. Tampoco resulta útil describir a la prueba fuera de toda duda razonable, simplemente como la prueba equivalente a la "certeza moral". También es necesario evitar asignar a la "duda" un calificativo distinto a "razonable". Decir a un jurado que una "duda razonable" es una duda "obsesiva", una duda "sustancial" o una duda "seria", podría inducir al error. Finalmente, sólo después de haber dado a los miembros del jurado instrucciones apropiadas sobre el sentido de la expresión "fuera de toda duda razonable", es posible que puedan declarar si el acusado es culpable cuando estén "seguros" de esa culpabilidad.

CORTE SUPREMA DE CANADA, sentencia del 18-9-1997, *R. c. Lifchus*, en Universidad de Montreal, Internet.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[46]

LEGISLADORES. INCOMPATIBILIDADES. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. ACCIÓN AFIRMATIVA. ECONOMÍA. EMPRESAS PÚBLICAS Y PRIVADAS. DERECHO A LA INTIMIDAD. DECLARACIÓN DE BIENES. DIVULGACIÓN DE DATOS (JURISPRUDENCIA/HUNGRÍA).

Los peticionantes afirman que la distinción entre empresas públicas y privadas que contiene la norma impugnada, es inconstitucional porque este tipo de diferenciaciones viola el art. 9.1. de la Constitución, según el cual Hungría es una economía de mercado en la que los bienes estatales y privados reciben igual tratamiento. Además, alegan que esta distinción limita la competencia económica garantizada por el art. 9.2 de la Constitución, pues las empresas cuyos gerentes son Miembros del Parlamento ahora deben abstenerse de hacer suscripciones públicas de bienes y servicios.

Según los peticionantes, la ley impugnada viola el derecho a la intimidad y las reglas que protegen los datos personales, al exigir que los representantes parlamentarios pongan a disposición del público o de las comisiones parlamentarias información esencialmente privada.

Afirman también que la norma contiene una distinción inconstitucional, por la cual los actuales Miembros del Parlamento pueden conservar sus cargos "incompatibles", si han obtenido el otro cargo antes de haber sido elegidos representantes, mientras que los Miembros que hayan aceptado cargos "incompatibles" con posterioridad a la elección ahora tienen que renunciar a éstos.

La Corte Constitucional encontró justificadas algunas partes de la petición. El tribunal recordó la Decisión 55 de 1994 (X. 10) -v. *Bulletin* 1994/3 [HUN-1994-01]- en la que declaró que los supuestos más importantes de incompatibilidad del cargo de Miembro del Parlamento están enumerados en la Constitución, que también faculta a la legislatura a establecer otros casos de incompatibilidad. Sin embargo, al definir estas causales adicionales de incompatibilidad, la legislación no debe imponer ninguna limitación al contenido y significado esenciales de los derechos fundamentales.

Según la Corte Constitucional, no existe relación directa entre las reglas que disponen que algunos cargos son "incompatibles" con el de Miembro del Parlamento, y los arts. 9.1 y 9.2 de la Constitución. El fin perseguido por la norma no es diferenciar entre empresas públicas y privadas en lo relativo a la incompatibilidad de un representante parlamentario. Por lo tanto, no es inconstitucional que la ley defina algunas posiciones como "incompatibles" con la función de representante, dado que los beneficios de las empresas -sin tomar en cuenta si son públicas o privadas- están estrechamente vinculados con la actividad del gobierno y dependen en alto grado de los contratos gubernamentales.

La Corte no declaró inconstitucional la disposición según la cual un Miembro del Parlamento no puede ocupar cargos importantes en empresas definidas por la Ley de Suscripción Pública. Esta reglamentación no limita el derecho de una empresa a suscribir un contrato ni a participar en licitaciones públicas determinadas por la Ley. Sin embargo, si a resultas de una licitación pública, las partes suscriben un contrato y, a resultas del contrato, la posición de un representante parlamentario -que ocupa un cargo importante en la empresa en cuestión- pasa a ser "incompatible", el Miembro del Parlamento debe poner fin a esa causal de incompatibilidad. Esta obligación del representante no tiene ningún efecto en la libertad contractual de la empresa ni en la posición que ésta ocupa en la competencia económica.

Los peticionantes alegan que la Ley que "Reglamenta el Estatus Legal de los Miembros del Parlamento" es inconstitucional en razón de que exige a los representantes que declaren sus bienes, ingresos e intereses comerciales.

La Corte consideró infundada esta parte de la petición. Según el tribunal, el derecho a la intimidad de la información personal no es absoluto. La legislatura podría exigir la puesta a disposición del público de los antecedentes personales, y esta limitación al derecho a la intimidad de la información personal es constitucional si satisface la exigencia constitucional relativa a la limitación al contenido y significado esenciales de los derechos fundamentales. El objetivo perseguido por la publicidad de los intereses comerciales de un Miembro del Parlamento reside en que dichos intereses deben ser transparentes.

La Constitución no regula la "incompatibilidad" entre la condición de Miembro del Parlamento y algunos cargos, sea en empresas privadas o públicas. Por lo tanto, la legislatura tiene discrecionalidad para determinar la obligación de los Representantes de proveer datos relativos a sus intereses comerciales. Tomando en cuenta las circunstancias mencionadas, la Corte resolvió que las limitaciones a la autodeterminación de la información que imponen las normas impugnadas están en proporción con los objetivos a cumplir.

En cuanto a la cuarta parte de la petición, la Corte resolvió que la disposición conforme a la cual -como excepción a la regla- los actuales Miembros del Parlamento podrían conservar sus "cargos incompatibles", contiene una distinción inconstitucional en base al momento en que fue elegido el representante. Esta reglamentación diferencia entre personas que están en la misma situación jurídica, dado que tanto los representantes que han aceptado un cargo

"incompatible" luego de su elección como Miembros del Parlamento, como los que lo obtuvieron antes de ser electos, asumieron lícitamente sus puestos en una empresa. Preferir al representante que ha ocupado el cargo "incompatible" antes de la elección no constituye una acción afirmativa. Según la Corte, la discriminación positiva es aplicable cuando un objetivo social o un derecho constitucional sólo pueden obtenerse de un modo distinto a la igualdad en el sentido más estricto.

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRÍA (con un voto en disidencia), sentencia del 29-4-97, 30/1997, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, pp. 53/54. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[47]

LEY. APLICACIÓN EN EL TIEMPO. RETROACTIVIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. JUBILACIÓN. PENSIÓN (JURISPRUDENCIA/BÉLGICA).

El principio de irretroactividad de las leyes, establecido por una ley (art. 8 del Código Civil belga) es un principio general del derecho. Al dar efecto retroactivo a las leyes, se crea el peligro de crear incertidumbre y, por lo tanto, cualquier diferencia de tratamiento que esto produzca sólo sería aceptable en términos de los arts. 10 y 11 de la Constitución -que garantizan la igualdad y la no discriminación- cuando esté fundada en circunstancias especiales.

En este caso, el efecto retroactivo de la norma analizada por la Corte se traduce en que la ley en juego, al intentar alinear las jubilaciones y las pensiones del cónyuge supérstite, produce una interferencia indebida en los derechos de pensión de una sola categoría de pensionados, mientras que no afecta en modo alguno a otros que tienen derecho a pensión. En consecuencia, los efectos de los medios empleados se declaran desproporcionados al fin perseguido.

CORTE DE ARBITRAJE DE BELGICA, sentencia del 19-2-1997, 7/97, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, p. 15. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[48]

LIBERTAD DE CULTO. REGLAMENTACIÓN. PODER LEGISLATIVO. FACULTADES. FEDERALISMO. DIVISIÓN DE PODERES (JURISPRUDENCIA/EE.UU).

1. Antecedentes del caso: el Arzobispado católico de San Antonio formuló un pedido de edificación para agrandar la iglesia de Boerne, Texas, que los funcionarios locales del área de zonificación rechazaron fundándose en lo dispuesto en la ordenanza que rige la preservación histórica de un distrito que -según ellos- incluía la iglesia. El Arzobispo promovió entonces una acción fundada, parcialmente, en la *Religious Freedom Restoration Act* de 1993 (RFRA). El tribunal de distrito entendió que el Congreso se había extralimitado en el ejercicio de las facultades que le otorga la Sección 5 de la Enmienda IV. Por su parte, la Cámara de Apelaciones revocó y resolvió que la RFRA era constitucional. La ciudad de Boerne interpuso entonces un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: al aprobar la RFRA, el Congreso se extralimitó en el ejercicio de sus atribuciones. En tal sentido:

(a) El Congreso aprobó la RFRA como respuesta directa a la decisión adoptada en *Employment Div., Dept of Human Resources of Ore vs. Smith* (494 US 872 -1990-), donde la Corte permitió que sobreviviera a un cuestionamiento fundado en la cláusula del libre ejercicio, una ley estadual de aplicabilidad general que penalizaba el uso de peyote, tal como se aplicó para no brindar los beneficios de desempleo a los miembros de la *Native American Church* que habían perdido sus puestos de trabajo por dicho uso. Al tomar aquella decisión, la Corte se negó a aplicar el test formulado en *Sherbert vs. Verner* (374 US 398 -1981-), que investiga si la ley cuestionada impone una carga sustancial a una práctica religiosa y, en caso de que así sea, si esa carga se justifica por un interés del gobierno de jerarquía superior. La RFRA prohíbe que "el gobierno" "imponga cargas sustanciales" al derecho de una persona a la práctica religiosa, aun cuando esa carga resulte de una regla de aplicabilidad general, a menos que aquél pueda demostrar que la carga: "(1) promueve un interés del gobierno de jerarquía superior; (2) constituye el medio menos restrictivo para promover la satisfacción de aquel... interés". 42 U.S.C. Sección 2000bb-1. El mandato de la RFRA se aplica a cualquier rama del gobierno federal o estadual, a todos los funcionarios y a otras personas que actúan bajo apariencia de autoridad. Sección 2000bb 1(1). Alcanza a "toda ley federal y estadual, y a la implementación de esa ley, sea estatutaria o no, y sea de fecha anterior o posterior a la aprobación de la RFRA". Sección 2000bb 3(a).

(b) Para imponer las exigencias de la RFRA a los Estados, el Congreso buscó sustento en la Enmienda XIV que, entre otras cosas, garantiza que ningún Estado aprobará o aplicará alguna ley que prive a una persona de su "vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso de ley" ni negará a cualquier persona la "igual protección de las leyes" (Sección 1), y que lo faculta "a aplicar" esas garantías mediante la "legislación adecuada" (Sección 5). El apelado y los Estados Unidos, como *amicus curiae*, alegan que la RFRA constituye una forma de legislación permisible en términos de la Sección 5. Si bien el Congreso ciertamente puede aprobar normas que ponen en ejecución el derecho constitucional a practicar la religión -v. e.g. *Cantwell vs. Connecticut* (310 US 296, 303-1940)-, la facultad que le otorga la Sección 5 "para aplicar" sólo es preventiva o "reparadora". *South Carolina vs. Katzenbach* (383 US 301, 326 -1966-). El propósito de la Enmienda y el texto de la Sección 5 son inconsistentes con cualquier sugerencia de que el Congreso tiene atribuciones para disponer cuál es la esencia de las restricciones que la Enmienda impone a los Estados. No puede entenderse que una norma que altera el significado de la Cláusula del Libre Ejercicio la esté aplicando. El Congreso no aplica un derecho constitucional cuando lo modifica. A pesar de que no es fácil discernir la línea demarcatoria entre las medidas que reparan o previenen las acciones inconstitucionales y las que modifican sustancialmente la ley aplicable, y a que el Congreso debe tener amplia latitud para determinar dónde trazarla, lo cierto es que esta distinción existe y debe ser observada. Debe haber congruencia y proporcionalidad entre el perjuicio a prevenir o reparar y los medios adoptados para cumplir ese objetivo. Cuando no existe esa conexión, la legislación puede convertirse en sustancial en cuanto a su funcionamiento y efecto. La necesidad de distinguir entre reparación y sustancia encuentra sustento en la historia de la Enmienda XIV y en la jurisprudencia de esta Corte. V. e.g. *Civil Rights Cases* (109 US 3, 13/14, 15 -1883-); *Oregon vs. Mitchell* (400 US 112, 209, 296 -1970-). A los fines de la preservación de la tradicional división de poderes entre el Congreso y el Poder Judicial, también es importante tener presente el fin perseguido por la Enmienda, que al privar al Legislativo de todo poder para interpretar y elaborar el significado de dicha Enmienda a través de la creación de derechos sustantivos ejecutables contra los Estados, deja ese poder de interpretación a la Judicatura.

(c) La RFRA no constituye una forma adecuada de ejercicio de las atribuciones de

aplicación que la Sección 5 otorga al Congreso, porque contradice principios que resultan necesarios para mantener la división de poderes y el equilibrio del estado federal. Puede realizarse una comparación ilustrativa entre la RFRA y la *Voting Rights Act* de 1965, cuyas disposiciones fueron declaradas válidas en *Katzenbach* (cit.) y en los casos posteriormente resueltos sobre derecho al voto. En dichos supuestos, el Congreso y el Poder Judicial tenían constancias de una discriminación racial difundida y persistente. En cambio, los antecedentes legislativos de la RFRA no muestran que en los últimos 40 años hayan existido leyes de aplicación general fundadas en una intolerancia religiosa comprobada. Antes bien, en las audiencias celebradas para la aprobación de la RFRA se destacó la existencia de leyes parecidas a la aquí cuestionada, que ponen cargas incidentales a la religión. Es difícil sostener que esas leyes se sustentan en una animosidad u hostilidad a las prácticas religiosas sobre las que pesa la carga, o que dichas normas indican algún modelo difundido de discriminación religiosa en este país. Sin embargo, el defecto más serio de la RFRA, reside en la circunstancia de que está tan fuera de proporción con un propósito reparador o preventivo, que no puede interpretarse como una forma de responder o prevenir un comportamiento inconstitucional. Parece, en cambio, intentar la realización de un cambio sustantivo de las garantías constitucionales, proscribiendo conductas de los Estados que la propia Enmienda XIV no prohíbe. Su gran ámbito de aplicación asegura que alcanzará a todos los niveles del gobierno, prevaleciendo sobre leyes y prohibiendo acciones oficiales de casi todo tipo, sin tener en cuenta el tema a que se refieren. Sus restricciones se aplican a todas las agencias y funcionarios gubernamentales (Sección 2000bb-2 (1)) y a todas las leyes estatutarias o no, anteriores o posteriores a su sanción (Sección 2000bb-3(a)). No tiene fecha ni mecanismo para perder vigencia. Toda ley puede ser impugnada en cualquier momento por una persona que invoque una carga sustancial a su libre práctica de la religión. Semejante invocación será muchas veces difícil de objetar. V. *Smith* (op. cit., p. 887). El test más riguroso del derecho constitucional consiste en exigir que un Estado demuestre un interés de jerarquía superior y la adopción del medio menos restrictivo para lograr su satisfacción (íd., p. 888). Además, la exigencia de usar el medio menos restrictivo no existía en la jurisprudencia anterior a *Smith* que la RFRA intentaba sistematizar. Con todo, la RFRA constituye una considerable intrusión del Congreso en las tradicionales prerrogativas y facultades generales que tienen los Estados para reglamentar la salud y bienestar de sus ciudadanos, y no está destinada a identificar y frustrar las leyes estatales que probablemente sean inconstitucionales en razón del tratamiento que brindan a la religión.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 25-6-1997, *City of Boerne vs. Flores, Archbishop of San Antonio, et al.*, en 65 LW 4612.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado .

[49]

LIBERTAD DE CULTO. RELIGIÓN. CONCEPTO. ACTIVIDADES DE SUS MIEMBROS. MANIOBRAS FRAUDULENTAS. SIMULACIÓN (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

Es inconducente preguntarse si la Iglesia de *scientologie* constituye una secta o una religión, dado que la libertad de creencia es absoluta. En la medida en que una religión puede definirse por la coincidencia de dos elementos: uno objetivo, la existencia de una comunidad incluso reducida, y otro subjetivo, una fe en común, la Iglesia de *scientologie* puede reivindicar el título de religión y desarrollar con toda libertad sus actividades, en el marco de las leyes

existentes, comprendidas las actividades misionales, e incluso las de proselitismo.

Sin embargo, si la libertad religiosa es total, puede concebirse que ciertos individuos utilicen una doctrina religiosa, en sí lícita, con fines comerciales o financieros, para engañar a terceros de buena fe. Una iglesia regularmente constituida podría, en determinados casos, disimular una empresa financiera o comercial. El ejercicio o la práctica de un culto puede dar lugar a maniobras fraudulentas de parte de determinados miembros de dicha religión. La apreciación de estas maniobras mediante una práctica religiosa no implica un juicio de valor sobre la doctrina profesada por la mencionada religión, pues concierne sólo a la licitud de los medios empleados.

CAMARA DE APELACIONES DE LYON (Francia) -Sala 4a.-, sentencia del 28-7-1997, *Ministère public c/ X... et autres*, en *Recueil Dalloz*, París, 1997-n° 31, p. 1.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[50]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD CONTRACTUAL. CENSURA PREVIA. INTERÉS PÚBLICO. ESPECTÁCULOS (JURISPRUDENCIA/HOLANDA).

La medida provisoria aquí cuestionada se refería al problema de si la municipalidad de Rijssen tenía facultades para negarse a alquilar un centro que administra, fundándose en objeciones al espectáculo de hipnosis que el potencial inquilino quería organizar ahí. La municipalidad de Rijssen es una municipalidad peculiar: la mayoría de su población pertenece a la religión protestante ortodoxa y rechaza abiertamente casi todo lo que es común en el negocio del espectáculo y teatro. La Cámara de Apelaciones reconoció la pretensión del potencial inquilino fundada en la libertad de expresión, y rechazó la defensa de la municipalidad basada en la libertad contractual.

La Suprema Corte resolvió que el artículo 7.3 de la Constitución prohíbe que las autoridades públicas impongan restricciones previas a la libertad de expresión ejercida en forma distinta a la prensa escrita, radio o televisión, fundadas en el contenido. Asimismo declaró que la Cámara de Apelaciones había querido dejar en claro, al juzgar que la negativa a alquilar el hall constituía una "prohibición a una exhibición fundada en su contenido", que en esas circunstancias, la decisión administrativa se traducía en una restricción preventiva a lo que se expresaba en el espectáculo, basada en el contenido.

La Suprema Corte compartió el criterio adoptado por la Cámara de Apelaciones, esto es, que la obligación de proteger el interés público exige a las autoridades públicas la observancia de los principios de buen gobierno y de respeto de los derechos fundamentales del público, al suscribir y cumplir acuerdos de derecho privado. La Cámara de Apelaciones estuvo entonces en lo cierto al decidir que la municipalidad había violado el derecho a la libertad de expresión.

CORTE SUPREMA DE HOLANDA -Sala 1-, sentencia del 26-4-96, 15.951, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1996, 2, p. 243.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[51]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE PRENSA. RESTRICCIONES. DEMOCRACIA. RESPONSABILIDAD DEL EDITOR. CALUMNIAS E INJURIAS. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (JURISPRUDENCIA/DINAMARCA).

El Alto Tribunal de Justicia danés había condenado a un periodista y al editor responsable de una publicación por haber hecho referencia, en varios artículos, a declaraciones difamatorias provenientes de una denuncia formulada por un ciudadano ante el Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados.

La Corte Suprema recordó que a partir de la incorporación de la Convención Europea de Derechos Humanos al derecho danés, en 1992, las cláusulas que sobre difamación contiene el Código Penal deben ser interpretadas a la luz del art. 10 de la Convención. Esto significa que cualquier restricción a la libertad de expresión debe ser necesaria en una sociedad democrática, *inter alia*, en interés de la protección a la reputación o a los derechos de los otros.

Al establecer un balance entre la libertad de expresión y la protección contra la difamación, debe concentrarse la atención en el rol de "guardián público" que juegan los medios de radiodifusión y en que no deben imponerse restricciones que interfieran de un modo irrazonable en el ejercicio de ese rol.

A la luz de estas consideraciones, la Corte Suprema decidió que el periodista y el editor encargado de la publicación no eran culpables.

CORTE SUPREMA DE DINAMARCA, sentencia del 9-12-96, 1488/1995, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, p. 35.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[52]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMERCIAL. PROGRAMAS COLECTIVOS OBLIGATORIOS. PUBLICIDAD GENÉRICA. CONTRIBUCIONES OBLIGATORIAS (JURISPRUDENCIA/EE.UU).

1. Antecedentes del caso: ciertos productores, cultivadores, comerciantes y procesadores de frutales de California, promovieron una acción cuestionando la validez de varias medidas reglamentarias insertas en las órdenes de comercialización dictadas por la Secretaría de Agricultura, en cumplimiento de lo dispuesto por la *Agricultural Marketing Agreement Act* de 1937 (AMAA). El Congreso aprobó la AMAA para establecer y mantener condiciones ordenadas de comercialización de los productos agrícolas, y precios justos; el programa, que está expresamente exceptuado de la aplicación de las leyes antimonopólicas, sustituye la libre competencia por la acción colectiva, en los mercados a los que se aplica. Las órdenes de comercialización fijan precios y estándares de producto uniformes, además de otras condiciones, para todos los productores de un determinado mercado; deben ser aprobadas por las 2/3 partes de los productores afectados; son aplicadas por comités de productores nombrados por el Secretario; e imponen contribuciones a los productores para cubrir los gastos de su administración, que incluyen la publicidad y la promoción de los productos. Las órdenes aquí cuestionadas imponen a los actores, entre otras cosas, el costo de la publicidad genérica de los duraznos, ciruelas y peras de California. El Departamento de Agricultura ratificó la reglamentación de la publicidad genérica y, entonces, los productores pidieron la revisión judicial de esta resolución, demanda que se acumuló a los procesos de ejecución promovidos por el Secretario. El tribunal de distrito declaró la validez de las órdenes y resolvió a favor del Secretario, pero la Cámara de Apelaciones juzgó que las contribuciones obligatorias para pagar la publicidad genérica que imponía el gobierno violaban la libertad de expresión comercial de

los productores, ya que no sobrevivían al test formulado en *Central Hudson Gas & Electric Corp. vs. Public Serv. Comm'n of N.Y.* (447 US 557, 566 -1980-). El Secretario de Agricultura interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: la exigencia de que los apelados financien la publicidad genérica no viola la Enmienda I. En tal sentido:

(a) El supuesto desacuerdo de los apelados con el contenido de una parte de esta publicidad no tiene relación con la validez de todo el programa de publicidad genérica. La Cámara de Apelaciones declaró la inconstitucionalidad de ese programa en términos del criterio formulado en *Central Hudson*, ya que el Gobierno no demostró que la publicidad genérica fuera más efectiva que la individual para aumentar el consumo de frutales de California. Esta Corte no acepta ni rechaza la afirmación fáctica de que la publicidad genérica puede no ser el método más efectivo para promover estas mercaderías, y, en cambio, destaca la importancia del contexto reglamentario en que se plantea la cuestión. De acuerdo al sistema establecido en la AMAA, las órdenes de comercialización detalladas sustituyen muchas de las decisiones que de otro modo tomarían las empresas. Se exige que las empresas comerciales paguen la publicidad genérica como parte de un emprendimiento colectivo más amplio, cuyo programa reglamentario ya limita su libertad para actuar en forma independiente. En este contexto, la Corte considera si, a efectos de revisar las contribuciones aquí cuestionadas, debe aplicarse un estándar para reglamentaciones económicas, o uno más riguroso, propio de la Enmienda I.

(b) La Cámara de Apelaciones se equivocó al buscar sustento en *Central Hudson* para evaluar la constitucionalidad de las contribuciones a la publicidad promocional. Hay tres características que distinguen el programa de publicidad genérica de las leyes que esta Corte ha considerado violatorias de la libertad de expresión. Primero, las órdenes de comercialización no imponen ninguna restricción a la libertad que tienen los apelados para transmitir cualquier mensaje a cualquier audiencia. Segundo, no obligan a nadie a expresarse real o simbólicamente. Cf., e.g. *West Virginia Bd of Ed. vs. Barnette* (319 US 624, 632 -1943-). Tercero, no obligan a nadie a respaldar o a financiar ningún punto de vista político o ideológico. Cf., e.g. *Wooley vs. Maynard* (430 US 705 -1977-). En verdad, como los apelados venden frutales de California, puede presumirse que todos comparten el mensaje central de la expresión transmitido por el programa genérico. Por lo tanto, no hay nada en nuestra jurisprudencia de la Enmienda I que brinde sustento a la sugerencia de que las reglamentaciones promocionales deben ser analizadas por un estándar diferente al que se aplica a las otras características anticompetitivas de las órdenes de comercialización. Las críticas que los apelados formulan a la publicidad genérica y su pretensión de que las contribuciones reducen las sumas de dinero que asignan a su propia publicidad, no brindan base alguna para concluir que la publicidad veraz viola al derecho de una persona a expresarse libremente. La Enmienda I tampoco prohíbe todas las contribuciones financieras obligatorias para pagar publicidad, *Abood vs. Detroit d. of Ed.* (431 US 209 -1977-), y los casos posteriores prohíben las contribuciones obligatorias a actividades expresivas que contradicen la libertad de pensamiento de una persona. La publicidad aquí cuestionada no promueve ningún mensaje específico con el que los apelados disientan. La circunstancia de que los apelados puedan preferir difundir ese mensaje en otras formas no hace este caso comparable a aquellos en que están en juego desacuerdos políticos o ideológicos. Además, algunos de los casos importantes sugieren que las contribuciones para pagar un programa colectivo lícito pueden ser usadas para pagar expresiones no ideológicas pese a la objeción de algunos miembros del grupo, si la expresión está vinculada a los objetivos que justifican la asociación obligatoria. Ver, e.g. *Keller vs. State Bar of Cal.* (496 US 1, 13/14 -1990-). Este test está claramente satisfecho porque: (1) la publicidad genérica de frutales de California está incuestionablemente vinculada

a los objetivos que persiguen las órdenes de comercialización y, (2) en cualquier supuesto, las contribuciones no se usan para costear actividades ideológicas. Si bien puede cuestionarse la sabiduría del programa de publicidad genérica, sus características debatibles resultan insuficientes para justificar su sometimiento a un escrutinio especial en términos de la Enmienda I.

(c) La decisión de la Cámara de Apelaciones de aplicar el test de *Central Hudson* es inconsistente con la naturaleza misma y propósitos del programa de acción colectiva aquí cuestionado. La AMAA se sustenta en la presunción de que, en los volátiles mercados de los productos agropecuarios, el público queda mejor protegido si se exige la cooperación entre los productores para la toma de decisiones económicas que se adoptarían en forma independiente en un mercado libre. La Enmienda I no brinda soporte para revisar esa reglamentación económica, que goza de la misma fuerte presunción de validez que esta Corte acuerda a otras decisiones políticas adoptadas por el Congreso. El respeto adecuado por el poder que tiene el Congreso para reglamentar el comercio interestadual brinda suficiente sustento a la constitucionalidad de las órdenes de comercialización. La publicidad genérica tiene como objetivo estimular la demanda de un producto agrícola en un mercado regulado. Ese objetivo es legítimo y resulta consistente con los fines perseguidos por la totalidad del esquema reglamentario. La mera circunstancia de que uno o más productores no deseen fomentar la publicidad genérica de su producto no resulta una razón suficiente para que los jueces dejen de lado la decisión de la mayoría de los que participan en el mercado, de los funcionarios administrativos y de los legisladores en el sentido de que esos programas son útiles.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 25-6-1997, *Glickman, Secretary of Agriculture vs. Wileman Brothers & Elliot Inc. et al.*, en 65 LW 4597.
Secretaría de investigación de Derecho Comparado.

[53]

LIBERTAD DE TRABAJAR. REGLAMENTACIÓN. LIBERTAD COMERCIAL. MEDICAMENTOS. LIBRE COMPETENCIA. RESTRICCIONES. INTERÉS PÚBLICO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (JURISPRUDENCIA/ESLOVENIA).

La cláusula constitucional relativa a la libre competencia protege la libertad individual y, al mismo tiempo, autoriza a la legislatura a establecer condiciones restrictivas especiales a la forma en que se llevan a cabo determinadas actividades, a fin de proteger el interés público.

Las restricciones a la libertad de dedicarse a actividades comerciales se justifican cuando son indispensables para la protección del interés público y cuando la medida elegida interfiere en la menor medida posible en la libre competencia. Las restricciones pueden ser de naturaleza subjetiva (formación académica, experiencia, características personales, etc.) u objetiva (equipamiento, procedimientos, etc.) y, a este respecto, se aplica el principio constitucional de proporcionalidad de las medidas destinadas a fin de proteger el interés público. La medida debe proteger al interés público de los perjuicios o riesgos obvios o altamente probables que no puedan evitarse mediante ninguna medida menos restrictiva. La salvaguarda del interés público es indispensable, particularmente cuando están en peligro la salud y la vida de las personas. El comercio mayorista de productos medicinales también queda comprendido en esta categoría y, por lo tanto, la exigencia de que las personas jurídicas o de existencia visible que se dediquen a la venta mayorista de estos productos designen a una persona con calificaciones académicas adecuadas para la recepción y despacho de los

productos y para el examen de documentos, introducida por la ley, no contradice la Constitución.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ESLOVENIA, sentencia del 16-1-1997, U-I-273/96, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, pp. 86/87.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[54]

MATRIMONIO. REPUDIO. ACEPTACIÓN. ALIMENTOS. SENTENCIA EXTRANJERA. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL (JURISPRUDENCIA/FRANCIA).

No confiere base jurídica a su decisión la Corte de apelación que, para conceder efecto en Francia a un acto por el cual un esposo de nacionalidad marroquí había obtenido en Marruecos el repudio de su esposa, de la misma nacionalidad, sumprimiendo en consecuencia la contribución a las cargas del matrimonio acordadas a la esposa por la jurisdicción francesa, enuncia que, para ser reconocida, esa decisión no debe violentar el orden público y, sin embargo, se atiende al hecho que la esposa fue indemnizada equitativamente, que aceptó las sumas concedidas por la jurisdicción marroquí en virtud de una decisión posterior al repudio y que no fue establecido que el esposo haya actuado con un fin fraudulento, cuando el hecho, para la esposa, de haber aceptado las pensiones acordadas por el juez marroquí no constituía un consentimiento del repudio, cuando no se examinó si el procedimiento de repudio respondía a las exigencias de la Convención franco-marroquí del 10-8-1981 y del 5-10-1957, y al art. 5 del protocolo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA -Sala 1a. civil-, sentencia del 11-3-1997, *Mme X... c/Y...*, en *Recueil Dalloz*, París, 1997-n° 31, p. 400, con nota de **NIBOYET, Marie-Laure**, pp. 401/403.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[55]

MENORES. PRUEBA DE SU ESTATUS. DERECHO DE DEFENSA. NULIDADES PROCESALES. PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA. PRUEBA. LEGALIDAD DE LA PRUEBA. PRUEBA SIN CITACIÓN DE LA DEFENSA (JURISPRUDENCIA/BRASIL).

1. La prueba de la minoridad puede ser producida por otros medios, además del registro de nacimiento.

2. Es nula la prueba obtenida mediante diligencia judicial realizada sin citación de la defensa; mas esa nulidad -que es relativa-, no precisa ser declarada si la sentencia se basa en otros y suficientes elementos de convicción para el juicio condenatorio.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (*Primeira Turma*), sentencia del 3-5-1994, hábeas corpus n° 71.011 - SP, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, Brasília, vol. 159, febrero de 1997, p. 495.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[56]

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. SERVICIO MILITAR. USO DE UNIFORME. TESTIGOS DE JEHOVÁ. LIBERTAD DE CULTO. RELIGIONES CONOCIDAS. MINISTROS DE CULTO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RELIGIOSA. DESOBEDIENCIA. MILITARES. TRIBUNALES MILITARES. DETENCIÓN PROVISORIA. INDEMNIZACIÓN (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

1. Antecedentes del caso: los requirentes, que habían sido nombrados ministros de culto de la Congregación central de los cristianos testigos de Jehová, solicitaron al departamento de reclutamiento ser exceptuados del servicio militar conforme a la ley que reconoce ese derecho a todos los ministros de culto de "religiones conocidas". Rechazado el pedido, se presentaron a los centros de instrucción militar pero se rehusaron a obedecer la orden de un oficial en el sentido de usar uniforme, por lo que fueron arrestados, acusados de insubordinación y puestos en detención provisional. Posteriormente, el director de reclutamiento desestimó los recursos contra las decisiones de las oficinas de reclutamiento. Asimismo, los tribunales militares los hallaron culpables de insubordinación y los condenaron a cuatro años de prisión, de los que se deduciría el tiempo de detención provisional. Recurrido el pronunciamiento, la Corte militar de apelación aplazó la decisión en tres oportunidades por razones diversas; sin embargo, rehusó ordenar la prolongación de la detención provisional. En el intervalo, el Consejo de Estado casó, en el curso de otro procedimiento, la decisión del director de reclutamiento con base en que los testigos de Jehová pertenecen a una religión conocida. En consecuencia, la Corte militar de apelación absolvió a los requirentes al paso que consideró que el Estado no estaba obligado a indemnizarlos por la detención provisional dado que ésta derivaba de una falta grave de los requirentes. Planteada la cuestión ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, ésta consideró que se habían producido violaciones a diversas normas de la Convención Europea de Derechos Humanos.

2. Sentencia:

La cuestión acerca de la obligación de prestar el servicio militar se encuentra en el centro de la responsabilidad penal de los requirentes en cuanto a la insubordinación y a la regularidad de su detención. En este respecto, el art. 6 de la ley griega de 1988 exceptúa del servicio militar a los ministros de culto de todas las "religiones conocidas", y el Consejo de Estado ha reconocido, después de 1975, que los testigos de Jehová constituyen una religión de ese carácter. No habiéndose impugnado, en el curso del procedimiento interno, que los requirentes eran ministros del mencionado culto, el hecho de que los tribunales militares no hayan tenido en debida cuenta este factor los ha conducido a ordenar una detención de manera arbitraria y desprovista de base en el derecho interno y, además, discriminatoria por comparación con el trato reservado a los sacerdotes ortodoxos. Ha habido, por ende, violación del párrafo 1 del art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Asimismo, la privación irregular de la libertad ha debido causar a los requirentes un perjuicio moral y material, por lo que corresponde fijar a su favor una indemnización.

Nota de la Secretaría: en un caso parcialmente análogo al presente, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo: los tribunales militares permanentes se han pronunciado de oficio sobre la improcedencia de la indemnización del testigo de Jehová por su detención provisional, con base en que ésta fue debida a una falta grave de parte del detenido. Ahora bien, un procedimiento por el cual una jurisdicción decide sobre derechos de carácter civil sin escuchar los argumentos de las partes no es conforme con la Convención Europea de Derechos Humanos. Además, la denegatoria de la indemnización

zación está fundada de una manera sucinta en una falta grave del requirente. La ausencia de precisión en cuanto a esta noción, que implica una apreciación de los hechos, y el carácter determinante de su conclusión respecto del derecho de reparación, imponía a los tribunales que expresaran motivos más detallados. Por ello, ha habido violación del art. 6.1. de la citada Convención (Corte Europea de Derechos Humanos -Sala compuesta de nueve jueces-, decisión del 29-5-1997, *Georgiadis c. Grecia*, en op. y loc. cit. *infra*, pp. 8/10).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Sala compuesta de nueve jueces), decisión del 29-5-1997, *Tsirlis y Kouloumpas c. Grecia*, en *Communiqués du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 26 de mayo/12 de junio de 1997, pp. 5/7.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[57]

PARTIDOS POLÍTICOS. PARTIDOS PEQUEÑOS. ELECCIONES. SISTEMAS ELECTORALES. PODER LEGISLATIVO. REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. DISCRIMINACIÓN (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

El 10 de abril de 1997, la Cámara Segunda del Tribunal Constitucional Federal se pronunció unánimemente a favor de la constitucionalidad de la "Cláusula del Mandato Básico" del parágrafo 6(6)1 de la ley federal electoral. En consecuencia, rechazó la impugnación que a esta cláusula y al efecto de su aplicación, había promovido el PDS (ex-Partido Comunista de Alemania Oriental) respecto de las elecciones de 1994 para cubrir vacantes en el *Bundestag*.

El Tribunal declaró que la Cláusula impugnada no viola los principios de igualdad y de igualdad de oportunidades de los partidos políticos, garantizados por los Artículos 38(1) y 21(1) de la Constitución.

La norma afecta a los partidos pequeños que no han logrado reunir el 5% de los votos en la segunda votación y que, por ello, no pueden participar en la distribución proporcional de las bancas del Congreso. La Cláusula dispone que los partidos cuyos candidatos han ganado bancas en 3 o más distritos electorales participan en la distribución proporcional, aun cuando no hayan logrado reunir el 5% en la segunda votación. En cambio, no tienen este derecho los partidos cuyos candidatos sólo han ganado en 2 o menos distritos.

El Tribunal entendió que esta diferencia de tratamiento está justificada. La representación proporcional asegura que la integración de un parlamento refleje con la mayor precisión posible la voluntad política del electorado; empero, ello puede impedir la formación de una mayoría estable al permitir la presencia de numerosos grupos pequeños. Por lo tanto, la legislatura puede dar diferente gravitación a los votos mediante cláusulas obstructivas de diversas modalidades, como la que establece la bien conocida valla del 5%. Una de dichas modalidades es la de la Cláusula del Mandato Básico, que puede justificarse por la necesidad de elegir un parlamento capaz de funcionar eficientemente.

La Cláusula del Mandato Básico persigue la satisfacción de esta necesidad legítima, y el legislador cuenta con diversas opciones -no sólo con la imposición de la valla del 5 %- para restringir la participación de un partido en la representación proporcional. Tal como dispone la norma, la cantidad de candidatos que han triunfado en los distritos también puede servir para evaluar el apoyo político con que cuenta un partido, asegurando con ello que el parlamento no quede atomizado en pequeños grupos.

Nota de la Secretaría: v., en igual sentido, la decisión de la Corte Constitucional de la República Checa, del 4-2-1997, *Sbírka zákonů*, 88/1997, 2018/2024, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, p. 33.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 10-4-1997, 2BVC 3/96, en Universidad de Saarland, Alemania, Internet.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[58]

PECULADO. ABSOLUCIÓN. LEGITIMACIÓN PARA APELAR (JURISPRUDENCIA/BRASIL).

En el delito de peculado, la Procuraduría de Estado tiene capacidad para recurrir de una sentencia absolutoria, como representante de la persona jurídica de derecho público lesionada (la Administración).

Nota de la Secretaría: en el presente caso, el encausado fue denunciado, juntamente con otras dos personas, por el delito de peculado-hurto, como partícipe de la sustracción de un vehículo de propiedad del Poder Judicial Estadual. Los acusados fueron absueltos. El Fiscal no recurrió el fallo. El Estado de Río de Janeiro, en la condición de víctima, se presentó en los autos y apeló de la decisión absolutoria.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (*Primeira Turma*), sentencia del 15-11-1995, hábeas corpus n° 73.063 - RJ, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, Brasília, vol. 159, febrero de 1997, p. 613.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[59]

PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTIVA. LIBERTAD IDEOLÓGICA. PODER LEGISLATIVO. FACULTADES (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: se suscitó ante el Tribunal Constitucional el problema jurídico-constitucional de la desproporción de las penas que se asignan al comportamiento del objetor de conciencia al servicio militar que rehúsa cumplir la prestación social sustitutiva (art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984).

2. Sentencia:

2.1. Desde la perspectiva del control constitucional que es propio del Tribunal, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción

suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad.

El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional, cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza.

En el presente caso, los fundamentos jurídicos no precisan en ningún momento en qué afecta la alegada desproporción, a los valores y principios de justicia, interdicción de la arbitrariedad y dignidad de la persona, sino que se refieren únicamente a la afectación que aquélla produce en los derechos consagrados constitucionalmente (arts. 16 y 17). Esta es la perspectiva de enjuiciamiento a adoptar, analizando si la sanción establecida por el legislador entraña un sacrificio desproporcionado de los derechos de libertad ideológica y de libertad personal.

2.2. La alegación relativa al art. 16 cit. tiene como piedra angular la consideración de que el comportamiento típico de la norma cuestionada constituye una manifestación de la libertad ideológica y de que la sanción que se le anuda constituye, por desproporcionada, una restricción inconstitucional de dicha libertad.

Este alegato no puede ser compartido ya que el derecho a la libertad ideológica no puede ser aducido como motivo para eludir la prestación social sustitutiva. El derecho a la libertad ideológica reconocido por la Constitución no resulta suficiente por sí solo para eximir a los ciudadanos, por motivos de conciencia, del cumplimiento de deberes legalmente establecidos.

2.3. El cuestionamiento sobre la posible oposición entre la norma aplicable y el derecho a la libertad personal, como consecuencia del hipotético carácter desproporcionado de la sanción prevista en aquélla, se basa en la afirmación de que el bien jurídico protegido por la Ley Orgánica cit. no es otro que el cumplimiento de una obligación meramente administrativa por lo que la pena de privación de libertad prevista resulta desproporcionada, en primer lugar, por innecesaria, ya que el legislador podía haber optado por otras medidas que supusiesen un menor sacrificio del derecho implicado y, en segundo lugar, porque el sacrificio o gravamen impuesto al derecho no guarda un razonable equilibrio o proporción con los bienes que se pretenden salvaguardar.

La respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo.

El legislador goza -en el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, y de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, dentro de los límites establecidos en la Constitución- de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, aunque éstos no le imponen una solución precisa y unívoca.

Este es el límite que en la materia tiene la jurisdicción del Tribunal frente al legislador. En un plano, hay que situar situaciones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan y, en otro plano distinto, la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente

en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de éstas.

2.4. Con independencia de cuál sea el bien jurídico protegido por la norma analizada, lo cierto e indiscutido es que la finalidad de protección explícita e inmediata de ésta recae sobre la institución de la prestación social sustitutoria, cuyo "recto cumplimiento" se trata de asegurar (preámbulo de la Ley Orgánica 8/1984). Esta prestación se inspira en la solidaridad social y se dirige "hacia la satisfacción de fines colectivos y socialmente útiles", como el de garantizar a la sociedad "una fuente de medios personales en caso de necesidad".

2.5. A pesar de la dureza evidente que comporta toda pena privativa de libertad que, además y debido a su cuantía, no es remisible condicionalmente, no se constata en la finalidad de la norma cuestionada, la ausencia de un "interés público esencial", ni la sola concurrencia de un "mero interés administrativo". De ahí que, en conclusión, pese a la naturaleza de la pena y a su cuantía, en absoluto desdeñable, la trascendencia de las finalidades a las que sirve impide afirmar, desde las estrictas pautas de control del Tribunal, que existe el desequilibrio medio-fin que situaría la norma al margen de la Constitución.

Desde la perspectiva del criterio de proporcionalidad en sentido estricto, tampoco cabe concluir en la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Pleno-, sentencia del 28-03- 1996, nº 55/1996, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 44, enero-abril 1996, p. 609. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[60]

PRESIDENTE DE LA NACIÓN. FACULTADES. PODERES RESERVADOS. DIVISIÓN DE PODERES. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LEYES ESPECIALES. DERECHO A LA IGUALDAD (JURISPRUDENCIA/PORTUGAL).

La idea de los "poderes generales reservados a la administración" no está en armonía con el significado que actualmente se atribuye a los principios de legalidad y de separación e interdependencia de poderes; tampoco resulta del texto de la Constitución. Según la Constitución, el principio general de separación e interdependencia de los poderes constituye el fundamento principal de la cooperación y coordinación entre los estados y organismos estadales.

Si bien la Constitución asigna los elementos claves de la función ejecutiva al Gobierno, en su carácter de órgano más alto de la administración pública, las áreas que pueden ser objeto de actividad administrativa -e.g. el dictado de las reglamentaciones necesarias para aplicar las leyes- también pueden ser objeto de las leyes aprobadas por la Asamblea de la República.

La Constitución no sustenta el argumento de que la administración tiene "poderes reservados en relación a ciertas cuestiones funcionales", dado que la asignación de un determinado campo de acción al Ejecutivo, como corolario de la separación e interdependencia de los órganos de la autoridad soberana, no implica que ciertas materias estén reservadas original y absolutamente a dicho Poder; simplemente implica el poder de elegir entre las diversas decisiones posibles, en un área no tratada en detalle en la legislación parlamentaria.

Las leyes que no contienen disposiciones generales sino que tratan determinados casos especiales, en razón de su forma -e.g. la circunstancia de que no son generales y abstractas-, no contradicen necesariamente el principio de división de poderes, si bien, al igual que cualquier otra ley, pueden violar el derecho a la igualdad.

CORTE CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, sentencia del 8-1-97, 1/97, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1997, 1, p. 74.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[61]

PRESOS. DERECHO A LA SALUD. DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. CÁRCELES. FUNCIONES. SISTEMAS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD. APLICACIÓN DE RAYOS X COMO MEDIDA DE SEGURIDAD. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el presentante, interno de un centro penitenciario, recurrió en amparo alegando que las sesiones de rayos X a que era sometido cada vez que salía o regresaba al penal, le causaban un perjuicio a su salud, y requirió informe sobre el carácter nocivo de este tipo sistemático de prácticas. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria señaló que el recurrente no había sido sometido a tantas sesiones como indicaba, que el aparato empleado se encontraba en perfectas condiciones y que sus radiaciones no suponían peligro alguno para la salud en una utilización aislada y esporádica realizada por razones de seguridad y bajo control médico. Insistió el recurrente, ante el Juzgado de Vigilancia, que la exposición repetida no voluntaria a sesiones de rayos X vulnera su derecho a la integridad física protegido por el art. 15 de la Constitución, y que supone un peligro cierto y real, máxime cuando la Organización Mundial de la Salud considera que dichas exposiciones sólo se justifican por prescripción facultativa; que la observación no persigue un fin de diagnóstico médico sino fines de seguridad, lo cual resulta inaceptable, debiendo los poderes públicos instrumentar otro tipo de técnicas para el logro de los objetivos perseguidos. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional manifestó que no se desprende de las actuaciones lesión al derecho fundamental invocado.

2. Sentencia:

2.1. Las relaciones jurídicas que, con ocasión del internamiento en un centro penitenciario, se establecen entre las personas recluidas y la Administración Penitenciaria, tienen naturaleza de relación especial de sujeción y así se desprende del art. 25.2 de la Constitución. El interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*, adquieren el *status* específico de individuos sujetos a un poder público que no es, con carácter general, el que existe sobre los ciudadanos libres. La mencionada relación -que debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales- origina un entramado de derechos y deberes recíprocos consagrados tanto en la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 (**L.O.G.P.**), como en el Real Decreto 1201/1981 por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. En efecto, por un lado, se destaca la obligación esencial de la institución penitenciaria, a la que se encomienda como finalidad primordial, entre otras, la retención y custodia de los internos, a más de garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro; y, por el otro, el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas del régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento.

La finalidad de la retención y custodia de los internos se traduce en el deber de las autoridades penitenciarias de organizar sistemas adecuados de vigilancia y seguridad en los

establecimientos. Consecuentemente, el art. 23 de la **L.O.G.P.** establece, como procedimientos en la práctica, el registro y cacheo en la persona de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, el recuento y la requisa en las instalaciones del establecimiento, los que "se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona".

El poder específico que la ley atribuye a la Administración Penitenciaria para prevenir y eliminar alteraciones del régimen disciplinario y también para sancionar administrativamente las infracciones que puedan cometer los internos, tiene su límite en los derechos fundamentales de éstos y tales actos no están exentos de un control judicial (arts. 9.3 y 106.1 de la Constitución). Dicho control corresponde a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria quienes, a través del procedimiento correspondiente, determinarán si existió o no vulneración de los mencionados derechos.

2.2. Con base en lo expuesto hay que analizar si se produjo, al someter al actor a sesiones de rayos X, la denunciada vulneración del derecho a la integridad física protegido por el art. 15 de la Constitución. Este derecho, en efecto, podría verse lesionado por actuaciones coactivas que, con justificación en las normas de seguridad penitenciaria, pueden determinar un riesgo inmediato o futuro para la salud, puesto que también el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal, el cual resultará afectado, incluso, en el caso de que "se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional".

Dentro de esta perspectiva de protección del derecho fundamental a la integridad física del interno han de examinarse prácticas como las que aquí se cuestionan, que, en garantía de que los efectos dañosos para la salud no vayan a producirse, habrán de llevarse a cabo con todas las prevenciones necesarias a tal efecto, determinando previamente si la práctica era necesaria y adecuada al fin de seguridad pretendido y previniendo razonablemente que el riesgo queda cortado mediante la observancia de las precauciones precisas para la inocuidad de aquélla, tales como la utilización de aparatos idóneos, que el nivel de radiación sea adecuado y controlado, los intervalos de aplicación suficientes, etc., según las técnicas internacionalmente experimentadas y admitidas. Es preciso considerar, además, si tal actuación es conforme con la garantía constitucional de la intimidad personal en razón de los medios utilizados, pues a la hora de elegirlos es necesario emplear aquellos que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona.

2.3. En el caso, el dictamen facultativo no reveló que las técnicas de aplicación y la periodicidad de los exámenes hubieran superado el nivel de riesgo exigible para temer o considerar daños futuros a la salud y consiguiente vulneración del derecho a la integridad física. A ello se agrega que el fin perseguido era el de garantizar la seguridad del establecimiento y, aunque tales razones no puedan constituir el único soporte de las exploraciones radiológicas, concurren con el historial del interno, quien acredita en su expediente carcelario intentos de agresión y fuga, destrozo de celda, y se le han encontrado, en diversas ocasiones, objetos prohibidos que revelan su peligrosidad.

Lo relevante, a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido, es que se hubiera constatado por la Administración Penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia del 11-03-1996, nº 35/1996, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 44, enero-abril 1996, p. 384.

[62]

PRESOS. ENFERMEDAD GRAVE E INCURABLE. DERECHO A LA SALUD. DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL. PENAS Y TRATAMIENTOS INHUMANOS Y DEGRADANTES. EXCARCELACIÓN. LIBERTAD CONDICIONAL (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el interno de un establecimiento penitenciario de Valencia interpuso recurso de amparo en el que solicitó se haga lugar a su excarcelación por padecer una dolencia coronaria grave y además incurable, petición a la cual accedió el juez de Vigilancia Penitenciaria pero que denegó la Audiencia Provincial. Ello motivó el recurso del interno, fundado en la vulneración de sus derechos a la vida y a la integridad física y a no padecer tratos inhumanos o degradantes, reconocidos constitucionalmente.

2. Sentencia:

2.1. El acto de los poderes públicos, en este caso el judicial, cuya nulidad se pretende por razón del derecho a la vida, compromete por conexión dos derechos fundamentales cobijados en la Constitución -arts. 15 y 25.2-. Así, la dimensión constitucional del tema a debate está conectada indisolublemente a la interpretación de una norma, en el plano de la legalidad, actividad propia de la potestad de juzgar en que consiste la función jurisdiccional, cuyo ejercicio se encomienda a los jueces y tribunales, titulares del Poder Judicial, con libertad de criterio y plena independencia, sin presiones ni interferencias que la menoscaben o la pongan en peligro.

Al ordenamiento jurídico se llega escalando hasta el nivel constitucional, que a su vez le da su luz propia. Aunque a veces en la contienda se hable de Constitución y ordenamiento en forma separada, la realidad es que componen una estructura inescindible y, por tanto, se hallan interrelacionados hasta formar una unidad alejada de cualquier dicotomía abstracta.

En tal sentido, el art. 58 del Reglamento Penitenciario establece que los penados con las tres cuartas partes de la condena cumplida y los requisitos expuestos en el Código Penal (art. 98) pasará el último período de su internamiento en libertad condicional. A su vez, otro precepto reglamentario del Código cit. permite excepcionalmente que accedan a la misma situación aquellos cuya edad supere los 70 años o estén aquejados de enfermedad muy grave, con padecimientos incurables, según opinión médica, aun cuando no se hubieran extinguido las tres cuartas partes de su condena, pero sin dispensarles de tres condiciones fundamentales: estar en el tercer grado penitenciario, haberse comportado bien hasta ese momento y ofrecer garantía de hacerlo así en el futuro.

2.2. La Constitución proclama el derecho a la vida y a la integridad, en su doble dimensión física y moral (art. 15). Soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los fundamentales, tiene un carácter absoluto y está entre los que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena. A su vez, la Administración penitenciaria no sólo ha de cumplir el mandato constitucional con una mera inhibición respetuosa, sino que le es exigible una función activa para el cuidado de la vida, la integridad corporal y, en suma, la salud de los hombres y mujeres separados de la

sociedad por medio de la privación de su libertad.

El equilibrio entre el derecho a la vida -unido indisolublemente a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, que lleva en sí todos los demás- y el de la gente a su seguridad -mediante la segregación temporal en cumplimiento de las penas privativas de libertad, con su doble función retributiva y profiláctica o preventiva-, es la finalidad que pretende conseguir la norma en cuestión, incorporada al Código Penal. La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable, tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario.

2.3. Los dictámenes médicos manejados por la Audiencia Provincial contienen el diagnóstico claro de una dolencia cardiovascular que se califica como "grave e incurable", con "un cuadro clínico de imprevisibles consecuencias" para cuyo tratamiento resulta inadecuado el ambiente carcelario, que incide desfavorablemente en una tal patología por la ansiedad inherente a la privación de libertad y al sometimiento a un régimen de vida impuesto y mantenido con estrictas medidas disciplinarias, provocando el incremento de la presión emocional ("estrés"). Así, se cumple la doble exigencia del Reglamento Penitenciario - gravedad de la dolencia y carácter irreversible- sin pronóstico alguno de su incidencia a corto o largo plazo sobre la duración de la vida.

La Audiencia, que denegó la liberación anticipada porque "la estancia en prisión" no constituye "un peligro seguro para su vida", hace decir a la norma interpretada lo que no dice, creando un requisito obstativo, un impedimento más, donde no existe. Está claro que la excarcelación no puede garantizar la sanidad de un mal incurable según diagnóstico, pero permite una mejoría relativa y una evolución más lenta, con menos ocasiones de episodios agudos, no sólo por el tratamiento médico -que también podría recibir en la cárcel- sino por el cambio de ambiente que coadyuva positivamente por la unidad psicosomática del ser humano, mientras que la permanencia en el establecimiento penitenciario ha de incidir negativamente en la misma medida. Ello pone de manifiesto que la lectura restrictiva del precepto reglamentario hecha por la Audiencia Provincial, más allá de su texto, introduce un factor de riesgo para la integridad física y aún para la vida del ya enfermo.

En síntesis, sólo una enfermedad grave e incurable, en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aun cuando no exista riesgo inminente de su pérdida, permite la excarcelación del recluso aquejado por aquélla, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia del 25-03-1996, n° 48/1996, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 44, enero-abril 1996, p. 522.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[63]

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PRESUNCIONES LEGALES. ESTUPEFACIENTES. TRÁFICO. CONSTITUCIÓN. REFORMA. APLICACIÓN EN EL TIEMPO (JURISPRUDENCIA/SUDÁFRICA).

El Alto Tribunal de Natal declaró inválida la Sección 21(1)(b) de la Ley de Drogas y Tráfico de Drogas de 1992, que establece la presunción de que toda persona que está a cargo de un terreno en donde crecen plantas de *dagga*, trafica esta droga. El Alto Tribunal aplicó las

decisiones anteriores de la Corte Constitucional para llegar a la conclusión de que la norma violaba el derecho constitucional a la presunción de inocencia. La decisión del Alto Tribunal fue sometida a la Corte Constitucional para que la confirme en términos de la Sección 167(5) de la Constitución.

La Corte Constitucional juzgó que la Sección 21(b)(h) daba una "instrucción legal de inferir culpabilidad de circunstancias que no necesariamente brindan sustento a esa inferencia". La objeción a dicha instrucción es que genera el riesgo de imponer una condena pese a la existencia de una duda razonable sobre la culpabilidad del acusado. La Corte coincidió con el Alto Tribunal en que ésta era precisamente la antítesis de la presunción de inocencia garantizada por la Constitución.

La Corte analizó, además, dos aspectos procesales. El primero se refería a la aplicación de la nueva Constitución. Esta exige que los "casos pendientes" -esto es, los que estaban pendientes cuando entró en vigencia la nueva Constitución- se resuelvan de acuerdo a las disposiciones de la Constitución interina "a menos que el interés de la justicia requiera otra cosa". La Corte resolvió que aun cuando este caso estuviera pendiente, el interés de la justicia requeriría la aplicación de la nueva Constitución. Ello, fundamentalmente, porque la diferencia entre las dos Constituciones es procesal más que sustantiva (y por lo tanto, la diferencia no alteraría el resultado del proceso), y que si se aplicaba el procedimiento previsto en la Constitución interina sólo por razones técnicas se estaría siguiendo un camino tortuoso para llegar al mismo resultado. Además, en este caso, la aplicación de la Constitución interina requeriría arrestar nuevamente al acusado. La segunda cuestión procesal que trató la Corte se vinculaba a si la orden de invalidez debía ser retroactiva y aplicarse a casos ya resueltos. La Corte Constitucional sugirió que el Alto Tribunal debería considerar la suspensión o el efecto retroactivo de las órdenes de invalidez que declara, particularmente porque para hacerlo puede ser necesario ver las pruebas que presenten las partes, y la producción de aquéllas y su evaluación corresponde al tribunal de primera instancia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDAFRICA, sentencia del 14-10-1997, *The State vs. Ntsele*, enviada al E-mail de la Secretaría por la Universidad sudafricana de Wits.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[64]

PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LEY PENAL. APLICACIÓN EN EL TIEMPO. RETROACTIVIDAD. INTERPRETACIÓN. PRINCIPIO DE JUSTICIA. DERECHOS HUMANOS GENERALMENTE RECONOCIDOS POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA LIBERTAD. ARMAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DERECHO PENAL. IMPUTABILIDAD. OBEDIENCIA DEBIDA (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).
--

La Cámara Segunda de la Corte Constitucional Federal (*BVerfG*) resolvió por unanimidad las impugnaciones constitucionales, formuladas por tres ex miembros del Consejo Nacional de Defensa de Alemania Oriental (**NDC**) y por un guardia fronterizo, tendientes a lograr la revocación de las condenas penales que se les habían impuesto por haber asesinado a refugiados de Alemania del Este en la antigua frontera con Alemania Occidental. Juzgó que las sentencias dictadas por el *Berlin Landgericht* (**LG**) y por el *Bundesgerichtshof* (**BGH**) no pueden cuestionarse en términos constitucionales porque no lesionan los derechos fundamentales ni las garantías constitucionales de los solicitantes.

1. La Corte declaró que los tribunales inferiores no habían violado la prohibición de dictar leyes penales retroactivas del art. 103 (2) GG al no permitir que los acusados buscaran sustento en las justificaciones previstas en las normas de Alemania del Este, tal como allí se interpretaban y aplicaban en la práctica.

1.1. La Corte manifestó que cumplía con su función de garantizar los derechos fundamentales y el principio de legalidad que le acuerda el art. 103 (2) de la Constitución, haciendo una interpretación estricta de las leyes penales. Dicho artículo sólo permite imponer un castigo por la comisión de un acto que previamente está prohibido y tiene prevista una sanción legal con suficiente certeza. La norma también impide imponer una sanción más grave a la prevista en la ley vigente al tiempo de la realización del acto. La prohibición constitucional de aplicar retroactivamente las leyes penales brinda confianza al ciudadano en que el Estado sólo va a procesarlo en dichos supuestos. Esto obliga a seguir aplicando las causales legales de justificación que estaban vigentes al tiempo en que se cometió el acto, aun cuando hayan perdido eficacia en el momento de la tramitación del proceso penal.

Sin embargo -dijo la Corte-, el art. 103 (2) de la Carta Magna sólo se aplica a los casos ordinarios, es decir, a aquellos en que el acto se comete y juzga en el área de aplicación del derecho penal de Alemania Occidental, tal como está configurado por la Constitución. Este principio no puede ser ilimitadamente aplicado cuando una ley -dictada a resultas de la reunificación de Alemania- dispone que el derecho penal de la ex Alemania Oriental se aplicará a los crímenes cometidos en la ex Alemania Oriental. El fundamento de la confianza que la norma tiende a proteger desaparece cuando el otro Estado exime de responsabilidad penal a quienes han cometido las más serias injusticias criminales, estableciendo causales de justificación previstas en sus normas nacionales, que brindan sustento y favorecen esa injusticia en tal grado que burlan seriamente los derechos humanos generalmente reconocidos por la comunidad internacional. No puede entonces brindarse a las personas condenadas, en estos casos, la estricta protección del mencionado art. 103 (2). Por lo tanto, los apelantes no encuentran sustento en estas causales de justificación. En cambio, se les garantiza que se les impondrá el castigo previsto en las leyes vigentes al tiempo de la comisión del acto.

1.2. La Corte resolvió, por ende, que las sentencias impugnadas satisficieran los principios de derecho constitucional. Brindó un particular respaldo a la sentencia dictada por el **BGH**, según la cual no están vigentes las causales de justificación que amparaban los homicidios intencionales de personas que sólo pretendían cruzar la frontera sin estar armadas, ya que constituyen una abierta violación a los derechos humanos protegidos internacionalmente. Esta violación es tan seria que va contra las percepciones jurídicas del valor de la vida y dignidad humanas que tienen todas las naciones. En semejante caso, el derecho positivo tiene que ceder ante la justicia.

La Corte, asimismo, juzgó inatendible la pretensión de los apelantes de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no garantiza incondicionalmente los derechos a la vida y a la libertad de movimiento. Si bien admitió que los estados democráticos occidentales en los que rige el principio de legalidad permiten el uso de armas de fuego, especialmente para la persecución y captura de criminales, y que las normas de Alemania del Este relativas al uso de armas de fuego en las fronteras, vigentes a la sazón, se conformaban con las vigentes en Alemania Occidental, recordó que los tribunales inferiores habían demostrado que la situación jurídica había quedado definida por las órdenes impartidas. En Alemania Oriental el uso de armas de fuego no estaba en modo alguno limitado por el principio de proporcionalidad: los guardias fronterizos tenían órdenes de "destruir" a cualquier persona que traspasara la frontera, cuando no podían impedirlo de otro modo. Concluyó en que subordinar el derecho a la vida de los individuos a los intereses del Estado, es una injusticia

muy grave.

2. La Corte, finalmente, entendió que no existían otras consideraciones constitucionales que pudieran pesar contra las condenas.

2.1. Consideró que al evaluar la prueba y determinar la responsabilidad o el castigo, no se habían violado las garantías constitucionales.

2.2. Por otra parte, declaró que la condena del guardia de frontera no violaba el principio constitucional de que "no hay sanción sin culpa". Los tribunales penales habían rechazado la excusa de que el guardia hubiera "actuado bajo órdenes" con base en la convicción de que, dadas las circunstancias, dicho guardia tenía claro que el uso de armas de fuego en la frontera era ilegal. Sin embargo, dichos tribunales no discutieron la posibilidad que tenían los soldados en reconocer la ilicitud del acto, ante la existencia de causales de justificación establecidas por las autoridades del Estado. El soldado promedio no siempre puede reconocer la ilicitud del acto que objetivamente constituye una seria violación de los derechos humanos. La posibilidad de hacer dicho reconocimiento debe evaluarse a la luz de la crianza y del adoctrinamiento de un soldado determinado, y de otras circunstancias relevantes. Sin embargo, los tribunales acertadamente entendieron que, en esas circunstancias, asesinar a refugiados desarmados mediante un fuego continuo era un acto tan terrible que no permitía ningún tipo de justificación, y que aun para una persona adoctrinada resultaba obvio y claro que esto era desproporcionado e ilícito. Las restantes consideraciones de los tribunales criminales también dejaron en claro que se encuentra satisfecho el principio de culpa.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 26-10-1996, 2 BvR 1851/94, 2 BvR 1853/94, 2 BvR 1875/94 y 2 BvR 1852/94, en Universidad de Saarland, Alemania, Internet.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[65]

PRISIÓN PREVENTIVA. PROCESADOS. RAZONABILIDAD. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EXCEPCIONALIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (JURISPRUDENCIA/EL SALVADOR).

A la luz de los principios constitucionales de legalidad (art. 11 de la Constitución Nacional) y de presunción de inocencia (art. 12 del texto fundamental) -también amparados por tratados internacionales ratificados por El Salvador (arts. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; XXVI, inc. 1°, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 7.2 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)- la detención provisional nunca puede constituir la regla general de los procesos penales -circunstancia, además, expresamente prohibida en el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-.

Por tal motivo, la privación preventiva de la libertad no puede funcionar automáticamente por la sola concurrencia de los datos objetivos que contempla el artículo 247 del Pr.Pn., sino que debe existir una valoración del juez, específica y propia de cada caso, que estime la necesidad y conveniencia de dictar la detención provisional.

Y es que, como limitación de la libertad individual de un inocente, la medida cautelar en

análisis sólo puede justificarse en la medida que sea imprescindible y necesaria para la defensa de bienes jurídicos fundamentales.

Por lo expuesto, es necesario que cuando el juez penal decreta la detención provisional, consigne en la resolución respectiva los motivos que justifican su pronunciamiento. De no ser así, la resolución no llena los requisitos que la Constitución contempla.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR -Sala en lo Constitucional-, hábeas corpus 9-V-94 del 17-11-1994, en *Justicia para una Sociedad Nueva*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, julio de 1996, p. 199.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[66]

PRUEBA. LICITUD. REGLA DE EXCLUSIÓN. DOMICILIO. INVIOLABILIDAD. ALLANAMIENTO. EXÁMENES Y REQUISAS. PODER JUDICIAL. INDEPENDENCIA. PRECEDENTES JUDICIALES. CAMBIO DE JURISPRUDENCIA. DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD ANTE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: se planteó amparo constitucional respecto de dos sentencias concatenadas procesalmente y con un mismo contenido en lo esencial, sobre la base de que menoscababan el derecho del acusado a un proceso público con todas las garantías debidas, por haber admitido la validez del ingreso y registro del domicilio de aquél sin la presencia del Secretario Judicial.

2. Sentencia:

2.1. La entrada en el domicilio sin el permiso de quien lo ocupa, ni estado de necesidad, sólo puede hacerse si lo autoriza o manda el juez competente y en tal autorización descansa, a su vez, el registro domiciliario (arts. 18.2 de la Constitución, 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Este es el único requisito, necesario y suficiente por sí mismo, para dotar de legitimidad constitucional a la invasión del hogar.

Obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen, se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 569), no en la Constitución, se exige la presencia del Secretario Judicial para dicha diligencia probatoria. Por ello, su ausencia no afecta a la inviolabilidad del domicilio, para entrar en el cual basta la orden judicial, ni a la efectividad de la tutela judicial en sus diferentes facetas (sentencias TC 290/1994 y 309/1994; autos TC 349/1988, 184/1993 y 223/1994). En definitiva, el incumplimiento de la norma procesal donde se impone ese requisito no trasciende al plano de la constitucionalidad y sus efectos se producen en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba.

No se trata, en este caso, de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales y, por ello, rechazables de plano, sino de una prueba irregular cuya validez ha de ser enjuiciada en su sede propia, la judicial.

2.2. En segundo plano, el recurrente aduce que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha cambiado el rumbo de su doctrina sobre la validez de las pruebas obtenidas en registros y, con ello, ha quebrado la igualdad en la aplicación de la ley.

La independencia judicial de cualquier presión o influencia externa, tiene como anverso

el sometimiento exclusivo de los jueces a la ley y al derecho, principio de juridicidad, más allá del de legalidad, que implica el respeto no sólo a las normas sino también a los usos y costumbres, a los principios generales del derecho y a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico. Este conjunto de elementos ha de ser interpretado con criterios generales y objetivos, nunca *intuitio personae*. La fuerza vinculante del precedente judicial en virtud del principio de igualdad exige, en caso de denunciarse la discriminación, que se compruebe si concurren los tres requisitos configurados como tales por el Tribunal Constitucional.

Sólo un requisito, netamente subjetivo, se da en el caso (el cambio jurisprudencial se predica del mismo órgano judicial, la Sala Segunda del Tribunal Supremo). No ocurre así con los restantes. Por un lado, las sentencias que se aducen como referencia para la comparación no contemplan casos sustancialmente idénticos, sino muy diferentes -en una se trata de una entrada sin mandamiento del juez, y en la otra, si bien hubo mandamiento, la práctica del registro se realizó sin la asistencia del Secretario Judicial y de los testigos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal-.

Por el otro lado, tampoco es cierto que la sentencia del Tribunal Supremo impugnada en este proceso signifique un cambio súbito e irreflexivo de su propia doctrina legal. En efecto, en su fecha (16 de octubre de 1991), la Sala Segunda no había sentado un criterio definitivo sobre el tema, por lo que no existía la jurisprudencia coherente y uniforme, consolidada, que permita invocar con éxito el derecho a la igualdad en la dispensación de la tutela judicial. Por ello, no se configura un quiebro ocasional en una línea jurisprudencial seguida inequívocamente, sino un pronunciamiento que anticipó la interpretación asumida luego por el Tribunal Supremo. Con lo que, no habiendo ruptura de la igualdad en la aplicación de la ley, se desestima el recurso de amparo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Segunda-, sentencia del 25-09-1995, nº 133/1995, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 43, septiembre-diciembre 1995, p. 48.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[67]

PRUEBA. LICITUD Y VALIDEZ. RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS. NULIDADES PROCESALES. PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA (JURISPRUDENCIA/COLOMBIA).

El hecho de no dejar constancia de los nombres de las personas que formaron parte de la fila en una diligencia de reconocimiento, no invalida automáticamente la prueba; es necesario que se demuestre que debido a esa falla se afectó alguna garantía de los sujetos procesales, o se desconocieron las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento como lo indica el numeral 2º del art. 308 del estatuto procesal, ya que la trascendencia es uno de los principios que rigen la declaratoria de las nulidades.

Cuando se ataca la prueba que sirve de sustento a una sentencia, no basta cuestionar alguno de los medios probatorios apreciados, pues si con los restantes el fallo sigue teniendo validez, el reproche resulta inocuo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 4-4-95, proceso 8976, en *Extractos de Jurisprudencia 2*, segundo trimestre de 1995, Bogotá, p. 268.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[68]

REVISIONES VAGINALES. DERECHOS HUMANOS. CÁRCELES. RÉGIMEN DE VISITAS. MUJERES. DIGNIDAD HUMANA (JURISPRUDENCIA/COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS).

Con fecha 29 de diciembre de 1989, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia en contra del gobierno de Argentina, en relación a la señora X y su hija Y, de 13 años. La denuncia señalaba que el Estado argentino y, especialmente, las autoridades penitenciarias del Gobierno Federal, que en forma rutinaria han hecho revisiones vaginales a las mujeres que visitan la Unidad n° 1 del Servicio Penitenciario Federal, han violado los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En todas las ocasiones en que la señora X visitó a su esposo -que se encontraba preso en la Cárcel de Encausados de la Capital Federal- acompañada por la hija de ambos, las dos mujeres fueron sometidas a revisiones vaginales. Esta práctica era realizada a toda mujer que deseaba tener contacto personal con los presos, en vista de que, en varias oportunidades, las parientes de los presos guardaban drogas y narcóticos en sus vaginas.

En abril de 1989, la señora X presentó un recurso de amparo solicitando que se pusiera fin a las revisiones. La peticionante alega que esta práctica del Servicio Penitenciario Federal comporta violación a la Convención cit., por cuanto lesiona la dignidad de las personas sometidas a tal procedimiento (art. 11), constituyendo una medida de carácter penal degradante que trasciende la persona del penado o procesado (art. 5.3), y es, además, discriminatoria en perjuicio de las mujeres (art. 24, en relación al art. 1.1).

Entre las conclusiones alcanzadas por la Comisión se encuentran las siguientes:

1. reconoce las medidas tomadas por el Estado argentino para modificar su sistema penitenciario, específicamente en lo referente a la violación denunciada en el presente caso;
2. considera que el Estado argentino ha tomado la iniciativa para el cumplimiento de algunas de las conclusiones y recomendaciones del Informe N° 16/95, concretamente en cuanto a la necesidad de establecer por ley las restricciones a los derechos y garantías consagradas en la Convención;
3. entiende que, para establecer la legitimidad de una revisión o inspección vaginal, en un caso en particular, es necesario que se verifiquen los siguientes requisitos:
 - 3.1. tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo legítimo en el caso específico;
 - 3.2. no debe existir medida alternativa alguna;
 - 3.3. debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y
 - 3.4. debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud.

El art. 163 del proyecto de ley argentino, que se refiere a la sustitución del registro manual por sensores no intensivos u otras técnicas no táctiles apropiadas y eficaces es, en principio, consistente con las recomendaciones de la Comisión. No obstante, el artículo citado no menciona expresamente el tipo de inspección corporal invasiva que ha sido analizada en el presente informe. La Comisión reitera que las inspecciones vaginales, u otras inspecciones corporales de tipo invasivo, deben ser realizadas por personal médico acreditado.

Por lo tanto, la Comisión concluye que al imponer una condición ilegal a la realización de las visitas a la penitenciaría sin disponer de una orden judicial ni ofrecer las garantías médicas apropiadas y al realizar las revisiones e inspecciones en esas condiciones, el Estado

argentino ha violado los derechos de la señora X y su hija Y, consagrados en los arts. 5, 11 y 17 de la Convención, en relación al art. 1.1 que dispone la obligación de los Estados de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de todas las disposiciones reconocidas en la Convención. En el caso de Y, la Comisión concluye que el Estado argentino también violó el art. 19 de la Convención.

Es por ello que la Comisión ha efectuado las siguientes recomendaciones en base a las conclusiones mencionadas:

1. al Estado argentino, que adopte las medidas legislativas o de otro carácter para ajustar sus previsiones a las obligaciones establecidas por la Convención, expresadas en las presentes conclusiones y recomendaciones;

2. al Estado argentino, que mantenga informada a la Comisión del proceso de estudio y sanción de las medidas mencionadas en el párrafo anterior;

3. a las víctimas, a que sean compensadas adecuadamente; y

4. decide publicar el presente e incluirlo en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe n° 38/96 del 15-10-1996, caso 10.506: *Argentina*, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, año 1996, p. 52.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[69]

SANCIONES DISCIPLINARIAS. SUSPENSIÓN DEL TRABAJADOR. DEBER DE LEALTAD. BUENA FE. TRABAJADORES. VERACIDAD. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: a) el recurrente ante el Tribunal Constitucional, trabajador del Metro de Madrid, dirigió sendas misivas a la Sección Cartas de dos periódicos locales, las que fueron publicadas bajo el título de "Horas extras y paro" y "Horas extraordinarias en el Metro de Madrid", en las que se explayó sobre el número de horas extraordinarias realizadas en la empresa durante un año calendario (1.700.000) argumentando, entre otras manifestaciones, que dichas horas hubiesen ayudado para dar trabajo a unos mil desocupados. La cifra expuesta fue muy distinta de la puntualizada por el Jefe de Gabinete de Relaciones Externas del establecimiento (132.855), que utilizó igual Sección de las publicaciones para rebatir al recurrente; b) la empresa sancionó al recurrente con tres días de suspensión por falta muy grave: hacer publicar en un periódico de difusión nacional una afirmación absolutamente falsa; c) impugnada la sanción, el Juzgado de lo Social n° 11 de Madrid estimó en parte la demanda y modificó la calificación, que redujo a grave.

2. Sentencia:

2.1. La Constitución ha consagrado por separado la libertad de expresión -art. 20.1 a- y la libertad de información -art. 20.1 d-. La primera tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor; la segunda, la libre comunicación y recepción de información sobre hechos, o más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades pues, mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios

de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, sin embargo, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional que ha añadido, al término "información" del art. 20.1 d), el adjetivo de "veraz".

Sin embargo, en la realidad, el deslinde no es nítido, pues la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo, una vocación a la formación de una opinión. Por ello, en los supuestos en que se mezclan elementos de una y otra significación, debe atenderse al que aparezca como preponderante o predominante para subsumirlos en el correspondiente apartado 20.1 de la Constitución.

Al respecto, podría pensarse que con la publicación, el recurrente ejercitaba su derecho a la libre expresión de pensamiento, ideas y opinión, puesto que el núcleo esencial del texto litigioso viene constituido por una opinión crítica frente a la realización de horas extraordinarias en una coyuntura caracterizada por un elevado índice de desempleo.

Empero, la misiva destaca, ante todo, el dato concreto de las horas realizadas, lo que sirve de punto de partida y base fundamental de la exposición, afectando además directamente a la empresa para la que trabaja el recurrente. Ello permite aislar en este caso la información fáctica del número de horas extraordinarias, lo que conduce la cuestión, fundamentalmente, al terreno de la libertad de información.

2.2. La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno que el trabajador quede privado de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, pero la existencia de esa relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que las manifestaciones de éstos -que en otro contexto pudieran ser legítimas- no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. No obstante, no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad con un significado de sujeción indiferenciada del trabajador al interés empresarial, pues ello no se ajusta al sistema legal de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia presencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional.

Por lo expuesto, debe dilucidarse si la inserción en la carta del referido dato inveraz determina que la conducta del trabajador haya desbordado las pautas de comportamiento derivadas de la buena fe, convirtiendo en ilícito o abusivo el ejercicio del derecho.

En tal sentido ha de destacarse, por una parte, que el dato numérico de horas extraordinarias trabajadas no se enmarca en el cuadro de actividades de la empresa que pueden quedar excluidas del conocimiento del público, y, por la otra, que el requisito constitucional de la veracidad no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información -quedando exentas de toda protección o garantía constitucional las informaciones erróneas o no probadas- cuanto a negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación, o meras invenciones o insinuaciones.

Por tanto, lo que el citado requisito viene a suponer es que el informador, si quiere situarse bajo la protección del art. 20.1 d) cit., 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 inexacta, lo que no puede excluirse totalmente, pero la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores

circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado.

Ha de ponderarse, pues, el alcance del error en que se haya incurrido y tener presente, además, que el contraste de la noticia no es un término unívoco sino que, más allá de su genérica formulación como deber, exige matizaciones casuísticas. Así, una de las circunstancias que modulan dicha obligación es la fuente que proporciona la noticia, porque si reviste características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o la identidad de la fuente. En efecto, sin desdeñar la importancia del yerro numérico deslizado, éste no afecta a la finalidad fundamental del mensaje transmitido, porque el elevado número de horas extraordinarias realmente realizadas permitía asimismo dar ocupación a personas desempleadas, si bien en una cifra sensiblemente menor.

El ejercicio del derecho, en este caso concreto, no desbordó los condicionamientos derivados de los nexos jurídico-laborales, sin que la mera alegación de haberse irrogado un daño a la imagen y prestigio de la empresa baste para reputar ilícita la conducta del trabajador. El tema planteado -eliminación de las horas extraordinarias para mitigar el paro-, desbordando ampliamente la situación o actuación de la empresa que impuso la sanción, revestía un indudable interés general, dato este que viene a justificar la posición que la Constitución atribuye a las libertades de información y expresión.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Primera- (con un voto disidente), sentencia del 16-01-1996, n° 4/1996, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 44, enero-abril 1996, p. 24.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[70]

SEGURIDAD SOCIAL. CONTRIBUCIONES A LA VIVIENDA. LEYES DE LOCACIONES. JUSTICIA SOCIAL. DERECHO A LA IGUALDAD. FAMILIA. PROTECCIÓN. FAMILIA NUMEROSA (JURISPRUDENCIA/POLONIA).

Los beneficios que brinda la ley de 1994 de alquiler de departamentos y contribuciones para la vivienda, tienen por objeto compensar una parte de los gastos de vivienda de las familias que asignan una parte relativamente alta de su ingreso total al pago del arrendamiento. Dicha norma dispone que el derecho a recibir una contribución para la vivienda depende del ingreso *per capita* de la familia, del espacio *per capita* en la vivienda y del número de miembros de la familia.

No puede otorgarse la contribución cuando la superficie de la vivienda (ubicada en un edificio de departamentos) que ocupa la familia que solicita la contribución exceda de 91 metros cuadrados, sin tomar en cuenta el número de miembros de la familia. En consecuencia, una familia de ocho miembros que vive en un departamento de 114 metros cuadrados no tiene derecho a ninguna contribución.

La norma cuestionada viola los principios constitucionales de justicia social e igualdad dado que discrimina a las familias de menores ingresos, que tienen muchos hijos y que, por razones que están fuera de su control, no pueden mudarse a un departamento más pequeño. Sería injusto brindarles ese tratamiento, y esto surge claramente cuando se compara la situación de estas familias con la de las que tienen un ingreso similar pero que ocupan departamentos más pequeños, y que por esta última razón reciben la contribución. Además, dichas disposiciones violan el principio constitucional que obliga al Estado a brindar una especial protección a las familias que tienen numerosos hijos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 4-2-1997, causa P.4/96, en Corte Constitucional de Polonia, Internet.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[71]

SENTENCIA EXTRANJERA. HOMOLOGACIÓN. CONDICIONES. TRATADO INTERNACIONAL. CONVENIO DE RECIPROCIDAD (JURISPRUDENCIA/BOLIVIA).

No procede la homologación de sentencia pronunciada en el extranjero cuando no existe tratado internacional, ni convenio de reciprocidad, ni se cumplen las condiciones exigidas en los tres casos mencionados por los artículos 552 a 554 del Código de Procedimientos Civil.

Nota de Secretaría: los artículos 552 y 553 se refieren a la existencia de tratado internacional o convenio de reciprocidad con el país de cuyas autoridades emanó la sentencia. El art. 554 dice "Si la resolución procediere de un país donde no se diere cumplimiento a los fallos de los tribunales bolivianos, ella no tendrá fuerza en Bolivia". En el fallo comentado se requería la homologación de una sentencia de divorcio dictada en Suecia, y en apoyo de la doctrina expuesta se consideró que: "...en algunos países las sentencias de los tribunales extranjeros no tienen ningún valor y es necesario, en consecuencia, promover un nuevo juicio de acuerdo con la legislación nacional. Tal ocurre en Suecia, Noruega y Portugal".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA, Sala Plena, A.S. N° 83, del 21-12-1994, en *Labores Judiciales 1994*, Sucre, 1995, p. 286.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[72]

SEPARACIÓN DE ESTADO E IGLESIA. ESCUELAS. ESCUELAS CONFESIONALES. ASIGNACIÓN DE MAESTROS PÚBLICOS. LIBERTAD DE CULTO. CAMBIO DE JURISPRUDENCIA. STARE DECISIS (JURISPRUDENCIA/EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: en *Aguilar vs. Felton* (473 US 402, 413 -1985-), la Suprema Corte resolvió que el programa que la ciudad de Nueva York implementó en el Título I de la *Elementary and Secondary Education Act* de 1965, conforme al cual se enviaba a algunos maestros de las escuelas públicas a los colegios parroquiales para educar a los niños con pocos recursos, entremezclaba en un grado excesivo la iglesia y el Estado, violando con ello la Cláusula de Establecimiento de la Enmienda I. Al recibir la causa en devolución, el tribunal de distrito dictó una orden judicial con efectos por tiempo indeterminado (*permanent injunction*) reflejando dicho criterio. Alrededor de 10 meses después, los peticionantes -que eran las partes afectadas por la mencionada orden judicial- solicitaron a dicho tribunal que dejara sin efecto la medida. Destacaron los altos costos que generaba cumplir con *Aguilar*, las afirmaciones hechas por cinco *Justices* en el caso *Board of Ed. of Kiryas Joel Village School Dist. vs. Grumet* (512 US 687 -1994-), y que correspondía acceder a lo peticionado en virtud de la Regla Federal de Procedimiento Civil 60(b)(5) y *Rufo vs. Inmates of Suffolk County Jail* (502 US 367, 388 -1992-), porque *Aguilar* no podía ser armonizado con la jurisprudencia de la Corte sobre la Cláusula de Establecimiento por lo que había dejado de ser buen derecho. El tribunal de distrito rechazó la pretensión sustantiva planteada con base en que la desaparición de *Aguilar* "todavía no se ha producido". La Cámara de Apelaciones compartió este criterio y confirmó la

sentencia. En este estado, los actores interpusieron un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: coincidimos con los peticionantes en que *Aguilar* no es consistente con las decisiones que posteriormente tomamos en el área de la Cláusula de Establecimiento y decidimos que, de acuerdo a los hechos que aquí se presentan, los peticionantes se encuentran legitimados en términos de la Regla Federal de Procedimiento Civil 65(b)(5) a estar judicialmente protegidos de la aplicación futura de la orden del tribunal de distrito. En tal sentido:

2.1. Un programa pagado con fondos federales que brinda instrucción complementaria y asistencial a los niños de pocos recursos sobre una base neutral, no es inválido en términos de la Cláusula de Establecimiento cuando esa instrucción se brinda a través de empleados del gobierno en las instalaciones de escuelas sectarias, de acuerdo a un programa que contiene garantías como las del Título I del de la ciudad de Nueva York. En consecuencia, *Aguilar* y la parte pertinente de su caso *Companion, School Dist. of Grand Rapids vs. Ball* (473 US 373 - 1985-), relativo a un programa de "Tiempo Compartido", han dejado de ser buen derecho.

(a) Según *Rufo* (íd. p. 384), la Regla 60(b)(5) -que afirma que "cuando sea justo, el tribunal puede relevar a una parte... de una sentencia definitiva... [si] ya no sigue siendo equitativa su aplicación futura"- autoriza a dejar sin efecto una decisión judicial cuando la parte peticionante demuestre un cambio significativo en las condiciones fácticas o en el derecho aplicable. Dado que los costos exorbitantes de la aplicación de *Aguilar* se conocían cuando se dictó dicha sentencia -v. e.g. p. 430/431 (disidencia de O'Connor)-, este factor no constituye un cambio en las condiciones fácticas que justifique dejar sin efecto la orden. *Acc Rufo* (cit., p. 385). También es ineficaz la circunstancia de que en *Kiryas Joel*, cinco jueces expresaran que la doctrina *Aguilar* debería ser reconsiderada o dejada sin efecto. Como en dicho caso no se había planteado la conveniencia de hacer esa modificación, no puede considerarse que los puntos de vista de aquellos jueces haya modificado la jurisprudencia sobre la Cláusula de Establecimiento. Por lo tanto, la capacidad de los peticionantes para cumplir con los prerequisites de la Regla 60(b)(5) depende de que los casos que hemos resuelto posteriormente en este área hayan debilitado tanto la doctrina *Aguilar* como para que ésta haya dejado de ser el buen derecho.

(b) Para contestar esa pregunta es necesario comprender el fundamento de *Aguilar* y *Ball*.

Uno de los programas evaluados en *Ball* era el programa de "Tiempo Compartido" de Grand Rapids, Michigan, que es análogo al implementado en el Título I de la ley de la ciudad de Nueva York. Aplicando el test de tres partes formulado en *Lemon vs. Kurtzman* (403 US 602, 612/613 -1971-), la Corte reconoció que el programa de "Tiempo Compartido" satisfacía el primero de sus elementos, en cuanto perseguía un objetivo puramente secular (cit., p. 383), pero finalmente llegó a la conclusión de que tenía el efecto impermisible de promover la religión, violando por ello el segundo elemento de aquel estándar (cit., p. 385). Esa conclusión se sustentaba en tres premisas: (i) se presume que todo empleado público que trabaja en las instalaciones de una escuela religiosa inculca religión en su trabajo (v. cit., pp. 385/389); (ii) la presencia de empleados públicos en las instalaciones de escuelas privadas crea un entrelazamiento simbólico impermisible entre iglesia y Estado (v. cit., pp. 389, 391); y (iii) toda ayuda pública que colabore directamente con la función educativa de las escuelas religiosas financia impermisiblemente el adoctrinamiento religioso, aun cuando la ayuda llegue a esos colegios como consecuencia de una decisión privada (v. cit., pp. 385, 393, 395/397).

Aguilar estableció una cuarta premisa: que el Título I del programa de la ciudad de Nueva York produce un entrelazamiento excesivo del gobierno con la religión, violando por ello el tercer elemento del test de *Lemon*, porque los empleados públicos que enseñan en las instalaciones de escuelas religiosas deben ser controlados estrictamente para asegurar que no

inculcan religión. Ver *íd.*, pp. 409, 412/414.

(c) Los casos más recientes de la Corte han debilitado las premisas en que se apoyaban *Ball* y *Aguilar*. En contra de la conclusión de *Aguilar*, la asignación *full time* de empleados del gobierno a los *campus* de las escuelas parroquiales no tiene, como cuestión de derecho, el impermissible efecto de promover la religión a través del adoctrinamiento. Los casos posteriores han modificado en dos aspectos el criterio que la Corte usa para evaluar si el gobierno ha promovido impermisiblemente la religión mediante la enseñanza de creencias religiosas. Primero, la Corte ha abandonado la presunción de *Ball* de que los empleados públicos asignados a las instalaciones de las escuelas parroquiales inevitablemente inculcan religión, o que su presencia constituye un entrelazamiento simbólico entre gobierno y religión. *Zobrest vs. Catalina Foothills School Dist* (509 US 1, 12/13 -1993-). Nunca se ha acreditado que un instructor de la ciudad de Nueva York que enseña en las instalaciones de una escuela parroquial intentara inculcar religión a sus estudiantes. Segundo, la Corte se ha apartado de la regla formulada en *Ball* según la cual es inválida toda ayuda gubernamental que directamente colabore con la función educativa de las escuelas religiosas. *Witters vs. Washington Dept. of Servs. for Blind* (474 US 481, 487 -1986-); *Zobrest* (*cit.*, pp. 10, 12). *Zobrest* y *Witters* dejaron en claro que, de acuerdo al derecho hoy vigente, no se considera, como una cuestión de derecho, que el programa de "Tiempo Compartido" de *Ball* y el Título I del de la ciudad de Nueva York tengan el efecto de promover la religión a través del adoctrinamiento. Por ello, tanto el precedente de esta Corte como la experiencia que ésta ha acumulado, exigen el rechazo de las premisas en que se sustentaba *Ball*.

(d) El Título I del programa de la ciudad de Nueva York no brinda a los beneficiarios de la ayuda ningún incentivo para modificar sus creencias o prácticas religiosas a fin de acceder a los servicios del programa. Si bien *Ball* y *Aguilar* ignoraron completamente esta consideración, otros casos anteriores y posteriores sobre la Cláusula de Establecimiento examinaron los criterios a través de los cuales un programa de ayuda identifica a sus beneficiarios, con el objeto de establecer si dichos criterios de selección producían el efecto de promover la religión al dar un incentivo económico para acceder al adoctrinamiento religioso. Cf. e.g. *Witters* (*cit.*, p. 488); *Zobrest* (*cit.*, p. 109). Ese tipo de incentivos no existe en supuestos como el presente, en los que la ayuda se asigna según criterios seculares y neutrales que no favorecen ni desfavorecen la religión, y se pone a disposición tanto de beneficiarios religiosos como seculares sobre una base no discriminatoria. En esas circunstancias, es menos probable que la ayuda tenga el efecto de promover la religión. Ver *Widmar vs. Vincent* (454 US 263, 274 -1981-). Los servicios del Título I del programa de la ciudad de Nueva York están a disposición de todos los niños que satisfacen los requisitos de elegibilidad, sin tomar en cuenta sus creencias religiosas o a qué colegio asistan.

(e) La Corte que resolvió *Aguilar* se equivocó al concluir que el Título I del programa de la ciudad de Nueva York traducía un entrelazamiento excesivo entre iglesia y Estado. Las consideraciones utilizadas para evaluar este carácter excesivo son similares cuando se analiza si un programa tiene el efecto impermissible de promover la religión -*Wals vs. Tax Comm'n of City of New York* (397 US 664, 674 -1970-)-, o cuando se lo considera factor separado e independiente del efecto que produce -*Lemon* (*cit.*, pp. 612/613)-. La Corte mira la naturaleza y objetivos de las instituciones beneficiadas, la naturaleza de la ayuda que brinda el Estado, y la relación resultante entre el gobierno y la autoridad religiosa. *Id.* p. 615. Es más simple reconocer por qué es importante la confusión y tratarla -tal como hizo la Corte en *Wals*- como un aspecto de la investigación del efecto de una ley. La conclusión de la Corte que resolvió *Aguilar* de que el entrelazamiento era "excesivo" se basaba en tres fundamentos: (i) el programa requería "un control riguroso de las autoridades públicas" para asegurar que los empleados del Título I no inculcan religión; (ii) el programa requería la "cooperación administrativa" entre el Gobierno y las escuelas parroquiales; y (iii) el programa podía

aumentar los riesgos de "desacuerdos políticos" (cit., p. 413/414). De acuerdo a la interpretación que esta Corte actualmente hace de la Cláusula de Establecimiento, las dos últimas consideraciones resultan insuficientes para crear un "entrelazamiento excesivo", porque su existencia no depende de la provisión de los servicios del Título I, y porque ningún tribunal ha resuelto que tales servicios no puedan brindarse fuera del *campus*. E.g. *Aguilar* (cit). Además, la primera consideración ha quedado debilitada por *Zobrest*. Como la Corte en *Zobrest* abandonó la presunción de que los empleados públicos inculcan religión por la simple circunstancia de encontrarse en un medio sectario, ya no hay necesidad de presumir que es necesario controlar rigurosamente a los maestros del Título I. No se ha sugerido en esta causa que el sistema implementado por la ciudad de Nueva York para controlar a sus empleados del Título I, resulte insuficiente a efectos de impedir o detectar el adoctrinamiento. Por otra parte, la Corte no ha encontrado confusiones excesivas en los casos en que existían cargas mucho más gravosas para las instituciones religiosas. V. *Bowens vs. Kendrick* (487 US 589, 615/617 -1988-).

(f) Por lo tanto, el programa de la ciudad de Nueva York no contradice ninguno de los tres criterios principales que la Corte usa actualmente para evaluar si la ayuda del gobierno tiene el efecto de promover la religión: no se traduce en adoctrinamiento gubernamental; no define a sus beneficiarios haciendo referencia a la religión; ni crea un entrelazamiento excesivo. Asimismo, este programa cuidadosamente restringido no puede razonablemente ser interpretado como un respaldo a la religión.

(g) La doctrina del *stare decisis* no impide que esta Corte reconozca el cambio de su jurisprudencia y deje sin efecto *Aguilar* y aquellas partes de *Ball* que son inconsistentes con sus decisiones más recientes. E.g. *United States vs. Gaudin* (515 US 506 -1995-). Además, como esta Corte llegó a la conclusión de que *Aguilar* se resolvería en forma diferente aplicando la actual jurisprudencia de la Cláusula de Establecimiento, la adhesión a aquella decisión indudablemente produciría una "injusticia manifiesta", por lo que no se aplica la doctrina que surge de dicho caso. Accord., *Davis vs. United States* (417 US 333, 342 -1974-).

2.2. El cambio significativo que se ha producido en la jurisprudencia de esta Corte posterior a *Aguilar* sobre la Cláusula de Establecimiento, legitima a los peticionantes a obtener la liberación prevista por la Regla 60(b)(5). La práctica general de la Corte es aplicar una nueva doctrina a las partes del caso en que la formula. *Rodríguez de Quizas vs. Shearson/American Express Inc.* (490 US 477, 485 -1989-), aun cuando esté dejando sin efecto un precedente. E.g. *Adarand Constructors Inc. vs. Peña* (515 US 200 -1995-). La Corte ni admite ni afirma que los demás tribunales deban llegar a la conclusión de que sus casos más recientes han, implícitamente, dejado sin efecto sus precedentes anteriores. Antes bien, los tribunales inferiores deben aplicar el precedente que controle directamente el caso, dejando a esta Corte la prerrogativa de dejar sin efecto sus propias decisiones. *Rodríguez de Quizas* (cit., p. 484). No resultan convincentes los diversos argumentos de los apelados relativos a los motivos por los cuales en este caso no debiera dejarse sin efecto la decisión judicial: que debe aplicarse un análisis diferente porque la Corte ejerce aquí su poder de revisión del abuso de discrecionalidad en que incurrió el tribunal de distrito al negarse a conceder la liberación; que el inaudito uso que los peticionantes han hecho de la Regla 60(b)(5) como instrumento para producir cambios en el derecho, y no como medio para reconocerlos, alentará a los litigantes a sobrecargar a los tribunales federales con un diluvio de peticiones fundadas en dicha norma; que el uso que los peticionantes hacen de la Regla 60(b) en este contexto debilitará la integridad institucional de esta Corte; y que la Corte debería esperar a tener un "mejor vehículo" para evaluar la continuidad de la vigencia de *Aguilar*.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 23-6-1997, caso *Agostini vs. Felton*, en 65 LW 4524.

[73]

TESTIGOS. ANONIMATO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. FUERZAS POLICIALES. ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO. DEBIDO PROCESO ADJETIVO. DERECHO DE DEFENSA. CONTROL DE LA PRUEBA. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

La Corte considera, como lo ha hecho en otros precedentes, que las exigencias del párrafo 3 del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, representan aspectos particulares del derecho a un proceso justo garantizado por el párrafo 1, y, en consecuencia, decide examinar los agravios desde el ángulo de los textos combinados.

Recordando su jurisprudencia, la Corte estima que el equilibrio de los intereses de la defensa y de los argumentos favorables al mantenimiento del anonimato de los testigos plantea problemas particulares si éstos pertenecen a las fuerzas policiales del Estado. Si los intereses de estos últimos -como evidentemente también el de sus familias- merecen asimismo la protección de la Convención, es necesario reconocer que su situación difiere un poco de la de los testigos desinteresados o de una víctima; aquéllos tienen un deber general de obediencia hacia las autoridades ejecutivas del Estado como, ordinariamente, lazos con el Ministerio Público; por estas solas razones es necesario no utilizarlos como testigos anónimos sino en circunstancias excepcionales. Por lo demás, está en la naturaleza de las cosas que entre sus deberes figure, especialmente en el caso de policías investidos de poderes de arresto, el de testimoniar en audiencia pública.

Además, la Corte ha reconocido como principio, en un pronunciamiento anterior, que a condición de que los derechos de la defensa sean respetados, puede ser legítimo para las autoridades de policía desear preservar el anonimato de un agente empleado en actividades secretas, a fin no sólo de asegurar su protección y la de su familia, sino también para no comprometer la posibilidad de emplearlo en futuras operaciones.

La Corte estima que, teniendo en cuenta el lugar eminente que reviste el derecho a una buena administración de justicia dentro de una sociedad democrática, toda medida restrictiva de los derechos de la defensa debe basarse en razones de absoluta necesidad. Cuando una medida menos restrictiva pueda ser suficiente, es ésta la que es necesario aplicar. En el caso, los policías en juego se encontraban con el juez de instrucción en una sala de la que habían sido excluidos el acusado y sus abogados. Toda comunicación se hacía por intermedio de una conexión sonora. Por lo tanto, la defensa no sólo ignoraba la identidad de los policías llamados a testimoniar, sino que también fue privada de la posibilidad de observar sus reacciones a preguntas directas, lo que le habría permitido controlar su credibilidad.

No ha sido explicado de manera satisfactoria a la Corte por qué era necesario recurrir a limitaciones tan extremas del derecho del acusado a que las pruebas de cargo sean producidas en su presencia, ni por qué no habían sido encaradas medidas menos restrictivas.

En ausencia de una información más amplia, la Corte estima que las necesidades operativas de la policía no constituyen una justificación suficiente. No puede considerarse que las medidas tomadas puedan adecuadamente reemplazar la posibilidad para la defensa de interrogar a los testigos en su presencia y de formarse su propio juicio en cuanto a su aptitud y confiabilidad. Tampoco puede sostenerse que los obstáculos opuestos a la defensa hayan sido suficientemente compensados por el procedimiento seguido.

Por otro lado, el único elemento de prueba que formalmente identificó a los requirentes como autores de las infracciones y sobre el que se fundó la Corte de Apelación, estaba constituido por las declaraciones de los policías anónimos. Luego, la condena de los requirentes se funda "en una medida decisiva" sobre las declaraciones anónimas.

Para la Corte, es conveniente distinguir el presente caso del precedente *Doorson*. En este último fue decidido, sobre la base de información contenida en el mismo expediente, que los testigos Y15 e Y16 -dos civiles que conocían personalmente al acusado- tenían razones suficientes para creer que este último podía recurrir a la violencia y fueron escuchados en presencia de los abogados. Además, en dicho asunto, otras personas sin lazos con los testigos anónimos habían formulado declaraciones identificando formalmente al acusado como autor de los hechos inculcados.

En tales condiciones, la Corte no puede concluir en que el procedimiento considerado en su conjunto revista el carácter de justo.

Ha habido, entonces, violación del art. 6.1 combinado con el art. 6.3.d de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Sala compuesta de 9 jueces, 3 de éstos votaron en disidencia), sentencia del 23-4-1997, *Van Michelen y otros c. Holanda*, en *Communiqués du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 7 de abril/2 de mayo de 1997, pp. 7/11. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[74]

TRANSEXUALES. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DISCRIMINACIÓN LABORAL. DESPIDO. DERECHO COMUNITARIO. DIRECTIVAS (JURISPRUDENCIA/COMUNIDAD EUROPEA).

1. Antecedentes del caso: en el marco del litigio *P. c. S. y Coornwall Councy Council*, se plantean dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo (Directiva), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato, entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales, y a las condiciones de trabajo: 1) ¿constituye una infracción de la Directiva el despido de un transexual a causa de su cambio de sexo? y 2) ¿prohíbe el art. 3 de la Directiva, que se refiere a la discriminación por razón de sexo, tratar a un empleado en función de su transexualidad?. **P.** -administradora de un centro docente dependiente del *Coornwall Councy Council*- un año después de su contratación (abril de 1992) comunicó a **S.** -jefe de Estudios y Director encargado de la gestión y tesorería del Centro- su intención de someterse a una operación de cambio de sexo. En septiembre de 1992 **P.** recibió un preaviso de despido que expiraba el 31 de diciembre de ese año (la operación definitiva tuvo lugar antes de llevarse a cabo el despido pero luego de su notificación). **P.** interpuso un recurso ante el *Industrial Tribunal*, Truro (Reino Unido), contra **S.** y el *Coornwall Councy Council*, por considerar que había sido víctima de discriminación por razón del sexo. Los demandados, a su vez, alegaron que la causa del despido había sido la eliminación del puesto de trabajo. El tribunal, por considerar que subsistían dudas sobre si la Directiva tenía un ámbito de aplicación más amplio que la normativa nacional, decidió suspender el procedimiento y plantear prejudicialmente las cuestiones antes mencionadas.

2. Sentencia:

2.1. El *Industrial Tribunal*, en la resolución de remisión, declaró que la *Sex Discrimination Act 1975* (ley relativa a las discriminaciones por razón del sexo) no contempla una situación como la presente, ya que el derecho inglés ampara únicamente las situaciones en que una mujer o un hombre recibe un trato diferente por pertenecer a uno de los sexos. Según el derecho inglés, **P.** será siempre considerado de sexo masculino. Sin perjuicio de ello, dicho

Tribunal también entendió que si **P.** hubiese sido de sexo femenino antes de someterse a la intervención de cambio de sexo, también habría sido despedido por el empresario a causa de esta operación.

2.2. Con carácter previo, procede señalar que el artículo 3 de la Directiva, al que alude el juez remitente, se refiere a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en las condiciones de acceso al empleo. Ahora bien, un despido como el que se discute debe examinarse a la luz del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva, el cual dispone: "la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo".

Por consiguiente, debe entenderse que con las dos cuestiones prejudiciales, que deben ser objeto de examen conjunto, lo que se plantea es si, en atención al objeto de la Directiva, el apartado 1 del artículo 5 es contrario al despido de un transexual por un motivo relacionado con su cambio de sexo.

2.3. El Gobierno del Reino Unido y la Comisión sostienen que el despido de una persona debido a su condición de transexual o a una operación de cambio de sexo, no constituye una discriminación por razón del sexo a efectos de la Directiva. En apoyo a esta afirmación, el Gobierno del Reino Unido alega fundamentalmente que, en la resolución de reenvío, consta que **P.** habría sido igualmente despedido si anteriormente hubiera sido mujer y se hubiera sometido a una operación a fin de convertirse en hombre.

2.4. Corresponde señalar que, como lo ha declarado la Corte Europea de Derechos Humanos, "se entiende usualmente por 'transexuales' aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer al otro; intentan con frecuencia acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología. Los transexuales operados forman, por consiguiente, un grupo bien determinado y definible" (sentencia *Rees*, de 17 de octubre de 1986, serie A, vol. 106, apartado 38).

Asimismo, procede recordar que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que la Directiva enuncia en su título, en su exposición de motivos y en sus disposiciones, implica "la ausencia de toda discriminación por razón de sexo". Además, como ha sido declarado reiteradamente, el derecho a no ser discriminado por razón del sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia (sentencias de 15 de junio de 1978, *Defrenne* 149/77, Rec. p. 1365, apartados 26 y 27, y de 20 de marzo de 1984, *Razzouk y Beydoun/Comisión*, asuntos acumulados 75/82 y 117/82, Rec. p. 1509, apartado 16).

2.5. Por consiguiente, el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que derivan de la pertenencia a uno u otro sexo, sino que, en atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar, como en el presente caso, a consecuencia del cambio de sexo del interesado.

Por lo tanto, cuando una persona es despedida por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo, recibe un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación. Tolerar tal discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y a la libertad a que esa persona tiene derecho y que este Tribunal debe proteger.

2.6. Por ello, procede responder a las cuestiones planteadas por el *Industrial Tribunal* que, en atención al objetivo perseguido por la Directiva, el apartado 1 del artículo 5 es contrario al despido de un transexual por un motivo relacionado con su cambio de sexo.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, sentencia del 30-4-1996, asunto C-13/94: *P. c. S. y Cornwall County Council*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1996-4/5, pp. 2143/2167.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[75]

TRANSEXUALES. FILIACIÓN. FAMILIA. VIDA FAMILIAR. BIOÉTICA. PROCREACIÓN HUMANA. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL. DONACIÓN DE ESPERMA. DERECHO COMUNITARIO. MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS (JURISPRUDENCIA/CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

1. Antecedentes del caso: los requirentes son ciudadanos británicos. El primero de éstos, X, es un transexual convertido del sexo femenino al masculino. Mantiene una relación permanente y estable con Y, una mujer, desde 1979. En octubre de 1992, Y dio a luz a Z, que había sido concebido por inseminación artificial mediante el esperma de un donante ("IAD") con el acuerdo de la Comisión de Ética del hospital correspondiente. En febrero de 1992, X había petitionado al Jefe del Registro del Estado Civil si había objeciones para que fuese registrado como padre de Z. El Ministerio de Salud respondió el 4 de junio de 1992 que, después de haber reunido dictámenes jurídicos, el mencionado jefe estimaba que sólo un individuo perteneciente biológicamente al sexo masculino podía ser considerado como padre a los fines de la inscripción en el estado civil. Z podía, como contrapartida, llevar legalmente el nombre del primer requirente. Después del nacimiento de Z, con motivo de que los dos primeros requirentes intentaron registrarse como el padre y la madre de la criatura, se rechazó a X la facultad de figurar como padre y esta parte del formulario no fue llenada. A Z le fue atribuido el apellido de Y. La Comisión Europea de Derechos Humanos, después de haber intentado infructuosamente un arreglo amistoso, redactó un informe estableciendo los hechos y sosteniendo que se había producido una violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (13 votos contra 5) y que no se imponía el examen de si se habría producido la violación del art. 14 combinado con el art. 8 (17 votos contra 1).

2. Sentencia:

2.1. Art. 8 de la Convención

2.1.1. Sobre la existencia de una "vida familiar"

La Corte estima que los tres requirentes están unidos por lazos familiares de facto y que, por lo tanto, es aplicable el art. 8.

2.1.2. Aplicación del art. 8

El presente asunto se distingue de las causas de transexuales ya conocidas por la Corte pues plantea cuestiones diferentes, como el otorgamiento de derechos de parentesco a los transexuales y la manera de traducir en el plano jurídico la realidad social de la relación que una a un niño concebido por IAD y la persona que asuma el rol de padre.

Estas cuestiones tocan ámbitos en los que casi no hay una comunidad de puntos de vista entre los Estados miembros del Consejo de Europa y donde, de manera general, el derecho parece atravesar una fase de transición. Corresponde, por ello, acordar al Reino Unido un

extenso margen de apreciación.

Es del interés de la sociedad toda la preservación de la coherencia de un conjunto de normas de derecho de familia que emplacen en primer lugar el bien de la criatura. A este respecto, si bien no ha sido sugerido que la enmienda del derecho pretendida por los requirentes sería contraria al interés de Z o, en general, de los niños concebidos por IAD, tampoco es evidente que esto sería necesariamente favorable a dichos niños.

En tales condiciones, la Corte considera que el Estado puede tener buenas razones para mostrarse prudente en cuanto a la reforma del derecho, pues es posible que la reforma buscada pueda tener consecuencias indeseables o imprevistas para los niños que se encuentren en la misma situación que Z. Además, dicha enmienda podría tener incidencias sobre otras ramas del derecho de familia. El derecho podría, por ejemplo, ser tachado de incoherente si un transexual mujer-hombre pudiera devenir legalmente "padre" mientras continuase siendo considerado por el derecho, a otros fines, como de sexo femenino y pudiera contraer matrimonio con un hombre.

Frente a estos intereses de orden general, la Corte debe evaluar el peso de los inconvenientes que entrañaría para los requirentes el rechazo de reconocer legalmente a X como el "padre" de Z. Un buen número de dichos inconvenientes podrían ser superados si X e Y tomaran medidas apropiadas. Por ejemplo, si X redactara un testamento, esto resolvería en la práctica el problema derivado del hecho de que Z no podría automáticamente heredar a X si éste muriese intestado. Asimismo, a menos que X e Y no se decidan a revelar públicamente esta información, ni el niño ni tercero alguno sabrá que la rúbrica "padre" ha sido dejada en blanco en el acto de nacimiento de Z porque X era un transexual. Nada impide que X se comporte en sociedad como el padre de Z, y X puede petitionar junto a Y una decisión de guarda conjunta, lo que les conferiría automáticamente la autoridad parental respecto de Z en virtud del derecho inglés.

En conclusión, dado que el transexualismo plantea cuestiones complejas de naturaleza científica, jurídica, moral y social, y no es objeto de una aproximación seguida en general por los Estados contratantes, la Corte considera que el art. 8 no implica que el Estado defensor se encuentre en la obligación de reconocer oficialmente como padre de una criatura a una persona que no es el padre biológico. En estas condiciones, la circunstancia de que el derecho británico no permita un reconocimiento jurídico especial de la relación que une a X y Z, no constituye un incumplimiento del respeto de la vida familiar en el sentido de dicha disposición.

No ha habido, por ende, violación del citado art. 8.

2.1.3. Art. 14 de la Convención combinado con el art. 8

El agravio invocado, según el art. 14, traduce una repetición del formulado con base en el art. 8, por lo que no hay razón de examinarlo separadamente.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (*Grande Chambre*, 24 jueces, 2 jueces expresaron una opinión concurrente y 6 una disidente), sentencia del 22-4-1997, *X, Y y Z c. Reino Unido*, en *Communiqués du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 7 de abril/2 de mayo de 1997, pp. 2/4.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[76]

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. ACCESO A LA JURISDICCIÓN (JURISPRUDENCIA/ESPAÑA).

Es reiterada doctrina constitucional que el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, consiste en la obtención de una resolución de fondo, pero ello no impide que el derecho también se satisfaga cuando el pronunciamiento jurisdiccional es de inadmisión, siempre que ésta se fundamente en causa prevista en la ley, interpretada en los términos más favorables a la efectividad del acceso a la jurisdicción para obtener una resolución de fondo y aplicada razonada y razonablemente (se trata de la impugnación de una sentencia judicial que no había admitido un recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA -Sala Primera-, sentencia del 12-03- 1996, n° 40/1996, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 44, enero-abril 1996, p. 428.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[77]

UNIVERSIDADES. ADOPCIÓN DE DECISIONES ACADÉMICAS. LIBERTAD DE ENSEÑAR. PROFESORES. DERECHOS. ESTABILIDAD (JURISPRUDENCIA/ALEMANIA).

La Cámara Primera de la Corte Constitucional Federal acogió favorablemente la pretensión de siete ex profesores de la ex Alemania Oriental que, si bien habían permanecido en las mismas condiciones de empleo luego de la reunificación alemana, fueron degradados al rango de "asistentes académicos", estatus que les daba una menor participación en la adopción de decisiones académicas. Este descenso en el estatus académico no se hubiera producido si la aptitud personal y calificaciones profesionales de estas personas hubieran quedado demostradas, y si ellos hubieran seguido cumpliendo las tareas propias de un profesor. La Corte resolvió, por lo tanto, que la ley de educación del Estado Federal de Sachsen-Anhalt, que entró en vigencia el 13 de octubre de 1993, era inconstitucional.

Los siete apelantes trabajan en instituciones de educación superior del Estado Federal de Sachsen-Anhalt, pero no fueron contratados como profesores luego de la reunificación, a pesar de que tenían las calificaciones necesarias. Impugnaron el parágrafo 118 (4) de la ley de educación de Sachsen-Anhalt, según el cual "quienes eran profesores durante la vigencia de la ley anterior pertenecen, en virtud de lo dispuesto por la presente, al grupo de asistentes académicos. Pueden... postularse ante la pertinente institución académica antes del 31 de octubre de 1994... para ser contratados como Profesores o en un cargo similar, si..".

Al ser asignados al grupo de asistentes académicos, la influencia que los apelantes tienen en la auto-administración de sus respectivas instituciones académicas se vio muy reducida. Si bien los asistentes académicos votan en la mayor parte de las cuestiones del régimen autónomo, sólo los profesores votan para tomar las decisiones vinculadas a los trabajos de investigación y a la contratación de otros profesores. Los apelantes sostienen que la ley que los asigna al grupo de asistentes académicos viola, por lo tanto, su derecho a la libertad de enseñanza que les garantiza el artículo 5 (3) de la Constitución.

La Cámara Primera reconoció la validez de esta pretensión, y explicó que el alto estatus que tienen los Profesores en la educación hace necesario que ejerzan una mayor influencia en la toma de decisiones, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5 (3) y el principio general de igualdad del artículo 3 (1) de la Constitución. Resultaba claro que los apelantes tenían las

calificaciones pertinentes y seguían actuando como profesores en sentido material; por lo tanto, tenían derecho a ejercer una mayor influencia en las decisiones.

La exigencia formal contenida en la ley de que los ex profesores volvieran a postularse para el cargo de profesores constituía una restricción a sus derechos constitucionales carente de toda justificación legítima.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 26-2-1997, 1 BvR 1864/94 y 1 BvR 1102/95, en Universidad de Saarland, Alemania, Internet.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[1]

ACTO ADMINISTRATIVO. NOCIÓN. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. ESTADOS DE EXCEPCIÓN. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD. ARBITRARIEDAD. BIEN COMÚN. CONTROL JUDICIAL. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. PERSONA HUMANA. DIGNIDAD HUMANA. ACCIÓN DE AMPARO (DOCTRINA/CHILE).

La Constitución Política, que constituye el alma del ordenamiento jurídico nacional, permite construir una noción sustancial de acto administrativo que tenga en cuenta su contenido y finalidad y, especialmente, el hecho de ser un medio de concretar la justicia, que es la finalidad misma del derecho.

1. Bases constitucionales de la noción

En las bases de la institucionalidad, la Constitución establece en su art. 1° -después de afirmar la igual dignidad de las personas y su libertad (inc. 1), que la familia es el núcleo básico de la sociedad (inc. 2), y la autonomía de los grupos asociativos (inc. 3)- que "el Estado está al servicio de la persona humana" y su misión es promover el bien común con pleno respeto de los derechos de las personas (inc. 4). Al hablar de Estado, se está aludiendo a "los órganos del Estado" cualquiera sea su naturaleza, función, actividad o jerarquía, como así también a quienes realizan o desarrollan la tarea administrativa (arts. 6° -incs. 1 y 2- y 7° -incs. 1 y 2-).

Al actuar los órganos del Estado con su misión de promover el bien común, han de tener muy en cuenta que la Constitución les prohíbe de manera perentoria e insoslayable que incurran en "diferencias arbitrarias", violando el derecho fundamental de la igualdad ante la ley. La arbitrariedad de un acto administrativo constituye un vicio que, en la medida en que afecta un derecho fundamental, sea en grado de amenaza, perturbación o privación del agraviado, otorga el derecho a deducir la acción de amparo general, la cual, de ser acogida, significaría dejar sin efecto el acto arbitrario por sentencia judicial.

Los actos administrativos de los órganos del Estado habilitados por la Constitución para adoptar medidas en estados de excepción constitucional, deben ser aplicados sólo en el tiempo o período en que dichos estados estén vigentes, pues tales medidas son proporcionadas a éstos. Si ello ocurre para los períodos de excepción, con mucha mayor razón es aplicable el principio de proporcionalidad en tiempo de normalidad.

2. Noción

Se conceptualiza al acto jurídico como "una ordenación racional unilateral dictada por un órgano estatal en ejercicio de función administrativa, que destinada a satisfacer una necesidad pública concreta, produce efectos jurídicos directos".

2.1. Ordenación

Dentro del concepto, se emplea este término con dos significados, a saber: "una orden" y "un orden". En efecto, el acto administrativo constituye "una orden" en cuanto implica un mandato, una decisión imperativa que crea efectos que se imponen y obligan tanto a sus destinatarios como a su propio autor. Ordena determinada actuación -v.gr. de dar, de hacer o no hacer- que obliga a quien beneficia o grava. Afecta situaciones de sujetos que se ven constreñidos o beneficiados, según el caso, por una decisión a la cual quedan obligados, vinculados o sometidos, en la medida en que tal decisión sea conforme con la Constitución y con las normas adecuadas que le sirven de sustento jurídico.

Esta orden origina una relación jurídica entre su autor y el o los destinatarios, relación que configura "un orden", "un ordenamiento" entre los sujetos que la constituyen (órgano del Estado en función administrativa que dicta dicha decisión/persona, usuario, ciudadano, contratista, funcionario, etc.). Este orden implica que en virtud de la decisión imperativa ("una" orden), los sujetos de la relación originada por ésta quedan colocados en posiciones jurídicas específicas, ya de supraordenación -acreedor-, ya de subordinación -deudor-. En un acto de gravamen, que afecta a su destinatario obligándole a ejecutar determinada prestación o abstenerse de actuar, será el autor del acto quien -por su propia decisión/acto administrativo- se colocará en posición supraordenada respecto del afectado, quien a su vez estará en posición subordinada de esa prestación que le ha sido impuesta.

2.2. Racional

Esta voz se entronca con la idea de que el acto administrativo es ejercicio de la razón, que se concreta en un juicio o dictamen de ésta, que está necesariamente provisto de fundamentación normativa y fáctica. Pero "racional" no indica solamente conforme a la razón, sino también significa que la decisión contenida en el acto administrativo ha de ser "proporcionada", es decir, debe existir una adecuación de medio a fin entre la decisión y la satisfacción de la necesidad que la decisión pretende obtener.

Asimismo, "racional" implica -en el ordenamiento constitucional chileno- que el acto administrativo no ha de contener una diferencia o discriminación arbitraria, ya que la Constitución así lo dispone de manera clara e imperativa. De no conformarse un acto administrativo con el deber jurídico de abstenerse de contener discriminación, aquél sería nulo, viciado de arbitrariedad, puesto que carecerá de la racionalidad exigida constitucionalmente para su validez.

El art. 20 de la Constitución prevé una acción de amparo -llamada vulgarmente "recurso de protección"- para todo aquel que se sienta amenazado, perturbado o privado en el ejercicio legítimo de uno de sus derechos fundamentales por un acto -u omisión- ilegal o arbitrario.

2.3. Unilateral

El acto administrativo emana de la sola voluntad del órgano dotado de potestad de decisión, sin que se requiera para su dictado del concurso concordante de sus destinatarios.

No es contradictorio con lo dicho que el acto administrativo sea dictado a petición de parte interesada, ni que ésta participe en el procedimiento en su etapa de instrucción. La unilateralidad exige que el dictado del acto emane de la voluntad decisoria de un órgano. Si se requiriera del concurso, acuerdo, o conjunción de varias voluntades, se estaría en presencia no de un acto administrativo sino de un contrato, convenio o acuerdo.

2.4. Órgano estatal en ejercicio de función administrativa

En la expresión utilizada por la Constitución (arts. 6 y 7), "órgano estatal" se refiere a que el autor del acto administrativo es una unidad, parte o elemento del Estado, de cualquiera de sus entidades, organismos, cuerpos o servicios que lo conforman y que la ley, de modo heterogéneo, ha ido creando a través de las épocas.

Con la diversificación de las actividades estatales en el campo administrativo, no es extraño que a organismos o entidades de naturaleza jurídica privada la ley les reconozca o, más bien, atribuya, potestades de poder público, y dicten actos administrativos afectando por sus decisiones unilaterales las situaciones jurídicas de terceros.

Se dice "en ejercicio de función administrativa" porque no sólo ejercen esta función los órganos de la llamada Administración del Estado, sino también los del Congreso Nacional y de los Tribunales de Justicia -aunque estos últimos ejercen una función administrativa *ad intra*, doméstica, atinente a su organización y funcionamiento internos y, asimismo, a la administración de sus bienes y la gestión de su personal, sin perjuicio de que sus actos también pueden afectar a terceros-.

2.5. Satisfacer una necesidad pública concreta

Este es el fin u objetivo que se persigue con el dictado de un acto administrativo. Es en razón de ello que el legislador habilita expresamente con poderes jurídicos públicos a un órgano determinado. La necesidad pública no debe entenderse sólo en el sentido de "público", como si se tratara de necesidades de todo el pueblo, de toda la comunidad, sino también de necesidades de las personas individualmente consideradas, o bien agrupadas en cuerpos asociativos. Lo "público" de la necesidad indica otra cosa, se denomina "pública" por cuanto el legislador ha estimado en su momento que la necesidad debe ser satisfecha por el Estado a través de su actividad administrativa unilateral.

Las necesidades de las personas deben ser satisfechas primariamente por ellas mismas; allí radica la responsabilidad de su propio destino, ya que el alma del cuerpo social es la iniciativa privada. Sólo en su defecto y aplicando el principio de subsidiariedad, debe entrar a actuar el Estado, supliendo a las personas sea por la imposibilidad de éstas de satisfacer dichas necesidades porque ello excede sus posibilidades (v.gr. policía, defensa), sea por su incapacidad temporal, porque carecen, por ejemplo, de los bienes necesarios para ello o de las capacidades fácticas o técnicas. En todo caso, el Estado debe fomentar, estimular y ayudar a que las personas tomen a su cargo la actividad en cuestión, en cuanto lo puedan hacer.

2.6. Que produce efectos jurídicos directos

Esta es la consecuencia jurídica que origina la decisión unilateral. Contrariamente a lo que suele predicarse en el derecho privado respecto de los actos jurídicos en cuanto "tienden a" producir efectos jurídicos y, por ende, pueden ser válidos pero ineficaces, los actos jurídicos típicos del derecho público -ley y acto administrativo- producen efectos jurídicos desde el instante mismo en que existen como tales, es decir, una vez terminado su proceso de elaboración (para la ley, con su publicación en el Diario Oficial, lo que sucede también para el acto administrativo, si es de efectos generales y, si es de efectos particulares, con su notificación).

Estos efectos no son otros que su "imperatividad" -se imponen tanto al autor como a sus destinatarios-, lo que conlleva su "obligatoriedad" y su "exigibilidad".

SOTO KLOSS, Eduardo (profesor titular de Derecho Administrativo - Facultad de Derecho, Universidad de Chile), "La noción de acto administrativo en el derecho chileno (una perspectiva sustancial)", en *Revista de derecho público*, Santiago de Chile, n° 60, julio-diciembre 1996, pp. 85/97. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[2]

BIENES CULTURALES. CONVENCIÓN UNIDROIT. COMERCIO ILEGAL. RESTITUCIÓN. COMPRADOR DE BUENA FE (DOCTRINA/INTERNACIONAL).

La Convención UNIDROIT sobre la devolución internacional de los bienes culturales robados o ilegalmente exportados (Roma, 24-6-1995), combate el comercio ilegal de bienes culturales. Su objetivo, por un lado, es el de asegurar la restitución de la propiedad robada, que permanece dentro del campo del derecho privado aun cuando la víctima sea una persona pública, y, por el otro, subvenir al retorno de los bienes exportados con desprecio de las normas estatales que protegen el patrimonio cultural nacional, lo que corresponde a cuestiones de derecho público y sólo puede ser demandado por el Estado interesado. La restitución de la propiedad robada puede ser obtenida por medio de una reglamentación material uniforme en tanto que la devolución de los bienes ilícitamente exportados exige una cooperación administrativa y judicial. En los dos casos, la suerte del comprador de buena fe reviste una importancia particular.

DROZ, Georges A. L. (ex Secretario general de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado), "La convention d'UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)", en *Revue critique de droit international privé*, Sirey, París, tomo 86, n° 2, abril-junio 1997, pp. 239/281, con texto completo de la Convención, pp. 282/290.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[3]

CIUDADANÍA. NATIVA. PRINCIPIO DE CAPACIDAD DE RESPUESTA. DEMOCRACIA. INMIGRANTES ILEGALES (DOCTRINA/EE.UU.).

La regla de la Constitución de los Estados Unidos que otorga la ciudadanía, entre a otros, a los hijos de los inmigrantes extranjeros que nacen en los Estados Unidos, actualmente está siendo atacada. Cabe defender dicha regla frente a los pedidos de reforma y a los argumentos favorables a una regla basada en la ascendencia. Para brindar la justificación normativa a una regla de ciudadanía se propone el Principio de la Capacidad de Respuesta (*Responsiveness Principle*) como alternativa a la teoría del consentimiento o confianza. De acuerdo a este principio, un gobierno debería tener capacidad para responder a los intereses de aquellas personas sobre las que ejerce su jurisdicción general. La actual regla del lugar de nacimiento constituye el mejor modo de implementar el principio de la Capacidad de Respuesta porque posibilita que las personas que están sujetas a las leyes tengan una voz efectiva para determinar su contenido. Asimismo, una modificación de la regla del lugar de nacimiento probablemente afecte la interpretación de otras cláusulas constitucionales, al comprometer la adhesión de la Constitución a la justicia política.

EISGRUBER, Cristopher L., "Birthright citizenship and the Constitution", en *New York University Law Review*, vol. 72, n° 1, abril de 1997, p. 54.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[4]

COMERCIO ELECTRÓNICO. CONCEPTO. INTERNET. COMERCIO INTERNACIONAL. USOS Y COSTUMBRES. ACTOS JURÍDICOS. FORMA. PRUEBA. EFECTOS JURÍDICOS (DOCTRINA/INTERNACIONAL).

El comercio electrónico, frecuentemente identificado con el uso del Internet, conoce un desenvolvimiento rápido y parece estar destinado a conmover numerosas costumbres establecidas, especialmente en cuanto a la forma y a la prueba de los actos jurídicos en las operaciones de comercio internacional. Más allá del fenómeno del Internet, es necesario entender como "comercio electrónico" la ordinarización de prácticas según las cuales, con el fin de producir determinados efectos jurídicos, los elementos de información son transmitidos o archivados bajo una forma desmaterializada en lugar de ser confiados al soporte de papel con el cual, hasta entonces, eran indisociables. La amplitud tomada por estas prácticas interroga al derecho sobre su aptitud para renovar el análisis de las relaciones jurídicas entre ausentes frente a un entorno en el que el documento de papel, concebido como el vector privilegiado y a veces obligatorio de la voluntad de las partes, no puede más jugar su rol tradicional. En efecto, desde hace varios años, las técnicas de comercio electrónico son ejecutadas en el marco de

sistemas cerrados, favorables a un tratamiento contractual de las cuestiones de forma y prueba. Su desarrollo entraña, además, la necesidad de concebir sistemas abiertos en los cuales las partes presentes no están necesariamente ligadas por un esquema contractual preestablecido. Esta evolución ha llevado a las organizaciones internacionales interesadas en facilitar el comercio internacional y su normalización por el derecho uniforme, a ocuparse de diversos aspectos del comercio electrónico. Más de diez años después de los primeros trabajos, un conjunto de recomendaciones, de contratos tipo, de reglas uniformes y, por último, una ley tipo, marcan los contornos imprecisos de un "formalismo electrónico" en transformación. Estos contornos se muestran como elementos que hacen progresar al comercio electrónico hacia un inevitable reconocimiento jurídico, esforzándose en preservar, en beneficio de los usuarios (partes, terceros y poderes públicos), los intereses defendidos por el formalismo tradicional.

CAPRIOLI, Eric. A. y SORIEUL, Renaud, "Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales", en *Journal du droit international*, Ed. Juris-Classeur, París, n° 2, 1997, p. 323/393. V., asimismo, en el anexo: "Ley-tipo sobre el comercio electrónico" de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (21a. Sesión, 28 de mayo/14 de junio 1996), en pp. 394/401.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[5]

CONFIANZA. ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO. SEGURIDAD JURÍDICA. VALOR JUSTICIA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. FUNDAMENTO. ACTO ADMINISTRATIVO. REVOCACIÓN. REVISIÓN JUDICIAL. COSA JUZGADA. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO. DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD ANTE LA APLICACIÓN DE LA LEY. LEY. RETROACTIVIDAD. LEYES PENALES. CAMBIO DE JURISPRUDENCIA (DOCTRINA/ALEMANIA).

1. Introducción

La seguridad jurídica es, como lo destaca el Tribunal Constitucional Alemán, un elemento esencial del Estado de derecho (BVerfGE 2, 380 (403); 253 (267)). Consolida, además, la libertad; en palabras de dicho Tribunal: "La libertad exige sobre todo la confiabilidad del orden jurídico. Ya que libertad implica ante todo la posibilidad de forjar la propia vida según proyectos personales. Una condición esencial para ello es que las circunstancias y factores que puedan influenciar eficazmente la materialización de tales proyectos y su ejecución, en especial la incidencia estatal sobre ello, puedan ser evaluadas confiablemente" (BVerfGE 60, 253 -268-).

Tal seguridad jurídica, en determinados casos, entra forzosamente en conflicto con la justicia del caso individual. En el ámbito del principio del Estado de derecho, la seguridad jurídica y la justicia del caso individual son posiciones de igual jerarquía.

La solución de los conflictos que nacen de la confrontación entre ambas le incumbe, en primer lugar, al legislador, que puede dar prioridad ora a la seguridad jurídica, ora a la justicia material -BVerfGE 3, 225 (237); 15, 313 (319 y sig.)-. En segundo lugar, pueden resolverse mediante proposiciones constitucionales; así la revocación de actos administrativos ilegítimos, aun antes de la regulación positiva en el párrafo 48 de la ley de procedimientos administrativos, estuvo sometida a limitaciones bajo el punto de vista de la protección de la confianza como elemento de la seguridad jurídica y expresión del principio del Estado de derecho.

En igual sentido, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado la

protección de la confianza como principio jurídico de la Comunidad.

2. Fundamentos y desarrollo de la seguridad jurídica

2.1. Fundamentos históricos y jus filosóficos de la seguridad jurídica

La creación del Estado moderno está asociada, inseparablemente, con la imperiosa necesidad de seguridad, lo que se explica por los desórdenes de fines de la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna. Con ello, la idea de seguridad estaba en primer plano y el interrogante de la justicia material cedió.

Sólo con las teorías del derecho natural del siglo XVII y XVIII resaltó con mayor fuerza la ambivalencia de protección y pérdida de libertad. Junto a la garantía de paz jurídica aparecieron otros contenidos de los fines del Estado: la idea de su delimitación y defensa.

La seguridad jurídica en el sentido de la certeza sobre el derecho vigente es fomentada por el derecho escrito y se vincula a la previsibilidad de las decisiones jurídicas individuales. A ello obedeció la idea de la codificación, del constitucionalismo, y del positivismo, escuela jurídica dominante en el siglo XIX, cuyos representantes orientadores del siglo XX -como Hans Kelsen y Gustav Radbruch- fueron significativamente protagonistas del Estado de derecho democrático, por el aspecto de la seguridad jurídica y la sujeción de los poderes del Estado al derecho.

2.2. Influencia de la seguridad jurídica sobre los poderes del Estado en particular.

La sujeción a la ley garantizada por el Estado de derecho rige para los tres poderes del Estado, aunque en diversa forma e intensidad.

El art. 20, párr. 3, de la Ley Fundamental lo pone de manifiesto: "El Poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes Ejecutivo y Judicial a la ley y al derecho".

2.2.1. Parlamento: Las normas individuales concretan la idea de la seguridad jurídica especialmente con la exigencia de precisión en los supuestos de hecho de las leyes.

Ejemplos de esta exigencia en la Ley Fundamental lo configuran, entre otros, el art. 80, párr. 1, conforme al cual el gobierno federal, un ministro o el gobierno estatal pueden ser facultados por ley a emitir decretos, pero el contenido, alcance y objeto de la facultad conferida deben estar determinadas en la misma ley.

El art. 103, párr. 2, establece que una acción sólo puede ser penada si su punibilidad estuvo determinada legislativamente antes de que la acción se cometiera (*nulla poena sine lege praevia*). Esta norma jurídica es tan importante para el orden jurídico-constitucional alemán, que fue mantenida en una reserva al art. 7 párr. 2 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Conforme al art. 101, párr. 2, de la Ley Fundamental, nadie puede ser privado de su juez legal. A este concepto "juez legal" también pertenece la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.

2.2.2. Poder Judicial: la fuerza de cosa juzgada de las decisiones judiciales rige como un firme elemento del principio del Estado de derecho. En tal medida, a la seguridad jurídica le corresponde prioridad sobre la justicia material.

La revisión de la causa es la excepción, que queda limitada a casos en los que mantener una sentencia errónea sería insoportable.

Así, por ejemplo, la revisión de una condena penal firme debe ser admitida cuando un testigo ha sido declarado responsable de un perjurio en perjuicio del condenado. Son admitidos plazos procesales para poder dar lugar a la fuerza de cosa juzgada, y con ello, al orden jurídico.

Por el contrario, la posibilidad de modificar la jurisprudencia vigente, constitucionalmente, tiene pocas limitaciones.

El Tribunal Constitucional Alemán ha establecido que los principios desarrollados para la modificación retroactiva de la ley, no pueden ser trasladados, sin más, a las modificaciones de la jurisprudencia.

2.2.3. Poder Ejecutivo: en este ámbito, la seguridad jurídica aparece, ante todo, en la firmeza de los actos administrativos. Su formulación en lo individual, en especial la ponderación de la seguridad jurídica, justicia del caso individual, protección de la confianza y flexibilidad de la administración pública, es -como ya se expuso- deber del legislador, en el marco de limitaciones constitucionales.

La seguridad jurídica es también un principio de autosujeción de la administración pública, aquí junto al principio general de la igualdad, y de la exigencia de la sujeción a la ley.

3. Grupo de casos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán

De la amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán con base en el alcance de las funciones del Estado, legislativa, ejecutiva y judicial, pueden formarse grupo de casos que, a su vez, permiten dividirse en subgrupos.

En ellos domina el grupo de casos "legislación" y con él el problema de la retroactividad de las leyes. En ello se manifiesta nítidamente la función de órgano de contralor de la legislación, ejercida por el Tribunal Constitucional.

De la doctrina extraída de los fallos analizados, surgen los principios sostenidos por el Tribunal Constitucional, que se describen en cada división.

3.1. Legislación

3.1.1. Mandato de precisión de las leyes

3.1.1.1. La seguridad jurídica exige claridad jurídica y precisión de la norma. Lo querido por el legislador debe ser reconocible.

Esta exigencia recepta la obligación de contenido material de la legislación moderna, de reglar una multiplicidad de contenidos en forma general-abstracta.

3.1.1.2. Por el reconocimiento de que ello es necesario, no se oponen a la exigencia constitucional de suficiente precisión de la norma:

- la necesidad de su interpretación,
- la utilización de cláusulas generales, cuya significación debe ser concretada por la administración y la jurisprudencia,
- la utilización de conceptos jurídicos indeterminados es tan admisible como la concesión de discrecionalidad a la administración ejecutora de la ley,
- si el legislador está frente al interrogante de si en una prescripción utiliza conceptos jurídicos indeterminados o si entra en particularidades, dispone de un margen de creación en el que, no por último, pueden incidir en su decisión consideraciones de su aplicación práctica.

3.1.1.3. Según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la norma debe estar formulada en sus presupuestos y contenidos de manera que los sujetos alcanzados por ella reconozcan la situación jurídica y puedan adecuar su conducta de conformidad.

3.1.1.4. Es admisible la utilización de un concepto que ha sido suficientemente concretado por la jurisprudencia, por ejemplo el concepto de "seguridad y orden público".

En sentencia BVerfGE 54,143, el Tribunal Constitucional ha dicho que "la utilización de la cláusula general del derecho policial no es... problemática, porque en décadas de desarrollo de la jurisprudencia y doctrina está suficientemente precisada en su contenido, objetivo y medida, aclarada en su significado y consolidada en el usual lenguaje jurídico".

3.1.1.5. En el derecho penal las exigencias son más severas. El art. 103, parr. 2°, de la Ley Fundamental sienta el principio de *nulla poena sine lege* como derecho equivalente a los fundamentales.

El destinatario de la norma debe poder prever si su conducta es punible o no. Ello no excluye la utilización de conceptos de necesaria interpretación, mientras sea reconocible en casos límites el riesgo de sanción.

3.1.2. Retroactividad de la ley

3.1.2.1. Generalidades

En la dimensión temporal la seguridad jurídica significa, ante todo, protección de la confianza en la continuidad de las leyes. El ciudadano que ha ajustado su conducta conforme a una determinada regulación desea estar protegido de que las disposiciones no sean menoscabadas por modificaciones posteriores del derecho, y espera que su confianza en el derecho por el que se ha orientado no sea defraudada. Esa confianza, no solamente pero ante todo, es afectada por modificaciones retroactivas de la ley.

3.1.2.2. Inadmisibilidad constitucional de leyes penales retroactivas

Está constitucionalmente reglado la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (art. 103, párr. 2, de la Ley Fundamental); sin embargo el Tribunal Constitucional también tuvo que ocuparse de dicha problemática.

Así la prescripción del asesinato y del genocidio, también se suspendió para hechos que tuvieron lugar antes de dicha modificación legislativa.

No obstante, el Tribunal Constitucional no consideró que la prolongación de la suspensión del plazo de prescripción haya sido una aplicación retroactiva de la ley penal, ya que no estaría afectado el tipo legal, sino sólo su perseguibilidad.

3.1.2.3. Retroactividad auténtica y no auténtica de las leyes

El Tribunal Constitucional Federal, que no considera inadmisibles en general la retroactividad de leyes, desarrolló una diferenciación entre la llamada retroactividad auténtica y no auténtica, y la mantuvo a pesar de haber sido objeto de vehementes críticas y votos en disidencia en el seno mismo del Tribunal.

Ultimamente, la Sala Segunda del Tribunal modificó la terminología y en lugar de referirse a "retroactividad no auténtica", lo hace a "vinculación retroactiva fáctica".

3.1.2.3.1. Diferencia entre retroactividad auténtica y no auténtica

La distinción entre la retroactividad auténtica y no auténtica es de gran importancia práctica, ya que mientras la primera es inadmisibles, la segunda es fundamentalmente admisible.

Existe retroactividad de las leyes cuando ordenan con un nuevo derecho una situación jurídica existente con efectos en el pasado, sustituyendo el orden jurídico vigente en períodos anteriores por uno diferente.

La retroactividad auténtica de una ley sólo está dada cuando la ley interviene con posterioridad en situaciones fácticas pertenecientes y concluidas en el pasado. Se trata de un efecto retroactivo de consecuencias jurídicas, por el alcance retroactivo del ámbito temporal de una norma.

Si por el contrario una ley incide en situaciones fácticas actuales aún no concluidas y en relaciones jurídicas para el futuro, se trata de retroactividad no auténtica. Es decir de una retrovinculación fáctica.

3.1.2.3.2. Inadmisibilidad fundamental de retroactividad auténtica

Según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la retroactividad auténtica es fundamentalmente inconstitucional, ya que leyes gravosas que se acompañan con auténtica retroactividad, regularmente son inconciliables con el Estado de derecho, a cuyos elementos esenciales pertenece la seguridad jurídica, que, para el ciudadano, implica protección de confianza.

De este principio el Tribunal Constitucional hace las siguientes excepciones, basadas en que, en esos casos, la confianza del ciudadano en una determinada situación jurídica, objetivamente no estaría justificada:

- el caso del ciudadano que debía contar para el período al que la ley retroactiva se refiere, con la nueva regulación;
- cuando la situación jurídica vigente era poco clara y confusa, la regulación era inválida o contraria al sistema, y es reemplazada por una válida y conforme a él;

- cuando razones apremiantes del bienestar común justifican la retroactividad;
- en casos insignificantes en vista de los efectos objetivos o jurídicos, no en vista de la pequeña cantidad de ciudadanos afectados.

3.1.2.3.3. Admisibilidad fundamental de retroactividad no auténtica

Mientras las leyes con efecto retroactivo auténtico sólo se presentan raramente, la llamada retroactividad no auténtica juega un rol cada vez más importante. La razón es manifiesta: casi todas las leyes que reglan un ámbito jurídico o una cuestión jurídica diferente para el futuro, se enfrentan a situaciones fácticas, derechos o relaciones jurídicas, que ya se crearon en el pasado pero aún subsisten como relaciones contractuales a largo plazo (ej. contratos de locación), franquicias impositivas por varios años (ej. amortizaciones en la construcción de viviendas) y, ante todo, las expectativas jurídico-sociales proyectadas por toda una vida (haberes pasivos-pensiones, jubilaciones, retiros).

La retroactividad no auténtica fundamentalmente es considerada admisible por el Tribunal Constitucional Federal. Esta "regla jurídica" puede ser excepcionalmente violada cuando en la evaluación del caso particular, la confianza sobre la subsistencia de una determinada regulación se impone sobre el bien de la comunidad.

Hasta 1976 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal -reglamentariamente competente en cuestiones de derecho político- sólo en una decisión aceptó la inconstitucionalidad de una retroactividad no auténtica, frente a más de veinte decisiones en las que confirmó su constitucionalidad.

Por el contrario, la Sala Primera del Tribunal -competente en cuestiones de "derechos fundamentales"-, declaró la inconstitucionalidad en cuatro de seis pronunciamientos sobre casos de modificaciones de leyes, por insuficiente regulación de las normas transitorias. Tal jurisprudencia que exigió una regulación transitoria en el caso de suspensión de situaciones jurídicas amparadas, se mantuvo con posterioridad, aun cuando la intervención en sí misma era constitucionalmente admisible.

3.1.3. Garantía de plan y garantía de continuidad

El ciudadano no puede confiar en que las leyes vigentes se mantengan sin modificación, ni partir de la base que el legislador actuará de determinada manera.

La protección de la confianza sólo interviene cuando el legislador toma parte en situaciones jurídicas o fácticas, que se formaron bajo el derecho vigente.

Esta constelación también alcanza aquellos casos que se discuten bajo las voces "garantía de plan" o "autovinculación del legislador por promesas". Un caso típico es la cesación anticipada de una franquicia tributaria. Puede citarse como ejemplo la norma de asistencia a Berlín en su regulación original, que tras la construcción del muro favoreció inversiones en Berlín por un período determinado, y fundó una situación fáctica en la que pudieron confiar los contribuyentes.

Al pronunciarse sobre el punto, el Tribunal Constitucional equiparó el caso a la llamada retroactividad no auténtica de leyes, y en la evaluación dejó primar la finalidad legislativa sobre el interés en la confianza.

La decisión fue criticada con sobrada razón, ya que el Tribunal debió haberse orientado hacia los principios de retroactividad auténtica o hacia el derecho de propiedad.

Es interesante resaltar que la Corte de la Comunidad Europea, en situaciones que guardan analogía, haya hecho primar la idea de la protección de la confianza, quizás también para que el ciudadano no sea ahuyentado de tomar parte en tales programas estatales comunitarios.

3.1.4. Nulidad de leyes

Problemas de protección de la confianza también pueden ocasionarse cuando el Tribunal Constitucional Federal declara la nulidad de una ley *ex tunc*, pero el ciudadano había depositado su confianza en ella, adoptando disposiciones correspondientes.

3.2. Administración

3.2.1. Cancelación y revocación de actos administrativos

En el derecho administrativo existe un ámbito de tensión entre dos principios de raigambre constitucional: la legitimidad de la administración, que requiere la juridicidad de actos administrativos, y la seguridad jurídica, que proteja la confianza del ciudadano en la subsistencia de actos administrativos, eventualmente también de actos administrativos antijurídicos.

El Tribunal Constitucional Federal dijo, en su resolución del 1 de julio de 1953, que el principio del Estado de derecho contiene como integrante esencial la garantía de la seguridad jurídica. Esta exige no sólo un transcurso ordenado del procedimiento para descubrir el derecho, sino también una conclusión de aquello cuya existencia jurídica está asegurada. Es inconciliable con la garantía de la seguridad jurídica, que actos del poder estatal que concedieron al particular, en virtud de una situación fáctica concluida, una determinada posición jurídica, sean dejados de lado sólo porque hubo un cambio en la concepción jurídica.

Consecuentemente, el Tribunal Administrativo Federal desarrolló principios para la cancelación de actos administrativos que dan cuenta de la protección de la confianza (tutelabilidad de la confianza, incrementada protección de actos administrativos legítimos, etc.), que fueron confirmados por el Tribunal Constitucional Federal, entre otras, en la resolución del 16 de diciembre de 1981 [BVerfGE 59,128 (167)].

3.2.2. Promesas

La promesa es un compromiso otorgado por la autoridad competente de emitir u omitir más adelante un acto administrativo. Tiene el sentido de transmitir certeza al ciudadano sobre la futura conducta de la administración y darle con ello una base firme para sus propias disposiciones.

En tanto la promesa es vinculante y legítima, no interesa el principio de protección de la confianza, ya que la promesa por sí misma protege la confianza.

Pero la protección de la confianza se torna actual, cuando la promesa es ilegítima o cuando las circunstancias de las que partió la autoridad al otorgar la promesa se han modificado con posterioridad.

El art. 38 párr. 2° de la Ley de Procedimientos Administrativos trata a la promesa ilegítima como a un acto administrativo ilegítimo y, según esto, de acuerdo a los principios de la cancelación para ello vigentes.

3.3. Jurisprudencia

Es misión de la jurisdicción concluir definitivamente una controversia jurídica por medio de una sentencia con fuerza de cosa juzgada y servir con ello a la paz jurídica y a la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica requiere que irrupciones a dicha fuerza sean la excepción. Por ello se ponen severos presupuestos a la reapertura del procedimiento.

Se pueden presentar problemas de protección de confianza cuando los tribunales se apartan de la jurisprudencia sostenida hasta ese momento y en la que el ciudadano confió.

La obligación de los tribunales de resolver según sus convicciones jurídicas (arts. 20.3 y 97.1 de la Ley Fundamental), excluye una vinculación de los tribunales inferiores a la jurisprudencia de los tribunales supremos. Este principio se confirma porque regulaciones procesales especiales ordenan esa vinculación, cuando ello está dado por la naturaleza de la cuestión.

Así, una eventual confianza del ciudadano en que los tribunales inferiores resolverán conforme la jurisprudencia de los supremos, no está protegida; el ciudadano debe contar con un cambio.

Tampoco los tribunales supremos están sujetos a su propia jurisprudencia.

4. Conclusión

La seguridad jurídica se ha revelado como un desafío para la jurisdicción constitucional, que sin embargo la ha seguido, no sin críticas.

En el futuro se plantearán grandes desafíos cuando la confianza en los seguros de salud existentes sufran algunas decepciones, en vista de su realidad financiera. Va a ser misión del Tribunal Constitucional Federal, bajo consideración de dicha realidad y del margen de creación del legislador, concretar la necesaria fuerza directriz de la Constitución.

STREINZ, Rudolf (Catedrático de Derecho Público, Constitucional y Europeo -Universidad de Bayreuth-, y Director del Instituto de Derecho Alimentario), "Seguridad jurídica como desafío a la jurisdicción constitucional", traducción de Rodolfo Witthaus (Profesor de Derecho - Universidad de Buenos Aires), en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Biblioteca Jurídica Diké, Colombia, 1a. edición, 1997, pp. 121/154.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[6]

DERECHO COMUNITARIO. PRIMACÍA. DERECHO INTERNO. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS. DERECHOS DE LOS PARTICULARES (DOCTRINA/COMUNIDAD EUROPEA).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (**TJCE**), al establecer, respecto de las autoridades nacionales, una red de obligaciones cada vez más cerrada, ha sabido hacer penetrar, siempre con más profundidad, las exigencias comunitarias en el corazón de los derechos internos. A este fin, el juez no ha dudado en enriquecer, cuando no renovar, su aproximación al contencioso nacido de las violaciones por los Estados de sus obligaciones comunitarias. Según D. Simon, "la afirmación de la primacía incondicional del derecho comunitario, puesta exclusivamente en términos de conflictos de normas, no es suficiente para satisfacer las exigencias de aplicación de un derecho que, por su naturaleza misma, afecta los intereses concretos de los operadores económicos". La protección patrimonial de los particulares debe estar asegurada igualmente. Es así que el **TJCE** va a hacer pesar sobre las autoridades nacionales, una verdadera obligación de reparar mediante su decisión *Francoovich y Bonifaci* (19-11-1991): "el derecho comunitario impone el principio según el cual los estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del derecho comunitario que le son imputables". El juez consagra, explícitamente, un principio de responsabilidad estatal de origen comunitario, puesto que es inherente al sistema del tratado. Superando la aproximación formal a la jerarquía de las normas, esta decisión permitirá concretar la preeminencia comunitaria en el plano material y financiero. El principio de responsabilidad que se impone a los Estados traduce un derecho a la reparación en beneficio de los particulares. Se trata del perfeccionamiento de la construcción jurisprudencial que tiende, simultáneamente, a asegurar la eficacia de las normas comunitarias y a garantizar plenamente la protección de los derechos de los particulares. Estos dos elementos constituyen, además, según el **TJCE**, dos de los fundamentos intrínsecamente ligados del nuevo principio comunitario. Estos contribuyen, entonces, a la realización de los que la **TJCE** ha llamado "Comunidad de derechos".

Un problema arduo ligado al establecimiento de las condiciones de la responsabilidad nacional quedaba en pie. Sobre este punto las decisiones antes mencionadas habían sido objeto

de interpretaciones contradictorias. "¿El Estado, actuando en el marco de sus actividades normativas, debe ser sometido a un régimen común o específico de responsabilidad?. Según J. Purot, "una bola de cristal jurídica no sería inútil para determinar cómo este derecho a reparación puede ser aplicado". Todo ello ha dado lugar a diversas cuestiones prejudiciales, a las cuales el TJCE ha respondido en los asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* (5-3-1996). Las decisiones posteriores van a ejecutar y precisar las soluciones consagradas en estos últimos precedentes.

De tal manera, la construcción jurisprudencial en juego se ha realizado por toques sucesivos; si bien existen decisiones más antiguas a partir de las cuales se podían descubrir las reglas relativas a la responsabilidad estatal, esta decisión inicial había sido parcial y abandonada. Después de la decisión *Francovich* y *Bonifaci* que establece y funda el principio de responsabilidad estatal, los asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame* permitirán al juez precisar las modalidades de la aplicación del principio de responsabilidad. Es conveniente distinguir la consagración del principio abstracto de responsabilidad (*Francovich* y *Bonifaci*) y la determinación del régimen concreto de responsabilidad (*Brasserie du pêcheur* y *Factortame*). El TJCE va a establecer este régimen procediendo a una comunitarización integral de las condiciones de ejercicio de los recursos nacionales, es decir, tomando como modelo el art. 215 del Tratado de la Comunidad Europea relativo a la responsabilidad comunitaria. El TJCE sustenta el conjunto del sistema sobre un "principio general conocido en el orden jurídico de los Estados miembros, según el cual una acción o una omisión ilegal irroga la obligación de reparar el perjuicio causado"; las responsabilidades nacional y comunitaria no serían más que una expresión de un único y mismo principio.

Descomponiendo el razonamiento del TJCE, parece interesante reconstruirlo mostrando cómo el TJCE va del principio (capítulo I) al régimen de responsabilidad (capítulo III) pasando por el citado art. 215 (capítulo II).

FINES, Francette (*Maître de conférences* en derecho público - Universidad Montesquieu-Bordeaux IV), "Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire?. Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur", en *Revue trimestrielle de droit européen*, Sirey, París, n° 1, enero-marzo 1997, pp. 69/101.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[7]

DERECHOS DE AUTOR. COPYRIGHT. NUEVAS TECNOLOGÍAS (DOCTRINA/ EE.UU.).

Los avances en la tecnología de reproducción han multiplicado las fotocopiadoras, videograbadores, *modems*, computadoras, redes y grabadores baratos, capaces de hacer copias de alta calidad. Estos productos económicos han mejorado la difusión de información a todos los miembros de la sociedad. Lamentablemente, el bajo precio y amplia disponibilidad de estas herramientas también ha causado un aumento drástico en la reproducción no autorizada de trabajos protegidos por derechos de autor.

Además de facilitar un copiado rápido y económico, estas nuevas tecnologías permiten que los copiadorees personales y comerciales actúen de un modo casi indetectable. Por ejemplo, los usuarios de Internet pueden anónimamente enviar cientos de copias de un trabajo protegido por derechos de autor a su familia y amigos a través de su *e-mail*. En forma similar, los copiadorees privados pueden realizar sin esfuerzo cientos de copias de un libro en la intimidad de los hogares.

A primera vista, podría parecer que el actual sistema de derechos de autor se enfrenta a

la amenaza de su obsolescencia, en razón del riesgo que las nuevas tecnologías imponen a la posibilidad que tienen los titulares de dichos derechos de hacerlos valer. Sin embargo, un análisis más riguroso revela que el sistema está respondiendo efectivamente a esas tensiones - mediante las soluciones brindadas por la industria, y la flexibilidad judicial- y permite un nivel aceptable de protección.

SRIKANTIAH, Jayashri, "The Response of Copyright to the Enforcement Strain of Inexpensive Copying Technology", en *New York University Law Review*, vol. 71, n° 6, diciembre de 1996, p. 1634. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[8]

DERECHOS HUMANOS. UNIVERSALIDAD. SISTEMAS REGIONALES. CONFESIONALISMO. RELATIVISMO CULTURAL (DOCTRINA/INTERNACIONAL).

1. La universalidad de los derechos del hombre

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 merece dicha calificación desde un triple punto de vista: por su concepción, por los destinatarios a los que se dirige y por su contenido. Esta Declaración no es una simple ampliación a escala mundial de las contenidas en las constituciones nacionales. Protege a los seres humanos sin distinción, en todos los lugares, cualquiera sea el régimen del país en que viven y el grupo al que pertenecen. Pero es, ante todo, ecuménica por su concepción. Carente de todo espíritu de competencia nacional, doctrinaria, confesional, no consagra el triunfo de un sistema metafísico o social ni intenta conciliaciones imposibles de teorías adversas. La Declaración ha obtenido la adhesión del conjunto de países democráticos, de las democracias populares, de las naciones recientemente emancipadas de los diversos continentes, y de las iglesias.

Algunas de estas apreciaciones pueden parecer muy optimistas ya que la universalidad de la Declaración era, al tiempo de su adopción, muy relativa ya que la adhesión de la Unión Soviética y de los países socialistas era sólo verbal.

En la década de 1980 y a raíz del surgimiento del Tercer Mundo, comenzó a cuestionarse esta universalidad de inspiración liberal, comparándola con los Pactos de 1966 que fueron obra de una mayoría socialista-moderada.

Sin embargo, esta contestación del carácter universal de la Declaración permaneció esencialmente académica y, más allá de ese ámbito, sus autores no rechazaron la idea de la universalidad de los derechos del hombre. Esta noción no fue atacada seriamente en la Primera Conferencia Mundial sobre los Derechos del Hombre (Teherán, 22 de abril al 13 de mayo de 1968). Antes bien, la Proclamación que allí se hizo destacó muy claramente el valor de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, "que expresa la concepción común que tienen los pueblos del mundo entero de los derechos inviolables inherentes a todos los miembros de la familia humana y constituye una obligación para los miembros de la comunidad internacional".

2. El cuestionamiento de esa universalidad

Esa universalidad triunfante fue posteriormente cuestionada, al principio en forma moderada por el desarrollo del regionalismo, y luego de modo más radical por la aparición del confesionalismo y del relativismo cultural.

2.1. La contestación moderada del regionalismo

El debate entre universalidad y regionalismo en materia de derechos del hombre es

antiguo, y si bien sus ideas fundamentales son bien conocidas, lo cierto es que han evolucionado en los últimos años. Pese a que la coexistencia, y eventual armonía, de los sistemas regionales y universales de protección de los derechos del hombre planteó y sigue planteando problemas, no existía realmente oposición de principio y fundamento entre estas dos aproximaciones al problema. Esto no parece ser precisamente el caso en la actualidad.

Los primeros sistemas de protección regional de los derechos del hombre no se hicieron tomando como parámetro opuesto al sistema universal. Por el contrario, la Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada el 4 de noviembre de 1950, constituye una prolongación de la Declaración Universal de 1948 y se presenta como un complemento de dicho texto, destinado a brindarle una eficacia concreta mediante el establecimiento de un mecanismo de control que debía conocer un progreso considerable y que ha demostrado su dinamismo y capacidad de adaptación, especialmente por la aprobación del Protocolo n° 11. Ya en el primer párrafo del preámbulo de la Convención, los Estados europeos se refieren a la Declaración Universal y, en el último párrafo, se declaran resueltos "a tomar las primeras medidas necesarias para asegurar la garantía colectiva de ciertos derechos enunciados en la Declaración universal". Es decir, los autores de la Convención Europea tuvieron mucho cuidado de situarse dentro de la Declaración Universal y de apartar toda incompatibilidad entre estos dos textos que reflejan una misma visión de los derechos del hombre.

El regionalismo americano adopta la misma actitud, a pesar de que los autores latinoamericanos remarcan de buena gana que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptada en Bogotá en 1948 es anterior a la Declaración Universal. El preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, se refiere, además, a los dos textos y subraya que los principios que éstos consagran "han sido reafirmados y desarrollados por otros documentos internacionales, de alcance tanto universal como regional". Quienes han estudiado a fondo el sistema regional americano de protección de los derechos del hombre destacan que, si bien éste presenta particularidades interesantes, no revela ninguna contradicción con el sistema universal.

En cambio, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos del 26 de junio de 1981, aun cuando rinde homenaje a la Declaración Universal y proclama que "los derechos civiles y culturales son indisociables, tanto por su concepción como por su universalidad", en el preámbulo insiste en la necesidad de tomar en cuenta las características propias de los Estados africanos, "las virtudes de sus tradiciones históricas y los valores de la civilización africana, que deben inspirar y caracterizar sus reflexiones sobre la concepción de los derechos del hombre y de los pueblos". Muchos comentaristas de la Carta han insistido en los elementos originales de este texto que traducen las características singulares africanas: la afirmación de los deberes y no solamente de los derechos, la dimensión colectiva y grupal reconocida a los derechos, la importancia que se otorga a la familia, etc. A esto puede agregarse que los autores de la Carta, al enumerar las fuentes del derecho que debe aplicar la Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, mencionan no solamente la Declaración Universal (art. 60), sino también, de manera maliciosa, los "principios generales de los derechos reconocidos por las naciones africanas" (art. 61), fórmula que evoca irresistiblemente los términos del estatuto de la Corte Internacional de Justicia que se refiere a los "principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (art. 38). Se puede ver allí un gesto de burla a un texto arcaico, con resabios colonialistas.

En cuanto a los Estados árabes, al principio estuvieron divididos en relación a la Declaración Universal, pero gradualmente se fueron adhiriendo a los Pactos de 1966 y al universalismo de las Naciones Unidas, no sin reticencias o reservas mentales. El regionalismo árabe en materia de derechos del hombre es, además, bien tímido. La Carta Árabe de Derechos del Hombre fue adoptada por el Consejo de la Liga de Estados Árabes el 15 de septiembre de

1994. En este documento se reafirma la adhesión de los Estados árabes a la Declaración Universal y a los Pactos de 1966, pero se insiste especialmente en los "principios eternos definidos por el derecho musulmán" y en la nación árabe.

El continente asiático no constituye verdaderamente una entidad regional en el área de las relaciones internacionales, aunque algunas agrupaciones subregionales comienzan a manifestar un vigor que no puede ignorarse. Sorprende especialmente el desinterés de los Estados asiáticos en la adopción de instrumentos regionales de protección de los derechos del hombre, que oculta una contestación profunda del universalismo que está trasladándose, crecientemente, a todos los continentes en nombre de la religión y del relativismo cultural.

2.2. La contestación radical del confesionalismo y del relativismo cultural

Si bien las iglesias reconocieron la Declaración Universal, el despertar de las religiones y del confesionalismo representa un riesgo serio para la universalidad de los derechos del hombre, muchas veces vinculado a su fuente de inspiración laica. Por otra parte, la contestación cada vez más radical de la universalidad se apoya en el relativismo cultural, que actualmente parece estar progresando en forma considerable.

La afirmación de la necesidad de contar con instrumentos regionales de protección de los derechos del hombre no cuestiona fundamentalmente la universalidad de estos derechos, y aspira a lograr que se tomen en cuenta las especificidades regionales sin dejar de respetar el imperativo de universalidad. En cambio, las concepciones confesionales de los derechos del hombre generan el riesgo de dar un golpe fatal a ese imperativo, porque las grandes religiones - pese a su proclamada tolerancia-, frecuentemente son "totalitarias" ya que aspiran a gobernar la totalidad de la vida espiritual y material, religiosa y política de los hombres.

La contestación de la universalidad en nombre de la religión emana esencialmente del Islam, que reivindica en beneficio propio una vocación a la universalidad. La Organización de la Conferencia Islámica (O.C.I.), que ha empezado trabajos sobre el tema, todavía no ha terminado de elaborar un texto definitivo. En cambio, existen numerosas iniciativas en ámbitos no oficiales o semioficiales, de las cuales una de las más conocidas es la del Consejo Islámico para Europa, que proclamó el 19 de septiembre de 1981, en París, en el seno de la UNESCO, una Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre. Es interesante estudiar estos proyectos que cuestionan en diverso grado el principio de la universalidad de los derechos del hombre. Un buen conocedor de la materia, Jean-Claude Vatin, estima que estos textos se caracterizan simultáneamente por "un deseo de ubicarse en el cuadro universal fijado por la Naciones Unidas" y por un "deseo no menos evidente de distinguirse por ciertos rasgos, para no insistir en las particularidades regionales sino en las diferencias culturales, el carácter religioso del individuo y su relación con la divinidad, y en los textos y tradiciones sagradas que generan dependencias y obligaciones de naturaleza especial".

Los textos que se ubican en la perspectiva de la religión musulmana, como la Carta Árabe de los Derechos del Hombre de 1994, al adherirse a la universalidad de las Naciones Unidas, deben leerse a la luz de los preceptos del Corán. Es decir, si bien la formulación de los derechos puede parecer muy clásica e incorporarse a la de los textos universales, en realidad debe ser interpretada en un sentido que tiene un riesgo grave de contradecir el admitido en el plano universal.

La contestación de la universalidad de los derechos del hombre es todavía más radical si se adoptan concepciones favorables al relativismo cultural. La Carta Africana de Derechos de Hombre y de los Pueblos contiene rasgos de este tipo de concepciones. Pero lo cierto es que estos enfoques evolucionaron en los últimos años y se pusieron particularmente de manifiesto durante los trabajos preparatorios de la Segunda Conferencia Mundial de los Derechos del Hombre organizada por las Naciones Unidas. El continente asiático abrió el combate en este área, pero encontró ecos favorables en el continente africano y en el mundo latinoamericano. Se alegó que ciertos pueblos y sociedades no conocen la noción de Estado, mientras que en

Occidente los derechos del hombre se construyen por oposición a los del Estado. Algunos invocaron el subdesarrollo para sugerir una suerte de "dualidad de normas" en un dominio en que casi no se esperaba encontrarla. Pero en los Estados Unidos se realizaron debates interesantes alrededor de las tesis de Samuel P. Huntington sobre el "choque de las civilizaciones", especialmente a partir de un coloquio que se realizó en la Universidad de Princeton entre el 24 y el 16 de mayo de 1996. Si bien las discusiones están lejos de su conclusión, en esa perspectiva la Conferencia de Viena de 1993 marca una etapa importante.

3. La universalidad de los derechos del hombre reafirmada

La universalidad de los derechos del hombre muchas veces fue presentada como la máscara del imperialismo occidental, especialmente europeo o norteamericano. Esto es lo que Richard Falk ha denominado la "falsa universalidad", a la que opone una verdadera universalidad que asegura una participación equitativa a las grandes formas de civilización. En un orden de ideas un poco diferente, se ha impugnado la universalidad de los derechos del hombre en la medida en que está concebida en términos de la persona europea, de sexo masculino y de raza blanca. Todas estas críticas han obstaculizado los trabajos preparatorios de la Conferencia de Viena de 1993, y especialmente las reuniones que se realizaron en Túnez del 2 al 6 de noviembre de 1992 para África, en San José de Costa Rica del 2 al 6 de noviembre de 1993 para América Latina y el Caribe, y sobre todo en Bangkok del 29 de marzo al 12 de abril de 1993 para Asia. Se cuestionaron allí seriamente las bases filosóficas y políticas al igual que los fundamentos jurídicos de la universalidad de los derechos del hombre. Es por eso que la reafirmación de la universalidad de los derechos en la Declaración y en el Programa de Acción de Viena, fue presentada como un gran triunfo diplomático. Dicha afirmación ha aportado ciertas precisiones y afirmado la noción de la universalidad, que aún suscita algunos interrogantes.

3.1. Confirmación de la universalidad de los derechos del hombre

La reivindicación de la especificidad apareció claramente en las reuniones preparatorias de la Conferencia de Viena, que debían conducir a una reformulación de ciertas normas universales en el contexto de un instrumento regional. Por otra parte, los Estados asiáticos afirman que no constituyen una región suficientemente homogénea como para establecer mecanismos regionales muy elaborados. Pero sobre todo, muchos de ellos invocan la soberanía nacional para oponerse a toda usurpación excesiva de las instancias internacionales. La posición que China adoptó en Bangkok es perfectamente clara a este respecto: "la soberanía de los Estados es la base del ejercicio de los derechos del hombre. Sólo estando plenamente respetada la soberanía de los Estados puede estar plenamente asegurada la vigencia de los derechos del hombre". Detrás de esas afirmaciones se perfila evidentemente la situación del Tíbet o los sucesos de Tien An Men. Pero el argumento del artículo 2, inc. 7 de la Carta de las Naciones Unidas fue constantemente invocado en las Naciones Unidas, frente a Sudáfrica en relación al *apartheid* y frente a la Unión Soviética por Afganistán.

A partir de la inauguración de la Conferencia de Viena, el 14 de junio de 1993, el Secretario General de las Naciones Unidas puso el acento en la necesidad de reafirmar la universalidad de los derechos del hombre, y en que la satisfacción de este objetivo era el primer imperativo de la Conferencia. Afirmó que esta universalidad es "inherente" a los derechos humanos; no se decreta y "no constituye la expresión de la dominación ideológica de un grupo de Estados sobre el resto del mundo". Además, si "el Estado ha de ser el mejor garante de los derechos del hombre, corresponde a la comunidad internacional sustituir a los Estados incumplidores, es decir, que esta función corresponde a las organizaciones internacionales, universales o regionales. Allí existe una construcción jurídica e institucional que no tiene nada de chocante y que no parece atentatoria de la concepción moderna que tenemos de la soberanía".

La Conferencia de Viena, a través de la Declaración adoptada el 25 de junio de 1993, retoma esas ideas y el tema de la universalidad vuelve a ser un tema central. Subraya que "la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que constituye un modelo común a seguir por todos los pueblos y por todas las naciones, es la fuente de inspiración de la Organización de las Naciones Unidas y la base a partir de la cual ésta progresivamente ha elaborado las normas enunciadas en los instrumentos internacionales vigentes en el dominio considerado...". La Declaración de Viena afirma que "el carácter universal de esos derechos y libertades es incuestionable" (Sec. 1), que el derecho al desarrollo "es un derecho universal e inalienable" (Sec. 10), que "los derechos fundamentales de los mujeres y de las niñas forman... parte de los derechos universales de la persona" (Sec. 18), que los mecanismos regionales "deberían reforzar las normas universales" en materia de promoción y de protección de los derechos del hombre (Sec. 37), etc.

La reafirmación de la universalidad de los derechos del hombre se inserta en una concepción "holística" de esos derechos que aparece muy claramente en el § 5 de la Declaración: "Todos los derechos del hombre son universales, indisociables, interdependientes y están íntimamente entrelazados", y "todos los Estados, cualquiera sea su sistema político, económico o cultural, tienen el deber de promover y proteger todos los derechos del hombre y todas las libertades fundamentales". Esta posición tan firme permite mencionar "la importancia de los particularismos nacionales y regionales y la diversidad histórica, cultural y religiosa", que asegura una satisfacción de principio a los partidarios del relativismo cultural, mientras mantiene la exigencia de la universalidad. En el mismo orden de ideas, los derechos reconocidos a los miembros de grupos minoritarios (Sec. 19), y a autóctonos, permiten afirmar "el valor y la diversidad de sus identidades, de sus culturas y de su organización social" (Sec. 20) sin volver a cuestionar la universalidad de los derechos del hombre.

Por lo tanto, se puede afirmar que la universalidad salió "consolidada" de la Conferencia de Viena, con toda la ambigüedad que oculta una expresión semejante. En efecto, el edificio de los derechos del hombre, el "templo" pacientemente construido por las Naciones Unidas podía parecer fisurado y vacilante; de aquí en adelante estará munido de una sólida estructura que debería facilitar una verdadera restauración.

3.2. La purificación de la universalidad de los derechos humanos

Puede considerarse que la Conferencia de Viena permitió progresar en el análisis de la universalidad de los derechos del hombre y graduarla, suavizarla, en ciertos puntos, y precisarla en otros. El regionalismo está presente como un complemento de la universalidad y debe reconocerse al relativismo cultural un lugar modesto que no pondrá en peligro el imperativo primordial de la universalidad.

En su discurso liminar, el Secretario General de las Naciones Unidas puso la tónica en el considerable trabajo de profundización de la noción de universalidad realizado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que ha definido los derechos civiles y políticos, al igual que los derechos económicos, sociales y culturales, después de los derechos de la solidaridad. El Secretario General se defendió de la acusación de ser irrealista: "Si las hendiduras ideológicas y las desigualdades económicas siguen siendo la realidad de nuestra sociedad internacional, ellas no constituirían las trabas al carácter universal de los derechos del hombre". Y agregó: "En la hora actual, considero menos urgente definir nuevos derechos que llevar a los Estados a adoptar los textos existentes y a aplicarlos en la práctica".

La Conferencia de Viena trabajó por esta vía. Se puede considerar que la fase normativa de la acción de las Naciones Unidas está en gran parte realizada. Pero, evidentemente, la elaboración de normas no resulta por sí misma suficiente, aunque sean universales, para asegurar la universalidad de los derechos del hombre. Todavía es necesario que los Estados se adhieran efectivamente a esas normas y que las apliquen concretamente. El aporte esencial de la Conferencia de 1993 reside en las precisiones que dio a este tema, no solamente a través de

la Declaración que formula los principios, sino también a través del Protocolo de Acción que es aún más detallado. La Declaración se congratula de los progresos realizados en la codificación de los instrumentos en materia de derechos del hombre, pero "desea fervientemente que los tratados relativos a los derechos del hombre sean ratificados universalmente" (Sec. 26). El Programa de Acción vuelve sobre este punto (Sec. 4) y pide a los Estados que formulen la menor cantidad posible de reservas (Sec. 5). Advierte también a los Estados los riesgos que genera la proliferación de instrumentos relativos a los derechos del hombre que perjudica la calidad de las normas. Para ayudar a los Estados a aplicar efectivamente los derechos del hombre, la Conferencia prevé la consolidación del Centro por los Derechos del Hombre de la Organización de las Naciones Unidas y la creación de un Alto Comisariado de los Derechos del Hombre, vieja idea que será efectivamente puesta en práctica. La Conferencia insiste también en el rol que juegan las instituciones nacionales en la promoción y protección de los derechos del hombre y en la necesidad de seguir las recomendaciones de la Organización.

La Conferencia de Viena de 1993, ha reencontrado también el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas, que en su art. 55 preveía que la Organización debía favorecer "el respeto universal y efectivo de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión". Este retorno a las fuentes parece completamente justificado. Implica evidentemente que "el examen de las cuestiones relativas a los derechos del hombre se realiza con un espíritu de universalidad, de objetividad y de no selectividad".

4. Conclusión

Después de la Conferencia de 1993, que recordó vigorosamente la exigencia de universalidad en materia de derechos del hombre, uno puede preguntarse si ésta ha salido reforzada o debilitada. Sobre este punto pueden existir opiniones divergentes, pero de aquí en más parece evidente que la universalidad no podrá ser considerada una lucha contra el poder del Estado. Sin embargo, en la sociedad internacional contemporánea se comprueba una difusión remarcable del modelo estatista: el número de Estados ha aumentado considerablemente a raíz de la descolonización y de la desaparición del imperio soviético, y nada indica que ese movimiento vaya a detenerse. Es verdad que ciertas sociedades no conocen (o ya no conocerán) la forma estatista, pero ello no excluye los fenómenos de poder que justifican la afirmación de los derechos del hombre. Esto es cierto para las sociedades consideradas "primitivas" en las que el poder y la divinidad son difusos. Y allí donde el Estado desapareció y ya no existe, allí donde el poder es difuso o fragmentado -como por ejemplo en Somalía-, la afirmación de la exigencia universal de los derechos del hombre parece aún más necesaria.

TAVERNIER, Paul (Profesor de la Universidad de París Sud -París XI- y Director del CREDHO), "L'O.N.U. et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Ed. Bruylant, Bruselas, n° 31, julio de 1997, p. 379.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado

[9]

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. ACTIVIDADES NOCTURNAS. LÍMITES HORARIOS. MENORES. PROTECCIÓN DE SUS INTERESES. PADRES. DEBER DE VELAR POR LOS HIJOS (DOCTRINA/EE.UU.).

Las ciudades norteamericanas han dictado, en la última década, ordenanzas que limitan el horario en que los menores pueden circular por las calles o participar de actividades públicas. Estas medidas han generado la reacción de los jóvenes, sus padres y los defensores

de los derechos constitucionales, quienes impugnaron su validez, alegando que entrañan una violación inadmisibles de los derechos individuales por parte de los Estados. Sin embargo, la jurisprudencia a que estas impugnaciones han dado lugar, no ha definido un conjunto claro de principios para evaluar su validez. Los tribunales intervinientes han adoptado distintos criterios tanto en relación a la constitucionalidad de dichas leyes como a los estándares jurídicos aplicables.

La confusión que existe en la jurisprudencia sobre estos toques de queda surge de la ausencia de un sistema jurídico unificado que permita a los tribunales analizar las relaciones entre Estado, padres e hijos, que resultan relevantes. Uno de los problemas del tratamiento que los tribunales daban en el pasado a los toques de queda para los menores, consistía en que no ponían énfasis en el rol de los padres. En lugar de incorporar a los padres a su análisis, los tribunales estudiaban las medidas, fundamentalmente, como conflictos entre el Estado y el menor. Por ejemplo, un toque de queda que impide que un joven de 16 años dé una caminata avanzada la noche limita la capacidad de movimiento del menor. Cuando el menor impugnaba la ley, el tribunal examinaba los derechos fundamentales de aquél en relación a los intereses que tiene el Estado para limitar esta actividad en particular.

Este balance directo entre los intereses del Estado y los derechos individuales se complica por los singulares objetivos de custodia que persigue el Estado al aprobar estos toques de queda. A diferencia de lo que sucede con casi todas las leyes penales, estas medidas persiguen la satisfacción de dos intereses estatales: la prevención del crimen (en este caso, el crimen juvenil) y la protección de los menores frente al crimen. Este segundo objetivo nace del interés de custodia que tiene el Estado para asegurar el bienestar y buen desarrollo de los niños. Se presume que los menores necesitan el cuidado de algún guardián protector, un rol que generalmente cumplen los padres a menos que sea necesaria la intervención del Estado. La función de custodia del Estado funda un poder sobre los menores que aquél no puede ejercer sobre los adultos. Sin embargo, este importante concepto de custodia estatal genera cuestiones difíciles para los tribunales que examinan los derechos de los menores, cuestiones que no están presentes en el contexto de los derechos de los adultos. Por ejemplo, al actuar como guardián sustituto de los menores, el Estado compite con los padres por el control de los primeros y, en consecuencia, se inmiscuye tanto en los intereses de los padres como en el de los hijos. Por lo tanto, un análisis de las leyes de toque de queda no sólo debería realizar un balance de los intereses del Estado frente a los derechos de los menores, sino que también debería tomar en cuenta el rol de custodia que juegan los padres.

El examen de las relaciones entre Estado, niño y padres es un punto de partida apropiado para elaborar un criterio más estructurado de los problemas que plantean los toques de queda para menores. Cabe utilizar esta estructura tripartita para conceptualizar los casos de los derechos de los menores, que identifica cuatro configuraciones analíticas principales que surgen en esos casos. La Configuración Uno, hace referencia a los casos de intervención estatal para proteger al menor de un padre que ya no actúa en el mejor interés del menor; en estos supuestos, el Estado y el niño están más estrechamente alineados que el padre y el niño. La Configuración Dos, concierne a las medidas reglamentarias estatales que ayudan a los padres que ya no pueden controlar a su hijo; aquí, los intereses de los padres y del Estado están alineados más estrechamente. En la Configuración Tres, ni los intereses del Estado ni los de los padres están bien alineados con los del menor y, por lo tanto, las tres partes actúan en oposición. Finalmente, la Configuración Cuatro comprende las hipótesis de intrusión del Estado en la esfera de la familia, en las que aquél se opone tanto al padre como al menor. Esta última, además, describe la amplia mayoría de las reglamentaciones estatales de la actividad de los menores, entre las que se incluye a las leyes de límite horario. La mayor parte de estas normas contradicen los intereses de los padres y de los menores y, por lo tanto, requieren un análisis cuidadoso previo a su adopción.

Los tribunales que revisan las leyes de límite horario deberían exigir al Estado una fuerte justificación, porque está actuando contra los intereses combinados de los padres e hijos. Si bien padres e hijos pueden no estar de acuerdo en cuanto a las actividades nocturnas del menor, es incorrecto describir a los límites horarios impuestos por el Estado como reglamentaciones dirigidas a resolver los conflictos familiares. La Suprema Corte ha reservado cuidadosamente esta categorización a los casos en que está comprometida la libertad de procreación de los menores. Si bien algunos consejos deliberantes han mostrado preocupación por los problemas que tienen las familias norteamericanas, tales como la negligencia y abuso de los padres y la delincuencia juvenil, ningún cuerpo legislativo ha reunido hasta ahora suficientes pruebas como para vencer la presunción de que los padres, en la mayor parte de las ciudades y pueblos, aún siguen siendo los guardianes apropiados de sus hijos. Al comparar las lealtades y conflictos entre las partes, los tribunales dejan en claro cuáles son los intereses que se satisfacen con una determinada medida estadual cuestionada. El análisis estructural propuesto en este trabajo tiende a demostrar que los tribunales deberían considerar a estos toques de queda como reglamentaciones muy amplias que violan tanto los derechos de los padres como de los hijos.

En definitiva, se trata de exigir a los tribunales que realicen un análisis más profundo de las relaciones estructurales que quedan comprometidas por las reglamentaciones de los derechos de los menores. Los casos sobre los mencionados derechos afectan a relaciones que son mucho más complejas que las bipartitas afectadas en los procesos fundados en los derechos constitucionales de los adultos. Una despreocupada referencia a los precedentes en que estaban en juego los derechos de los adultos probablemente sólo brinda la dimensión sustantiva para el análisis que, si bien es importante, no capta acabadamente las tensiones que existen en un caso de derechos de menores. Si los tribunales siguen valiéndose de métodos *ad hoc*, va a persistir la inconsistencia ya presente en las decisiones relativas a los toques de queda y de otros derechos de los menores. Hace más de cuarenta años que el *Justice* Frankfurter imploró a la Corte que definiera un sistema de criterios que reflejaran el lugar especial que los niños ocupan en la vida. Otros *Justices* han compartido la súplica. En verdad, los últimos quince años de decisiones relativas al aborto y a la autonomía de las mujeres jóvenes han obligado a la Corte a tratar las relaciones tripartitas que quedan comprometidas en la reglamentación estadual del comportamiento de los menores. Ahora es tiempo de que los tribunales cumplan con el deseo del *Justice* Frankfurter y establezcan un sistema coherente para analizar los derechos de los menores.

CHEN, Gregory Z., "Youth Curfews and the Trilogy of Parent, Child, and State Relations", en *New York University Law Review*, vol. 72, n° 1, abril 1997, pág. 131.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[10]

EMPLEADOR. PODER DE DIRECCIÓN Y DISCIPLINARIO. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS. DESPIDO. MULTA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. BUENA FE. DERECHOS HUMANOS. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN (DOCTRINA/ESPAÑA).

El Tribunal Constitucional Español, en dos sentencias, ha impuesto límites a los poderes

jurídicos del empresario en protección de los derechos fundamentales del trabajador. El primer caso se refiere al poder de dirección del empresario (STC 99/1994); el segundo a su poder disciplinario (STC 6/1995).

1. Los derechos fundamentales del trabajador como límite a los poderes de dirección del empresario.

1.1. En la sentencia 99/1994, el Tribunal Constitucional sostuvo que "el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada; partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental".

1.2. En el caso, se había interpuesto una demanda por la restricción del derecho fundamental a la propia imagen. El demandante había sido despedido por la empresa en virtud de su negativa a participar en la muestra del producto por los medios de comunicación.

1.3. En el fundamento jurídico 7mo., el Tribunal destacó: "...Descartado que la restricción del derecho fundamental viniera impuesta por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento".

2. Los derechos fundamentales del trabajador como límite al poder disciplinario del empresario.

2.1. En la STC 6/1995, el Tribunal Constitucional confirmó la doctrina dictada en la STC 99/1994 antes citada, a propósito de otra de las facultades típicas que ostenta el empresario sobre el trabajador en cualquier relación laboral: el poder disciplinario.

2.2. El recurrente trabajaba en un club de fútbol con categoría de jugador profesional. A raíz de declaraciones efectuadas a dos diarios locales, en las que expresaba su discrepancia con el tratamiento que estaba recibiendo del club en cuanto a su situación contractual, el empleador le impuso una sanción pecuniaria, previa instrucción del correspondiente expediente disciplinario.

2.3. Impugnada la sanción ante la jurisdicción laboral, tanto el Juzgado en lo Social, como el Tribunal Superior de Justicia de Canarias consideraron procedente la aplicación de la multa -si bien redujeron su monto a la mitad- con base en dos argumentaciones: a) la normativa interna del club -que prohibía las declaraciones de esa naturaleza a los medios-, como manifestación unilateral del poder de dirección del empresario; y b) la evaluación intrínseca de las declaraciones del jugador, consideradas contrarias a la buena imagen del club y de sus directivos, y que revelaban el propósito de presionar para conseguir la satisfacción de sus pretensiones contractuales.

2.4. Lo destacable de esta sentencia, es la utilización que hace el Tribunal Constitucional, por segunda vez consecutiva en el ámbito laboral, del principio de "indispensabilidad" como límite de los derechos (en este caso: la libertad de expresión). Para ello se remite a la doctrina contenida en la STC 99/1994 (F.J.7º), reiterando que los requerimientos de la empresa que resultan restrictivos de los derechos fundamentales del trabajador, han de estar justificados por razones de necesidad "estricta", subrayando, además, la insoslayable exigibilidad de este último requisito "cualquiera que sea la cuantía de las compensaciones que el trabajador reciba".

3. Más allá de algunas consideraciones críticas, lo cierto es la presencia de una nueva

doctrina constitucional en el ámbito laboral cuya relevancia no debe ser subestimada. El abandono por parte del Tribunal Constitucional de criterios subjetivistas, como la buena fe, a la hora de abordar los conflictos que puede plantear el ejercicio por el trabajador de los derechos fundamentales que le corresponden como ciudadano, y su sustitución por otros instrumentos de control de los límites de los derechos fundamentales mucho más elaborados, como el principio de proporcionalidad, suponen un notable y acertado cambio jurisprudencial sobre la materia.

Corresponde ahora a los órganos de la jurisdicción laboral la aplicación general de esta doctrina, haciendo realidad en la práctica cotidiana este nuevo avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral.

PARDO FALCON, Javier (Profesor Titular de Derecho Constitucional - Universidad de Sevilla), "Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, nº 49, enero-abril 1997, pp. 299/309. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[11]

JUICIO POR JURADOS. PROCESO PENAL. OBLIGACIÓN DE INTEGRARLO. CAUSALES DE EXCUSACIÓN. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. TESTIGOS DE JEHOVÁ. ORDEN PÚBLICO. DERECHOS HUMANOS. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. LIBERTAD DE CULTO (DOCTRINA/ESPAÑA).

1. El deber legal del ciudadano de participar en un jurado

1.1. La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado N° 5/1995 reintrodujo la institución del jurado en el derecho procesal español para ciertos procesos penales. Su intención declarada es hacer realidad la previsión constitucional de que los ciudadanos puedan participar en la administración de justicia (art. 125 de la Constitución).

1.2. La ley concibe la participación en el jurado como un deber ciudadano.

Se trata de un deber meramente legal, en tanto que es impuesto por la ley y no por la Constitución, y limitado, en razón de la existencia de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones legales (arts. 8-11). Este deber es también inexcusable, fuera de las excusas previstas por la ley (arts. 7.2 y 12), y su incumplimiento lleva consigo la imposición de sanciones de diversa naturaleza, según el momento y la forma de aquél.

2. Cabe analizar si entre las causales que permitirían ser eximido del deber de tomar parte en el jurado, puede incluirse la objeción de conciencia, a pesar de que no se encuentre explícita y nominalmente incluida en el elenco de excusas legales.

2.1. En el debate parlamentario de la Ley Orgánica en el Senado, el Grupo Parlamentario Catalán propuso que se incluyera como causa autónoma de excusa la objeción de conciencia por razones de las creencias morales derivadas de la pertenencia a un determinado grupo religioso. La moción no fue finalmente admitida.

Con todo, ello no significa que la objeción de conciencia quede absolutamente excluida de las excusas legítimas. Significa solamente que no podrá hacerse operativa a través de una vía específica, sino mediante el cauce general que menciona el art. 12.7 de la Ley Orgánica, es decir, "la alegación -y acreditación- de cualquier otra causa que dificulte de forma grave el desempeño de las funciones del jurado". Ello implica que apreciar o no la objeción de conciencia como causa legítima de excusa queda en manos de la discreción del juez correspondiente, es decir: el juez decano de los de primera instancia e instrucción del partido

judicial al que corresponda el municipio donde el candidato a jurado tenga su vecindad, cuando la excusa se formula dentro del período de reclamación contra la lista de candidatos, o el magistrado-presidente del tribunal del jurado, cuando la excusa sea presentada tras la notificación para formar un jurado concreto.

3. La objeción de conciencia a integrar un jurado en el derecho continental europeo.

3.1. En el ámbito continental europeo no existe legislación procesal alguna en la que se reconozca la objeción de conciencia como causa específica que exime del deber de formar parte del jurado.

3.2. La legislación francesa es la única que se refiere expresamente al tema, y lo hace para negarle efectos eximentes (art. 258.1 del Código Procesal Penal).

3.3. En Austria, la legislación no contiene una lista detallada de excusas, sino que comprende a todas en dos cláusulas: una se refiere a quienes han sido llamados en los dos años anteriores, y la otra prevé genéricamente la posibilidad de dispensar a quienes tengan dificultades graves. Esta segunda cláusula, a semejanza de lo que ocurre en la legislación española, otorga un margen discrecional suficiente para apreciar la objeción de conciencia.

3.4. En sentido similar, en Bélgica, la legislación procesal concibe en términos amplios la posibilidad de solicitar al Tribunal la dispensa de participar en un jurado. Aunque el Tribunal resuelve discrecionalmente, en la práctica es frecuente que la dispensa se conceda para evitar problemas innecesarios.

3.5. En Alemania existe algún precedente jurisprudencial en contra de admitir la objeción de conciencia como un motivo válido de excusa; sin embargo, se trata de una sentencia de la *Kammergericht* berlinesa, no sólo aislada y antigua -1965-, sino también un tanto equívoca en sus fundamentos.

3.6. En Italia, la *Pretura* de Turín dictó una sentencia en 1981, en la que acepta el carácter eximente de la objeción de conciencia formulada por una mujer testigo de Jehová. Interpretando conjuntamente la Constitución y la ley reguladora del jurado, el juez estimó que el ejercicio del derecho constitucional de libertad religiosa constituye un "legítimo impedimento", suficiente para dispensar de la función de jurado.

4. La Convención Europea de Derechos Humanos no prevé nada expresamente, ni han llegado, tampoco, conflictos de esa clase ante la Corte o la Comisión.

4.1. Interesa hacer notar que el art. 9 de la Convención cit. (protección de la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia) incluye el derecho a manifestar la religión o las convicciones "individual o colectivamente", siempre que no entre en colisión con otros bienes jurídicos prevalentes, sobre todo con la noción de orden público.

4.2. Es verdad que, al resolver conflictos concretos, la jurisprudencia de la Corte y la Comisión ha sido irregular en admitir que la dispensa del cumplimiento de normas jurídicas por razones de conciencia sea protegible en virtud de la Convención. Pero también es cierto que esa actitud ha estado motivada, en gran parte, por la necesidad de evitar enfrentamientos entre la jurisdicción de los órganos de Estrasburgo y la independencia de los legisladores nacionales.

Además, es conocida la intensa actividad que ha desplegado la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa -y también el Parlamento Europeo- para impulsar el reconocimiento jurídico de ciertos tipos de objeción de conciencia, especialmente la vinculada con el servicio militar armado.

5. La objeción de conciencia a integrar un jurado en el derecho angloamericano.

5.1. En Inglaterra, una línea jurisprudencial seguida a partir del año 1989, que admitió a la objeción de conciencia como excusa legítima del deber de integrar un jurado, produjo un cambio legislativo. En 1994, la *Criminal Justice Public Order Act* incluyó entre las personas

con derecho a ser excusadas, a los miembros de grupos religiosos con creencias o dogmas incompatibles con el desempeño de la función de jurado. Ello pese a que dicho país carece de un explícito reconocimiento constitucional de la libertad religiosa y de conciencia.

5.2. En Estados Unidos, aunque existían con anterioridad precedentes jurisprudenciales favorables, fue en 1963 cuando se consolidó definitivamente la doctrina de que la objeción de conciencia constituye causa legítima para ser eximido del "servicio de jurado", con motivo de la intervención indirecta pero decisiva de la Corte Suprema Federal en el caso *Jenison*.

La principal argumentación jurisprudencial de esta doctrina es la siguiente: hay leyes estatales que no obstante ser "neutrales" y no tener ninguna intención antirreligiosa pueden, en la práctica, imponer -aun de manera indirecta- restricciones al ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia de personas que poseen determinadas convicciones morales. En tales situaciones, que son frecuentemente supuestos de objeción de conciencia, la protección constitucional de la libertad de conciencia prevalece sobre la ley estatal. Existe, por tanto, un derecho a ser eximido, salvo que exista un interés estatal superior que justifique la restricción de la libertad religiosa en el caso. Y aún en ese caso deben emplearse los medios menos lesivos para dicha libertad.

6. En el derecho español puede admitirse la objeción de conciencia como excusa que libere del deber de servir como jurado, tanto por parte del juez decano, como por el magistrado-presidente, interpretando el art. 12.7 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado a la luz del art. 16 de la Constitución. Lo único necesario será que las convicciones alegadas estén suficientemente acreditadas.

6.1. No obstante, dadas las dificultades existentes para que la judicatura española acepte de modo unánime ese criterio, resultaría más conveniente que la objeción de conciencia fuera incluida explícitamente entre las excusas para actuar como jurado.

MARTINEZ-TORRON, Javier (Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado - Facultad de Derecho, Universidad de Granada), "Ley del Jurado y objeción de conciencia", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n° 48, septiembre-diciembre 1996, pp. 119/143.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[12]

LEGISLADORES. PRIVILEGIOS. DERECHO A LA IGUALDAD. RESPONSABILIDAD PENAL. INMUNIDADES. FUEROS. INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA. FUNDAMENTO JURÍDICO. ALCANCE. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DERECHO AL HONOR. CALUMNIAS E INJURIAS (DOCTRINA/CHILE).

1. Introducción

La inviolabilidad parlamentaria constituye un privilegio de orden sustantivo (a diferencia del fuero que es de carácter procesal), que hace excepción al principio de igualdad, en el sentido de que el parlamentario que ha cometido un delito de opinión, bajo los supuestos de la ley, no podrá ser procesado ni condenado por su comisión, y conlleva una limitación a una de las garantías básicas de toda persona, que es el respeto y protección de su honra y la de su familia.

La finalidad del instituto es posibilitar un desempeño eficaz de la función parlamentaria, evitando que los parlamentarios se vean enfrentados a un procesamiento y a una posterior sanción penal, por dichos que configuren delitos de opinión.

En sus orígenes -fue consagrado en el *Bill of rights* inglés del 13 de febrero de 1689-

este privilegio fue concebido como un resguardo del régimen representativo democrático, para defender la debida independencia de los miembros del Poder Legislativo frente a la monarquía, que concentraba en sus manos un fuerte poder que estaba lejos de autolimitarse, y que se enfrentaba al incipiente órgano parlamentario a fin de mantener sus facultades.

En la actualidad, en el ordenamiento chileno, así como en la mayor parte de los Estados modernos, la inviolabilidad parlamentaria carece de razón de ser, ya que el Poder Judicial (órgano llamado a controlar y sancionar todo atentado a los derechos fundamentales), goza de plena independencia.

Cabe entonces precisar los alcances y sentar los límites de la inviolabilidad parlamentaria, como un privilegio funcional y no absoluto, que bajo ningún aspecto se configura como un dique de contención para un actuar arbitrario y lesivo de derechos fundamentales.

2. Consagración constitucional. Antecedentes del artículo 58 de la Constitución Política (1980).

En la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se originó un arduo debate en torno de la consagración de la inviolabilidad parlamentaria, entre los partidarios de mantener el privilegio pero limitado, no con carácter absoluto, y quienes sostenían que el privilegio debía ser eliminado.

Entre estos últimos, el comisionado Jaime Guzmán dijo estar convencido de que la inviolabilidad debía eliminarse porque consagra una irresponsabilidad frente a la comisión de delitos, en circunstancias en que las funciones propias del cargo pueden ejercerse sin necesidad de delinquir. Agregó que para proteger a un senador o diputado de acusaciones, existe el fuero, que es un beneficio procesal que exige que un tribunal determine si hay motivo bastante para sustanciar una causa, lo cual evita constantes querellas y procesos.

La Comisión acogió la opinión de Guzmán y eliminó del anteproyecto que pasó al Consejo de Estado la inviolabilidad parlamentaria, e incorporó al artículo 64 (actual 58) el siguiente texto: "Los Diputados y Senadores son personalmente responsables por los delitos que cometan en el desempeño de sus cargos".

En el Consejo de Estado se trabó nuevamente el debate; en él se hizo hincapié, fundamentalmente, en la función fiscalizadora de los parlamentarios, en virtud de la cual ante cualquier hecho por el que corresponda formular cargos por irregularidades, o efectuar críticas u observaciones, aquéllos pudieran quedar expuestos a una acusación por calumnias o injurias.

Por tal motivo, el consejero Juan de Dios Carmona propuso mantener la responsabilidad parlamentaria, sin perjuicio de consignar alguna norma que permita a los diputados ejercer la función fiscalizadora y no quedar expuestos a la posibilidad de ser encausados.

Así se aprobó el inciso 1° del artículo 58 con la siguiente redacción: "los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión".

De los antecedentes y debates originados por esta disposición se pueden extraer las siguientes consecuencias:

a) Que el objetivo que se buscaba al debatir la consagración del privilegio, era evitar un ejercicio abusivo de la inviolabilidad parlamentaria, y consagrarla en términos de resguardar a aquellas personas ajenas a la función parlamentaria, que puedan verse expuestas a ser desacreditadas o menospreciadas por intervenciones hechas por parlamentarios, totalmente ajenas al desempeño de sus cargos.

b) Que se establece un claro sentido teleológico o finalista de este privilegio, consagrado para resguardar la independencia de los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones, ante cualquier acción penal por las opiniones y votos emitidos.

c) Que si bien se fija un ámbito espacial para entender que ciertas opiniones están

amparadas con la inviolabilidad (sesiones de Sala o Comisión), bajo ningún aspecto se entendió que estas opiniones eran "per se" inviolables, ya que se mantuvo la expresión "desempeño del cargo", que le da un sentido finalista al privilegio y no meramente formal.

3. Condiciones y requisitos de la inviolabilidad

Como se dijo, la inviolabilidad parlamentaria no puede tener márgenes ilimitados y difusos puesto que es una situación jurídica de excepción, razón por la cual debe interpretarse restrictivamente.

Por tanto, es posible señalar las siguientes limitaciones:

A. Sólo cubre los delitos de opinión.

Se refiere a aquellos juicios u opiniones que signifiquen caer en alguno de los tipos que la legislación penal contempla como delitos de opinión (injuria, calumnia).

Bajo ningún aspecto alcanza a otra especie de delitos, sin perjuicio de que ante hechos no comprendidos en este privilegio, surja otro: el fuero parlamentario.

B. El delito debe cometerse en el desempeño del cargo, en sesiones de sala o de comisión.

Deben darse conjuntamente este requisito y el sub A: por un lado que las expresiones hayan sido vertidas dentro de un determinado ámbito espacial -en sesiones de sala o comisión-, y, por el otro, que lo hayan sido en el ejercicio de las funciones inherentes al cargo.

Son funciones inherentes al cargo de parlamentario -conforme lo disponen los arts. 7, 48 y siguientes, y 116 de la Constitución Política- la función legislativa, la fiscalizadora, de acusación y de juicio de constitucionalidad.

C. Su ejercicio no puede ser abusivo.

En el otorgamiento de la inviolabilidad parlamentaria por parte del ordenamiento jurídico se han tenido en cuenta altos intereses públicos tendientes a resguardar el ejercicio libre e independiente de la función parlamentaria, pero cuando su ejercicio persigue el perjuicio de terceros que se verán desprovistos de protección jurídica, una prerrogativa constitucional se convierte en un acto ilícito, el cual pasa de ser amparado por el ordenamiento, a ser reprimido y castigado.

Cualquier juicio u opinión proferido de manera desvinculada del desempeño del cargo de parlamentario y cometido abusando de una prerrogativa, queda al margen del privilegio, aun cuando se haya emitido en sala o comisión.

4. Aunque las normas constitucionales tienen la misma jerarquía entre sí, todas sustentan determinados valores y éstos son diferentes.

En razón de ello, en caso de conflicto entre distintas normas de la Constitución, debe preferirse la interpretación que conduzca a la aplicación de la norma de mayor valor.

En virtud de este elemento, no cabe duda que debe preferirse la protección de los derechos fundamentales (derecho a la honra, igualdad ante la ley e igual protección en el ejercicio de los derechos), interpretándose de manera restrictiva las excepciones y privilegios.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo, "La inviolabilidad Parlamentaria. Sus alcances y limitaciones", en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, n° 59, enero-junio 1996, pp. 81/94.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[13]

LEY. DETERMINACIÓN. LEGITIMIDAD. INTERPRETACIÓN. LEY CONOCIDA Y CO-

NOCIBLE. LEYES EX POST FACTO. APLICACIÓN JUDICIAL. LAGUNAS DEL DERECHO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. PODER JUDICIAL. JUECES. LEGITIMIDAD DE LA ADJUDICACIÓN. SENTENCIA. FUNDAMENTACIÓN. ABOGADOS. ARGUMENTOS FRÍVOLOS. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS (DOCTRINA/EE.UU.).

Se ha sostenido, tradicionalmente, que el principio de legalidad requiere que la ley sea conocida y conocida. "No puede existir ningún crimen que no esté previsto en una ley", y la "ignorancia de la ley no es una excusa", porque si respondiéramos del cumplimiento de una ley que no podemos conocer, el autogobierno se transformaría en despotismo. La indeterminación jurídica conduce a la tiranía judicial y ejecutiva. Si las reglas jurídicas no informan las decisiones judiciales, entonces los jueces, los policías y los miembros del servicio penitenciario, podrían controlar la libertad y la propiedad con base en criterios políticos controvertidos o, incluso, en el capricho.

Paralelamente, ya no se cree que la aplicación de la ley es una cuestión de deducción mecánica de reglas fijas. Actualmente se reconoce que puede no haber una sola respuesta correcta a toda cuestión jurídica. Dos mentes razonables que analizan el mismo material jurídico pueden diferir en cuanto a su aplicación.

Los riesgos teóricos de la indeterminación jurídica, y su realidad práctica, han generado una prodigiosa literatura de teoría jurídica. Los participantes son contestes en que la falta de certeza radical socava la legitimidad de la ley y de las instituciones jurídicas. La cuestión reside en determinar si la ley es, en realidad, tan radicalmente imprecisa. Por un lado, están los teóricos que afirman que sí, que nunca existe un caso fácil porque se pueden elaborar argumentos jurídicos válidos para sustentar cualquiera de las tesis relativas a la aplicación fáctica de la "más clara" de las leyes. En el otro lado, se encuentran los teóricos que consideran que la ley sólo es imprecisa en unos pocos casos difíciles, donde existen lagunas jurídicas.

En este debate se ponen en juego cuestiones centrales sobre la legitimidad de la adjudicación. Si la ley es radicalmente indeterminada, entonces la práctica de los abogados y jueces de brindar fundamentos, simplemente encubre el uso o abuso patente de poder de un grupo de élites no representativas. El empleo de la coerción del Estado contra las partes vencidas de un proceso no cuenta con fundamentos jurídicos, sino sólo con bases políticas muy controvertidas. El perdedor, cuanto más, puede predecir el próximo ejercicio de poder a través del análisis de las causas políticas, sociológicas y psicológicas de la decisión. Los fundamentos jurídicos no explican ni justifican los resultados jurídicos. Si, por el contrario, la ley es sólo modestamente imprecisa, sus ángulos pueden ser entendidos, en el peor de los casos, sólo como pequeñas áreas de uso arbitrario de la ley, o, en el mejor de los casos, como oportunidades para el crecimiento creativo, el debate público, y el ejercicio de la hombría de estado de los jueces.

Ambos grupos del debate, sin embargo, están de acuerdo en que la apariencia de indeterminación debilita la legitimidad de la ley. Asumen que los jueces tratan, al menos, de hacer que la ley parezca determinada a fin de convencernos de que sus opiniones están justificadas.

Curiosamente, a medida que el debate académico se eleva a niveles aún mayores de abstracción, los investigadores se ven obligados a reconocer una alarmante revolución -poco menos que blasfema- que se está produciendo entre los jueces federales norteamericanos. En estos últimos años, dichos tribunales reiteradamente han formulado nuevas doctrinas que admiten que la ley es pasmosamente indeterminada e incierta. Abundan los ejemplos. La Regla 11 de las *Federal Rules of Civil Procedure* protege a los abogados frente a las sanciones por formular argumentos jurídicos equivocados, en la medida en que no sean tan irrazonables como para resultar frívolos. A partir de 1989, aplicando los principios formulados en *Teague vs. Lane* (489 US 288 -1989-), los tribunales federales que revisan una decisión judicial a

través de un hábeas corpus no pueden reparar un error de un tribunal estadual a menos que éste, al imponer la condena, haya actuado en una forma tan irrazonable como para contradecir lo que "ordenaban los precedentes". A partir de 1984, los tribunales revisores han privilegiado los principios de deferencia a la administración formulados en *Chevron vs. NRDC* (467 US 837 -1984-) y reconocen la validez de las interpretaciones permisiblemente "razonables" de una ley, aun cuando sean incorrectas. Finalmente, desde 1983, por aplicación de la doctrina de la inmunidad calificada, los funcionarios públicos no están obligados a responder por sus violaciones ordinarias de la ley, sino sólo de las violaciones a la ley que estuviera "claramente establecida" al tiempo en que actuaron. V. *Harlow vs. Fitzgerald* (457 US 800, 818-1982-).

Cabe analizar la indeterminación jurídica en dos de estos contextos, en que la propia doctrina jurídica exige que los jueces decidan si la ley de un área en particular es determinada o indeterminada: la citada Regla 11 de las *Federal Rules of Civil Procedure* y la doctrina de la inmunidad calificada.

La Regla 11 autoriza a los tribunales a imponer sanciones a los abogados y partes que formulen argumentos o peticiones frívolos. Según lo dispuesto por esta norma, un juez debe decidir si un argumento jurídico es "frívolo" (y sancionable) o si es "equivocado, pero razonable" (no sancionable). Si llega a la conclusión de que es razonable, aun cuando sea erróneo, está admitiendo que la ley no es clara y que las mentes razonables pueden diferir. La doctrina de la inmunidad soberana exime a los funcionarios de la obligación de responder personalmente por violar la ley, a menos que ésta estuviera "claramente establecida" al tiempo de la transgresión. Para reconocer o negar a los funcionarios públicos inmunidad calificada frente a un proceso, el juez debe decidir si un derecho constitucional o legal está "claramente establecido". Si no lo está, nuevamente el juez admite que la ley es indeterminada.

En el contexto de la Regla 11, la admisión de la indeterminación jurídica exonera a los abogados que formulan argumentos perdidosos sobre perjuicios reales y valores importantes, a fin de preservar esos argumentos para una posible ley futura. En el contexto de la inmunidad calificada, el reconocimiento de que existe indeterminación jurídica protege a los funcionarios de la responsabilidad personal por las infracciones de las que no estaban informados.

En estos contextos, la indeterminación no sólo sirve a objetivos diferentes, sino que tiene características diversas. La indeterminación en el contexto de la Regla 11 se parece más a la indeterminación radical postulada por los autores deconstruccionistas o por los marxistas: se puede elaborar un buen argumento, virtualmente, para cualquier proposición jurídica. La indeterminación en el contexto de la inmunidad calificada se asemeja más a la indeterminación moderada de los autores positivistas: hay unas pocas lagunas en el derecho. Por lo tanto, cualquier intento de describir a la "indeterminación jurídica" en general puede dar lugar a una sobresimplificación y a problemas filosóficos falsos.

La mejor explicación de los diferentes roles que juega la indeterminación en los contextos de la Regla 11 y de la inmunidad puede ser de naturaleza temporal. La Regla 11 debe sancionar los argumentos frívolos, genuinamente ilegítimos, pero proteger a los argumentos del futuro. Si se declara frívolo a un determinado argumento, ningún abogado lo reiterará hasta mucho tiempo después de que pueda ser acogido favorablemente. Para preservar el ajuste futuro de la ley a su norma comunitaria o "derecho" (*right*), los tribunales dejan mucho espacio en la "prenda" jurídica para ensanchar las "costuras". Como la Regla 11 debe, de este modo, proteger el futuro de la ley, la doctrina tiende a adoptar un enfoque "radical" de la indeterminación.

La inmunidad calificada, a su vez, se ocupa primariamente de dar debida noticia a los funcionarios de cuándo tienen que responder por los daños y perjuicios que infrinjan durante el desempeño de sus funciones. Por lo tanto, toma a la ley en su aspecto pasado, no en el futuro. La ley se entiende como ley positiva -lo que los jueces han dicho- y no como pautas generales para el comportamiento futuro. La indeterminación en este caso se encuentra en las "lagunas

jurídicas" de los positivistas, que ningún tribunal ha llenado con reglas. Efectivamente, algunos tribunales llevan este criterio al límite y exoneran a funcionarios que cometen "obvias" violaciones constitucionales cuando no existe un caso previo sobre ese punto.

La ironía de las posiciones que adoptan los analistas reside en que la mayor parte de éstos considera que la indeterminación es un mal que debe ser eliminado porque debilita la "legitimidad". Sin embargo, la jurisprudencia demuestra que es precisamente la indeterminación lo que preserva la posibilidad que tienen los tribunales de llegar a la solución correcta, y la determinación es la que lo obstaculiza. Esto no sorprende si la ley es entendida como una práctica en el tiempo, tal como razona el *common law*. Un juez completamente limitado por la ley positiva pasada no podría hacer una analogía con la nueva situación que tiene que resolver, y la ley positiva ya no se adheriría, ni siquiera vagamente, a la norma comunitaria o a la interpretación de sentido común de qué es lo correcto en este nuevo contexto.

Los analistas de la indeterminación, sin embargo, vinculan la legitimidad, exclusivamente, con la limitación del Poder Judicial mediante reglas. Más allá de si, desde el punto de vista práctico, el público considera más importante la existencia de dicha limitación que la adopción de decisiones correctas, sorprende cómo las reglas de derecho positivo pueden limitar más a un juez poco confiable que el "sentido común", lo "obvio" o lo "dado por sentido" de una norma comunitaria. Estos autores parecen cometer el error de pensar que el objetivo es la certeza completa y que cualquier otra cosa tiene que ser justificada o expuesta y ridiculizada. Antes bien, la certeza y falta de certeza pueden simplemente servir a sus propios propósitos en sus propias áreas del derecho.

En suma, cuadra reunir la teoría y la práctica para que se iluminen y enriquezcan entre sí: "la vida de los mortales nos exige asumir responsabilidades por incertidumbres que están fuera de nuestro control. ¿Por qué habría de ser diferente la ley humana?"

ROSS MEYER, Linda (profesora asociada de derecho en el Quinnipiac College - Universidad de Kansas), "When Reasonable Minds Differ", en *New York University Law Review*, vol. 71, número 6, diciembre de 1996, p. 1467.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[14]

LIBERTAD DE CULTO. ALCANCE. CONCEPTO DE RELIGIÓN. FORO INTERNO. FORO EXTERNO. RELIGIÓN RECIENTEMENTE ESTABLECIDA. SACRIFICIO RITUAL DE ANIMALES. INVITACIÓN A REZAR. SERVICIOS FÚNEBRES. REGLAMENTACIÓN FUNDADA EN HIGIENE, SEGURIDAD Y SALUBRIDAD. FIESTAS RELIGIOSAS. AUSENTISMO LABORAL. DERECHOS HUMANOS. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (DOCTRINA/ HOLANDA).

1. En Holanda, en estos últimos años, junto a las tradicionales iglesias católicas y protestantes, se han construido nuevos edificios de culto (e.g. templos budistas e hindúes). Las religiones recientemente establecidas han contribuido mucho a la diversificación religiosa de esa comunidad. ¿Cómo refleja el derecho holandés esos cambios? ¿Toma en cuenta este pluralismo? La presencia de estas religiones, establecidas recientemente o no, pone a prueba la tolerancia de la sociedad como un todo y la expresada en la ley.

2. Alcance general de la libertad religiosa.

2.1. Definición legal de religión.

La religión no se encuentra definida en las normas ni en los instrumentos internacionales, pero el alcance de la protección jurídica sería incierto si no se partiera de algún preconcepto de religión. Por ello, cabe analizar cuáles son estas presuposiciones definitorias en los instrumentos más importantes de derechos humanos, e intentar formular una definición de religión que pueda usarse jurídicamente, en especial para resolver la amplia gama de casos vinculados a las religiones no establecidas.

A ese efecto corresponde analizar: a) el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; b) el Comentario General n. 22(48) que el Comité de Derechos Humanos hizo en relación al art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; c) al art. 6 de la Constitución holandesa; y d) la clasificación entre definiciones sustanciales y funcionales de religión. Estas últimas ofrecen ventajas desde el punto de vista jurídico para una sociedad multicultural.

2.2. El foro interno.

Estrechamente vinculada a este problema de definición, está la cuestión de qué es lo que en definitiva protege la libertad de religión. Teniendo presente el contenido de la Declaración Universal de 1948 ("libertad de pensamiento, conciencia y religión... libertad para cambiar de religión o creencia") y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("libertad de pensamiento, conciencia y religión;... libertad para tener o adoptar una religión o creencia a elección"), se observa que el concepto de libertad religiosa está construido alrededor de la autonomía individual. El individuo autónomo y con libertad de elección es el centro alrededor del cual se construye y legitima la protección de varios derechos humanos. La integridad espiritual de una persona constituye la quintaesencia de la protección que ofrece la libertad religiosa, y puede denominarse foro interno.

La naturaleza de la protección a la libertad religiosa en el foro interno tiene dos aspectos: por un lado, es "estática", en cuanto se protege el derecho de una persona a adherirse a la religión que quiera en todas las circunstancias; y, por el otro, es "dinámica", en cuanto un individuo puede dejar de lado su antigua religión y adoptar una nueva.

Es muy escasa la jurisprudencia holandesa en relación a este punto. Sin embargo, puede citarse un caso (ver *B.P. Vermeulen, "Artikel 6"*, en *P.W.C. Akkermans and A.K. KoekKoek, De Grondwet. Een Artikelsgewijs commentaar* (Zwolle, 1987), p. 119) que suscitó gran indignación pública porque la policía devolvió a una chica de 20 años, que era miembro de una secta llamada "Tai Chi", a sus padres, que habían contratado un "de-programador" para que "le sacara de la cabeza" la doctrina del Tai Chi. El foro interno garantiza a las personas el derecho a ser diferentes en razón de sus pensamientos o creencias; y las protege de ser definidas en términos de una mayoría dominante. Por lo tanto, constituye un elemento indispensable de la libertad de religión.

2.3. El foro externo.

Todas las manifestaciones legítimas de la religión caen dentro de la protección a la libertad religiosa en el foro externo.

3. La aplicación de la libertad religiosa a las religiones recientemente establecidas.

3.1. Normas jurídicas.

El legislador holandés ha tomado en consideración los hábitos y deseos de las religiones recientemente establecidas al aprobar diversas leyes, por ejemplo:

a) Sacrificio ritual de animales: el art 18 de la Ley de Inspección de Carne dispone que las reglas para el faenamiento de animales se hará de acuerdo a lo dispuesto por una Orden en Consejo, que se ha instrumentado en el Decreto de la Inspección de Carne. Esta norma contiene una regla general y prevé excepciones para el consumo destinado a los israelitas, que

a partir de 1977 se aplicaron también a los seguidores del rito islámico. Con esta reglamentación, el legislador explícitamente reconoció las necesidades de las religiones recientemente establecidas (e.g. Islam). Estos ritos caen dentro de la definición de "observancia" del artículo 18(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, la libertad para practicar los ritos no es ilimitada: la reglamentación relativa a la higiene, salubridad, seguridad y prevención del dolor y sufrimiento de los animales, puede ser considerada necesaria y legítima a la luz de las cláusulas limitativas, como las insertas en el art. 18(3) de dicho Pacto o en el art. 9(2) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

b) Invitación a rezar: el art. 10 de la Ley de Eventos Públicos dispone que "se permite el toque de campanas en ocasión de los servicios religiosos, la práctica de las creencias religiosas, y servicios fúnebres, así como la invitación a profesar la religión y la fe. El consejo municipal es competente para reglamentar su duración y el nivel de sonido".

El alcance y objeto de este artículo se fundaron en la forma en que las religiones tradicionalmente establecidas -especialmente las iglesias cristianas- llamaban a los creyentes a las ceremonias, esto es, tocando las campanas. Durante el debate en el Parlamento, algunos legisladores sugirieron que esta reglamentación también debería aplicarse a la invitación al culto o a la oración formulada por religiones recientemente establecidas en la sociedad holandesa.

La mayor parte de los consejos municipales permite ahora que los almuecines musulmanes inviten verbalmente, a través de altavoces, a la oración los días viernes, en forma análoga al toque de campanas de los domingos. Sin embargo, subsiste la pregunta de si dichos consejos están obligados a permitir que esta invitación se haga diariamente o, incluso, varias veces al día, ya que el artículo 10 mencionado sólo permite reglamentar la duración y el nivel de sonido, no la frecuencia. Esto significa que, en principio, se tiene que autorizar cualquier frecuencia. Sin embargo, pareciera que si se repiten cinco veces al día, o si los musulmanes sienten la necesidad de que así se haga, la primera invitación a orar de la mañana o la última de la noche pueden ser objeto de una reglamentación más estricta. Las personas no musulmanas que viven en las inmediaciones pueden considerar que este ruido es molesto, cuando no estresante. La salud mental es, después de todo, un fundamento para imponer restricciones. La tolerancia exige un mutuo "dar y recibir" y un respeto recíproco. Esto significa el respeto por los deseos y necesidades del otro: uno, a practicar su religión y el otro a ejercer su derecho a dormir y descansar.

c) Entierros musulmanes e hindúes: en varios artículos de la Ley sobre la Disposición de los Muertos y en la Orden de Disposición de los Muertos, se tomaron en cuenta las costumbres y deseos de los miembros de las religiones recientemente establecidas (especialmente las musulmana e hindú), en relación a los entierros. El artículo novedoso es el 18(1): "la disposición de una persona muerta se realizará según su deseo o su presunto deseo, a menos que esta voluntad resulte irrazonable". La ley anterior disponía que los entierros debían hacerse en un cajón cerrado, mientras que la actual satisface más adecuadamente los deseos y tradiciones de los miembros de las religiones recientemente establecidas.

El art. 16 de la ley últimamente citada prevé que el entierro o cremación debe realizarse dentro de las 36 horas del deceso. Sin embargo, según la tradición musulmana, debe hacerse dentro del plazo de 24 horas. El art. 17 permite que el intendente local se aparte de la regla de 36 horas; y la reducción necesita contar con la autorización del fiscal, restricción comprensible en aras del interés de la salubridad y el orden, y para posibilitar una autopsia en un caso penal.

De acuerdo al rito hindú, las cenizas tienen que dispersarse, cuando sea posible, el mismo día de la cremación, pero en cualquier caso dentro de los siete días posteriores. El art. 59 de la ley dispone que sólo podrán dispersarse después de un mes de haber estado herméticamente cerradas en un recipiente, pero que el fiscal puede apartarse de este principio a pedido de los parientes de la persona fallecida. Esta limitación no parece estar de acuerdo con

las cláusulas limitativas de los arts. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos, pero está en proceso de reforma.

3.2. Jurisprudencia.

No son demasiado numerosos los casos resueltos en Holanda en relación a este tema. Sin embargo, cabe seleccionar y discutir algunas causas en las que el criterio de los creyentes ha jugado un rol decisivo o no ha sido tomado en cuenta:

a) En 1982, el Juez Cantonal de Zevenbergen sancionó a una persona que había tirado al agua desperdicios rituales, con base, parcialmente, en que el hinduismo no prescribe un culto estricto (NJCM-Bulletin (1982) pp. 418-425). En este caso, el juez decidió en nombre de un creyente cuán rigurosas eran sus prescripciones religiosas, decisión que generó severas críticas. Resulta claro que el contenido y prescripciones de una religión que no es ampliamente conocida en una comunidad, sólo pueden ser adecuadamente resueltos por el propio creyente, aun cuando ello genere el riesgo de proteger a religiones falsas. Un juez, o cualquier otra persona que toma decisiones jurídicas en este área, no puede tomar esta decisión en forma individual sin violar el foro íntimo. La interpretación que hace un juez del contenido de una religión específica debería ser lo más limitada posible, dejando al menos el mismo espacio a la interpretación del creyente. Este espacio sólo se encuentra limitado por la cláusula formal de restricción inserta en los artículos ya mencionados de las convenciones internacionales.

b) En 1984, el Alto Tribunal holandés resolvió que no es razonable rechazar el pedido de un empleado de tomarse un día para festejar una fiesta religiosa que es importante para él (*Nederlandse Jurisprudentie* 1985, n. 350). La única excepción se presenta cuando se considere que la aceptación del pedido va a afectar el funcionamiento del trabajo, decisión que debe adoptarse considerando las circunstancias del caso. El Alto Tribunal destacó que debía prestarse atención a lo que el creyente considerara importante y no a la existencia de esas fiestas religiosas ni a las exigencias de su religión. Resultan especialmente importantes la interpretación que el creyente hace de esta cuestión y las consecuencias que atribuye a su comportamiento, y debe darse prioridad a dicha interpretación.

c) En 1986, el juez cantonal de Amsterdam resolvió que si el empleado de un hotel desea usar turbante y dejarse la barba -pese a que esto no encuadre con el estilo antiguo del hotel-, su conducta no puede dar lugar al despido (*Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1986, n. 83). Según el juez, la actitud del empleado parecía no generar ningún daño al prestigio del hotel, dado el carácter cosmopolita de una ciudad como Amsterdam. Sólo si pudiera demostrarse la existencia de un perjuicio o problemas de higiene, se aplicarían las restricciones ya mencionadas de las convenciones internacionales. Dado que ello no sucedió en el caso, se brindó protección a la observancia o práctica del creyente (basadas en su propia interpretación de los preceptos religiosos).

Estos casos, si bien son demasiado poco numerosos como para fundar una conclusión definitiva, ilustran un creciente respeto por las interpretaciones religiosas del propio creyente, al igual que por la evaluación de las consecuencias de su comportamiento.

LABUSCHAGNE, B.C. (conferencista en el Departamento de Filosofía Jurídica de la Facultad de Derecho - Universidad de Leiden), "Religious Freedom and Newly-Established Religions in Dutch Law", en *Netherlands International Law Review*, Holanda, 1997, vol. XLIV, n° 2, p. 168.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[15]

LIBERTAD DE CULTO. REGLAMENTACIÓN. DESCANSO SABÁTICO. EQUAL REGARD. SEGURIDAD SOCIAL. SEGURO DE DESEMPLEO. BENEFICIARIOS. EXCLUSIÓN.

La Enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos dispone, en una de sus partes, que "el Congreso no aprobará ninguna ley relativa al establecimiento de una religión o que prohíba el libre ejercicio de la misma". En los supuestos en que las leyes prohíben el libre ejercicio de la religión, sea mediante una reglamentación directa de la conducta religiosa o como un efecto no buscado, los adherentes de las religiones sobre las que pesa esa carga han intentado que se establezcan excepciones, alegando que son constitucionalmente necesarias.

Estos argumentos convencieron a la Suprema Corte de los Estados Unidos que, en el caso *Sherbert vs. Verner* (374 US 398 -1963-), resolvió por primera vez que el gobierno debe demostrar un interés estadual de jerarquía superior para evitar que se declare la invalidez de una violación a la libertad religiosa. En *Sherbert*, la Corte aplicó el test del interés estadual de jerarquía superior y resolvió que Carolina del Sur no podía válidamente negar los beneficios de la compensación por desempleo a los Adventistas del Séptimo Día, cuya observancia del sábado como *Sabbath*, les impedía aceptar empleos a los que de otro modo podrían acceder. Con posterioridad a *Sherbert*, la Corte entendió en otros tres casos de seguro de desempleo - que, junto al primero, se conocen como el *Cuarteto Sherbert*-, en donde los escrúpulos religiosos de los actores les habían impedido continuar en sus empleos. En cada caso, la Corte mantuvo su promesa de someter al gobierno al test del interés estadual de jerarquía superior, y llegó a la conclusión de que los invocados por el Estado para denegar los beneficios de desempleo eran débiles desde el punto de vista constitucional.

Fuera de las singulares circunstancias fácticas del *Cuarteto Sherbert*, sin embargo, la promesa de una revisión de los casos de excepciones religiosas en términos de un escrutinio estricto ha permanecido en gran parte sin cumplir. Pese a la inconsistencia de la jurisprudencia, muchos analistas interpretan que estas decisiones judiciales dan preferencia a la religión por sobre las formas seculares de conciencia. En cada caso comprendido en el *Cuarteto Sherbert*, la Corte admitió que el interés que tenía el Estado en proteger de la dilución a los fondos estaduales de compensación del desempleo no tenía una jerarquía suficiente como para justificar la violación al derecho del actor a practicar libremente su culto. Por lo tanto, la Corte pareció decir que la conducta fundada en la religión será protegida de la intrusión estadual animada por cualquier interés gubernamental, con excepción de los de jerarquía más elevada.

Fundada, quizás, en su falta de convicción de que la religión es de algún modo especial o de que el test del interés estadual de jerarquía superior pudiera brindar un criterio coherente para resolver el problema de las excepciones religiosas, la Corte, en 1990, anunció un nuevo criterio para aplicar la Cláusula del Libre Ejercicio. En *Employment Division vs. Smith* (494 US 872 -1990-), una Corte muy dividida analizó la jurisprudencia sobre las excepciones religiosas y resolvió que la Cláusula del Libre Ejercicio no obliga a los tribunales a establecer excepciones a las leyes de aplicación general, que favorezcan a los individuos cuyas creencias religiosas están en conflicto con dichas disposiciones legales. Por primera vez, el Alto Tribunal resolvió que la acreditación de un interés estadual de jerarquía superior sólo debía exigirse en los casos de excepciones religiosas en que la acción gubernamental impugnada no es neutral ni de aplicación general, esto es, cuando la ley persigue patentemente a una determinada religión.

Esa nueva interpretación de la Cláusula del Libre Ejercicio cuenta con mucho apoyo, en la medida en que la Corte abandona una interpretación que privilegia la religión. Los comentaristas se han hecho eco de este tema y sugerido, de diversos modos, que la mejor interpretación de la Cláusula del Libre Ejercicio es la que brinda protección pero no privilegia la religión. Sin embargo, son pocos los autores que han formulado una teoría constitucional judicialmente aplicable basada en esta interpretación más refinada. Los Profesores Christopher Eisgruber y Lawrence Sager proponen otra solución alternativa. En su artículo, *The*

Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct (61 U.Chi. L. Rev. 1245, 1247 -1994-), desarrollan una teoría constitucional aplicable judicialmente, basada en la protección a la religión, conocida como el principio del *equal regard*.

Los profesores Eisgruber y Sager alegan que en los casos de las excepciones religiosas, el principio de *equal regard* debería desplazar al test del interés estadual de jerarquía superior como estándar para determinar la constitucionalidad de las leyes que imponen cargas a las creencias religiosas. Critican el uso del mencionado test, con base en que brinda una mayor protección constitucional a la religión que a otros intereses profundos y personales, como las obligaciones familiares o la salud personal. Encontrando que esta interpretación es inadmisiblemente sectaria porque privilegia a la religión en forma inaceptable, coinciden con la Corte en el sentido de que "hacer que la obligación de un individuo de obedecer una ley dependa de la coincidencia de dicha norma con sus creencias religiosas, a menos que el interés del Estado sea 'de jerarquía superior' -permitiéndole que, en virtud de sus creencias, 'se convierta en una ley para sí mismo'- contradice tanto la tradición constitucional como el sentido común".

Sostienen, en cambio, que la correcta interpretación de la Enmienda I es la que no privilegia a la religión, sino que la protege. En consecuencia, debería reemplazarse el test del interés estadual de jerarquía superior por el principio de *equal regard*: mientras el primero requiere que el Estado otorgue un alto valor a la religión, el segundo sólo exige que se le otorgue el mismo valor que a otros intereses seculares de jerarquía superior.

Sin embargo, reservan el test del interés estadual de jerarquía superior para un contexto especial, en que puede usarse para implementar el principio de *equal regard*. En un sistema administrativo en que las interpretaciones *ad hoc* de leyes de texto neutral -como las leyes de compensación por desocupación cuestionadas en el *Cuarteto Sherbert*-, rutinariamente niegan los beneficios de seguridad social a las personas que cumplen los requisitos generales para gozar de dichos beneficios, necesariamente surge una presunción de discriminación. Los profesores Eisgruber y Sager alegan que el test del interés estadual de jerarquía superior, si bien es en general inadecuado para resolver los casos de excepciones religiosas, funciona mejor en el contexto cuasi adjudicativo del *Cuarteto Sherbert* para descubrir discriminaciones ofensivas. Su teoría es que las negativas *ad hoc* de otorgar los beneficios de la compensación por desempleo a los peticionantes que invocan razones religiosas, resulta de no dar una misma valoración a estos adherentes religiosos y a las personas que abandonan sus trabajos por razones seculares importantes como familia o salud. En este contexto *ad hoc*, los Profesores Eisgruber y Sager consideran "apropiado evitar esas fallas, aplicando el test del interés estadual de jerarquía superior". Al exigir a los organismos administrativos que enuncien claramente un interés estadual de jerarquía superior para justificar su negativa a brindar los beneficios de seguridad social a un postulante que tiene el perfil general de los que gozan de dichos beneficios, el tribunal impone al órgano administrativo la carga de probar que no ha violado el principio de *equal regard*.

El Estado sólo viola este principio si da preferencia a un postulante secular que no puede trabajar por razones no sectarias importantes -i.e., por obligaciones familiares o por motivos de salud- sobre un aspirante religioso que no puede trabajar en razón de las exigencias que le impone los preceptos de su religión. Eisgruber y Sager sostienen que esto es lo que sucedió en cada uno de los casos incluidos en el *Cuarteto Sherbert*. Señalan, específicamente, que en *Thomas vs. Review Board* (450 US 707 -1981-) la Comisión de la *Indiana Review* no brindó el mismo tratamiento a la religiosidad del Sr. Thomas y a los profundos compromisos seculares de otros potenciales beneficiarios, violando de ese modo el principio de *equal regard*. La Suprema Corte, al exigir que cada Estado formule claramente un interés estadual de jerarquía superior para negarse a otorgar los beneficios, esencialmente estaba requiriendo que

un Estado no considere más valiosas a las razones seculares importantes para dejar un empleo que a las fundadas en motivos religiosos. Esta interpretación del *Cuarteto Sherbert* demuestra el interés de la Suprema Corte en "proteger a los creyentes religiosos minoritarios más que en privilegiar la conducta fundada en la religión".

Para probar si los Estados en realidad subvalúan la religión y, en consecuencia, violan el principio de *equal regard*, Eisgruber y Sager analizan la jurisprudencia relativa a si corresponde pagar la compensación por desempleo a las personas que no consiguen o pierden un empleo por razones religiosas. La conclusión de dicho análisis demuestra que los Estados no violan, al resolver estos casos, el principio de *equal regard* sino que, por el contrario, generalmente interpretan tan restrictivamente la elegibilidad para el goce de los beneficios, que no puede considerarse que den preferencia a un tipo de convicciones por sobre el otro. En otras palabras, las negativas a otorgar la compensación por desempleo a los peticionantes que invocan motivos religiosos no genera una inferencia de discriminación. La aplicación del test del interés estadual apremiante carece, entonces, de fundamento; el principio de *equal regard* no logra justificar el *Cuarteto Sherbert*.

Se comienza explicando los argumentos de Eisgruber y Sager, contrarios a otorgar a la religión un estatus especial en la jerarquía constitucional norteamericana, y se describe la teoría del *equal regard*. Más adelante, se presentan las conclusiones del estudio de rechazos de pedidos de seguro por desempleo y, finalmente, se examinan y explican aquellos resultados y por qué el principio de *equal regard* no puede ayudar adecuadamente a comprender la jurisprudencia del *Cuarteto Sherbert*.

BHANDARI, Prabha Sipi, "The failure of equal regard to explain the Sherbert Quartet", en *New York University Law Review*, vol. 72, n° 1, abril de 1997, p. 97.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[16]

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. FORO PÚBLICO. SHOPPINGS. TELEVISIÓN. TELEVISIÓN POR CABLE. DERECHO DE PROPIEDAD. EXPROPIACIÓN. FEDERALISMO (DOCTRINA/EE.UU).

"Las opiniones ya no se modifican en las calles y en los parques, como sucedía antes. En forma creciente, los intercambios de ideas más importantes y la formación de la conciencia pública se producen en los medios masivos y electrónicos" [*Denver Educ. Tele-Communications Consortium Inc. vs. FCC* (64 LW 4706 -1996-)].

"Cuando realizamos un balance de los derechos constitucionales de los propietarios y de los del pueblo a gozar de libertad de prensa... como en este caso, somos conscientes de la circunstancia de que los propietarios ocupan una posición preferencial" [*Marsh vs. Alabama* (326 US 501, 509 -1946-)].

"La interpretación judicial de la Enmienda I, en conjunción con un orden social marcado por grandes disparidades en la riqueza y en otras fuentes de poder, tiende sistemáticamente a discriminar los esfuerzos realizados por los que están en peores condiciones, en términos relativos, para transmitir sus ideas políticas" [*Clark vs. Community for Creative Non-Violence* (468 US 288, 314 n.14 -1984-, disidencia de Marshall, a la que adhirió Brennan)].

Los *shoppings* pasaron a ser la nueva frontera de la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana durante la década de 1960. A medida que estos centros comerciales

transformaban el paisaje cívico, suplantando y privatizando a las plazas de las ciudades, la doctrina del foro público, originalmente concebida para proteger las expresiones en los espacios públicos, se trasplantó para proteger a los oradores en ciertos tipos de lugares privados. Si bien la Suprema Corte, posteriormente, desconoció el derecho constitucional federal a expresarse en los *shoppings*, su decisión en *PruneYard Shopping Center vs. Robins* (447 US 74 -1980-) dejó abierta la puerta para una interpretación más firme de la doctrina del foro público en términos del derecho constitucional estadual.

El reconocimiento de la importancia de los diversos puntos de vista y de su entrelazamiento en una sociedad democrática, anima la protección que la doctrina del foro público brinda a las expresiones públicas. Se propone que los defensores del derecho a acceder a los canales de televisión por cable busquen sustento en la doctrina del foro público, tal como ha sido interpretada por los tribunales estatales. La televisión por cable, y pronto las nuevas tecnologías de comunicación denominadas "la superautopista de información", van a superar a los *shoppings* como factor de alteración de los términos y dominio del discurso público. De este modo, los argumentos que recomendaban extender la doctrina del foro público a los *shoppings* resuenan aún con más fuerza en el contexto de dichos medios de comunicación.

Cabe analizar la analogía que existe entre un *shopping* y la televisión por cable, y propiciar la aplicación de la doctrina del foro público a los sistemas de cable, como argumento que favorece a los canales de acceso público. En caso de ser reconocida judicialmente, esta analogía tendría dos tipos de efectos. En primer lugar, la inclusión del cable dentro de los foros públicos brindaría un argumento nuevo y poderoso a los defensores del derecho a tener acceso que viven en las ciudades y que, si bien tienen tendidos de cable, carecen de canales de acceso para expresarse. En segundo lugar, evitaría los intentos que los operadores de cable realizan, en el momento de la renovación de los contratos de franquicia para deshacerse de los términos que les exigen brindar canales de acceso. Estos canales, que son un medio desaprovechado pero poderoso para el discurso de los ciudadanos, están bajo ataque permanente de la industria del cable y de algunos senadores federales.

La doctrina del foro público se amplió a los *shopping* en una era de expansión del derecho federal a la libre expresión. La doctrina federal se contrajo en 1976, pero en 1980 con la decisión adoptada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en *PruneYard*, los *shopping* fueron nuevamente incluidos dentro de los foros públicos en el área del derecho constitucional estadual. En aquel caso, la Corte resolvió que un Estado podría brindar a sus ciudadanos mayores derechos que los que les garantiza la Constitución federal, en la medida en que esa expansión no viole los derechos constitucionales federales de otras personas. La protección que el Estado de California brindaba a la libertad de expresión en los *shoppings* privados, cuestionada en *PruneYard*, no violaba ni (a) la Enmienda I, ya que no vulneraba la libertad de expresión de los propietarios del *PruneYard*, ni (b) la Enmienda V, al efectuar una expropiación no compensada de la propiedad de dicho centro de compras. Estas dos exigencias de análisis constitucional federal constituyen lo que se denomina el *test PruneYard*.

Cuadra realizar un análisis paralelo al de *PruneYard*. En primer término, situar este último caso en el contexto de la doctrina del foro público; luego considerar las similitudes y diferencias que existen entre los sistemas de televisión por cable y los *shoppings*. Posteriormente, analizar la evolución de la reglamentación de acceso, comparando los intentos de promover la diversidad en los periódicos, televisión por aire y por cable. Más adelante, someter la reglamentación de acceso al cable al test formulado en *PruneYard*, a la luz del oscuro estándar de escrutinio intermedio que la Suprema Corte aplicó en el caso *Turner Broadcasting System Inc. vs. FCC* (512 US 622. 637-638 -1994-). Finalmente, como anticipo a una potencial impugnación de la reglamentación de acceso por parte de los operadores de cable, es necesario realizar un análisis en términos del segundo paso del *test PruneYard*: la cláusula de expropiación de la Enmienda V. Así, se llega a la conclusión de que, después de

PruneYard, los defensores del acceso público pueden y deben adoptar la estrategia de invocar una libertad de expresión que sea más ampliamente ejecutable en términos de sus constituciones estatales, sin encontrar para ello obstáculo en los argumentos que los operadores de cable basan en las Enmiendas I o V de la Constitución de los Estados Unidos.

EHRENFEST STEINGLASS, David, "Extending PruneYard: Citizens' right to demand public access cable channels", en *New York University Law Review*, vol. 71, n° 4, octubre de 1996, p. 1113.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[17]

MEDIACIÓN PENAL. ABOLICIONISMO. SELECCIÓN DE LOS MEDIADORES. PROCESO. EQUIPO INTERDISCIPLINARIO. ADULTOS. MENORES (DOCTRINA/URUGUAY).

1. Ante el fracaso del sistema procesal penal y del derecho sustantivo para solucionar los conflictos sociales y dar satisfacción razonable a las víctimas del delito, como así también la crisis de la ideología de tratamiento y resocialización, cabe meditar sobre la conveniencia de implementar, en materia de adultos, lo que ya viene experimentándose con éxito en Uruguay, respecto del tratamiento de menores infractores, esto es: las experiencias de mediación.

En algunos casos, dichas experiencias suponen la real desjudicialización; en otros, requieren la intervención de un magistrado a los efectos de la homologación del acuerdo, a la precalificación de los casos que ingresarían al sistema, y a su evaluación y cumplimiento.

2. La adopción de planes de conciliación delincuente-víctima no es una novedad en el derecho comparado. Existe experiencia al respecto tanto en la Comunidad Europea, como en los Estados Unidos, donde la conciliación aparece, sobre todo, como requisito de la suspensión de la pena.

2.1. Pueden señalarse dos formas de concebir la conciliación/reparación:

- a) la llamada forma "clásica" de respuesta, como una sanción penal independiente formulada dentro del proceso penal; y
- b) la que contempla la conciliación como mecanismo de desjudicialización o de mediación que, como han señalado J. Martín y J. Funes, "modifica sustancialmente el sentido de la reacción social frente al delito".

3. Cuadra proponer la implementación de un sistema legal que posibilite a las partes resolver el conflicto en el sentido del abolicionismo, teniendo en cuenta sus propios intereses, y no los que supuestamente se atribuyen a la sociedad, en la imperiosa necesidad del "castigo" al criminal.

En tal sentido, alguno de los aspectos esenciales a considerar son: la selección, nombramiento y formación de los mediadores -no necesariamente jueces, ni siquiera abogados-, la provisión de los equipos interdisciplinarios coadyuvantes, el establecimiento del proceso de mediación propiamente dicho, el régimen de selección de los casos que se someterán al sistema y la obtención de recursos necesarios para la puesta en funcionamiento de la mediación penal en materia de adultos; pero, fundamentalmente, crear la conciencia de que es posible el camino.

El establecimiento de la mediación penal en materia de adultos, y no sólo para los delitos de bagatela, puede ser algo más que una alternativa al encarcelamiento, y transformarse en una manera diferente de responder al delito, alternativa no ya a la pena de prisión, sino al proceso y al juicio en sí mismo.

LANGON CUÑARRO, Miguel (Catedrático de Derecho Penal - Universidad de la República), "Mediación penal: una alternativa a la violencia", en *Revista de Ciencias Penales*, Montevideo, n° 2, 1996, pp. 267/270.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[18]

MENORES. PROTECCIÓN. PADRES. DEBER DE VELAR POR LOS HIJOS. COMPE-TENCIA (DOCTRINA/INTERNACIONAL).

La nueva Convención concerniente a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores (La Haya, 19-10-1996), se esfuerza en remediar las dificultades de aplicación de la convención del 5-10-1961 sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores. A diferencia de esta última, que no había sabido elegir entre la nacionalidad y el domicilio como factor de atribución, la nueva Convención renuncia a la atribución por la nacionalidad, y establece el doble principio de la competencia de las autoridades y de la aplicación de la ley del Estado de la residencia habitual del menor. Sin embargo, ha debido consentir la competencia concurrente del foro del divorcio. Esta convención, que contiene igualmente importantes disposiciones en materia de reconocimiento y ejecución recíprocas de medidas de protección, así como sobre la cooperación entre las autoridades de los Estados contratantes, constituye un progreso cierto que hace deseable su próxima entrada en vigor.

LAGARDE, Paul (profesor de la Universidad de París I), "La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs", en *Revue critique de droit international privé*, Sirey, París, tomo 86, n° 2, abril-junio 1997, pp. 217/237.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[19]

PODER JUDICIAL. REFORMA. INDEPENDENCIA. AUTONOMÍA FINANCIERA. CARRERA JUDICIAL. JUECES. CONDUCTA. SELECCIÓN. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. CORTES CONSTITUCIONALES Y SUPREMAS. CARACTERES. COMPOSICIÓN. MINISTERIO PÚBLICO. FUNCIONES. PROCEDIMIENTO PENAL (DOCTRINA/VENEZUELA).

1. Disposiciones generales e independencia judicial.

Según el art. 204 de la Constitución de 1961, el Poder Judicial está formado por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales. Bajo el mismo título constitucional figuran el Ministerio Público (arts. 218 a 222) y el Consejo de la Judicatura (art. 217).

Los jueces son independientes, en el ejercicio de sus funciones, de los demás órganos del Poder Público (art. 205). El procedimiento de remoción y suspensión en el cargo, a diferencia -por ejemplo- de Alemania, en el que se exige adicionalmente una decisión judicial, se realiza por las causas y en la forma establecida en la ley correspondiente, es decir, ante el Consejo Superior de la Judicatura, en sesión plenaria como tribunal de disciplina. Aun cuando los cinco miembros de este Consejo deben tener aptitud para el cargo de juez, hay entre ellos

representantes del Ejecutivo y del Legislativo. Sólo en el caso de remoción hay un recurso ante la sala político-administrativa de la Corte Suprema. En caso de suspensión provisional -que puede ir de tres meses a un año-, no está previsto ningún remedio judicial (art. 79 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura -L.O.C.J.-), por lo que su procedencia ha sido exigida por la jurisprudencia de la Corte.

Con relación a la selección de los jueces, en 1991 se dictó una regulación técnica administrativa (la ley había sido sancionada en 1980) sobre el procedimiento de postulación a los cargos, la que se viene aplicando desde 1992, determinándose la selección por concurso.

Anteriormente, hasta 1979 los jueces de la Corte Suprema de Justicia eran elegidos de una lista de candidatos que presentaba el Ministro de Justicia. A partir de 1980 y hasta la aplicación de la citada regulación en 1992, los jueces eran elegidos directamente y según su criterio, por el Consejo Superior de la judicatura.

2. La Corte Suprema de Justicia.

Es el más alto tribunal, consta de tres salas -civil, penal y político-administrativa-, con cinco jueces cada una (art. 212 de la Constitución), y ejerce sus funciones como tribunal constitucional y tribunal de casación. El art. 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (**LOCSJ**) concreta la disposición previendo dichas salas junto al pleno.

Es competencia del pleno, entre otras: la realización del enjuiciamiento del Presidente de la República (después de un antejuicio -en el que se establece si existen suficientes puntos de apoyo para ello- caso *Carlos Andrés Pérez*, 1993), debe recabarse la autorización del Senado. Esto fue afirmado en el año 1993, y la realización del antejuicio -y, en el caso de delitos políticos, también la del debate principal, hasta la sentencia- contra los miembros de la propia Corte Suprema, los del Congreso, los ministros, el fiscal general, el procurador general, el contralor general de la República -una suerte de Presidente de un tribunal federal de cuentas-, los gobernadores de los Estados miembros y los jefes de las misiones diplomáticas. Además, debe decidir sobre la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes nacionales y, con ello, declarar la nulidad de éstas y de otros actos del Poder Legislativo, así como también la constitucionalidad y legalidad de las leyes y ordenanzas de los estados miembros y municipalidades. También resuelve los conflictos entre leyes de la misma jerarquía y declara la nulidad de los decretos inconstitucionales y demás actos del Ejecutivo.

Le compete a la sala en lo político-administrativo la declaración de nulidad de los actos administrativos, dirimir las controversias entre órganos nacionales y las que se susciten entre éstos y los estados miembros, entre los estados entre sí, entre éstos y los municipios, y las que se planteen entre municipios de distintos estados. Asimismo, a cada sala le corresponde entender en las contiendas de competencia ocurridas en los tribunales ordinarios o especiales respectivas y resolver los recursos de casación interpuestos. La **LOCSJ** regula los procedimientos ante la Corte.

2.1. El control constitucional en Venezuela.

Hay tres vías diferentes para ejercer el control de constitucionalidad: 1) la llamada vía directa de la demanda popular ante la Corte Suprema (control constitucional concentrado); 2) el control difuso, que puede realizar todo juez en forma de control por incidente y 3) el "amparo constitucional", un modo de demanda que puede ser presentada ante diversos tribunales. Por ello, también se habla de un sistema mixto de control constitucional. Junto al control difuso según el modelo norteamericano, existe también el control concentrado según el modelo europeo. El control difuso permite a cualquier juez no aplicar una ley en el caso concreto, si la considera inconstitucional (la ley sigue siendo válida en general, dado que el fallo sólo tiene efecto entre partes).

Una particularidad del sistema de control difuso es el "proceso de amparo"; en éste, por la supuesta inconstitucionalidad, un juez puede tanto declarar la no aplicabilidad de la ley al

caso concreto, como también suspender la ejecución de una sentencia o de un acto administrativo, decisión que también tiene efecto entre partes.

Están provistas de efectos *erga omnes* las decisiones de la Corte Suprema que resultan de la demanda popular por inconstitucionalidad de una ley u otros actos del poder público. Esta competencia deriva del art. 215, ords. 3, 4 y 6, de la Constitución, en relación con el art. 112 de la **LOCSJ**, que prescribe: "Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las disposiciones transitorias de esta ley". A este respecto, es digno de destacar que la Corte también es competente para la revisión constitucional de ordenanzas municipales.

La sobrecarga de la Corte exige una reforma que, actualmente, se orienta en favor de la creación de un tribunal constitucional o, al menos, de una sala constitucional según el modelo de Costa Rica.

3. Los tribunales.

Los 1200 tribunales venezolanos están divididos en "tribunales superiores", de primera instancia, de distrito o de departamento, de municipio o de parroquia y, recientemente, de paz. Poseen competencia civil, comercial y penal. Junto a estos tribunales se hallan, además, un "tribunal de salvaguardia" para proteger la propiedad pública -ante el cual se denuncian casos de corrupción- y los tribunales militares.

4. El Consejo Superior de la Judicatura.

Está integrado por cinco miembros con aptitud para ser juez de la Corte y es competente para la administración de los 1200 tribunales; la realización de los procedimientos de selección para la designación de jueces y los procesos disciplinarios; la creación de nuevos tribunales y el cierre de antiguos. Conforme la Constitución (art. 217), el Consejo vela por asegurar la independencia, eficiencia, disciplina y dignidad de la justicia y por garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial.

No tiene facultades respecto de la Corte Suprema, pues ésta se administra autónomamente, lo cual conduce siempre a conflictos de competencia.

5. El Ministerio Público.

En Venezuela domina (aún) un proceso penal inquisitivo, escrito. El Fiscal General es designado por el parlamento en sesión ordinaria de ambas cámaras por el lapso de un período de gobierno (cinco años), es independiente de los restantes órganos del Ejecutivo y no está sujeto a instrucciones. Bajo su dirección, se vela por el respeto a los derechos y garantías constitucionales, y se ejerce un control sobre la administración de justicia y la observancia de la ley, dentro del proceso penal y de la ejecución de la pena. Opera como *Ombudsman*, en los casos en que le son conocidas violaciones a derechos humanos cometidas por órganos estatales, pudiendo tomar medidas contra los funcionarios responsables.

La Fiscalía puede aparecer también como acusador en el proceso penal, mas no le compete la realización de la investigación (esto está previsto en la reforma del Código Procesal Penal discutida actualmente, donde se piensa convertir al Ministerio Público en dueño del procedimiento instructorio, a más del papel de acusador).

LÖSING, Norbert (director del programa "Estado de Derecho para América Latina" de la Fundación Konrad Adenauer), "Evolución constitucional en Venezuela", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Biblioteca Jurídica Diké, Colombia, 1a. edición, 1997, pp. 109/117.

[20]

SEGURIDAD SOCIAL. BENEFICIARIOS. ESTUPEFACIENTES. CONDENADOS POR DELITOS VINCULADOS A LAS DROGAS. AYUDA EN DINERO EFECTIVO. VALES DE COMIDA. FUNDAMENTO. DERECHO PENAL. DELITOS DE DROGAS. GUERRA CONTRA LAS DROGAS. PENAS INHUMANAS Y DEGRADANTES. DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD ANTE LA APLICACIÓN DE LA LEY (DOCTRINA/EE.UU.).

La amplia ley de reforma al sistema de seguridad social que el Presidente Clinton promulgó en agosto de 1996 niega, en forma permanente, el acceso a la ayuda en dinero efectivo y a los vales de comida a toda persona condenada en términos de una ley federal o estadual por la comisión de una felonía que tenga como "elemento la posesión, uso o distribución de una sustancia controlada". Dada la aparente compatibilidad de esta cláusula con el espíritu general de la reforma de bienestar social, los legisladores no la evaluaron en forma independiente, esto es, como un aumento del castigo que se impone a este tipo de delincuentes. En consecuencia, el Congreso imprudentemente aprobó una medida que no persigue la satisfacción de ningún objetivo punitivo legítimo y que bien puede aumentar la incidencia del consumo y venta de estupefacientes en el grupo más vulnerable a esta tentación, el de los pobres urbanos.

Con el único límite de la prohibición de imponer castigos crueles e inusuales de la Enmienda VIII, el Congreso tiene facultades para aprobar cualquier castigo que considere apropiado para un delito federal. Este poder le permite incluso imponer penalidades acumulativas, de modo que una única condena penal puede incluir castigos múltiples. Sin embargo, los legisladores responsables deberían considerar si el aumento del castigo de un delito determinado es una buena política de justicia criminal. En el caso de la política de drogas, la investigación debería constar de dos preguntas: si la medida realmente va a reducir la incidencia de los crímenes vinculados a las drogas, y si persigue la satisfacción de algún interés legítimo en castigar. Negar los beneficios de la seguridad social a los que han cometido delitos vinculados a las drogas no cumple ninguno de esos requisitos.

En la última década, los legisladores que fueron captados por el espíritu militarista de la "guerra contra las drogas" no han encontrado a ningún proyecto de ley tan draconiano como para quitarle apoyo político. A pesar -o quizás en razón- de esta exhibición de machismo, el comercio de drogas ha florecido en las comunidades más pobres de los Estados Unidos. Si el Congreso carece del coraje para reorientar la estrategia de las drogas, dejando de concentrarse excesivamente en la identificación, arresto y castigo de los que cometen este tipo de delitos, debería al menos abstenerse de aprobar leyes que no persiguen la satisfacción de un objetivo punitivo legítimo y que probablemente exacerbén las condiciones mismas que conducen a las personas al uso de drogas.

Recent Legislation, "Welfare reform - Punishment of drug offenders - Congress denies cash assistance and food stamps to drug felons - Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996, Pub. L. No 104-193, Sec. 115, 110 Stat 2105 (to be codified at 42 U.S.C. Sec 862a)", en *Harvard Law Review*, vol. 110, número 4, febrero de 1997, p. 983.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LA JURISPRUDENCIA
DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES

La determinación del contenido y alcance de las garantías procesales fundamentales configura un rico y meduloso capítulo de la elaboración jurisprudencial de las llamadas cortes constitucionales. El efecto ejemplar, cuando no obligatorio, de las decisiones de dichos tribunales agrega a éstas una trascendencia inocultable. Esto último resulta aún más destacable cuando las decisiones provienen de órganos jurisdiccionales de carácter supranacional.

De tal suerte, las diversas cortes han ido entretejiendo, al unísono, un aparato conceptual y científico para dar encarnadura y consistencia a una temática de la cual, en medida creciente, depende la concreta realización de los derechos sustanciales.

Uno de los elementos definitorios del Estado de Derecho y si se quiere, del Estado de Justicia, reside en la protección que el Estado confiere a quienes peticionan ante los estrados judiciales. El acceso a éstos y su imparcialidad, el equilibrio, licitud y celo de su actividad y, sobre todo, el que la decisión de un caso sólo tenga valor y sentido en tanto que culminación de un camino, de un proceso, recorrido con ajuste a determinados derechos esenciales de la persona humana, marcan la diferencia de un ordenamiento procesal al servicio del hombre respecto de aquellos que se sirven de éste. Ciertos imperativos, por lo demás, resultan más que apremiantes si se atiende al vasto universo de desvalídos ante la "contienda" judicial.

Una muestra palpable de la reflexión jurisdiccional en estos terrenos se encuentra contenida en las entregas del Boletín de jurisprudencia constitucional de la Comisión de Venecia, que se difunde en lengua francesa e inglesa: *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle* y *Bulletin on constitutional case law*. Se trata de una publicación periódica que, principalmente, da cuenta de resúmenes de jurisprudencia de las Cortes constitucionales y tribunales de competencia equivalente europeos y de otros países vinculados con dicha Comisión (v.gr. Argentina, Sudáfrica), y de la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Es por ello que, para el presente estudio, nos hemos atenido al material que proporciona dicha publicación, máxime cuando, salvo alguna excepción, la selección de los fallos y las síntesis de éstos son obra de especialistas pertenecientes a los propios órganos que dictan las decisiones ¹.

1

En tal sentido, hemos abarcado la totalidad de los números del Boletín editados hasta el presente (del n° 1 de 1993 hasta el n° 1 de 1997). Con todo, cabe advertir: a) que no hemos seguido la estructura de los resúmenes ni el tesoro sistemático del Boletín; b) que aun cuando numerosos antecedentes podían ser ubicados bajo diversas voces, sólo los hemos emplazado bajo la voz predominante; c) que en numerosos resúmenes han sido agregadas entre paréntesis, después de la doctrina del caso, determinadas circunstancias fácticas de éste u otros fundamentos de la decisión, que pueden facilitar la comprensión del asunto; y d) que en determinados supuestos hemos sintetizado o seleccionado lo contenido en la fuente. Por razones de espacio, las referencias puestas al final de cada resumen contienen los siguientes datos: nombre del órgano judicial, fecha del pronunciamiento, y número, año y página del Boletín en su versión francesa. La cita de la Convención Europea de Derechos Humanos ha sido abreviada: CEDH.

Como ya lo hemos señalado desde estas mismas páginas, en una anterior oportunidad, es estimulante advertir la correspondencia que mantienen entre sí pronunciamientos provenientes de ordenamientos jurídicos diversos: "cada órgano judicial desde sí... pero en la búsqueda de un ajuste, de un orden común de justicia".

Empero, nunca debe perderse de vista que las normas de derecho internacional de los derechos humanos no establecen prescripciones sobre la protección judicial obligatorias únicamente para la vía de la justicia. El Estado tiene el deber de asegurar el derecho a la protección jurídica de toda persona no sólo por las autoridades judiciales, sino también por las autoridades administrativas y por toda otra autoridad competente (**Corte Constitucional de Rusia**, 1-10-1993, 1/1994, p. 57).

1. Acceso a la jurisdicción

1.1. En general.

A. El Tratado sobre la Unión Europea prevé una transferencia en beneficio de esta última de un determinado número de competencias legislativas que atañen a numerosos aspectos generales e importantes de la vida cotidiana, lo que explica por qué el acto de adhesión reviste una importancia extrema para la población danesa en general. Los ciudadanos comunes están, entonces, en condiciones de petitionar un control de fondo de la constitucionalidad del acto de adhesión (la Corte Suprema casó la decisión de la Corte de apelación, y devolvió a ésta la causa, al considerar que los requirentes -numerosos ciudadanos con diversas actividades- podían prevalerse de un interés para actuar en demanda de un control de constitucionalidad del acto de adhesión al Tratado sobre la Unión Europea -Tratado de Maastricht- dictado por el Parlamento. Los actores sostenían que dicho acto no era conforme a las disposiciones del art. 20.1 de la Constitución concerniente a las atribuciones del poder legislativo en materia de política exterior. La Corte de apelación había rechazado la demanda con base en que los actores carecían de un interés personal y específico para actuar. Los requirentes, en su apelación ante la Corte Suprema, sostuvieron que el mencionado rechazo constituía una violación del art. 6.1 de la CEDH, argumento contestado por el demandado (Primer Ministro), que agregó que siempre sería posible a los ciudadanos, en caso de impugnación de actos de las instituciones de la Unión Europea que los afecten de manera personal y directa, impugnar al mismo tiempo la constitucionalidad del acto de adhesión) (**Corte Suprema de Dinamarca**, 12-8-1996, 2/1996, p. 218).

B. Incumbe a las jurisdicciones de los Estados miembros, por aplicación del principio de cooperación enunciado por el art. 5 del Tratado de la Comunidad Europea, asegurar la protección jurídica que deriva para los justiciables del efecto directo del derecho comunitario. En ausencia de una reglamentación comunitaria en la materia, pertenece al orden jurídico interno de cada Estado miembro la designación de las jurisdicciones competentes y la reglamentación de las modalidades procesales de los recursos destinados a asegurar la salvaguarda de los derechos que asisten a los justiciables derivados del mencionado efecto directo. Sin embargo, estas modalidades no pueden ser menos favorables que las concernientes a los recursos similares de naturaleza interna, ni hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el orden jurídico comunitario. Una norma de derecho nacional que impida la ejecución del procedimiento previsto en el art. 177 del Tratado cit. debe, a este respecto, ser descartada.

Cada caso en el que se plantee la cuestión de saber si una disposición nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del derecho comunitario debe ser analizado

teniendo en cuenta el emplazamiento de esa disposición en el conjunto del procedimiento, su desarrollo y sus particularidades, ante las diversas instancias nacionales. En esta perspectiva, deben tomarse en consideración, llegado el caso, los principios que están en la base del sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección de los derechos de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento.

A este respecto, si bien la imposición de un plazo de sesenta días al justiciable para presentar un agravio nuevo derivado de la violación del derecho comunitario no es, en sí, criticable, el derecho comunitario se opone, sin embargo, a la aplicación de una regla procesal nacional que impide al juez nacional interviniente, en el marco de su competencia, apreciar de oficio la compatibilidad de un acto de derecho interno con una disposición comunitaria cuando esta última no ha sido invocada en un determinado plazo por el justiciable, en una causa en que la jurisdicción nacional competente en el litigio principal es la primera que puede plantear una cuestión prejudicial a la Corte, o en la que el plazo en juego hubiera expirado al momento en que esta jurisdicción debió celebrar su audiencia, de suerte que dicha jurisdicción se ve privada de la posibilidad de proceder de oficio a la apreciación de dicha compatibilidad, o cuando no surge que en el cuadro de un procedimiento ulterior exista otra jurisdicción nacional que pueda verificar de oficio dicha incompatibilidad, o toda vez que la imposibilidad de plantear de oficio la motivación derivada del derecho comunitario no puede ser razonablemente justificada por principios tales como la seguridad jurídica o el buen desarrollo del procedimiento (**Corte de Justicia de las Comunidades Europeas**, 14-12-1995, 3/1995, p. 404).

C. Para que un "tribunal" pueda decidir sobre una impugnación relativa a derechos y obligaciones de carácter civil de conformidad con el art. 6.1 de la CEDH, es necesario que tenga competencia para pronunciarse sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho pertinentes al litigio que le está sometido. En el caso, el juez estimó que la existencia de un determinado hecho estaba "establecida" a partir de las consideraciones expresadas por el órgano administrativo interviniente, por lo que no apreció desde su propio punto de vista dicha existencia. Luego, el magistrado se privó de la competencia para examinar por sí mismo un hecho crucial del litigio, de manera que el requirente no tuvo acceso a un tribunal investido de una competencia suficiente para fallar la causa planteada, violándose así el citado art. 6.1 (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 17-12-96, 1/1997, p. 132).

D. El art. 10 de la Constitución considera como fundamento del orden constitucional de la Federación rusa, la distribución del poder del Estado en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

Conforme al art. 118.1 de la Constitución, la justicia es impartida únicamente por los tribunales. Deriva de las normas constitucionales, por un lado, que ningún otro órgano puede encargarse de la administración de justicia y, por el otro, que es imposible atribuir a un tribunal cualquier tipo de funciones ajenas a su condición de órgano de justicia. La misma manera de enfocar el problema se ha visto reflejada en la resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1989/60 (24-5-1989), que aprobó los procedimientos de aplicación eficaz de los principios fundamentales de independencia de los órganos judiciales, siguiendo los cuales, especialmente, no se puede exigir de ningún juez que cumpla funciones incompatibles con su condición de independencia (**Corte Constitucional de Rusia**, 3/1996, p. 432).

E. La norma de la ley de defensa, que impone un plazo de seis meses a toda persona que pretende entablar una acción civil contra el Estado, constituye una menoscabo injustificable y excesivo al derecho de acceso a un tribunal (la norma impugnada preveía que dicha acción debía ser entablada dentro de los seis meses de la fecha en que se produjo la causa de la acción, y, además, que el demandado debía ser advertido de dicha acción al menos un mes antes de la introducción de la acción. Según la Corte, la norma no ofrecía a los actores una posibilidad razonable y justa de reclamar judicialmente la reparación de los perjuicios que pretendiesen haber sufrido; el tribunal también hizo referencia a la pobreza, el analfabetismo, las diferencias culturales y de lengua, que hacían inaccesible el sistema judicial para muchas personas) (**Corte Constitucional de Sudáfrica**, 26-9-96, 3/1996, p. 340).

F. La supresión del control judicial de las decisiones de despido de empleados del servicio de seguridad del Estado (basado en el "interés superior del servicio") es contraria al principio constitucional de acceso a los tribunales (**Tribunal Constitucional de Polonia**, 8-4-97, 1/1997, p. 93).

G. Los tribunales populares de la Federación de Rusia rechazaban la admisión de demandas de reinstalación de ex agentes de la procuraduría, prevaleciéndose de determinadas normas de la legislación en vigor relativas a la procuraduría de la Federación y al derecho del trabajo, según las cuales el contencioso laboral de ciertas categorías de trabajadores no podía ser juzgado por los tribunales. En otras palabras, el estatuto de los procuradores y agentes de instrucción, especialmente, derogaba el derecho común del contencioso del trabajo. La Corte Constitucional consideró inconstitucionales dichas prácticas, pues menoscababan el derecho constitucional de todos los ciudadanos a la protección judicial de los derechos y libertades, a la igualdad del derecho al trabajo e ignoraban las normas y estándares internacionales universalmente admitidos (**Corte Constitucional de Rusia**, 16-4-93, 1/1994, p. 56).

H. El art. 213 del Código del Trabajo que prevé que los conflictos relativos a determinadas categorías de funcionarios deben ser resueltos por sus superiores y no por los tribunales, es inconstitucional pues priva a dichos funcionarios del ejercicio de su derecho a presentarse a un tribunal tal como lo dispone el art. 42.1 de la Constitución (**Corte Constitucional de Georgia**, 5-12-96, 3/1996, p. 379).

I. Son inconstitucionales las normas que impiden a los cuadros superiores el derecho de recurrir contra sus despidos, pues violan los derechos constitucionales de los ciudadanos a la protección de sus intereses económicos y sociales y a la defensa de sus derechos y libertades ante los tribunales. En los términos del art. 22 de la Constitución, todos son iguales ante la ley y tienen el derecho, sin discriminación alguna, a una protección igual de los derechos y de los 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 debe gozar, sin discriminación, de igualdad de oportunidades en materia de empleo y profesión (**Corte Constitucional de Bielorrusia**, 19-4-1996, 1/1996, p. 25).

J. Toda persona física o moral cuya situación es influida por una privatización o una

nacionalización puede pretender la protección jurídica de sus derechos. Dado que las personas físicas, asalariadas o accionistas de una sociedad por acciones, no disponen de ningún derecho de recurrir de conformidad con la ley de privatizaciones, contra el acuerdo dado por el Fondo de privatización, el hecho de plantear el asunto ante el tribunal administrativo constituye la única forma de protección jurídica de los asalariados de una empresa en vías de privatización. En consecuencia, los planteos presentados por los asalariados de una empresa y su sindicato no pueden ser rechazados por el tribunal administrativo, que debe pronunciarse sobre el fondo del caso (**Corte Constitucional de Croacia**, 7-2-96, 1/1996, p. 35).

K. Una convención colectiva no puede impedir a un trabajador la posibilidad de ocurrir ante un tribunal ordinario a causa de su despido cuando el sindicato no toma ninguna medida para llevar el caso ante una corte especial de arbitraje (en el caso, la convención colectiva preveía que sólo los sindicatos -y no un trabajador a título individual- estaban habilitados para intentar una acción, pero ante un tribunal de arbitraje. Sin embargo, el sindicato había manifestado su intención de no iniciar dicho procedimiento. La empresa de servicios públicos estimaba que, a su respecto y según la convención colectiva, el asunto no podía ser llevado ante los tribunales ordinarios. La Corte sustentó la solución antes señalada en el art. 6.1 de la CEDH) (**Corte Suprema de Dinamarca**, 12-10-94, 3/1994, p. 235).

L. Una disposición que impide a los interesados atacar directamente, por la vía de un recurso de anulación ante el Consejo de Estado, las convenciones colectivas de trabajo concluidas en el seno de un órgano paritario y que elimina la competencia de anularlas *erga omnes*, sería desproporcionada si el legislador no hubiese previsto un control sustancial de la legalidad de dichas convenciones.

En razón de la existencia de un régimen de control legalmente previsto, que confía la comprobación de la nulidad de una convención colectiva, por la vía de un control incidental de legalidad, a jurisdicciones compuestas de manera específica, paritaria, a saber: las jurisdicciones del trabajo -a las cuales la ley no menoscaba-, la exclusión de la competencia del Consejo de Estado no aparece como una medida manifiestamente desproporcionada al fin perseguido (**Corte de Arbitraje de Bélgica**, 9-6-93, 2/1993, p. 7).

M. La legitimación de los sindicatos en el ámbito del contencioso administrativo, en cuanto a su aptitud para constituirse en parte en el marco de un proceso concreto, también llamada *legitimatío ad causam*, debe ser evaluada en el cuadro de la noción de interés profesional o económico: el término interés ha de ser tomado "en el sentido propio, calificado o específico" (un sindicato impugnó la decisión del Tribunal Superior que declaró inadmisibles un recurso contencioso administrativo contra una decisión de la asamblea de dirección de una universidad que aprobaba la composición de determinadas plazas de profesor universitario, y que, según el demandante, contrariaba lo convenido previamente en la mesa de negociaciones -un miembro de dicho sindicato debía formar parte del órgano de representación del personal docente de la universidad-. El sindicato sostuvo que la decisión judicial violaba los derechos reconocidos por los arts. 24.1 y 29.1 de la Constitución, que garantizan el acceso a la jurisdicción y la libertad sindical. El tribunal juzgó que la legitimidad era incontestable, conforme con el art. 32 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa. Recordó que la función de los sindicatos, desde el punto de vista constitucional, no consiste solamente en representar a sus miembros conforme a los esquemas de derecho privado, sino en ejercer igualmente los derechos que, si bien pertenecen a cada uno de los trabajadores *uti singuli*,

deben necesariamente ser ejercidos colectivamente, a condición, bien entendido, que esta capacidad abstracta del sindicato sea bien precisada en cada caso y descansa sobre la existencia de un nexo entre la organización que ejerce la acción y la pretensión ejercida. Por consecuencia, si esta conexión, nexo o unión, origina un interés económico o profesional en el sentido precisado anteriormente, es necesario concluir que la decisión recurrida es errada en cuanto considera que el actor carece de dicha condición) (**Tribunal Constitucional de España**, 11-6-96, 2/1996, p. 223).

N. No es inconstitucional la norma que impide al marido el derecho de ocurrir ante la justicia para desconocer la paternidad presumida por la ley, después de haber pasado un mes desde que tuvo conocimiento del nacimiento del niño (el Código Civil establece que "el marido es el padre de todo niño nacido durante el matrimonio o durante los trescientos días siguientes a la disolución de éste") (**Corte Constitucional de Turquía**, 13-9-95, 3/1996, p. 452).

Ñ. La disposición legal que autoriza a la Asamblea nacional a examinar la claridad de una cuestión sometida a referéndum le permite a aquélla decidir que un referéndum no tendrá lugar a causa del carácter poco claro de la cuestión prevista para ser sometida al pueblo. Sin embargo, esa disposición no acuerda una protección judicial suficiente, como lo exige el art. 157.2 de la Constitución, para la salvaguarda efectiva de los derechos constitucionales afectados (la Corte advirtió que el art. 90.5 de la Constitución, que prevé que los referéndums son reglados por la ley, no permite restricciones del derecho constitucional de peticionar la realización de un referéndum de manera tal que ese derecho sea totalmente abolido respecto de cierto tipo de leyes. Según el art. 15.3 de la Constitución, la ley puede restringir un derecho constitucional únicamente cuando ello fuese decisivo para la protección de los derechos de otras personas, conforme con el principio de proporcionalidad, o en el caso en que la Constitución prevea que ello es así mediante una disposición que emplee una fórmula tal como "en las condiciones previstas por la ley", "en los casos definidos por la ley", "en los límites de la ley", etc. Cuando el contenido y la extensión de un derecho está ya determinado por la Constitución, la cláusula que prevea que ese derecho será ejercido "de conformidad con la ley" o que "será reglado por la ley" significa que el legislador, de acuerdo al art. 15.2 de la Constitución, tiene el poder de prescribir la manera de ejercer el derecho pero no el poder de restringirlo) (**Corte Constitucional de Eslovenia**, 10-1-95, 1/1995, p. 97).

O. El derecho a la protección judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) es una facultad del Estado atribuida al poder judicial, que consiste en la prestación de la actividad jurisdiccional por los jueces y los tribunales. La actividad o prestación en la cual se materializa el derecho a la protección judicial efectiva, permite al legislador la delimitación y la determinación de las condiciones requeridas para dicho acceso. Pero, esta facultad legislativa no puede tener la menor incidencia sobre el contenido esencial del derecho, o imponer para su ejercicio obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos haciendo el ejercicio más difícil, a menos que esta dificultad esté justificada por fines constitucionales lícitos (en el caso, los órganos judiciales inferiores intervinientes dudaron de la constitucionalidad de una norma del Ordenamiento de los Transportes Terrestres, que sometía a arbitraje las controversias que no superaran determinado monto -500.000 pesetas- producidas en el marco de un contrato de transporte terrestre, salvo el caso de acuerdo expreso en contrario de las partes. El Tribunal Constitucional estimó que no se puede afirmar que la disposición en juego impusiera un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la jurisdicción en la medida en que responde a

la finalidad plausible de establecer el arbitraje como un medio ideal para resolver más rápidamente las controversias de bajo monto, descargando así de trabajo a los órganos judiciales. Empero, el hecho de que la única manera de evitar el arbitraje impuesto sea un acuerdo entre todos los interesados, vale decir, en cuanto se subordina el derecho de acceso a los tribunales de una de las partes al consentimiento de la otra, se establece un obstáculo a la protección judicial tutelada por el art. 24.1 cit.) (**Tribunal Constitucional de España**, 23-11-95, 3/1995, p. 324).

P. El principio de la preeminencia del derecho (art. 1 de la Constitución) entraña el derecho de acceso a los tribunales, lo que no significa que todas las restricciones que existan a dicho acceso sean contrarias a la Constitución (en el caso, se consideró constitucional la norma que preveía que los litigios relativos a la fijación o modificación del importe de las locaciones de bienes inmuebles pertenecientes al Estado o a las comunas, fuesen sometidos a un procedimiento preliminar no judicial ante una comisión de recursos dependiente de la Asamblea provincial respectiva, y que la persona no satisfecha con la decisión de esta última pudiera apelar ante un tribunal) (**Corte Constitucional de Polonia**, 13-3-1996, 1/1996, p. 93).

Nota de la Secretaría: un precedente del tribunal había declarado la inconstitucionalidad del régimen anterior al ahora examinado, en cuanto impedía todo acceso de los interesados a los tribunales contra la "declaración" unilateral que expedía la administración local, por ser contrario al principio constitucional de la competencia exclusiva de las jurisdicciones, y no conforme a la CEDH y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en materia de acceso a un tribunal (v. **Corte Constitucional de Polonia**, 8-12-92, 1/1993, p. 31).

Q. El derecho judicial privado autoriza a los tribunales a rechazar una presentación sin comparecencia, cuando esta presentación es de toda evidencia infundada o imposible de ser juzgada (la norma examinada fue introducida en el Código Procesal Civil en 1953, derogada en 1957, y reintroducida en 1972 a fin de acelerar el desarrollo de los procedimientos).

Dicha norma es violatoria del derecho de los ciudadanos a ser escuchados por un tribunal independiente, derecho afirmado por la Constitución: los ciudadanos tienen el derecho de que su demanda sea examinada por un tribunal, y el acceso a los tribunales no puede ser negado por razones puramente prácticas (**Corte Constitucional de Hungría**, s/f, 3/1993, p. 22).

R. La prohibición impuesta a ministros de la Iglesia ortodoxa de comulgar y de dar la comunión a los fieles es un acto de contenido espiritual, previsto por las leyes sagradas, y no un acto administrativo ejecutivo sujeto al control jurisdiccional directo o incidental. Por el contrario, el acto de destitución de un ministro del culto de sus funciones administrativas, medida dictada en virtud de la Carta constitucional de la Iglesia que es una ley del Estado, corresponde al control jurisdiccional del Consejo de Estado. El juez, sin embargo, no es competente para apreciar la regularidad de la medida espiritual origen de la destitución (**Consejo de Estado de Grecia**, 14-6-96, 2/1996, p. 238).

S. Es violatoria del art. 6.1 de la CEDH, la legislación irlandesa que no permite al padre el derecho de cuestionar ante el consejo de adopción o ante los tribunales, la decisión de la madre de entregar el hijo de ambos a un establecimiento para su adopción (**Corte Europea de**

1.2. Igualdad y no discriminación.

A. Cuando una disposición legislativa es interpretada en el sentido de que un secretario judicial no puede introducir un recurso de casación contra la sanción disciplinaria recibida y que, además, no le está abierto recurso alguno ante el Consejo de Estado, ningún recurso jurisdiccional estaría previsto contra dicha sanción. Bajo tal interpretación, la norma aludida viola los arts. 10 y 11 de la Constitución (ex arts. 6 y 6 bis) que garantizan los principios de igualdad y de no discriminación (**Corte de Arbitraje de Bélgica**, 26-4-93, 1/1994, p. 12).

B. La ley prevé que el despido por motivos de orden económico y técnico de trabajadores protegidos (delegados sindicales) debe ser sometido a la autorización de un órgano paritario compuesto de representantes de los empleadores y de los trabajadores, que habrá de decidir por unanimidad en el plazo de dos meses. Cuando el órgano partidario no toma la decisión en el término indicado, los empleadores y trabajadores protegidos pueden presentarse al tribunal del trabajo. Cuando el órgano se pronuncia en el plazo legal, ningún recurso está previsto. La distinción criticada descansa sobre una justificación objetiva y razonable; sin embargo, existe una desproporción que afecta de manera discriminatoria el derecho de toda persona, en virtud del art. 6 de la CEDH, a que una decisión determinante de sus derechos civiles pueda ser sometida a un juez (**Corte de Arbitraje de Bélgica**, 28-8-93, 2/1993, p. 14).

C. La disposición legal que sólo tiene por objeto impedir al Consejo de Estado que se pronuncie sobre la irregularidad eventual de una resolución del Rey (*arrêté royal*) relativa a los derechos a contribuir al financiamiento de una institución pública, viola los arts. 6 y 6 bis de la Constitución que garantizan los principios de igualdad y no discriminación en cuanto priva, a la categoría de ciudadanos a los que dicha resolución se aplica, una garantía jurisdiccional dada a todos los ciudadanos, sin que esa diferencia de trato esté justificada por los objetivos de oportunidad y de seguridad jurídica invocados. A falta de circunstancias excepcionales, la consideración de oportunidad es insuficiente para justificar la norma (**Corte de Arbitraje de Bélgica**, 8-8-93, 2/1993, p. 6).

D. Ninguna disposición de la Constitución o de una convención internacional obliga al legislador a establecer de manera general un procedimiento de urgencia (*référé*) administrativo. Empero, cuanto el legislador estima que es deseable prever la posibilidad de una demanda de suspensión de los actos administrativos, no puede negar dicha demanda a ciertas categorías de sujetos de derechos -en el caso, determinadas categorías de extranjeros que se declaran refugiados- si no existe para ello una justificación razonable (**Corte de Arbitraje de Bélgica**, 14-7-94, 2/1994, p. 117).

E. La legislación sobre el régimen y los derechos de los inválidos de guerra civiles que limita la producción de pruebas para determinados actores, pero autoriza a otros a aportarla de la manera que éstos elijan, es contraria al artículo 22 de la Constitución (**Corte Constitucional de Eslovenia**, 31-5-94, 1/1994, p. 61).

F. La ausencia de posibilidades para los funcionarios de las asambleas legislativas de introducir un recurso de anulación contra los actos administrativos de esas asambleas o de sus órganos, cuando los funcionarios dependientes de las autoridades administrativas pueden interponer un recurso de anulación ante el Consejo de Estado contra los actos administrativos de sus autoridades, viola el principio constitucional de igualdad y de no discriminación previstos en los arts. 10 y 11 de la Constitución. Sin embargo, esta discriminación tiene su origen en una laguna de la legislación que la Corte no puede llenar. La situación indicada no puede ser remediada sino por una intervención del legislador (**Corte de Arbitraje de Bélgica**, 15-5-96, 2/1996, p. 206).

1.3. Actos administrativos.

A. Conforme a la doctrina constitucional constante (jurisprudencia derivada de la sentencia del Tribunal Constitucional n° 148/1933), toda ejecución inmediata de un acto administrativo que tiene por efecto obstaculizar o impedir la protección judicial plena y efectiva, e impide el restablecimiento de los derechos e intereses de las personas lesionadas, va en contra del art. 24.1 de la Constitución (el Tribunal afirmó que si bien es cierto que el privilegio de autoprotección atribuido a la administración pública no es contrario a la Constitución, en la medida en que confluye con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 de la Constitución, no lo es menos que el derecho fundamental invocado origina la facultad del poder jurisdiccional para adoptar las medidas conservatorias y de suspensión de la ejecución de un acto por las razones evaluadas en la Ley. En consecuencia, el derecho a la protección judicial efectiva se extiende a la demanda o pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos, demanda que, cuando es formulada en el marco del procedimiento administrativo, debe permitir un recurso judicial en caso de rechazo, y, cuando es formulado en el marco de un procedimiento judicial, debe dar lugar a la revisión judicial correspondiente) (**Tribunal Constitucional de España**, 20-5-96, 2/1996, p. 219).

B. Es inconstitucional la práctica de expulsión administrativa de ciudadanos que ocuparon espontáneamente locales de habitación, si la medida está avalada sólo por el procurador sin posibilidad de recurso judicial por los expulsados. Ello viola el principio de igualdad de todos ante la ley y el tribunal, y restringe el derecho de los ciudadanos a la defensa judicial (**Corte Constitucional de Rusia**, 5-2-93, 1/1994, p. 55).

C. Es desproporcionada la medida legislativa que, por un lado, prevé que el comisario general de los refugiados y apátridas puede volver ejecutoria su decisión adversa a un recurso urgente contra la decisión que declara manifiestamente inadmisibles o infundada la demanda de ingreso como candidato a refugiado, y que, por el otro, establece que dicha decisión no puede ser objeto de una demanda de suspensión. Esto es así, en la medida en que dicha disposición permite a la propia autoridad administrativa señalar las decisiones insusceptibles de un pedido de suspensión ante el Consejo de Estado (**Corte de Arbitraje de Bélgica**, 14-7-94, 2/1994, p. 117).

D. El acceso a la Corte Constitucional corresponde al sistema de protección de los derechos garantizados por la Constitución y al derecho a un recurso efectivo según el art. 13 de la CEDH. Toda decisión administrativa individual está sometida al control obligatorio de los tribunales de derecho público (Corte Constitucional, Corte Suprema Administrativa) (**Corte Constitucional de Austria**, 2-7-94, 2/1994, p. 112).

E. La regla de la inadmisibilidad de la iniciación de procesos penales contra un juez sin el acuerdo del Colegio de Calificación de los Jueces representa una de las garantías de la inviolabilidad de los jueces. La decisión de dicho colegio de rechazar el mencionado acuerdo puede ser objeto de un recurso ante el Colegio de Calificación Superior de los Jueces de la Federación de Rusia y, posteriormente, de un recurso judicial (de conformidad a la Constitución, los actos y las decisiones de los órganos del Estado, de los órganos de la autoadministración local, de las asociaciones públicas y de los funcionarios, que produzcan la violación de derechos y libertades del ciudadano o establezcan obstáculos para su ejercicio, pueden ser objeto de un recurso ante un Tribunal. La Constitución no admite excepción a este principio constitucional) (**Corte Constitucional de Rusia**, 7-3-96, 1/1996, p. 104).

F. De conformidad con las disposiciones de la ley de ayuda social, una ayuda pecuniaria que cubra los gastos de transporte en común puede ser concedida a una persona en caso de necesidad. El otorgamiento de esta ayuda es materia de la discreción de la autoridad competente y no necesita de una decisión administrativa. Sin embargo, por tratarse de un acto administrativo que dispone de manera unilateral sobre un caso individual, dicha ayuda -conforme a los principios fundamentales del procedimiento administrativo- debería ser objeto de una decisión administrativa susceptible de recurso ante los tribunales. El principio constitucional del Estado de derecho democrático y el principio de igualdad prohíben toda decisión administrativa que no sea conforme a la ley o que no pueda ser objeto de control.

La ausencia de un procedimiento que permita a los ciudadanos apelar de una decisión como la señalada viola el derecho de acceso a un tribunal, que es principio constitutivo del Estado de derecho. Asimismo, dicha disposición es contraria al principio constitucional de la igualdad, dado que otras decisiones administrativas concernientes al otorgamiento de una ayuda social específica están sometidas a control jurisdiccional (**Tribunal Constitucional de Polonia**, 29-9-93, 3/1993, p. 33).

G. La solución de un litigio por una autoridad administrativa es constitucional, en la medida en que no viole las disposiciones del art. 22 de la Constitución que garantiza el libre acceso a la justicia. Conforme con el art. 125 de la Constitución, la justicia es dada únicamente por las instancias judiciales establecidas por la ley. Las competencias jurisdiccionales de la administración no descartan la competencia de las instancias judiciales de suerte que, el art. 4 de la Ley del Contencioso Administrativo (de 1991) que impide el acceso por recurso a la instancia judicial en la hipótesis en que el litigio corresponda a la competencia jurisdiccional de la administración, está abrogada por el art. 150, primer alinea, de la Constitución (**Corte Constitucional de Rumania**, 24-6-93, 3/1993, p. 37).

H. La prohibición de residencia (prevista en la ley que reprime la criminalidad mafiosa), según los precedentes de la Corte, puede ser propuesta por el ministerio público, y el legislador puede también atribuir a este último el poder de disponer de la medida a condición de que sea provisoria y se ubique en el contexto de un proceso que conduzca a una decisión pronunciada

por un juez, dentro del respeto de los derechos de la defensa. En consecuencia, las normas que prevean la adopción de dichas medidas por el procurador nacional anti-mafia de manera definitiva deben ser consideradas incompatibles con las disposiciones constitucionales destinadas a proteger la libertad personal y los derechos de defensa.

Sin embargo, la institución de la prohibición de residencia no debe ser completamente descartada, y sí ser emplazada en el cuadro de la legitimidad constitucional y, en consecuencia, en el de la disciplina normal del sistema de medidas preventivas, por aplicación del criterio de hermenéutica de extensión de las normas generales donde faltan las especiales. Por ello, la Corte afirma que la medida provisoria tomada por el Procurador nacional debe ser seguida de la intervención del juez, llamado a adoptar una resolución sobre dicha medida dentro de los 30 días siguientes (el tribunal también expuso que la mencionada prohibición de residencia es una medida preventiva y, tal como está reglamentada, constituye una restricción de la libertad personal y no una (simple) limitación de la libertad de movimiento, dado que irroga la "degradación jurídica" del individuo que la Corte ha considerado siempre como un elemento cualitativo de la restricción de la libertad personal, degradación que, en el fondo, entraña un *vulnus* del principio del hábeas corpus) (**Corte Constitucional de Italia**, 24-11-94, 3/1994, p. 260).

I. El requirente, que recibió una intimación de un consejo municipal para demoler dos inmuebles que se encontraban en su terreno por haber sido levantados sin permiso de construir, atacó esta decisión ante el Ministerio del Medio Ambiente. Un inspector, asalariado de dicho Ministerio, rechazó el recurso, por lo que el peticionario impugnó la decisión, sobre cuestiones de derecho, ante la *High Court*, con resultado adverso. Esta jurisdicción no podía controlar las comprobaciones de hecho del inspector o las conclusiones fácticas sino en la medida en que fuesen arbitrarias o irracionales.

La Corte estimó que el procedimiento ante el inspector proporcionaba garantías suficientes y aseguró un "proceso equitativo". Sin embargo, el hecho que el ministro podía en todo momento ordenar la revocación del poder conferido al inspector de resolver sobre el recurso bastaba para privar a este último de la apariencia de independencia requerida por el art. 6.1 de la CEDH. Por ende, el control ejercido por el inspector no satisfacía en sí mismo las exigencias de dicha norma.

La apelación a la *High Court*, limitada a "puntos de derecho", no podía alcanzar a todos los aspectos de la decisión del inspector.

Sin embargo, la *High Court* tenía competencia para conocer de todos los motivos de la apelación invocados por el requirente, que fueron examinados punto por punto. La *High Court* pudo anular la decisión del inspector si éste se hubiera fundado sobre elementos ajenos al asunto o hubiese descuidado factores pertinentes; o si las comprobaciones de hecho no hubiesen estado apoyadas en pruebas suficientemente sólidas; o si la decisión derivaba de una deducción arbitraria o irracional de los hechos. Es razonable esperar un proceder como el señalado de una jurisdicción de apelación en temas jurídicos especializados, como el del medio ambiente urbano o rural, en particular cuando los hechos han sido establecidos en el curso de un proceso cuasi-judicial. Visto el objeto de la decisión, la manera en que ésta fue tomada y el tenor del litigio, los alcances del control de la *High Court* son suficientes, por lo que los recursos de los que se ha visto beneficiado el requirente para hacer valer sus agravios satisfacen las exigencia del citado art. 6.1 (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 22-11-95, 3/1995, p. 416).

J. Según la Constitución, la República de Turquía es un Estado democrático, laico y

social, regido por el principio de la preeminencia del derecho. Los principios jurídicos fundamentales inscriptos en la Constitución deben ser observados por todos los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, y por las autoridades administrativas y las otras instituciones y personas. Según estos principios, toda acción o acto de la administración debe poder ser objeto de un control jurisdiccional. Un régimen eficaz de control jurisdiccional permite garantizar la preeminencia del derecho, la constitucionalidad de los actos del gobierno, la legalidad de los actos de la administración y una buena protección de los derechos y libertades individuales. Dado que los actos, acciones y contratos de las autoridades administrativas, sólo excepcionalmente resultan llevados a los tribunales ordinarios, el control jurisdiccional de la administración es una función devuelta a los tribunales administrativos (en el caso, la Corte consideró que la ley que excluía de todo control administrativo a los contratos de naturaleza administrativa y trataba a éstos como disposiciones de derecho privado, era contraria a los principios enunciados por la Constitución) (**Corte Constitucional de Turquía**, 28-6-95, 1/1996, p. 119).

K. Una reforma legal relativa al procedimiento ante los tribunales administrativos modificó la definición de la calidad para accionar en un recurso de nulidad. Antes de la reforma, a fin de poder iniciar dicho recurso, el requirente debía demostrar que la decisión atacada tenía un efecto negativo sobre sus intereses. Según la reforma, el requirente debe demostrar que el acto impugnado le irroga un daño concreto, personal y real.

La Corte consideró que las restricciones señaladas contradicen el principio de la preeminencia del derecho afirmado por el art. 2 de la Constitución. Asimismo, juzgó que dicha reforma violaba la libertad de hacer valer los derechos tal como lo afirma el art. 36 de la Constitución, que estipula que cada uno tiene el derecho de acudir ante la justicia y de defender su causa en calidad de actor o demandado ante los tribunales. La ley también viola el art. 125 de la Constitución, que establece que una acción ante la justicia puede ser intentada contra todos los actos de la administración (**Corte Constitucional de Turquía**, 21-9-95, 1/1996, p. 122).

L. En un litigio entre la sociedad recurrente y su personal no sindicalizado, la primera demandó y obtuvo un mandamiento (*injunction*) de un tribunal de distrito que impedía la ejecución de la ley que preveía la designación de representantes del personal no sindicalizado. La Corte de apelaciones anuló la decisión con base en que la competencia del tribunal de distrito estaba excluida por el régimen de control administrativo previsto en otra ley, según la cual las impugnaciones de medidas coercitivas son examinadas por la Comisión federal de control en materia de seguridad y salud en las industrias extractivas y, posteriormente, por la jurisdicción de apelación competente. La recurrente sostuvo que esta interpretación violaba sus derechos fundados en la cláusula del debido proceso de la 5a. Enmienda de la Constitución.

La Corte Suprema rechazó el recurso. Una interpretación basada en el texto, la estructura y el fin de la ley, como en los trabajos preparatorios, conduce a comprobar que el Congreso tenía como intención que un sistema global de aplicación de la ley excluía la competencia de las jurisdicciones de distrito. En lo que concierne al agravio fundado en la cláusula del debido proceso, la regla general que se opone a que las administraciones resuelvan sobre cuestiones constitucionales no es imperativa y presenta menos importancia cuando, como en la especie, la instancia de control es una comisión independiente emplazada con el fin de examinar tipos particulares de litigios. La Comisión, en la práctica, ya había examinado las cuestiones constitucionales e, incluso en caso contrario, los agravios del recurrente podían ser planteados ante la Corte de Apelación (**Suprema Corte de los Estados Unidos**, 19-1-94,

M. El derecho de defensa mencionado en el art. 24 de la Constitución y la protección jurídica ofrecida por los tribunales contra los actos de la administración pública, garantizada por el art. 113 de la Constitución, no implican una correlación absoluta entre el nacimiento del derecho y su ejercicio ante los tribunales. Allí donde existan exigencias de orden general y finalidades superiores de justicia, este último puede ser diferido a un momento ulterior. Sin embargo, en esos casos el legislador está igualmente obligado a no hacerlo excesivamente difícil a fin de asegurar plenamente la realización de la garantía establecida por las normas constitucionales antes mencionadas.

De conformidad con estas premisas, las disposiciones legislativas que irroguen la limitación del derecho de acción u obstaculicen su ejercicio, en particular previendo la sanción de caducidad (*déchéance*) en caso de falta de empleo de los recursos administrativos, han sido declaradas inconstitucionales.

En el caso, la Corte declaró contraria al art. 24 cit. una norma fiscal, en la medida en que no preveía, en materia de reembolso de impuestos, el poder de intentar una acción judicial incluso en ausencia de un recurso administrativo previo (**Corte Constitucional de Italia**, 5/23-11-1993, 3/1993, p. 24).

1.4. Gastos procesales.

A. El régimen de exoneración del pago de los gastos de justicia soportados por la parte perdedora previsto en favor de los ciudadanos de recursos modestos, en el cuadro de los litigios relativos a prestaciones sociales y a las pensiones tiene, habida cuenta del valor particular del derecho constitucional (art. 38.2 de la Constitución) que protege a estas prestaciones, un carácter instrumental, pues tiende a asegurar una protección efectiva de ese derecho. En efecto, el régimen en cuestión apunta a establecer una situación de igualdad material entre las partes en el proceso y, por ello, restablece el equilibrio reforzando la posición notoriamente desfavorable del asalariado. La derogación indiscriminada de la ayuda judicial, frente a ciudadanos de recursos modestos, es contraria a la Constitución (**Corte Constitucional de Italia**, 14-4-94, 1/1994, p. 39).

B. Cuando la ley prevé la expedición de copias del expediente penal y la somete al pago de una tasa, no puede tratar a los justiciables de una manera que, a la luz de la naturaleza de los principios en juego, sería discriminatoria. Estos principios son el respeto de los derechos de defensa y el tratamiento equitativo en la causa, garantizados por el art. 6 de la CEDH; e implican el derecho, para el justiciable, de disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa y de su argumentación, derecho éste al que es aplicable el principio constitucional de igualdad y no discriminación. Al no permitir en ninguna hipótesis -llegado el caso previendo el adelanto de los gastos de copiado bajo reserva de recuperarlos a costa del condenado- la posibilidad de que los justiciables beneficiados de la asistencia jurídica y que, por definición, no disponen de los medios necesarios, puedan obtener gratuitamente la copia de las piezas del expediente penal, el legislador dificulta de manera desproporcionada el ejercicio de los derechos de defensa.

La Corte señaló que la problemática no concernía a un caso de tratamiento desigual sino a uno de tratamiento idéntico de dos categorías de personas: la de las personas que disponen de medios financieros para pagar la tasa por el copiado, y la de las que carecen de dichos medios

(Corte de Arbitraje de Bélgica, 2-3-95, 1/1995, p. 21).

C. La norma que prescribe el pago de una caución *judicatum solvi* persigue un fin legítimo -evitar que el apelado no se enfrente a la imposibilidad de recobrar sus gastos de justicia si el apelante perdiera el recurso- y sirve también al interés de una buena administración de justicia. La decisión cuestionada -que se fundó en la escasez de medios económicos del apelante y en la falta de mérito del recurso- no contiene ninguna arbitrariedad; tampoco atenta en su sustancia al derecho de acceso a un tribunal y no es desproporcionada a los fines del art. 6.1 de la CEDH (la caución ascendía a 124.900 libras inglesas, y por la apelación se pretendía impugnar la condena al pago de 1.500.000 libras por daños y perjuicios por difamación) (Corte Europea de Derechos Humanos, 13-7-95, 2/1995, p. 251).

D. La exigencia de una caución como condición para constituirse en parte en un proceso, no va en sí contra el derecho a la protección judicial efectiva. Pero el problema relativo a la razonabilidad del monto de la caución impuesta puede tener una repercusión constitucional pues, si esta caución es desproporcionada en relación a los medios de las personas que pretenden interponer un recurso, ello constituiría un grave obstáculo al ejercicio de este derecho fundamental. No corresponde al Tribunal Constitucional sustituirse a los órganos de la jurisdicción ordinaria en la determinación del importe de la caución, limitándose su función al control del carácter arbitrario o a la razonabilidad de la decisión judicial (Tribunal Constitucional de España, 12-12-94, 3/1994, p. 244).

E. La aplicación rígida de la exigencia de una garantía como condición de admisibilidad de una demanda podría, en un caso particular, constituir una violación del derecho previsto en el art. 6.1 de la CEDH de ser escuchado por un tribunal independiente. El criterio decisivo es saber si la suma impuesta constituye una barrera para la persona interesada, habida cuenta de sus capacidades financieras, que resulte una restricción inaceptable del mencionado derecho.

La apreciación del problema debe estar basada sobre el monto total requerido como garantía. No ha de tomarse en cuenta que cada garantía por separado pueda estar dentro de límites aceptables pues la suma de todas las garantías en cuestión podría ser prohibitiva para el interesado de manera de impedirle efectivamente su acceso a los tribunales en cada caso tomado separadamente (la causa concernía a una persona cuyos medios de vida eran las prestaciones de la seguridad social, que había iniciado numerosos procesos judiciales sobre dichas prestaciones, y que se encontraba en la imposibilidad de afrontar el importe de la totalidad de las garantías requeridas) (Suprema Corte de Holanda, 31-1-95, 1/1995, p. 74).

2. Proceso justo

2.1. Derecho de defensa.

El agravio basado en la violación del derecho a un proceso justo no puede ser admitido si no se da como posible que las jurisdicciones inferiores habrían dictado una decisión fundamentalmente diferente y que habría sido más favorable al requirente. Dicho agravio obliga a la parte a explicar, en el marco de su planteo, lo que habría sostenido dentro de un proceso justo (la Corte rechazó el recurso basado exclusivamente en que al litigante se le había

negado el derecho a ser oído de manera apropiada ante el tribunal de primera instancia) (**Corte Constitucional Federal de Alemania**, 19-3-97, 1/1997, p. 13).

2.1.1. Ambito.

A. De acuerdo con una interpretación teleológica de la Constitución, los principios esenciales reconocidos por el art. 24 en materia de procedimiento deben ser aplicados en su justa medida a la actividad punitiva de la administración, de manera de preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicha disposición, y de alcanzar el objetivo que la justifica (**Tribunal Constitucional de España**, 9-7-96, 2/1996, p. 227).

B. En caso de licenciamiento disciplinario basado en un incumplimiento vinculado con el derecho penal, el afectado tiene derecho a ser escuchado y a proponer testigos. Estos derechos resultan del derecho garantizado por la Constitución a ser escuchado, y mismo del derecho a un proceso justo. Según la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo, el derecho de la CEDH a un proceso justo no es, por el contrario, aplicable como regla general a los procedimientos disciplinarios.

La persona en cuestión tiene, igualmente, derecho a un procedimiento público. Sin embargo, este derecho no puede ser establecido a partir del art. 6.1 de la CEDH en razón de la reserva efectuada por Liechtenstein. Con todo, dicha disposición de la CEDH ejerce una influencia cierta sobre el derecho de Liechtenstein. El principio analizado se funda, además, en el sentido de una aproximación institucional moderna de los derechos fundamentales, sobre el derecho fundamental del país a un proceso justo y, aún, sobre el derecho a ser escuchado ante la justicia (**Corte de Estado de Liechtenstein**, 30-8-96, 3/1996, p. 394).

C. El procedimiento ante los consejos de revisión en materia de milicia -órganos que deciden sobre los recursos de los milicianos en cuanto a su aptitud física para cumplir con el servicio militar- debe respetar los derechos de la defensa, que constituyen un principio general del derecho (**Corte de Arbitraje de Bélgica**, 20-1-94, 1/1994, p. 9).

D. La Constitución contiene numerosas garantías reconocidas a los ciudadanos en materia de procedimiento administrativo justo y adecuado en el campo del acceso al derecho y a su aplicación. Estas son, sobre todo, el derecho de participación en el proceso de decisión y en las deliberaciones respectivas, el principio de imparcialidad de la administración pública, el principio de defensa en el procedimiento disciplinario, el principio de información por la Administración, el principio de motivación de los actos administrativos y el principio de conformidad del procedimiento a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La atribución a una autoridad administrativa de la facultad de retirar un permiso de portar armas a una persona que manifiestamente no es apta para conservarlo, no puede ser impugnado, pues no existe el derecho constitucional a portar armas. De todas formas, dicho retiro constituye la revocación de un acto administrativo cuyo efecto es semejante al de una pena. Por ello, dicho retiro está sometido al principio constitucional por el cual el interesado debe ser escuchado previamente.

La interpretación conforme a la Constitución comprende una interpretación en sentido integrador de la ley con la Constitución, es decir, que admite la interpretación de determinada ley (cuyas disposiciones son insuficientes y, por ende, eventualmente inconstitucionales)

mediante las disposiciones constitucionales directamente aplicables (**Tribunal Constitucional de Portugal**, 8-10-96, 3/1996, p. 422).

E. La garantía del derecho constitucional de defensa en el ámbito del procedimiento penal abreviado, entraña un triple exigencia: 1. nadie puede ser acusado sin haber sido previamente inculcado judicialmente de un delito; 2. nadie puede ser acusado sin haber sido escuchado por el juez de instrucción antes de la conclusión del expediente preliminar (*enquête préliminaire*); 3. el inculcado no debe ser sometido al régimen de declaraciones testimoniales si el sumario permite establecer que existe contra aquél la sospecha de haber participado en el perpetración de un hecho punible (**Tribunal Constitucional de España**, 17-10-94, 3/1994, p. 239).

F. El Código Procesal Civil es contrario a la Constitución en cuanto limita el derecho del procurador de participar en un proceso sólo a los casos de procesos relativos a "la defensa de los derechos y de los intereses legítimos de los menores y de las personas inculpadas de interdicción, y en otros casos previstos por la ley". En la materia se aplica directamente el art. 130.1 de la Constitución según el cual "en la actividad judicial, el ministerio público representa los intereses generales de la sociedad y defiende el estado de derecho, así como los derechos y libertades de los ciudadanos".

Los imperativos de la Constitución no son menos firmes que las disposiciones directamente aplicables de una ley o de un contrato, incluso en el caso en que las normas constitucionales hagan referencia a la ley (**Corte Constitucional de Rumania**, 11-4-1995, 1/1995, p. 91).

G. 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 las puertas de las prisiones.

El derecho a la defensa, en el ámbito del procedimiento penitenciario sancionador, constitucionalmente protegido, puede ejercerse 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**, 3-10-1995, 3/1995, p. 322; v. el resumen del caso en **investigaciones 2** (1997), p. 224].

2.1.2. Derecho de alegación, prueba y contradicción.

A. La imposibilidad para una madre de consultar determinados informes y documentos confidenciales en el curso de un procedimiento de entrega de menores para su adopción concerniente a su hijo nacido fuera del matrimonio, viola su derecho a un proceso justo, como así también el derecho de ella y del padre natural al respeto de su vida familiar (la Corte destacó que el derecho a un proceso justo -contradictorio-, tal como lo garantiza el art. 6.1 de la CEDH, implica la facultad de tomar conocimiento de las observaciones o de las piezas producidas por la otra parte, así como a discutirlos. La falta de comunicación a la requirente de documentos tan esenciales como los informes sociales afectó su capacidad de influir sobre el resultado de la audiencia de la Comisión de la infancia -incluso si ésta no pueda ser considerada como una jurisdicción de tipo clásica- y también la de apreciar las perspectivas de apelar ante la *Sheriff court*. Además, la exigencia de un proceso contradictorio ante dicha corte no fue satisfecha, pues los documentos presentados ante ésta no habían sido comunicados al padre apelante. Ha habido, en consecuencia, violación del art. 6.1 cit.) (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 24-2-95, 1/1995, p. 112).

B. La disposición del Código Procesal Civil que permite el dictado de resoluciones sin audiencia contradictoria debe ser interpretada de manera muy restrictiva y no puede ser aplicada sino en casos simples; de lo contrario, irrogaría un menoscabo del derecho a un proceso justo (**Corte Constitucional de la República Checa**, 20-2-95, 1/1995, p. 88).

C. La Corte no excluye que la noción de proceso equitativo puede entrañar la obligación, para el fisco, de consentir la provisión al justiciable de ciertas piezas o, incluso, del expediente íntegro (la cuestión se originó con motivo del rechazo de los tribunales administrativos -que conocieron del recurso del peticionario contra una sanción fiscal- del pedido de éste de que se agregara a la causa el expediente íntegro tramitado ante la administración de aduanas. La Corte rechazó el agravio por falta de fundamentos demostrativos de que, en el caso, dicho rechazo produjo un menoscabo de los derechos de defensa y a la igualdad de armas -art. 6.1 de la CEDH-) (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 24-2-94, 1/1994, p. 81).

D. Es inconstitucional la interpretación de las normas del Código Procesal Penal según las cuales el acusado y su defensor, durante la instrucción, no tienen derecho a tomar conocimiento de los elementos del expediente y de impugnar mediante un recurso la decisión que ordena o mantiene la detención preventiva. Ello es contrario a las garantías de acceso al derecho y a los tribunales, a las garantías del procedimiento penal, sobre todo a los principios de contradicción y de igualdad de armas contenidos en los arts. 20.1, 32.1 y 32.5 de la Constitución (el recurrente sostuvo ante la Corte la inconstitucionalidad de las normas por las cuales: a) la regla de publicidad del procedimiento penal no tiene plena validez sino después de formulada la acusación por el Ministerio Público, y b) el expediente resulta inaccesible a la defensa durante la primera fase del procedimiento -*fase de inquerito*) (**Tribunal Constitucional de Portugal**, 19-2-97, 1/1997, p. 96).

E. Ni la cláusula del proceso justo ni la reglamentación penitenciaria aplicable, establecen el derecho de citar testigos en el curso de una audiencia disciplinaria organizada en el medio penitenciario (habiendo dirigido insultos contra un guardián que lo requisaba, el detenido fue objeto de tres cargos por violación del reglamento de la prisión. Declarado

culpable en los tres cargos, el detenido intentó una acción ante la justicia civil arguyendo la violación de sus derechos federales a un juzgamiento justo, pues no había sido autorizado a citar testigos en la audiencia. El tribunal federal falló en favor de las autoridades penitenciarias pero la Corte del Noveno Circuito revocó la decisión. La Suprema Corte revocó este último pronunciamiento por cinco votos contra cuatro. En tal sentido, estimó que la sanción infligida al preso -reclusión celular de 30 días a razón de 24 horas por día, en lugar de las 12 a 16 horas por día a las que se sometía al acusado, ordinariamente, en este tipo de sanción- no constituía un cambio sensible o inhabitual que exigiera que la persona en cuestión gozase de protecciones suplementarias en el plano del procedimiento) (**Suprema Corte de los Estados Unidos**, 19-6-97, 2/1995, p. 172).

F. El recurso constitucional interpuesto por el requirente se dirigía contra una decisión del Tribunal Municipal de Praga que había rechazado su recurso contra una decisión administrativa. Un órgano administrativo había, en efecto, considerado que al requirente no podía otorgársele un certificado de ciudadanía de la República Checa pues había perdido esta ciudadanía al adoptar voluntariamente la de la República Eslovaca. El requirente estimó que esta manera de proceder menoscababa sus derechos garantizados por la Constitución de la República Checa y por los Tratados internacionales sobre los derechos del hombre, habida cuenta que había sido privado de su ciudadanía Checa sin su consentimiento, y que no existía ninguna disposición que prohibiera expresamente la doble nacionalidad.

La Corte Constitucional se pronunció, en principio, sobre la cuestión de saber si todas las reglas de procedimiento constitucional habían sido observadas durante el procedimiento ante el tribunal ordinario. Según el art. 38.2 de la Carta de los Derechos y Libertades Fundamentales, todos tienen derecho a un proceso público, sin retardos indebidos y en su presencia, y deben poder expresarse sobre todo elemento de prueba tenido en su contra. En los términos del art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda persona tiene derecho a que su causa sea escuchada equitativa y públicamente por un tribunal independiente e imparcial que decidirá sea sobre la procedencia de toda acusación en materia penal, sea respecto de las impugnaciones sobre los derechos y obligaciones de carácter civil. Una excepción al principio según el cual un tribunal debe proceder de manera contradictoria y pública figura en el parágrafo 250.f del Código Procesal Civil, en la sección consagrada a las decisiones relativas a quejas contra una decisión administrativa. En los términos de esta disposición, en los casos netamente caracterizados, y especialmente cuando no haya ninguna duda de que la decisión administrativa se funda sobre una evaluación concreta de los hechos, de tal suerte que ya no se trate de pronunciarse sino sobre un punto de derecho, un tribunal puede pronunciarse sobre un recurso sin observar el principio procesal de contradicción.

La Corte llegó a la conclusión de que el conjunto del procedimiento atacado era contrario al proceso justo enunciado por los arts. 90 y 96.2 de la Constitución Checa, al art. 38.2 de la Carta de los Derechos y Libertades Fundamentales y al art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Aun cuando no se trate de una causa netamente caracterizada, el tribunal la había conocido y fallado en ausencia del requirente el cual, además, no había sido interrogado y no había podido pronunciarse sobre los elementos tenidos en su contra en ningún estadio del procedimiento administrativo. La Corte Constitucional concluyó que las condiciones requeridas para invocar el citado parágrafo 250.f no estaban reunidas y, por ende, anuló la decisión impugnada. El tribunal o el órgano administrativo respectivo tienen, sin embargo, la posibilidad de corregir posteriormente los errores cometidos en punto al proceso justo (**Corte Constitucional de la República Checa**, 30-4-96, 1/1996, p. 100).

G. El derecho a la protección judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) comprende, como principio, el derecho de promover la actividad jurisdiccional, que es un derecho del que goza la parte lesionada para demandar la actividad del *jus puniendi* del Estado. Sin embargo, el *jus ut procedatur* del que goza la parte lesionada por un delito no consiste en un derecho absoluto a la apertura y desarrollo completo del proceso penal, sino que es un derecho a una decisión razonada sobre las pretensiones formuladas, que puede dar lugar a la suspensión de los procedimientos o a un sobreseimiento, cuando no a una declaración de inadmisibilidad de la presentación (la cuestión del presente recurso de protección constitucional, concernía a la determinación de si se había producido un menoscabo al derecho a la protección judicial efectiva derivado de una decisión judicial que suspendió un proceso penal iniciado por el peticionario de dicha protección -un detenido en un centro penitenciario- relativo a la responsabilidad que podría tener la dirección del centro penitenciario por la apertura de la correspondencia epistolar entre el detenido y su abogado. La respuesta afirmativa al recurso se basó en que el órgano judicial interviniente nunca dio oportunidad al pretensor, en el curso de la instrucción, de exponer y precisar las circunstancias que éste juzgaba importantes para su pretensión. Además, no fue producida su declaración ni le fue ofrecida la posibilidad de ejercer, si lo deseaba, las acciones para constituirse en parte en el proceso y alegar y proponer todo aquello que considerase necesario en defensa de sus intereses) (**Tribunal Constitucional de España**, 4-7-95, 2/1995, p. 166).

H. Por invitación de la administración de aduanas, el fisco verificó la cuentas de la sociedad de la cual el peticionario era presidente-director general y principal accionista; habiendo comprobado que numerosas operaciones de venta de viejas monedas no habían sido contabilizadas, el fisco formuló una imposición de oficio. Los procesos aduaneros tuvieron fin mediante una transacción y el envío al fisco del conjunto del expediente -24 procesos orales y 352 documentos-. Impugnado el monto de la imposición suplementaria, el requirente se presentó ante el tribunal administrativo, peticionando a su presidente a que solicitara, ante el Procurador de la República, el envío del expediente íntegro labrado por la administración de aduanas, incluidas las piezas que no sirvieron a la acusación, lo que le fue rechazado. El tribunal administrativo desestimó el recurso y el Consejo de Estado la apelación posterior.

El requirente sostiene que ha habido violación del principio del procedimiento contradictorio y, entonces, violación de su derecho a un proceso justo (art. 6.1 de la CEDH).

La Corte estima que, visto el gran número de las infracciones de tipo fiscal, un Estado contratante debe tener la libertad de confiar en el fisco la tarea de perseguir y reprimir, incluso si el aumento del impuesto fijado a título de sanción pueda ser gravoso. Un sistema como éste no choca con el art. 6 de la CEDH en la medida que el contribuyente pueda recurrir de toda decisión así tomada en su contra ante un tribunal que ofrezca las garantías de dicha norma.

La Corte no subestima la importancia de numerosos elementos que militan para dar carácter administrativo a la sanción fiscal. Pero destaca, a la luz de su jurisprudencia, la predominancia de cuatro factores que confieren a la "acusación" un "carácter penal". Primeramente, los hechos incriminados caen en el ámbito del Código General de Impuestos, que concierne a todos los ciudadanos en su calidad de contribuyentes -y no a un grupo determinado dotado de un estatuto particular- y que les prescribe un determinado comportamiento bajo pena de sanción; en segundo lugar, los recargos de impuestos no se dirigen a la reparación pecuniaria de un perjuicio, sino que tienden esencialmente a sancionar para impedir la reiteración de comportamientos semejantes; en tercer término, los recargos se fundan en una norma de carácter general cuyo fin es a la vez preventivo y represivo; finalmente, dichos recargos revisten en el caso una magnitud considerable y su falta de pago expone al requirente

al ejercicio, por las jurisdicciones represivas, de un arresto subsidiario. En suma, el proceso dirigido contra el requirente y la sociedad tenía un carácter penal a la luz del citado art. 6.1 (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 24-2-94, 1/1994, p. 81).

I. El rechazo, por los tribunales de justicia, de un pedido de suspensión del proceso a causa de la incomparecencia de testigos cuya declaración ha sido previamente declarada pertinente y admisible, no puede ser tenida por válida, desde el punto de vista del derecho al empleo de los medios de defensa pertinentes para la defensa, sino en los casos en los que la producción de dicha prueba no es más necesaria por el hecho de que la producción de otra prueba resulta suficiente por sí misma para formar la convicción del tribunal. En caso contrario, el derecho de la defensa de producir en juicio todas las pruebas pertinentes -especialmente la prueba de testigos- debe prevalecer sobre el poder del órgano judicial de considerarse suficientemente informado (**Tribunal Constitucional de España**, 25-5-96, 2/1996, p. 220).

J. Las reglas del *common law* que prohíben a un acusado, en todos los casos y en cualquier circunstancia, tener acceso al contenido del expediente de policía relativo a su causa y entrevistarse con los testigos sin autorización del fiscal, violan el derecho que tiene todo acusado a un proceso justo (los acusados solicitaron, ante el Tribunal de Primera Instancia, tener acceso al contenido del expediente policial relativo a su causa y a que se los autorizara a entrevistarse con los testigos de cargo. Las dos peticiones fueron rechazadas por el tribunal que, sin embargo, remitió las cuestiones constitucionales a la Corte Constitucional. Antes de la entrada en vigor de la Constitución, las reglas sobre el secreto de la comunicación en vigor en el marco del *common law* prohibían a todo acusado el acceso al expediente policial. Asimismo estaba prohibido a un acusado entrevistarse con los testigos de parte -en todos los casos e independientemente de las circunstancias- sin la autorización del Fiscal que tenía toda la latitud para rechazarlo. La Corte estimó que estas dos reglas de alcance general eran contrarias al derecho de todo acusado a un proceso justo. La Corte concluyó que un acusado podía acceder al contenido de un expediente policial en la medida en que ello fuese necesario para ejercer útilmente su derecho a un proceso justo. La apreciación de lo que es justo en cada caso depende de las circunstancias de la especie. Cuando las circunstancias justifican, prima facie, que un acusado tenga acceso al contenido de dicho expediente, el fiscal podrá oponerse con éxito a esa divulgación si demuestra la existencia de motivos razonables para creer que ello pondría en riesgo, entre otros, el desarrollo de los fines regulares de la justicia. Por lo mismo, todo acusado debería estar autorizado a entrevistarse con los testigos de cargo puesto que, de otro modo, su derecho a un proceso justo se vería, en un caso dado, comprometido. Sería conveniente solicitar el acuerdo de un miembro de los servicios del *Attorney-General* competente, que tendría el derecho de asistir a la reunión. En caso de rechazo, el acusado puede requerir la intervención de la Corte mediante un reclamo de autorización. Ningún testigo puede ser obligado a entrevistarse con el acusado, y el Fiscal puede oponerse en los términos antes señalados (**Corte Constitucional de Sudáfrica**, 29-11-95, 3/1995, p. 280).

K. El derecho del justiciable a la recepción de los medios de prueba autorizados por el sistema jurídico está subordinado al juicio de pertinencia realizado por el juez, que debe estar estrictamente motivado conforme a las leyes procesales y sobre todo a la Constitución (**Tribunal Constitucional de España**, 6-6-95, 2/1995, p. 163).

L. Es constitucional la norma del Código Procesal Penal interpretada en el sentido de que el inculpaado tiene derecho a responder al Ministerio Público una vez que éste, en un recurso, haya sostenido la agravación de la situación del inculpaado (**Tribunal Constitucional de Portugal**, s/f, 1/1993, p. 34).

M. La posibilidad de presentar un testimonio anónimo en un asunto penal viola el derecho a un proceso justo (la imposibilidad para el inculpaado de controlar, ante el público, todas las piezas de convicción presentadas contra él, y su derecho a formular las observaciones sobre toda prueba presentada al tribunal, pueden ser consideradas como la esencia misma del derecho a un proceso justo. El control antes mencionado comporta dos aspectos: examen de la veracidad de los hechos y examen de la credibilidad del testigo y, en tal sentido, la posibilidad de presentar un testimonio anónimo limita al acusado su facultad de verificar la veracidad de dicho testimonio así como le impide pronunciarse sobre la personalidad del testigo y su credibilidad) (**Corte Constitucional de la República Checa**, 12-10-94, 3/1994, p. 284).

N. La citación personal, que asegura al demandado la posibilidad de comparecer ante la justicia para defender su posición frente a la parte demandante, es un instrumento inevitable para garantizar el derecho a la protección judicial efectiva. Se trata de un instrumento cuya efectividad ha de ser protegida por el juez, el cual, para hacerlo, debe adoptar las medidas de comunicación que se presenten razonablemente exigibles de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Por ende, la citación por edictos (*publication judiciaire*) no es admisible salvo cuando, después de haber sido realizada la notificación según los medios razonables, no se conoce la dirección del interesado o se ignora donde éste se encuentra (**Tribunal Constitucional de España**, 14-11-94, 3/1994, p. 241).

Ñ. Si los escritos de una parte contienen un error manifiesto cuya rectificación permitiría remediar el vicio de procedimiento, y si ningún acto de procedimiento es necesario de parte del tribunal (como una investigación o la audiencia de testigos) para constatar ese error manifiesto, las partes deben tener la posibilidad de rectificar el error. Toda conclusión contraria exaltaría el formalismo y, por lo tanto, justificaría insidiosamente una injusticia manifiesta que, por vía de consecuencia, afectaría el sentido del parágrafo 1 del Código Procesal Penal, el art. 90 de la Constitución, y el art. 36.1 de la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales (**Corte Constitucional de la República Checa**, 11-7-96, 2/1996, p. 279).

2.1.3. Igualdad de armas.

A. El rechazo por la sala de acusación de una Corte de Apelaciones de la autorización a un detenido a comparecer para defender su petición de puesta en libertad -a pesar de que el Ministerio Público fue escuchado- desconoce el principio de la igualdad de armas y menoscaba el derecho del acusado a recurrir ante un tribunal (la Corte advirtió que el requirente se encontraba detenido desde hacía 25 meses y 10 días en virtud de tres resoluciones sucesivas, cada una de las cuales fijaba un punto de inicio diferente para el cálculo de su detención provisional; en dos de estas resoluciones fue prolongado el plazo hasta el máximo autorizado por la Constitución. La igualdad de armas imponía acordar al interesado la posibilidad de comparecer junto con el procurador a fin de poder replicar a las conclusiones de éste. La falta de una participación adecuada del requirente en una instancia cuyo resultado era decisivo para

el mantenimiento o el levantamiento de su detención, hace que el sistema jurídico griego a la sazón en vigor y tal como fue aplicado en el presente caso, no satisfaga las exigencias del art. 5.4 de la CEDH) (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 13-7-95, 2/1995, p. 253).

B. El acceso a los derechos y a los tribunales, previsto por la Constitución, impone la garantía de una protección jurisdiccional eficaz y eficiente.

El derecho de acceso a los tribunales es una emanación del principio del Estado de derecho democrático (y, por lo mismo, del principio de igualdad) e impone para la resolución justa de un proceso, los principios de la igualdad de las partes y del contradictorio.

Las funciones y el estatuto del Ministerio Público justifican su excepción a la regla según la cual los hechos no controvertidos son considerados establecidos. Luego, dicha diferenciación no es arbitraria o injustificada (el tribunal intervino en un recurso constitucional presentado por un ciudadano que sostenía que la disposición del Código Procesal Civil que establece una diferencia de posiciones entre la "parte" representada por el Ministerio Público - es decir el Estado- y la otra "parte" en materia de *ónus da impugnação especificada* -los hechos no controvertidos por una parte son considerados como establecidos, a menos que esta parte sea el Ministerio Público- violaba el artículo de la Constitución sobre el acceso al derecho y a los tribunales, así como el principio de la igualdad entre las partes en el proceso civil, y el art. 6 de la CEDH) (**Corte Constitucional de Portugal**, 28-9-94, 3/1994, p. 281).

C. Los Estados disponen de un determinado margen de apreciación para definir y organizar sus políticas en materia fiscal y elaborar los regímenes para asegurar el pago de los impuestos. Sin embargo, el ejercicio de la *préemption* por la administración fiscal, por insuficiencia del precio pagado de un inmueble adquirido por particulares, constituye una privación de la propiedad contraria al art. 1 del protocolo n° 1 de la CEDH, cuando dicho ejercicio es discrecional y el procedimiento no es justo (los requirentes compraron un terreno en Estrasburgo y lo afectaron al uso agrícola; el Director General de Impuestos les informó que en razón de la insuficiencia del precio pagado, ejercería el derecho de *préemption* previsto en el Código General de Impuestos sobre el bien adquirido por aquéllos, y tomaría la propiedad mediante el pago del precio de compra mejorado en un 10%. La requirente y su esposo iniciaron una acción de nulidad de la medida por desvío de poder. Se propusieron probar que el precio pagado era sincero y conforme al valor venal. Las jurisdicciones francesas desestimaron los planteos.

La requirente estimó haber sido arbitrariamente expropiada por la Administración Fiscal; la medida de *préemption* habría estado desprovista de utilidad pública y era desproporcionada.

La Corte recordó que la noción de utilidad pública es amplia por naturaleza y que los estados disponen de un determinado margen de apreciación para prevenir y organizar sus políticas en materia fiscal y elaborar los regímenes para asegurar el pago de los impuestos. También reconoció que la prevención respecto de la no percepción de derechos de registro superiores, es un objetivo legítimo y de utilidad pública. Sin embargo, si bien el sistema de derecho de *préemption* no se presta a crítica, esto es diferente cuando su empleo es discrecional y no está sometido a un proceso justo. La Corte constató que, en el caso, el ejercicio arbitrario, selectivo y apenas previsible del derecho de *préemption* no ofrecía las garantías procesales elementales: la requirente no se benefició de un debate contradictorio respetuoso del principio de igualdad de armas, y el Código General de Impuestos en el que se funda el ejercicio del mencionado derecho es falto de precisión y de previsibilidad. La Corte recordó que un equilibrio justo debe reinar entre la salvaguarda del derecho de propiedad y las

exigencias del interés general. Destacó, también, por una parte, que el derecho de *préemption* se ejerce raramente y de manera poco previsible y, por otra parte, que la Administración Fiscal dispone de otras técnicas apropiadas para disuadir el fraude fiscal; agregó, finalmente, que la requirente ha estado en la imposibilidad de impugnar útilmente la medida, la cual le impuso una carga especial y exorbitante. Tomando en cuenta el conjunto de estos elementos, la Corte concluyó en que se había violado el art. 1 del protocolo n° 1 de la CEDH que garantiza el derecho al respeto de los bienes.

La Corte destacó que el proceso litigioso no había permitido a la requirente impugnar la posición de la Administración y defender su propia tesis, cuando el principio de igualdad de armas importa la obligación de no emplazar a una de las partes en una situación de neta desventaja en relación a su adversario; en consecuencia, también se produjo una violación al art. 6.1 de la CEDH que garantiza el derecho a un proceso justo (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 22-9-94, 3/1994, p. 305).

Nota de la Secretaría: la *préemption* resulta, en el caso, el derecho reconocido a la administración fiscal de adquirir al precio declarado -con la mejora indicada- un bien subvaluado.

2.1.4. Carga de la prueba.

A. Cuando se pretende que una decisión del jefe de una empresa esconde en realidad una conducta discriminatoria o menoscaba derechos fundamentales, corresponde al autor de la medida probar que ésta obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito de producir dicho menoscabo. Para que opere este desplazamiento del *onus probandi* sobre el demandado, no es suficiente que el actor trate de discriminatoria la medida, sino que debe probar la existencia de indicios que hagan nacer la sospecha, la apariencia o una presunción razonable, en favor de dicha alegación. Si esta prueba por indicios es producida, corresponde al demandado asumir la carga de probar que los hechos que originaron la decisión son legítimos o, si no alcanza a probar que son lícitos, que son, razonablemente, ajenos a todo propósito de violación de los derechos fundamentales.

Cabe remarcar la importancia de las normas que distribuyen la carga de la prueba para asegurar la efectividad de la protección contra la discriminación por razones sindicales. En este sentido, es necesario proceder a una acertada distribución de dicha carga, lo que descansa no sólo sobre la primacía o el valor superior de los derechos fundamentales, sino también sobre el hecho de que siempre es difícil al trabajador la prueba de la causa discriminatoria o violatoria de un derecho fundamental correspondiente a una medida del empleador, lo cual contribuye a perpetuar situaciones que van en contra de la Constitución. La no exigencia de dicha correcta distribución haría totalmente ineficaz o irreal la prohibición de la discriminación, confinándola al plano de una simple declaración retórica o de buenas intenciones (**Tribunal Constitucional de España**, 22-4-97, 1/1997, p. 58).

B. Las disposiciones legales que hacen pesar sobre el acusado la carga de la prueba y lo obligan a aportar la prueba o la prueba contraria de un hecho, fundándose en el criterio de la mayor probabilidad, entrañan una violación injustificable del derecho del acusado a un proceso justo y, por ende, son inconstitucionales (la Corte declaró inconstitucionales dos normas del Código Procesal Penal: a) la que disponía que cuando una persona procesada penalmente es acusada de una infracción, de la cual una falsa declaración es un elemento constitutivo, y cuando ha sido demostrado que la falsa declaración ha sido hecha por el acusado, éste es reputado de haber tenido conocimiento de que dicha declaración era mentirosa, salvo prueba

en contrario (art. 245); y b) la redactada en los siguientes términos: "Cuando una infracción ha sido cometida, sea por la perpetración o por la omisión de un acto, y una persona moral es o era susceptible de ser objeto de persecución penal por dicho título, toda persona que tenía la calidad de comitente o dependiente de dicha persona moral a la época en que fue cometida la infracción será reputada culpable de la infracción, a menos que sea demostrado que aquélla no participó en la perpetración de la infracción y que no habría podido impedir que se produjera, y podrá ser objeto de persecución, sea conjuntamente con la persona moral, sea separadamente de ésta, y podrá infligírsele personalmente una pena en caso de condena" (**Corte Constitucional de Sudáfrica**, 6-3-97, 1/1997, p. 6).

C. Una ley que establece una distinción entre las personas que tiene una relación racional con su finalidad y que no produce ninguna discriminación injustificada que menoscabe la dignidad humana, no es inconstitucional (el proceso era de carácter civil por daños y perjuicios, y la norma cuestionada -y declarada constitucional- establecía que cuando se plantea una cuestión de saber si hubo o no negligencia en el caso de incendio de una estepa, bosque o montaña, producido en un territorio situado fuera de una zona de control de incendios, se presume la negligencia salvo prueba en contrario) (**Corte Constitucional de Sudáfrica**, 18-4-97, 1/1997, p. 7).

2.1.5. Audiencia oral y pública.

A. La autoridad cantonal, que resolvió sin audiencia pública, no violó el principio de la publicidad de los debates enunciado por el art. 6.1 de la CEDH. El Tribunal federal de la seguridad social resolvió la cuestión de la aplicabilidad de dicho artículo en el contencioso de la seguridad social en general: los litigios relativos a las prestaciones de seguridad social deben satisfacer, especialmente en el procedimiento cantonal, las exigencias del citado art. 6.1. Empero, en la especie -en la que el litigio concierne a una cuestión de carácter exclusivamente jurídico-, el procedimiento escrito era el más apropiado. La celebración sistemática de audiencias no haría otra cosa que dilatar sin razón el curso de la justicia (**Tribunal Federal de Suiza**, 26-1-94, 3/1994, p. 299).

B. En un procedimiento administrativo tendiente a impugnar la revocatoria de una autorización de liberación de una deuda, el control ejercido por la Corte Administrativa responde a las exigencias del derecho de acceso a un tribunal, pero el rechazo por aquélla de celebrar los debates viola el derecho a un proceso justo (el requirente había planteado, sin éxito, ante las autoridades administrativas y, posteriormente, ante la Corte Administrativa y ante la Corte Constitucional, la violación de su derecho a ser escuchado. Los agravios ante la Corte Europea concernían al derecho de acceso ante un tribunal dotado de una jurisdicción plena, y a la ausencia absoluta de debates a lo largo del procedimiento. En cuanto al mencionado derecho de acceso, la Corte juzgó que la Corte Constitucional no tenía la competencia requerida, que se limitaba a verificar si la decisión administrativa era conforme a la Constitución. En cuanto a los alcances del control de la Corte Administrativa, la Corte advirtió que aquélla había examinado punto por punto todos los planteos formulados por el requirente sobre el fondo del asunto sin haberse visto obligada a declinar su competencia para responder a dichos planteos o para establecer los hechos. Visto la naturaleza concreta de los agravios y la amplitud del examen que se impugna, el control ejercido por la Corte Administrativa respondía a las exigencias del artículo 6.1 de la CEDH. Respecto de la ausencia de debates, la Corte estimó que, en razón de la importancia del procedimiento en cuestión para la existencia misma de la empresa del requirente, el derecho de este último a que su causa sea

escuchada públicamente "entrañaba el derecho a una audiencia pública". En consecuencia, el rechazo por la Corte Administrativa de celebrar dicha audiencia violó el artículo 6.1 cit.) (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 26-4-95, 1/1995, p. 112).

C. La falta de publicidad de los debates ante el consejo regional de Ile-de-France y la sección disciplinaria del consejo nacional de la Orden de médicos, ha dado lugar a una violación del derecho del requirente a que su causa sea escuchada públicamente por un tribunal (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 26-9-95, 3/1995, p. 410).

D. La parte de un proceso debe tener la posibilidad, si lo desea, de exponer verbalmente su posición ante el tribunal. Sólo razones imperiosas expuestas por la parte adversa pueden llevar al tribunal a rechazar una petición como la antes aludida. El tribunal puede, asimismo, oponerse *ex officio*, pero únicamente basado en que acceder a la petición sería contrario a las exigencias de un procedimiento regular (**Corte Suprema de Holanda**, 15-3-96, 1/1996, p. 86).

E. El requirente y su esposa eran propietarios de un terreno sobre el cual se encuentra una arenera. Obtuvieron una autorización de explotación hasta diciembre de 1988, en que le fue retirada. En consecuencia, el peticionario solicitó ante la prefectura una permiso de explotación especial, que le fue rechazado por el gobierno. Dicha parte atacó, entonces, la legalidad de la decisión del gobierno ante la Corte Suprema Administrativa en virtud de la ley de 1988 sobre el control judicial de determinadas decisiones administrativas; reclamó, igualmente, una audiencia. Sin embargo, la Corte rechazó este último pedido y, asimismo, juzgó que la decisión impugnada no era ilegal.

De la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, surge que en el procedimiento ante un primer y único tribunal, el derecho de cada uno a que su causa sea escuchada públicamente, en el sentido del art. 6.1 de la CEDH, puede implicar el derecho a una "audiencia pública". En las circunstancias del caso, la Corte comprueba que, en el procedimiento en juego, la Corte Suprema Administrativa actuó como primera y única jurisdicción. Su competencia no se limitaba sólo a los puntos de derecho: englobaba a las cuestiones de hecho. Además, el recurso del interesado contra la decisión del gobierno podía comprender problemas de uno y otro carácter.

La Corte estima que, al menos en estas circunstancias, el citado art. 6.1 garantiza el derecho a una audiencia contradictoria, por lo que la Corte Suprema Administrativa lo ha transgredido por su rechazo a celebrarla en el caso (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 23-2-94, 1/1994, p. 80).

F. Si las salas de las jurisdicciones locales son, en todo nivel, los primeros y únicos tribunales independientes ante los cuales es posible hacer valer el derecho a la protección judicial, resulta entonces que el art. 250.f del Código Procesal Civil que, habida cuenta de la organización de la justicia administrativa, deja a la sola apreciación del tribunal la decisión de celebrar o no audiencia cualquiera fuese la opinión de las partes sobre la necesidad u obligación de ser escuchadas (y cuando esta opinión carece de valor jurídico), contraviene las disposiciones del art. 38.2 de la Carta de derechos y libertades fundamentales y el art. 6.1 de la CEDH (**Corte Constitucional de la República Checa**, 24-9-96, 3/1996, p. 425).

G. La sanción de retiro del permiso de conductor es una decisión sobre la procedencia de una acusación en materia penal en el sentido del art. 6.1 de la CEDH. El interesado tiene, por ello, el derecho al debate oral y público (el requirente fue condenado, por conducir en estado de ebriedad. En consecuencia, la Oficina de tránsito le retiró el permiso de conducir por un plazo de 4 meses. La comisión cantonal de recursos en materia administrativa confirmó la decisión. En consecuencia, el sancionado interpuso un recurso ante el Tribunal federal invocando la violación del art. 6.1 de la CEDH, dada la falta de debates orales y públicos ante la citada comisión de recursos. No cuestionó que esta comisión es un tribunal en el sentido del art. 6 de la CEDH. El Tribunal federal examinó la cuestión de saber si el retiro del permiso caía en el ámbito del art. 6.1 cit. y si se trataba de una decisión sobre la procedencia de una acusación en materia penal. Aun cuando el retiro del permiso sea según el derecho suizo una medida administrativa, el Tribunal admitió la aplicación del art. 6.1 cit., vista la similitud de criterios utilizados con motivo del examen de un retiro de permiso por amonestación. El rechazo de debates orales y públicos por la comisión cantonal, por ende, violó la CEDH (**Tribunal Federal de Suiza**, 11-1-95, 2/1995, p. 225).

2.1.6. Motivación de las decisiones.

A. Es nula la disposición de la ley de ciudadanía según la cual no corresponde indicar en el rechazo de una demanda de ciudadanía, las razones que lo sustenten. Dicha disposición no permite intentar un recurso eficaz contra la decisión, y produce un menoscabo del principio de igualdad, pues las personas que conozcan las razones del rechazo y desean apelar se encontrarían privilegiadas. Además, según la Constitución, los derechos y libertades pueden ser restringidos por la ley a fin de proteger los derechos y libertades de terceros, el orden público, la moralidad y la salud; en este caso, sin embargo, no se trata de una protección del orden público, sino de una violación de éste (**Corte Constitucional de Croacia**, 8-12-93, 3/1993, p. 14).

B. El derecho a recurrir o el derecho a otra protección jurídica no es verdaderamente respetado sino cuando el órgano que ha tomado una decisión relativa al derecho de una persona ha dado los motivos de la decisión (la Corte anuló dos disposiciones de la ley de procedimientos administrativos según las cuales los órganos de decisión no estaban obligados a motivar sus decisiones) (**Corte Constitucional de Croacia**, 13-11-96, 3/1996, p. 359).

C. Los derechos constitucionales a la igualdad entre los ciudadanos y los extranjeros ante los tribunales resultan violados si los motivos invocados para la aplicación de una ley que permite la expulsión de extranjeros del territorio croata no se corresponden con la realidad. El derecho a un proceso equitativo exige que dicha expulsión sea motivada (en el caso, los servicios de la policía habían afirmado que el peticionario, extranjero, se encontraba en situación irregular, dado que el certificado de residencia otorgado por la policía había expirado. La decisión del tribunal de instancia se fundaba en que "...los funcionarios competentes establecieron...", de manera que no fue el juez el que estableció los hechos. La jurisdicción superior no había considerado pertinente controlar *ex officio* esa grave violación del procedimiento y rechazó al recurso del peticionario. Recurrída la decisión por este último, la Corte Constitucional le dio la razón) (**Corte Constitucional de Croacia**, 17-4-96, 1/1996,

p. 36).

D. La detención de un extranjero con vistas a su expulsión está comprendida por el art. 5.1.f de la CEDH. El detenido tiene, entonces, derecho al control de su detención según el procedimiento previsto por el art. 5.4 de la CEDH (en el caso, el requirente vio rechazados sus pedidos de asilo. La policía de extranjeros dispuso su detención con vistas a la expulsión, lo que fue confirmado por el juez de instrucción del distrito de Berna y originó el recurso del peticionario ante el Tribunal federal. Este último consideró que dicho juez -que normalmente dirige las investigaciones penales y dispone la detención preventiva- llamado a pronunciarse sobre la detención con vistas a la expulsión de un extranjero, no es, según el procedimiento penal del cantón de Berna, ni una "autoridad judicial" en el sentido de la legislación federal sobre los extranjeros, ni un "tribunal" en el sentido de la CEDH) (**Tribunal Federal de Suiza**, 28-3-95, 2/1995, p. 226).

2.1.7. Asistencia letrada y de traductor.

A. Conforme con diferentes sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos (casos *Airey* -1979- y *Paketti* -1983), si es cierto que el rechazo de acordar la asistencia de un abogado no menoscaba en sí al derecho reconocido por el art. 24.2 de la Constitución, la circunstancia de que dicho rechazo se produzca a causa de la no disponibilidad de un abogado nombrado de oficio, dando lugar por ello a una situación real y efectiva de privación de defensa material en la medida en que el hecho de defenderse por sí mismo resulta insuficiente y perjudicial al litigante habida cuenta de las circunstancias del caso, constituye una menoscabo del derecho de defensa (**Tribunal Constitucional de España**, 27-5-96, 2/1996, p. 221).

B. Al rechazar al abogado del requirente el derecho a estar presente cuando su cliente realizaba una declaración en virtud del párrafo 12 de la ley n° 283/1991 Sb. del Consejo Nacional checo sobre la policía de la República Checa, la policía infringió los derechos reconocidos al requirente por el art. 37.2 de la Carta de los Derechos y Libertades Fundamentales que garantiza a toda persona, en el marco de un procedimiento ante los tribunales o ante todo otro órgano estatal o administrativo, el derecho a la asistencia de un asesor (*conseil*) desde el comienzo del procedimiento (**Corte Constitucional de la República Checa**, 5-5-96, 2/1996, p. 277).

C. Los intereses jurídicos del prevenido deben ser defendidos de manera suficiente y eficaz, incluso por un abogado nombrado de oficio. La inactividad de las autoridades que toleran que un abogado viole de manera grosera y en perjuicio del prevenido sus deberes profesionales puede constituir una violación de los derechos de defensa (**Tribunal Federal de Suiza**, 22-2-94, 2/1994, p. 178).

D. El principio de igualdad de acceso a la ley supone igualar los medios de acceso de las partes, de manera que deben ser tomadas medidas para proveer de asistencia jurídica a las

partes que disponen de medios financieros limitados. Sin embargo, la decisión de conceder el pago adelantado de servicios que van más allá de la designación de un abogado corresponde al poder discrecional de las autoridades legales. De ello resulta que el rechazo del pago de un servicio suplementario no constituye una violación del derecho a la protección efectiva de la ley (**Corte Constitucional Federal de Alemania**, 10-4-97, 1/1997, p. 10).

E. La prohibición de asistencia judicial a un extranjero que pretende atacar por medio de un recurso contencioso la decisión ministerial que le rechazó su demanda de asilo, menoscaba la sustancia práctica del derecho fundamental al recurso contencioso, como medio de acceso a la justicia administrativa, discriminando a la gente en situación de carencia económica. El acceso al derecho y a los tribunales es un elemento inherente al principio de igualdad. El demandante en situación de carencia económica y social quedaría, en la práctica, privado del mencionado recurso que requiere la asistencia obligatoria de un abogado (la intervención del Tribunal Constitucional derivó de la decisión de un tribunal que había juzgado inconstitucionales las normas de la Ley de asistencia judicial que impedían el otorgamiento de dicha ayuda, consistente en la asunción de los gastos por los honorarios de un abogado, respecto del extranjero que, habiendo petitionado asilo político, intentó impugnar por un recurso contencioso la decisión administrativa adversa al estado de refugiado) (**Tribunal Constitucional de Portugal**, 22-6-95, 2/1995, p. 201).

F. El derecho a la asistencia de un abogado es, como principio y ante todo, el derecho a la asistencia de un abogado elegido por el justiciable. Consecuentemente, en el procedimiento penal, el órgano judicial no puede proceder a la designación para el inculcado o acusado, de un abogado de oficio, sino en el caso en que, siendo obligatoria dicha asistencia, el acusado, puesto en mora de hacerlo, no ha designado un abogado de su elección o solicitado expresamente la designación de un abogado de oficio. Además, como fuere con ello, el órgano judicial puede proceder a dicha designación en todos los casos en que, sea la asistencia de un abogado obligatoria o no, el inculcado no dispone de medios económicos para designarlo y lo petitiona al órgano judicial, o cuando este último juzga necesaria la aludida asistencia (los recurrentes, luego de ser absueltos en primera instancia, fueron condenados por el Tribunal Supremo con motivo del recurso del querellante, sin haber sido citados a comparecer en segunda instancia. Durante el procedimiento ante esta última, un abogado nombrado de oficio les fue atribuido en su ausencia. El Tribunal Constitucional estimó que el hecho de no haber citado a los recurrentes a comparecer les impidió a éstos, si lo juzgaban pertinente, dicha comparecencia y ser asistidos por un defensor de su elección como fue hecho en primera instancia. Luego, los procesados se han visto privados de una garantía esencial a la cual tienen derecho en el proceso penal y que debe ser respetada en todas las instancias) (**Tribunal Constitucional de España**, 24-1-95, 1/1995, p. 33).

G. En el procedimiento penal militar, el acusado tiene el derecho a elegir su defensor; ante la falta de dicha elección, aquél tendrá siempre la garantía de ser defendido ante el tribunal por una persona que, de preferencia, posea conocimientos jurídicos. En efecto, la competencia que se exige para la perfecta realización de los derechos de defensa pertenece al dominio de los conocimientos jurídicos, sin que la posibilidad de presumir que la experiencia profesional u otros conocimientos técnicos sea suficiente para garantizar este derecho. Luego, la defensa debe ser ejercida, en la medida de lo posible, por juristas (**Tribunal Constitucional de Portugal**, 17-1-96, 1/1996, p. 95).

H. Las disposiciones de la ley, que permiten impedir que el abogado participe en calidad de defensor en los procesos penales ligados a un secreto de Estado por no poseer aquél permiso para acceder a dichos secretos, no son conformes a la Constitución (la ley permitía al acusado elegir un defensor entre un número determinado de abogados que poseen el aludido permiso de acceso. Según el tribunal, ello limita irregularmente el derecho constitucional del ciudadano de recibir una asistencia jurídica calificada y el derecho a una elección independiente de su defensor -arts. 48 de la Constitución de la Federación de Rusia, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-; asimismo, ello es contrario al principio de contradicción y de igualdad de los derechos de las partes en el curso de un proceso judicial - art. 123.3 de la Constitución-. El legislador, al definir los medios de protección de los secretos de Estado, no debe utilizar sino aquellos que, al ser aplicados, excluyan la posibilidad de una limitación desproporcionada de los derechos y libertades del hombre y del ciudadano. En el marco del proceso penal, esos medios pueden comprender, especialmente, la celebración de audiencias a puertas cerradas, la advertencia a los participantes del proceso acerca de la no revelación de los secretos de Estado de los que tomaran conocimiento por el proceso penal, y la persecución penal de los que revelaran dichos secretos. El mantenimiento del recordado secreto también está asegurado por el Reglamento de la barra de la RSFSR que prevé la obligación del abogado de guardar el secreto profesional, de no cometer infracciones incompatibles con su pertenencia a la barra y de ser un modelo de comportamiento impecable) (**Corte Constitucional de Rusia**, 27-3-96, 2/1996, p. 281).

I. El derecho a la asistencia de un abogado y de un procurador (*avoué*) nombrado de oficio (art. 24.2 de la Constitución) sólo despliega su eficacia si se trata de un inculcado en un proceso penal. En los otros casos, se trata de un derecho sometido a diferentes condiciones de procedimiento y materiales (**Tribunal Constitucional de España**, 4-7-95, 2/1995, p. 166).

J. Los derechos de defensa comprenden el de ser asistido por un abogado. Empero, ningún principio general de derecho garantiza el derecho a ser representado por un abogado ante una jurisdicción (**Corte de Arbitraje de Bélgica**, 20-1-94, 1/1994, p. 9).

K. El derecho para un acusado (penalmente) de ser representado en justicia por un abogado de su elección está garantizado por la Constitución (art. 30.3.d). El ejercicio de este derecho está ligado al derecho a un proceso justo (**Corte Suprema de Chipre**, 11-7-95, 2/1995, p. 153).

L. El hecho de que la presencia obligatoria de un oficial en calidad de defensor no esté prevista en los procedimientos disciplinarios ante la Comisión disciplinaria establecida para los suboficiales de la Armada, de la Marina y de la Aeronáutica, no está en contradicción con los principios de razonabilidad y de igualdad (art. 3 de la Constitución), ni tampoco con el derecho de defensa (art. 24, ídem).

En lo que concierne al citado art. 24, que garantiza el derecho de defenderse, es necesario explicar que este derecho no se extiende, en la totalidad de su contenido, fuera de la esfera de la jurisdicción, hasta cubrir todo el procedimiento contencioso de tipo administrativo, en el cual, sin embargo, es necesario salvaguardar una posibilidad de contradictorio que pueda

garantizar el nudo esencial de los valores inherentes a los derechos inviolables de la persona, cuando puedan recaer sobre ésta sanciones que tengan incidencia sobre los bienes, tal como el mantenimiento de las relaciones de servicio o de trabajo, que pertenecen a la esfera constitucional.

La norma de la ley de procedimiento disciplinario que no permite al defensor nombrado por el interesado o designado por el Presidente de la Comisión de disciplina, intervenir ante esta Comisión en caso de ausencia del suboficial procesado, es contraria al citado art. 24 (**Corte Constitucional de Italia**, 13-7-95, 2/1995, p. 189).

M. La garantía de la libertad personal no impone de ninguna manera, para la realización de un test de alcoholemia, la asistencia de un abogado de la misma manera que en el curso de un proceso penal, pues se trata simplemente de un peritaje técnico en el curso del cual el detenido no realiza ninguna declaración de culpabilidad y al cual se puede rehusar a someterse (**Tribunal Constitucional de España**, 10-9-94, 3/1994, p. 236).

N. El reconocimiento del derecho constitucional a la asistencia judicial de un extranjero domiciliado en el extranjero no puede ser subordinado a la existencia de un tratado internacional con el Estado del domicilio del peticionario o al aseguramiento de la igualdad de tratamiento dentro de ese Estado (en el caso, un ciudadano libio se hizo operar en diversas oportunidades en una clínica de Berna; considerando que los resultados no eran satisfactorios y que el médico interviniente había cometido faltas que generaban responsabilidad profesional, demandó a este último. Asimismo, solicitó a la Corte del Cantón de Berna el beneficio de la asistencia judicial, que le fue rechazado con base en que el Código Procesal Civil de dicho cantón no concedía el beneficio a los extranjeros domiciliados en el extranjero salvo que su país de origen acuerde reciprocidad a los súbditos berneses, o esté previsto en los tratados internacionales) (**Tribunal Federal de Suiza**, 31-5-94, 1/1995, p. 104).

Ñ. El derecho de defenderse a sí mismo, incluso en el contexto de una cultura jurídica caracterizada por la predominancia de la defensa técnica, forma parte del derecho de defensa. Este derecho, conforme a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos relativa al art. 6.3.c de la CEDH, garantiza tres derechos al acusado: el derecho a defenderse por sí mismo, el derecho a defenderse por medio de la asistencia de un abogado de su elección y, en determinadas condiciones, el derecho de recibir una asistencia técnica gratuita, sin que la opción en favor de una de esas tres formas posibles de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer las otras, a condición de que ello sea necesario para asegurar la efectividad del derecho de defensa en un proceso penal.

El derecho de defenderse por sí mismo no comprende la facultad de abstenerse de la defensa técnica obligatoria, cuya propia legitimidad apunta ante todo al beneficio del propio defendido, pero que también constituye una garantía para el buen desarrollo del proceso penal, evitando así que el acusado pueda encontrarse ante una eventual situación de privación de defensa. Por otro lado, las normas de derecho interno que rigen el procedimiento en el cual una persona puede introducir un recurso de protección en calidad de acusado, sin excluir la asistencia de un abogado, respetan el derecho de defenderse por sí pues permiten al acusado que exprese directamente y sin ningún intermediario las razones de conciencia que motivan la conducta por la que es juzgado (**Tribunal Constitucional de España**, 6-2-95, 1/1995, p. 35).

O. La confidencialidad de las entrevistas entre un procesado y su abogado defensor no es susceptible de restricciones sino cuando dichas entrevistas pueden ser sospechadas de tener una incidencia negativa sobre el desarrollo imparcial y ordenado de la instrucción. Estas restricciones no pueden ser impuestas sino por la ley y dentro de límites razonables; deben estar en función del índice de delincuencia y, más particularmente, de la existencia de una criminalidad organizada. Dichas normas deben tender a impedir que los delincuentes usen medios ilícitos para alcanzar sus objetivos (**Tribunal Constitucional de Lituania**, 18-11-94, 3/1994, p. 266).

P. Un prevenido encarcelado en Suiza debe estar autorizado a recibir visitas no vigiladas de su defensor extranjero o mandatario en un procedimiento penal en el extranjero. Un rechazo al respecto es admisible sólo si existe un riesgo concreto de que el defensor abuse del estado (*statu*) de confianza (el Ministerio Público del Cantón de Bâle-Ville entabló una causa penal por estafa contra D.B. Esta fue detenida preventivamente. Su marido H.B., y otras dos personas, fueron igualmente inculpadas en ese proceso y se encontraban en detención preventiva en Frankfurt donde un procurador alemán llevaba adelante una encuesta contra dichos esposos y otras personas por la misma infracción. En Bâle, D.B. era defendida por el abogado W., y en Frankfurt por la abogada alemana S., cuyo marido, el abogado S., asistía a H.B. en Frankfurt.

El abogado S. petitionó al Procurador General del Cantón de Bâle-Ville la autorización para realizar visitas no vigiladas a D.B. en dicho Cantón. La solicitud fue rechazada con motivo de que el abogado S. no podía ejercer sus funciones en Suiza y que había un riesgo de intercambio de información entre los esposos B. por intermedio de los abogados S. El recurso interpuesto contra esta decisión fue rechazado en el ámbito cantonal. En consecuencia, D.B. planteó un recurso de derecho público ante el Tribunal federal por violación al art. 6.3.c de la CEDH. El derecho del acusado de poder comunicarse sin obstáculos con su defensor, sin ser escuchado por un funcionario, deriva del art. 6.3.b y 6.3.c de la CEDH y ha sido recomendado por una resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Esta garantía no es, sin embargo, absoluta, y puede ser restringida si existe un riesgo concreto de abuso del régimen de confianza. En el caso, dicho riesgo no existe a pesar de los lazos conyugales que unen a los abogados S. Una defensa efectiva en el proceso alemán exige un contacto libre entre D.B. y el abogado S. El Tribunal Federal, admitió el recurso de derecho público) (**Tribunal Federal de Suiza**, 4-8-95, 3/1995, p. 393).

Q. La limitación general de la asistencia gratuita de un abogado de oficio en los asuntos que corresponden obligatoriamente a la competencia de una sala no se conforma con el derecho a un proceso justo. Cabe anular la disposición de la ley sobre represión de las infracciones fiscales que excluye -en caso de competencia facultativa- la asistencia gratuita cuando los intereses de la justicia lo exigen (el tribunal confirmó su jurisprudencia según la cual las garantías en juego, conforme con el art. 6 de la CEDH, son aplicables a todas las decisiones de la administración de finanzas que decidan sobre la procedencia de toda acusación en materia penal) (**Corte Constitucional de Austria**, 5-10-94, 3/1994, p. 220).

R. El hecho de que el requirente no haya tenido un derecho automático a ser representado gratuitamente ante los magistrados desconoció el derecho a un proceso justo y público y el derecho a defenderse por sí mismo o de tener la asistencia de un defensor de su elección y, si carecía de los medios de remunerar a un defensor, poder ser asistido

gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exigen (en el caso, se trataba de la detención del requirente ordenada por los magistrados por falta de pago del impuesto de capitación (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 10-6-96, 2/1996, p. 309).

S. La parte o el testigo que no comprenden o no hablan la lengua del procedimiento tienen derecho a la asistencia de un traductor en virtud del art. 14 de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades. La omisión de proveer a un acusado la traducción integral y concomitante de todos los testimonios del proceso viola el mencionado derecho. Bien que la traducción provista no resulte perfecta, debe ser continua, fiel, imparcial, concomitante y realizada por una persona competente (**Corte Suprema de Canadá**, 1-9-94, 3/1994, p. 230).

T. Tratándose de una norma que asegura una garantía esencial para el goce del derecho fundamental de defensa -derecho reconocido por la comunidad internacional en los tratados firmados por Italia (CEDH y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y ligado a los valores constitucionales referentes a los derechos de defensa reconocidos por el art. 247 de la Constitución a todos los hombres (ciudadanos o extranjeros)-, el art. 143.1 del Código Procesal Penal que sanciona el derecho subjetivo del prevenido a la asistencia gratuita de un traductor, no se limita a la parte oral del proceso penal, sino que debe ser interpretado como una cláusula de orden general. Se trata, entonces, de una norma destinada a extenderse y ser aplicada cada vez que, en las diversas circunstancias y según la naturaleza del acto en el que debe participar la persona sujeta a la acción penal, es necesario hacer efectivo el derecho del prevenido a estar informado, de manera inmediata y detallada, de la naturaleza y de los motivos invocados contra él, en la lengua que le es propia (**Corte Constitucional de Italia**, 12/19-1-1993, 1/1993, p. 20).

U. En cuanto al art. 6.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (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 combinado 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**, 8-2-1996, 1/1996, p. 136; **investigaciones 2** (1997), pp. 190/191].

2.1.8. Imparcialidad.

A. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Nortier*, el Tribunal Constitucional considera que la imparcialidad objetiva del juez de menores no ha sido violada por el hecho de que este último haya realizado ciertos actos de instrucción y haya intervenido durante la "audiencia principal" dictando medidas limitativas de

la libertad del menor a pedido del Ministerio Público, dado que el principio de contradicción fue respetado (se trató de una cuestión de inconstitucionalidad, elevada por un órgano judicial, concerniente a determinadas disposiciones de la ley orgánica que reglamenta la competencia y el procedimiento de los Tribunales de Menores, destinada a determinar si el procedimiento que dicha ley establece puede menoscabar el derecho a un proceso con todas las garantías en su aspecto de derecho a un juez imparcial -art. 24.2 de la Constitución-, dado que sus disposiciones prevén la posibilidad de que el juez de menores que adoptó decisiones limitativas de los derechos fundamentales del menor contra el cual se dirige el procedimiento, o que celebró la comparecencia previa a la audiencia, pueda, posteriormente, conocer de la fase de juicio y de decisión. La sentencia recuerda la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional sobre el derecho constitucional en juego, doctrina que reposa sobre dos ideas esenciales: 1) el hecho de haber estado en contacto con el material necesario a la marcha del proceso, puede hacer nacer, en el juez encargado de dictar la sentencia, prejuicios concernientes a la culpabilidad del inculcado, violándose así la imparcialidad objetiva que tiende a garantizar la separación de las funciones de instrucción y de sentencia; 2) es en cada caso preciso en donde es necesario determinar si ha habido o no apariencia de imparcialidad. La sentencia recuerda igualmente la línea jurisprudencial seguida por la Corte Europea de Derechos Humanos para asegurar la independencia del juez, matizada desde el asunto *Hauschildt* en el sentido de que esta imparcialidad debe ser determinada no abstractamente sino caso por caso. Esta línea jurisprudencial ha llevado a la Corte Europea (caso *Nortier*) a estimar que, en ese caso, no hubo violación al art. 6.1 de la CEDH por cuanto había sido posible hacer la distinción entre los motivos materiales de la medida conservatoria y el fondo del asunto, con la imposibilidad para el abogado del menor de interponer un recurso ante el tribunal superior. El Tribunal Constitucional, después de haber reafirmado la exigibilidad de la garantía del principio de acusación en el proceso correccional de menores, constató que la ley orgánica quiso separar las funciones de instrucción, por un lado, y de juicio y decisión, por el otro, confiando la primera al Ministerio Público, y las otras dos al juez de menores, asegurando así que este desdoblamiento restablecía el principio de acusación en un procedimiento correccional que estaba hasta el presente informado por el principio inquisitorio. En esta perspectiva, incluso si es cierto que el juez de menores no está totalmente eximido de la realización de determinados actos de instrucción y que, por consiguiente, puede conocer en la "audiencia principal" y dictar la "resolución" definitiva correspondiente, no lo es menos que esta influencia sobre la imparcialidad "subjetiva" no es suficiente para menoscabar a la imparcialidad "objetiva" si se piensa que dichos actos, reservados al Ministerio Público, no constituyen verdaderos actos de instrucción, pues se trata de actos puramente jurisdiccionales que la Constitución reserva expresamente a los jueces y a los tribunales. Contrariamente al modelo clásico, en este caso, la internación conservatoria del menor puede ser realizada por el juez a solicitud expresa del procurador, pero nunca de oficio. Si se agrega el hecho de que, en la especie, la designación de un abogado es obligatoria, se concluye en que el juez de menores no puede ser considerado como un "juez de instrucción" y sí como un "juez de la libertad", puesto que, si además de que la instrucción es asumida por el Ministerio Público existe un pleno respeto del principio de contradicción en la adopción de la medida conservatoria limitativa de la libertad, el juez gozará de la imparcialidad necesaria para evaluar libremente el material de hecho aportado por el procurador, la acusación y la defensa. Finalmente, la intervención del juez en la "comparecencia" no compromete tampoco su imparcialidad, pues la naturaleza jurídica de dicha comparecencia previa es propio de lo que se llama fase intermedia del proceso penal, que supone la conclusión anterior a la fase de instrucción) (**Tribunal Constitucional de España**, 17-3-95, 1/1995, p. 40).

B. Dentro del campo del derecho a un proceso con todas las garantías, se inscribe el derecho a un juez imparcial. Este derecho tiene un cariz doble: el subjetivo, que busca evitar la parcialidad del juez -o la menor sospecha de parcialidad- resultante de sus relaciones con las partes, y otro objetivo, que busca evitar la parcialidad derivada de la relación orgánica o funcional. Las causas de abstención o de recusación apuntan a garantizar la imparcialidad del juez, y son el único procedimiento previsto por el régimen judicial para restablecer el mencionado derecho fundamental o evitar su violación (**Tribunal Constitucional de España**, 14-1-97, 1/1997, p. 46).

C. La ley prevé el encarcelamiento sumario de todo testigo recalcitrante que rehúsa transmitir sus conocimientos sin "excusa valedera". El recurrente alegó que el proceso de urgencia que conduce a un encarcelamiento constituye una violación, entre otros, del derecho del acusado a un proceso justo y del derecho a no ser detenido sin ser juzgado. La Corte consideró que una persona interrogada no era un "acusado" a los fines del derecho del acusado a un proceso justo previsto por la Constitución. Asimismo, estimó que el proceso de urgencia ante un oficial judicial que desemboca en un encarcelamiento no era incompatible con el derecho a no ser detenido sin ser juzgado, pues respondía al criterio que impone que una entidad imparcial, independiente del ejecutivo y del legislativo, juegue el papel de árbitro entre el individuo y el Estado (**Corte Constitucional de Sudáfrica**, 4-4-96, 1/1996, p. 8).

D. La circunstancia de que un juez se haya pronunciado anteriormente o en el pasado sobre una cuestión similar y que haya expresado sobre ésta sus opiniones personales, no prejuzga necesariamente sobre su criterio en un procedimiento posterior -especialmente cuando se trata de un juez de la Corte Suprema- y no impide que pueda conocer de un asunto idéntico en el que se opongan las mismas partes o no (en el caso, se trataba de un pedido tendiente a separar a un juez de la composición de la Corte de Apelación con motivo de que aquél, en el pasado, había dictado una decisión judicial como juez de primera instancia en otro asunto, en el curso del cual el punto de derecho origen de la apelación había sido ya planteado) (**Corte Suprema de Chipre**, 29-11-94, 2/1995, p. 152).

E. El legislador del *Land* del Tirol no satisfizo su obligación de trasponer una directiva comunitaria relativa al examen de las decisiones en materia de adjudicaciones, según la cual el presidente de la instancia competente para resolver debe poseer la aptitud requerida para la función de juez. Esta regla, precisa e incondicional, garantiza al individuo el derecho de acceso a un órgano independiente, compuesto de una manera definida. Dicha regla se aplica directamente, completando el derecho nacional. La Corte anuló la decisión impugnada, dictada por una autoridad administrativa colegiada, cuyo presidente no contaba con una formación jurídica ni satisfacía las otras exigencias para la función de juez (la Corte cita los arts. 83.2 y 144.1 de la Constitución federal) (**Corte Constitucional de Austria**, 12-6-96, 2/1996, p. 197).

F. El "proceso justo" -fórmula que reúne los principios constitucionales relativos tanto a los caracteres de la jurisdicción, bajo su aspecto subjetivo y objetivo, cuanto a los derechos de acción y de defensa ante los tribunales- comporta la exigencia de imparcialidad y "ajenidad" del juez respecto del 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 en la exigencia de evitar que el juzgamiento sobre el fondo de un proceso

sea afectado por prejuicios, efectivos o sólo potenciales, que derivarían de la evaluación sobre el fondo de las hipótesis derivadas de la acusación expresadas en ocasión de actos cumplidos en el curso de las fases precedentes del procedimiento. La Corte, en numerosos pronunciamientos, ha llenado las lagunas constitucionalmente ilegítimas contenidas en el artículo 34.2 del Código Procesal Penal, previendo casos de incompatibilidad por relación con aquellos que están expresamente previstos por esa norma (sentencias nros. 496/1990 y 401/1991); en último término, por la sentencia número 432/1995, la Corte asentó que los principios precedentemente afirmados valen no sólo en la relación entre las diversas fases del juzgamiento en cuanto al fondo, sino también en la relación entre las medidas conservatorias personales y el juzgamiento sobre el fondo de la acusación. Las medidas conservatorias implican un juzgamiento previo sobre las responsabilidades, incluso si están basadas sobre indicios y no todavía sobre pruebas, y la Corte reconoció, en orden a la ley del 8/8/1995 -n° 332-, que las evaluaciones hechas por el juez relativas a la adopción de una medida conservatoria personal entrañaban un prejuzgamiento sobre el fondo de la acusación (**Corte Constitucional de Italia**, 17-4-96, 1/1996, p. 69).

G. La Corte de Arbitraje es un órgano jurisdiccional obligado como tal a respetar el principio general del derecho relativo a la imparcialidad subjetiva y objetiva del juez.

La participación de un miembro del parlamento en la elaboración de una ley no es suficiente para poner en duda su imparcialidad cuando aquél, en calidad de juez vitalicio, independiente y sometido a un estricto régimen de incompatibilidades, es llevado a controlar la constitucionalidad de dicha ley en el seno de un órgano jurisdiccional colegiado competente en un recurso de nulidad.

La alinea 2 del art.101 de la ley especial del 6-1-1989 sobre la Corte de Arbitraje, según la cual el hecho de que un juez haya participado en la elaboración de una norma legislativa que es objeto de un recurso de nulidad no constituye en sí una causa de recusación, debe interpretarse teniendo en cuenta las exigencias desarrolladas por la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de la imparcialidad dispuesta por el art. 6.1 de la CEDH.

La participación de un miembro del parlamento en la elaboración de la ley impugnada ante la Corte, que consistió en emitir, junto con la mayoría del grupo político del que formaba parte, un voto positivo en lo que concierne a la ley y un voto negativo respecto de las enmiendas propuestas por la oposición, no es suficiente para justificar objetivamente las aprehensiones de los requirentes en cuanto a la actitud de ese miembro, devenido juez, a la hora de controlar imparcialmente la constitucionalidad de la ley cuestionada (según los términos de la ley orgánica de la Corte de Arbitraje, la mitad de los doce jueces de ésta deben haber sido, por lo menos durante cinco años, miembros de una asamblea legislativa) (**Corte de Arbitraje de Bélgica**, 10-5-94, 2/1994, p. 113).

H. La atribución a un tribunal del poder de entablar la acción penal y formular la acusación en un caso, no es conforme a la objetividad e imparcialidad del tribunal que, en calidad de órgano de justicia, dicta la decisión en el mismo proceso. La justicia "justa" supone encargar al tribunal sólo el dictado de la decisión sobre la acusación penal presentada contra una persona y no elaborar con toda independencia los cargos. El inicio de la acción pública y el mantenimiento de la acusación ante el tribunal, son funciones de los órganos especiales de investigación, de instrucción preparatoria y del Ministerio Fiscal (**Corte Constitucional de Rusia**, 28-11-96, 3/1996, p. 432).

I. El principio de imparcialidad enunciado en el art. 97 de la Constitución debe inspirar la organización y la acción de las administraciones del Estado en todos los ámbitos, y también, entonces, respecto de los concursos de ingreso y promoción en la función pública. Este principio impone que, en los concursos, no sea buscado sino la elección de las personas consideradas como más aptas para el ejercicio de dicha función, independientemente de toda consideración de las orientaciones políticas y las condiciones personales y sociales de los concursantes.

De ello se sigue que, en la composición de los jurados, el carácter exclusivamente técnico de la decisión debe estar al amparo de todo riesgo debido a intereses particulares, y que la presencia en dichas comisiones de técnicos y expertos con diplomas y títulos profesionales inherentes a las materias que hacen al objeto de las pruebas debe prevalecer sobre la presencia de miembros provenientes de una designación política o sindical (**Corte Constitucional de Italia**, 15/25-11-1993, 3/1993, p. 25).

J. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es el "juez legal" (*Gestzlicher Richter*) en el sentido extensivo del término tal como lo entiende la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional. Una autoridad (administrativa) colegiada e independiente llamada por apelación a decidir en última instancia es un tribunal obligado a presentar una cuestión prejudicial al juez comunitario.

La distribución legal de las competencias resulta violada cuando un tribunal desconoce que debe solicitar la intervención del juez comunitario por vía de la cuestión prejudicial. Corresponde a la Corte Constitucional corregir una falta como la indicada, comprobando la violación del derecho al juez legal (**Corte Constitucional de Austria**, 11-12-95, 1/1996, p. 22).

K. Una decisión tomada por un tribunal incompetente para el asunto, es contraria al derecho a un proceso justo (**Corte Constitucional de la República Checa**, 22-2-96, 1/1996, p. 98).

L. El principio de la preeminencia del derecho y la noción de proceso justo se oponen a toda injerencia del poder legislativo en la administración de justicia con el fin de influir sobre el desenlace judicial de un litigio.

La anulación por un acto legislativo de una sentencia arbitral que comprueba la existencia de una deuda del Estado, es una violación del derecho de propiedad (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 9-12-94, 3/1994, p. 311).

M. Un tribunal que se estima vinculado por la interpretación de un acuerdo internacional dada por el Ministro de Relaciones Exteriores no puede ser considerado como independiente (los requirientes, expropiados en Marruecos, intentaron una acción contra el Estado -Francia- por indemnización en virtud de un acuerdo entre Francia y Marruecos. El Consejo de Estado suspendió el proceso hasta que el mencionado Ministerio se pronunciara sobre la interpretación del acuerdo invocado por los requirientes. El Ministro dio su interpretación y el Consejo de Estado, considerándose vinculado por la decisión ministerial, rechazó el reclamo. La presente decisión llevó a un cambio en el derecho francés: la interpretación de los tratados no corresponde más a la competencia exclusiva del mencionado Ministerio) (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 24-11-94, 3/1994, p. 309).

2.1.9. Plazos. Retardo de justicia.

A. El derecho a un proceso sin retardos indebidos impone el respeto a un plazo razonable para dictar y ejecutar la decisión, es decir, la existencia necesaria de un equilibrio entre la realización de toda actividad indispensable a la administración de justicia y el tiempo que aquélla demande, que debe ser el más corto posible. La noción de "retardo indebido" es una noción indeterminada o abierta que designa una cierta ruptura del mencionado equilibrio, pero que no se debe simplemente al no respeto de los plazos, pues la apreciación debe ser realizada teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada asunto, conforme con los criterios elaborados por la jurisprudencia de este tribunal, entre otros, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de dilación de otros litigios del mismo tipo, el interés que corresponde a la persona que interpone el recurso de protección constitucional, la conducta de ésta durante el procedimiento, la conducta de las autoridades y los medios disponibles (**Tribunal Constitucional de España**, 1-12-94, 3/1994, p. 243).

B. A la manera de los arts. 14.3.c del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (19-12-1966) y 6.1 de la CEDH (4-11-1950), el art. 24.2 de la Constitución reconoce el derecho fundamental a un proceso sin demoras indebidas.

Toda infracción a los plazos de procedimiento no constituye una violación al mencionado derecho. En efecto, la noción de retardo indebido es una noción indeterminada y abierta que debe ser dotada de un contenido preciso en cada caso, mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos en forma coherente con su enunciado genérico, tales como la complejidad del litigio, los tiempos ordinarios de los litigios del género en juego, el interés que toque a las partes, y la conducta de estas últimas y de las autoridades en el proceso (**Tribunal Constitucional de España**, 12-11-96, 3/1996, p. 365).

C. El retardo de la administración griega en tomar las medidas necesarias para adecuarse a dos decisiones del Consejo de Estado privó de todo efecto útil al "derecho de acceso a un tribunal" [**Corte Europea de Derechos Humanos**, 19-3-1997, 1/1997, p. 139. V. el resumen del caso en **investigaciones 2** (1997), p. 239].

D. La inacción de un tribunal o un retardo excesivo en la instrucción de un proceso constituye una violación del art. 38.2 de la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales, en virtud del cual toda persona tiene el derecho a que su causa sea escuchada públicamente en un plazo razonable (**Corte Constitucional de la República Checa**, 5-11-96, 3/1996, p. 428).

E. Como principio, un procedimiento ante una Corte Constitucional no escapa al dominio del derecho a un proceso justo y no debe exceder un tiempo razonable (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 16-9-96, 3/1996, p. 464).

F. En el proceso penal militar, los plazos de interposición y de motivación de los recursos y de presentación de la prueba documental son significativamente más cortos -la mitad aproximadamente- que en los procedimientos penales de derecho común. Sin embargo, no es indispensable, en nombre de los intereses generales de la institución militar, limitar de

esa forma las garantías de defensa del acusado y el derecho de acceso a los tribunales. Por otra parte, la especificidad del procedimiento penal militar, que admite la aplicación de sanciones particularmente severas, hace inoportunos los plazos de recursos más cortos que los previstos para el proceso penal de derecho común (esta sentencia se relaciona con diferentes normas del Código de Justicia Militar, especialmente con la que establece un plazo de cinco días para interponer y motivar una apelación) (**Tribunal Constitucional de Portugal**, 17-1-96, 1/1996, p. 95).

G. El contenido principal del derecho a la ejecución de las decisiones consiste en que dicha prestación jurisdiccional sea respetuosa respecto de las decisiones dictadas y enérgica, de ser necesario, ante su eventual transgresión por terceros (**Tribunal Constitucional de España**, 10-2-97, 1/1997, p. 47).

H. El derecho a la protección judicial efectiva comprende, a título general, el derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos, un derecho que, si bien es diferente, está estrechamente ligado al derecho a exigir la ejecución de la sentencia sin retardos indebidos, pues es evidente que el retardo injustificado de su aplicación menoscaba en el tiempo la efectividad del derecho fundamental (**Tribunal Constitucional de España**, 13-2-95, 1/1995, p. 36).

2.1.10. Inmunidad.

A. El régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros no se opone al derecho a la protección judicial efectiva, pero su indebida extensión o expansión por los tribunales de justicia fuera del sistema jurídico internacional actual, implica una violación a dicho derecho fundamental. De conformidad con las normas de Derecho Internacional Público, a las cuales se vincula el derecho interno, la delimitación del alcance concreto de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros debe partir, como regla general, del hecho de que si una determinada libertad o una determinada afectación de determinados bienes no compromete la soberanía del Estado extranjero, no hay lugar para resolver la no ejecución de una sentencia y, en consecuencia, esa decisión de no ejecución menoscaba el artículo 24.1 de la Constitución. Pertenece en cada caso al juez de la ejecución la determinación de cuales son los bienes pertenecientes a un Estado extranjero sobre nuestro territorio, que no pertenezcan específicamente a las misiones diplomáticas o consulares, que están destinados al desarrollo de actividades en las cuales ese Estado, sin hacer uso de su *jus imperii*, actúa como lo haría un particular (la decisión impugnada había entendido que la inmunidad de ejecución que gozan los Estados extranjeros impedía la ejecución de los bienes de todo tipo de una misión diplomática, lo que implicaba la no ejecución de la decisión que había condenado a la embajada de un Estado extranjero a pagar una jubilación. Mediante la aplicación de la doctrina antes resumida, el Tribunal Constitucional consideró que dicha decisión -que rechazaba la ejecución sin intentar determinar la existencia de bienes del Estado extranjero sin ninguna duda destinados al desarrollo de actividades económicas y que no estaban protegidos por la inmunidad específica de las misiones diplomáticas- violó el derecho a la tutela judicial efectiva) (**Tribunal Constitucional de España**, 27-10-94, 3/1994, p. 241).

B. La inmunidad de un agente diplomático ante la jurisdicción civil de las cortes y tribunales españoles, en tanto que obstáculo o límite al acceso a la jurisdicción interna que deriva del artículo 21.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en referencia al artículo 31.1 de la Convención de Viena de 1961, es constitucionalmente legítima y su resultado no es, en absoluto, desproporcionado en relación al contenido del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución [**Tribunal Constitucional de España**, 28-9-95, 3/1995, p. 320. V. el resumen del caso en **investigaciones 2** (1997), p. 179].

C. La inmunidad parlamentaria (inviolabilidad de un diputado) no puede ser garantizada en lo que concierne a los actos que no están relacionados con la actividad de diputado (**Corte Constitucional de Rusia**, 20-2-96, 1/1996, p. 103).

D. La prerrogativa de inmunidad de los diputados y senadores debe ser objeto de una interpretación estricta, con vistas al interés que preserva, interés que desaparece cuando aquéllos pierden la condición de parlamentarios (el caso concernía a la determinación de si la Sala Penal del Tribunal Supremo debía mantener su competencia o si, por el contrario, debía enviar el caso ante el Tribunal de Instrucción competente del lugar en que se cometió el delito. La cuestión se suscitó con motivo de que el requirente gozaba de la condición de parlamentario en el momento en que se inició la acción penal, mas perdió posteriormente dicha condición) (**Tribunal Constitucional de España**, 11-2-97, 1/1997, p. 50).

E. La prerrogativa parlamentaria de inviolabilidad tiene una incidencia negativa en el campo del derecho a la protección judicial, en la medida en que impide la introducción de toda suerte de proceso o procedimiento que tenga por objeto hacer responsables a los diputados o senadores por las opiniones que expresen en el ejercicio de sus funciones (**Tribunal Constitucional de España**, 24-2-97, 1/1997, p. 52).

2.1.11. Recursos judiciales. Doble instancia.

A. En el procedimiento de apelación relativo únicamente a cuestiones de derecho, es suficiente que el acusado -bajo su propia responsabilidad- pueda decidir sobre si apelar o no, a condición de que comprenda la importancia de la apelación y que pueda comunicarse con su abogado para saber si le era conveniente o no renunciar a la apelación (**Corte Constitucional Federal de Alemania**, 24-2-95, 1/1995, p. 12).

B. El derecho constitucional a un proceso justo, a un abogado y al ejercicio de una vía recursiva, no pueden ejercitarse si el plazo para interponer el recurso se agota antes de que el prevenido haya podido comunicarse con su abogado (la sentencia anuló la disposición del Código Procesal Penal en virtud de la cual el plazo de un recurso abierto al prevenido corría a partir del día en el que el acto le era remitido o, si esto no era posible, a partir del octavo día siguiente a su publicación) (**Corte Constitucional de Croacia**, 9-3-94, 1/1994, p. 16).

C. La disposición que permite a toda persona la introducción de un recurso constitucional debe ser entendida como aplicable igualmente a las personas a las que una

decisión judicial privó de la capacidad de estar en juicio, cuando el recurso constitucional en cuestión tiende a la protección de los derechos violados en el procedimiento que condujo a suprimir dicha capacidad (**Corte Constitucional de Croacia**, 12-10-94, 3/1994, p. 232; v., asimismo, la sentencia de la **Corte Constitucional de Eslovaquia**, 28-3-95, en 1/1995, p. 95).

D. Son contrarios a la legislación procesal civil de la Federación de Rusia la alinea 5 del artículo 211 del Código de Trabajo de la RSFSR, la alinea 4 del artículo 90 de los Fundamentos de la Legislación del Trabajo y el punto 27 de la sentencia plenaria de la Corte Suprema de la URSS relativo a la interpretación de dichas disposiciones. Estas últimas prevén plazos de recurso demasiado breves contra las decisiones judiciales o de las instancias superiores relativos a rechazos de reinstalación laboral, lesionando por ello el derecho de los ciudadanos a la defensa judicial de sus derechos. Este derecho constitucional no admite derogación alguna (**Corte Constitucional de Rusia**, 23-6-92, 1/1994, p. 54).

E. La disposición legal que prevé que una determinada categoría de personas condenadas en primera instancia debe obtener una certificación del juez para apelar la condena o la pena, viola el derecho de dichas personas de recurrir ante una jurisdicción superior y su derecho a la igualdad; por ello, la disposición es inconstitucional (en virtud de la ley de procedimiento penal, las personas encarceladas que hubiesen sido condenadas por las *Magistrates' courts* y que no eran representadas por un abogado *-conseil-*, no tenían automáticamente el derecho de recurrir ante la Corte Suprema -derecho que poseen todas las otras categorías de personas condenadas-, aunque estaban autorizadas a ejercer un recurso si el juez atestaba que existían causas razonables para apelar. En la opinión de la Corte Constitucional, dado que no existía prescripto ningún procedimiento adecuado para el otorgamiento de las atestaciones del juez, no existía ninguna garantía de reexamen real de cada asunto, como lo exigen las disposiciones constitucionales relativas al proceso justo, cuya cláusula pertinente reconoce a toda persona el derecho "de recurrir por la vía de apelación o de revisión ante un segundo grado de jurisdicción". Dado que la obligación de obtener la atestación se aplicaba sólo a una determinada categoría de personas condenadas en primera instancia, dicha obligación violaba, además, el derecho a la igualdad ante la ley proclamado por la Constitución. La Corte concedió un plazo al Parlamento para rectificar el vicio, a falta de lo cual tendrá efecto la inconstitucionalidad del artículo pertinente de la ley en juego) (**Corte Constitucional de Sudáfrica**, 8-12-1995, 3/1995, p. 284).

F. La exigencia de una autorización para recurrir no es incompatible con el derecho constitucional a la doble instancia (los peticionarios impugnaron la constitucionalidad de la ley de procedimiento penal en cuanto prevé que una persona declarada culpable de una infracción ante una instancia superior debía solicitar al presidente de la jurisdicción una autorización para recurrir. En caso de rechazo, el acusado podía solicitar la autorización al presidente de la Corte Suprema. Ningún procedimiento de este tipo estaba impuesto para las jurisdicciones inferiores. La Corte estimó que los procedimientos de autorización para recurrir en general, y el procedimiento particular en juego, no constituyen una restricción al derecho a un proceso justo pues dichas exigencias están respetadas por el procedimiento prescripto que no impide una vía de apelación. El procedimiento, bien que inaplicable ante las jurisdicciones inferiores, no viola el derecho a la igualdad pues no hay ninguna razón imperativa para que los asuntos juzgados ante las instancias superiores sigan procedimientos idénticos a los aplicables ante las jurisdicciones inferiores) (**Corte Constitucional de Sudáfrica**, 28-12-95, 3/1995, p. 284).

G. La ley sobre la Corte Suprema prevé que no es posible interponer una apelación contra una decisión o una sentencia de una sala de la Corte Suprema en procesos civiles, salvo cuando sea acordada una autorización para apelar por dicha Corte o, en caso de rechazo, por la Comisión de recursos. Según la Corte Suprema, si el procedimiento de selección permite a una jurisdicción superior dictar una decisión con conocimiento de causa en cuanto a las oportunidades (*chances*) de triunfo del recurso, no se produce un caso de denegación del derecho de acceso a los tribunales. La igualdad ante la ley y el derecho a la igual protección de la ley no requieren que sean seguidos procesos idénticos en materia de recursos de parte, o ante jurisdicciones de diferente nivel (**Corte Constitucional de Sudáfrica**, 14-5-96, 1/1996, p. 10).

H. El derecho de acceso a un tribunal no asegura necesariamente y en todos los casos el derecho a una doble instancia.

Salvo en el proceso penal, el derecho a una doble instancia no está constitucionalmente garantizado y el legislador dispone de un amplio margen de apreciación para establecer las condiciones de admisibilidad de los recursos (**Tribunal Constitucional de Portugal**, 15-7-93, 2/1993, p. 46).

I. En tanto que órgano supremo de uno de los poderes del gobierno federal, incumbe a la Corte Suprema aplicar, en la medida de su jurisdicción, los tratados internacionales a los que el país está ligado, pues en caso contrario podría generarse la responsabilidad de la Nación frente a la Comunidad Internacional. En este sentido, la Corte Interamericana ha precisado que el alcance de la expresión "garantir" contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, implica el deber del Estado de tomar todas las medidas a fin de levantar los obstáculos que puedan existir para que los individuos gocen de los derechos que la Convención reconoce. En consecuencia, el hecho de que el Estado tolere circunstancias o condiciones que impiden a los individuos tener acceso a los recursos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del deber de garantizar tal como se encuentra establecido por las normas de la Convención.

Es inconstitucional una limitación relativa al grado de la pena para poder recurrir en casación (contenido en el Código Procesal Penal de la Nación) que tiene por consecuencia no garantizar la doble instancia penal prevista en la Convención (**Corte Suprema de Justicia de la Argentina**, 7-4-95, 3/1995, p. 291).

2.1.12. Legalidad de las pruebas.

A. La imposibilidad de admitir, en el marco de cualquier procedimiento, toda prueba que hubiese sido obtenida por violación de un derecho o libertad fundamental, es una consecuencia de la posición preferencial acordada a los derechos fundamentales en el sistema jurídico, pero también de la condición de derechos inviolables que les es reconocido y de la nulidad radical de todo acto, público o privado, que viole dichos derechos (**Tribunal Constitucional de España**, 9-7-96, 2/1996, p. 228).

B. Si una declaración testimonial es obtenida mediante tortura, ello significa *ipso facto*

que no puede ser admitida como prueba (arts. 3 de la CEDH y 7 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos) (**Corte Suprema de Holanda**, 1-10-96, 3/1996, p. 410).

C. La consideración por una jurisdicción de sentencia de testimonios anónimos, de declaraciones hechas a la policía por un testigo designado por su nombre que se retracta en una audiencia pública y de otra declaración hecha en el curso de una investigación preliminar por un testigo también designado por su nombre, que la defensa no tuvo ocasión de interrogar, no menoscaba el derecho a un proceso justo (sospechado de infracciones a la legislación de estupefacientes, M.D. fue arrestado en 1988. La policía interrogó a diversos toxicómanos, seis de los cuales se mantuvieron en el anonimato, que identificaron a M.D. como revendedor de droga a partir de una fotografía tomada en 1985. En el curso del proceso, el tribunal de distrito rechazó una petición de la defensa tendiente al reenvío del asunto ante el juez de instrucción a los fines de ser escuchados los seis testigos anónimos, pero ordenó que los dos testigos identificados fuesen llevados ante él. El primer testigo no se presentó jamás y el segundo se retractó de su declaración inicial. En diciembre de 1988, el tribunal de distrito tuvo por culpable a M.D. por tráfico de drogas y lo condenó a quince meses de prisión. M.D. impugnó la decisión ante la Corte de Apelaciones; ésta, a consecuencia de un pedido de que sean oídos los testimonios anónimos, envió el asunto al juez de instrucción. El abogado del acusado fue autorizado a formular preguntas a los dos testigos que comparecieron pero M.D. no pudo ser careado con éstos. A la luz de anteriores experiencias, los testigos, por miedo a represalias, desearon guardar el anonimato. La Corte, advirtiendo que el anonimato de los testigos debía ser preservado, rechazó un pedido del abogado de M.D. tendiente a que los seis testigos anónimos fuesen citados a comparecer a una audiencia. En cuanto a los dos testigos identificados, el primero se retractó de su declaración inicial y el segundo se abstuvo nuevamente de comparecer. En diciembre de 1990, la Corte de Apelación tuvo por culpable a M.D. y lo condenó a quince meses de prisión. El Tribunal admitió que se había basado en las declaraciones de los dos testigos identificados y de los testigos anónimos. En cuanto a la consideración por una jurisdicción de sentencia de testimonios anónimos para sustentar una condena, la Corte Europea considera que los Estados deben organizar su procedimiento penal de manera que los intereses de los testigos en general y de las víctimas llamadas a declarar no sean puestos indebidamente en peligro. Los principios de un proceso justo exigen igualmente que en los casos apropiados, los intereses de la defensa sean puestos en balance con los de los testigos o de las mencionadas víctimas. Si bien fue claramente preferible que el requirente asistiera al interrogatorio de los testigos, la Corte Europea entiende que la Corte de Apelaciones pudo estimar que los intereses del requirente eran menos importantes que garantizar la seguridad de los testigos. La exigencia de un proceso justo fue satisfecha en este aspecto y, en consecuencia, no ha habido violación del artículo 6.1 combinado con el artículo 6.3.d de la CEDH. En cuanto al testigo que se retractó, la Corte declara no poder estimar desde un punto de vista abstracto que las declaraciones hechas por un testigo en audiencia pública y bajo juramento deban siempre prevalecer sobre otras realizadas en el curso del procedimiento, incluso cuando hay contradicción entre unas y otras. En cuanto al testigo que no se presentó a la audiencia, la Corte estima que le era permitido a la Corte de Apelaciones tomar en cuenta la declaración obtenida por la policía que, por lo demás, está corroborada por otras pruebas recogidas por aquélla. Luego no ha habido violación del artículo 6.1 combinado con el artículo 6.3 de la CEDH) (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 26-3-96, 1/1996, p. 140).

D. No es obligatorio suprimir una pieza obtenida en violación de la ley contra las requisas y secuestros abusivos cuando la violación es debida a informaciones erróneas

provenientes de errores materiales producidos por los funcionarios de justicia (el procesado fue arrestado por la policía en el curso de una operación ordinaria de control en las rutas. La computadora del vehículo de la policía indicaba, en el momento de los hechos, que una orden de arresto por delito grave había sido pronunciada contra el procesado; la requisita del vehículo de este último permitió el hallazgo de una bolsa de marihuana. El procesado, que fue acusado de tenencia de estupefacientes, pidió la supresión de este cargo con base en que la marihuana fue hallada durante un arresto ilegal. En efecto, la orden de arresto había sido anulada antes de su arresto. Las reglas de exclusión son un medio creado en el plano judicial a fin de proteger, por su efecto disuasivo, los derechos de la Enmienda 4 contra sus violaciones. Sin embargo, la cuestión de la exclusión es distinta de la de una eventual violación de la Enmienda. Esta última no proscribiera expresamente el uso de piezas obtenidas en violación de sus disposiciones, y la exclusión sólo es apropiada cuando se estima que los objetivos correctivos de esta regla son servidos de la mejor manera. Cabe aplicar al presente caso, el marco jurídico al que se atuvo la Corte en el caso *United States vs. Leon*, para concluir que no había razón válida de emplear la regla de exclusión para disuadir de la comisión de faltas a los oficiales ministeriales encargados de librar los mandatos de búsqueda. Desde un punto de vista histórico, la regla de exclusión había sido concebida a fin de prevenir las faltas de la policía y no la de los funcionarios de justicia. Por lo demás, el defensor no ha producido ninguna prueba de que los funcionarios de justicia tienen tendencia a ignorar o a violar la Enmienda 4a., o que una falta de respeto hacia la ley entre aquéllos hace necesaria la aplicación de la sanción extrema de la exclusión. Por el contrario, el *Greffier* ha declarado que este tipo de error no se produce más que una vez cada tres o cuatro años. En suma, nada autoriza a creer que la aplicación de la regla de exclusión tendrá un efecto marcado sobre los funcionarios de justicia encargados de informar a la policía sobre la anulación de un mandato de arresto) (**Suprema Corte de los Estados Unidos**, 1-3-95, 1/1995, p. 47).

E. Como la Corte ya lo ha afirmado (sentencia n° 34/73 y siguientes), el artículo 15 de la Constitución garantiza dos intereses distintos: el interés relativo a la libertad y al secreto de las comunicaciones relacionado a los derechos inviolables del hombre (art. 2 de la Constitución) y el interés relativo a la necesidad de prevenir y reprimir las infracciones; los principios instrumentados por vía legislativa mediante disposiciones del Código Procesal Penal establecen una disciplina exhaustiva de las interceptaciones telefónicas en relación con los poderes de investigación y su utilización como medios de prueba de un proceso.

Dicha disciplina, prevista por los arts. 266 a 271 del citado Código en tanto que tutela de la libertad y el secreto de las comunicaciones telefónicas, se refiere exclusivamente a la interceptación de su contenido y no a las formas de intervención tendientes a adquirir datos diferentes del contenido mismo, tales como la identidad de los sujetos, el tiempo y el lugar de las mencionadas comunicaciones. Sin embargo, la tutela prevista por el art. 15 de la Constitución respecto de las comunicaciones que se desarrollan entre sujetos predeterminados comprende, además del secreto del contenido, el secreto relativo a la identidad de los sujetos y a las referencias de tiempo y lugar.

La Corte ha afirmado constantemente que "la libertad y el secreto de la correspondencia y de todo otro medio de comunicación constituyen un derecho del individuo que forma parte de los valores supremos constitucionales, por lo que está expresamente calificado, por el art. 15 cit., como un derecho inviolable (sentencia 366/91).

El citado art. 15, por un lado, excluye, en ausencia de las garantías previstas a su propósito, la divulgación y el conocimiento (posibilidad de ser conocido) de parte de terceros de informaciones y de noticias aptas para individualizar los datos exteriores de las comunicaciones telefónicas y, por el otro, impone el deber a aquellos que por razones profesionales

toman conocimiento del contenido, y (o simplemente) de los datos exteriores de las comunicaciones, de guardar la reserva más rigurosa sobre dichos elementos.

A los efectos del art. 15 cit., las informaciones o los datos que entrañen injerencias en el dominio de la privacidad que pertenece al derecho inviolable a la libertad y al secreto de las comunicaciones, no pueden ser consentidos sino por un acto de la autoridad judicial motivado de manera adecuada (**Corte Constitucional de Italia**, 26-2 al 11-3-1993, 1/1993, p. 23).

F. El interlocutor de una persona legalmente vigilada está beneficiado de una protección constitucional propia: puede, como principio, exigir que la conversación telefónica no sea divulgada ni utilizada en su contra.

La utilización de dichas conversaciones telefónicas en contra del interlocutor, como medios de prueba recogidos por azar, supone que las condiciones de una vigilancia telefónica están dadas a su respecto -cuestión examinada posteriormente en el marco del procedimiento penal dirigido contra éste-.

En el caso, la utilización de un medio de prueba recogido por azar no viola material ni formalmente la Constitución (**Tribunal Federal de Suiza**, 27-12-1994, 1/1995, p. 106).

G. El interlocutor de un sospechoso puesto bajo escucha, lo mismo que los otros participantes de la comunicación vigilada, están beneficiados de una protección constitucional propia: ellos pueden exigir que la legalidad de la escucha sea controlada a posteriori y que las conversaciones telefónicas no sean divulgadas ni usadas en su contra.

La admisibilidad de la escucha de otros usuarios de una comunicación vigilada y la utilización como medio de prueba de las conversaciones telefónicas así obtenidas debe ser examinada por el juez, a pedido, en el estadio de instrucción.

La escucha telefónica de otro usuario de la comunicación vigilada y la utilización de las conversaciones telefónicas como medios de prueba recogidos por azar son, en el caso, conformes con la Constitución y la CEDH; la existencia de una sospecha previa no es exigida en esos casos.

La persona legalmente vigilada no puede fundarse en el derecho a rehusarse a declarar en razón de parentesco ni en el derecho de callarse en su calidad de acusado (**Tribunal Federal de Suiza**, 2-5-96, 2/1996, p. 295).

H. Toda decisión judicial que, sin indicar los motivos, autoriza la interceptación de una comunicación telefónica, constituye una violación al derecho al secreto de las comunicaciones. Toda injerencia en las comunicaciones debe respetar el principio de legalidad y el de proporcionalidad. Este último concierne no sólo a la gravedad de la infracción que justificaría una medida de dicha naturaleza, sino también a las garantías de una autorización judicial específica y motivada.

Cuando se establece que una interceptación telefónica ha sido realizada en virtud de una decisión judicial desprovista de motivación y, por ende, en violación del derecho del apelante al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la Constitución), todo elemento de prueba originado en las conversaciones telefónicas puestas bajo escucha debe ser descartado del expediente. Durante un proceso no puede admitirse una prueba obtenida en violación de un derecho fundamental (**Tribunal Constitucional de España**, 13-3-94, 1/1994, p. 67).

I. Ninguna grabación amparada por el principio de la confidencialidad garantizado por la Constitución y consagrado en el art. 3 de la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales,

puede ser conservada en un proceso verbal o expediente (art. 88.4 del Código Procesal Penal). Agregar a un expediente penal grabaciones en banda magnética o mensajes escritos transcribiendo este tipo de comunicaciones, cualquiera fuese la forma o el tenor, no sólo es ilícito, sino también totalmente incompatible con la Constitución (la Corte Constitucional intervino en el recurso relativo a un procedimiento seguido por una jurisdicción penal que no había adoptado las medidas necesarias para excluir del debate las interceptaciones telefónicas y las grabaciones de las comunicaciones entre la requirente y su abogado, de lo que se seguía una violación al derecho a la confidencialidad de los mensajes intercambiados por teléfono (art. 13 cit.). La requirente solicitó a la Corte Constitucional que declarara el procedimiento contrario a la Constitución y prohibiera la utilización de dichas grabaciones. La Corte Constitucional comprobó que las escuchas telefónicas se habían producido y que las grabaciones, entre otras, de comunicaciones de la requirente con su abogado figuraban en el expediente penal. Las medidas tomadas por el juez ordenando las escuchas eran lícitas cuando fueron aplicadas pero, en el curso del procedimiento penal, se adoptó una ley modificatoria del mencionado Código. Esta ley obliga a los órganos policiales a interrumpir inmediatamente toda escucha, a destruir las grabaciones y a abstenerse de utilizar las ya obtenidas, ni bien se advierta en el curso de la interceptación telefónica, que el acusado está en comunicación con su abogado. Ni la Constitución ni el citado Código autorizan la derogación de la confidencialidad de los mensajes entre una persona y su o sus abogados. Según la Corte Constitucional, si bien las escuchas telefónicas ordenadas habían sido anuladas por el tribunal penal incluso antes de la entrada en vigor de la ley modificatoria, sus consecuencias no podían ser toleradas. Por ello, admitió el recurso y ordenó al presidente de la jurisdicción penal a retirar del expediente toda información concerniente a las comunicaciones de la requirente y su abogado, y a destruir todas las grabaciones correspondientes) (**Corte Constitucional de la República Checa**, 30-11-95, 3/1995, p. 372).

J. Toda limitación al libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución es un acto tan grave que obliga necesaria y específicamente a determinar las causas para poder aplicar dicha medida. Por lo demás, el hecho o el conjunto de hechos justificativos de una limitación como la indicada deben ser explicados a los destinatarios a fin de que éstos conozcan las razones y los intereses por los cuales su derecho ha sido sacrificado. En caso contrario, habría violación al derecho a la protección judicial efectiva por los jueces y los tribunales, de la que goza toda persona en el ejercicio de sus derechos (art. 24.1 de la Constitución) [la presente demanda de protección constitucional fue interpuesta contra diversas decisiones judiciales que condenaban al apelante, y a otras personas, por un delito contra la salud pública. El apelante invocó la violación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución), pues las escuchas telefónicas ilegales practicadas contra uno de los acusados habían permitido obtener la prueba de cargo que constituyó el fundamento de la condena pronunciada contra el peticionario. Este consideró que dicha prueba no podía ser tomada en cuenta en la medida que se había obtenido violando el derecho fundamental de la comunicación telefónica entre parientes (art. 18.3 de la Constitución). El Tribunal Constitucional hizo, en principio, referencia a la forma en la cual fueron realizadas las escuchas telefónicas, subrayando que habían sido bien dispuestas por el órgano judicial competente después del examen de los motivos invocados por los agentes de policía y de haber tenido en cuenta el hecho de que las intervenciones solicitadas podían permitir la obtención de elementos probatorios difíciles o imposibles de obtener por otros medios. Esto dicho, el Tribunal remarcó que, con motivo de una nueva petición de los agentes de policía, el tribunal prorrogó la aplicación de la medida sin la menor motivación, y que fue precisamente en ese momento en el que fueron interceptadas las conversaciones que permitieron al órgano judicial deducir la participación del peticionario de protección constitucional en una operación de

tráfico de drogas. En este sentido, el Tribunal recordó que la observación de las telecomunicaciones constituye una grave injerencia en el terreno de la intimidad personal constitucionalmente reconocida, y que, en tanto que tal, debe estar sometida al principio de legalidad y, principalmente, al de proporcionalidad, que exige no sólo la gravedad de la infracción punible para justificar la medida, sino también el respeto de las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada. La motivación es, entonces, necesaria, pues constituye el único medio de preservar los derechos de defensa y de realizar el juicio de proporcionalidad necesario entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que éste obedece, siendo el órgano judicial, en este caso, el único competente en la materia para proceder a la ponderación preventiva de los intereses en juego y determinar, según las circunstancias, si debe prevalecer el derecho constitucional protegido. En la presente causa, el Tribunal Constitucional consideró que la decisión judicial sobre la prórroga de las escuchas telefónicas no respetaba las exigencias constitucionales antes mencionadas pues no contenía la menor motivación, por lo que las escuchas telefónicas practicadas a partir de esa decisión constituían una injerencia ilegítima en el derecho al secreto de las comunicaciones. Por lo demás, también subrayó que en manera alguna puede considerarse que las exigencias requeridas para poder proceder a la limitación de un derecho fundamental son respetadas por la existencia de la motivación expuesta en el momento inicial de la adopción de la medida. Dichas garantías deben, en efecto, ser cumplidas en todas las decisiones relativas al mantenimiento o a la modificación de la limitación del ejercicio del derecho, y expresar en todo momento las razones que llevan al órgano judicial a tomar la decisión. En definitiva, dado que las escuchas en juego fueron realizadas sin las garantías exigibles de una autorización judicial específica, la intervención realizada a partir de la prórroga antes señalada no puede en ningún caso ser considerada como válida y carece de toda eficacia probatoria] (**Tribunal Constitucional de España**, 11-12-95, 3/1995, p. 327).

K. Permitir a la víctima escuchar la voz de un sospechoso no constituye un interrogatorio. La escucha de una conversación no contraviene al art. 8 de la CEDH (la víctima de una infracción fue autorizada a escuchar una voz que reconoció como la del autor del delito. La persona así identificada se opuso a este procedimiento. La Corte Suprema consideró que nada había en la ley que permitiera sostener que si una víctima es autorizada a escuchar la voz de un sospechoso este último debe ser informado que no está obligado a cooperar, que su abogado debe ser informado con anterioridad del procedimiento y que este procedimiento debe ser considerado como equivalente a un interrogatorio, de suerte que el sospechoso debe ser informado, de conformidad a un procedimiento correcto, que no está obligado a contestar las preguntas. En el caso del interrogatorio, lo importante es el contenido. Como el único objetivo de la medida en juego era, evidentemente, permitir la audición de la voz del sospechoso, la Corte de Apelación no estaba compelida a interpretar esta entrevista como un interrogatorio. La escucha de dicha conversación no contraviene el artículo 8 cit. desde el momento que ni los documentos en juego, ni la Corte de Apelación, establecieron que la entrevista tenía un carácter privado y que ningún argumento en ese sentido ha sido avanzado por la defensa) (**Corte Suprema de Holanda**, 18-10-94, 3/1994, p. 269).

L. La Corte en lo Criminal del Cantón de Neuchatel condenó a **L**, por violación grave de la ley federal de estupefacientes, a una pena de once años de reclusión. El recurso interpuesto por el condenado fue rechazado por la Corte de Casación de dicho Cantón. **L** interpuso un recurso de derecho público ante el Tribunal Federal por menoscabo de los arts. 6.1 y 6.3 de la CEDH y 4 de la Constitución.

El requirente invocó una lesión del derecho a interrogar a los testigos de cargo y de

descargo por el hecho de no haber podido interrogar a **P**; este último, que trabajaba para la policía, lo habría incitado a actuar y lo habría puesto en contacto con el agente infiltrado **B**. El art. 6.3.c no impide rechazar el interrogatorio de un testigo cuando la declaración solicitada no es decisiva o los hechos han sido ya establecidos en el curso de una apreciación anticipada de las pruebas. En el presente caso era pertinente saber cuál había sido el rol exacto de **P**; su declaración habría sido apta a tal fin. Luego, el recurso está fundado en este punto.

Por otra lado, **L** invoca un agravio del derecho a la publicidad de los debates, garantizado por el art. 6.1 cit. No impugna las medidas que han sido tomadas para que el agente infiltrado **B** sea interrogado de manera de no ser visto ni reconocido por su voz. La salvaguarda del anonimato del agente infiltrado responde a un interés digno de protección y puede justificar medidas restrictivas. En el presente caso, sin embargo, la motivación del pronunciamiento atacado no es suficiente para que se pueda admitir la necesidad de "puertas cerradas" durante el interrogatorio. Por esta razón, el derecho a la publicidad de los debates ha sido violado (**Tribunal Federal de Suiza**, 17-11-95, 1/1996, p. 118).

M. El reconocimiento fotográfico puede ser un medio válido de investigación al alcance de la policía. También puede admitirse la posibilidad de que el resultado del reconocimiento fotográfico sea utilizado en el curso de un proceso entre otros medios de prueba sometidos a los principios de inmediación y oralidad. Cuando la prueba producida en una audiencia es de carácter incriminatorio y deriva de un reconocimiento fotográfico, es indispensable que éste haya sido realizado en condiciones que permitan descartar toda eventual influencia de la policía sobre la persona que realizó la identificación (en el caso, el Tribunal Constitucional consideró que se había producido una violación del derecho a la presunción de inocencia -art. 24.2 de la Constitución-, en la medida en que la declaración de la víctima durante el proceso no había tenido el carácter de prueba incriminatoria en sí, pues remitía al resultado del reconocimiento fotográfico, y este último no había sido realizado con todas las garantías necesarias pues, antes de practicárselo, la víctima tuvo ocasión de ver al acusado y fue informada por los funcionarios policiales de que éste había sido arrestado por la perpetración de actos muy similares a los denunciados por aquélla) (**Tribunal Constitucional de España**, 6-2-95, 1/1995, p. 36).

N. Es contrario al art. 8 de la CEDH la utilización sin autorización de un informe psiquiátrico a fines diferentes de los que motivaron su producción y, por ende, de hacer ampliamente público su contenido (en un caso penal, el prevenido había solicitado que los informes psiquiátricos concernientes a dos testigos, producidos en ocasión de un caso penal atinente a estos últimos, fuesen agregados al expediente de la causa en curso. La Corte de Apelaciones rechazó la solicitud, lo que dio lugar a un recurso de casación en el que el prevenido sostuvo que se le había negado el derecho a un proceso justo. La Corte Suprema estimó que un informe psicológico o psiquiátrico producido respecto de una persona con su propia colaboración en el curso de un procedimiento penal que la involucraba y que contenía datos altamente personales y confidenciales, no debería ser agregado por un tribunal o por la fiscalía a las piezas de otro proceso sin la autorización de dicha persona) (**Corte Suprema de Holanda**, 9-1-96, 1/1996, p. 85).

Ñ. La ley de 1982 sobre la protección de los secretos de Estado establece que constituyen un secreto de Estado los datos susceptibles de permitir la identificación de los agentes de policía y otras personas que colaborasen con éstos, cuando unos u otros están relacionados con actividades de "espionaje o contraespionaje".

El Tribunal precisó el contenido y el campo de aplicación de dicha norma, rechazando una interpretación amplia. En particular, los datos relativos a los ex agentes policiales no deben ser considerados como secreto de Estado salvo que su divulgación pueda amenazar la seguridad interior o exterior del Estado u otros intereses mayores de éste. Asimismo, la ley no ha logrado establecer un justo equilibrio entre la necesidad de proteger los secretos de Estado y los principios de la administración de justicia; es así, por ejemplo, que mantiene silencio sobre el procedimiento según el cual las personas que testimonian ante un tribunal podrían ser relevadas de la obligación de proteger un secreto de Estado.

El Código Procesal Penal polonés considera la divulgación de un secreto de Estado como un delito penal. Una de las disposiciones de la ley sobre la protección de dichos secretos establece que las informaciones relativas a la seguridad interior o exterior del Estado y a las fuerzas armadas, cuando son consideradas como un secreto de Estado, no pueden ser hechas públicas. Por ende, una persona que divulga esa información puede ser tenida como responsable penalmente incluso si no estaba en condiciones de reconocer las consecuencias de su acto. Según el Tribunal, esta disposición desconoce el principio según el cual no puede haber delito sin texto (*nullum crimen sine lege*) y, en consecuencia, viola el principio constitucional del Estado de derecho (**Tribunal Constitucional de Polonia**, 13-6-94, 2/1994, p. 156).

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

Ahora bien, en el presente caso, la autoridad judicial ha admitido la negativa del demandado a someterse al mencionado examen, aun cuando los otros elementos de prueba, si bien eran suficientes para demostrar que la demanda de paternidad no era abusiva, igualmente eran suficientes para probar por sí solos la paternidad. La decisión judicial impugnada constituye, entonces, un menoscabo a los derechos procesales de la demandante (art. 24.1 de la Constitución), dado que sobre ésta recae toda la carga de la prueba [**Tribunal Constitucional de España**, 17-1-1994, 1/1994, p. 63; v. el resumen del caso en **investigaciones 1** (1997), p. 18]

2.1.13. Publicidad de los procesos.

La regla del *Common Law* que, tradicionalmente, regía las decisiones de no publicación en los procedimientos penales, es incompatible con los principios de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades y debe ser reformulada de manera de hacerla compatible con esos principios y, en particular, con la igualdad de rango que la Carta acuerda a la libertad de expresión y al derecho a un proceso justo (cuatro miembros o ex miembros de una orden religiosa fueron acusados de haber abusado psíquica y sexualmente de jóvenes confiados a sus cuidados en centros de educación vigilada de Ontario. Dichos miembros solicitaron un mandamiento a fin de prohibir a un canal de televisión la difusión de un relato ficticio sobre abusos que se producían en una situación parecida a la antedicha. Un juez de una Corte Superior concedió el mandamiento, prohibiendo la difusión de la emisión en todo Canadá hasta la finalización de los cuatro procesos, y dictó una resolución prohibiendo la publicación de la existencia de la demanda y de todo documento concerniente a ésta. La Corte de

Apelación confirmó el fallo sobre el mandamiento, pero limitó su alcance a Ontario, y revocó la resolución que prohibía toda publicidad sobre la difusión prevista y sobre la existencia misma del procedimiento que condujo a la prohibición de publicación. En una decisión por mayoría, la Corte Suprema anuló la prohibición de publicaciones. La regla del *Common Law* que, tradicionalmente, regía las resoluciones de no publicación -existencia de un riesgo real e importante que dificultara el derecho a un proceso justo- acordaba una mayor importancia al derecho a un proceso justo que a la libertad de expresión de aquellos sobre los que recaía la prohibición y, en el marco de la sociedad canadiense dotada ahora de una Carta, no ofrece más una protección suficiente a la libertad de expresión. Cuando dos derechos están en conflicto, los principios de la Carta imponen un equilibrio que respete la importancia de ambos. Es necesario evitar la adopción de una concepción jerárquica de los derechos, tanto en la interpretación de la Carta como en la elaboración del *Common Law*. Dado que, por su propia definición, las resoluciones de no publicación restringen la libertad de expresión de terceros, la regla del *Common Law* debe ser adaptada de manera que exija el examen, por un lado, de los objetivos de la resolución y, por el otro, de la proporcionalidad de ésta en cuanto a sus efectos sobre los derechos garantizados por la Carta. La regla modificada podría ser la siguiente: una resolución de no publicación no puede ser dictada salvo que: a) sea necesaria para evitar el riesgo real e importante de que el proceso sea injusto, vista la ausencia de otras medidas razonables en igual sentido, y b) que sus efectos benéficos sean más importantes que los perjudiciales sobre la libre expresión de las personas alcanzadas por la resolución. El juez de la Corte Superior ha cometido un error de derecho al ordenar la prohibición. Incluso si ésta tendía a evitar el mencionado riesgo, la resolución inicial era demasiado general. Prohibía la difusión en todo Canadá y prohibía, además, todo comentario sobre la propia resolución. Asimismo, existían otros medios razonables de alcanzar el objetivo sin restringir los derechos de expresión de los terceros. En consecuencia la prohibición de publicación no puede ser mantenida) (**Corte Suprema de Canadá**, 8-12-94, 1/1995, p. 24).

2.1.14. Autoincriminación.

A. El empleo por la acusación, en el proceso del requirente, de declaraciones hechas por éste obligatorias por la ley en el curso de una investigación llevada, conforme con la ley, por inspectores independientes, representa un menoscabo al derecho a no autoincriminarse y, por ende, al derecho a un proceso justo.

El derecho a no contribuir a la propia incriminación y a guardar silencio, son normas internacionales generalmente reconocidas que se encuentran en el corazón de la noción de proceso justo consagrado por el art. 6 de la CEDH. Estrechamente ligado al principio de presunción de inocencia garantizado por el art. 6.2 de la CEDH, el derecho a no autoincriminarse tiende, primeramente, al respeto de la determinación del acusado a guardar silencio. No prohíbe el uso, en un proceso penal, de datos que se puedan obtener del acusado por medio de poderes coercitivos pero que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, como las extracciones o tomas de aliento, sangre y orina.

La cuestión de saber si, a la luz de las circunstancias de la causa, el requirente ha sido víctima de una violación injustificable a su derecho a no contribuir a su propia incriminación depende del uso hecho por la acusación, en el proceso, de las declaraciones obtenidas por los inspectores administrativos bajo amenaza de sanciones. Poco importa que dichas declaraciones hayan revestido o no carácter incriminatorio. El derecho a no autoincriminarse no puede razonablemente limitarse a las confesiones de faltas o a los comentarios u observaciones que directamente involucren al acusado, ya que incluso un testimonio neutro puede ser utilizado en apoyo de la tesis de la acusación. En el caso, las declaraciones del peticionario fueron

empleadas en el juicio de manera incriminatoria. Ha habido, entonces, violación del art. 6 cit. El interés público en combatir el fraude no puede ser invocado a fin de justificar el empleo de respuestas obtenidas por la fuerza en una investigación no judicial, para incriminar al requirente en el curso del proceso (la empresa en la que trabajaba el requirente fue investigada por el Ministerio de Comercio e Industria por presuntas maniobras bursátiles. Los inspectores actuantes mantuvieron nueve entrevistas con el requirente -siempre asistido por sus asesores legales- que estaba obligado por ley a responder al interrogatorio, bajo sanciones que podían llegar a la de cárcel por dos años. Dichas actuaciones fueron, posteriormente, enviadas al Ministerio Público. El requirente, en consecuencia, fue acusado y, luego, condenado. La acusación hizo valer como prueba las mencionadas declaraciones) (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 17-12-96, 1/1997, p. 131).

B. Una persona, acusada separadamente de una infracción, es un testigo que puede ser obligado por el derecho a declarar en el proceso criminal de otra persona acusada de la misma infracción, y tiene derecho a la inmunidad contra la utilización de la prueba y de la prueba derivada. Sin embargo, los tribunales conservan el poder discrecional de eximir a dicha persona de la obligación de testimoniar, en las circunstancias apropiadas (dos jóvenes contraventores, M y S, fueron acusados separadamente de la misma infracción de conformidad a un procedimiento administrativo aplicable ante el tribunal de adolescentes. El Ministerio Público citó a M como principal testigo de cargo en el proceso de S, pero, a petición del abogado de M, el juez anuló la citación con base en que obligar a M a declarar sería contrario a los principios de justicia garantizados por el artículo 7 de la Carta canadiense de los derechos y libertades. El juez concluyó en que, en el caso, M tenía un derecho absoluto de guardar silencio y que no podía ser obligado a testimoniar. En el proceso, las acusaciones contra S fueron rechazadas y, por consiguiente, las dirigidas contra M fueron suspendidas. El Ministerio Público apeló la absolución de S basado en que el juez había cometido un error al anular la citación de M. La Corte de Apelación acogió el recurso y ordenó un nuevo proceso. La Corte Suprema de Canadá, por unanimidad, juzgó que M podía ser obligado a declarar en el proceso de S de conformidad a la norma aplicable a todos los testigos. M no tenía un derecho absoluto a guardar silencio. La Corte, asimismo, precisó los alcances de la protección contra la autoincriminación de la que puede prevalerse un testigo en virtud del art. 7 cit., aspecto este que fue desarrollado en diversos votos) (**Corte Suprema de Canadá**, 2-2-95, 1/1995, p. 25).

C. La disposición legal que hace obligatoria una declaración testimonial durante una investigación sobre la liquidación de una sociedad y autoriza el empleo de dicho testimonio contra su autor en el curso de un procedimiento penal ulterior, es contraria a la Constitución en la medida en que el empleo de ese testimonio esté autorizado para un proceso penal ulterior (**Corte Constitucional de Sudáfrica**, 6-12-95, 3/1995, p. 282).

D. No es contrario a la justicia fundamental declarar a una persona culpable de una infracción con fundamento en un expediente o en una declaración que aquélla ha debido formular por su participación en el ámbito de una actividad reglamentada. Es un principio de justicia fundamental que el derecho de no incriminarse no impide al Ministerio Público la utilización como prueba de documentos requeridos por la ley en todos los contextos (un pescador -capitán de un buque utilizado para la pesca comercial de pescado de fondo, actividad reglamentada y sujeta a la obtención de un permiso- fue acusado en virtud de la ley de pesca, por haber capturado y guardado pescado en una cantidad superior a la autorizada. En el proceso, el Ministerio Público intentó emplear como pruebas los diarios de abordaje y el

informe radial del pescador, que indicaban el peso estimativo de las capturas de cada especie de pescado, así como la fecha, hora y lugar de las capturas durante cada viaje. Todos los pescadores están obligados por la ley de pesca a llevar estos documentos y la omisión de hacerlo constituye una infracción a la ley. El juez de primera instancia excluyó el informe radial y los diarios de abordaje con motivo de que eran autoincriminantes y su utilización violaría los derechos del pescador previstos en el art. 7 de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades. El Ministerio Público no produjo ningún otro elemento de prueba, por lo que se dictó la absolución del procesado. La Corte de Apelaciones acogió el recurso del Ministerio Público y ordenó un nuevo proceso. La Corte Suprema confirmó por unanimidad la decisión de la Corte de Apelaciones. La protección contra la autoincriminación acordada por el art. 7 cit. no es absoluta. Para determinar su alcance es necesario tomar en consideración el contexto particular en el cual es invocada. En el contexto de la reglamentación en juego en el caso, el principio que prohíbe la autoincriminación no impide al Ministerio Público la utilización del informe radial y de los diarios de abordaje en el proceso por exceso de pesca, simplemente porque esos documentos son requeridos por la ley. No es contrario a la justicia fundamental declarar a una persona culpable de una infracción a la reglamentación con fundamento en un expediente o en una declaración que aquélla ha debido suministrar en los términos de la modalidad en que participa en el ámbito de la actividad reglamentada. Nadie está obligado a practicar la pesca del pescado de fondo. Al aceptar el permiso, se supone que el pescador conoce y ha aceptado las modalidades respectivas, lo que incluye la preparación de los informes radiales y del diario de abordaje, y el compromiso del procesamiento contra los que pescan en exceso. El simple hecho de que la información obrante en los documentos pueda, en consecuencia, ser utilizada en los procedimientos contradictorios en los que el Estado busca hacer respetar las restricciones necesarias para la realización de los objetivos de la reglamentación, no significa que el Estado sea culpable de obligar a dicha persona a incriminarse. Los informes radiales y los diarios de abordaje están impuestos a fin de proveer a los funcionarios de pesca los datos al día necesarios para la reglamentación eficaz de la pesca, y deberían ser considerados como los expedientes "ordinarios" de las personas autorizadas a pescar el pescado de fondo. La circunstancia de que estos expedientes sean exigidos por la ley, y que no existirían sino por ésta, no los transforma en una declaración forzada del género de las que tienen lugar en una investigación sobre actos furtivos. La protección contra la autoincriminación (art. 7 cit.) no debería ser interpretada en el sentido que confiere a todos los expedientes que deben ser llevados por una obligación legal, el estatuto de declaraciones forzadas en oportunidad de una audiencia celebrada en materia criminal o a los fines de una investigación) (**Corte Constitucional de Sudáfrica**, 16-11-95, 3/1995, p. 311).

E. Es constitucional la ley que prevé la citación y el interrogatorio de personas con motivo de los asuntos de una sociedad en curso de liquidación, a condición de que no menoscabe el derecho a no declarar contra sí mismo en un proceso penal (**Corte Constitucional de Sudáfrica**, 27-3-96, 1/1996, p. 6).

F. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no reconocerse culpable (art. 24.2 de la Constitución) son derechos de los que gozan, en un proceso penal, el inculcado o toda persona susceptible de serlo, y que consiste en no hacer ninguna declaración contra sí mismo y a no reconocer su propia culpabilidad. Estos son, entonces, garantías o derechos instrumentales relativos a los derechos de defensa que obran en su manifestación pasiva, es decir, que son ejercidos por la inactividad del sujeto que es o puede ser inculcado, el cual tiene la facultad de elegir la defensa mejor adaptada a sus intereses en el curso del proceso, sin que en ningún caso

pueda ser forzado por presión o coacción alguna, a declarar contra sí mismo o a reconocerse culpable.

Los principios que inspiran al proceso penal son aplicables en determinados grados cercanos, al derecho administrativo disciplinario, en la medida en que se trata de dos manifestaciones del sistema punitivo del Estado. No hay ninguna duda que el derecho a no declarar contra sí mismo está plenamente en vigor y debe ser respetado, como principio, en el curso de la aplicación de toda medida disciplinaria o sanción administrativa, sin perjuicio de las modulaciones que pueda sufrir en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el derecho administrativo disciplinario (los órganos judiciales promotores del proceso constitucional consideraron que el art. 72.1 de la Ley de Tránsito, la circulación de vehículos de motor, y la seguridad en las rutas, que impone al titular de un vehículo que es demandado, el deber de identificar a todo conductor que hubiese cometido una infracción en la circulación a bordo de dicho vehículo, podría contradecir el derecho a no declarar contra sí mismo en la hipótesis en que una misma persona poseyera, a la vez, la condición de propietario del vehículo y de conductor que hubiese cometido la infracción, en la medida en que esta disposición, en tal caso, obliga al titular del vehículo a declararse culpable de la infracción, bajo pena de sanción pecuniaria a título de infracción grave o de infracción "autónoma", tal como es definida en esta norma, a causa de la no identificación del conductor que cometió la infracción. El Tribunal Constitucional afirmó que la disposición en juego crea un deber de colaboración del titular del vehículo hacia la administración, inherente al hecho de ser propietario, lo que comporta por la consecuencia lógica de su disponibilidad permanente, determinadas obligaciones, como la de conocer, en la medida de lo razonablemente posible, a la persona que conduce, en determinado momento, el vehículo que le pertenece, habida cuenta, esencialmente, del riesgo potencial que su utilización entraña para la vida, la salud y la integridad de las personas. El deber del titular de un vehículo de revelar a la Administración la identidad de la persona que conducía el vehículo al momento de la infracción presumida, o cuando la identificación de este último no ha sido posible al momento de la prevención, no es para nada excesiva o desproporcionada. Sin embargo, el Tribunal estimó que este deber de colaboración no debe ser confundido con la obligación de confesar comportamientos que puedan ser objeto de sanciones, en la medida en que no coacciona al titular del vehículo a firmar una declaración reconociendo su culpabilidad o presumiendo la responsabilidad de otro, sino que exige una colaboración a la tarea inicial de identificación del conductor en el momento de la instrucción. Por consiguiente, en la medida en que el deber de colaboración impuesto por la decisión cuestionada no supone la realización de una manifestación de voluntad ni la firma de una declaración que exteriorice un contenido que pueda dar lugar a una inculpación, no se puede de ninguna manera considerar que este deber, ni tampoco la sanción impuesta en caso de incumplirlo sin causa justificada -calificada de infracción "autónoma"- vayan en contra del derecho a no declarar contra sí mismo (**Tribunal Constitucional de España** -2 jueces en disidencia-, 23-12-95, 3/1995, p. 330).

2.1.15. Presunción de inocencia.

A. Para hacer caer la presunción de inocencia, es necesario haber producido una prueba de cargo suficiente que establezca la perpetración del delito así como la participación del acusado en ese mismo delito. Sólo pueden ser consideradas como verdaderas pruebas de cargo las que son producidas en el curso de una audiencia o aquellas que hayan sido constituidas previamente en el curso de una eventual reconstitución. La declaración testimonial realizada durante la instrucción por las personas que intervinieron en la identificación de los sospechosos, debe ser ratificada en la audiencia. Aun cuando es cierto que no pertenece a este

tribunal evaluar la prueba producida, es de su resorte, en tanto que garante último de los derechos fundamentales, verificar si en el proceso a quo se produjo una prueba de cargo suficiente para hacer caer la presunción de inocencia (el asunto concernía a la condena del apelante como autor del delito de robo con intimidación en una institución bancaria, con base en la identificación del condenado por un testigo que no compareció a la audiencia. El tribunal estimó que, dado que la declaración testimonial no había sido ratificada en la audiencia, debía considerarse que la condena violaba el derecho a la mencionada presunción) (**Tribunal Constitucional de España**, 24-10-94, 3/1994, p. 239).

B. Es inconstitucional la norma por la cual se presume que todo acusado autorizó la práctica de juegos por dinero en el lugar que dirige o del que es responsable, en los casos en que la policía se enfrenta a una acción deliberada tendiente a impedir, obstaculizar o retardar su ingreso a dichos lugares. También lo es la norma según la cual el hallazgo en un lugar o en una persona presente en éste, de objetos como cartas de juego o dados que sirven o pueden servir a juegos por dinero, constituye un principio de prueba de la infracción a la Ley de Juego.

Las disposiciones legales que hacen pesar sobre el acusado la carga de la prueba y que obligan a los inocentes contra los que no existe ningún indicio de comportamiento delictivo a defenderse, violan de manera abusiva el derecho de todo acusado a un proceso justo y son, por ende, inconstitucionales (**Corte Constitucional de Sudáfrica**, 12-9-96, 3/1996, p. 339).

C. La prueba por testigos indirectos -igualmente llamada testimonio de referencia- nunca puede desplazar o reemplazar totalmente la prueba por testigos directos, salvo cuando se trate de una prueba de instrucción anticipada o que exista imposibilidad material para la comparecencia a la audiencia del testigo presente en los hechos (**Tribunal Constitucional de España**, 6-2-95, 1/1995, p. 35).

D. 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 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 (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) [**Corte Europea de Derechos Humanos**, 8-2-1996, 1/1996, p. 136; v. el resumen del caso en **investigaciones 2** (1997), pp. 190/191].

2.1.16. Juicio por jurados.

A. La disposición legislativa por la que el veredicto de un jurado en una acción penal no debe ser necesariamente expresado por unanimidad, no está constitucionalmente viciado de nulidad (**Suprema Corte de Irlanda**, 25-2-93, 1/1993, p. 19).

B. La cláusula de igualdad prohíbe, en la selección de un jurado, la discriminación fundada sobre el sexo o sobre la hipótesis de que un individuo será parcial en un caso particular únicamente porque es un hombre o una mujer. El razonamiento del Estado demandado, según el cual los hombres podrían ser más sensibles y considerados respecto de los argumentos de un hombre demandado en una acción de paternidad, mientras que las mujeres lo serían a los argumentos de la madre del niño, carece de fundamento práctico e histórico y está basado en los mismos estereotipos que la ley condena. Esta conclusión no implica la eliminación de todas las recusaciones perentorias, pues los jurados indignos pueden siempre ser recusados, lo que comprende a aquellos que formen parte de un grupo o de una categoría que, normalmente, constituye el objeto de un examen "fundado racionalmente", y a aquellos que presentan aspectos que están ligados al sexo de una manera desproporcionada (en el caso, el Estado demandado había empleado nueve de sus diez recusaciones perentorias para descartar a los jurados masculinos en una acción de paternidad contra el recurrente. El jurado compuesto exclusivamente por mujeres dictó una decisión desfavorable al recurrente. Este, entonces, sostuvo que la lógica y el razonamiento del caso *Batson* se extendía a las recusaciones fundadas en el sexo -en dicho precedente, la Suprema Corte había resuelto que la cláusula de la igualdad de la Enmienda 14 prohibía las recusaciones perentorias fundadas únicamente en la raza, 476 *US* 79) (**Suprema Corte de los Estados Unidos**, 19-4-94, 1/1994, p. 77).

2.1.17. Tortura.

A. El tratamiento sufrido por el requirente en el sudeste de Turquía es de una naturaleza verdaderamente grave y cruel que cabe calificar de tortura. En una situación de "peligro público", una detención de 14 días sin intervención judicial no corresponde, sin embargo, a la "estricta medida que la situación exige" y viola el derecho de ser llevado ante un juez en el plazo más corto. Cuando un individuo formula una alegación justificada de tortura, la noción de "recurso efectivo" implica la realización de investigaciones profundas destinadas a la identificación y castigo de los responsables (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 18-12-96, 3/1996, p. 470).

B. La resolución de expulsión a la India de un separatista sikh por razones de seguridad nacional violaría, en caso de ejecutarse, la prohibición absoluta de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes (la Corte consideró, con base en la prueba producida, que las

seguridades alegadas por las autoridades indias sobre el trato que se le dispensaría al requirente, no constituían una garantía suficiente para la seguridad de éste) (**Corte Europea de Derechos Humanos**, 15-11-96, 3/1996, p. 467).

2.1.18. Prisión preventiva. Detención.

A. La Constitución autoriza la detención preventiva y la reconoce como constitucionalmente legítima. Mas, la somete y pone en oposición con el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1), el cual debe ser el garante absoluto de una interpretación conforme a la Constitución de la norma cuestionada.

La duración máxima de la detención preventiva que el legislador, por imperativo constitucional, debe establecer, está fijado por la Constitución como de una duración que no puede ser excedida (art. 17.4). Luego, toda falta a dicha duración constituye una violación del derecho a la libertad personal.

El plazo máximo inicial de la detención preventiva es la regla, lo que significa que su prórroga no puede producirse sino con carácter excepcional. En consecuencia, si a la expiración del plazo máximo inicial, esta medida conservativa no es levantada o, alternativamente, su prórroga no es dispuesta, se produce necesariamente una violación del art. 17.4 de la Constitución. En tal sentido, el hecho de dictarse posteriormente la prórroga de la medida no supone en ningún caso la reparación de dicha violación.

El período durante el cual la persona está sometida al llamado régimen de prisión atenuada debe ser tenido en cuenta a efectos del cálculo del plazo máximo de detención preventiva (la prisión atenuada, en los casos de los militares profesionales, se cumple en el domicilio, y permite concurrir al trabajo y a los servicios religiosos. La Corte advirtió que, no obstante las diferencias de este régimen y el de la prisión preventiva, lo importante no era ello sino las diferencias entre la primera y la situación de libertad. La prisión atenuada no es una situación de restricción de la libertad sino de privación de la libertad (**Tribunal Constitucional de España**, 17-3-97, 1/1997, p. 54).

B. El art. 17.4 de la Constitución reconoce la legitimidad de la detención preventiva a condición de que ésta sea definida y aplicada legalmente, que esté fundada en la existencia previa de indicios racionales de la perpetración de una acción delictuosa y que tenga por objetivo alcanzar fines constitucionalmente legítimos y coherentes con la naturaleza de la medida tomada. La sustracción del inculpado a la administración de justicia, la obstrucción de la instrucción penal y la recidiva delictiva pueden constituir fines constitucionalmente válidos para disponer la adopción o el mantenimiento de dicha detención.

La decisión sobre la adopción o el mantenimiento de la detención preventiva debe estar motivada en términos suficientes y razonables en el sentido en que resulta necesario ponderar la existencia de todas las condiciones que justifiquen su adopción. Debe conformarse a las reglas del razonamiento lógico y, más particularmente, a los fines que justifican la detención en juego. Esta ponderación de los intereses en juego debe hacerse sobre la base del conjunto de la información disponible en el momento en que deba ser adoptada la decisión, y también sobre la base de las reglas del razonamiento lógico, y la consideración de la detención preventiva en tanto que medida aplicable excepcional, subsidiaria, provisoria y proporcionalmente a la obtención de fines coherentes con su naturaleza.

Además, cabe recordar los dos criterios de la comprobación del peligro de fuga, en tanto que fin constitucionalmente válido para decidir el mantenimiento de la detención preventiva. El primero de dichos criterios consiste en tomar en cuenta no sólo las características y la

gravedad del delito imputado y de la pena que pueda ser aplicada, sino también las circunstancias precisas del caso y las personales del inculcado. El segundo, que proviene del anterior, atañe al tiempo corrido hasta el momento en que se toma la decisión de mantener la detención, en la medida en que es susceptible de modificar las circunstancias originarias de la medida inicialmente dictada, de donde la necesidad de ponderar las circunstancias personales y las particulares de cada caso.

En el presente caso, la invocación de alarma social evidente que habrían producido los hechos examinados no contiene un fin constitucionalmente legítimo y coherente con la naturaleza de la detención preventiva, en la medida en que la alarma social general provocada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena -la prevención general- y presupone un juicio previo de la antijuridicidad y de la culpabilidad por el órgano judicial correspondiente como desenlace de un procedimiento provisto de todas las garantías de imparcialidad y de los derechos de defensa.

La pena gravosa no puede erigirse en criterio único de aplicación objetiva y mecánica a tomar en cuenta al ponderar el peligro de fuga. Es necesario considerar otros datos relativos no sólo a las características personales del inculcado, sino también a las características del caso juzgado. La referencia al estado avanzado de la causa resulta también insuficiente por cuanto ese dato tiene en sí efectos ambivalentes (**Tribunal Constitucional de España**, 7-4-97, 1/1997, p. 55).

C. Cuando una persona sospechosa de haber cometido un delito es arrestada, el plazo de 24 horas previsto en el art. 14.3 de la ley 283/1991 del Consejo Nacional checo relativa a las fuerzas de policía de la República Checa, debe ser incluido en el plazo de 24 horas aplicable a la detención preventiva conforme con los arts. 75 y 76 del Código Penal. La interpretación diferente que, hasta el presente, hacen corrientemente los tribunales locales de los arts. 14.1.d y 14.1.e de la ley citada y de las recordadas normas del Código Penal, no es conforme al art. 8.3 de la Carta de los Derechos y Libertades Fundamentales, en virtud del cual la persona arrestada debe ser liberada y llevada ante un tribunal dentro del término de 24 horas. El juez mismo tiene 24 horas para escuchar al detenido y tomar una decisión acerca del mantenimiento de la detención preventiva o de la liberación (**Corte Constitucional de la República Checa**, 28-11-96, 3/1996, p. 428).

D. Según el art. 5 de la CEDH, el detenido tiene derecho de presentarse a un tribunal a efectos del control de la legalidad de su detención y peticionar su liberación. Este derecho depende de la naturaleza de la detención, de las particularidades de las normas procesales y de las circunstancias del caso. Un plazo de espera de un mes para presentar un pedido de liberación no es, en principio, contrario a la norma citada. Un plazo más extenso exige una justificación particular. Un plazo de dos meses sólo justificado por la presentación de tres peticiones sucesivas en el espacio de un mes, es contrario a la CEDH (**Tribunal Federal de Suiza**, 14-2-97, 1/1997, p. 118).

E. El rechazo de un recurso contra la decisión que prolonga la detención provisional debe estar motivado de manera precisa y clara para que el proceso pueda ser calificado de justo y equitativo (**Corte Constitucional de la República Checa**, 6-3-97, 1/1997, p. 97).

2.1.19. Principio de legalidad.

Si es cierto que el art. 25.1 de la Constitución consagra el principio de legalidad en tanto que derecho a no ser condenado o sancionado sino por actos u omisiones previstas por la ley, no existe, sin embargo, el "principio de legalidad inversa", a saber, un derecho fundamental de la víctima de obtener una condena penal de terceros hayan o no violado sus derechos fundamentales, en la medida en que se trata de derechos a la libertad en los cuales no se puede introducir la menor pretensión punitiva sin alterar su sentido (el presente recurso de protección constitucional se dirigía contra diversas decisiones judiciales por las que un determinado número de funcionarios públicos, acusados por los requirentes de delitos contra el ejercicio de los derechos por las personas, fueron absueltos. Una de las cuestiones planteadas era si el contenido de los derechos fundamentales sustanciales comprende las pretensiones de protección penal en caso de violación de dichos derechos) (**Tribunal Constitucional de España**, 10-3-97, 1/1997, p. 53).

2.1.20. *Non bis in idem*.

A. El hecho de sancionar a un miembro de la gendarmería en tres oportunidades, con medidas de disciplina militar por los mismos hechos, constituye una violación del principio *non bis in idem* (**Tribunal Constitucional de España**, 17-10-94, 3/1994, p. 238).

B. Las garantías del procedimiento penal no son directamente aplicables al procedimiento disciplinario. Según la Constitución, toda persona que es objeto de un proceso disciplinario debe ser escuchada y puede presentar su defensa. También tiene derecho a que se respete el principio contradictorio, a la consulta del expediente y a recurrir ante los tribunales.

El hecho de imponer a una persona dos sanciones diferentes, una disciplinaria y otra penal, por la comisión de un mismo acto, no viola el principio *non bis in idem* (el tribunal no consideró inconstitucional la norma legislativa según la cual debe ser reprimido disciplinariamente el detenido que es declarado responsable de la comisión de un acto criminal en el interior de un establecimiento penitenciario. Según esta norma, la sanción disciplinaria puede tener lugar antes de la condena penal. A juicio del Tribunal, la Constitución no impone que la represión disciplinaria de un acto, que es también un crimen, no sea posible sino en el marco de un procedimiento penal. La responsabilidad penal y la disciplinaria son autónomas) (**Tribunal Constitucional de Portugal**, 23-3-95, 1/1995, p. 86).

2.1.21. Cooperación judicial.

El intercambio de documentos entre India y Suiza constituye, según las reglas del derecho internacional, un tratado internacional, sea cual fuere su denominación particular. En esta condición, prevalece sobre el derecho interno de asistencia judicial en materia penal. Sin embargo, ello no priva a Suiza de la facultad de acordar la asistencia en virtud de reglas eventualmente más amplias de su derecho interno.

Con todo, un pedido de asistencia judicial no debería ser admitido si el procedimiento en el extranjero no es conforme a los principios de procedimiento generalmente aceptados en los Estados democráticos y que están definidos, particularmente, en la CEDH. La India no es parte en dicha Convención, pero adhirió al Pacto Internacional del 16 de diciembre de 1966 sobre Derechos Civiles y Políticos. Este Pacto constituye, en el plano universal, el correlato de la CEDH: enumera, en su art. 14, las garantías contenidas en el art. 6 de la CEDH e, incluso,

va más allá de esta última norma, por ejemplo en su art. 14.5, que corresponde al art. 2 del Protocolo n° 7 de la CEDH. Se puede, entonces, presumir que el Estado co-contratante respetará sus compromisos internacionales (un juez de Nueva Delhi formuló un pedido de asistencia judicial a Suiza que comportaba la transmisión de diversos documentos; el pedido había sido desestimado por la Sala de acusación del cantón de Ginebra) (**Tribunal Federal de Suiza**, 16-4-96, 2/1996, p. 294).

Rolando E. Gialdino

TEXTOS ESCOGIDOS

[1]

CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS. MONOPOLIOS. DERECHO COMUNITARIO. LI-BRE COMPETENCIA (DOCTRINA/COMUNIDAD EUROPEA).

En el derecho comunitario y en el derecho europeo en general, el Tratado de París (C.E.C.A.) fue pionero en el establecimiento de una norma de defensa de la competencia específica para el tratamiento de las operaciones de concentración entre empresas (art. 66, incs. 1 a 6). Pero el resto del mercado comunitario careció de una norma aplicable a las concentraciones hasta la aprobación, en 1989, del Reglamento de la Comunidad Económica Europea. En esa fecha, Estados miembros como Inglaterra, Alemania y Francia, ya contaban con décadas de experiencia en la materia y se cumplían casi cien años desde la primera norma antitrust, la *Shermann Act* -luego modificada por la *Clayton Act*-, para mejorar la eficacia en el control de las concentraciones-.

Así como el proceso de concentración en Estados Unidos se remontaba a la guerra de secesión, y el mercado europeo del carbón y del acero heredaba de las dos guerras mundiales una estructura fuertemente concentrada, en el resto de los sectores el proceso de concentración fue más tardío. Al final de la segunda guerra, la desmantelada industria europea era sorprendida por la competencia creciente de empresas americanas y japonesas y, conectado con ello, hay un dato cierto para entender el derecho de defensa de la competencia de la Comunidad Europea (CE): el recelo de los Estados miembros de perder el control sobre este proceso en sus mercados nacionales para abandonarlo en manos de una autoridad comunitaria. Esta combinación de factores explica el silencio del Tratado CE sobre las concentraciones de empresas y el retraso en la aprobación de una norma específica.

1. El control de las concentraciones en el Tratado de la C.E.C.A.

En el art. 66 cit. se estableció un sistema de autorización previa por la Alta Autoridad - luego la Comisión- de todas las operaciones de concentración que se llevaran a cabo en el mercado del carbón y del acero y tuvieran una cierta dimensión. La norma, a más de aplicarse a fusiones y adquisiciones de control, hace lo propio con empresas comunes ya que, si la empresa común goza de suficiente autonomía funcional respecto de las empresas matrices (*full function* o de plenas funciones), la operación se considera de concentración y no un acuerdo restrictivo entre empresas independientes. Asimismo, quedan sometidas al régimen establecido por la norma mencionada tanto las concentraciones en las que participan empresas comunitarias, como aquellas en las que también participen empresas extracomunitarias o éstas únicamente, siempre que produzcan o distribuyan productos C.E.C.A. dentro del territorio de la C.E.C.A.

A tenor de lo dispuesto en el art. 66.2, se concederá la autorización de la operación siempre que no confiera a las personas o empresas interesadas el poder de determinar los precios, controlar o limitar la producción o la distribución, u obstaculizar el mantenimiento de

una competencia efectiva en una parte importante del mercado de los productos afectados, o sustraerse a las normas sobre la competencia estableciendo, en particular, una posición artificialmente privilegiada, que implique una ventaja sustancial en el acceso a los abastecimientos o a los mercados.

2. El control de las concentraciones en el Mercado de la CE: una larga historia legislativa.

En el Tratado de Roma, por el contrario, se omitió deliberadamente toda referencia a las concentraciones de empresas: el marco legal respondía así al objetivo prioritario de facilitar el aumento del tamaño de la empresa europea ante la competencia extracomunitaria. Pero ya en 1962 la Comisión empezó a manifestar su preocupación por el incremento de la concentración en el mercado común. Esto llevó a la Comisión a encargar a dos grupos de expertos un estudio sobre la posible aplicabilidad, a falta de una norma específica, de los arts. 85 y 86 del Tratado, a concentraciones empresariales. La Comisión estableció, a la vista de los trabajos presentados, que en determinadas condiciones el art. 86 era aplicable a concentraciones, postura que luego refrendó el Tribunal de Justicia.

Fuera de la Comisión, el Parlamento Europeo fue la primera institución comunitaria que propuso, en 1971, la elaboración de una norma que estableciera un sistema de control previo de las operaciones de concentración de gran tamaño en el mercado común. Al año siguiente, la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de París y, posteriormente, el Consejo, se manifestaron en igual sentido. En 1973, la Comisión hizo la primera propuesta legislativa, de varias que se sucedieron en un período de dieciséis años, en las que se reflejaron las reticencias de algunos Estados miembros a perder el control sobre este proceso (mientras la Comisión proponía el control comunitario en todas las concentraciones de empresas cuyo volumen de negocios superase a nivel mundial los mil millones de ecus -*euro-pean currency unit*- y a nivel comunitario los cien millones, Estados como Alemania, Francia, Inglaterra y España, considerándolos excesivamente bajos, exigían su elevación a diez mil millones de ecus a nivel mundial). Finalmente, se llegó a un acuerdo de posiciones y el Reglamento se aprobó en diciembre de 1989, entrando en vigencia el 21 de septiembre de 1990.

3. Contenido del Reglamento (CEE) 4064/89.

3.1. Ambito de aplicación

La norma ha establecido un sistema de control previo de todas las operaciones de concentración que alcancen los umbrales de dimensión del art. 1.2: las empresas afectadas deben tener un volumen de negocios de, al menos, cinco mil millones de ecus a nivel mundial y doscientos cincuenta millones a nivel comunitario. Pero la concentración no tendrá dimensión comunitaria si todas las empresas afectadas realizan más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en uno y el mismo Estado miembro (la llamada "regla de los dos tercios"). Si alguno de estos criterios no se cumple, la operación quedará en el ámbito de la competencia de los Estados miembros.

Sobre estas concentraciones, la Comisión tiene competencia exclusiva, sin perjuicio del control que corresponde al Tribunal de Primera Instancia, cuyo pronunciamiento es susceptible de apelación ante el Tribunal de Justicia. Así, se ha instaurado un sistema de control único (el llamado sistema de *one stop shop*) en el que todas las grandes concentraciones se someten a una única autoridad y una sola norma, con independencia de su carácter transnacional, es decir, desapareció el control múltiple realizado en cada uno de los Estados miembros conforme a su legislación propia.

No obstante, es posible que las autoridades nacionales mantengan su competencia por dos vías. La primera, es la posibilidad, reconocida en el art. 9 del Reglamento, de que -a solicitud de un Estado miembro- la Comisión remita un asunto a las autoridades nacionales

cuando considere que el peligro de creación de una posición dominante amenaza fundamentalmente a un mercado definido en el interior de dicho Estado. Así, serán dichas autoridades las que, tras el reenvío, decidan sobre la operación. La segunda, es la prevista en el art. 21.3: "Los Estados miembros siempre pueden adoptar las medidas oportunas para proteger sus intereses legítimos, si son diferentes de los contemplados en el Reglamento: en concreto, la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación, las llamadas *prudential rules* (normas relativas a la prestación de servicios financieros elaboradas por los órganos nacionales de control de bancos, sociedades de bolsa o seguros) y cualquier otro interés, siempre que sea reconocido como legítimo por la Comisión. Todo ello sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros, con fundamento en el art. 223 del Tratado, de reservarse la intervención (y no sólo la adopción de ciertas medidas) en una operación de concentración que afecte a los intereses esenciales de seguridad".

Respecto de aquellas concentraciones sin dimensión comunitaria, si bien en principio son competencia de las autoridades nacionales, el art. 22 prevé un sistema por el cual un Estado miembro puede remitir un caso a la Comisión para su evaluación y posterior decisión. Este mecanismo sirve a los intereses de países que, como Holanda, carecen de legislación específica para el control de operaciones de concentración.

En cuanto a la noción de concentración, el Reglamento contempla dos formas básicas de realizarla: a) la fusión económica y b) la adquisición de control. La fusión económica es una categoría jurídica original en el derecho de defensa de la competencia que incluye no sólo los supuestos que tradicionalmente se entienden contenidos en ese concepto -fusión o absorción de sociedades-, sino otras formas de integración económica completa, similar en intensidad a la que se da en una fusión de sociedades, aunque sin pérdida de la independencia de personalidad jurídica, como es el caso en la formación de un grupo de coordinación. Para ello será necesario que entre las empresas del grupo haya una compensación interna de pérdidas y beneficios, así como un compromiso de responsabilidad solidaria frente al exterior. La adquisición de control incluye operaciones de adquisición de acciones o activos, así como cualquier otro método que conduzca a obtener la posibilidad de ejercer una "influencia decisiva" sobre las actividades esenciales de otra u otras empresas. La Comisión considera que esta influencia decisiva consiste en la posibilidad de determinar la adopción de las que llama "decisiones estratégicas fundamentales" de la empresa controlada, tales como el presupuesto anual, el plan empresarial anual (*business plan*), o las modificaciones esenciales en cualquiera de ellos, y las retribuciones de los directivos, fundamentalmente. De modo que, al análisis de los votos que la empresa controlante dispone en la Junta General, hay que añadir el de su influencia en los órganos de decisión de la empresa: número de miembros que puede nombrar, requisitos para la adopción de decisiones en dichos órganos, etc.

3.2. Procedimiento y evaluación de las concentraciones

El procedimiento ante la Comisión previsto en el Reglamento es breve -cuestión de suma importancia para el tratamiento de este tipo de operaciones- y los plazos, hasta el momento, han sido escrupulosamente respetados por el ejecutivo. La norma comunitaria otorga poderes a la Comisión para imponer multas sancionatorias o coercitivas (arts. 14 y 15), prohibir una concentración (art. 8.3), ordenar la desconcentración (en caso de que se hubiera realizado la operación a pesar de la prohibición) o adoptar cualquier otra medida que permita restablecer la competencia (art. 8.4).

La evaluación de la concentración por parte de la Comisión ha de realizarse utilizando el criterio de defensa de la competencia: aprecia si la operación constituye o no "un obstáculo significativo para la competencia al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo" (art. 2.2). El Reglamento no prevé la posibilidad de concesión de exenciones de una eventual prohibición, como ocurre en el art. 85. De modo que la operación se aprueba o bien se prohibirá.

4. El "Libro verde" sobre la revisión del Reglamento

El Reglamento prevé su revisión a cargo del Consejo (que debía hacerse antes de que finalizara el cuarto año a partir de su adopción, es decir, en diciembre de 1993). Es por ello que en dicho año la Comisión preparó el "Informe al Consejo relativo a la aplicación del Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración". La revisión, según estaba prevista en los arts. 1.3. y 9 del Reglamento, debía alcanzar a los umbrales de dimensión y al mecanismo de reenvío a los Estados miembros. Luego de realizar su propuesta y valorar la de la Comunidad, la Comisión terminó afirmando que, a pesar de la necesidad de la reforma, sobre todo en materia de umbrales de dimensión, era necesario un período de estudio más amplio. Por tanto, manifestó su intención de plantear una nueva propuesta a finales de 1996.

Después de otra amplia consulta entre todos los sectores interesados, y previo a la formulación de una propuesta formal al Consejo, la Comisión presentó un Libro verde sobre la revisión del Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración, el 31 de enero de 1996. En el contexto de la ampliación de la Comunidad y del aumento de las contrataciones transnacionales durante este período, en dicho libro se propone, entre otros temas, la necesidad de modificar los umbrales de dimensión bajándolos a dos mil millones de ecus a nivel mundial y a cien millones a nivel comunitario, dejando inalterada la "regla de los dos tercios".

Tras la publicación antedicha, la Comisión realizó una nueva encuesta de gran alcance, para luego plantear lo que ha sido publicado el 12 de septiembre de 1996 en forma de "Comunicación de la Comisión al Consejo": dos propuestas de modificación del Reglamento separadas en razón del fundamento jurídico que requería cada una de ellas.

La primera está apoyada en el art. 1.3 en el que se encomienda al Consejo la revisión de los umbrales de dimensión del art. 1, incluyendo dos modificaciones en el texto de dicho artículo: a) reducir los umbrales de dimensión a tres mil millones de ecus a nivel mundial y ciento cincuenta millones a nivel comunitario -superior a lo que venía sosteniendo-, manteniendo la "regla de los dos tercios" -a pesar del efecto negativo reconocido por la misma Comisión y de que tanto el Parlamento Europeo como el Consejo Económico y Social son partidarios de su eliminación-; b) adicionar a la norma las operaciones de concentración sin dimensión comunitaria susceptibles de notificación múltiple (el requisito se cumplirá en aquellas operaciones que puedan o deban ser notificadas previamente a su realización, como mínimo, en tres Estados miembros, considerándose que en este caso la operación puede tener efectos relevantes en el mercado común).

La segunda propuesta se fundamenta en los mismos artículos que se utilizaron para su aprobación: 235 y 87 del Tratado. La reforma que se plantea es la relativa al tratamiento de las empresas comunes. La Comisión, con el objeto de unificar, las somete a todas al ámbito de aplicación del reglamento y, para ello, propone el mantenimiento del primer requisito de calificación de las empresas comunes como concentraciones, es decir, que sean entidades económicamente autónomas, y la eliminación del segundo, la no coordinación del comportamiento competitivo de las empresas participantes de la operación. Así, sólo las empresas comunes de funciones singulares estarían sometidas al ámbito de aplicación del art. 85 del Tratado. Pero, para evitar diferencias de trato en cuanto a los criterios de evaluación de éstas y las empresas comunes estructurales, la Comisión sugiere modificar el art. 2 del Reglamento, según el cual las empresas comunes estructurales deberán ser valoradas, no sólo teniendo en cuenta los criterios de evaluación de dicho artículo (creación o reforzamiento de una posición dominante incompatible con el mercado común), sino también los establecidos en los apartados 1 y 3 del art. 85 del Tratado.

Finalmente, entre las modificaciones que afectan a la tramitación del procedimiento ante la Comisión, se destaca la inclusión en el art. 6 de la posibilidad de que en una decisión de compatibilidad en primera fase ésta pueda imponer condiciones y obligaciones a las

empresas participantes en la operación notificada.

5. El futuro de estas propuestas es muy incierto. Hay que tener en cuenta que conseguir el acuerdo para la aprobación de un Reglamento en esta materia costó 16 años. Hoy persiste la negativa de algunos Estados miembros a reducir los umbrales actuales de dimensión y no es probable que los países que están de acuerdo en su reducción alcancen la mayoría necesaria en el Consejo. Más fácil podría ser, a pesar del requisito de la unanimidad, que se alcance el acuerdo para la segunda propuesta. A la vista de estas circunstancias, y contando con la envergadura del trabajo de la Conferencia Intergubernamental encargada de la reforma del tratado de Maastricht, es difícil que se dé el marco apropiado para abordar la reforma.

BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar, "Seis años de defensa de la competencia en concentraciones de empresas realizadas en la CE", en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, nº 224, abril-junio 1997, pp. 887/912.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[2]

DERECHO AMBIENTAL. MODELOS. CONTENIDO. CALIDAD DE VIDA. CONDICIONES DE VIDA. CONSUMISMO. LEGITIMACIÓN. REPARACIÓN. DERECHO DE PROPIEDAD. EXCLUSIVIDAD. LIBRE DISPOSICIÓN. DERECHOS HUMANOS. DERECHO A LA INFORMACIÓN. DEMOCRACIA. INTERESES DIFUSOS. PARTICIPACIÓN POLÍTICA (DOCTRINA/ESPAÑA).

**BREVES REFLEXIONES SOBRE LAS CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO
DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN LA RELACIÓN
ENTRE EL SER HUMANO Y LA NATURALEZA**

Distintos modelos, acerca de la relación hombre-naturaleza, trazan las consecuencias en este ámbito. A saber: a) tecnocrático; b) biólogo; y c) ecológico-personalista.

a) Modelo tecnocrático

Este modelo cree en la disponibilidad ilimitada de la naturaleza, reducida a simple recurso al servicio de la propiedad privada y de la creación de mercancías según la visión del ser humano como *homo faber*. En el pensamiento economicista, los derechos son defendidos como si se tratara de derechos de propiedad, a partir de la afirmación de Locke que ve la personalidad como formando parte de la propiedad -es la visión recogida en el Código Civil francés al destacar el carácter de la propiedad y su disponibilidad ilimitada-.

En el ámbito jurídico, la mentalidad tecnocrática conduce a la primacía de los bienes exclusivos y disponibles, de conformidad con un interés pecuniario. Se propone así la conversión de todo el ámbito de la naturaleza en susceptible de titularidad jurídica privada (*property right*) para su mejor explotación. De acuerdo con este sentido de la propiedad, resulta imposible limitar el consumismo y el despilfarro. Al faltar el sentido de la trascendencia, la cultura deja de asentarse en el reconocimiento de la igualdad económica y se convierte en frenética lucha por el enriquecimiento, lo que contribuye a poner en peligro el equilibrio ecológico.

Con posterioridad, se ha venido tomando conciencia de que este modelo de propiedad conduce a un tipo de democracia basada en la defensa de los intereses de los que pueden expresar su preferencias, por lo que resulta claramente incompatible con la defensa duradera

del medio ambiente.

b) Modelo biologista

La presente concepción, propia de la *deep ecology*, y de todas las actitudes que hacen primar a la especie sobre los individuos, se basa en la superioridad del ecosistema como un todo (holismo) frente a los derechos de la persona (considerada como parte), debido al valor intrínseco de todo ser vivo.

Tal posición establece un igualitarismo de las especies incompatible con la declaración de derechos únicamente para el ser humano.

c) Modelo ecopersonalista

1. El sujeto de los derechos

Todos los textos jurídicos internacionales y nacionales se oponen al biologismo, en cuanto consideran que el único sujeto del derecho al medio ambiente es el ser humano. Así, la declaración de Estocolmo de 1972 establece: "el hombre tiene el derecho fundamental al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar a cabo una vida digna". Por su parte, la declaración de Río de 1992 refiere: "los seres humanos tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza". Sujetos son todos los seres humanos, contra la *deep* y el utilitarismo, de una parte (sólo seres humanos), y contra el neomalthusianismo, de otra (todos los seres humanos).

La antropología explícita en la declaración de Estocolmo declara que "el hombre es al mismo tiempo obra y artífice del medio ambiente, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente"; al mismo tiempo, "gracias a la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar de innumerables maneras y de un modo sin precedentes cuanto le rodea". Sólo el ser humano es persona, y portador de derechos y deberes. Es necesario, por tanto, mantener planteamientos de carácter antropocéntrico, de acuerdo con la tradición de los derechos humanos y con la filosofía personalista. Sin embargo, este antropocentrismo tiene en cuenta la interdependencia humana respecto al entorno. Ser persona significa ser existente, y por consiguiente necesitado respecto al conjunto de la realidad: Dios, la naturaleza, los otros seres humanos. Este mismo mensaje personalista es el que aparece en el art. 45 de la Constitución española del 78, al referirse al derecho al medio ambiente para el desarrollo de la persona.

El sujeto específico, cuya protección coloca en primer lugar el derecho ambiental, son las futuras generaciones. Desde fines de la década del '60 aparece la conciencia de la responsabilidad por acciones presentes que tienen efectos irreversibles para el futuro, como el efecto invernadero, los residuos nucleares, etc.

Sobre los derechos de las futuras generaciones existen dos planteamientos que han gozado de amplio eco:

A) el de Rawls, en su *Teoría de la justicia*, publicada un año antes de la Conferencia de Estocolmo, al limitar a las generaciones inmediatas, hasta los nietos, la responsabilidad sincrónica, en la línea del puro ahorro de bienes económicos, estableciendo para los más alejados una responsabilidad decreciente;

B) el del neomalthusiano Garret Hardin, que afirma: "La conservación de la vida en un país pobre cada año disminuye la calidad de vida de las futuras generaciones". Frente a ello conviene recordar que no se puede plantear el problema de las futuras generaciones como pretende el Norte, sin resolver previamente las condiciones de vida dignas de los países del Sur.

Hay que mantener para el futuro la igualdad de oportunidades del presente. Por ello es exigible la reducción de la producción y del consumo insostenible. De ahí la Declaración de la UNESCO de 1994 de mantener para el futuro condiciones de vida semejantes a las presentes.

2. El contenido de los derechos

Para el ecopersonalismo, los problemas ambientales fundamentales son los relacionados con las condiciones de vida del ser humano, es decir, con la salud, el hambre, la sed y, en cuanto incide en ello, la desertización y la pérdida de la biodiversidad. Se trata de proteger la limpieza de los elementos físicos que posibilitan la vida como el agua, aire y tierra, y la conservación de los ecosistemas.

"Todos los seres humanos tienen el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado para su salud y bienestar" (Declaración internacional de expertos en derecho ambiental, incluida en el informe Bruntland). La calidad de vida engloba salud y medio ambiente. Tanto en la Constitución de Weimar como en la Declaración de La Haya de 1989, se dispone garantizar condiciones de vida dignas para todos; éste es el sentido del derecho.

Por ello, resulta importante subrayar el carácter sustantivo del derecho al medio ambiente, en relación con ese desarrollo saludable de la personalidad de todos, que se desprende de la carta de Róo y de los textos constitucionales, en contra de los que sólo aceptan un derecho procedimental al medio ambiente. El contenido esencial del derecho al ambiente vendría dado por el desarrollo duradero en el tiempo y universal en el espacio, para todos, que pondría en primer lugar la dimensión de la prevención. La defensa de condiciones dignas de vida para todos implica la conciencia de la interdependencia mutua, y la insuficiencia del individuo aislado.

Hay que superar la concepción liberal que exalta la crematística y la acumulación como clave de la organización social, y recuperar la economía ecológica o economía moral de los clásicos.

Derecho al medio ambiente implica interdependencia, libertad positiva, y democracia participativa, y se opone a libertad como independencia, libertad negativa y a la democracia como simple renovación de elites. De allí que el derecho a la participación sea una de las formas sobresalientes del derecho al medio ambiente y la más indiscutida de ellas.

La fundamentación del derecho al medio ambiente no puede estar en la teoría de la voluntad, sino en la satisfacción de necesidades o intereses básicos, siempre que la defensa de los intereses se extienda a los necesitados de tutela, a los que carecen de voz, y, en el ámbito privado, a los derechos de los infantes.

Es por tal razón, que el derecho al medio ambiente se relacione en primer lugar con el derecho a la salud, a condiciones de salubridad dignas, tal como pone de relieve el informe de la OMS, *Nuestro planeta, nuestra salud*. La salubridad es el mejor indicador de la degradación ambiental. En el derecho a la salud se advierte la dependencia de los derechos humanos respecto a la corporalidad, pero la atención a la temporalidad queda limitada a las generaciones existentes, mientras que en el derecho al medio ambiente se amplía la conciencia de la dependencia al conjunto de la naturaleza y se extiende la temporalidad al futuro de un modo amplio. Se relaciona igualmente con el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo y con el derecho a la vivienda, que ha sido reafirmado en la reciente conferencia de Estambul.

2.1. El destino universal de los recursos en el espacio

El imperativo categórico debe enunciarse de esta manera: "obra de tal modo que tu nivel de consumo pueda convertirse en máxima universal de conducta para ser compatible con condiciones de vida dignas para la presente y futuras generaciones". La sobriedad o frugalidad es la clave de la actitud del ecologismo personalista ante los recursos. Se trata de la concepción de la propiedad antagónica con la propuesta del *ius abutendi* en el derecho romano. De ahí que la tierra no pueda venderse para siempre porque su único verdadero propietario es Dios.

El hombre es visto como persona, como relación solidaria e interdependiente con los otros. Se es más libre cuanto mayor número de relaciones se tienen con los otros, y menor dependencia respecto de los objetos, lo que conduce a la frugalidad anticonsumista.

Generalmente, se reconoce que los derechos ambientales forman parte de los derechos

de la tercera generación, aquellos que deben explicitar "las condiciones físicas y biológicas que hacen posible" los derechos de las generaciones anteriores. Los derechos de la primera generación -libertad religiosa o pensamiento- afectan a la realización plena de la noción de persona, pero la concepción en que se formularon impedía cobrar conciencia de sus exigencias sociales y ecológicas, por lo que parecían pertenecer a individuos aislados y autosuficientes. Los de segunda generación explicitan las exigencias sociales de los derechos (alimento, vivienda, trabajo), sin los cuales no son posibles los de la primera generación.

Corresponde distinguir, sin embargo, entre derechos de la tercera generación y derecho al ambiente. Este pertenece en su dimensión más específica a los derechos de la tercera generación, pero en su dimensión procedimental, como derecho de participación, es también un derecho de la primera generación, y, como dimensión sustantiva, replantea el derecho a la alimentación y a la salud, por lo que también es un derecho de la segunda generación.

Los derechos ambientales como derechos de la tercera generación, en cuanto establecen el sentido del límite del obrar humano, en especial la frugalidad en la utilización de los recursos, pueden eliminar las tensiones entre los derechos de la primera generación (en la medida en que reducen la presencia del Estado) y de la segunda (en cuanto la amplían). El elemento decisivo no sería el mercado o el Estado sino la responsabilidad personal y social.

La concepción de la propiedad que hace posible el derecho al medio ambiente es, por tanto, la concepción clásica que lo concibe como poder de administración y distribución, *potestas procurandi et dispensandi*. Sólo ésta permite atender a su conservación y cuidado, así como a la distribución de los recursos de la tierra. La conservación y distribución debería llevar a establecer sistemas de cuotas para la equitativa utilización de los recursos naturales. La defensa de este sistema se enlaza con la crítica al imperialismo demográfico, y el consiguiente respeto a la paternidad responsable (programa 21, aprobado en Río 92).

Por lo tanto, la problemática ambiental coloca bajo sospecha las notas de la exclusividad y de la libre disposición, sustituyéndolas por las de la administración responsable. La naturaleza pasa de ser considerada como objeto o sujeto a serlo como patrimonio, como institución común transtemporal y translocal. Las notas economicistas de la exclusividad y de la disponibilidad desaparecen allí donde lo que se trata de defender es la vida o los recursos naturales. El no individualismo, por su parte, lleva a la exigencia de recuperación de la llamada economía moral, cuya característica básica es la prioridad del derecho a la vida y la defensa de los bienes comunales como algo que debe quedar fuera del comercio.

Este ecologismo de los pobres o ecologismo igualitario se contrapone al social-darwinista o ecologismo de los ricos. Viene a ser lo mismo que economía ecológica, es decir, aquella que propugna la utilización comunitaria de los recursos naturales opuesta al primado de la crematística o interés pecuniario, frente a las posturas neoliberales que enfatizan la necesaria tragedia de los bienes comunes. La base del concepto de economía moral era el establecimiento de condiciones dignas para todos, asentada en el hecho de que Dios había destinado todos los bienes para todos los hombres, lo que implicaba la inadmisibilidad del monopolio de los bienes para determinados sectores de la población. Su dimensión fundamental era la existencia de obligaciones positivas en favor de los más pobres.

La visión cognitivista de los derechos humanos, propia de la economía moral, coincide con la prioridad del derecho a la vida como derecho fundante de todos los demás, comenzando por la salud y la alimentación, que reclama la subordinación del derecho de propiedad. A su vez, de esta primacía del derecho a la vida sobre el derecho a la propiedad se deduce la necesidad de limitar el libre comercio en el caso de los alimentos, para no poner en peligro la autosuficiencia alimentaria.

Hay una jerarquía de necesidades que comienza por las actuales de las personas peor situadas: el derecho a la alimentación es el primer derecho, superior incluso a los derechos de las futuras generaciones. Es necesario acabar con el consumismo del Norte, que es

completamente no universalizable, en cuanto está basado en un superconsumo incontrolado. Las necesidades del consumo endosomático de energía pueden variar relativamente poco de una persona a otra, pero los deseos de consumo de energía exosomática presentan enormes desigualdades -este reparto se vio incrementado con el paso de la civilización neolítica a la industrial, y de ésta a la nuclear-. De ahí la urgencia por parte del derecho ambiental de luchar por la introducción de energías alternativas, p. ej., la solar, que ni destruyen recursos no renovables, ni dejan residuos. Tal desigualdad choca frontalmente con el principio de universalización, base del desarrollo sostenible.

2.3. El destino universal de los recursos en el tiempo. El desarrollo sostenible

Dado que los científicos no se ponen de acuerdo en la interpretación de los procesos ecológicos, y cuando se certifique unánimemente su existencia, serían ya de efectos devastadores e irreversibles, resulta esencial el principio de precaución sentado en la Declaración de Río. Este principio guarda íntima relación con el cuidado preventivo, que es la base del Estado social de derecho. Allí se encuentra la quiebra del progresismo liberal, que cree que la Historia evoluciona necesariamente para mejor, tal como habían pensado buena parte de los autores del siglo pasado.

En la Declaración de Estocolmo se hace hincapié en la calidad de vida, identificada con el derecho a condiciones de vida dignas o vida saludable. Ello vuelve sinónimos derecho a la calidad de vida y derecho a la salud. En ambos casos, se presupone el derecho al desarrollo, es decir, la seguridad alimentaria, y el derecho a no morir por contaminación, o sea, la conservación del medio.

El derecho al desarrollo y al medio ambiente están íntimamente compenetrados y requieren, a su vez, la extensión del derecho a la vida hasta llegar a la erradicación de la guerra. La vinculación entre desarrollo y medio ambiente requiere la planificación racional, término al que se alude en los principios de Estocolmo y que no reaparece en la Carta de Río. En este sentido, se podría decir que el paso de Estocolmo a Río es el paso de la planificación racional a la sostenibilidad.

En la desaparición del concepto de planificación racional de Estocolmo ha resultado relevante la caída del socialismo real, lo que ha llevado a renunciar tal vez apresuradamente a buscar formas de planificación económica no totalitaria. De hecho, la planificación reaparece en el Tratado de la Unión Europea a través de la ordenación territorial.

El concepto de desarrollo sostenible ha sido decisivo en el Informe Brundtland de Naciones Unidas de 1985 (conocido por el nombre de su principal coordinadora, la primera ministra noruega, Gro Harlem Brundtland). Allí se lo define como "el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas".

La noción de desarrollo sostenible aparece como el núcleo central de toda la Declaración de la Tierra de Río de 1992. Cualquier proyecto de desarrollo económico se encuentra justificado en función de su posibilidad de duración o permanencia en el largo plazo ya que todos, presentes y futuras generaciones, tiene los mismos derechos. La Carta de Río parte, principalmente, de esa interdependencia entre desarrollo y medio ambiente, que implica el concepto de desarrollo sostenible. Lo más importante tal vez sea que este concepto exige ahora claramente la reducción de la producción y el consumo insostenibles, en explícita crítica al modelo de civilización tecnocrática. Más concretamente, se proclama que los países del Norte reconozcan "la responsabilidad que les corresponde en la búsqueda internacional de un desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial".

3. La dimensión procedimental del derecho

Los intereses difusos son una peculiaridad del derecho al medio ambiente -semejante a los intereses de los trabajadores que pueden ser defendidos por los sindicatos- que se produce en cuanto los perjuicios ecológicos afectan a clases de personas (*class action*).

Por tal razón:

a) la legitimación activa en juicio puede ser ejercida por alguien que haga de representante del grupo. La diferencia con los temas laborales es la mayor amplitud del colectivo o clase afectado: toda la sociedad en cuanto afectada por el riesgo ecológico;

b) la sentencia tiene efectos para todos los perjudicados, estén o no personados o representados en el juicio.

Un grupo de acción ante los tribunales por los movimientos sociales no está basado en un derecho subjetivo en el sentido clásico, es decir, en un derecho a defender una porción de propiedad o de interés personal definido claramente, contra la intervención del gobierno o la interferencia por algún partido privado. Los derechos de acción en favor de la protección de intereses difusos son derechos procesales que hacen que un foro social sea accesible a los movimientos sociales.

El aspecto procedimental del derecho al medio ambiente guarda una gran relación con el derecho a la información tanto de los individuos frente al Estado, como de los Estados frente a las multinacionales. Exige la supresión del secreto por pretendidas razones de seguridad nacional. Su importancia se ha incrementado desde Chernobil y Bhopal, que son ejemplos de respectivos desastres provocados por empresas estatales y por multinacionales. El derecho a la información posibilita el derecho a la educación ambiental, indispensable para que el estilo de vida pase del despilfarro consumista a la sobriedad y al cuidado de la naturaleza.

En definitiva, el derecho al medio ambiente resulta inseparable de la democracia participativa, en la que el desarrollo de la personalidad de todos prima sobre los intereses del mercado. La democracia participativa ha surgido precisamente de la insatisfacción de las formas individualistas de democracia a causa de su incapacidad para atender a los problemas de calidad de vida, y de eliminar los diferentes tipos de contaminación.

BALLESTEROS LLOMPART, Jesús (catedrático de Filosofía del Derecho -Universidad de Valencia), "Ecopersonalismo y derecho al medio ambiente", en *Humana Iura -Suplemento de derechos humanos-*, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, Pamplona, n° 6, 1996, pp. 15/35.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

DOCUMENTOS

- [1]**
ACUERDO CELEBRADO CON EL GOBIERNO DEL REINO DE TAILANDIA SOBRE COOPERACION EN LOS USOS PACIFICOS DE LA ENERGIA NUCLEAR, aprobado por ley 24.861 (B.O., 16-9-1997, p. 3).
- [2]**
ACUERDO DE COOPERACION CIENTIFICA Y TECNICA SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ARMENIA, aprobado por ley 24.929 (B.O., 14-1-1998, p. 4).
- [3]**
ACUERDO DE COOPERACION RELATIVO A LOS USOS PACIFICOS DE LA ENERGIA NUCLEAR SUSCRITO CON LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA DE LA ENERGIA ATOMICA (EUROTAM), aprobado por ley 24.869 (B.O., 18-9-1997, p. 1).
- [4]**
ACUERDO SOBRE COOPERACION EN MATERIA AMBIENTAL SUSCRITO CON LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, aprobado por ley 24.930 (B.O., 14-1-1998, p. 4).
- [5]**
ACUERDO DE COOPERACION SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA SOBRE LOS USOS PACIFICOS DE LA ENERGIA NUCLEAR, aprobado por ley 24.862 (B.O., 17-9-1997, p. 1).
- [6]**
ACUERDO MARCO DE COOPERACION EN APLICACIONES PACIFICAS DE CIENCIA Y TECNOLOGIA ESPECIALES SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, aprobado por ley 24.925 (B.O., 14-1-1998, p.1).
- [7]**
ACUERDO SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COREA SOBRE COOPERACION EN LOS USOS PACIFICOS DE LA ENERGIA NUCLEAR, aprobado por ley 24.860 (B.O., 16-9-1997, p. 2).
- [8]**
ACUERDO SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA SOCIALISTA DE VIETNAM SOBRE COOPERACION ECONOMICA Y COMERCIAL, aprobado por ley 24.859 (B.O., 16-9-1997, p. 1).
- [9]**
ACUERDO SUSCRITO CON EL GOBIERNO DEL REINO DE MARRUECOS PARA LA PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES, aprobado por ley 24.890 (B.O., 9-12-1997, p. 1).
- [10]**
CONSTITUCION Y CONVENIO DE LA UNION INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (U.I.T.), aprobados por ley 24.848 (B.O., 15-9-1997).
- [11]**

CONVENCION DE UNIDROIT SOBRE LA DEVOLUCION INTERNACIONAL DE BIENES CULTURALES ROBADOS O ILCITAMENTE EXPORTADOS (Roma, 24-6-1995, en *Revue Critique de Droit International Privé*, Ed. Sirey, París, tomo 86, n° 2, abril-junio 1997, p. 282/90).

[12]

CONVENIO BASICO DE COOPERACION TECNICA Y CIENTIFICA SUSCRIPTO CON EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, aprobado por ley 24.894 (B.O., 9-12-1997, p. 3).

[13]

CONVENIO CONSTITUTIVO DE CREACION DE LA COMISION BICAMERAL DE CASCOS BLANCOS SUSCRIPTO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE BOLIVIA, aprobado por ley 24.928 (B.O., 14-1-1998, p. 3).

[14]

CONVENIO SUSCRIPTO CON LA FEDERACION INTERNACIONAL DE SOCIEDADES DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA RELATIVO AL ESTATUTO LEGAL DE LA DELEGACION REGIONAL PARA EL CONO SUR DE LA FEDERACION EN ARGENTINA, aprobado por ley 24.927 (B.O., 14-1-1998, p. 2).

[15]

DECLARACION CONJUNTA EN MATERIA DE REDUCCION DE LA DEMANDA DE DROGAS Y SOBRE EL CONTROL DEL TRAFICO ILCITO DE ESTUPEFACIENTES Y DELITOS CONEXOS, FIRMADA ENTRE LA SECRETARIA DE PROGRAMACION PARA LA PREVENCION DE LA DROGADICCION Y LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRAFICO Y LA OFICINA NACIONAL DE POLITICAS DE CONTROL DE DROGAS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, aprobado por decreto 98/98 (B.O., 29-1-1998, p.4).

[16]

INFORME N° 38/96. CASO 10.506: ARGENTINA. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (informe anual de la C.I.D.H., 15-10-1996, p. 52).

[17]

PROTOCOLO DE COLONIA PARA LA PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES EN EL MERCOSUR, aprobado por ley 24.891 (B.O., 9-12-1997, p. 4).

NOTICIAS

[1]

DERECHO AMBIENTAL. DERECHO COMUNITARIO. DIRECTIVAS (NOTICIAS/COMUNIDAD EUROPEA).

Reseña de la Directiva 96/62/CE del Consejo, del 27 de septiembre de 1996, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente (publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 21-11-1996).

CONTERAS, Eva y FORTUN, Alberto, "Derecho de la Comunidad Europea", en *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1997, 2, p. 203.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[2]

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. CONVENCIONES. RATIFICACIÓN (NOTICIAS/CONFERENCIA DE LA HAYA).

Conferencia de La Haya de derecho internacional privado. Nuevas convenciones (1951-1996). Estado de las firmas y ratificaciones al 1-3-1997.

Revue critique de droit international privé, Sirey, París, tomo 86, n° 1, enero-marzo 1997, pp. 158/193.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[3]

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. LEGISLACIÓN (NOTICIAS/RUSIA).

El estado actual de la legislación rusa en materia de derecho internacional privado.

BOGDANOVA, Natalia, en *Revue critique de droit international privé*, Sirey, París, tomo 86, n° 1, enero-marzo 1997, pp. 139/157.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[4]

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS. EXEQUATUR (NOTICIAS/ITALIA).

Después de un año y medio de retraso, ha entrado en vigor el título IV de la ley italiana de derecho internacional privado, concerniente, principal aunque no exclusivamente, al reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras. Una de sus innovaciones más importantes es la introducción del principio de reconocimiento de pleno derecho de las decisiones extranjeras, que son en adelante reconocidas en Italia independientemente de todo

exequatur si satisfacen las condiciones de regularidad enumeradas en la ley.

BONOMI, Andrea, "Le nouveau système de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en Italie", en *Revue critique de droit international privé*, Sirey, París, tomo 86, n° 2, abril-junio 1997, pp. 372/379.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[5]

IMPUESTOS. DERECHO COMUNITARIO. JURISPRUDENCIA FISCAL (NOTICIAS/COMUNIDAD EUROPEA).

Crónica de jurisprudencia fiscal europea, 1-5-1993 al 31-12-1996 (**1a. parte:** El contencioso de la discriminación. I. El contencioso de la discriminación en materia de fiscalidad directa. A. El contenido de la jurisprudencia relativa a la fiscalidad directa. 1. La prohibición de discriminar fiscalmente. 2. Los límites a la prohibición de discriminar. B. Los alcances de esta jurisprudencia. 1. La interpretación de derecho comunitario. 2. La aplicación de la jurisprudencia en derecho nacional. II. El contencioso de la discriminación en materia de fiscalidad indirecta. A. Campo de aplicación de la regla fiscal. B. La fiscalidad de los alcoholes. C. La fiscalidad de los automóviles: el asunto de la *supervignette*. D. El contencioso de las tasas parafiscales. **2a. parte:** El contencioso nacional de recuperación de las tasas ilícitas. **3a. parte:** El contencioso de la armonización. I. El régimen legal de los dividendos. II. El régimen del derecho de aporte de bienes. III. El régimen del impuesto sobre el valor agregado. A. Campo de aplicación. B. Calificación. C. Territorialidad. D. Reglas de eximición. E. Base de imposición. F. Las tasas. G. Régimen de deducciones).

BERLIN, Dominique (Profesora en la Universidad Panthéon-Sorbonne, París I), "Chronique de jurisprudence fiscale européenne (1er. mai 1993 - 31 décembre 1996)", en *Revue trimestrielle de droit européen*, Sirey, París, n° 1, enero-marzo 1997, pp. 103/169 (1a. y 2a. parte), y n° 2, abril-junio 1997, pp. 299/344 (3a. parte).

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[6]

MENORES. PROTECCIÓN. DELINCUENCIA JUVENIL. PROCESO PENAL. MINISTERIO PÚBLICO (NOTICIAS/FRANCIA).

El derecho penal de menores, en el plano procesal, se encuentra todavía regido por la ley del 2 de febrero de 1945, que ha sido superada. Es por ello que numerosas reformas han sido introducidas en este terreno, como la de 1996. El objetivo principal de esta ley ha sido la de evitar la lentitud procesal cuyas consecuencias son nefastas, sobre todo en el ámbito de la minoridad que impone una respuesta judicial rápida. La aceleración del procedimiento ha sido alcanzada y, a este respecto, el rol del Ministerio Público ha sido reforzado. Pero, fuera de esta aceleración, el legislador ha procedido a una reelaboración del procedimiento a fin de tomar en consideración, de mejor manera, los nuevos imperativos de la reacción judicial frente a la delincuencia infantil.

COLONNA D'ISTRIA, Hélène, "Réflexions sur la loi du 1er. juillet 1996 relative à l'enfance

[7]

MINISTERIO PÚBLICO. FISCALÍA. FUNCIONES. INDEPENDENCIA. TRANSFORMACIÓN HISTÓRICA (NOTICIAS/CUBA).

El recorrido político cubano ha venido a conformarse a lo largo de la historia reciente en una serie de acontecimientos que han diferenciado esencialmente sus instituciones de las del resto de Iberoamérica. Un caso peculiar, por la forma en que fue concebido y la transformación que ha ido sufriendo en las últimas décadas, ha sido el del Ministerio Fiscal o, como luego se llamaría, la Fiscalía.

1. El Ministerio Fiscal cubano hasta la Constitución de 1976.

1.1. Tanto la Constitución de 1934 como la de 1940 -esta última con mayor detalle-, dedicaron uno de sus títulos al Ministerio Fiscal (**MF**). Para ambas, el **MF** debía ser independiente, tratando la última -además- la inamovilidad de los fiscales. Así, mientras la norma de 1934 confería al Presidente de la República la facultad de designar a los fiscales de Audiencias y Tribunal Supremo, y al Teniente Fiscal del cuerpo, la Constitución de 1940 limitó dicho poder al nombramiento y remoción del Fiscal del Tribunal Supremo.

1.2. Apenas hay cambios tras la aprobación de la primer Ley Fundamental del período revolucionario -7 de febrero de 1959-. La figura del **MF** era regulada en las secciones primera y quinta del Título XII "Del Poder Judicial", determinando que: a) los jueces y fiscales eran independientes en el ejercicio de sus funciones y no debían obedecer más que la ley; b) el **MF** representaba al pueblo ante la administración de justicia y tenía como finalidad primordial vigilar el cumplimiento de la Constitución; c) los funcionarios del **MF** eran inamovibles e independientes en sus fines, con excepción del Fiscal del Tribunal Supremo, que era nombrado y removido libremente por el Presidente de la República, manteniéndose la facultad ya otorgada por la Constitución de 1940. El mencionado Fiscal debía reunir las condiciones exigidas para ser Magistrado del Tribunal Supremo. Los Tenientes Fiscales del propio Tribunal y los fiscales de los demás tribunales debían ser cubanos de nacimiento, haber cumplido los 25 años de edad y hallarse en el pleno goce de los derechos civiles y políticos. Los funcionarios judiciales y del **MF**, los abogados de oficio, así como sus auxiliares y subalternos, eran inamovibles. Por ello, no podían ser suspendidos ni separados sino por razón de delito u otra causa grave debidamente acreditada, y siempre con audiencia del inculcado, lo que podía ocurrir en cualquier estado del expediente.

En resumen, apenas hay un cambio en la estructura de la administración de justicia post-revolucionaria y, por tanto, la Fiscalía continuó guardando los rasgos anteriores definidos por la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial, la que fue modificada a medida que la dinámica del nuevo régimen lo consideró necesario.

2. La Fiscalía Socialista.

2.1. En 1973 -año en que se promulgó la ley 1250 de Organización del Sistema Judicial, que derogó la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial-, mientras los tribunales no cambiaron su estructura, la Fiscalía sufrió una evolución a través de grupos de trabajo formados por fiscales del Tribunal Supremo y de la Fiscalía Provincial de La Habana, incidiendo de manera específica el modelo de Procuraduría de los países socialistas como la Unión Soviética y Bulgaria (a la experiencia de este último país se daba particular atención porque tenía la misma

extensión territorial y población que Cuba).

2.2. A partir de la Constitución de 1976 -segunda del régimen revolucionario- se decidió avanzar en la autonomía del Ministerio Público y acercarlo al modelo que estaba en vigor en la Unión Soviética y en los países del Este (es de aclarar que, un año antes de proclamada la nueva Ley Fundamental, la Fiscalía había pasado a ser administrada por el Ministerio de Justicia). Este decisivo paso hacia la conformación actual de la Fiscalía, estuvo en manos de la Ley de Organización del Sistema Judicial -que la independizaba jurídica y administrativamente- y el Reglamento de la Fiscalía General de la República (se eliminó la denominación Ministerio Fiscal).

Dicha Constitución dedicaba cuatro artículos a la función fiscal. El objetivo primordial de la Fiscalía General de la República (**FGR**) se centraba en el ejercicio del control de la legalidad socialista sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la ley por los ciudadanos. De esta manera, se aplicaba la concepción leninista que confería al Fiscal la responsabilidad de realizar el control de la observancia rigurosa de la legalidad en todo el territorio -la *Prokuratura* soviética-.

Son funciones de la **FGR**:

- agotar las medidas legales para perseguir y obtener la sanción de quienes atenten contra la independencia y la soberanía del Estado o contra sus intereses políticos y económicos;

- informar, en el ejercicio de la función de vigilancia, al órgano superior al que haya dictado una disposición o resolución o ejecutado un acto que estime ilegal, a los efectos de que adopte las medidas que procedan -los organismos que reciban requerimientos del Fiscal deben responderle en el término de veinte días, bajo apercibimiento de comunicarlo al superior o, en su caso, al Consejo de Ministros-;

- actuar cuando se trate de actos contrarios a las leyes que dimanen de organismos del Estado, mediante los procedimientos legales, con el fin de que se restablezca la disposición quebrantada, sin perjuicio de la acción que corresponda al particular afectado para reclamar el reconocimiento real y efectivo del derecho vulnerado;

- ejercitar la acción penal contra los funcionarios que infrinjan con sus disposiciones las leyes vigentes, cuando las infracciones cometidas sean perseguibles de oficio, o proponer medidas administrativas al superior de éstos si la infracción no diera origen a un proceso penal;

- ejercer, siempre conforme a las leyes, la acción pública en procesos penales; representar el interés público en todos los procesos en que deba intervenir; ejercer las funciones que las leyes de procedimiento le atribuyan en cada caso;

- velar por el cumplimiento de las sentencias penales, a cuyo fin los fiscales tienen el derecho y el deber de visitar los establecimientos penitenciarios para inspeccionar si las sanciones se cumplen en la forma en que fueron impuestas;

- participar en la lucha contra toda manifestación de delincuencia, adoptando las medidas necesarias a ese efecto; requerir a las autoridades y funcionarios de cualquier clase el auxilio necesario para el ejercicio de sus funciones;

- proponer a la Asamblea Nacional del Poder Popular o al Consejo de Estado y, en su caso, al Consejo de Ministros, las medidas que considere necesarias para la más efectiva observancia de la legalidad socialista;

- realizar en los organismos del Estado, empresas y otras dependencias, verificaciones sobre el cumplimiento de las leyes, de oficio o cuando recibiese información o denuncia sobre presuntas violaciones de la legalidad, y

- cualquier otra función que la ley le confiera.

2.3. La segunda Constitución de la era revolucionaria señala en su art. 131: "la Fiscalía de la República constituye una unidad orgánica subordinada únicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado. El Fiscal General de la República recibe

instrucciones directas del Consejo de Estado. Al Fiscal General de la República corresponde la dirección y reglamentación de la actividad de la fiscalía en todo el territorio nacional. El Fiscal General de la República es miembro del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Los órganos de la Fiscalía están estructurados verticalmente en toda la nación, están subordinados sólo a la **FGR** y son independientes de todo órgano local".

Si bien la Fiscalía se somete a una doble subordinación -legislativa y ejecutiva-, el Fiscal General sólo puede recibir órdenes directas del ejecutivo -Consejo de Estado-. Sin perjuicio de ello, el Fiscal General forma parte del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que es el órgano que ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, toma decisiones y dicta normas de obligado cumplimiento por todos los tribunales populares e imparte instrucciones de carácter obligatorio, entre otras funciones (art. 124).

La Constitución se ocupa, asimismo, de la elección del Fiscal General de la República y los vicefiscales generales, cuyo nombramiento y revocación corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular (art. 132). El Consejo de Estado, a propuesta del Fiscal General, designa a los fiscales de la Fiscalía General, y el Fiscal, a su vez, nombra a los fiscales jefes provinciales y a los demás fiscales provinciales y municipales.

La revocación del Fiscal General de la República es decidida por la Asamblea Nacional a propuesta del Presidente del Consejo de Estado y jefe de gobierno, sin necesidad de causa expresa.

En resumen, la Constitución de 1976 viene a crear la figura socialista del Fiscal, dependiente en su nombramiento del legislativo y dirigido en su actuación por el ejecutivo. Se elimina de esta manera la regulación esencial del Ministerio Fiscal tal y como se articulaba en la legislación anterior, especialmente en cuanto a su dependencia y la elección de los fiscales.

3. Un nuevo modelo de Fiscalía.

En la actualidad, está avanzado el proceso de elaboración de una nueva normativa para la Fiscalía cubana. Según se conoce, en muchos de sus métodos y funciones va a incrementarse el acercamiento del fiscal al ombudsman occidental. Al mismo tiempo, se dará un paso más en la independencia del cuerpo y en la autoridad de sus dictámenes finales a favor de la legalidad que, en principio, serían de obligado cumplimiento, con fuerza vinculante, hasta que se diese la oportuna resolución judicial.

Si entra en vigor la nueva norma en estos términos, se creará en Cuba un superórgano vigilante de la ley.

MARTINEZ DALMAU, Rubén (miembro del *Centre d'Estudis Polítics i Socials* - CEPS), "El Ministerio Fiscal en Cuba", en *Àgora, Revista de Ciències Socials*, CEPS, Valencia, 1997, n° 3, pp. 103/111.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[8]

PERSONA HUMANA. DERECHO A LA VIDA. EMBRIONES. FETOS. TEJIDOS DEL CUERPO HUMANO. DONACIÓN. UTILIZACIÓN. BIOÉTICA (NOTICIAS/ESPAÑA).

El Grupo Parlamentario Popular formuló recurso de inconstitucionalidad contra la ley 42/88 de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, por supuesta vulneración del derecho fundamental a la vida, por violar la reserva de Ley Orgánica constitucionalmente establecida, así como los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad. El Tribunal Constitucional rechazó los sucesivos argumentos impugnatorios confirmando la constitucionalidad de la ley.

"En cuanto al derecho a la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino ante un bien jurídico protegido constitucionalmente como parte del contenido normativo del art. 15". La protección de la vida del *nasciturus* implica para el Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva y que, dado su carácter fundamental, incluya también como última garantía las normas penales.

A juicio del Tribunal Constitucional, la ley en cuestión no vulnera ese derecho fundamental, en la medida en que su presupuesto primordial, implícito y constante, es el carácter cuanto menos no viable de los embriones y fetos humanos, abortados, frustrados e incapaces para desarrollarse y llegar a ser una "persona" en el sentido del art. 10.1 de la Constitución.

La ley se enfrenta con la realidad de la existencia de embriones y fetos humanos, ya sean muertos o no viables, susceptibles de utilización con fines de diagnóstico, terapéuticos, de investigación o experimentación, pretendiendo abordar esta realidad de modo acorde con la dignidad de la persona, ya que las puntuales referencias a fetos humanos van todas ellas dirigidas, en principio, a preservar su viabilidad, es decir, a prevenir o evitar que ésta pueda frustrarse.

En relación a las donaciones, se trata propiamente de la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneratoria. No es admisible que cada interdicción de la ley deba tener la correspondiente sanción penal, máxime con la nueva regulación en el Código Penal de los delitos relativos a la manipulación genética.

Con respecto a la exigencia de Ley Orgánica, el entendimiento estricto de la reserva impide que se extienda más allá del ámbito propio del derecho fundamental a la vida. El Tribunal rechaza también, por un lado, la alegada infracción del principio de seguridad jurídica, que sólo aparecería si se generara en sus destinatarios una incertidumbre radicalmente insubsanable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, y, por el otro, la supuesta arbitrariedad, únicamente apreciable en el supuesto que la norma careciera de toda explicación racional.

GUIMORI, Tomás, "Síntesi de les sentències més importants publicades dins del primer trimestre de 1997" (sentencia del Tribunal Constitucional n° 212/96, del 19/12/1996), en *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1997, 3, pp. 838/839.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[9]

PODER JUDICIAL. ORGANIZACIÓN Y CARACTERES. JUECES (NOTICIAS/ISRAEL).

1. Funciones y estructura

Los tribunales de derecho constituyen una unidad separada e independiente dentro del Ministerio de Justicia. El Director de Tribunales es un juez, designado por el Ministro de Justicia en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Sección 82 de la Ley de Tribunales (Texto Consolidado) 5744-1984; responde ante el Ministro por el funcionamiento adecuado de las diversas instancias judiciales.

El Directorio de Tribunales está presidido por el Director de Tribunales -que es el presidente de un Tribunal de Distrito-, por un Vicedirector -que es un juez de Tribunal de Magistrados- y por un Director Asistente Senior para la Administración. Este Directorio se ocupa del funcionamiento adecuado del sistema judicial. Desarrolla actividades en varias áreas, las más importantes de las cuales son: sistemas y cómputos; controles internos y auditoría; planeamiento, organización y presupuesto; personal, suministros, mantenimiento y construcción; finanzas y contabilidad; servicios de entrenamiento y biblioteca; asistencia jurídica a países extranjeros; relaciones públicas y seguridad.

2. El Poder Judicial

El Poder Judicial de Israel garantiza -como en otros países- el imperio de la ley y la vigencia de los derechos individuales. Sin embargo, la inexistencia de una constitución escrita completa que incluya una declaración de derechos, sumada a algunas regulaciones que siguen vigentes del régimen británico y a las amplias atribuciones que tiene el Poder Legislativo, ubican al Poder Judicial de Israel en una posición más importante y delicada.

Está integrado por dos tipos de tribunales: 1) los tribunales de derecho general, llamados tribunales civiles u ordinarios, que tienen una competencia general, y 2) los otros tribunales y organismos que tienen atribuciones judiciales y que, a diferencia de los anteriores, tienen una competencia limitada en razón de la materia o de las personas, o por ambos criterios.

3. Tribunales de Derecho General

Israel es un Estado unitario con un único sistema de tribunales de derecho general. La Ley Básica, en la parte correspondiente al Poder Judicial, establece tres niveles de tribunales: la Suprema Corte, los Tribunales de Distrito y los Tribunales de Magistrados. Las dos últimas categorías entienden en primera instancia, y, en algunos supuestos, como tribunales de grado intermedio, mientras que la Suprema Corte es esencialmente un tribunal de alzada, que también actúa como Alto Tribunal de Justicia. En Israel no existe el juicio por jurados.

3.1. Los Tribunales de Magistrados

Los Tribunales de Magistrados son los tribunales básicos de primera instancia de Israel. Tienen competencia para entender en materia penal cuando se acusa a una persona de un delito que tiene prevista una pena de hasta 7 años de prisión. En materia civil, entienden en las causas en que el monto demandado no excede de 1 millón de shekels (aproximadamente 300.000 pesos). También resuelven las causas que versan sobre uso y posesión de inmuebles, y actúan como tribunales municipales de faltas, de familia y de menor cuantía.

En general, en cada caso interviene sólo un juez, a menos que el Presidente del Tribunal de Magistrados ordene que sea resuelto por un panel de tres jueces. En Israel existen 29 Tribunales de Magistrados, cada uno de los cuales tiene jurisdicción en la localidad en donde tiene su asiento y en la totalidad del distrito en que se encuentra.

3.2. Tribunales de distrito

Los Tribunales de Distrito son los tribunales de grado intermedio del Poder Judicial israelí. Tienen competencia para entender en todas las materias que no caigan dentro de la jurisdicción exclusiva de otro tribunal. En materia criminal, entienden en los casos en que el acusado se enfrenta a una posible condena de más de 7 años de prisión. En materia civil, resuelven las causas en que el monto reclamado es superior a 1 millón de shekels. Intervienen,

asimismo, en causas relativas a empresas y consorcios, arbitrajes, peticiones de presos, y en las apelaciones de causas impositivas. Juzgan también las apelaciones de las decisiones de los Tribunales de Magistrados.

En general, cada panel está integrado por un solo juez, pero este número aumenta a tres cuando el tribunal entiende en apelaciones de las decisiones de los Tribunales de Magistrados, o cuando una persona es acusada de un delito que tiene prevista una pena de 10 o más años de cárcel, o cuando el Presidente o Vicepresidente del Tribunal de Distrito así lo dispone. En Israel existen 5 tribunales de este tipo: en Jerusalem, Tel Aviv, Haifa, Beersheva y Nazareth.

3.3. La Suprema Corte

La Suprema Corte tiene competencia para entender en las apelaciones de las sentencias civiles o penales dictadas por los Tribunales de Distrito. Las cuestiones de derecho de los casos en que originariamente intervino un Tribunal de Distrito pueden ser apelados ante la Suprema Corte. Otros aspectos de una decisión sólo pueden apelarse con autorización de la Suprema Corte.

Tiene competencia especial para entender por apelación en materia de elecciones del Knesset, de las decisiones de la Comisión de Servicio Civil, de las medidas disciplinarias impuestas por la *Israel Bar Association*, de detenciones administrativas y en las apelaciones de los presos vinculadas a peticiones formuladas ante un Tribunal de Distrito.

El número de miembros de la Suprema Corte se fija mediante resolución del Knesset. Actualmente este tribunal cuenta con 14 miembros. De acuerdo a la costumbre, el miembro que tiene mayor antigüedad es el Presidente del tribunal y el que le sigue, Vicepresidente. El Presidente de la Corte encabeza todo el sistema judicial de Israel.

La Suprema Corte generalmente funciona dividida en paneles de 3 jueces. El Presidente o Vicepresidente de la Corte tienen atribuciones para ampliar a cualquier número impar la cantidad de integrantes de un panel. Además, cada panel puede decidir aumentar el número de sus integrantes. La Corte también puede decidir convocar a una "audiencia adicional", para que un panel de 5 o más jueces vuelvan a intervenir en un caso ya resuelto por un panel más pequeño de la Suprema Corte. Un solo juez puede entender en los pedidos de *injunctions*, órdenes temporarias de no hacer y otras medidas cautelares o provisionales, con ciertas restricciones. Un solo juez puede entender en las apelaciones de las medidas cautelares dictadas por un Tribunal de Distrito o del veredicto de un juez de un Tribunal de Distrito que ha entendido en una apelación de un caso resuelto por un Tribunal de Magistrados.

El Presidente o Vicepresidente de la Suprema Corte pueden ordenar que la Suprema Corte, o un Tribunal de Distrito constituido a ese efecto, vuelva a juzgar una causa criminal en que se ha dictado el veredicto final, si:

a) se ha brindado un falso testimonio o presentado documentos adulterados y existen fundamentos para suponer que, de no haber existido dicha prueba, el resultado del proceso hubiera sido diferente y más favorable al acusado;

b) se han descubierto nuevos hechos o pruebas que, por sí mismas o en combinación con el material originariamente presentado ante el tribunal, probablemente modifiquen el resultado del juicio en beneficio del acusado, y que, al tiempo en que tramitó el juicio anterior, no podían haber sido poseídos o conocidos por el acusado;

c) con posterioridad al dictado de dicho veredicto, se ha condenado a otra persona por el mismo delito, y las circunstancias acreditadas en el juicio de dicha persona indican que la originalmente condenada no cometió el delito. El pedido de un nuevo juicio puede ser presentado por el acusado o por el Procurador General.

3.4. Alto Tribunal de Justicia

La Suprema Corte también actúa como Alto Tribunal de Justicia. Esta función es exclusiva del sistema israelí porque, en su calidad de Alto Tribunal de Justicia, la Suprema Corte actúa como tribunal de primera y última instancia. El Alto Tribunal de Justicia ejerce el

poder de revisión judicial sobre las otras Ramas del gobierno, y tiene competencia para entender en "las materias en que considere necesario brindar una reparación en interés de la justicia, y siempre que no caigan dentro de la competencia de ningún otro tribunal".

Como Alto Tribunal de Justicia, la Suprema Corte entiende en más de 1.000 peticiones por año. Frecuentemente estos casos son de perfil alto, en donde se impugnan actos de altos funcionarios del gobierno. A través de esta competencia, la Suprema Corte mantiene el imperio de la ley y fortalece los derechos humanos.

La Suprema Corte, actuando como Alto Tribunal de Justicia, tiene atribuciones para ordenar la liberación de personas ilícitamente detenidas o encarceladas; para instruir a las autoridades estatales o locales y a otros organismos y personas que tienen obligaciones públicas establecidas por ley, a que las cumplan o para eximirlos de dicho cumplimiento y, cuando han sido elegidos o designados en forma ilícita, que no actúen; puede ordenar a los tribunales, organismos y personas que tienen atribuciones judiciales o cuasi-judiciales que entiendan en una determinada cuestión o que se abstengan de juzgar o de continuar interviniendo en ella, y anular los procedimientos que han tramitado o las decisiones adoptadas ilícitamente.

También puede ordenar a los tribunales religiosos que entiendan en cierta materia de su competencia o que se abstengan de intervenir o de continuar interviniendo en una materia que no caiga dentro de su ámbito de competencia. Sin embargo, no necesita considerar los recursos que se le plantean si el peticionante no formuló la cuestión de competencia en la primera oportunidad posible. No obstante, si el peticionante no tuvo una oportunidad razonable de apelar antes de que el tribunal religioso haya dictado su decisión, el tribunal civil tiene facultades para anular el procedimiento tramitado, o la decisión adoptada por el tribunal religioso sin tener competencia en la materia.

4. Tribunales con competencia limitada

El sistema jurídico israelí reconoce diversos tipos de tribunales, de los cuales los más importantes son los Tribunales Militares, los Tribunales de Trabajo y los Tribunales Religiosos. Estos tribunales se distinguen de casi todos los otros en términos de la competencia que tienen en razón de la materia y de las personas. Cada tribunal constituye un sistema judicial que tiene una administración independiente y su propio sistema de apelación que incluye jueces con entrenamiento jurídico.

4.1. Tribunales Militares

Los Tribunales Militares fueron creados por la Ley de Justicia Militar de 1955 y son competentes para juzgar a los soldados por delitos militares y civiles. Dado que la definición de "soldado" que contiene esta norma incluye a los integrantes de las fuerzas armadas regulares -tanto los de carrera como los que han sido alistados en forma compulsiva- y a los de las fuerzas de reserva mientras prestan servicios activos, es relativamente amplia la categoría de personas alcanzada por esta jurisdicción. Los empleados civiles que prestan servicio para las fuerzas armadas y los prisioneros de guerra también están sujetos a su jurisdicción, con ciertas limitaciones. El sistema de Tribunales Militares está integrado por tribunales inferiores y por una Corte Militar de Apelaciones. Los tribunales de primera instancia están integrados por dos oficiales que actúan como jueces y por un juez que preside el tribunal y que tiene entrenamiento jurídico. La Corte de Apelaciones funciona en paneles de tres miembros, excepto en los casos capitales o cuando el Presidente del tribunal o el Procurador General del ejército piden un panel con un mayor número de integrantes (en estos casos, el panel es de cinco miembros). En supuestos específicos, las decisiones de los Tribunales Militares pueden ser apeladas directamente ante la Suprema Corte.

4.2. Tribunales Laborales

El Knesset estableció los Tribunales Laborales en 1969, al reconocer que el derecho

laboral necesita su propio sistema judicial para facilitar la consolidación de la experiencia acumulada, a través de los usos y costumbres y de las decisiones adoptadas en el área, y para interpretar las leyes laborales. Los Tribunales Laborales están integrados por los Tribunales Regionales y por el Tribunal Nacional: los primeros actúan como tribunales de primera instancia, mientras que el segundo entiende en las apelaciones. Este último también actúa como tribunal de primera instancia en las causas que se suscitan entre dos sindicatos de trabajadores o dos organizaciones patronales, fundadas en "cuestiones vinculadas a las relaciones laborales", y en las disputas entre las partes de un convenio colectivo fundadas en la existencia, aplicación, interpretación, implementación o violación de sus cláusulas o en cualquier otro aspecto del convenio. Los Tribunales Laborales tiene competencia para juzgar ofensas a varias leyes, siendo las decisiones respectivas las únicas directamente apelables ante la Suprema Corte. Sin embargo, como el Alto Tribunal de Justicia tiene competencia para revisar cualquier decisión de un tribunal laboral, en los hechos la Suprema Corte funciona como un cuasi-tribunal de apelación de los tribunales laborales. Los Tribunales Regionales funcionan en paneles de tres miembros: un juez y dos "representantes públicos" (un representante de los empleados y uno de los empleadores). El Tribunal Nacional funciona en paneles de tres, cinco o siete miembros, según la materia en litigio. Está integrado por jueces profesionales y por representantes de los empleados y de los empleadores.

4.3. Tribunales Religiosos

Mientras los Tribunales Militares y Laborales funcionan también en otros países, los Religiosos sólo existen en Israel. El sistema jurídico israelí es el único dentro de los modernos que utiliza diversas leyes de estatus personal en el área del derecho de familia, que son aplicadas por los Tribunales Religiosos. Este fenómeno tiene raíces históricas y políticas: existía durante el régimen otomano y subsistió cuando los británicos conquistaron el país.

La fuente básica de la aplicación de las leyes de estatus personal y de la competencia de los diversos tribunales religiosos se encuentra en la *Palestine Order in Council* de 1922. Esta Orden dispone que "la competencia para entender en cuestiones de estatus personal será ejercida... por los tribunales de las comunidades religiosas".

La Orden también confiere competencia a los Tribunales de Distrito para entender en las cuestiones de estatus personal de los extranjeros que no sean musulmanes, disponiendo que "aplicarán la ley personal de las partes comprometidas". La "ley personal" de los extranjeros es la "de su nacionalidad". Según la jurisprudencia, en los casos relativos a los no extranjeros, "los tribunales... tienen... que aplicar la ley religiosa o comunal de las partes".

La *Palestine Order in Council* reconoció once comunidades religiosas: judía, musulmana y nueve denominaciones cristianas. El gobierno israelí agregó a esta lista la Iglesia Evangélica Prebiteriana y la Ba'hai. El Knesset también aprobó una ley dando jurisdicción a los Tribunales Religiosos druzos.

4.4. Tribunales Administrativos

En Israel, al igual que en muchos otros sistemas jurídicos occidentales, existe una creciente tendencia a poner cuestiones jurídicas específicas en manos de Tribunales Administrativos especializados que cumplen importantes funciones cuasi-judiciales.

El tipo más antiguo y común de Tribunal Administrativo es el destinado a actuar como tribunal de apelación de las agencias administrativas que determinan los beneficios sociales, la responsabilidad impositiva o la compensación por los perjuicios sufridos. Entre los muchos ejemplos de esta categoría se encuentra el tribunal que entiende en las apelaciones por compensación de los perjuicios sufridos en el servicio militar, y el tribunal que entiende en las apelaciones relativas a la responsabilidad por el impuesto al patrimonio.

Más recientemente, el Knesset ha establecido tribunales con funciones cuasi-judiciales más amplias. De este modo, el Tribunal de Contratos de Forma Estándar considera las acciones fundadas en la inserción de términos desleales en los contratos mencionados, y el Tribunal de

Prácticas Comerciales Restringidas juega un rol importante al tomar decisiones en toda la gama de prácticas no competitivas.

4.5. Revisión de la actuación de los Tribunales Especiales por parte de la Suprema Corte

La Suprema Corte supervisa la actuación todos los tribunales que están fuera del ámbito de los tribunales generales de derecho, garantizando que cada una de estas instituciones especiales no esté completamente separada del sistema judicial ordinario. La supervisión se implementa a través de una apelación o de una petición al Alto Tribunal de Justicia. La Ley Básica, en la parte relativa al Poder Judicial, otorga a la Suprema Corte, cuando actúa como Alto Tribunal de Justicia, competencia para "ordenar a los Tribunales de Derecho, a los Tribunales y organismos y personas a los que la ley confiere atribuciones judiciales o cuasi-judiciales... que entiendan, que se abstengan de intervenir, o que sigan interviniendo en una determinada cuestión, o que anulen un procedimiento que ha tramitado en forma inadecuada o una decisión adoptada indebidamente". La misma sección otorga al Alto Tribunal de Justicia un poder más limitado en relación a los Tribunales Religiosos.

5. Independencia del Poder Judicial

El éxito que el sistema judicial israelí, con la Suprema Corte a la cabeza, ha tenido en la implementación del régimen de derecho y en la defensa de los derechos civiles obedece, en gran parte, a la independencia sustantiva y personal que se otorga a los jueces. La independencia sustantiva surge de la Ley Básica, en la parte relativa al Poder Judicial: "una persona a quien se ha atribuido funciones judiciales sólo estará sujeta, en relación a las cuestiones judiciales, a la ley". Debe destacarse que el texto de esta sección se aplica a toda persona que tiene atribuciones judiciales y no sólo a los jueces que integran los tribunales ordinarios de derecho.

Además de la independencia sustantiva, los jueces tienen una amplia independencia personal que comienza con el procedimiento para la selección y continúa mientras permanecen en el cargo.

Los jueces son seleccionados por el Comité de Selección Judicial que está integrado por nueve miembros: el Ministro de Justicia (Presidente), otro miembro del gabinete, el Presidente de la Suprema Corte, otros dos miembros de dicho Tribunal, dos miembros del Knesset, y dos representantes de la *Israel Bar Association*. Los tres poderes del gobierno y los abogados están, como se observa, representados en el Comité. La mayoría de los miembros del Comité son abogados: los tres miembros de la Suprema Corte y los dos representantes del colegio de abogados. Los candidatos pueden ser propuestos por el Presidente del Comité, el Presidente de la Suprema Corte o por otros tres miembros de este organismo. Para nombrar a un candidato se requiere el voto favorable de la mayoría de los integrantes del Comité.

Para ser elegido juez del Tribunal de Magistrados, un candidato debe estar inscripto, o tener derecho a estar inscripto, como miembro de la *Israel Bar Association* y tener al menos 3 años de experiencia como abogado, sea (a) en el ejercicio privado; (b) cumpliendo una función jurídica al servicio del Estado; o (c) enseñando derecho. Para ser designado juez de un Tribunal de Distrito, hay que tener al menos 4 años de experiencia como juez de un Tribunal de Magistrados, o al menos 6 años de experiencia como abogado. Los jueces de la Suprema Corte deben haberse desempeñado al menos 5 años en un Tribunal de Distrito, o tener al menos 10 años de experiencia como abogados o calificar como "juristas eminentes" (una categoría especial que se usó sólo una vez en la historia de la Suprema Corte). En la práctica, las designaciones judiciales son apolíticas. Los jueces son seleccionados con base en las calificaciones profesionales. Como en Israel no existen jurados, el juez es el único que toma decisiones en un proceso judicial.

La independencia judicial existe mientras un juez permanece en el cargo. La designación como juez tiene carácter permanente y sólo expira con el retiro obligatorio a los 70

años, una edad más avanzada que la fijada como límite para otros cargos públicos. Los jueces gozan de una inmunidad similar a la de los miembros del Knesset. No pueden ser removidos del cargo sino por decisión del Tribunal de Disciplina, integrado por jueces designados por el Presidente de la Suprema Corte, a propuesta del Ministro de Justicia. La decisión del Comité debe contar con el apoyo de 7 de sus 9 miembros. Los salarios y pensiones judiciales son fijadas por un comité del Knesset y no puede aprobarse ninguna ley dirigida a reducirlos. De acuerdo a lo dispuesto por ley, los miembros de la Suprema Corte reciben igual remuneración que los ministros del gabinete, y el Presidente de la Suprema Corte recibe la misma que el Primer Ministro.

Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel, Internet.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[10]

SOCIEDAD DE LEGISLACIÓN COMPARADA. XVI JORNADA FRANCO-LATINOAMERICANA (NOTICIA/FRANCIA).

La Sociedad de Legislación Comparada de Francia tiene en curso de preparación, para comienzos de diciembre de 1998, la XVI Jornada franco-latinoamericana, en San Pablo, sobre "Droit de l'infrastructure, privatisations, concessions et autres formes de partenariat".

Société de Législation Comparée, 28, rue Saint-Guillaume, 75007, París (Fax 01 44 39 86 28 - Email slc@sky.fr).

[11]

TRATADOS. PROYECTO DE REVISIÓN. UNIÓN EUROPEA (NOTICIAS/UNIÓN EUROPEA).

Conferencia de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros. La Unión Europea hoy y mañana. Adaptar la Unión Europea en el interés de sus ciudadanos y prepararla para el futuro. Cuadro general para un proyecto de revisión de los tratados (Dublín II).

Revue trimestrielle de droit européen, Sirey, París, n° 1, enero-marzo 1997, pp. 187/332.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

NOVEDADES BIBLIOGRAFICAS

A) LIBROS

[1]

AGRA ROMERO, María José, *El sentido de justicia en una sociedad democrática*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1985, 175 pp.
Biblioteca Central: E. 946.

La Autora estudia los escritos de John Rawls, partiendo de los primeros, publicados en 1951

(“Outline of A Decision Procedure for Ethics”, y una recesión de la obra de S.E. Toulmin titulada “An Examination of the Place of Reason in Ethics”), hasta llegar a “Social Unity and Primary Goods” de 1982, ocupándose fundamentalmente de la tercera parte de “Theory of Justice”.

[2]

ALEMAN BRACHO, María del Carmen (Catedrática. Departamento de Ciencia Política y de la Administración. Universidad de Granada) y **GARCES FERRER, Jorge** (Catedrático. Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales. Universidad de Valencia), *Administración social: servicios de bienestar social*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1996, 805 pp. Biblioteca Central: E. 1169.

La Obra ofrece una reflexión específica de una de las dimensiones activadas por el auge del estado de bienestar en España, refiriéndose a los servicios de bienestar. Las aportaciones de los Autores cubren los principales problemas a los que hoy se enfrentan los servicios sociales; y, en este sentido, abarcan desde los problemas específicos en el medio rural hasta el contexto internacional. Por otra parte, cinco capítulos están dedicados a la gestión de recursos sociales: la información en los servicios sociales, su planificación, organización y evaluación. Por último, bajo el rótulo “Políticas sectoriales”, se estudian los programas específicos de pobreza con el acento puesto en el objetivo de inserción a través de la renta mínima y de los programas basados en actividades económicas.

[3]

ALVAREZ AVENDAÑO, Juan Antonio y **LIZANA ANGUIA, Claudio**, *Dumping y competencia desleal internacional*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, 289 pp. Biblioteca Central: G. 1212.

La Obra presenta un estudio de la evolución del comercio internacional, las distorsiones al libre comercio y las principales prácticas desleales. Especial tratamiento reciben el dumping, las distorsiones, la legislación aplicable -en particular la ley 18.525 que establece normas sobre importaciones- y el papel que cumple el GATT al respecto. Asimismo, los Autores analizan la relación existente entre las prácticas desleales del comercio exterior y la ley antimonopolios chilena. Finalmente, estudian el eventual control jurisdiccional de las resoluciones adoptadas por la Comisión de Distorsiones creada por la ley 18.525, la naturaleza, alcance y significado de las regulaciones que en esta materia existen a nivel internacional, constituidas básicamente por el Acuerdo General del GATT y por sus Códigos de Subvenciones y Medidas Compensatorias, y del Dumping.

[4]

BERGALLI, Roberto y **RESTA, Eligio** (Compiladores), *Soberanía: un principio que se derrumba*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996, 206 pp. Biblioteca Central: F. 3191.

La Obra está basada en las contribuciones realizadas por diversos autores en 1992 para un taller organizado por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. De tal modo, a

través de aspectos metodológicos y jurídico-políticos, la violencia, la tecnopolítica, la intervención bélica humanitaria, las diferencias étnico-culturales, la integración policial en Europa, las diferencias de género, las teorías sobre conquista de América o los problemas de internacionalización de la Amazonia, configuran un articulado de cuestiones desde las cuales se puede hoy debatir el concepto de soberanía.

[5]

BUCHANAN, James M., *Ética y progreso económico*, Ed. Ariel Sociedad Económica, Barcelona, 1996, 155 pp.
Biblioteca Central: I. 710.

El Autor argumenta que las restricciones éticas o morales del comportamiento humano ejercen importantes efectos económicos, y formula la siguiente pregunta: ¿por qué cada uno de nosotros, según nuestro propio criterio, está mejor si trabaja duro, ahorra más y, tanto en cuestiones comerciales como políticas, se comporta honestamente?. La Obra consta de dos partes. La primera contiene los textos revisados de tres conferencias pronunciadas por el Autor en la Universidad de Oklahoma en las que se examinan aquellos comportamientos y estándares que se agrupan en la llamada "ética puritana". La segunda parte amplía el razonamiento examinando las implicaciones de las normas éticas en nuestro comportamiento como contribuyentes o usuarios de programas públicos, así como la aplicación de la ética del trabajo a los distintos recursos del mismo. Por su parte, contiene tres capítulos estrechamente relacionados con el tema central, uno de los cuales, "Externalidades en la reacción ante los impuestos", se publicó en 1996 en el *Southern Economic Journal* y no se ha reeditado desde entonces.

[6]

CARMONA CASTILLO, Gerardo A., *La imputabilidad penal*, Ed. Porrúa, México, 1995, 229 pp.
Biblioteca Central: E. 1902.

El Autor analiza la problemática de la imputabilidad penal, considerándola como uno de los conceptos más debatidos a lo largo de la historia de la moderna dogmática jurídico-penal, no sólo en lo que toca a sus fundamentos filosófico-jurídicos, sino también en cuanto a su concepto y contenido, a la ubicación que se le ha asignado en la estructura del delito, a las causas que la anulan y su determinación legal y, sobre todo, a las consecuencias jurídicas que trae consigo. Para ello divide la Obra en cinco capítulos. En el primero, se abordan los aspectos generales de la imputabilidad (naturaleza, concepto, contenido y ubicación en la estructura del delito, así como la diferencia entre la imputabilidad y otros conceptos con que frecuentemente suele identificársela, como son los de culpabilidad y responsabilidad). El segundo está dedicado al análisis de las diferentes posiciones que, en el transcurso del tiempo, tratan de fundamentar la existencia de la imputabilidad penal, incluyendo aquellas que se han expuesto a partir de la consolidación de la concepción normativa de la culpabilidad y su crítica. En el tercer capítulo se estudia el aspecto negativo de la imputabilidad. En el capítulo cuarto se efectúa el examen de tres problemas que tienen estrecha relación con el tema objeto de la investigación: el momento de la imputabilidad y su relación con la teoría de las *actiones liberae in causa*; la llamada imputabilidad disminuida parcial o atenuada y su tratamiento

jurídico, y la inimputabilidad del indígena. El capítulo quinto está destinado al análisis de la imputabilidad en la legislación penal mexicana, desde las primeras codificaciones que se remontan a los años de 1835 y 1869, hasta el Código Penal Federal de 1931.

[7]

CARIO, Robert (Compilador), *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio*, Ed. Edersa, Madrid, 1996, 263 pp.

Biblioteca Central: E. 1906.

La Obra reproduce el coloquio organizado en el marco de un homenaje tributado a Antonio Beristain por el Centro de investigación y de estudio de la delincuencia e inadaptación juveniles, de la Facultad pluridisciplinar de Bayona-Anglet-Biarritz, el Instituto Vasco de Criminología y la Asociación regional de Criminología de Aquitania. Se analiza la pena de muerte a través de diversas perspectivas: en el mundo de hoy, su abolición en Hungría, sus aspectos filosóficos y religiosos, su restablecimiento y el derecho penal francés, sus aspectos desde el punto de vista del derecho público y de los derechos humanos, sus consideraciones de orden penológico y criminológico, el caso de su aplicación a los traficantes de drogas y a los terroristas, y su aplicación a niños y a personas con trastornos mentales.

[8]

CROZIER, Michel, *Estado modesto, Estado moderno. Estrategia para el cambio* (título original: *Etat modest, Etat moderne. Stratégies pour un autre changement*), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992, 292 pp.

Biblioteca Central: I. 709.

El Autor inicia su obra poniendo como problema central la incapacidad de los gobernantes para comprender y actuar de acuerdo con los cambios que exige la modernización en los diversos ámbitos de la sociedad francesa: las relaciones humanas, los modelos de autoridad, los mecanismos de decisión colectiva y de gobierno, entre otros. Por su parte, destaca la urgencia de una apertura gradual a la participación de los ciudadanos en las decisiones colectivas para la reforma de la tradición estatista y burocrática.

[9]

DUEÑAS VAN SEVEREN, J. Ricardo, *La invasión Filibustera de Nicaragua y la Guerra Nacional*, Ed. Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 1997, 155 pp.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

La monografía se separa en cuatro partes. La primera, tiene por objeto familiarizar al lector con el tema tratado, adelantando algunos acontecimientos y ofreciendo una mirada de conjunto de la aventura de William Walker por medio de la narración de sus tres momentos más dramáticos: el desembarque en Realejo -que es el principio-; la inauguración del Filibustero en Granada como Presidente de Nicaragua -que es el momento culminante de la aventura filibustera-, y el fusilamiento del Filibustero en Trujillo, por órdenes de Guardiola. La segunda comprende un análisis de los antecedentes y las causas de la invasión filibustera y de la Guerra

Nacional. La tercera trata de la participación en estos sucesos de don Juan Rafael Mora, y de la Guerra de Costa Rica. La cuarta y última trata de la Guerra Nacional propia-mente dicha. La Obra posee un apéndice que contiene la legislación de Walker en Nicaragua.

[10]

FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (título original: *Appunti di storia delle costituzioni moderne*), Ed. Trotta, Madrid, 1996, 165 pp.

Biblioteca Central: F. 3239.

La motivación de la Obra son los derechos individuales partiendo de una concepción del derecho público no como conjunto de normas jurídicas más o menos ordenadas, sino como producto de la historia, y destacando así la dimensión histórico-cultural de lo que el Autor considera uno de los principales problemas del constitucionalismo moderno. La Obra aborda un estudio sobre los derechos y libertades fundamentales con sus presupuestos doctrinales y de derecho sustantivo, desde sus orígenes hasta el presente. Bajo la denominación "Las tres fundamentaciones teóricas de las libertades", el capítulo primero analiza los modelos historicista, individualista y "estatalista". Por su parte, el capítulo segundo, denominado "Revoluciones y doctrinas de las libertades", estudia las revoluciones francesa y americana. El tercer capítulo analiza las libertades en las doctrinas de la época liberal. Por último, en el capítulo cuarto se efectúa una mirada a las constituciones actuales. Se añade un apéndice que compendia diversas normas vinculadas con la materia: Bill of Rights de 1689, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Preámbulo y el Título primero de la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 y la Constitución Federal Americana.

[11]

GALLARDO MOYA, Rosario (Profesora ayudante de Derecho del Trabajo. Universidad de Castilla-La Mancha), *Democracia sindical interna*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, 258 pp.

Biblioteca Central: B. 1170.

El presente Trabajo aborda, desde un prisma tanto jurídico como político, el fenómeno sindical en España, a través del análisis de los estatutos de las confederaciones estatales más representativas y las resoluciones de los órganos de garantía internos de ambas (la Comisión de Garantías y la Comisión de Conflictos, respectivamente). Por su parte, desde el análisis de los contenidos del principio democrático y su desarrollo en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, se determinan las dos grandes áreas temáticas o bloques de problemas al respecto. De un lado, los procedimientos de configuración de los órganos ejecutivos y deliberantes del sindicato y el funcionamiento de éstos, en especial los procesos de toma de decisiones y de respeto de las minorías; de otro, los derechos individuales y garantías de los afiliados en su relación con la organización.

[12]

GARCIA BELAUNDE, D. y FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, 963 pp.

Biblioteca Central: F. 3281.

La Obra se dirige a cubrir los principales temas que caben dentro de la jurisdicción constitucional Iberoamericana, a nivel del derecho positivo, dando cuenta de lo que sucede en cada país. Encomendada a juristas tanto nacionales como ajenos al área, la primera parte está dedicada a aspectos generales a fin de dar una imagen global de la problemática a nivel histórico, comparado y doctrinario. Para ello, aborda materias tales como la evolución histórica de los modelos de control de constitucionalidad, los tribunales constitucionales, la jurisdicción constitucional en América Latina, el sistema interamericano de derechos humanos y el recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional. La parte general, está acompañada por una parte especial por países que analiza la jurisdicción constitucional en Argentina, los instrumentos procesales protectores de los derechos humanos en la Argentina, la jurisdicción constitucional en Bolivia, la jurisdicción constitucional en la reforma de la constitución de Bolivia de 1994, el control de constitucionalidad en las leyes del Brasil, los instrumentos protectores de los derechos humanos del Brasil, el proceso constitucional del Brasil, el control de constitucionalidad y derechos fundamentales en Portugal, la jurisdicción constitucional en Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Mexico, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela.

[13]

HAYNES, John M. y HAYNES, Gretchen L., *La mediación en el divorcio* (título original: *Mediating Divorce*), Ed. Granica, Buenos Aires, 1997, 454 pp.
Biblioteca Central: C. 3814.

La Obra se dirige a mediadores en divorcio del medio judicial y de la práctica privada, a mediadores que actúan en centros comunitarios de resolución de disputas, y a los abogados y terapeutas, entre otros. Aporta técnicas y estrategias de negociación de tenencia de hijos dentro del sistema de confrontación a través de la comprensión de la motivación y la conducta de los padres enfrentados. Está estructurada en diez capítulos. El primero bosqueja los ocho supuestos básicos en los que se apoya el trabajo del Autor. El segundo identifica las estrategias genéricas de mediación que se utilizan en la mayoría de las situaciones, incluyendo las maneras en las que el mediador logra un control del proceso de definición del problema, de los plazos y de la síntesis. El tercero identifica la conducta de negociación específica y su afección al proceso de mediación. Los seis capítulos siguientes incluyen los estudios de cinco casos con transcripciones. El décimo y último presenta algunas maneras en las que el lector puede incorporar las ideas y las técnicas que aparecen en la Obra a su práctica de la mediación.

[14]

HELLER, Agnes, *Ética general*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, 233 pp.
Biblioteca Central: P. 945.

La Autora efectúa un estudio de la ética partiendo de una introducción a la descripción de los tres aspectos de la teoría de la moral, que divide en: interpretativo, normativo y educativo o terapéutico. La Obra se estructura en diez capítulos que analizan la condición humana; las normas y las reglas de conducta correcta; la acción voluntaria y la autonomía moral; la responsabilidad; el problema de las consecuencias; la autoridad moral; los juicios justos sobre casos singulares; el conocimiento, el pensamiento, el sentimiento y el actuar; la división de las normas de conducta correcta; y lo bueno, lo malo y el mal.

[15]

JACKISCH, Carlota (Compiladora), *División de poderes*, Ed. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano de la Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1994, 224 pp.

Biblioteca Central: F. 3186.

El CIEDLA, como institución de la Fundación Konrad Adenauer desea, a través de las Obras que forman parte de la presente Compilación, realizar un aporte al debate que, sobre el funcionamiento de la división de poderes, se lleva a cabo en América Latina. A tal fin, la compilación exhibe doctrina de diferentes autores que versan sobre los siguientes temas: teoría de la distribución de poderes; formas de gobierno, distribución de funciones y controles interórganos en el régimen político chileno; el presidencialismo mexicano; los poderes ejecutivo y legislativo en la Constitución peruana de 1993 y la separación de poderes en Venezuela.

[16]

JAKOBS, Günther (Profesor de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn), *Fundamentos del derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, 240 pp.

Biblioteca Central: E. 1852.

La Obra contiene cuatro capítulos. El primero, analiza el principio de culpabilidad y establece un paralelismo entre la responsabilidad por culpabilidad y la responsabilidad por el resultado. Por su parte, se estudian los defectos cognitivos y volitivos y el libre albedrío. El segundo, titulado "El concepto jurídico-penal de acción", esboza el problema acción-sociedad-derecho penal, la responsabilidad por una situación de hecho, por el resultado, por la pertenencia a un grupo tribal, la acción en el injusto, la culpabilidad como presupuesto de la acción y la materialidad del concepto de acción. El tercero, "La prohibición de regreso en los delitos de resultado", es un estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión. El cuarto y último, concierne a la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico.

[17]

JUSTICIA PARA UNA SOCIEDAD NUEVA. (Publicación oficial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador), San Salvador, 1996, julio, 443 pp.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

[18]

KLIKSBERG, Bernardo (Director del Proyecto Regional de las Naciones Unidas de Modernización de la Organización y Gestión del Estado), *¿Cómo transformar al Estado? Más allá de mitos y dogmas*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, 103 pp.

Biblioteca Central: A. 1544.

En el presente trabajo se desarrollan tres momentos de análisis sucesivos: el primero ("La

demanda social por transformaciones estructurales en el amparo público”), incursiona en la delimitación de algunas de las demandas que, en términos de “administración pública”, surgen de las soluciones que se están proponiendo en el campo económico y social para hacer frente a la crisis, y de las necesidades que el fortalecimiento del sistema democrático plantea en el campo de la gestión estatal; el segundo (“Revisión crítica de las políticas de administración pública predominantes”), revisa rasgos básicos de políticas de administración pública actualmente operantes y precisa las restricciones estructurales de éstas para corresponder a las demandas planteadas; el tercero (“Hacia una política nacional de transformación del Estado”), presenta elementos de juicio utilizables en la formulación de políticas nacionales de administración pública aptas para responder a las exigencias de la hora histórica.

[19]

LABAURE CASARAVILLA, Luciano, *Acción pauliana o revocatoria*, Ed. B de F, Montevideo, 1997, 189 pp.
Biblioteca Central: C. 3813.

El Autor analiza la acción pauliana o revocatoria a través de un enfoque simultáneo, entre la legislación argentina y la uruguaya, mostrando, más allá de algunas diversidades, coincidencias fundamentales. La Obra inicia su capitulo a partir del análisis de consideraciones generales, naturaleza jurídica e historia de dicha acción; y continúa con el estudio del carácter cautelar de la acción, las condiciones y legitimación -tanto activa como pasiva- para su ejercicio, y el procedimiento para su promoción. Con posteridad incursiona tanto en el derecho uruguayo como en el argentino en particular, para finalizar con la exposición de la extinción de dicho instituto en ambos sistemas.

[20]

LLANO ALONSO, Fernando H., *El pensamiento iusfilosófico de Guido Fassò*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, 167 pp.
Biblioteca Central: P. 952.

En la Monografía se cotejan los signos de identidad de la Filosofía del Derecho contemporánea a través del examen lineal de la Obra de uno de sus representantes, Guido Fassò, historiador de la Filosofía del Derecho y Catedrático de la Universidad de Bolonia. La monografía se articula de la siguiente manera: la primera sección, dedicada a calibrar la repercusión de la figura y la obra del jurista boloñés desde un prisma biográfico; el segundo fascículo, abarca todo lo atinente al institucionalismo y a sus fricciones con el trascendentalismo jurídico; la tercera parte, trae a colación la confrontación que, después de la Segunda Guerra Mundial, sacudió los cimientos de la Filosofía del Derecho europea; el cuarto bloque, se centra en el debate entre el neopositivismo de Norberto Bobbio y el iusnaturalismo revisado de Guido Fassò; el apartado quinto, acoge, a modo de crónica, el sendero histórico marcado por el iusnaturalismo racionalista, destacándose preferentemente su condición regular y constante en el devenir de los tiempos; el sexto episodio, supone una reivindicación de la racionalidad práctica y de la argumentación jurídica por parte del intelectual boloñés. El último capítulo está destinado a compilar una serie de conclusiones generales que sustentan las puntuales anotaciones insertadas en cada episodio.

[21]

MARTINEZ PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, 150 pp.

Biblioteca Central: F. 3269

El Trabajo -que se basa en la investigación presentada por el Autor a un concurso-oposición a Profesor Titular de Universidad- ofrece pautas para una mejor interpretación de los derechos fundamentales, mediante el análisis de la garantía del contenido esencial recogida en el artículo 53.1 de la Constitución española. El estudio se inicia con una revisión de las interpretaciones de la noción de contenido esencial propuestas por la doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia constitucional; y, a partir de su examen crítico, sostener una comprensión diferente de la garantía del contenido esencial y de su función en el sistema constitucional de derechos fundamentales.

[22]

MELENNEC, Louis, *Valoración de las discapacidades y del daño corporal* (título original: *Evaluation du handicap et du dommage corporel: Barème international des invalidités*), Ed. Masson, Barcelona, 1997, 358 pp.

Biblioteca Central: B. 1168.

El llamado "Baremo Internacional de Invalideces" permite efectuar la valoración de la capacidad funcional humana necesaria para desarrollar la vida ordinaria, en función de sus distintos niveles de limitación: su aspecto puramente material, la repercusión de esta limitación anterior en la bipedestación, la marcha, etc. y, por último, lo referente a la trascendencia laboral, social o jurídica de la misma. La Obra se elabora en quince capítulos, comenzando por desarrollar la "Teoría actualizada y modificada de la incapacidad y de la invalidez", pasando por las deficiencias e incapacidades abarcadas dentro de áreas tales como de la psiquiatría, la oftalmología, la otorrinolaringología, la estomatología, urología y nefrología, entre otras. Por su parte, se estudian temas relativos al aparato locomotor, al digestivo, al raquis, a las alteración de la función cardíaca, endocrina, como así también a las deficiencias respiratorias.

[23]

MESA, Roberto, *La nueva sociedad internacional*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, 271 pp.

Biblioteca Central: G. 1194.

La Obra consta de nueve estudios. Los tres primeros -"Concepciones marxistas del orden internacional", "La aportación de distintos enfoques teórico-metodológicos de las relaciones internacionales para el análisis del problema económico" y "Una propuesta para el desarrollo del estudio de las relaciones internacionales"- dedicados al estudio de la vida internacional, forman parte del intento del Autor de ascender a las causales de la teoría de las relaciones internacionales. Los seis restantes se consagran a un intento de comprensión y ordenación de los cambios acaecidos en el escenario internacional. Entre estos últimos se analiza, por un lado, a la sociedad internacional contemporánea, sus factores de paz y elementos de crisis y, por el

otro, la llamada guerra fría y la izquierda, el medio internacional y la crisis del comunismo.

[24]

MOLINA BLAZQUEZ, Concepción (Profesora Adjunta de Derecho Penal. Universidad Pontificia Comillas), *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, 146 pp.

Biblioteca Central: E. 1913.

La Autora analiza el funcionamiento del nuevo sistema de penas establecido por el Código Penal español de 1995, así como los problemas inherentes a su aplicación. Para ello inicia la Obra con el estudio de las consecuencias jurídicas del delito (la pena, su determinación, las formas sustantivas de la ejecución de las penas privativas de la libertad, las medidas de seguridad y la responsabilidad civil y consecuencias accesorias), los ejercicios de determinación de la pena y las soluciones a los ejercicios prácticos. Por último, tiene como objeto no sólo facilitar la comprensión del funcionamiento del nuevo sistema de penas y los problemas inherentes a su aplicación, sino además cubrir la laguna existente en la bibliografía tradicional de la Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito de obras que faciliten el conocimiento de la técnica de determinación de la pena. Técnica, cuyo dominio resulta esencial para el profesional del derecho, que es quien en definitiva, se enfrenta en el Foro a la concreta imposición de una pena y/o medida individualizada.

[25]

OJEDA AVILES, Antonio y **URIARTE, Oscar Ermida** (Editores), *La negociación colectiva en América Latina*, Ed. Trotta, Madrid, 1993, 378 pp.

Biblioteca Central: B. 1166.

La Obra abarca cuatro capítulos. El primero referente al encuadramiento del tema. A continuación, el segundo capítulo analiza los procedimientos de negociación colectiva, con sus fases, deberes, contenidos y variantes. Por su parte, el tercero abarca la cuestión de la intervención del Estado en el proceso negociador. Para finalizar, el capítulo cuarto estudia las vicisitudes del acuerdo colectivo: las bases para un debate jurídico comparado (América Latina-España), la extensión de los contratos colectivos, la revisión del convenio para disminuir los beneficios y la solución extrajudicial de los conflictos colectivos en España y América Latina.

[26]

ORTIZ MATTOS, Pastor, *El recurso de casación en Bolivia*, Ed. Judicial, Sucre, 1997, 227 pp.

Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

La Obra asume como objetivo capital y único el estudio del recurso de casación como institución autónoma y de características propias. Si bien el Autor refiere su Obra en particular al orden civil en su tratamiento específico y legal, su vigencia se extiende a todos los procesos, es decir, a la generalidad de las diversas ramas legales (familia, que inviste en Bolivia un Código Especial, Minero, Laboral, Tributario y Comercial).

[27]

PEÑA CABRERA, Raúl (Presidente del Grupo Peruano de la Asociación Internacional de Derecho Penal), *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*, Ed. Grijley, Lima, 1994, 480 pp.

Biblioteca Central: E. 1912.

La Obra está dedicada al análisis y comentario de la legislación antiterrorista, y analiza una de las manifestaciones de mayor trascendencia y más crueles en nuestros tiempos, la del terrorismo, de la preservación de un régimen económico y una estructura social con las consiguientes organización política y concepción del hombre. Para ello fracciona su estudio en siete capítulos y dos anexos. Los seis primeros se inician con el análisis del delito de terrorismo (su política criminal y el principio de proporcionalidad de las penas), el de traición a la patria, el arrepentimiento terrorista y la desaparición forzada de personas, finalizando con la relación de dichos delitos y la constitución, los derechos humanos y la pena de muerte; esta última analizada a través de su evolución histórica en el Perú. Los nombrados anexos contienen, por un lado, la legislación nacional vinculada con la materia y, por el otro, cuadros descriptivos y estadísticos de los delitos precedentemente nombrados.

[28]

PERIS RIERA, Jaime Miguel (Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia), *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, 236 pp.

Biblioteca Central: E. 1853.

La Monografía aborda, a la luz de los principios generales del Derecho Penal, el estudio de los interrogantes jurídicos planteados a partir de los recientes descubrimientos en biotecnología, especialmente cuando se aplican al conocimiento y modificación del genoma humano. Por su parte, se analizan, desde dicha perspectiva, los últimos intentos que en España se han dado para criminalizar ciertas actividades de manipulación genética.

[29]

PETITO, José, *Efectos civiles del delito*, Ed. Universidad Ltda., Montevideo, 1992, 119 pp.

Biblioteca Central: E. 1921.

La Tesis sistematiza las normas que regulan las consecuencias civiles del delito en el ordenamiento jurídico uruguayo. Parte del estudio de los efectos o sanciones civiles, para luego ahondar el problema del fundamento de la responsabilidad civil emergente del delito, las diferencias y similitudes entre el ilícito civil y el penal, y culmina esta parte de la exposición con una clara definición del contenido de la reparación civil. Por otro lado, se estudia el instituto de la confiscación, su naturaleza jurídica y su regulación legal; las garantías sustantivas y procesales, estas últimas tanto en favor del damnificado como en salvaguarda de los derechos del Estado por obligaciones no restitutorias ni reparatorias.

[30]

PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, culturas y Constitución*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 292 pp.

Biblioteca Central: F. 3195.

El Autor efectúa un estudio de la llamada "Constitución cultural" española en el cual encuentra respuesta no sólo el problema del papel del Estado en relación a la cultura, sino también la propia dualidad nación-nacionalidades. Partiendo de una introducción al tema, y a través de sus cinco capítulos, analiza: la cultura y diversidad cultural en el Estado contemporáneo; las "culturas" en la Constitución: el juego del lenguaje del pluralismo cultural; la "cultura" en la Constitución; y el "Estado de cultura" como síntesis.

[31]

PRIETO, Fernando (Profesor de Teorías y Formas Políticas. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. Universidad Complutense de Madrid), *Manual de historia de las teorías políticas*, Ed. Unión, Madrid, 1996, 973 pp.

Biblioteca Central: F. 3206.

La Obra abarca la historia del pensamiento político de occidente, anteponiendo a las teorías políticas de las distintas épocas una síntesis que comprende a la Edad Antigua (mundo político de los griegos), Edad Media, Edad Moderna (renacimiento, barroco e ilustración) y Edad Contemporánea (romanticismo, positivismo, entreguerras e instauración del comunismo). Para finalizar, el apéndice contiene una introducción dedicada a la llamada guerra fría y la coexistencia pacífica, un análisis del pensamiento liberal y un estudio de las corrientes socialistas.

[32]

REDONDO, María Cristina, *La noción de la razón para la acción en el análisis jurídico*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, 274 pp.

Biblioteca Central: P. 947.

En la Obra se realiza un acercamiento a distintas propuestas teóricas que utilizan el concepto de razón para la acción, al enfocar algunos temas clásicos de la teoría del Derecho (la normatividad, la aceptación y la justificación de las normas jurídicas). Con tal fin, el trabajo se divide en dos secciones principales. En la primera, se ofrece un análisis general de los conceptos de razón y de acción. En la segunda, se aplican las conclusiones extraídas en la primera sección al análisis de los tres temas propuestos: normas y razones para la acción, aceptación de normas y razones para la acción, y justificación jurídica y razones para la acción.

[33]

SANTOS BELANDRO, Ruben B., *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, 290 pp.

Biblioteca Central: G. 1196.

El Autor efectúa una confrontación entre la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, aprobada por la OEA en marzo de 1994 (México) y la posibilidad de llegar a determinar, a través de ella, el derecho aplicable al contrato de transferencia de tecnología. Por un lado, la parte primera de la Obra está dedicada al análisis de dicha Convención a partir de sus antecedentes, ámbito de aplicación y demás particularidades relativas a la contratación internacional. Por otro lado, su parte segunda vierte aspectos propios de la transferencia internacional del conocimiento tecnológico. Por último, un anexo contiene la normativa aplicable a la modalidad de contratación referida.

[34]

SORIA VERDE, M.A. (Compilador), *La víctima: entre la justicia y la delincuencia*, Ed. PPU -Promociones y Publicaciones Universitarias-, Barcelona, 1996, 204 pp.
Biblioteca Central: E. 1911.

La Obra compila artículos de diversos autores relacionados con los aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización. El tema central, las víctimas del delito en España, es abordado desde una perspectiva integradora, que incluye visiones policiales, jurídicas, psicosociales, entre otras. Estudia los principales campos de actuación sobre las víctimas del delito, conjugándose experiencias internacionales y nacionales. Partiendo de una primera aproximación histórica al tema, se sitúa el marco jurídico donde se estructura el rol de la víctima, se analiza su papel en el proceso de victimización, en el control social del delito, y su función judicial básica como testimonio y como perjudicado. Tras describir los procesos de intervención psicosociales, se analiza el concepto y la aplicabilidad jurídica de los procesos de conciliación como alternativa futura al sistema penal. Finalmente, se describen los diferentes modelos de servicios de apoyo y se ejemplifican algunas formas evaluativas de intervenciones y programas sociales con víctimas.

[35]

SOSA WAGNER, Francisco (Catedrático de Derecho Administrativo), *El contrato público de suministro*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, 187 pp.
Biblioteca Central: A. 1528.

El Autor analiza el régimen jurídico del contrato de suministro español impuesto por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que supone una renovación de la disciplina que regula la contratación administrativa exigida por el derecho de la Unión Europea y las modernas formas de tráfico administrativo. Por otra parte, en el mismo sentido, se expone la legislación vigente, tanto europea como española, complementándose con la jurisprudencia de los tribunales y con la doctrina del Consejo de Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa

[36]

URRA PORTILLO, Javier (Psicólogo de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia y de los juzgados de Menores de Madrid), *Adolescentes en conflicto. Un enfoque psicojurídico*, Ed. Pirámide, Madrid, 1995, 224 pp.
Biblioteca Central: E. 1910.

El Autor expone diversos casos de menores con conflictos, para luego explicar el trabajo realizado por el psicólogo y los demás miembros del equipo técnico, cómo ha sido llevado a cabo, en qué sentido han orientado la respuesta y cuál ha sido la decisión adoptada por el juez. Al exponer cada caso, da su opinión sobre materias relacionadas con la psicología forense y el derecho de menores como ser: la mediación y la reparación; el perdón; la entrevista y sus claves; los tests y su buen uso; los recursos sociales; el informe y la comparencia del psicólogo ante el Tribunal, entre otros.

[37]

VALLARTA, Ignacio Luis, *"Ignacio L. Vallarta. Archivo Inédito"* (**GONZALEZ OROPEZA, Manuel** -Compilador-), Ed. Themis, México, 1993, vols. I, II, III y IV (1 y 2), 2668 pp.
Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

Se trata de una compilación del Archivo personal de Ignacio L. Vallarta, conformado aproximadamente por treinta y cinco mil setecientas fojas, ordenadas cronológicamente, y cinco mil fojas que no han sido clasificadas. De tal manera, se pone a disposición del lector una selección muy significativa del acervo documental de Vallarta, que había permanecido inédito; entre ella, discursos, opúsculos, actas, proyectos de ley, votos particulares, alegatos, consultas, exposiciones, informes, dictámenes y otras notas, todas referidas a la actividad de Vallarta como abogado, jurista, legislador, Secretario de Relaciones Exteriores y, especialmente, como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de México. La reproducción de las fuentes mantiene el siguiente orden: el primer volumen, "Vallarta, hombre y funcionario", contiene un estudio preliminar del compilador vinculado con la información bibliográfica de Vallarta, su epistolario y los documentos relacionados con su labor como Secretario de Gobernación y como Secretario de Relaciones Exteriores; el segundo volumen, "Vallarta, jurista", comprende documentos relacionados con la actividad de Vallarta como abogado y jurista, reproduciendo dictámenes y opiniones jurídicas sobre los más variados temas; el tercer volumen, "Vallarta legislador", abarca una serie de documentos sobre la actividad parlamentaria de Vallarta; el cuarto volumen, "Vallarta, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", incluye documentos que se refieren a la actividad de Vallarta frente al Poder Judicial de la Federación, como así también textos oficiales publicados por la Suprema Corte de Justicia que recogen los antecedentes de los juicios de amparo en los que participó.

[38]

ZANON MASDEU, Luis, *Guarda y custodia de los hijos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, 319 pp.
Biblioteca Central: C. 3817.

La Obra analiza la guarda y custodia de los hijos en la separación de hecho, en la judicial, en el divorcio y en la nulidad matrimonial, así como la problemática de los hijos no matrimoniales y en las uniones de hecho. Asimismo, se consideran los criterios para la atribución de la guarda y custodia, siguiendo siempre el interés de los hijos. Se estudian, igualmente, los denominados derechos de visita, y de vigilancia y control por parte del progenitor que no tenga la guarda y custodia, y de las sentencias, del Supremo Tribunal y de las Audiencias. También es objeto de la Obra el Convenio de La Haya de 1980 en relación con la guarda y custodia y el derecho de visita, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Ley Catalana de Atención y Protección de los Niños y Adolescentes, en todos aquellos aspectos que tienen relación con la guarda y custodia de los hijos.

B) PUBLICACIONES PERIODICAS

[1]

ABA JOURNAL. Chicago, 1997, vol. 84, diciembre.

[2]

AGORA. REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES. Ed. Centre d'Estudis Polítics i Socials, Valencia, 1997, nº 3.

Número especial dedicado a Cuba.

investigaciones 3 (1997).

578

[3]

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Ed. Dík, Colombia, 1997. **DOCTRINA CONSTITUCIONAL:** "El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales, su génesis en el pasado siglo", por FERNANDEZ SEGADO, Francisco — "Evolución constitucional en Venezuela", por LÖSING, Norbert — "Seguridad jurídica como desafío a la jurisdicción constitucional", por STREINZ, Rudolf — "La consulta de inconstitucionalidad en Panamá", por QUINTERO, César — "La tutela contra privados: instrumento certero para implantar la normatividad en la realidad social", por HERDEGEN, Matthias — "Los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano", por ZULUAGA GIL, Ricardo — "La propiedad y su protección en el derecho colombiano: análisis desde la perspectiva del derecho internacional", por ANZOLA GIL, Marcela — "El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional", por NOGUEIRA ALCALA, Humberto — "¿Contraviene la ley transitoria de emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado el régimen jurídico especial del derecho de menores?", por TREJO ESCOBAR, Miguel A. **JURISPRUDENCIA COMENTADA:** "República de Panamá, órgano judicial, Corte Suprema de Justicia, pleno" — "El derecho a la confidencialidad en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Panamá", por PEREZ FERREIRA, Francisco y RODRIGUEZ ROBLES, Sebastián — "Jurisprudencia constitucional en Venezuela. El derecho a la participación política de los pueblos indígenas", por AYALA CORAO, Carlos M. — "Sobre la tutela judicial efectiva en un supuesto conflicto entre el derecho europeo y el español (comentario a la STC 45/1996, de 25 de marzo)", por RUIZ ROBLEDO, Agustín. **JURISPRUDENCIA EN DIRECTRICES Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL:** "Fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional (un rastreo jurisprudencial)", por ELI CHINCHILLA, Tulio — "El amparo constitucional en Venezuela y sus tendencias", por TORREALBA SANTIAGO, José Miguel — "La lucha por el Estado de derecho en el Perú (la reelección forzada y el referéndum desvirtuado)", por PLANAS, Pedro — "El papel de la justicia en la superación del ilícito estatal en el ejemplo de la República Federal de Alemania", por RICHTER, Klaus. **CRÓNICA CONSTITUCIONAL:** "Las reformas constitucionales mexicanas de 1996", por AYALA CORAO, Carlos M.

[4]

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO. UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Coimbra, 1995, vol. LXXI. **DOCTRINA:** "Nova ordem mundial e ingerência humanitária (claros-escuros de um novo paradigma internacional)", por GOMES CANOTILHO, José Joaquim. — "O Código de Napoleão e o direito Ibero-Americano", SANTOS JUSTO, A. — "Sobre a protecção do agente comercial no Direito Português e Europeu", por PINTO MONTEIRO, António. — "Relações entre a parte geral e a parte especial do Código Penal", por DE FARIA COSTA, José. — "La racionalidad del derecho: sistema y decisión", por SEGURA ORTEGA, Manuel. — "Alimentos entre cónyuges o la crisis de la autonomía de la deuda alimenticia en Derecho Internacional Privado", por ALVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. — "La Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos y su aplicación en el Derecho Comparado. Especial referencia al Derecho Español", por GARCÍA RUBIO, María Paz. — "Los acuerdos entre el Estado Español y las Confesiones Religiosas", por FERNANDEZ ARRUTY, José Angel. — "Valoración global de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos", por BELLO JANEIRO, Domingo. — "Problemi della commisurazione della pena in Italia e in Portogallo", por DOLCINI, Emilio. — "Da não intervenção à intervenção? O movimento do pêndulo jurídico perante as necessidades da Comunidade Internacional...", por CANELAS DE CASTRO, Paulo Jorge. —

"Levy Maria Jordão, Visconde de Paiva Manso. Notas Bio-Bibliográficas", por CAEIRO, Pedro — "O princípio da não ingerência e o Direito Internacional Humanitário", por FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António. — "A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores", por SOTTOMAYOR, Maria Clara. — "Portugal's world outlook in the Constitution of 1976", CANELAS DE CASTRO, Paulo Jorge. — **ESTUDOS NOS CURSOS DE MESTRADO**: "A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (mudança de paradigma no novo Código Penal)", TORRÃO, Fernando.

[5]

BOLETIN JUDICIAL. (publicación oficial de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua), Managua, 1994, n° 16.

[6]

BULLETIN DE JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE. Comisión de Venecia, Strasbourg, 1997, n° 1.

[7]

BULLETIN ON CONSTITUTIONAL CASE-LAW. Comisión de Venecia, Strasbourg, 1997, n° 1.

[8]

CATHIERS DE DROIT EUROPEEN. Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1997, n° 3-4. **EDITORIAL**: "Le traité d'Amsterdam, Reflet de la nouvelle Europe", por DEHOUSSE, Franklin. — **DOCTRINE**: "Le contrôle des aides d'état dans le secteur du transport aérien", por FRÜHLING, Pierre. — **JURISPRUDENCE**: "Les principaux développements de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance (1° août au 31 juillet 1996)", por DURAND, Claire-Françoise y VAN RAEPENBUSCH, Sean. — **CHRONIQUE LÉGISLATIVE**: por LOUIS, Frédéric.

[9]

COLUMBIA LAW REVIEW. Cambridge, 1997, vol. 97, n° 5, junio. **ARTICLES**: "Torquemada Meets Kafka: the misapplication of the issue exhaustion doctrine to inquisitorial administrative proceedings", por DUBIN, Jon C. — "Draft", por HYLAND, Richard. — **NOTES**: "Fixing fixation: A copyright with teeth for improvisational performers", por DONAT, Gregory S. — "Genetic discrimination: huntington's disease and the americans with disabilities act", por GIN, Brian R. — "The defense of marriage act and the overextension of congressional authority", por RUSKAY-KIDD, Scott. — "The straight and the crooked: legal accountability in ancient greece", por VON DORNUM, Deirdre Dionysia. — **ESSAY**: "Employees, pensions, and the new economic order", por GORDON, Jeffrey N.

[10]

COMERCIO EXTERIOR. Ed. Bancomext, México, 1997, vol. 47, n° 9, septiembre. "México: patrones de competencia y

apertura económica", por DOMINGUEZ V., Lilia y BROWN G., Flor. — "Participación complementaria e integrada de la pequeña industria mexicana", por OLIVERA LOZANO, Guillermo. — **SECCIÓN NACIONAL:** "El perfil importador de México, una mirada retrospectiva", por SALOMON, Alfredo. — "Prácticas empresariales y apertura económica en México", por LEVANTI, Carole. — **SECCIÓN LATINOAMERICANA:** "Aspectos recientes de la inversión foránea en América Latina". — "Recuento latinoamericano". — "Maquilladoras de tercera generación. El caso de Dedelphi-General Motors", por CARRILLO, Jorge y HUALDE, Alfredo. — **SECCIÓN INTERNACIONAL:** "Los servicios empresariales en el comercio internacional". — **DOCUMENTO:** "Avances y retos de la Nación", por ZEDILLO PONCE DE LEON, Ernesto.

[11]

ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESGERICHTSHOFES. Ed. Carl Heymanns Verlag KG, München, 1997, n° 130.

[12]

EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA. (Publicación oficial de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia), Santafé de Bogotá, 1995, n° 2, segundo trimestre.

[13]

FMU / DIREITO. Ed. Facultades de Direito das Facultades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 1996, n°17. **DOCTRINA:** "A distinção entre a condição jurídica do indivíduo polipátrida e nacional no Direito Brasileiro e no Direito Internacional", por FENANDES DA SILVA, Fernando. — "Mercosul: espaços de integração e jurisdição, soberania e jurisdição supranacional", por VIANA SANTOS, Antonio Carlos. — "O acesso da pessoa humana aos Tribunais Internacionais da Atualidade", RAMALHO, Carlos Alberto. — "Jurisdição e reforma do Poder Judiciário", por RULLI JUNIOR, Antonio. — "Conflitos de atribuições entre Ministérios Públicos Estaduais e da União em ações coletivas, sobretudo consumeristas", por BRITO FILOMENO, José Geraldo. — "Sociedade, marginalidade e criminalidade. Prisão e recuperação", por FALCONI, Romeu. — "Direitos do condenado na execução penal", por SCHOLZ, Leônidas. — "Suspensão do processo e suspensão do prazo prescricional no regime da Lei 9.271/96", por RENÓ DO PRADO, Amauri. — "Tutela antecipatória e o procedimento falimentar", por SIMÃO FILHO, Adalberto. — "Estudos sobre a nova redação do art. 585, do Código de Processo Civil brasileiro: um enfoque multidisciplinar", por MIRANDA, Edson Antônio. — "Do testamento particular", por CHAVES, Antonio. — "Anulabilidade do casamento: hipóteses em que é permitida", por ADIB CASSEB, Paulo. — "A democracia dos antigos e a democracia dos modernos", por JUCÁ, Francisco Pedro. — "Anotações de uma visita oficial dos Estados Unidos da América do Norte", por DE BARROS, Marco Antonio.

[14]

GACETA JUDICIAL. (Publicación oficial de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Honduras), Tegucigalpa, 1997, n° 1287.

[15]

GACETA JUDICIAL DE BOLIVIA. (Publicación oficial de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia), Sucre, 1995, n° 1806.

[16]

HARVARD LAW REVIEW. Cambridge, 1997, vol. 110, n° 7, mayo. **ARTICLES:** "On extrajudicial constitutional interpretation", por ALEXANDER, Larry y SCHAVER, Frederick — **BOOK REVIEW:** "Law, democracy, and moral disagreement (review of GUTMANN & THOMPSON: Democracy and disagreement: why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it, and SUNSTEIN: Legal Reasoning and political conflict)", por GEORGE, Robert P. — **DEVELOPMENTS IN THE LAW - THE CIVIL JURY:** "Table of contents introduction. The value of the Civil jury. Jury selection and composition. Unshrinking the Federal Civil jury. The jury's capacity to decide complex civil cases. Jury determination of punitive damages" — **NOTES:** "Functional analysis, subsidies, and the dormant commerce clause" — "Rethinking the 1916 Antidumping Act" — "Parties, PACS, and Campaign Finance: Preserving First" — "Amendment Parity" — "Keeping Secrets in Cyberspace: Establishing Fourth Amendment" — "Protection for Internet Communication" — "Finding a Place for the jobless in Discrimination Theory" — "Cheering on Women and Girls in Sports: Using Title IX to Fight Gender Role Oppression" — **BOOK NOTE:** "Form over Substance (Review of EDLEY: Not All Black and White: Affirmative Action, Race, and American Values)".

[17]

HUMAN RIGHTS LAW JOURNAL. Ed. N.P. Engel Publisher, Strasbourg, 1997, vol. 18, n° 4. "International Court of Justice (ICJ), The Hague. Advisory Opinion of 8 July 1996 (full text) on the Legality of the threat or use of nuclear weapons". — "Request for Advisory Opinion by the Who rejejd / The question of the legality of the use by a State nuclear weapons in armed conflict is not within the scope of activities of the WHO / Summary of the Advisory Opinion of 8 July 1996".

[18]

HUMANA IURA . SUPLEMENTO DE DERECHOS HUMANOS. Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1996, n° 6. **EL DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE:** "Ecopersonalismo y derecho al medio ambiente", por BALLESTEROS, Jesús. — "El futuro del derecho al medio ambiente", por BELLVER CAPELLA, Vicente. — "El proceso incorrecto al antropocentrismo", por BOURG, Dominique. — "La calidad de vida como principio inspirador del derecho al medio ambiente", por FERRANDO, Esperanza. — "El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansivo", por JORDANO FRAGA, Jesús. — "El derecho al medio ambiente de Estocolmo a Sofía", por KISS, Alexandre. — "Los derechos humanos al medio ambiente adecuado y a su protección", por LOPERENA, Demetrio y HERREROS, Maite. — "La constitucionalización positiva del Derecho ambiental", por MATEO, Ramón

Martín. — “Ecología y derechos del hombre”, por OST, François. — “Cuatro métodos para leer el Derecho ambiental”, por SERRANO, José Luis. — “Las nuevas configuraciones de la naturaleza por el Derecho”, por VIOLA, Francesco. — **JURISPRUDENCIA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA** “STC 166/1996, del 28 de octubre, sobre el derecho a la libertad religiosa” — “La dimensión prestacional del derecho a la libertad religiosa. A proósito de la STC 166/1996”, por BELLVER CAPELLA, Vicente — **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. RESÚMENES DE JURISPRUDENCIA.** — **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:** Casos “Caballero Delgado y Santana”, “Paniagua Morales y otros”, “Castillo Páez”, “Loayza Tamayo”, “Garrido y Baigorria” y “Blake”.

[19]

IL POLITICO. RIVISTA ITALIANA DI SCIENZE POLITICHE. Ed. Giuffrè Milano, Milán, 1997, n° 1, enero-marzo. “L’idea di equità”, por VECA, Salvatore. — “Italy and Suez 1956: How to Be Committed and Equidistant”, por CALCHI NOVATI, Giampaolo. — “Dal dibattito sulle riforme all’istituzione della Commissione Bicamerale. Interrogativi e prospettive”, por PICCIACCHIA, Paola. — “Reparation Measures for Jews in Occupied East Germany Commitment and Frustration”, por LORENZINI, Sara. — “La convenzione di Ginevra per l’istituzione di una Corte penale internazionale sul terrorismo. Un documento da tornare a leggere”, por RECCHIA, Giorgio. — “La legge Bassanini e le autonomie locali”, por CIRO RAMPULLA, Francesco. — “Il ritorno della nazione”, por NEVOLA Gaspare. — “Huntington, la modernizzazione e lo scontro fra civiltà”, por BORSA, Giorgio.

[20]

JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL. Ed. Juris-Classeur, París, 1997, tomo 123, n° 3, julio-agosto-septiembre. **DOCTRINE:** “Le règlement des différends dans le cadre de l’Organisation mondiale du commerce”, por RUIZ-FABRI, Hélène. — “Le créancier et la ‘faillite européenne’: commentaire de la Convention des Communautés européennes relative aux procédures d’insolvabilité”, por PERUZZETTO, Sylvaine. — **JURISPRUDENCE: BULLETIN DE JURISPRUDENCE FRANÇAISE** — “Contrat. Contrat de vente. Droit applicable. Convention de La Haye du 15 juin 1955. Clause de choix de la loi applicable. Choix de la loi belge. Litige. Accord procédural. Libre disposition des droits. Conclusions des parties. Accord sur l’application de la loi française (Cass. 1° civ., 6 mai 1997)”, “Etat. Etat étranger. Condamnation. Garanties. Décret du 19 mai 1980. Garanties. Recevabilité (CA París, 17 janv. 1997. - 12 févr. 1997)”, “Nom. Française. Changement de nom. Acte unilatéral de changement de nom reçu par un solicitor anglais. Exequatur. Conditions. Compétence internationale de l’autorité anglaise. Fraude. Droit applicable. Convention européenne des droits de l’homme et des libertés fondamentales (CA París, 1° ch. C, 1° déc. 1995)”, “Réfugié. Demande de reconnaissance du statut de réfugié. Demande manifestement infondée. Pays tiers d’accueil. Erreur de droit (CE 18 déc. 1996)”, “Renvoi. Renvoi de qualification. Contrat. Loi d’autonomie. Exclusion de tout renvoi (Cass. 1° civ., 11 mars 1997)”, “Saisie. Saisie conservatoire. Contrat de vente. Absence de liens avec la France. Litige. Créances du débiteur éventuel sur une banque établie en France. Tribunal arbitral siégeant à Genève; Conflit de juridictions. Procédure. Droit applicable (TGI París, 15 mars 1997)” por AUDIT, Bernard; BUREAU, Dominique; CHAPPEZ Jean; COSNARD, Michel, LUCAS, Henri-Jacques y SANTA-CROCE, Muriel. — **CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE: Etat du rôle de la cour en 1996:** “Affaire contentieuse

portée devant la Cour”, “Désistement”, “Affaires contentieuses pendantes devant la Cour”, por RUIZ-FABRI, Hélène y SOREL Jean-Marc. — **Arrêts, Avis et Ordonnances rendus en 1996**: “Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria: Ordonnance en indication de mesures conservatoires, 15 mars 1996”, “Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c/ Yougoslavie*): Arrêt sur les exceptions préliminaires, 11 juillet 1996”, “Plates-formes pétrolières (*République islamique d'Iran c/ Etats Unis d'Amérique*): Arrêt sur les exceptions préliminaires, 12 décembre 1996”, “Licéité de l'utilisation des armes nucléaires por un Etat dans un conflit armé (Organisation mondiale de la santé). - Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (Assemblée générale des Nations Unies): Avis 8 juillet 1996”, por RUIZ-FABRI, Hélène y SOREL Jean-Marc.

[21]

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. (Publicación oficial de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España), Madrid, 1996, tomo XLIV, enero-abril.

[22]

JUSTICIA. ORGANO INFORMATIVO DEL PODER JUDICIAL DE NICARAGUA. Managua, 1997, n° 9.

[23]

JUSTICES. REVUE GENERALE DE DROIT PROCESSUEL. Ed. Dalloz, París, 1997, n° 5, enero/marzo. .LA RESPONSABILITÉ DES GENS DE JUSTICE XXII^o COLLOQUE DES INSTITUTS D'ÉTUDES JUDICIAIRES: “Accueil des participants”, por DESDEVISES, Yvon. — “Présentation du colloque”, por CADIET, Loïc. — “La responsabilité de l'État et des magistrats du fait de la justice”, por WIEDERKEHR, Georges. — “La responsabilité des magistrats et de l'État en matière pénale”, por GIUDICELLI~DELADE, Geneviève. — “La responsabilité des magistrats et de l'État du fait de la justice. L'apport du droit administratif”, por MOREAU, Jacques. — “Considérations sur la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux de la justice en droit belge”, por VAN COMPERNOLLE, Jacques. — “Les obligations des mandataires *ad litem*”, por DELEBECQUE, Philippe. — “Les assurances professionnelles de l'avocat”, por MAYAUX, Luc. — “Le partage de responsabilité entre les avocats et les autres auxiliaires de justice (avoués à la cour, huissiers de justice)”, por CROZE, Hervé. — “L'*Alma mater* au prétoire. Les responsabilités des facultés de droit aux États-Unis”, por LORVELLEC, Louis. — “La responsabilité des gens de justice. Rapport de synthèse”, por GUINCHARD, Serge. — **VARIÉTÉS**: “La fonction d'homologation judiciaire”, por AMIEL-COSME, Laurence. — “Autorité de la chose jugée et immutabilité du litige”, por BENCIMON, Maurice; BERNABE, Oliver; HARDOUIN, Patricia; NABOUDET-VOGEL, Pascale y PASSERA, Oliver. — **CHRONIQUES D'ACTUALITÉ**: “Commission et Cour européennes des droits de l'homme”, por COHEN-JONATHAN, Gérard y FLAUSS, Jean-François. — “Justice constitutionnelle”, por DRAGO, Guillaume y MOLFESSIS, Nicolás. — “Justice administrative”, por GOHIN, Oliver. — “Justice civile”, por WIEDERKEHR, Georges. — “Justice fiscale”, por LAMARQUE, Jean. — “Justice pénale”, por REBUT, Didier. — “Procédures d'urbanisme et d'environnement”, por HOSTIOU, René. — “Procédures

d'exécution", por PUTMAN, Emmanuel. — "Justice arbitrale", por RIVIER, Marie-Claire. — "Justices du monde", por FLAUSS-DIEM, Jacqueline.

[24]

LABORES JUDICIALES 1996. (Publicación oficial de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia), Sucre, 1997.

[25]

LEGISLACION 7. SEPARATA DE LA REVISTA JUDICIAL, RECOPIACIÓN DE LEYES DE FAMILIA.

(Publicación oficial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador), San Salvador, 1997, julio. Contiene el Código de Familia, y las siguientes leyes: Procesal de Familia, del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer, contra la Violencia Intrafamiliar, Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, del Nombre de la Persona Natural y Orgánica del Registro Nacional de las Personas Naturales. Asimismo: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, las Disposiciones Constitucionales referentes a la Familia, entre otras.

[26]

LEGISLACION 8. SEPARATA DE LA REVISTA JUDICIAL, RECOPIACIÓN DE LEYES LABORALES.

(Publicación oficial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador), San Salvador, 1997, julio. Compilación de la legislación vinculada al Derecho del Trabajo de El Salvador. Entre otras, contiene las disposiciones constitucionales, el Código de Trabajo, el Reglamento del Consejo Superior del Trabajo, y las leyes relativas a: Trabajo de las Tripulaciones Aéreas, Organización y Funciones del Sector del Trabajo y Previsión Social, Complementación Alimentaria para los Trabajadores Agropecuarios, Ministerio Público, Seguro Social, Reglamento de Evaluación de Incapacidades por Riesgo Profesional, Reglamento de Aplicación de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, Reglamento para la Afiliación, Inspección y Estadística del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social a los Trabajadores Independientes, Reglamento para la Elección de Representantes de los Trabajadores y Representantes Patronales que integran el Consejo Directivo del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, Reglamento de Inversiones de las Reservas Técnicas del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, las Normas para la Elección del Representante de los Patronatos y el de los Trabajadores en el Comité de Inversiones del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, Reglamento General sobre Seguridad e Higiene en los Centros de Trabajo, ley de Servicio Civil, ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos, Disposiciones Generales del Presupuesto, ley sobre la Compensación Adicional en Efectivo, ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa, ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, de las Jubilaciones y Pensiones Civiles a Cargo del Estado, Reglamento de Jubilaciones y Pensiones Civiles incorporadas al Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, ley Temporal de Compensación Económica por Servicios Prestados en el Sector Público, Reglamento de Coordinación de los Regímenes de Pensiones de los Empleados Públicos y del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, ley del Sistema de Ahorro para Pensiones y los Convenios Internacionales ratificados por El Salvador.

[27]

LES CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Ed. Dalloz, Paris, 1997, n° 3. **DÉCISIONS ET DOCUMENTS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL. LISTE DES DÉCISIONS DU PREMIER SEMESTRE 1997. JURISPRUDENCE. DOCUMENTS ET PROCÉDURES. COOPÉRATION INTERNATIONALE ET JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES ÉTRANGÈRES:** “La coopération francophone: le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone”, por JACQUES, Robert. — “La coopération bilatérale: la Chambre des Lords, à propos des projets actuels de réformes constitutionnelles”, por LENOIR, Noëlle. — **LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL POLONAIS:** “Présentation du Tribunal”, por WYRZYKOWSKI, Mirosław. — “Entretien avec”, por ZOLL, Andrzej. — “Les lieux de la justice constitutionnelle” — “Textes à l'appui” — **ÉTUDES ET DOCTRINES:** “Légalité et constitutionnalité”, por FAVOREU, Louis.

[28]

MICHIGAN LAW REVIEW. Michigan, 1997, n° 5, vol. 95, marzo. **ARTICLES:** “The devil and the one drop rule: racial categories, african americans, and the U.S. census”, por HICKMAN, Christine B. — “The idea of fairness in the law of enterprise liability”, por KEATING, Gregory C. — **NOTES:** “An implied cause of action under the real estate settlement procedures Act”, por SAGERS, Christopher L. — “The unwelcome judicial obligation to respect politics in racial gerrymandering remedies”, por FISHER, Jeffrey L. — “The casey standard for evaluating facial attacks on abortion statutes”, por FORD, John Christopher. — “Restoring rights to rites: the religious motivation test and the religious freedom restoration Act”, por SEEGER, Steven C.

[29]

NETHERLANDS INTERNATIONAL LAW REVIEW. Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 1997, vol. XLIV, n° 2. **ARTICLES:** “Helms-Burton: Extending the Limits of US Jurisdiction”, por VAN DEN BRINK, Jens. — “The International Court of Justice, Nuclear Weapons and the Law”, por CHESTERMAN, Simon. — “Religious Freedom and Newly-Established Religions in Dutch Law”, por LABUSCHAGNE, B.C. — “The Environment and the Technical Barriers to Trade Agreement: Did the *Reformulated Gasoline* Panel Miss a Golden Opportunity?”, por ZEDALIS, Rex J. — “The End of Constitutional Democracy? Challenges to the Fundamental Ideals of Contemporary Political Systems”, por ZOETHOUT, Carla M. — **SHORTER ARTICLES:** “‘Binding Force’ Revisited”, por AMERASINGHE, C.F. — “Exhaustion of Local Remedies: ignored in most bilateral investment treaties”, por PETERS, Paul. — “Netherlands Judicial Decisions Involving Questions of Private International Law” — “Information Concerning the Hague Conventions on Private International Law”.

[30]

NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW. New York, n° 5, vol. 72, 1997, noviembre. **ESSAY:** “Bleeding Heart: Reflections on Using the Law to Make Social Change”, por STODDARD, Thomas B. — **RESPONSES:** “The Moral Rhetoric of Legislation”, por FELDBLUM, Chai R. — “Lawyering for Social Justice”, por HUNTER, Nan D. —

MEMORIAL ESSAYS: "Tom Stoddard: Civil Libertarian, por DORSEN, Norman. — "The Personal Is the Pedagogical: A Very Brief life of Professor Stoddard", por MURPHY, Robert — "Tom Stoddard, public Health, and Civil Liberties: A Remembrance", por Bayer, Ronald. — **ARTICLES:** "Deregulatory Takings, Breach of the Regulatory Contract, and the Telecommunications Act of 1996", por BAUMOL, William J. y MERRILL, Thomas W. — "Givings, Takings, and the Fallacy of Forward-Looking Costs", por SIDAK, J. Gregory y SPULBER, Daniel F. — **NOTES:** "The Role of Apology in Mediation", por LEVI, Devorah L. — "'Useful Life' Has Outlived Its Useful Life: Tax Depreciation After *Simon and Liddle*", por MURAKAMI, Alton A. — "Equal Acces or Free Speech: The Constitutionality of public Accommodations Laws", por ROSENBLUM, Lauren J.

[31]

RACCOLTA UFFICIALE DELLE SENTENZE E ORDINANZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

(Publicación oficial de la Corte Constitucional de Italia), Roma, 1995, vol. CXVII.

[32]

RECOPIACION DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. (Publicación

oficial de las Comunidades Europeas), Luxemburgo, 1997, n° 7/8.

[33]

RECUEIL DALLOZ. París, 1997, n° 45, diciembre.

[34]

RECUEIL DES DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Ed. Dalloz, París, 1994.

[35]

REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, n° 142, enero-abril. **ESTUDIOS:** "Posada Herrera", por SOSA WAGNER, Francisco. — "Caracteres del Derecho Comunitario europeo ambiental", por LOPEZ RAMON, Fernando. — "La enseñanza privada en España: consideraciones sobre su problemática actual en el marco de la política europea sobre educación", por EMBID IRUJO, Antonio. — "Hacia el estado de la España grande (Réplica a Ramón Parada)", por HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑON, Miguel. — "La suspensión de la ejecución del contrato de obra pública", por BARRERO RODRIGUEZ, María Concepción. — "Aproximación al régimen jurídico de la producción láctea", por FUERTES LOPEZ, Mercedes. — "La contratación de las Comunidades Europeas", por GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. — "Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (*référé-provision*). A propósito del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (asunto *Antonissen*)", por GARCIA DE ENTERRIA,

Eduardo. — **JURISPRUDENCIA: COMENTARIOS MONOGRÁFICOS:** "El Régimen Jurídico de los Departamentos Universitarios. Acotaciones de la Jurisprudencia", por PEMA GAVIN, Juan. — "La polémica Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de espacios naturales protegidos: Competencias Estatales versus. Competencias Autonómicas (Comentario en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio, en relación con las STC 156/1995, de 26 de octubre, y 163/1995, de 8 de noviembre)", por CANALS AMETLLER, Dolors. — **NOTAS: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO:** "En General", por FONT I LLOVET, Tomás y TORNOS MAS, Joaquín. — "Personal", por ENTRENA CUESTA, Rafael. — **CRÓNICA ADMINISTRATIVA: ESPAÑA:** "El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa", por POMED SANCHEZ, Luis — "Las expropiaciones forzadas motivadas por el establecimiento de instalaciones de gas", por COLOM PIAZUELO, Eloy. — "Régimen Jurídico de las actuaciones administrativas preparatorias de los contratos en la Ley 13/1995 del 18 de mayo. Consideración especial de las tramitaciones urgente y de emergencia", por VALERO LOZANO, Nicolás. — **EXTRANJERO:** "El Régimen Jurídico-Administrativo de la Radiotelevisión en Italia. Evolución y perspectivas actuales", por CANO CAMPOS, T. — "Nuevas tendencias en la tutela de los usuarios de los servicios públicos en Italia", por MIGUEZ MACHO, Luis.

[36]

REVISTA DE CIENCIAS PENALES, Montevideo, 1996, n° 2.

[37]

REVISTA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, vol. I, n° 1, enero/junio. **ESTUDIOS:** "Flexibilidad y cooperación reforzadas: ¿Nuevos métodos para una Europa nueva?", por DE AREILZA CARVAJAL, José María y DASTIS QUECEDO, Alfonso. — "Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho Comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones", por GOSALBO BONO, Ricardo. — "El diálogo político de la Unión Europea con países terceros", por GONZALEZ SANCHEZ, Enrique. — **NOTAS:** "La Constitución danesa y la Unión Europea (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo danés de 12 de agosto de 1996)", por DYRBERG, Peter. — "La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España (años 1993, 1994 y 1995)", por LIÑAN NOGUERAS, Diego J. y ROBLES A. CARRILLO, Margarita. — "Libre circulación de capitales, control de cambios y delitos monetarios: la solución a unas discrepancias entre el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal Supremo español", por FERNANDEZ TOMAS, Antonio. — "Algunas cuestiones sobre la adopción de sanciones económicas por la Comunidad Europea contra la República Federativa de Yugoslavia (Comentario a las Sentencias del TJCE de 30 de julio de 1996, *Bosphorus C-84/95*, y de 14 de enero de 1997, *Centro-Com C-124/95*)", por OLESTI RAYO, Andreu. — "La televisión digital y el Derecho Comunitario europeo: reflexiones en torno a una polémica transposición", por MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, José. — "La circulación intracomunitaria de productos farmacéuticos con especial referencia a los precedentes de España y Portugal (Comentario a la Sentencia del TJCE de 5 de diciembre de 1996, *Merck y otros c. Primecrown y otros y Beecham Group c. Europharm*, as. ac. C-267/95 y C-268/95)", por OTERO GARCIA-CASTRILLON, Carmen. — "Sobre la responsabilidad del Estado frente a los particulares por la no transposición de las directivas comunitarias (Comentario a la Sentencia del TJCE de 8 de octubre de 1996, as. ac. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, *Dillenkofer y otros*)", por PEREZ GONZALEZ, M. Carmen. — "La dimensión comunitaria en el proceso: cooperación internacional y traducción de prueba documental (Comentario

a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 45/96 de 25 de marzo”, por PEREZ MILLA, José Javier. — “Cooperación policial y derecho de persecución a la luz de un asunto en la frontera hispano-francesa”, por URTIZBEREA SEIN, Igone.

[38]

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL. Madrid, 1997, n° 224, abril-junio. “El sistema de las excepciones frente a la acción cambiaria”, por DE EIZAGUIRRE, José María. — “La reintegración de la masa de la quiebra y la publicidad registral inmobiliaria”, MIRALLES GOMEZ, Ana. — “Desregulación y neoregulación en el mercado de valores”, por SALINAS ADELANTADO, Carlos. — **VARIA:** “La compraventa de inmuebles para uso o consumo empresarial (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de noviembre de 1995)”, por MORRAL SOLDEVILA, Ramón. — “El pretendido ‘Derecho de los consumidores’ y el sistema”, por PEINADO GRACIA, Juan Ignacio. — “La noción de ‘control’ en la Directiva 94/95/CE sobre el Comité de Empresa Europeo”, por GIRGADO, Pablo. — “El seguro de caución en España”, por BATALLER GRAU, Juan. — “Seis años de defensa de la competencia en concentraciones de empresas realizadas en la CE”, por BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar. — **LEGISLACIÓN:** “Reseña de legislación mercantil (enero a marzo de 1997)”, por GIL CONDE, Sylvia. — **JURISPRUDENCIA:** “Reseña de jurisprudencia mercantil del Tribunal Supremo (enero a julio de 1996)”.

[39]

REVISTA DE DERECHO PUBLICO. Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1996, n° 60, diciembre. **ESTUDIOS:** “La prudencia como inteligencia práctica”, por DE DIOS VIAL LARRAIN, Juan. — “La exigibilidad jurídica de las normas morales: liberalismo, comunitarismo y realismo tomista”, por MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. — “Nota sobre el sentido político de los estamentos frente a las clases sociales”, por BALART PAEZ, Francisco. — “Profilaxis policial y falacia del ‘Estado de Derecho’” por D’ORS, Alvaro. — “Población, economía y ética”, por HÜBNER GALLO, Jorge Iván. — “Uso y goce de la propiedad urbana”, por BRUNA CONTRERAS, Guillermo. — “Utilización por la administración pública del derecho privado”, por CEA EGAÑA, José Luis. — “La noción de acto administrativo en el derecho chileno”, por SOTO KLOSS, Eduardo. — “Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del recurso de protección”, por ARANCIBIA MATTAR, Jaime. — **CRONICA:** “La libertad de Tomás Moro”, por CHESTER-TON, Gilbert K. — “Moral: ¿Algo objetivo o subjetivo?”, por GUZMAN ERRAZURIZ, Jaime. — “La memoria de prueba de don Arturo Prat Chacón a 120 años de su presentación: un ensayo de informe”, por FIAMMA OLIVARES, Gustavo. — “Un apóstol social: semblanza del primer cardenal chileno”, por CARO RODRIGUEZ, María. — “Pensando lo público”, por FRIAS, Pedro J. — “El ‘Fallo de los crucifijos’ del Tribunal Constitucional Federal Alemán” — “Cuenta anual de labor realizada durante 1995 por el Tribunal Constitucional”.

[40]

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, n° 96, abril-junio. **ESTUDIOS:** “La monarquía en la teoría constitucional británica durante el primer tercio del siglo XIX”, por VARELA SUANZES, Joaquín. — “La búsqueda del grial. La teoría de la Nación en Ortega”, por BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. — “Kelsen y el socialismo reformista”, por HERRERA, Carlos Miguel. — “P. Sylvain Maréchal: Manifiesto

de los iguales”, por NEBRERA, Montserrat. — “La crisis parlamentaria de 1913-1917. La quiebra del sistema de relaciones parlamentarias de la Restauración”, por MARTORELL LINARES, Miguel Angel. — **NOTAS:** “Federalismo. Entre política y ciencia”, por SCHUBERT, Klaus. — “El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, por LOPEZ GONZALEZ, José Luis. — “La economía política del separatismo en Quebec”, por PLAZA CEREZO, Sergio. — “Len-guaje y construcción en el estudio de la política”, por HAMMAR, Björn. — “Algunas reflexiones en torno a la urgente necesidad”, por CARMONA CONTRERAS, Ana. — **CRÓNICAS Y DOCUMENTACIÓN:** “Las elecciones generales en la región de Murcia”, por GARCÍA ESCRIBANO, Juan J. y MARTINEZ, Antonia.

[41]

REVISTA DE ESTUDOS JURIDICOS UNESP. Ed. Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Franca SP, 1996, n° 1, enero-junio. **DOCTRINA:** “Princípio da igualdade tributária”, por PAIVA, Leila. — “O novo modelo jurídico da empresa nacional e a reforma da lei de falências”, por COLOMBO ARNOLDI, Paulo Roberto. — “Direito comparado do trabalho e sistemas jurídicos”, por RÜDIGER, Dorothee Suzanne. — “Reflexões sobre o trabalho rural nos países do Mercosul”, por MANIGLIA, Elisabete. — “A violência urbana e o estereótipo da marginália”, por MACHADO, Antônio Alberto. — “A harmonização tributária no Mercosul e o IVA - imposto sobre o valor acrescido”, por FIGUEIRAS, Marcos Simão. — **ESTUDOS JURIDICOS:** “Confrontos e aplicações entre a ausência e a aparência de direito (ou aparência no direito?); o erro e a simulação”, por BORGHI, Hélio. — “O paradigma dogmático juspositivista”, por DE ANDRADE, Christiano José. — “Uma teoria da auctoritas: poder e autoridade”, por MOTA de SOUZA, Carlos Aurélio. — “As inovações no Direito Internacional Privado brasileiro presentes no projeto de lei de aplicação das normas jurídicas”, por FIORATI, Jete Jane. — “Responsabilidade pública por prisão indevida”, por SOARES HENTZ, Luiz Antonio. — **NOTAS E COMENTÁRIOS:** “Serviços”, por BRAGA TEIXEIRA, José Guilherme. — “A jurisprudência paulista e a responsabilidade do preso - análise do caso ‘carandiru’”, por ROCHA BARROS SANDOVAL, Ovídio. — “Iniciação Científica: estudo e pesquisa”, por GAZZI TADDEI, Marcelo.

[42]

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997, año 17, n° 49, enero-abril. **ESTUDIOS:** “Tareas del Bundesverfassungsgericht en una época de cambios”, por KIRCHHOF, Paul. — “Teorema de O'Reilly: incógnita constituyente de Indoamérica”, por CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. — “Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional”, por FERNANDEZ SEGADO, Francisco. — “El Senado de la España vertebrada”, por MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, Jose Luis. — “Los conceptos de ‘todo’ y ‘parte’ aplicados al estudio de los Estados compuestos”, por LOPEZ RUIZ, Francisco. — “Acerca de la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía”, por AGUADO RENEDO, Cesar. — **NOTA:** “Crónica del Seminario ‘La República de Weimar y la evolución de la ciencia del Derecho’”, por CANALS AMETLLER, Dolores; ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo y TARRÉS VIVES, Marc. — **JURISPRUDENCIA:** “Actividad del Tribunal Constitucional: Relación de sentencias dictadas durante el tercer cuatrimestre de 1996 (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid)”. — “La doctrina del Tribunal

Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 1996” — **ESTUDIOS CRÍTICOS:** “Los deberes lingüísticos y la proyección de la cooficialidad lingüística sobre la distribución de competencias en la reciente jurisprudencia constitucional (Sentencias 337/1994 y 147/1996)”, por MUÑOZ I BAS, Xavier. — “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario (Un comentario a las SSTC 99/1994, del 11 de abril, y 6/1995, del 10 de enero)”, por PARDO FALCON, Javier. — “Las peculiaridades de la Ley de Presupuestos en la reciente jurisprudencia constitucional”, por TORRES MUÑOZ, Ignacio. **CRÍTICA DE LIBROS:** “Retos actuales del Estado constitucional”, por RUBIO LLORENTE, Francisco. — “Política y Derecho en la Edad Media”, por VARELA SUANZES, Joaquín. — “La legitimación democrática de la Unión Europea”, por BARNES, Javier. — “Un breve comentario en torno al momento actual de opinión sobre el Tribunal Constitucional alemán”, por TARRE S VIVES, Marc.

[43]

REVISTA JUDICIAL. (Publicación oficial de legislación y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador), San Salvador, 1993, tomo XCIV.

[44]

REVISTA JURIDICA DE CATALUNYA, JURISPRUDENCIA. Ed. Illustre col·legi d'Advocats de Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 1997, nº III. **JURISPRUDENCIA CIVIL:** TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA: Contratos. Derecho de familia. Recurso de revisión. — AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CATALUNYA: Arrendamientos urbanos. Arrendamientos rústicos. Derecho civil de Catalunya. Derecho civil común. Derecho de obligaciones. Propiedades especiales. Derecho del comercio. Derecho procesal. Procedimientos universales. — **JURISPRUDENCIA PENAL:** AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CATALUNYA: Principio acusatorio. Indulto. Prescripción. Procedimiento abreviado. Homicidio. Alevosía. Delito contra la Administración de justicia por violencia o intimidación sobre la persona denunciante. El hecho de la apropiación y su prueba. Estafa. El engaño de la estafa. Alzamiento de bienes. Delito contra la salud pública. Incumplimiento del servicio militar. Multa. — **JURISPRUDENCIA CONTENCIOSOADMINISTRATIVA:** TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA: Administración laboral. Expropiación forzosa. Impuestos locales. Medio ambiente. Responsabilidad de la Administración por daños. Urbanismo. — **JURISPRUDENCIA LABORAL:** TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA: Accidente de trabajo. Conflicto colectivo. Incompetencia de jurisdicción. Tutela de derechos fundamentales. — JUZGADOS DE LO SOCIAL DE CATALUNYA: Accidente de trabajo. Cantidad. Derechos fundamentales. Despido. Extinción de contrato. Instituto Nacional de Empleo. Reconocimiento de derecho. Seguridad Social. — **JURISPRUDENCIA MATRIMONIAL:** TRIBUNALES ECLESIASTICOS DE BARCELONA Y MALLORCA: Nulidad de matrimonio. — AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CATALUNYA: Divorcio. Alimentos. Vivienda. Indemnización compensatoria del Dret Civil de Catalunya. Modificación de las medidas. Convenio regulador. Cuestiones procesales.

[45]

REVISTA JURIDICA DE CATALUNYA. Ed. Illustre col·legi d'Advocats de Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 1997, n° 3. **PRIMERA PARTE. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS:** "La acción de repetición contra el deudor de alimentos. Solidaridad familiar y prestaciones asistenciales públicas", por EGEA FERNANDEZ, Joan. — "Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de sociedades limitadas y el Reglamento del registro mercantil", por VICENT CHULIA, Francisco. — "La ocupación de viviendas deshabitadas y el nuevo Código Penal a la luz del principio de intervención penal mínima", por BAUCCELLS I LLADOS, Joan. — **ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE CATALUNYA:** "Memoria de las actividades de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya durante el curso 1995-1996", por FOLLIA I CAMPS, Robert. — "Los arrendamientos urbanos en relación a terceros. Los artículos 13, 14 y 29 de la Ley 29/1994", por VERGER GARAU, Joan. — "Necrológica del Excmo. Sr. Cardenal Dr. Narcís Jubany I Arnau, miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya", por REINA, Víctor. **SEGUNDA PARTE. ESTUDIOS PRÁCTICOS. JUSTICIA CONSTITUCIONAL:** "El conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor en la doctrina del Tribunal Constitucional (II)", por GERPE LANDIN I ALTRES, Manuel. — **DERECHO CIVIL CATALAN:** "Reflexiones en torno a la rescisión por lesión en el derecho interregional", por FONT I SEGURA, Alberto y ORRIOLS, Santiago. — **TERCERA PARTE. NOVEDADES LEGISLATIVAS. INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO:** "Derecho de la Comunidad Europea", por PICAÑOL ROIG, Enric. — **CUARTA PARTE. JURISPRUDENCIA COMENTADA. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.** "Inadmisión de un medio de prueba ¿auto o providencia?", por MUÑOZ SABATE, Lluís. — "Los ministros no son funcionarios", por MOLTO DARNER, José M. — "Tribunal Constitucional", por GUI MORI, Tomás. — "Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (enero-marzo 1997)", por AVILA NAVARRO, Pedro. — **JURISPRUDENCIA COMUNITARIA:** "Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", por BORRAS, Alegría y VILA, Blanca.

[46]

REVISTA PARLAMENTARIA. (Publicación oficial del Poder Legislativo de Costa Rica), Ed. Asamblea Legislativa, Costa Rica, 1997, n° 1, vol. 5, abril. **ENSAYOS:** "Perspectivas de la Comunidad Internacional hacia el año 2000", por ALVAREZ DESANTI, Antonio. — "¿Fin de siglo o inicio de milenio?" por URCUYO FOUIMIER, Constantino. — "Un nuevo Estado para el siglo XXI", por YANKELEWITZ BERGER, Samuel. — "El papel del Estado en el estilo de Desarrollo Nacional", por SOLIS FALLAS, Ottón. — "El Estado, la Política y la Sociedad Civil en Costa Rica: Una visión hacia el próximo siglo", por CARAZO ZELEDON, Mario. — "La Política y algunas omisiones del concepto convencional de la reforma del Estado", por FERRARO CASTRO, Fernando. — "Perspectivas políticas del Estado para el nuevo siglo", por FONSECA LEON, Odette. — "Hacia un Estado solidario en una sociedad de democracia participativa", por RODRIGUEZ ECHEVERRIA, Miguel Angel. — "La lucha por la democracia: Hacia una simbiosis sociedad civil-Estado", por JIMENEZ ZELEDON, Mariano y ROJAS SABORIO, Ingrid. — "El reto del Parlamento hacia el siglo XXI", por COTO MOLINA, Walter. — "Las transformaciones del órgano legislativo", por HERNANDEZ VALLE, Rubén. — "Evolución constitucional costarricense", por MUÑOZ QUESADA, Hugo Alfonso. — "Reforma política: Fase olvidada de la reforma estatal", por SOLIS MORA, Silvia. — "La integración social deficitaria y la proliferación de la violencia. Bases para una discusión sobre el caso costarricense", por RIVERA ARAYA, Roy. — **INFORMES TÉCNICOS:** "Reforma integral al Reglamento de la Asamblea legislativa, 43 años después", por MORALES GUZMAN, Humberto y NARANJO MUÑOZ, Carolina. — "Informe Jurídico: Proyecto de reformas a la Ley de creación de la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago, No. 3300 y sus

reformas. Expediente No. 12.795", por BERTOLINI MIRANDA, José Ernesto; CORDOBA ORTEGA, Jorge y FALLAS VEGA, Elena. — "Proyecto de Ley: Inclusión de la computación en los cursos regulares de las escuelas y colegios del país", por JIMENEZ MENDEZ, Ana Lucía. — "Trámite a seguir por los respectivos informes de la Comisión de Investigación sobre el Banco Anglo a la luz de la Sala Constitucional. Criterio Técnico". — **OTROS ENSAYOS:** "La Convención Interamericana contra la corrupción y el Proyecto de Código de deberes y normas de conducta del servidor público", por TREJOS SALAS, Gerardo. — "Estado de necesidad y discrecionalidad en la expulsión de los venezolanos: Un voto incompleto de la Sala Constitucional", por SOLIS FALLAS, Alex. — "El Hábeas Data en Costa Rica", por MONGE NICOLAAS, Edgar. — "El reto competitivo de la industria costarricense, una nueva ley de desarrollo industrial", por ROJAS ESQUIVEL, Armando. — "Apuntes para la historia de la representación diplomática de Costa Rica en Francia", por BOURILLON DE RICKEBUSCH, Ivette. — "Breve noticia sobre la historia constitucional brasileña", por PANTOJA MURILLO, Carlos. — **CRÓNICA PARLAMENTARIA:** "Legislatura aprobada y proyectos ingresados en la corriente legislativa de noviembre de 1996 a marzo de 1997", por GONZALEZ ROJAS, Gerardo y RAMIREZ MOREIRA, Olman.

[47]

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDENCIA. (Publicación oficial de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil), Brasilia, 1997, vol. 161-3, septiembre.

[48]

REVISTA URUGUAYA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y POLITICO. Montevideo, 1996, n° 72, tomo XII, abril-mayo. "La protección jurídica de los derechos del consumidor", por SAETTONE, Mariella. — "Dignidad de la persona e ideología constitucional", por SAGÜES, Néstor Pedro. — "¿Es constitucionalmente posible un referéndum consultivo?", por SEMINO, Miguel A. — "La servicialidad del Estado: sus fundamentos constitucionales", por SILVA BASCUÑAN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía. — "Naturaleza político-institucional de la ciudad de Buenos Aires en el texto de la Constitución vigente a partir de agosto de 1994", por SPOTA, Alberto Antonio. — "¿Tienen rango constitucional los derechos humanos en Cuba?", por TORRADO, Fabio Raimundo. — "El estado de inocencia: algo más que una presunción", por VANOSI, Jorge Reinaldo. — "El principio de supremacía y los tratados internacionales después de la reforma constitucional argentina de 1994", por ZIULU, Adolfo Gabino.

[49]

REVUE BELGE DE DROIT CONSTITUTIONNEL. Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1997, n° 2. **ÉTUDE DOCTRINALE:** "Les traités internationaux: quels pouvoirs pour les commissions communautaires?", por PAUWELS, Jean-Philippe. — **JURISPRUDENCE COMMENTEE:** CONSEIL D'ETAT DE FRANCE, arrêt *Koné* du 3 juillet 1996, "La consécration par le Conseil d'Etat d'un principe fondamental reconnu par lois de la République, prémices d'une renaissance de la catégorie?", por LARSONNIER, Virgine. — COUR D'ARBITRAGE, arrêt n° 65/96 du 13 novembre 1996, "Qui peut poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage?", por BOUCQUEY, Pascal. — **CHRONIQUE NATIONALE:** LE CONSEIL D'ETAT - Chronique de jurisprudence 1996,

por ANDERSEN, Robert y NIHOUL, Pierre. — **CHRONIQUE ETRANGERE**: “La République de Bosnie Herzegovine: Etat fédéral atypique et fragile”, por LARRALDE, Jean-Manuel.

[50]

REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. Ed. Sirey, Paris, 1997, n° 3, tomo 86, julio-septiembre. **PREMIERE PARTIE. DOCTRINE ET CHRONIQUES**: “Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé: la coopération transfrontière entre collectivités publiques infra-étatiques”, por OSMAN, Filali. — “La loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration: de l'ajustement au durcissement”, por TURPIN, Dominique. — **DEUXEME PARTIE. JURISPRUDENCE: NATIONALITÉ. CONDITION DES ÉTRANGERS. CONFLITS DE LOIS. CONFLITS DE JURIDICTIONS. COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. TROISIEME PARTIE. DOCUMENTATION.**

[51]

REVUE DE DROIT INTERNATIONAL ET DE DROIT COMPARE. Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1997, n° 4. **DOCTRINE**: “Le rôle de la volonté de l'organisation internationale dans la détermination du droit applicable aux contrats conclus avec les personnes privées”, por SINKONDO, M. H. — “Chronique de jurisprudence”, por MARCHAL, P. — **INFORMATION ET DOCUMENT**: “La Commission vérité et réconciliation d'Afrique du Sud: amnésie ou amnistie?”, por BULLIER, A. J.

[52]

REVUE DE DROIT SANITAIRE ET SOCIAL. Ed. Sirey, Paris, 1997, n° 3, julio-septiembre. **ARTICLES**: “La motivation par référence des décisions d'hospitalisation d'office, ou le juge administratif aliéné par son fou”, por BERNARD, Elisabeth Anne y BERNARDET, Philippe. — “L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption”, por RIHAL, Hervé. — **CHRONIQUES: DROIT SANITAIRE. SANTÉ ET MÉDECINE. SANTÉ PUBLIQUE**: “Actualité juridique”, por CAYLA, Jean-Simon. — “Le nouveau constat de la mort en cas d'utilisation du cadavre (décret et arrêté du 2 décembre 1996)”, por DEMAY DE GOUSTINE, Patrick. — “Publicité indirecte en faveur du tabac, note sous Crim. 22 janv. 1997, Comité de lutte contre le tabagisme c/J.-P. y J.-C, Decaux, Régie publicitaire de mobilier urbain (RPMU)”, por CAYLA, Jean-Simon. — **PROFESSIONS DE SENTÉ**: “Chronique, Réformes de l'assurance maladie et évolutions des honoraires médicaux”, por HARICHAUX, Michèle. — **PHARMACIE**: “Chronique, L'inclusion des produits sanguins labiles dans le régime du médicament”, por JACOTOT, David. — **ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ. SYSTÈME HOSPITALIER**: “Chronique, Les agences régionales de l'hospitalisation ou l'Etat éclaté”, por GHEBALIBAILLY, Marguerite. — **DROIT SOCIAL. LES SYSTÈMES DE PROTECTION SOCIALE. LA SÉCURITÉ SOCIALE**: “Actualité juridique”, por VERKINDT, Pierre-Yves. — “Chronique, Les exonérations de charges sociales: un outil pour la politique de la ville?”, por VERKINDT, Pierre-Yves. — “L'aide et l'action sociales. Actualité juridique”, por LIGNEAU, Philippe. — **LES INSTITUTIONS SOCIALES**: “Les associations à objet sanitaire ou social. Actualité juridique”, por ALFANDARI, Elie. — “Chronique, Gestion du personnel associatif et aléa du financement public, note sous Soc. 20 févr. 1996, Mme Chabrier c/ Associations Perspectives”, por ALFANDARI, Elie. y HENNION-MOREAU, Sylvie. — “Les établissements spécialisés. Actualité juridique”, por LHUILLIER, Jean-Marc. — “Les professions sociales. Actualité juridique”, por PINTIAU, Francis y HENNION-MOREAU, Sylvie. — **LES ACTIONS ET PRESTATIONS SOCIALES**:

"La famille et l'enfance. Actualité juridique", por MONEGER, Françoise. — "Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineures célibataires", por ESCHYLLE, Jean-Florian. — "Du nouveau dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, note sous Civ. 2°, 19 févr. 1997, Bertrand c/ Domingues et autres, por DORSNER-DOLIVET, Annick. — "Les personnes malades. Actualité juridique", por PEDROT, Philippe. — "Les personnes âgées. Chronique, La conformité à la Constitution de la loi instituant la prestation spécifique dépendance, note sous Cons. const. 21 janv. 1997, n° 96-387 DC", por PRETOT, Xavier. — "Insertion professionnelle et sociale. Actualité juridique", por BADEL Maryse.; DAUGAREILH, Isabelle; LABORDE, Jean-Pierre y LAFORE, Robert.

[53]

REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARE. Ed. Sirey, Paris, 1997, n° 4, Octobre-décembre. **DOCTRINE:** "Pour la recevabilité de l'action associative fondée sur la défense d'un intérêt altruiste", por BORE, Louis. — "Les actions internationales de lutte contre la criminalité organisée: le cas de l'Europe", por QUELOZ, Nicolás. — **ETUDES, VARIETES ET DOCUMENTS:** "Les enquêtes sociales rapides (évaluation nationale). La gestion humaniste de l'urgence judiciaire", por FAGET, Jacques. — "La contrainte physique et l'aveu dans la procédure pénale japonaise contemporaine", por SEIZELET, Eric. — "Entrave à l'interruption volontaire de grossesse. Esquisse d'un bilan", por DHAVERNAS, Odile. — **CHRONIQUES:** CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE: "Droit pénal général", por BOULOC, Bernard. — "Infractions contre les personnes", por MAYAUD, Yves. — "Infractions relevant du droit de l'environnement et de l'urbanisme", por ROBERT, Jacques-Henri. — "Infractions relevant du droit des sociétés", por RENUCCI, Jean-François. — "Procédure pénale", por DINTILHAC, Jean-Pierre. — CHRONIQUE LEGISLATIVE:, por SEUVIC, Jean-François. — CHRONIQUE DE L'EXECUTION DES PEINES. "L'exécution partielle en France d'une peine privative de liberté prononcée à l'étranger", por COUV RAT, Pierre. — CHRONIQUE INTERNATIONALE: "Droits de l'homme", por PETTITI, Louis-Edmond. — "Droit pénal international. Ex-Yougoslavie, Rwanda : une compétence virtuelle des juridictions françaises?", por MASSÉ, Michel. — CHRONIQUE DE CRIMINOLOGIE: A propos d'une première histoire de la criminologie française", por GASSIN, Raymond. — CHRONIQUE DE POLICE, por GLEIZAL, Jean-Jacques.

[54]

REVUE DES SOCIETES. Ed. Dalloz, Paris, 1997, n° 3, julio-septiembre. **DOCTRINE:** "Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du code civil)", por MOURY, Jacques. — "Vers un progrès des droits de la défense devant la COB", por BUCHER, Frédéric. — "La responsabilité du dirigeant de fait", por DEDESSUS-LE MOUSTIER, Nathalie. — **JURISPRUDENCE COMMENTEE:** "La sanction d'un comportement procédural abusif: la dissimulation de la situation juridique d'une société assignée en justice constitue une faute ouvrant droit à réparation, note sous Cass. com. 18 févr. 1997", "Conventions réglementées et abus de majorité, obs. sous Cass. com. 21 janv. 1997", "Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail... Un flottement jurisprudentiel et une décision dissidente : l'extinction du contrat de travail en cas de nomination d'un salarié à la présidence de la société, note sous Cass. soc. 19 févr. 1997, "L'absence d'un droit à indemnisation pour le président du directoire d'une société anonyme, dont les fonctions prennent fin du fait de la substitution d'un conseil d'administration à ce

directoire et au conseil de surveillance, note sous Cass. com. 4 févr. 1997", "Avant-contrat 'obligatoire' ou simplement 'préparatoire', contrat cadre et conventions réglementées. Incidences de l'absence d'autorisation 'préalable', note sous Cass. com. 18 mars 1997", "Le contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire des associations, note sous Cass. I, e civ. 3 déc. 1996", "Le groupe, entité juridique?", note sous Cass. com. 4 mars 1997", "Une cession contestée de bloc structurant, note sous CA 28 mai 1997", "Prescription de la présentation de bilan inexact, note sous Cass. crim. 20 févr. 1997", "Action civile du banquier trompé par un bilan inexact, note sous Cass. crim. 13 févr. 1997", "Nécessité de caractériser une participation personnelle à l'abus de biens sociaux, note sous Cass. crim. 20 mars 1997", "L'arrêt RMC et l'abus de droit en matière fiscale: un ralliement à la jurisprudence administrative, note sous Cass. com. 10 déc. 1996", "Le sort des cautions en cas de restitution amiable par un créancier d'un paiement nul de droit, note sous Cass. com. 22 oct. 1966", "L'impossibilité pour une personne physique non inscrite au registre du commerce de demander sa mise en redressement judiciaire, note sous Cass. com. 25 mars 1997", "Une résiliation de bail commercial à l'origine du rappel des principes qui régissent les règles de compétence des juridictions françaises et les effets en France d'un jugement de faillite italien, note sous Cass. I, e civ. 25 févr. 1997", "Le rôle du lien de causalité dans l'action en comblement pour insuffisance d'actif, note sous Cass. com. 16 avr. 1996", par DIDIER, Paul; SAINTOURENS, Bernard; CHARTIER, Yves; BARBIÈRI, Jean-François; GUYON, Yves; BUCHER, Frédéric; BOULOC, Bernard; KORNPORST, Emmanuel; HONORAT, Adrienne; BEAUBRUN, Marcel y HENRY, Caroline.

[55]

REVUE DU DROIT PUBLIC ET DE LA SCIENCE POLITIQUE EN FRANCE ET A L'ETRANGER. Ed. LGDJ, Paris, 1997, n° 5, Septembre-Octobre. — "Actualité constitutionnelle: Le gouvernement est-il tenu d'organiser une élection législative partielle dès lors que le calendrier le permet?", par CAMBY, Jean-Pierre. — "Actualité administrative: La régularisation de la situation des étrangers dépourvus de titre de séjour", par PRETOT, Xavier. — "La revanche du régime parlementaire", par AUVRET, Patrick. — "Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir", par GROS, Manuel. — "L'originalité juridique des Centres de lutte contre le cancer" par ROSSINI, Eric. — "Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande", par WALTER, Christian. — "La laïcité dans le texte de la Constitution" par KOUBI, Geneviève. — "Le bicamérisme: bilan et perspectives", par SOUSSE, Marcel. — "La lutte contre l'abus du droit d'amendement au Sénat", par GICQUEL, Jean-Éric. — "L'apparition des communes dans le nouveau statut de la Polynésie française", par FABERON, Jean-Yves. — "Le contrôle d'utilité publique par le juge administratif en matière d'expropriation", par BOUTAYEB, Chahira. — "Note de jurisprudence: Le contrôle de l'utilité publique justifiant une expropriation (CE, Ass., 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres*) et (CE, Ass., 28 mars 1997, *M. de Malafosse et autres*).", par WALINE, Jean. — "Conclusions des commissaires du gouvernement: Annulation d'une mesure concernant la situation administrative d'un fonctionnaire. Reconstitution de carrière. Consultation des Commissions administratives paritaires. Conséquences du caractère rétroactif conféré aux annulations contentieuses. Difficultés rencontrés par l'administration pour l'exécution des décisions juridictionnelles (CE, Sect., 14 février 1997, *M. Colonna*)", par Mme PÉCRESE. — "Revue de jurisprudence administrative. Droit administratif général", par GOHIN, Olivier.

[56]

REVUE FRANÇAISE DE DROIT ADMINISTRATIF. Ed. Sirey, Paris, 1997, n° 5, sept.-oct. "Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires", por POCHARD, Marcel y MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. — "Le contrat d'affermage: identification et pouvoirs du juge du contrat", por DUROY, Stéphane. — "Quel est le propriétaire des ouvrages construits sur le domaine public?", por FATOME, Etienne y TERNEYRE, Philippe — "Gratuité des ouvrages d'art et qualité de contribuable départemental", por LACHAUME, Jean-François. — "Les limites de l'intérêt local, à propos de la restauration de Colombey-les-Deux-Eglises", por TOUVET, Laurent. — "Brèves réflexions sur le décret 97.563 du 29 mai 1997 relatif au fonctionnement des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et à la procédure devant ces juridictions", por LATOURNEIRE, Marie-Aimée. — **Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme (1re. partie):** 1. "La portée du droit à la non-discrimination: de l'avis d'Assemblée du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*", por SUDRE, Frédéric; 2. "L'éloignement des étrangers devant la Cour Européenne des droits de l'homme", por LABAYLE, Henri; 3. "L'incertaine détermination des limites de la liberté d'expression. Réflexions sur les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg en 1995-1996 à propos de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme", por LEVINET, Michel; 4. "Bilan de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", por SERMET, Laurent. — **La responsabilité de l'Etat au regard du droit communautaire:** 1. "Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire: de la contradiction à la conciliation?", por ALBERTON, Ghislaine; 2. "Responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire: l'exemple de l'Italie", por ZAMPINI, Florence; 3. "La responsabilité de l'Etat du fait de la violation d'une directive communautaire: contentieux indemnitaire ou contentieux fiscal?", por GOULARD, Guillaume. — "La place de la coutume internationale en droit interne français", por BACHELIER, Gilles.

[57]

REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL. Ed. PUF, Paris, 1997, n° 30. **ETUDES:** "Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel", por GOESEL-LE BIHAN, Valérie. — "L'expression des croyances religieuses à l'école en Grande-Bretagne et en France", por DUBOURG-LAVROFF, Sonia. — "La rénovation du Parlement. une oeuvre inachevée", por CHRESTIA, Philippe. — **CHRONIQUES:** "Jurisprudence du Conseil constitutionnel (1° janvier-31 mars 1997)", por FAVOREU, Louis; GHEVONTIAN, Richard y MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. — "Droit électoral: La jurisprudence du financement des élections municipales des 11 et 18 juin 1995 à travers les jugements des tribunaux administratifs", por BHASIN, Bernadette y DOUBLET, Yves-Marie. — "Droit constitutionnel local: L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France", por DEBBASCH, Roland. — "Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme: Le droit constitutionnel national devant les instances de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme (Actualité jurisprudentielle 1994-1995-1996)", por FLAUSS, Jean-François. — "Droit constitutionnel étranger: L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte (juillet-décembre 1996), Australie, Canada, Etats-Unis", por DETMOLD, Michael; FINN, Chris; SCOFFONI, Guy; VARAT, Jonathan D. y WOEHRING,

José. — “L’actualité constitutionnelle en Russie, dans les Etats de la CEI et de l’Europe de l’Est; la situation dans les autres Etats anciennement communistes (février-avril 1997)”, por GÉLARD, Patrice.

[58]

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE. Ed. Société de Législation Comparée, Paris, 1997, n° 4, enero/marzo. **ETUDES:** “Las bases culturales du juriste européen: un point de vue continental”, por MOCCIA, Luigi. — “Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe”, por SLDEEB ABU-SAHLIEH, Sami A. — “La transfert d’activités administratives à des personnes privées. Réflexion sur la privatisation en droit hellénique”, por POULIS, Panayotis. — “L’impact de la réforme du 16 octobre 1992 sur la participation des actionnaires au gouvernement des sociétés américaines cotées”, por REMY-GOUTARD, Axelle. — **LES GRANDS PROJETS D’INFRASTRUCTURES AU VIETNAM:** “Investissements étrangers en B.O.T.”, por LUU VAN DAT. — “Quelques problèmes juridiques vietnamiens concernant les projets d’investissement sous forme de B.O.T. au Vietnam”, por HOANG PHUOC HIEP. — “Mode de financement de projets. Contrat de construction-opération-transfert de technologies (B.O.T.)”, por NGUYEN DINH AI. — “Les rapports entre la société ad hoc B.O.T. et la puissance publique”, por LE DANG DOANH. — “Réforme du marché de l’électricité au Vietnam. Perspective de développement du secteur jusqu’à l’an 2010”, por TO QUOC TRU. — “Développement des infrastructures de transports et de communication. Projets prioritaires”, por LE NGOC HOAN. — “Le Centre d’arbitrage international du Vietnam”, por TRAN HUU HUYNH. — “Le droit vietnamien sur l’arbitrage économique et sur la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères au Vietnam”, por HA HUNG CUONG. — **VARIETES - INFORMATIONS:** “Le droit à la connaissance de ses origines en République fédérale d’Allemagne”, por FURKEL, Françoise. — “Le Conseil privé de la Reine d’Angleterre et de droit constitutionnel de propriété à Maurice”, por DOOKHY, Parvèz y DOOKHY, Riyad.

[59]

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL. Ed. Sirey, Paris, 1997, n° 3, julio-septiembre. **ARTICLE:** “Propriété, patrimoine et lien social”, por FABRE-MAGNAN, Muriel. — **VARIETES:** “L’usufruit des créances existe-t-il”, por LIBCHA-BER, Rémy. — **JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN MATIERE DE DROIT CIVIL:** “Personnes et droits de la famille”, por HAUSER, Jean. — **OBLIGATIONS ET CONTRATS SPECIAUX:** “Obligations en général”, por MESTRE, Jacques. — “Responsabilité civile”, por JOURDAIN, Patrice. — “Contrats spéciaux”, por GAUTIER, Pierre-Yves. — “Propriété et droits réels”, por ZENATI, Frédéric. — “Sûretés, publicité foncière”, por BANDRAC, Monique y CROCCQ, Pierre. — “Successions et libéralités”, por PATARIN Jean. — “Régimes matrimoniaux”, por VAREILLE, Bernard. — **JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN MATIERE DE DROIT JUDICIAIRE PRIVE:** “Organisation judiciaire et juridiction”, por NORMAND, Jacques. — “Procédure, jugements et voies de recours”, por PERROT Roger. — “Législation française et communautaire en matière de droit privé”, por JAMIN, Christophe y REVET, Thierry. — “Sources du droit en droit interne”, por LIBCHABER, Rémy y MOLFESSIS, Nicolas.

[60]

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT COMMERCIAL ET DE DROIT ECONOMIQUE. Ed. Sirey, Paris, 1997, n° 3, julio-septiembre. **ARTICLES:** “De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires”, por POLLAUD-DULIAN, Frédéric. — “Relecture de la théorie du compte courant”, DESGORCES, Richard. — “Défauts cachés de la chose vendue : que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés”, por FOURMENT, François. — **CHRONIQUES DE LEGISLATION ET DE JURISPRUDENCE FRANÇAISES. ORGANISATION GENERALE DU COMMERCE:** “Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce”, por DERRUPPÉ, Jean. — “Tribunaux de commerce et arbitrage”, por DUBARRY, Jean-Claude y LOQUIN, Eric. — “Organisation administrative et professionnelle du commerce”, por ORSONI, Gilbert. — **PROPRIETES INCORPORELLES:** “Propriété industrielle”, por AZÉMA, Jacques. — “Propriété littéraire et artistique”, por FRANÇON, André. — **SOCIETES ET AUTRES GROUPEMENTS:** “Sociétés en général”, por CHAMPAUD, Claude y DANET, Didier. — “Sociétés par actions”, por PETIT, Bruno y REINHARD, Yves. — “Sociétés civiles, associations et autres groupements”, por ALFANDARI, Elie. — “Crédit et titres de crédit”, por CABRILLAC, Michele. — “Ventes, transports et autres contrats commerciaux”, por BOULOC, Bernard. — “Prévention. Règlement amiable. Redressement et liquidation judiciaires. Surendettement des particuliers”, por CHAPUT, Yves; DAVID, Alain; GRELON, Bernard; HAEHL, Jean-Philippe; MARTIN-SERF, Arlette y PAISANT, Gilles. — “Droit pénal des affaires”, por BOULOC, Bernard. — “Régime fiscal des affaires”, por BLANCHER, René.

[61]

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT EUROPEEN. Ed. Sirey, Paris, 1997, n° 3, julio-septiembre. **ARTICLES:** “A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne”, por MANIN, Philippe. — “La procédure centralisée du droit communautaire d'autorisation de mise sur le marché des médicaments”, por GASTINEL, Eric. — **CHRONIQUES:** “Libre prestation des services et liberté d'établissement (chronique de jurisprudence)”, por HUGLO, Jean-Guy. — “Concurrence”, por BLAISE, Jean-Bernard e IDOT, Laurence. — “Concentrations (1^o janvier 1995 - 31 décembre 1996)”, por BERLIN, Dominique y CALVET, Hugues. — “Droit communautaire de l'environnement”, por LONDON, Caroline. — **DOCUMENTS:** “L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme”, por GRANET, Frédérique y la Secretaría General de la CIEC.

[62]

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME. Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1997, n° 31, julio. “L'O.N.U. et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme”, por TAVERNIER, Paul. — “L'application par le Conseil d'Etat français de la Convention européenne des droits de l'homme”, por COSTA, Jean-Paul. — “Brèves réflexions sur les paradoxes et ambiguïtés des stratégies socio-juridiques des minorités”, por KOUBI Geneviève. — “Les discriminations positives”, por RENAULD, Bernadette. — “L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique slovène”, por RENOUT, Harald W. — “CEDH, 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c. la Grèce* (obs. Marie-Aude Beernaert : Le contentieux de la satisfaction équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme)”. — “CEDH, 22 février 1996, *Putz c. l'Autriche* (obs. Florence

Massias: L'atteinte au bon ordre des procédures judiciaires". — "CEDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis c. la Grèce* (obs. Gérard Gonzalez: Les entraves à l'ouverture des maisons de prière' en Grèce)".

[63]

REVUE UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME. Ed. N. P. Engel, Strasbourg, 1996, vol. 8, n° 12, décembre. Cour internationale de Justice (CIJ). La Haye. Avis consultatif du 8 juillet (texte intégral) sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. — "Demande d'avis présentée par l'OMS rejetée par la Cour/La question relative à la licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé dépasse le cadre de l'activité de l'OMS / Résumé de l'avis consultatif du 8 juillet 1996

[64]

ROMA E AMERICA. DIRITO ROMANO COMUNE. Ed. Mucchi, Roma, 1996, n° 2. **IL DIRITTO DEL LAVORO NELLE COSTITUZIONI E NEI CODICI LATINO-AMERICANI:** "Principios y reglas de la libertad sindical en Iberoamérica", por DE BUEN LOZANO, Néstor. — "El sistema de las fuentes como medio de obtener una visión general del derecho del trabajo en América Latina. Especial referencia a las fuentes internacionales y legislativas", por HERNANDEZ ALVAREZ, Oscar. — **LA LEGGE E L'AUTONOMIA INDIVIDUALE:** "Fuentes del derecho del trabajo - Ley y autonomía privada", por LOPEZ GUERRA, Guillermo. — **L'AUTONOMIA COLLETTIVA:** "A autonomia coletiva como fonte do direito do trabalho na América Latina", por MASCARO NASCIMENTO, Amauri. — "La autonomía colectiva", por PASCO COSMÓPOLIS, Mario. — "Le rôle de la négociation collective comme source de droit du travail en Europe", por LANGLOIS, Philippe. — "Le fonti del diritto del lavoro ed i processi di deregolazione", por PESSI, Roberto. — **I PRINCIPI GENERALI, LA DOTTRINA, LA GIURISPRUDENZA COME FONTI DEL DIRITTO DEL LAVORO:** "Los principios generales, la doctrina y el derecho judicial como fuentes del derecho del trabajo", por PLA RODRIGUEZ, Américo. — "La costumbre y la jurisprudencia como fuentes del derecho del trabajo", por NEVES MUJICA, Javier. — **LE FONTI SOVRANAZIONALI E LE TENDENZE ALLA ARMONIZZAZIONE/UNIFICAZIONE DEL DIRITTO DEL LAVORO IN AMERICA LATINA:** "Fuentes extranacionales, armonización y unificación en el derecho laboral latinoamericano con especial referencia al Mercosur", por ERMIDA URIARTE, Oscar. — "Las fuentes supranacionales del derecho del trabajo y la unificación. El Mercosur", por GONZALEZ, Carlos Alberto. — **CHIUSURA DEI LAVORI:** "La deregolamentazione e le fonti del diritto del lavoro", por PERONE, Gian Carlo. — "L'importanza delle fonti del diritto nella caratterizzazione del sistema: La permanente vitalità della elaborazione romana", por SCHIPANI, Sandro.

[65]

SENTENCIAS, SEPARATA DE LA REVISTA JUDICIAL. (Publicación oficial de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador), San Salvador, 1995, n° 2, junio.

[66]

THE YALE LAW JOURNAL. Connecticut, 1996, vol. 105, n° 8, junio. **ARTICLES:** "Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis", por PETERS, Christopher J. — "The Rule of Love': Wife Beating as Prerogative and Privacy", por SIEGEL, Reva B. — **NOTES:** "Original Issue Discount and the 'LTV Risk' Reconsidered", por NEMIROFF, Craig. — "The Practice of Dissent in the Supreme Court", por STACK, Kevin M.

[67]

UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW. Florida, 1997, vol. 51, n° 2, enero. **ARTICLES:** "Blinded By Color: The New Equal Protection, the Second Deconstruction, and Affirmative Inaction", por POWELL, Cedric Merlin. — "Specialist Certification for Lawyers: What Is Going On?", por KILPATRICK, Judith. — "Some Cautions About Structural Overhaul of the Federal Courts", por TOBIAS, Carl. — "Casualties of the War on Crime: Fairness, Reliability and the Credibility of Criminal justice Systems", por BRIGHT, Stephen B. — "Race, Cops, and Traffic Stops", por DAVIS, Angela J. — **COMMENTS:** "Five Under the Eighth: Methodology Review and the Cruel and Unusual Punishments Clause". — "The First American Case Under the North American Agreement for Labor Cooperation". — **CASENOTE:** "United States v. Robinson: Has Robinson Killed the Katz?: The Eleventh Circuit Concludes That Warrantless Thermal Surveillance of a Home Does Not Constitute a Search Under the Fourth Amendment".