

2[1998]

INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMPARADO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

JURISPRUDENCIA

ACCESO A LA INFORMACION. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. ALCANCES (UCRANIA).

El artículo 32.2 de la Constitución prohíbe la recolección, almacenamiento, utilización o difusión, de datos confidenciales relativos a una persona sin el consentimiento de ésta, salvo en los casos previstos en la ley y únicamente a fin de proteger la prosperidad económica del país y los derechos individuales. Estas informaciones confidenciales engloban en particular el nivel de instrucción del interesado, su situación familiar, su estado de salud, la fecha y lugar de nacimiento, su calidad de propietario y otras informaciones de naturaleza personal.

Los límites y excepciones aplicables están establecidas por la Constitución misma y no por otras leyes.

Toda persona debe tener derecho a acceder a las informaciones reunidas sobre ella por los órganos del Estado, las administraciones locales y regionales, y otras instituciones y organizaciones, en la medida en que dichas informaciones no formen parte de secretos de Estado o de otros protegidos por la ley. Las informaciones de naturaleza médica, es decir, las informaciones relativas al estado de salud de una persona, a su historia médica, al objeto de los exámenes realizados, a los métodos de tratamiento y a eventuales problemas futuros de salud, son de naturaleza confidencial, lo que significa que se trata de informaciones de acceso limitado. En caso en que se rechace la transmisión de dichas informaciones o cuando las informaciones de carácter médico son ocultadas al paciente, a los miembros de su familia o a su representante legal, éstos pueden presentar directamente una demanda a un tribunal o a una institución médica, a su elección. La Constitución garantiza a todos el derecho de ocurrir ante un tribunal.

CORTE CONSTITUCIONAL DE UCRANIA, sentencia del 30-10-1997, 5-ZP/18/203-97, caso *Ustymenko*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 474.

ACCION DE AMPARO. ACTO ADMINISTRATIVO. AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA. DERECHO DE DEFENSA. ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (NICARAGUA).

1. Antecedentes del caso: H.L.I.C. recibió una carta del Presidente de la Junta

Directiva de la empresa en la que se desempeñaba como Gerente General, por la que se le notificaba que, como resultado de la auditoría interna efectuada en la empresa por la Corporación Industrial del Pueblo (COIP), se lo había encontrado culpable de responsabilidad administrativa y presunción de responsabilidad civil, en vista de lo cual la Junta Directiva había resuelto sancionarlo con el despido inmediato del cargo. Ante ello, el accionante interpuso recurso de amparo contra el Presidente Ejecutivo de la COIP -que había autorizado el estudio de auditoría a los resultados de su gestión-, el Director General de la COIP -que ejecutó la auditoría y presentó su informe sin oír las declaraciones del actor, aun cuando éste lo solicitó, y sin que se le permitiera estar presente durante la realización del trabajo de campo, ni al momento de la discusión del informe- y el Presidente de la Junta Ejecutiva de la empresa, por la resolución adoptada con fundamento en la anómala auditoría. Sostuvo el demandante que dicha resolución violó sus derechos constitucionales, especialmente el previsto por el art. 34.4 de la Constitución, cual es el derecho a la intervención y defensa en igualdad de condiciones desde el inicio del proceso, así como el derecho que todo procesado tiene de contar con tiempo y medios adecuados para su defensa. Por su parte, el Presidente Ejecutivo de la COIP alegó que el recurso de amparo interpuesto por H.L.I.C. resultaba improcedente, entre otras razones, pues el actor debió haber introducido queja, por la aplicación de la sanción disciplinaria impuesta, ante las autoridades superiores de COIP.

2. Sentencia:

2.1. Es tan importante agotar la vía administrativa como no excederse en su recorrido, haciendo uso de recursos inexistentes. Debe distinguirse el caso en que la ley establece un recurso ordinario contra la resolución del inferior, supuesto en el cual debe intentarse el recurso y la sentencia recurrida queda subsumida en la del superior contra la cual puede interponerse recurso de amparo, de aquellos otros casos en los que la ley no establece recursos ordinarios, y el interesado, haciendo uso del derecho legal de petición que prevé la Constitución, puede recurrir al superior del funcionario que emitió la resolución, a fin de que la suspenda, anule o reforme. Así fue interpuesta la revisión de este caso; no es, pues, un recurso administrativo, no hay formalidad alguna para su interposición, ni trámites obligatorios que llenar para su resolución. De conformidad con el art. 172 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, es a la autoridad nominadora de la entidad de la que depende el funcionario respectivo -en este caso la Junta Directiva de la Empresa-, a quien corresponde imponer la sanción administrativa, y de conformidad con los arts. 173 de la misma ley y 14 del "Reglamento para la Determinación de Responsabilidades", las resoluciones que determinen responsabilidad administrativa son definitivas en la vía administrativa y pueden ser impugnadas por la parte afectada de conformidad a lo establecido en la Ley de Amparo. Por tanto, la

resolución de la Junta Directiva de la empresa tiene la definitividad que dispone el art. 27, inc. 6, de la Ley de Amparo.

2.2. Los arts. 82 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establecen claramente la obligación de los auditores de mantener, en el transcurso de una auditoría o examen especial, una comunicación constante con los servidores de la entidad o los funcionarios auditados, para darles oportunidad de presentar pruebas documentales o información verbal pertinente.

Por tanto, la resolución de la Junta Directiva de IMPLAGSA dictada con falta de audiencia del recurrente, dejándolo en completo estado de indefensión y condenándolo sin haber sido oído, viola el art. 34.4 de la Constitución Política, en cuanto establece el derecho a la intervención y defensa en igualdad de condiciones y desde el inicio del proceso, así como el derecho de todo procesado de disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NICARAGUA, sentencia del 7-6-1995, n° 22, en *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, Managua, edición 1995, p. 35.

ADMINISTRACION PUBLICA. ACTO ADMINISTRATIVO. CONTROL JUDICIAL. CASO O CONTROVERSIAS (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: el actor había instalado una estación de radiodifusión y comenzado con las transmisiones radiales sin contar con la autorización requerida por la ley. Ante la probabilidad de que el Estado Nacional dispusiera el decomiso de la estación radial, el actor promovió demanda contra aquél pretendiendo que se declararan inconstitucionales diversas normas que, entre otros aspectos, exigen un llamado a concurso público para la adjudicación de licencias de radiodifusión.

2. Sentencia:

El poder jurisdiccional conferido a la Corte Suprema y a los tribunales nacionales sólo se ejerce en los casos de carácter contencioso, es decir, en los que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas. Ello excluye las acciones que tienen carácter simplemente consultivo o que conducen a una indagación meramente especulativa.

Las consecuencias del control encomendado al Poder Judicial sobre las actividades de los poderes Ejecutivo y Legislativo requieren que el requisito de la

existencia de un caso sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes.

Para que una pretensión dirigida contra la Administración Pública configure un caso es necesario que: a) la actividad administrativa afecte un interés legítimo; b) el grado de afectación sea suficientemente directo; y c) la actividad tenga concreción bastante.

Cabe rechazar *in limine* la demanda, tomando en consideración la inexistencia de actividad alguna de la Administración Pública que hubiese impedido al actor el uso de la frecuencia radial que detentaba.

En tales condiciones, es evidente que el examen de la demanda sin acto alguno del poder administrador que lo justifique exigiría emitir una sentencia de carácter teórico relativo a las bondades del sistema vigente en materia de radiodifusión, lo cual es ajeno al Poder Judicial.

Nota de la Secretaría: la sentencia reafirma una jurisprudencia constante y cita el precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América *Aetna Life Insurance Co. v. Havorth* (300 US 227).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 15-7-1997, P.749.XXXII, *Pereyra, Eliseo A. c/ Estado Nacional y otro s/ inconstitucionalidad*.

ASILO. REFUGIADOS. ACCESO A LA INFORMACIÓN (FRANCIA).

Según los términos del apartado cuatro del Preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946 "Todo hombre perseguido por causa de su acción en favor de la libertad goza del derecho de asilo en los territorios de la República". Es competencia del legislador asegurar en todas las circunstancias el conjunto de las garantías legales que comporta esta exigencia constitucional.

La confidencialidad de los elementos de información en poder de la oficina francesa de protección a los refugiados y a los apátridas, relativos a la persona que solicita en Francia la calidad de refugiado, es una garantía esencial del derecho de asilo, principio de valor constitucional que implica, entre otras cosas, de manera especial, que los demandantes del estatuto de refugiados se benefician de una protección particular. Se desprende de ello que sólo los agentes habilitados a poner en ejecución el derecho de asilo, especialmente a través de la concesión del estatuto de refugiado, pueden tener

acceso a estas informaciones, en particular a las huellas digitales de los demandantes de dicho estatuto. Por lo tanto, la posibilidad otorgada a los agentes de los servicios del ministerio del interior y de la gendarmería nacional, de tener acceso a los datos del fichero informatizado de las huellas digitales de los demandantes, creado en la oficina francesa de protección de los refugiados y de los apátridas, priva de una garantía legal a la exigencia de valor constitucional establecida por el Preámbulo de la Constitución de 1946.

Por tanto, de lo dicho se desprende que, en el apartado segundo del art. 8-3 de la ordenanza n° 45-2658 de 2 de noviembre de 1945, las palabras "y del fichero informático de las huellas digitales de los demandantes del estatuto de refugiado" deben ser juzgadas contrarias a la Constitución.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia del 22-4-1997, n° 97-389 DC, en *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, París, 1997, p. 547.

ASILO. REFUGIADOS. ESTUPEFACIENTES. TRÁFICO. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS RELATIVA AL ESTATUS DE LOS REFUGIADOS. ACTOS CONTRARIOS A LOS OBJETIVOS DE LAS NACIONES UNIDAS (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: el apelante, en 1985, solicitó el estatus de refugiado invocando la Convención de las Naciones Unidas relativa al Estatus de los Refugiados (Convención), implementada por la *Immigration Act* (Acta), pero su pedido nunca fue resuelto porque, a través de un programa administrativo, se le otorgó la condición de residente permanente. Con posterioridad, fue arrestado y acusado de conspirar en el tráfico de narcóticos por integrar un grupo que poseía heroína por un valor de alrededor de diez millones de dólares. Durante el proceso penal, se declaró culpable y fue sentenciado a ocho años de prisión. En 1991, estando en libertad condicional, reiteró la solicitud de concesión del estatus de refugiado. Paralelamente, la Oficina de Empleo e Inmigración de Canadá dictó una orden condicional de deportación en su contra, fundada en las Secs. 27(1)(d) y 32.1(2) del Acta. Como la deportación prevista en dichas Secciones depende de una determinación de que el reclamante no es un refugiado en términos de la Convención, la solicitud del apelante fue sometida a la consideración de la *Convention Refugee Determination Division del Immigration and Refugee Board (Board)*. Este organismo decidió que el apelante no era un refugiado, porque la regla de exclusión del art. 1F(c) de la Convención dispone que las disposiciones de ésta no se aplican a las personas que "han sido condenadas por actos contrarios a los objetivos y

principios de las Naciones Unidas". El apelante solicitó a la *Trial Division* de la Corte Federal que revisara esta decisión, y que certificara que la planteada a continuación es "cuestión seria de importancia general": ¿cometió el *Board* un error de derecho al interpretar que el art. 1F(c) de la Convención excluye del estatus de refugiado a una persona culpable de un delito serio de narcóticos cometido en Canadá? La *Trial Division* respondió negativamente a este interrogante y desestimó la petición, lo que fue confirmado por la Cámara Federal de Apelaciones. En este estado, el apelante interpuso un recurso ante la Suprema Corte de Canadá.

2. Sentencia: debe permitirse la apelación.

Dado que el art. 1F(c) se incorporó al Acta para implementar la Convención, debe ser interpretado en forma consistente con las obligaciones que dicha Convención impone a Canadá. Para determinar el significado que dicho art. 1F(c) tiene en la ley doméstica, resultan aplicables el texto de la Convención y las reglas para la interpretación de los tratados. La expresión genérica "principios y objetivos de las Naciones Unidas" del art. 1F(c) no es tan ambigua como para excluir el examen de otros indicadores del alcance apropiado de la cláusula. El objeto y ámbito de la Convención como un todo, así como el fin perseguido por la cláusula en cuestión -sugeridos en los trabajos preparatorios- brindan pautas interpretativas útiles.

La Convención es de derechos humanos. Si bien su art. 1 define quién es un refugiado, el objeto general del art. 1F es excluir *ab initio* a quienes no eran refugiados de buena fe en el momento en que solicitaron la concesión de dicho estatus. En cambio, el fin perseguido por el art. 33 es permitir la devolución de un refugiado de buena fe a su país de origen cuando genera un peligro para la seguridad del país de refugio o de la comunidad. Si bien todos los hechos descritos en el art. 1F probablemente pueden considerarse incluidos en las causales de devolución del art. 33, las dos normas son diferentes. La primera de ellas no se aplica solamente a los actos cometidos fuera del país de refugio. El criterio relevante, según el art. 1F(c), es el momento en el que se obtiene el estatus de refugiado y se aplica a cualquier acto realizado antes de ese momento. La norma se funda en que los responsables de la persecución que origina la existencia de refugiados, no deben gozar de los beneficios de una Convención destinada a proteger a dichos refugiados. A la luz de los objetivos generales de la Convención y de las sugerencias de los trabajos preparatorios en cuanto al ámbito relativo de los arts. 1F(a) y 1F(c), este último tiene por objeto excluir a los responsables de las serias violaciones sistemáticas o continuas a los derechos humanos fundamentales que constituyen persecución en un escenario no bélico. El art. 1F(c) es aplicable a actores no gubernamentales, ya que si bien puede ser difícil que éstos cometan violaciones a los derechos humanos en una escala que constituya persecución sin que el Estado adopte

implícitamente esos actos, la posibilidad no debe excluirse *a priori*.

El art. 1F(c) se aplica, entonces, cuando existe consenso en el derecho internacional de que ciertos actos constituyen violaciones suficientemente serias y continuas a los derechos humanos fundamentales como para constituir persecución, o cuando están expresamente reconocidos como contrarios a los objetivos y principios de las Naciones Unidas. El primer supuesto queda configurado cuando un acuerdo internacional ampliamente aceptado o una resolución de las Naciones Unidas explícitamente declara que la comisión de ciertos actos es contraria a los objetivos y principios de las Naciones Unidas, y existe una fuerte sugerencia de que esos actos caen dentro del ámbito del art. 1F(c). Cuando esas declaraciones o resoluciones representan un consenso razonable de la comunidad internacional, esa declaración debe ser considerada determinante. Una segunda categoría de actos que cae dentro del alcance del art. 1F(c) es aquella que un tribunal puede, por sí mismo, caracterizar como violaciones serias, continuas y sistemáticas a los derechos humanos fundamentales que constituyen persecución. Cuando la regla violada está muy próxima a la esencia de los principios más valiosos de los derechos humanos y se reconoce que inmediatamente debe dar lugar a la condena y castigo internacional, basta una violación aislada para llegar a la exclusión fundada en el art. 1F(c). El estatus de delito de jurisdicción universal que tiene la violación a una regla sería una indicación precisa de que incluso una violación aislada constituye persecución. Una violación seria y continua a los derechos humanos que constituye persecución también puede surgir de una situación fáctica particularmente extraordinaria, tal como el grado de complicidad del accionante.

La conspiración para traficar narcóticos no constituye una violación al art. 1F(c). Si bien el tráfico internacional de estupefacientes es un problema extremadamente serio, para cuya erradicación las Naciones Unidas ha adoptado medidas extraordinarias, ante la ausencia de indicaciones claras de que la comunidad internacional lo reconoce como una violación suficientemente seria y continua a los derechos humanos fundamentales como para constituir persecución -sea a través de una designación específica como acto contrario a los objetivos y principios de las Naciones Unidas, o a través de instrumentos internacionales que de otro modo así lo indiquen-, las personas no deben verse privadas de las protecciones previstas en la Convención por haber cometido esos actos. El art. 33 de la Convención y las normas complementarias de las secs. 53 y 19 del Acta, están destinados a regular la expulsión de las personas que constituyen una amenaza para la comunidad canadiense, y las causales para esa determinación son amplias y están claramente formuladas. Por lo tanto, el Ministro no está en la imposibilidad de tomar las medidas apropiadas para asegurar la seguridad de los canadienses. Finalmente, la presencia del art. 1F(b), que excluye de la protección de la Convención a la persona que haya cometido un crimen serio no político fuera del país de refugio antes de haber sido

admitida como refugiado, sugiere que no debe incluirse en el art. 1F(c) ni siquiera un crimen no político serio como el tráfico de estupefacientes.

SUPREMA CORTE DE CANADA, sentencia del 4-6-1998, *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal, Internet.

BANCOS. SISTEMA AUTOMATIZADO DE RETIRO DE FONDOS. RESPONSABILIDAD (FRANCIA).

El banco que pone a disposición un sistema automatizado de retiro de fondos debe soportar, de acuerdo con la recomendación europea del 17-11-1988, el riesgo por la ejecución incorrecta de las operaciones, incluso de aquellas realizadas por un aparato sobre el cual no tiene control directo.

TRIBUNAL DE INSTANCIA DE SAIN-GERMAIN-EN-LAYE, sentencia del 13-1-1998, cit. por FRANCK, Jérôme, en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, Ed. Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 1/1998, p. 67.

CONSTITUCION. SUPREMACÍA. EFECTOS (EL SALVADOR).

La Constitución de la República constituye el primer conjunto normativo y base fundamental de todo el ordenamiento jurídico interno, lo que implica que todo el universo jurídico debe estar subordinado a la Constitución, en cuanto a su forma y contenido, ya que la Constitución incorpora el sistema de valores y principios que han de constituir el orden de convivencia socio-político. En tal sentido, esa función de integración de la Constitución se traduce en una incidencia directa y suprema sobre las restantes reglas o normas jurídicas infraconstitucionales, entre lo que se destaca la necesidad de interpretar e integrar todo el ordenamiento jurídico y el actuar de los funcionarios, especialmente de aquéllos a los que se les confiere la facultad de coadyuvar con la administración de justicia de conformidad con la Constitución.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (Sala de lo Constitucional), sentencia del 15-10-1996, 8-Q-96, en *Revista de Derecho Constitucional*, Edición 1996, San Salvador, n° 21, octubre-diciembre, p. 114.

DERECHO A LA IGUALDAD. ACCIONES POSITIVAS. MUJERES (POLONIA).

La evaluación de las regulaciones sociales, que diferencian la situación jurídica de los hombres y de las mujeres, puede y debe ser hecha conforme al principio de igualdad. Esta diferenciación sólo es admisible si existen razones constitucionales serias, tal como el principio de justicia social, que reflejen la voluntad de crear situaciones legales iguales para los hombres y las mujeres. Las medidas igualadoras preferenciales (es decir, medidas de acción positiva) pueden ser previstas por el legislador de conformidad a su derecho general de legislar de manera apropiada para alcanzar objetivos socio-económicos precisos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 29-9-1997, K 15/97, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 437.

DERECHO A LA IGUALDAD. DERECHO DEL TRABAJO. DISCRIMINACIÓN SINDICAL. PRUEBA. CARGA (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: la demandante de amparo, miembro del comité de empresa, interpuso una demanda contra la empleadora por las diferencias salariales de las que se vio privada por no haber sido incluida dentro de un determinado grupo profesional. Sostuvo, además, que la menor retribución que percibió a lo largo de su paso por los grupos profesionales II y III, se debió a su activismo sindical, y que fue la única entre sus compañeros que, para obtener el ascenso al grupo II, primero, y luego al III, se vio obligada a demandar a la empresa.

2. Sentencia:

2.1. Este Tribunal ha resaltado la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela antidiscriminatoria por razones sindicales. Cuando se alegue que determinada decisión encubre, en realidad, una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. No se le impone la prueba de un hecho negativo -la no

discriminación-, sino de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

2.2. Para que opere el desplazamiento del *onus probandi* no basta que el actor tilde la medida de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de este alegato.

2.3. La necesidad de una adecuada distribución de la carga de la prueba tiene su base no sólo en la primacía o el mayor valor de los derechos fundamentales, sino también en la dificultad que el trabajador encuentra en probar la causa de la discriminación lesiva de un derecho fundamental por la decisión empresarial, lo que contribuye a perpetuar situaciones contrarias a la Constitución. La experiencia enseña que de no existir aquella adecuada distribución de la carga de la prueba, la interdicción de la discriminación no es efectiva ni real, permaneciendo en el plano de las buenas intenciones o de la simple retórica.

2.4. La presunción del carácter discriminatorio de la decisión empresarial opera sólo cuando nos movemos en el ámbito de actuación del principio de igualdad. Al trabajador corresponde probar que está en juego el principio de igualdad y que éste ha sido vulnerado, y en tal supuesto el empresario deberá destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Primera), sentencia del 22-4-1997, n° 82/1997, *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 47, enero-abril de 1997, p. 1163.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL. DERECHO A LA PRIVACIDAD. HOMOSEXUALES. SODOMIA (SUDÁFRICA).

1. Antecedentes del caso: se solicitó a la Corte Constitucional que confirmara una orden dictada por la *Witwatersrand High Court* de que las siguientes normas son inconstitucionales e inválidas: el delito de sodomía del *common law*, la inclusión de la sodomía en los Anexos de la *Criminal Procedure Act 51* de 1977 y de la *Security Officers Act 92* de 1987, y la sec. 20A de la *Sexual Offences Act 23* de 1957, que prohíbe las relaciones sexuales entre hombres en ciertas circunstancias. Si bien técnicamente la Corte Constitucional sólo tenía que decidir la constitucionalidad de la inclusión de la

sodomía en los Anexos y la validez de la sección de la *Sexual Offences Act*, no pudo resolver sin considerar también la constitucionalidad de la sodomía como delito del *common law*.

2. Sentencia:

Los delitos mencionados, todos ellos dirigidos a prohibir la intimidad sexual entre hombres "gay", violan el derecho a la igualdad porque discriminan injustamente a dichos hombres con base en la orientación sexual. Esa discriminación se presume injusta porque la Constitución expresamente incluye la orientación sexual como un fundamento prohibido de discriminación.

Las personas "gay" constituyen un grupo minoritario vulnerable en nuestra sociedad. Las leyes de sodomía penalizan sus relaciones más íntimas. Esto devalúa y degrada a los hombres "gay" y, por lo tanto, constituye una violación a su derecho fundamental a la dignidad. Por otra parte, las ofensas penalizan la conducta privada voluntaria entre adultos que no produce perjuicio a terceros. Esta intrusión en la esfera más íntima de la vida humana viola el derecho constitucional a la privacidad.

La circunstancia de que los delitos, que constituyen la base de la discriminación, violen también los derechos a la privacidad y a la dignidad, fortalece la conclusión de que la discriminación contra los hombres "gay" es injusta.

No existe ninguna razón legítima para limitar de este modo a dichos hombres. Las sociedades abiertas y democráticas del mundo, crecientemente están dando la espalda a la discriminación con base en la orientación sexual, y Sudáfrica es la primera en hacerlo en su Constitución Nacional.

Por lo tanto, el delito de sodomía del *common law*, su inclusión en ciertas leyes y la sección pertinente de la *Sexual Offences Act* no constituyen limitaciones razonables ni justificables a los derechos de los hombres gay a la igualdad, a la dignidad y a la privacidad. La existencia de estos delitos se declara, entonces, inconstitucional e inválida.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, sentencia del 9-10-1998, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and another v Minister of Justice and others*, Universidad sudafricana de Wits.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN POR SEXO. ADULTERIO. TRATADOS INTERNACIONALES. JERARQUÍA (GUATEMALA).

1. Antecedentes del caso: se interpuso acción de inconstitucionalidad contra los arts. 232, 233, 234 y 235 del Código Penal, por considerarlos violatorios de los arts. 40, 44, 46 y 47 de la Constitución, que se refieren, respectivamente, al derecho a la igualdad, los derechos inherentes a la persona humana, la preeminencia del Derecho Internacional y la protección de la familia. Se señala que el Código Penal establece sanciones distintas para el hombre y la mujer casados que cometan infidelidad, pues al ser la mujer casada sujeto activo del delito de adulterio se agrava la pena.

2. Sentencia:

2.1. El principio de supremacía constitucional implica que la Constitución es norma superior a la cual están subordinados todos los órganos del Estado y la actividad que de ellos emana. Este principio, esencial del ordenamiento jurídico y político del país, se encuentra reconocido en los arts. 44 y 175 de la Carta Magna, la que a su vez establece en el art. 272.a, que corresponde a la Corte Constitucional conocer las impugnaciones contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas total o parcialmente de inconstitucionalidad, y el art. 268 que le asigna la función esencial de defender el orden constitucional.

2.2. El derecho a la igualdad adquiere en la Ley Fundamental guatemalteca un pleno reconocimiento en el art. 4, estableciendo: "En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades".

El art. 232 dispone que comete el delito de adulterio, la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y quien yace con ella sabiendo que es casada; que si el hecho se practicare reiteradamente en el hogar conyugal, con publicidad o con escándalo, la pena se agravará en una tercera parte y que será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Confrontando tal precepto con el art. 4 cit., se establece que se trata en forma discriminatoria a la mujer casada por su sexo, pues la concurrencia de los mismos hechos en iguales condiciones o circunstancias, si los comete el varón casado, no tipifican adulterio, teniendo el género una relación directa e inequívoca con el delito. No es razonable la diferencia establecida por el legislador para la misma situación fáctica, y esta regulación no puede encontrar su ubicación ni justificación dentro de los delitos contra el orden jurídico familiar y contra el estado civil, ya que si esos fuesen los valores protegidos, se habría sancionado la infidelidad en igualdad de condiciones para ambos cónyuges.

Siendo así, el art. 232 analizado está en contradicción con el art. 4 de la Constitución, por lo que es procedente eliminarlo del ordenamiento jurídico.

Asimismo, los arts. 233 y 234 dan al marido la exclusividad del ejercicio de la

acción penal para la sanción del delito de adulterio y para que otorgue el perdón para la no persecución del mismo. Si el referido art. 232 viola el derecho a la igualdad, aquéllos también lo contradicen, por lo que corresponde excluirlos del precepto legal.

Igual medida corresponde tomar con el art. 235: "El marido que tuviere concubina dentro de la casa conyugal será sancionado con prisión de cuatro meses a un año. La concubina será sancionada con multa de cincuenta a quinientos quetzales. Lo dispuesto en los artículos 233 y 234 es aplicable al caso de que se trata en el presente artículo".

2.3. La vigencia de los artículos impugnados en el ordenamiento jurídico no sólo haría negatorio el mandato constitucional de erradicar la desigualdad, sino que, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido y sin cumplimiento los convenios ratificados por Guatemala en esta materia, los cuales, según el art. 46 de la Constitución, tienen preeminencia sobre el Código Penal.

Por tanto, la Corte considera que, en cumplimiento de los arts. 44 y 175 que consagran el principio de la supremacía constitucional, los arts. 232, 233, 234 y 235 del Código Penal, al discriminar por razón de sexo a la mujer, son inconstitucionales y deben ser eliminados del ordenamiento jurídico.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA, sentencia del 7-3-1996, en *Iudicium et vita*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, n° 4, diciembre 1996, p. 297.

DERECHO A LA INTIMIDAD. MENORES. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ARTS. 16 Y 32 (ESLOVAQUIA).

1. Antecedentes del caso: la requirente invocó ante la Corte Constitucional, en nombre de su hija menor, el derecho al respeto de su vida privada y familiar, garantizado por los arts. 19.2 de la Constitución y 16 -combinado con el 32- de la Convención sobre los Derechos del Niño. Señaló, en tal sentido, que su hija había sido agredida físicamente en diversas oportunidades, de manera grave, por dos varones menores, y que, por ello, había solicitado ayuda a la administración del distrito en el que habita, con base en la ley sobre la familia. No obstante ello, agregó, la administración se limitó a llamar a los padres de los agresores, y no tomó ninguna otra medida, por lo que incumplió con las normas arriba citadas.

2. Sentencia:

Los derechos y libertades garantizados por la Constitución rigen de igual manera

en materia de relaciones entre particulares.

Los poderes públicos deben actuar de manera de proteger dichos derechos y libertades violados por los particulares.

Según el art. 16.1 de la Convención, ningún niño puede ser expuesto a una ingerencia arbitraria o ilegal en su vida privada o familiar y, en virtud del art. 32, los Estados deben tomar todas las medidas legislativas y administrativas apropiadas y necesarias para asegurar la protección y el bienestar de los niños.

La administración del distrito ha faltado a sus deberes.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ESLOVAQUIA, sentencia del 27-10-97, II.US 47/97, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 459.

DERECHO A LA LIBERTAD. DETENCIÓN DE PERSONAS. REVISIÓN JUDICIAL. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (AUSTRIA).

El art. 6 de la Ley constitucional federal sobre la protección del derecho a la libertad incluye, entre los derechos garantizados por la Constitución, la necesidad de someter toda decisión de detención de una persona al control de una "autoridad independiente".

Esta expresión equivale al término "tribunal" en el sentido del art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por lo que los criterios a los que debe responder dicha "autoridad independiente" son los mismos que los relativos a dicho "tribunal".

La Corte Europea de Derechos Humanos consideró que "los justiciables tienen tendencia a ver a un miembro de la comisión de policía -funcionario superior a cargo de la dirección de la policía y susceptible de ser convocado a cumplir de nuevo con otros cargos- como un miembro del cuerpo de policía, integrado a una jerarquía y solidario con sus colegas" (caso *Belilos c. Suiza*, 29-4-1988). Otro tanto parece ocurrir en el presente caso.

Un funcionario de la Comisaría central de policía, en disponibilidad en tanto que miembro del Tribunal administrativo independiente, y habilitado a ejercer el control de la legalidad de los actos tomados por los miembros del mismo comisariado central de policía, puede ser considerado solidario con sus anteriores y, posiblemente, futuros colegas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA, sentencia del 2-10-1997, B 2434/95, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 372.

DERECHO A LA VIDA. OBLIGACIONES DEL ESTADO. SIDA. TRATAMIENTO MEDICO. DERECHO AL TRATAMIENTO ADECUADO (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: en su condición de seropositivo del virus de SIDA, con salud delicada, el accionante requería del suministro de un medicamento muy costoso con carácter permanente, y el Instituto de Seguros Sociales, al que estaba afiliado, no se lo brindaba; tampoco él podía adquirirlo en razón de sus bajos ingresos. Por tales razones, el actor reclamó judicialmente el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, la dignidad, la salud y la seguridad social y, por tanto, que se ordenara al Instituto que le suministre el tratamiento retroviral requerido.

2. Sentencia:

2.1. El contenido del derecho a la vida está integrado por el derecho a no ser privado de ningún miembro corporal o vital, el derecho a la salud física y mental, el derecho al bienestar corporal o síquico y el derecho a la propia apariencia personal. Si bien los derechos a la integridad corporal y a la salud tienen objeto y autonomía propias, no es menos cierto que existiendo partes corporales fundamentales para el ser humano y estados de sanidad absolutamente necesarios para él, cualquier amenaza o violación de aquellas partes corporales, o de estos estados de salud (como ocurre en las enfermedades incurables y mortales), también arriesgan o quebrantan el mismo derecho a la vida. Por lo tanto, en tales eventos es preciso no perder de vista esta estrecha vinculación.

2.2. En términos generales, impersonales y abstractos, el derecho a la salud solamente otorga a los ciudadanos el derecho a que el Estado colombiano adopte las políticas, planes y programas en materia de salud general, tales como ocurre en caso de epidemias, enfermedades incurables o contagiosas, etc., y, además, a que las desarrolle creando entidades, investigaciones o asistencias debidas, que se encuentren a disposición de la colectividad. Sin embargo, la deficiencia en esta materia, por sí sola, es decir, en abstracto, resulta insuficiente para fundar una acción de tutela.

En este caso, en virtud de la relación voluntaria de afiliación, el particular afiliado persigue de la entidad afiliadora la prestación de un servicio médico que, de un lado, se ajuste a las leyes de la ciencia médica en materia de enfermedades, diagnóstico o tratamientos, y, de otro, se emplee la habilidad, experiencia o pericia ordinaria o

especializada que requiera el caso.

Ello se predica, en primer término, respecto de la prestación inicial del servicio médico sobre una enfermedad -solicitud de consulta, estudios, diagnóstico, determinación de tratamiento, indicación de medicamentos, en general, la disposición de tiempo y esfuerzo para la recuperación de la salud-. Pero, además, esta afiliación también persigue, en segundo lugar, que en caso de tratamiento médico, la entidad de salud se sujete igualmente a las reglas que indique la ciencia médica en cuanto a la preparación, a la verificación clínica o real si fuese el caso (mediante pruebas o exámenes personales o de laboratorio), de la evaluación del estado de salud, la evaluación periódica del tratamiento existente y la posibilidad de verificación de condiciones para tratamientos alternativos cuando resulten más eficientes.

Por tanto, el derecho a la salud que tiene el paciente que está siendo tratado médicamente, comprende una serie de facultades dentro del tratamiento que van desde poder exigir atención oportuna o reclamar información exacta sobre el desarrollo y evolución de la enfermedad, y a solicitar evaluación del tratamiento en desarrollo y su viabilidad futura, a pedir comprobación de los síntomas, a requerir el estudio y viabilidad sobre tratamientos alternativos que aconseje la ciencia, etc. Ello así, porque cuando se trata de enfermedad grave e incurable, la lucha por la salud es tan esencial como la lucha por la vida. De allí que en casos de negación, prohibición y obstrucción a medios alternativos de salud para enfermedades incurables, se está amenazando inicialmente la salud del enfermo, y, simultáneamente, su vida.

2.3. Lo expuesto en los párrafos precedentes es aplicable a las personas que sufren el SIDA. El paciente de SIDA o infectado con el VIH que está siendo tratado médicamente, tiene, frente a la entidad afiliadora tratante, el derecho a que se le preste el servicio de salud necesario para la cura de la enfermedad, y se le dedique el tiempo y esfuerzo necesario para ello. Estos pacientes, en el ejercicio del derecho a la salud, también tienen derecho a solicitar que, además de la evaluación del éxito o no del tratamiento que se presta, se estudie la viabilidad de tratamientos alternativos que otorguen mayores beneficios, sujetándose, desde luego, a las recomendaciones de la ciencia médica y, en particular, a aquellos que se encuentren en proceso de investigación y experimentación.

Entendido así el alcance de los derechos a la vida y a la salud, y la correlativa obligación absoluta de la sociedad para protegerlos y garantizarlos, es evidente para esta Corporación que en aquellos casos en que el servicio de salud es necesario e indispensable para salvaguardar el derecho a la vida, se está en la obligación de prestarlo a aquellas personas que estén necesitadas en los términos del art. 13 de la Constitución.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA (Sala de Casación Civil), sentencia del 8-6-1994, en *Iudicium et Vita*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, n° 4, diciembre de 1996, p. 142.

DERECHO AMBIENTAL. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. PRESERVACIÓN DE ESPECIES ANIMALES. INTERÉS GENERAL (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: el Ministro requirente solicitó al Consejo de Estado que anulara la decisión mediante la cual la Cámara Administrativa de Apelaciones de Lyon anuló la sentencia del Tribunal Administrativo de Marsella -que rechazaba la acción promovida por el Sr. Plan tendiente a que se condenara al Estado a indemnizar el perjuicio que la migración de los flamencos rosados había causado a sus arrozales- y, por ende, condenó al Estado.

2. Sentencia:

En virtud de lo dispuesto por el art. 1 de la ley del 10 de julio de 1996 relativa a la protección de la naturaleza, la preservación de las especies animales es de interés general. Por su parte, el art. 3 de dicha norma prohíbe, "cuando un interés científico determinado, o las necesidades de la preservación del patrimonio biológico nacional justifiquen la conservación de las especies animales no domésticas..., la destrucción o sustracción de los huevos o de los nidos, la mutilación, la destrucción, la captura o sustracción, la naturalización de los animales de esas especies...". Por aplicación del decreto n° 77-1295 del 25 de noviembre de 1977 y del decreto interministerial del 17 de abril de 1981, esta prohibición protege a los flamencos rosados, en todo el territorio nacional y en todo momento. Teniendo en cuenta que el objeto por el cual han sido aprobadas las disposiciones legislativas previamente citadas y los diversos textos adoptados para su aplicación es el interés general, el legislador decidió excluir la responsabilidad del Estado por las consecuencias que esas normas puedan comportar, particularmente, para los cultivos expuestos a los estragos ocasionados por los flamencos rosados.

Por lo tanto, el Ministro de Medioambiente tuvo fundamento para sostener que la Cámara Administrativa de Apelaciones de Lyon vició su sentencia con un error de derecho, al imponer al Estado la reparación de las pérdidas de las cosechas sufridas por el Sr. Plan a raíz de los estragos ocasionados por los flamencos rosados. En consecuencia, y sin que sea necesario examinar los otros alegatos de su recurso, el Ministro de Medioambiente fundadamente ha pedido la anulación de esa decisión.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 21-1-98, *Ministre de l' Environnement c. M. Plan*, en *Revue française de droit administratif*, París, nro. 2, marzo-abril 1998, p. 461.

DERECHO CANONICO. MATRIMONIO. CONSENTIMIENTO. NULIDAD. INDISOLUBILIDAD. EXCLUSIÓN. DIVORCIO. DEBERES Y DERECHOS. ACTOS CONYUGALES. PROCREACIÓN. ALCOHOLISMO (SANTA SEDE).

La exclusión de la indisolubilidad se puede dar, con efecto invalidante, ya sea en modo absoluto como condicionado o hipotético, es decir, subordinado a una determinada hipótesis de futuro. Todos admiten que para que la simulación tenga efecto invalidante del consentimiento, no es necesario que sea absoluta, es decir, no subordinada ni dependiente de un evento futuro. Antes bien, es más frecuente que la exclusión de la indisolubilidad se dé subordinada a una hipótesis determinada: *si amor defecerit, si lites graves adfuerint, si vita communis intolerabilis evaserit, etc.*

La exclusión hipotética o condicionada de la indisolubilidad no es causa de incertidumbre o de imperfección del acto de exclusión, si bien que, desde el punto de vista jurídico, el recurso al proceso de declaración de nulidad dependa de si se verifica un evento futuro. Por cuanto respeta la sistemática de los *tria bona* agostinianos en la distinción de los diversos tipos de simulación parcial, aún se puede afirmar su utilidad identificando el *bonum fidei* y el *bonum sacramenti* con las propiedades esenciales y el *bonum prolis* con el ordenamiento a la procreación y educación de la prole.

La exclusión de la indisolubilidad, frecuentemente, se materializa en la voluntad de recurrir al divorcio civil. La plaga del divorcio, que aún hoy invade a los fieles cristianos, puede hacer que también entre los católicos no raramente se celebre el matrimonio con la previsión de recurrir al divorcio para recuperar la libertad, sobre todo si el matrimonio naufraga. La actitud divorcista puede, sin embargo, convivir con la voluntad personal de unirse en vínculo perpetuo. Hay también situaciones en las cuales, restando el divorcio como una grave ofensa a la ley natural, es lícito recurrir a él cuando "queda como el único modo posible de asegurar ciertos derechos legítimos, como el cuidado de los hijos o la tutela del patrimonio" (CCC, n° 2383). En las causas de nulidad por exclusión de la indisolubilidad se debe comprobar si el recurrir al divorcio responde a una voluntad de interrumpir la vida conyugal, o de recuperar la libertad en relación con el otro, o de una voluntad de rescindir el vínculo matrimonial. En la determinación del ánimo de aquel que no hace dicho recurso, se deben determinar claramente los elementos subjetivos: modo de pensar, modo de actuar, carácter, vida cristiana, coherencia con el estado conyugal elegido. De este modo, se podrá distinguir entre el simple error acerca

de la posibilidad de recurrir al divorcio, que es irrelevante (c. 1099), y el acto positivo de voluntad con el cual la persona, absolutamente o hipotéticamente, excluye la indisolubilidad (c. 1101, 2).

La exclusión de la prole concierne al *bonum prolis in suis principiis*, es decir, la exclusión de los actos verdaderamente conyugales, abiertos a la procreación, no a la procreación efectiva. Por lo tanto, no hay consentimiento matrimonial si se excluye la procreación mediante el acto conyugal que tiene un doble significado de unión y procreativo. La exclusión concerniría a la prole en sí misma considerada solamente en cuanto, por la misma naturaleza de las cosas, el deber se extiende también a la conservación de la vida concebida. La procreación de la persona humana no debe ser separada de los actos conyugales, como sucede en la procreación artificial. Una procreación así acordada, en la cual se da una disociación de los significados de unión y procreativo del acto conyugal (cft. *Evangelium Vitae*, 14, 23), podría llevar a una voluntad de exclusión del *bonum prolis* como derecho-deber a los actos verdaderamente conyugales, que juntos unen a los cónyuges y son fuente de nueva vida, en cuanto el *bonum prolis* concierne a estos actos conyugales abiertos a la vida, como así también el efectivo nacimiento de la prole.

La exclusión de la prole puede ser implícita y también explícita, pero siempre consecuencia de una voluntad positivamente contraria a la dimensión procreativa. Si no fuera así, se debe concluir por un simple propósito de evitar la procreación, por un abuso del derecho conyugal.

El aplazamiento de la prole o la limitación de ésta en sí misma pertenece más al uso o al ejercicio del derecho y de ningún modo puede invalidar al consentimiento que ya se ha dado en modo perfecto. Se puede entonces afirmar que el "principio procreativo" es un elemento esencial del mismo matrimonio y objeto formal del consentimiento, que bajo el aspecto subjetivo cuida la intención hacia la prole o la procreación, y bajo el aspecto objetivo, en razón del nexo inescindible entre el aspecto procreativo y el de unión de los actos conyugales, protege a los derechos-deberes de los actos del amor conyugal que deben necesariamente conservar su apertura a la transmisión de la vida humana. Para entender adecuadamente el sentido personalísimo de la procreación, es necesario ligarla al orden singular de la persona, evitando así entenderla como un mero hecho biológico, porque el hijo no es un resultado biológico, sino el fruto o el don del amor conyugal.

Por todas estas razones, es mejor evitar el término *ius ad prolem*, porque puede ser malentendido. Como así también de un derecho de la prole tenida por cualquier medio. Se debe hablar de derecho a los actos conyugales, que por su misma naturaleza son ordenados a la procreación (cfr. Inst. *Donum Vitae*, II, B, 8).

En la prueba de exclusión, sea de la indisolubilidad o de la prole, debe constar con certeza el acto positivo de voluntad, distinto de otros estados mentales -juicios,

opiniones, dudas, prevenciones-, o de la voluntad -inclinaciones, propensiones, deseos, hábitos- que no son todavía un acto positivo de exclusión, el cual debe ser, de cualquier modo, probado por quién lo alega.

Además de la declaración de las partes y los testimonios, de grandísima importancia, está la determinación de la causa remota o próxima de la exclusión, que es diferente de la causa de celebración. Probada la falsedad de la *causa simulandi* toda la credibilidad de las declaraciones se desvanece.

La incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio no se debe identificar con la incapacidad de cumplir, excepto en los casos en los cuales ésta esté ya en acto en el momento de manifestación del consentimiento matrimonial.

La incapacidad de cumplir con las obligaciones, si responde a una causa psíquica aparecida poco después de la celebración del matrimonio, puede ser un elemento útil para corroborar la existencia al momento del consentimiento de una verdadera incapacidad de asumir. La causa de naturaleza psíquica debe ser tomada como causa formal de la incapacidad. La causa material, puede ser funcional o endógena así como orgánica o exógena. Entre las causas materiales de la incapacidad de asumir, la jurisprudencia de la Rota considera al alcoholismo crónico, aunque en el reciente DSM IV antes que de alcoholismo se habla de desorden en el uso del alcohol.

En la valoración del alcoholismo como causa material de la incapacidad de asumir, es de gran importancia la valoración del perito (conf. *Cann.* 1680, 1574), siendo dos los elementos que deben ser probados: la presencia del proceso tóxico en el momento de las nupcias, y su gravedad, que genere la incapacidad de la persona de instaurar y mantener la comunidad de vida conyugal al momento de la boda.

Por esto, un alcoholismo crónico, aun grave, que tuvo su origen después del matrimonio y que no había registrado precedentes, no podrá ser considerado una causa psíquica que torne a la persona incapaz de "asumir" las obligaciones esenciales del matrimonio.

TRIBUNAL DE LA ROTA ROMANA, sentencia definitiva del 22-2-1996, en *Rivista internazionale di diritto canonico*, Ed. A. Giuffrè, Milán, 1998, vol. X, n° 1, p. 207, con nota de **FRANCESCHI F., Héctor**, "Il contenuto del *bonum prolis* e del *bonum fidei* alla luce del fenomeno della procreazione artificiale", p. 241.

DERECHO COMUNITARIO. CUESTIONES PREJUDICIALES. ÓRGANO JURISDICCIONAL (COMUNIDAD EUROPEA).

Para apreciar si un órgano de reenvío posee el carácter de jurisdicción en el sentido del art. 177 CE, debe tenerse en cuenta un conjunto de elementos, tales como el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, la naturaleza contradictoria del procedimiento, la aplicación por el órgano de reglas de derecho, así como su independencia. Cuando el Consejo de Estado italiano expide un dictamen en el marco de un recurso extraordinario, aquél constituye una jurisdicción en el sentido del citado art. 177.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Quinta), sentencia del 6-10-1997, asuntos C-69/96 a C-79/96, *María Antonella Garofalo y otros c. Ministero della Sanità y Unità Sanitaria Locale (USL) n° 58 di Palermo*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1997-10, p. 5603.

DERECHO COMUNITARIO. OBLIGACIONES DEL ESTADO. ADAPTACIÓN DEL DERECHO INTERNO. INCUMPLIMIENTO (COMUNIDAD EUROPEA).

La República Federal de Alemania no niega el hecho de no haber adaptado su Derecho interno a las directivas en cuestión dentro del plazo señalado. En cuanto a las dificultades de interpretación (de dichas directivas) que el Gobierno alemán expuso a este respecto, basta con señalar que fueron notificadas a la Comisión (de la Comunidades Europeas) una vez expirado el plazo establecido para la adaptación del Derecho interno a las Directivas. Por otra parte, la existencia de una iniciativa tendiente a la revisión de estas últimas, situación, por lo demás, frecuente en el ámbito de una actividad legislativa continua, no puede eximir a los Estados miembros de las obligaciones que les imponen las disposiciones vigentes.

Cabe, pues, declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido con las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas en juego, con costas.

Nota de Secretaría: en cuanto a las obligaciones de adaptación del derecho interno a las directivas comunitarias, v. las condenas dictadas en los siguientes casos: C-163/97, *Comisión c. Bélgica* (*op. y loc. cit.* *infra*, p. 1181), en el que el Reino de Bélgica, si bien reconoció el incumplimiento que se le imputaba, alegó que había sometido para dictamen del Consejo de Estado un proyecto de Real Decreto a fin de adaptar su legislación a la directiva en cuestión; y contra la República de Italia que, después de expresar un reconocimiento análogo al antedicho, alegó que se encontraban en proceso de adopción las medidas necesarias para realizar la

mencionada adaptación (C-313/97, *Comisión c. Italia*, ídem, p. 1191). V, asimismo, los asuntos C-139/97, *Comisión c. Italia* (*op. cit. infra*, 1998-2, p. 605): la falta de adaptación no puede justificarse por el retraso producido en la ejecución de una Directiva anterior, vinculada a la Directiva de que se trata, a la cual debería haberse adaptado el Derecho interno antes de la expiración del plazo pertinente; y C-144/97, *Comisión c. Francia* (ídem, p. 613): el Gobierno invocó como defensa el haber ya elaborado un proyecto de ley y otro de decreto para dar cumplimiento a la Directiva del caso, añadiendo que el proyecto de ley no había podido ser sometido a votación en el Parlamento pues el Presidente de la República decidió disolver la Asamblea Nacional. El Tribunal, en este caso, reiteró su doctrina en cuanto a que un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva. Esta última doctrina fue reiterada en el asunto C-8/97, *Comisión c. Grecia*, ante la defensa relativa a que el Parlamento estaba a punto de aprobar el proyecto de ley por el que se incorporaba la Directiva al Derecho interno (ídem, p. 823).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Quinta), sentencia del 12-3-1998, asunto C-344/96, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, parte I, Luxemburgo, 1998-3, p. 1165.

DERECHO COMUNITARIO. ORGANIZACIÓN COMÚN DE LOS MERCADOS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN. TRATADO CE, ART. 39 (COMUNIDAD EUROPEA).

1. Antecedentes del caso: se plantea, entre otras, cuestión prejudicial sobre la validez del Reglamento CEE n° 1114/88 del Consejo (Reglamento), modificadorio del Reglamento CEE n° 727/70, por el que se estableció la organización común de mercados en el sector del tabaco crudo y un régimen de apoyo a los productores basado en precios de objetivo y precios de intervención que el Consejo debía fijar anualmente para el tabaco de hoja en la Comunidad. Sobre dicha cuestión, el órgano jurisdiccional nacional desea saber si el Reglamento es válido en la medida en que fija las cantidades máximas garantizadas globales (CMG) y establece una reducción general de los precios y de la prima en caso de que se rebasen las CMG, independientemente del volumen de la producción y sin distinción entre las distintas variedades de tabaco. El actor considera que, con ello, el Reglamento da lugar a una disminución desproporcionada de los

ingresos de los productores en su conjunto y que, por tanto, menoscaba los objetivos de la Política Agraria Común.

2. Sentencia:

Tal como señalan el Consejo y la Comisión, el Tribunal, al dictaminar en el asunto *Crispoltoni* (sentencia del 5-10-1994, Rec. p. I-4863), estableció que tales alegaciones no podían afectar la validez del Reglamento.

En efecto, en dicha sentencia se llegó a la conclusión de que el Reglamento no era incompatible con los objetivos de la Política Agraria Común enunciados en el art. 39 del Tratado CE (consid. 30), ya que limitarse a tener en cuenta el objetivo consistente en garantizar un nivel de vida equitativo a los productores y transformadores de tabaco crudo, en especial, mediante el aumento de su renta individual, implicaría un grave riesgo de imposibilitar la consecución del objetivo de estabilización de dicho mercado, caracterizado por una producción excedentaria; y, asimismo, se consideró que el Consejo había actuado respetando el principio de proporcionalidad, pues no había elegido una medida manifiestamente inapropiada con respecto al objetivo perseguido, de acuerdo con la necesidad de efectuar gradualmente las oportunas adaptaciones, prevista en la letra b del ap. 2 del art. 39 cit. (consid. 47).

Por otra parte, el Tribunal recordó en *Crispoltoni* (consid. 47), que el principio de no discriminación no se opone a una normativa comunitaria que haya establecido un sistema de umbrales de garantía para la totalidad del mercado comunitario que implique la reducción de la ayuda a la producción de todos los agentes económicos interesados, aunque la superación de dichos umbrales no sea consecuencia de un aumento de su producción. En tal régimen, todos los productores comunitarios deben asumir de forma solidaria y por igual las consecuencias de las decisiones adoptadas por las instituciones comunitarias, a fin de reaccionar frente al riesgo de un desequilibrio que puede surgir en el mercado entre la producción y las posibilidades de venta.

Habida cuenta de que en el presente caso se plantean las mismas consideraciones que en *Crispoltoni*, procede responder al órgano jurisdiccional nacional que el examen de la cuestión planteada no ha revelado ningún elemento que pueda afectar la validez del Reglamento.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Quinta), sentencia del 26-3-1998, asunto C-324/96, *Odette Nikou Petridi Anonymos Kapnemporiki AE c. Athanasia Simou y otros*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-3, p. 1333.

DERECHO COMUNITARIO. PRINCIPIOS GENERALES. TRABAJADORES. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. HOMOSEXUALES. MATRIMONIO. HETEROSEXUALIDAD. COMITE DE DERECHOS HUMANOS. TRATADO DE AMSTERDAM. TRATADO CE, ARTS. 6 A, 119 Y 235. DIRECTIVA 75/117/CEE. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ART. 28. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 8, 12 Y 14 (COMUNIDAD EUROPEA).

1. Antecedentes del caso: la Sra. Grant era empleada de la compañía de ferrocarriles SWT. La cláusula del contrato de trabajo titulada "Ventajas concedidas en materia de transportes" estipulaba lo siguiente: "Tendrá Ud. derecho a la gratuidad y a las reducciones en el precio de los transportes aplicables a los empleados de su misma categoría. Su cónyuge y las personas a cargo de Ud. disfrutarán también de reducciones en materia de transportes. Estas reducciones serán concedidas discrecionalmente por [el empresario] y serán suprimidas en caso de abuso". El reglamento de la empresa preveía en su art. 8 ("cónyuge"): "Las reducciones en el precio de los transportes serán concedidas a todo empleado casado [...] en favor de su cónyuge, salvo si este último está legalmente separado del empleado. Las reducciones en el precio de los transportes se concederán en lo que respecta al 'common law opposite sex spouse' [expresión utilizada habitualmente para designar a la persona del otro sexo con la que se convive maritalmente] del empleado [...] previa presentación de una declaración formal de que existe una relación significativa desde hace dos años o más [...]". Basándose en estas disposiciones, la Sra. Grant solicitó a su empleadora que se le concedieran reducciones en el precio de los transportes en favor de la compañera con la que, según declaró, tenía una "relación significativa" desde hacía más de dos años. La empresa se negó a ello, por estimar que, en el caso de personas no casadas, las reducciones en el precio de los transportes sólo podían concederse en favor de un compañero del otro sexo. La empleada, entonces, interpuso un recurso contra SWT ante el Industrial Tribunal (Southampton), manteniendo que la denegación constituía una discriminación por razón de sexo, contraria a la *Equal Pay Act 1970* (Ley sobre igualdad de retribución), el art. 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea o a la Directiva 76/207. El Industrial Tribunal consideró que se veía ante la dificultad de determinar si la negativa a conceder lo peticionado, con base en la orientación sexual de la empleada, era una "discriminación por razón de sexo" en el sentido del citado art. 119 y de las Directivas relativas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Señaló que, si bien alguno de los órganos jurisdiccionales del Reino Unido habían resuelto negativamente la cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 30 de abril de 1996, *P. c. S. (C-13/94, Rec. p. I-2143)*, constituía "un precedente en apoyo de la idea de que la

discriminación basada en la orientación sexual [era] ilegal". Por ello, planteó ante el Tribunal de Justicia seis cuestiones prejudiciales, las que, por su estrecha vinculación, fueron examinadas conjuntamente.

2. Sentencia:

2.1. Con carácter preliminar, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya consideró que unas reducciones en el precio de los transportes concedidas por un empresario a sus antiguos empleados, a sus cónyuges o a las personas a su cargo, por razón del trabajo de dichos empleados, podían calificarse de "retribución", en el sentido del art. 119 del Tratado (v. sentencia del 9-2-1982, *Garland*, 12/81, Rec. p. 359, ap. 9).

En el presente asunto, consta que una reducción en el precio de los transportes concedida por un empresario, sobre la base del contrato de trabajo, en favor del cónyuge o de la persona, del otro sexo, con la que el trabajador mantiene una relación estable sin vínculo matrimonial, está comprendida en el ámbito de aplicación del art. 119. Por tanto, la Directiva 76/207, mencionada en la quinta cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, no se aplica a una ventaja de este tipo (v. sentencia del 13-2-1996, *Gillespie y otros*, C-342/93, Rec. p. I-475, ap. 24).

Del tenor de las otras cuestiones y de los fundamentos de la resolución de remisión, se desprende que el juez nacional quiere saber si el hecho de que un empresario se niegue a conceder una reducción en el precio de los transportes en favor de la persona, del mismo sexo, con la que una trabajadora mantiene una relación estable, constituye una discriminación prohibida por el art. 119 y por la Directiva 75/177, cuando esa reducción se concede en lo que respecta al cónyuge del trabajador o a la persona, de distinto sexo, con la que el trabajador mantiene una relación estable sin vínculo matrimonial.

2.2. La Sra. Grant considera, en primer lugar, que tal denegación constituye una discriminación directamente basada en el sexo. Alega que su empresario habría tomado una decisión diferente si las ventajas de que se trata hubieran sido reclamadas por un hombre que viviese con una mujer, y no por una mujer que vive con otra.

A este respecto, la Sra. Grant mantiene que el solo hecho de que el trabajador de sexo masculino que ocupó anteriormente su puesto de trabajo hubiese obtenido reducciones en el precio de los transportes en favor de su compañera, sin estar casado con ésta, es suficiente para considerar que se trata de una discriminación directa por razón de sexo. Según ella, si una trabajadora disfruta de las mismas ventajas que un trabajador, siendo iguales todas las demás circunstancias, dicha trabajadora es víctima de una discriminación por razón de sexo (enfoque denominado "criterio del factor distintivo único" - *but for test*).

La Sra. Grant alega también que una negativa de ese tipo constituye una

discriminación basada en la orientación sexual, comprendida dentro del concepto de "discriminación por razón de sexo" a que se refiere el art. 119. Según ella, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual se deben a los prejuicios relativos al comportamiento sexual o afectivo de las personas de un sexo determinado y, en realidad, se basan en el sexo de esas personas. Añade que esa interpretación resulta de la sentencia *P. c. S.*, antes citada, y responde tanto a las resoluciones y recomendaciones adoptadas por las instituciones comunitarias, como a la evolución de las normas internacionales en materia de derechos humanos y de las normas nacionales en materia de igualdad de trato, por lo que la denegación de su solicitud no está objetivamente justificada.

2.3. SWT, así como los gobiernos francés y del Reino Unido, estiman que la denegación de una ventaja como la controvertida en el litigio principal no es contraria al art. 119. Alegan, en primer lugar, que la sentencia *P. c. S.*, que sólo se refiere a los casos de transexualidad, se limita a equiparar las discriminaciones por razón de sexo de una persona a las discriminaciones basadas en la pertenencia de una persona a un sexo determinado.

En segundo lugar, mantienen que la diferencia de trato denunciada por la Sra. Grant no se basa en su orientación o en su tendencia sexual, sino en el hecho de que no cumple los requisitos establecidos por el reglamento de la empresa.

Por último, según ellos, las discriminaciones basadas en la orientación sexual no son "discriminaciones por razón de sexo", en el sentido del art. 119 o de la Directiva 75/117. A este respecto, invocan especialmente el tenor y los objetivos de dicho artículo, el hecho de que los Estados miembros no estén de acuerdo sobre la equiparación de las relaciones estables entre personas del mismo sexo a las relaciones estables entre personas de distinto sexo, la falta de protección de estas relaciones en virtud de los arts. 8 ó 12 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convención), y la consiguiente inexistencia de discriminación en el sentido del art. 14 de dicha Convención.

2.4. La Comisión considera también que la denegación de la solicitud de la Sra. Grant no es contraria al art. 119 ni a la Directiva 75/117. Desde su punto de vista, las discriminaciones basadas en la orientación sexual de los trabajadores pueden considerarse como "discriminaciones por razón de sexo", contempladas por dicho artículo. No obstante, alega que la discriminación denunciada por la Sra. Grant no está basada en su orientación sexual, sino en el hecho de que no vive "en pareja" o con su "cónyuge", en el sentido que el derecho de la mayor parte de los Estados miembros, el derecho comunitario y el que resulta de la Convención, dan a estos conceptos. La Comisión estima que, en tales circunstancias, la diferencia de trato a que da lugar la

regulación vigente en la empresa en la que trabaja la Sra. Grant no es contraria al art. 119.

2.5. Vistos los documentos que obran en autos, es preciso, en primer término, responder a la cuestión de si una condición establecida por un reglamento de empresa, como la controvertida en el litigio principal, constituye una discriminación basada directamente en el sexo del trabajador. En caso de respuesta negativa, procederá, en segundo lugar, investigar si el derecho comunitario exige que las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo sean equiparadas por cualquier empresario a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables, sin vínculo matrimonial, entre dos personas de distinto sexo. Por último, deberá examinarse la cuestión de si una discriminación basada en la orientación sexual constituye una discriminación por razón del sexo del trabajador.

2.6. Corresponde señalar, previamente, que la normativa aplicable a la empresa donde trabaja la requirente prevé la concesión de reducciones en el precio de los transportes al trabajador, a su "cónyuge", es decir, a la persona con la que el trabajador esté casado y de la que no esté legalmente separado, o a la persona del otro sexo con la que mantenga una relación "significativa" desde hace dos años o más, a sus hijos, a las personas de su familia que estén a su cargo y a su cónyuge supérstite.

La denegación de la solicitud de la Sra. Grant se basa en el hecho de que ésta no reúne los requisitos previstos por dicha normativa y, más concretamente, que no vive con un "cónyuge" o con una persona del otro sexo con la que mantiene una relación "significativa" desde hace por lo menos dos años.

Este último requisito, del que resulta que el trabajador debe vivir de manera estable con una persona del otro sexo para poder disfrutar de las reducciones en el precio de los transportes, es, igual que los demás requisitos alternativos previstos por el reglamento de la empresa, aplicado con independencia del sexo del trabajador de que se trate. Así pues, las reducciones en el precio de los transportes son denegadas a un trabajador de sexo masculino que viva con otro hombre, del mismo modo que se le deniegan a una trabajadora que viva con otra mujer.

Dado que lo establecido por el reglamento de la empresa se aplica de igual modo a las trabajadoras que a los trabajadores, no puede considerarse que constituya una discriminación directamente basada en el sexo.

2.7. Seguidamente, procede examinar si, en lo que respecta a la aplicación de un requisito como el controvertido en el litigio principal, las personas que mantienen una relación estable con un compañero del mismo sexo están en la misma situación que las

personas casadas o las que tienen una relación estable, sin vínculo matrimonial, con un compañero del otro sexo.

La Sra. Grant alega especialmente que el derecho de los Estados miembros, así como el de la Comunidad y el de otras organizaciones internacionales, equiparan cada vez más frecuentemente ambas situaciones. A este respecto, si bien es cierto que, tal como lo señala, el Parlamento Europeo ha declarado que deploraba cualquier discriminación motivada por la tendencia sexual de un individuo, no lo es menos que la Comunidad no ha adoptado, hasta ahora, normas para poner en práctica dicha equiparación.

En lo que se refiere al derecho de los Estados miembros, aun cuando en algunos de ellos la vida en común de dos personas del mismo sexo se equipara al matrimonio, aunque de modo incompleto, en la mayor parte de los Estados miembros se equipara a las relaciones heterosexuales estables sin vínculo matrimonial sólo en lo que respecta a un número limitado de derechos o no es objeto de ningún reconocimiento específico.

2.8. Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos estima que, a pesar de la evolución contemporánea de las mentalidades en cuanto a la homosexualidad, las relaciones homosexuales duraderas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho al respeto de la vida familiar, protegido por el art. 8 de la Convención (v. *X. e Y. c. Reino Unido*, nº 9369/81, del 3-5-1983, entre otras), y que las disposiciones nacionales que, a efectos de la protección de la familia, dan un trato más favorable a las personas casadas y a las personas de distinto sexo que conviven como marido y mujer que el que dispensan a las personas del mismo sexo que mantienen relaciones duraderas, no son contrarias al art. 14 de la Convención, que prohíbe las discriminaciones por razón de sexo (v. *S. c. Reino Unido*, nº 11716/85, del 14-5-1986, entre otras).

2.9. En un contexto diferente, la Corte Europea de Derechos Humanos interpreta además el art. 12 de la Convención, en el sentido de que se refiere únicamente al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente (v. *Rees*, del 17-10-1986, Serie A nº 106, y *Cossey*, del 27-9-1990, Serie A nº 184).

2.10. De cuanto precede resulta que, en el estado actual del derecho en el seno de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo. Por consiguiente, el derecho comunitario no obliga a un empresario a equiparar la situación de una persona que tiene una relación estable con un compañero del mismo sexo a la de una persona casada o que tiene una relación estable sin vínculo matrimonial con un compañero del otro sexo. En tales circunstancias, sólo al

legislador puede corresponder adoptar, en su caso, medidas que puedan afectar a esa situación.

2.11. Por último, la Sra. Grant mantiene que de la sentencia *P. c. S.* resulta que las diferencias de trato basadas en la orientación sexual forman parte de las "discriminaciones por razón de sexo" prohibidas por el art. 119. En aquel asunto, se pedía al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre si una medida de despido basada en el cambio de sexo del trabajador de que se trataba debía considerarse como una "discriminación por razón de sexo", en el sentido de la Directiva 76/207.

En efecto, el juez remitente se preguntaba si dicha Directiva no tenía un ámbito de aplicación más amplio que la *Sex Discrimination Act 1975* (Ley sobre discriminación por razones de sexo) que debía aplicar y que, según él, no abarcaba las discriminaciones basadas en la pertenencia del trabajador afectado a uno u otro sexo.

En sus observaciones ante el Tribunal de Justicia, el gobierno del Reino Unido y la Comisión habían mantenido que la Directiva sólo prohibía las discriminaciones originadas por la pertenencia del trabajador afectado a uno u otro sexo, pero no las basadas en su cambio de sexo. En respuesta a esta alegación, el Tribunal señaló que las disposiciones de la Directiva que prohíben las discriminaciones entre hombres y mujeres no eran más que la expresión, en el ámbito limitado que les es propio, del principio de igualdad, que es uno de los principios fundamentales del derecho comunitario. Estimó, asimismo, que esta circunstancia abogaba en contra de una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de dichas disposiciones y llevaba a aplicar estas últimas a las discriminaciones basadas en el cambio de sexo del trabajador.

El Tribunal de Justicia consideró que, en realidad, tales discriminaciones se basaban fundamentalmente, en el sexo de la persona de que se trataba. Este razonamiento, que lleva a considerar que dichas discriminaciones deben prohibirse por la misma razón que las discriminaciones basadas en la pertenencia de una persona a un sexo determinado, con las que están estrechamente relacionadas, se limita al caso del cambio de sexo de un trabajador y, por tanto, no se aplica a las diferencias de trato basadas en la orientación sexual de una persona.

2.12. Sin embargo, la Sra. Grant estima que, al igual que ciertas disposiciones de derecho nacional o de convenciones internacionales, las disposiciones comunitarias en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres deben interpretarse en el sentido de que abarcan las discriminaciones basadas en la orientación sexual. A este respecto la demandante en el litigio principal hace referencia especialmente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el que, según el Comité de Derechos Humanos establecido de conformidad con su art. 28, el concepto de "sexo" se refiere también a las

preferencias sexuales (Comunicación n° 488/1992, *Toonen c. Australia*, opiniones aprobadas el 31-3-1994 en el 50° período de sesiones, ap. 8.7).

Sobre este extremo, procede recordar que dicho Pacto figura entre los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta para la aplicación de los principios generales del derecho comunitario (v. por ejemplo, *Orkem c. Comisión*, 374/87, y *Dzodzi*, asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, del 18-10-1989 y 18-10-1990, respectivamente).

No obstante, si bien el respeto de los derechos fundamentales que forman parte de dichos principios generales constituye un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, estos derechos no pueden, en sí mismos, producir el efecto de ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado más allá de las competencias de la Comunidad (v. especialmente, en lo que respecta al alcance del art. 235 del Tratado CE en relación con el respeto de los derechos humanos, el dictamen 2/94, del 28-3-1996, Rec. p. I-1759, apartados 34 y 35).

Además, en la Comunicación del Comité de Derechos Humanos a la que se refiere la Sra. Grant, dicho órgano, que no es un órgano jurisdiccional y cuyas opiniones carecen de valor jurídico vinculante, se limitó, según su propio tenor y sin dar ninguna motivación específica, a "señalar que, a su parecer, debe considerarse que la referencia al 'sexo' que figura en el apartado 1 del artículo 2 y en el artículo 26 incluye las preferencias sexuales".

Por lo tanto, una observación de este tipo, que además no parece reflejar la interpretación generalmente admitida hoy día del concepto de discriminación por razón de sexo que figura en diferentes instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos fundamentales, no puede, en cualquier caso, llevar al Tribunal de Justicia a ampliar el alcance del art. 119 del Tratado. En tales circunstancias, el alcance de este artículo, como el de toda disposición de derecho comunitario, sólo puede determinarse teniendo en cuenta su tenor literal y su objetivo, así como el lugar que ocupa en el sistema del Tratado y el contexto jurídico en el que se integra dicha disposición. Pues bien, de las consideraciones expuestas resulta que, en su estado actual, el derecho comunitario no se aplica a una discriminación basada en la orientación sexual, como la que es objeto del litigio principal.

2.13. No obstante, procede señalar que el Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 2 de octubre de 1997, ha previsto añadir al Tratado CE un artículo 6 A que, tras la entrada en vigor de dicho Tratado, permitirá al Consejo adoptar, en determinadas circunstancias (voto por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo), las

medidas necesarias para la supresión de diferentes formas de discriminación, entre otras la basada en la orientación sexual.

Ello así, habida cuenta de lo que precede, no es necesario examinar la alegación de la Sra. Grant relativa a que una decisión denegatoria como la adoptada respecto a ella no está objetivamente justificada.

Por consiguiente, debe responderse al juez nacional que la negativa, por parte de un empresario, a conceder una reducción en el precio de los transportes en favor de la persona, del mismo sexo, con la que un trabajador mantiene una relación estable, cuando tal reducción se concede en favor del cónyuge del trabajador o de la persona, de distinto sexo, con la que éste mantiene una relación estable sin vínculo matrimonial, no constituye una discriminación prohibida por el art. 119 del Tratado o por la Directiva 75/177.

Nota de la Secretaría: respecto del citado caso *P. c. S., v. investigaciones* 3 (1997), p. 436.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Pleno), sentencia del 17-2-1998, asunto C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains Ltd*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, parte I, Luxemburgo, 1998-2, p. 621.

DERECHO COMUNITARIO. RÉGIMEN DE IMPORTACIÓN. ACUERDOS ANTERIORES AL TRATADO CE CON PAÍSES TERCEROS. TRATADO CE, ART. 234 (COMUNIDAD EUROPEA).

1. El párrafo primero del art. 234 del Tratado tiene por objeto precisar, conforme a los principios del derecho internacional, que la aplicación del Tratado no afecta al compromiso del Estado miembro de que se trata de respetar los derechos de los países terceros que resultan de un Convenio anterior y de cumplir sus obligaciones correspondientes. Por tanto, para que un convenio internacional pueda obstaculizar la aplicación de una norma comunitaria deben concurrir dos requisitos: que se trate de un Convenio celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado y que el país tercero afectado obtenga derechos cuyo respeto por parte del Estado miembro de que se trate pueda exigir.

En consecuencia, la disposición controvertida no se aplica en asuntos relativos a la importación de plátanos procedentes de un país tercero que no es parte de un Convenio internacional celebrado por Estados miembros antes de la entrada en vigor del Tratado.

Así ocurre precisamente con las importaciones de plátanos procedentes de Ecuador que tuvieron lugar durante el año 1995 y a las que se aplicaban las disposiciones de los Reglamentos nros. 404/93 y 478/95, supuestamente contrarias a determinados artículos del GATT. En efecto, el citado país tercero no era parte contratante del GATT de 1947 y no pasó a ser miembro de la Organización Mundial del Comercio y, en consecuencia, del GATT de 1994, hasta el año 1996.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Pleno), sentencia del 10-3-1998, asuntos acumulados C-364/95 y C-365/95, *T. Port GmbH & Co. c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-3, p. 1023.

DERECHO COMUNITARIO. RÉGIMEN DE IMPORTACIÓN. MEDIDAS CAUTELARES. ACUERDOS CON PAÍSES TERCEROS. **DERECHO DE IGUALDAD.** PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DERECHO DE PROPIEDAD. TRATADO CE, ART. 234 (COMUNIDAD EUROPEA).

1. La facultad que tiene un Estado miembro de interponer un recurso de anulación contra una Decisión del Consejo por la que se celebra un Acuerdo internacional, así como la posibilidad que dispone de solicitar, con dicho motivo, medidas cautelares mediante una demanda de medidas provisionales, no resulta desvirtuada por la circunstancia de que el referido Acuerdo haya sido celebrado sin reservas por la Comunidad y que vincule, tanto con arreglo al Derecho comunitario como con arreglo al Derecho internacional, a las Instituciones y a los Estados miembros.

2. El régimen establecido por el Acuerdo marco sobre los plátanos celebrado entre la comunidad y determinados países terceros (Costa Rica, Colombia, Nicaragua y Venezuela), integrado en un Anexo del GATT de 1994 que constituye, a su vez, un Anexo del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Acuerdo que fue aprobado en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 94/800, prevé, en el punto 2 del Acuerdo marco, que el contingente arancelario para las importaciones de plátanos de países terceros y de plátanos no tradicionales ACP se divide en cuotas específicas asignadas a diferentes países o grupos de países terceros, reservando un porcentaje determinado a los Estados contratantes del Acuerdo marco y, en su apartado 6, que únicamente los operadores de las categorías A y C, con exclusión de la categoría B (que comprende los operadores que hayan comercializado plátanos

comunitarios y/o plátanos tradicionales ACP), están obligados a obtener certificados de exportación ante las autoridades competentes de los Estados contratantes a efectos de la importación de plátanos procedentes de dichos países.

Por lo que se refiere al reparto del contingente arancelario en contingentes nacionales, que favorece a determinados países terceros y limita de esta forma las posibilidades de que los operadores de las categorías A y C importen plátanos originarios de otros países terceros, éste no viola el principio general de no discriminación.

En efecto, no existe en el Derecho comunitario un principio general que obligue a la Comunidad, en sus relaciones exteriores, a conceder un trato igual en todos los sentidos a los diferentes países terceros y, si una diferencia de trato entre países terceros no es contraria al Derecho comunitario, tampoco puede considerarse contraria a este Derecho una diferencia de trato entre operadores económicos comunitarios que no sea más que una consecuencia automática de los diferentes tratos concedidos a los países terceros con los que dichos operadores hayan establecido relaciones comerciales. Pues bien, las restricciones a las posibilidades de importación que la implantación de los contingentes nacionales puede ocasionar a los operadores económicos de las categorías A y C son consecuencia automática de los diferentes tratos concedidos a los países terceros, según que sean o no partes contratantes del Acuerdo marco y según la importancia del contingente que se les haya concedido en dicho Acuerdo.

El reparto de contingentes nacionales no constituye tampoco una violación de derechos fundamentales ni de principios generales del Derecho.

Por lo que respecta, en efecto, al derecho de propiedad, ningún operador puede reivindicar dicho derecho sobre una cuota de mercado que poseía en un momento anterior a la adopción del referido régimen ni invocar un derecho adquirido o una confianza legítima en el mantenimiento de una situación preexistente. En relación con las restricciones a la facultad de importar plátanos procedentes de determinados países terceros nacidas del reparto del contingente arancelario, son inherentes a los objetivos de interés general comunitario perseguidos por el establecimiento de la organización común de mercados en el sector del plátano y no perjudican indebidamente, por tanto, al libre ejercicio de las actividades profesionales de los operadores afectados. Por último, con respecto al principio de proporcionalidad, no parece que el reparto del contingente global de países terceros en contingentes nacionales atribuidos a algunos de ellos sea manifiestamente inadecuado para alcanzar los objetivos perseguidos, a saber, la salida al mercado de la producción comunitaria y de la producción tradicional ACP de plátanos y la integración de los diferentes mercados nacionales hasta entonces fragmentados.

En cambio, sobre la diferencia de trato consistente en la exención de los operadores de la categoría B del régimen de certificados de importación, que implica únicamente para los operadores de las categorías A y C un incremento del precio de

adquisición de los plátanos, originarios de los países terceros afectados, del orden del 33%, ésta es incompatible con la prohibición de discriminación establecida en el párrafo segundo del ap. 3 del art. 40 del Tratado, que no es sino la expresión específica del principio general de igualdad que forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario, y da lugar a la anulación de la Decisión 94/800, en la medida en que el citado Acuerdo marco exime a los operadores de la categoría B del régimen de certificados de exportación que él establece.

Es cierto que la organización común de mercados en el sector del plátano, establecida por el Reglamento n° 404/93, y, en particular, su régimen de reparto del contingente arancelario, implica determinadas restricciones o diferencias de trato en detrimento de los operadores de las categorías A y C que no son contrarias al principio general de no discriminación, en la medida en que son inherentes al objetivo de una integración de mercados hasta entonces fragmentados, habida cuenta de la distinta situación en la que se hallaban las diferentes categorías de operadores económicos antes del establecimiento de la organización común de mercados, y es igualmente cierto que la consecución del objetivo de ésta, que consiste en garantizar la salida al mercado de la producción comunitaria y de la producción tradicional ACP, implica el establecimiento de un determinado equilibrio entre las diferentes categorías de operadores económicos afectados.

Sin embargo, no se ha demostrado que dicho equilibrio, en la medida en que ha sido roto por el aumento del contingente arancelario y la consiguiente reducción de los derechos de aduana previstos en el Acuerdo marco, de los que se benefician también los operadores de la categoría B, sólo pudo restablecerse mediante la concesión de una ventaja considerable a esa misma categoría de operadores y, por consiguiente, a expensas de una nueva diferencia de trato en detrimento de las demás categorías de operadores, que ya habían sufrido restricciones y diferencias de trato similares con motivo de la implantación del contingente arancelario y del mecanismo de reparto de éste.

Por otra parte, la implantación del régimen de certificados de exportación tiene por objeto, además del restablecimiento del referido equilibrio, proporcionar una ayuda financiera a los países terceros que son partes contratantes del Acuerdo marco y compensar de este modo las limitaciones que el Reglamento n° 404/93 ha impuesto a la comercialización de plátanos procedentes de dichos países en beneficio de los plátanos comunitarios y ACP. Pues bien, no parece que el aumento del contingente arancelario y su reparto en contingentes nacionales, así como la consiguiente reducción de los derechos de aduana, fueran suficientes para compensar las citadas limitaciones y que dicho objetivo debió realizarse, por tanto, mediante la imposición de una carga financiera tan sólo a una parte de los operadores económicos que realizan importaciones procedentes de dichos países.

Nota de Secretaría: v., en esta misma sección, respecto del Acuerdo marco mencionado, el caso *T. Port* (Asuntos acumulados C-364/95 y C-365/95).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Pleno), sentencia del 10-3-1998, asunto C-122/95, *República Federal de Alemania c. Consejo de la Unión Europea*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-3, p. 973.

DERECHO DE DEFENSA. AUTOINCRIMINACIÓN. FALSO TESTIMONIO (BRASIL).

No comete delito de falso testimonio quien habiendo prestado juramento falta a la verdad sobre hechos que podrían incriminarlo; juega aquí el principio *nemo tenetur se detegere* explícitamente consagrado en la Constitución (art. 5º, LXIII), colorario, también, de la garantía del debido proceso.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (Pleno), sentencia del 13-11-1996, hábeas corpus nº 73.035, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, Brasília, vol. 163, nº 2, febrero de 1998, p. 626.

DERECHO DE DEFENSA. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DEMORA JUDICIAL O ADMINISTRATIVA (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

1. Antecedentes del caso: la requirente denunció la duración del proceso de ejecución ante el Tribunal Civil de Lisboa e invocó el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

2. Sentencia:

2.1. El art. 6.1 exige que todas las fases de los procesos judiciales que tienden a terminar los "litigios (*contestations*) sobre derechos y obligaciones de carácter civil", sean concluidas en un plazo razonable, sin que se pueda hacer excepción de las fases posteriores a las decisiones sobre el fondo. Por ende, la ejecución de una sentencia o decisión, cualquiera fuese la jurisdicción que la hubiese dictado, debe ser considerada como que forma parte del "proceso" en el sentido del art. 6.

El procedimiento en juego no atañe a una sentencia, sino a otro título ejecutivo: un acta notarial que garantiza un crédito determinado, que se pretende cobrar.

El espíritu de la Convención impone no tomar el término "litigios" en una acepción demasiado técnica, y sí darle una definición material más bien que formal. De ahí que la Corte ya ha considerado que es en el momento en que el derecho reivindicado encuentra su realización efectiva que hay determinación de un derecho de carácter civil.

Sea cual fuere la naturaleza del título ejecutivo, sentencia o acta notarial, la ley portuguesa confía la ejecución, según un procedimiento idéntico, a los tribunales judiciales. Y este procedimiento de ejecución ha sido determinante para la realización efectiva del derecho de la requirente.

Por ende, es aplicable el art. 6.1.

2.2. Sobre la observancia del art. 6.1

El período a considerar comenzó en noviembre de 1981, con la intervención del Tribunal de Lisboa, y finalizó en noviembre de 1994, cuando la actora obtuvo el pago de un importe determinado. En suma, trece años.

El carácter razonable de la duración de un proceso se aprecia con arreglo a las circunstancias de la causa y de acuerdo con los criterios jurisprudenciales de la Corte, en particular, la complejidad del asunto, el comportamiento del requirente y el de las autoridades competentes.

Como lo ha hecho la Comisión, la Corte advierte numerosos retardos imputables a dichas autoridades. La intervención peticionada por la actora (mayo de 1989) no tuvo lugar sino en enero de 1993. Una decisión posterior fue dirigida a dicha parte un año después.

En vista de las circunstancias de la causa, que reclaman una evaluación global, un lapso de 13 años para obtener una decisión definitiva sobre una demanda fundada en un título ejecutivo no puede pasar por razonable. Ha habido, en consecuencia, violación del art. 6.1 (la Corte condenó: por daño material, al pago de una suma de dinero derivada de la escasa diferencia que se reconoció entre la suma originariamente reclamada y la obtenida después de trece años, lo que produjo un daño material causado por la mencionada violación; y a otra suma de dinero por daño moral, al considerar que la sola comprobación de dicha violación no compensaría este último perjuicio moral).

Nota de la Secretaría: en los casos *Pailot c. Francia* y *Richard c. Francia*, del 22-4-1998 (v. *op. y loc. cit. infra*, pp. 6 y 9, respectivamente), se invocó ante la Corte que los plazos que habían insumido los procesos de los requirentes eran violatorios del art. 6.1 de la Convención. Se trataba de reclamos indemnizatorios de dos personas hemofílicas que habían contraído HIV con motivo de recibir transfusiones de sangre. La Corte hizo lugar a los planteos, reiterando la doctrina del presente caso, y advirtiendo que dichos procesos revestían una importancia extrema para los

requirentes habida cuenta de la enfermedad que padecían y del estado de gravedad de ésta, lo cual imponía a las autoridades locales una diligencia excepcional -no obstante los numerosos litigios que debían tratar-, máxime cuando se trataba de debates en los que el gobierno conocía los hechos después de numerosos años y cuya gravedad no podía escapársele. Presentan analogía sustancial con estos casos: *Henra c. Francia* y *Leterme c. Francia*, del 29-4-1998 (ídem, pp. 27 y 30). V., asimismo, el caso *S.R. c. Italia*, del 23-4-1998 (íd., p. 12), en el que la Corte consideró irrazonable (art. 6.1 de la Convención) el plazo de poco más de siete años y un mes que insumió el proceso del actor tendiente a obtener la anulación de una decisión administrativa que había rechazado su reclamo a obtener que le fuese tenido en cuenta un período de trabajo suplementario para el cálculo de su jubilación. Entre otros fundamentos, la Corte señaló que si bien tomaba en consideración los esfuerzos de Italia en el plano legislativo en materia de competencia y de organización del tribunal que intervino en la causa, la introducción de dichas reformas no justificaba el retraso, pues pertenece al Estado organizar la entrada en vigor y la instrumentación de la reforma de manera de no prolongar el examen de los litigios pendientes. En sentido análogo al caso precedente, véase *Fisanotti c. Italia* (íd., p. 14), de la misma fecha, relativo a un proceso en el que el actor reclamaba una pensión privilegiada, y que se encontraba sin resolver después de cinco años y ocho meses. En ambos precedentes, la Corte señaló que ningún reproche podía dirigírsele a los requirentes respecto de la duración de los procesos. V., también, el caso *Mavronichis c. Chipre* (íd., p. 25), del 24-4-1998, también relativo al plazo razonable exigido por el citado art. 6.1, en el que la Corte advirtió, respecto de un proceso por indemnizaciones que había durado algo más de ocho años: a) que durante un lapso de poco más de cuatro años, la Corte Suprema local no había tomado medida alguna para que fuese examinada la apelación planteada; y b) que las cuestiones litigiosas formuladas ante dicho tribunal no fueron complejas, por lo que el período de inactividad indicado era particularmente significativo y no podría justificarse por el volumen de trabajo de la Corte Suprema. Finalmente, recordó que el art. 6.1 obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de manera tal que sus tribunales puedan satisfacer cada una de sus exigencias, especialmente en cuanto al plazo razonable del proceso. Sobre el citado art. 6.1, v., también: *Doustaly c. France*, del 23-4-1998 (íd., p. 16).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Sala compuesta de 9 jueces), sentencia del 21-4-1998, *Estima, Jorge c. Portugal*, en *Communiqués du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 20 de abril/12 de mayo de 1998, pp. 4/6.

DERECHO DE RECTIFICACION O RESPUESTA. LIBERTAD DE PRENSA.
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ART. 14 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: con motivo de la publicación en un diario de noticias concernientes a su persona, ésta ejerció ante el medio el derecho de rectificación o respuesta. La negativa del diario a publicar la respuesta dio lugar a la demanda del involucrado, que prosperó en primera y segunda instancia. En consecuencia, el diario interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema en el que, entre otras defensas, planteó la inconstitucionalidad del mencionado derecho en la medida en que lo obligaba a publicar lo que no quería publicar, violando así los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

2. Sentencia:

El planteo debe ser rechazado con base en que el derecho de rectificación o respuesta está previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 14), y la Convención tiene "jerarquía constitucional" de acuerdo con el art. 75.22 de la Constitución.

Por otro lado, el mencionado derecho, según la Convención, está limitado: a) a "informaciones", esto es, al ámbito de lo fáctico, a hechos cuya existencia o inexistencia puede ser objeto de prueba judicial. Luego, queda excluido el campo de las ideas y creencias, las conjeturas, las opiniones, los juicios críticos y de valor; b) a informaciones "inexactas o agraviantes", y este carácter debe relacionarse con los "hechos" de los que se dio noticia en el medio y no con juicios de valor descalificantes, lo cual podrá tener otra respuesta legal; c) a informaciones "perjudiciales" para la persona involucrada (este carácter junto con el de la inexactitud de la noticia diferencian al sistema de la Convención respecto del derecho de respuesta del derecho francés); d) a que la información se refiera directamente al presunto afectado o, al menos, lo aluda de modo tal que resulte fácil su individualización: el derecho de rectificación no ha tenido el propósito de crear un foro en el que pueda intervenir todo aquel que crea ver atacados valores, figuras o convicciones a los que adhiera.

A su vez, cabe desechar que el derecho en cuestión no sea aplicable a los medios gráficos por no encontrarse "legalmente reglamentados" (art. 14 cit.) en la Argentina, pues el inc. 3 de dicha norma menciona expresamente a toda "publicación" y, además, el derecho de rectificación nació y se difundió debido a la existencia, multiplicación y relevancia de los medios gráficos, por lo que su exclusión hubiese requerido una expresión legal clara y concluyente.

Desde otro punto de vista, si el diferendo llega a un tribunal, algo tiene que decir la prueba a producirse en el juicio sobre la inexactitud y el perjuicio, porque sería absurdo que la norma exigiera esos requisitos para luego diferir todo a la simple alegación de una de las partes. En el caso, como el tribunal de la instancia anterior había

considerado probados los requisitos de inexactitud y perjuicio, es innecesario decidir, por un lado, si las mencionadas circunstancias deben probarse con certeza o si basta el grado de posibilidad y verosimilitud, y, por el otro, cuáles sean las modalidades del *onus probandi*.

En tales condiciones, a fin de mantener el equilibrio del diseño constitucional, el respeto de la libertad de prensa y expresión debe ser conjugado con el que también merecen los derechos al honor, identidad e intimidad de las personas, que hacen a la dignidad de todos los habitantes. El derecho de rectificación además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos e intereses del rectificante, supone un complemento a la garantía de la opinión pública libre ya que el acceso a una versión diferente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad.

Por tanto, el derecho de rectificación o respuesta no es violatorio de la libertad de prensa consagrada en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

Nota de la Secretaría: la Corte citó, en la opinión de la mayoría, las sentencias del Tribunal Constitucional de España nros. 35/1983, del 11-5-1983, y 168/1986, del 22-12-1986.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (cinco jueces formularon votos concurrentes, y un juez votó en disidencia considerando inconstitucional el derecho en cuestión), sentencia del 16-4-1998, P.534.XXXI, *Petric, Domagoj, Antonio c/ diario Página 12*.

DERECHO DE RECTIFICACION O RESPUESTA. RELACIÓN CON LA NOTICIA (FRANCIA).

Siendo la respuesta indivisible, la inserción de una respuesta parcialmente desprovista de correlación con el artículo periodístico en cuestión no puede ser exigida con base en el art. 13 de la ley del 29 de julio de 1881.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala 2a. Civil), sentencia del 24-6-1998, *Association Front National c. Sté. Le Monde et autre*, en *Recueil Dalloz*, París, 1998, n° 27, p. 2.

DERECHO DEL TRABAJO. ACUERDO CON REPRESENTANTES DEL PERSONAL. EFECTOS.

CONVENCIONES COLECTIVAS (FRANCIA).

Un acuerdo concluido con los representantes del personal no tiene otro valor que un compromiso unilateral del empleador y no puede aplicarse si no es más beneficioso al asalariado que las disposiciones de la convención colectiva.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Social), sentencia del 19-11-1997, *Capelle et Ruellan c. Société P et O Ferrymaster*, en *Droit Social*, Ed. Techniques et Economiques, París, n° 1, enero 1998, p. 89.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. CONTRATOS INTERNACIONALES. CONVENCION SOBRE LEY APLICABLE A LAS VENTAS DE CARÁCTER INTERNACIONAL DE OBJETOS MUEBLES CORPORALES DE 1955 (FRANCIA).

Viola el art. 3 de la Convención de La Haya del 15 de junio de 1955, sobre la ley aplicable a las ventas internacionales, la sentencia que declara prescripta, por aplicación del derecho alemán, la acción de nulidad por vicio del consentimiento de una venta concluida en Alemania entre dos alemanes, cuando resulta de sus enunciados que el vendedor tenía su residencia habitual en Francia.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Primera Civil), sentencia del 7-10-1997, *Hille c. Mollenhof*, en *Revue critique de droit international privé*, Dalloz, París, n° 1, enero-marzo 1998, p. 84, con nota de **P.L.**, pp. 84/86.

DERECHOS HUMANOS. INSTITUCIONES NACIONALES. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DESAPARICION FORZADA. MATRIMONIO. MUJERES. DERECHO A LA IGUALDAD. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 3, 6, 7, 16, 23 Y 26 (NACIONES UNIDAS-ARGELIA).

El Comité se complace del establecimiento del Organo Nacional de Vigilancia de Derechos Humanos y del Mediador de la República, con competencia para recibir denuncias de particulares por violaciones de los derechos humanos.

El Comité está preocupado por la escasa información que ha proporcionado el gobierno acerca de la organización de los "grupos de legítima defensa" y de su

reconocimiento oficial, competencia, supervisión y adiestramiento. Se plantean graves cuestiones acerca de la legitimidad de la transferencia de ese poder del Estado a grupos privados, especialmente en vista de las facultades que el Estado mismo les confiere y del peligro muy real para la vida y la seguridad humanas que se deriva del ejercicio de esas facultades, al que se unen los riesgos de abusos no sancionados.

El Comité recomienda al gobierno que adopte medidas urgentes para mantener en el ámbito de sus fuerzas de policía y de defensa la responsabilidad de preservar la ley y el orden y de proteger la vida y la seguridad de la población, y que, entre tanto, vele para que esos grupos de defensa sean objeto de un control estricto y eficaz por parte de los órganos estatales y sean llevados sin tardanza ante la justicia en caso de abuso.

Habida cuenta de las respuestas no satisfactorias de la delegación y del número de quejas presentadas por los familiares, el Comité está preocupado gravemente por las numerosas desapariciones y por la respuesta insuficiente o nula del Estado ante esas graves violaciones. Las desapariciones pueden vulnerar el derecho a la vida consagrado en el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto) y, en el caso de las personas desaparecidas que siguen con vida y en régimen de incomunicación, pueden violar el derecho garantizado en el art. 16 del Pacto, en virtud del cual todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. En tal situación esas personas están privadas asimismo, sin recurso alguno, de su capacidad de ejercer todos los demás derechos consagrados en el Pacto. Además, las desapariciones violan el art. 7 en lo que respecta a los familiares de los desaparecidos.

El Comité insta al Estado parte a que adopte medidas a fin de: a) establecer un registro central de todos los casos notificados de desapariciones y de las medidas adoptadas día a día para encontrar a los desaparecidos, y b) ayudar a las familias afectadas a encontrar a los desaparecidos.

En cuanto a la garantía de igualdad de trato para las mujeres, el Comité toma nota de que a tenor del Código de la Familia, el consentimiento de una mujer para su primer matrimonio está generalmente mediado por un tutor varón y que dicho tutor puede negar a la mujer la elección de su marido. Observa asimismo que dicho Código establece que el marido es el cabeza de familia y permite el matrimonio polígamo, y que prohíbe a la mujer casarse con un hombre no musulmán mientras que esa restricción no se aplica al hombre. El Comité recomienda, por lo tanto, que se modifique la legislación de modo que respete todos los derechos que se reconocen a la mujer en los arts. 3, 16, 23 y 26 del Pacto.

También preocupa al Comité que los jueces sólo pasen a ser vitalicios después de diez años de servicio.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), 29-7-1998, Observaciones finales

al segundo informe periódico de Argelia, CCPR/C/79/Add.95, del 18-8-1998.

DERECHOS HUMANOS. VIOLACIONES MASIVAS. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. ESTADOS DE EMERGENCIA (CARTA AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS).

1. Antecedentes del caso: la presente Comunicación a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se originó como consecuencia de la alegación de severas y masivas violaciones en Chad. El peticionante sostuvo que periodistas eran objeto de ataques, en forma directa e individual, que a menudo provenían de individuos no identificados, a los cuales se consideró agentes de los servicios de seguridad del Gobierno. El gobierno negó la responsabilidad de dichos actos. En la Comunicación también se señalaron arrestos arbitrarios sobre numerosas personas por parte de los servicios de seguridad, y que aquéllas no fueron llevadas a una Corte, a pesar de haber sido liberadas, así como diversos asesinatos, desapariciones y torturas, a causa de la guerra civil entre los servicios de seguridad y otros grupos. Por otro lado, se señaló el asesinato de B.M. y que, si bien el Ministro responsable había sido advertido del peligro que corría dicha persona, éste no le prestó protección, ni inició ninguna investigación con posterioridad a la muerte. Se agrega a ello el asesinato de J.B., vice-presidente de la Liga de Chad de Derechos Humanos.

2. Decisión:

2.1. El peticionante demanda que los agentes gubernamentales no sólo cometieron violaciones a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, sino que el Estado falló en proteger los derechos de la Carta de violaciones cometidos por otras partes.

El Gobierno reclama que sus agentes no cometieron violaciones, y que no tienen control sobre violaciones cometidas por otras partes.

La Carta especifica en el art. 1, que los Estados Parte no sólo deberán reconocer los derechos, deberes y libertades adoptados por la Carta, sino que también deberán obligarse a tomar medidas que les den efecto. En otros términos, si un Estado falla en asegurar los derechos de la Carta, ello puede constituir una violación, a pesar de que ni el Estado ni sus agentes sean los responsables inmediatos de la causa de la violación.

La Carta Africana, a diferencia de otros instrumentos de Derechos Humanos (la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no permite a los

Estados Parte derogar, en situaciones de emergencia, las obligaciones que ésta contiene. Por ello, la guerra civil en Chad no puede significar una justificación para que el Estado viole o permita violaciones de la Carta.

2.2. Chad falló en proveer seguridad y estabilidad en el país, permitiendo serias y masivas violaciones de derechos humanos. Las fuerzas armadas nacionales son partes de la guerra civil y ha habido diversos casos en los que el Gobierno falló en la prevención de asesinatos y muertes de determinadas personas. A pesar de que no haya sido probado que agentes gubernamentales cometieron violaciones, el Gobierno tenía la responsabilidad de proveer a la seguridad y la libertad de sus ciudadanos, y de conducir investigaciones sobre las muertes. Chad es, por lo tanto, responsable de las violaciones de la Carta.

El peticionante reclama que los eventos de Chad constituyen violación de los arts. 4 (derecho a la vida), 5 (prohibición de tortura y tratamientos inhumanos y degradantes), 6 (derecho a la vida y a la seguridad de las personas), 7 (derecho a un proceso justo) y 10 (derecho a la libertad de expresión).

En el presente caso, no ha habido respuesta, por parte del gobierno de Chad, en cuanto al fondo del asunto, pues aquél no ha hecho más que una negación en bloque de las acusaciones.

La Comisión, en varias decisiones previas, ha establecido el principio de que cuando las alegaciones de abusos de derechos humanos no son contestadas por parte del gobierno en cuestión, la Comisión debe decidir con base en los hechos provistos por el peticionante y tratar esos hechos como dados. Este principio concuerda con la práctica de otros órganos judiciales internacionales de derechos humanos y con la obligación de la Comisión de protegerlos. Desde que el Gobierno de Chad no desea participar en un diálogo, la Comisión debe, lamentablemente, continuar la consideración del caso sobre la base de los hechos y opiniones sugeridos sólo por los peticionantes.

Por estos motivos, la Comisión encuentra que ha habido serias y masivas violaciones de los derechos humanos en Chad, relativas a los arts. 4, 5, 6, 7 y 10 de la Carta.

COMISION AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, Comunicación n° 74/92, decimoctava sesión ordinaria, Cabo Verde, octubre 1995, *Comission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés c. Chad*, en *Review of the African Commission on Human and Peoples' Rights / Revue de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, Banjul, vol. 6, 1996/97, nros. 1 y 2, pp. 190/194 (versión en inglés; la versión en francés puede consultarse en pp. 152/155).

DERECHOS HUMANOS. VIOLACIONES MASIVAS. TESTIGOS DE JEHOVÁ. LIBERTAD DE CULTO. DERECHO A LA LIBERTAD. DETENCIONES ARBITRARIAS (CARTA AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS).

1. Antecedentes del caso: los peticionarios, miembros de la asociación religiosa Testigos de Jehová, presentaron una Comunicación ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, contra Zaire, en la que sostienen haber sido objeto de persecuciones, arrestos arbitrarios, apropiación de propiedad de la iglesia y exclusión al acceso a la educación.

2. Decisión:

2.1. Admisibilidad: el art. 56 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos requiere que el denunciante haya agotado los remedios locales antes de que la Comisión acepte un caso, a menos que, en la práctica, estos remedios no sean accesibles o se vean prolongados de una manera anormal. El requerimiento se basa en el principio de que un gobierno debe tener noticias de las violaciones de los derechos humanos para tener la oportunidad de remediar tales violaciones antes de ser llamado por un cuerpo internacional. En el presente caso, el gobierno ha tenido una amplia noticia de las violaciones.

La Comisión nunca consideró que el requisito de agotamiento de los recursos internos se aplicaba a la letra cuando no resulta práctico ni deseable que el requirente dé intervención a los tribunales nacionales de cada caso de violación. Esto ocurre en el presente caso dada la amplitud y diversidad de las violaciones.

2.2. Fondo del asunto: en el caso, no hubo respuesta sustancial de parte del Gobierno de Zaire, a pesar de las numerosas notificaciones enviadas por la Comisión. En reiteradas decisiones anteriores, la Comisión estableció el principio de que, cuando las alegaciones de abusos de derechos humanos no son contestadas por el Gobierno interesado, la Comisión debe decidir sobre la base de los hechos proporcionados por el requirente y considerar esos hechos tal como han sido presentados. Este principio es conforme a la práctica de otras organizaciones internacionales de derechos humanos y al deber de la Comisión de proteger los mencionados derechos. Como el Gobierno de Zaire rehusó participar en el diálogo, la Comisión se ve, desafortunadamente, obligada a continuar con el examen del caso, sobre la sola base de los hechos y opiniones expuestos por la parte peticionaria.

La persecución de los testigos de Jehová, en la forma descrita en la Comunicación, constituye una violación al art. 8 de la Carta, desde que el Gobierno no presentó evidencia alguna de que la práctica de la religión mencionada entrañe alguna amenaza al derecho o al orden (según dicha norma la libertad de conciencia, de

profesión y la libre práctica de la religión serán garantizados). Nadie podrá, sea por ley u orden, ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de estas libertades.

El arresto arbitrario de creyentes de esta religión constituye una contravención del art. 6 de la Carta (todo individuo debe tener derecho a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie puede ser privado de su libertad excepto por razones y condiciones previamente fijadas por ley. En particular, nadie puede ser arrestado o detenido arbitrariamente).

Nota de la Secretaría: en la presente Comunicación (56/91), resuelta junto con la 100/93, *Union Interfricaine des Droits de l'Homme c. Zaire*, entre otras, la Comisión consideró, antes de resolver los asuntos, que las comunicaciones, tomadas en su conjunto, evidenciaban que en Zaire existía una grave y masiva violación de derechos humanos, por lo que comunicó los hechos a la Asamblea de Jefes de Estado de la Organización de la Unidad Africana. Asimismo, solicitó que una Misión, conformada por dos miembros, fuese recibida en Zaire, con el objeto de esclarecer la extensión y causa de las violaciones y tratar de ayudar al gobierno a asegurar el completo respeto a la Carta. El gobierno de Zaire nunca respondió a esta solicitud.

COMISION AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, Comunicaciones Nos. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (acumuladas), decimactava sesión ordinaria, Cabo Verde, octubre 1995, *Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Les Temoins de Jehova, Union Interfricaine des Droits de l'Homme c. Zaire*, en *Review of the African Commission on Human and Peoples' Rights / Revue de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, Banjul, vol. 6, 1996/97, nros. 1 y 2, pp. 183/188 (versión en inglés; la versión en francés puede consultarse en pp. 146/151).

DESAPARICIÓN FORZADA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. MEDIDAS PROVISIONALES. OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE INVESTIGAR, PREVENIR Y SANCIONAR (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).

Al examinar los argumentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de Colombia, se apreciaba la buena fe del Estado para atender a las necesidades de los peticionarios en el cumplimiento de las medidas urgentes dictadas por el Presidente, lo cual esta Corte reconoce. No obstante lo anterior, aún se mantiene la situación de riesgo respecto de esas personas, hecho reconocido por el Estado durante la audiencia pública.

Esta Corte considera necesario que la situación que atraviesan los miembros de la

Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos de Colombia, justifica la adopción de medidas provisionales. En tal sentido, Colombia tiene la obligación de mantener las medidas ordenadas por el Presidente para garantizar la vida y la integridad personal de aquellas personas cuyos derechos pudieren estar amenazados; así como de investigar los hechos denunciados y, en su caso, sancionar a los responsables. Dicha obligación de investigar, como la de prevenir y sancionar, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico y no como una simple formalidad.

Nota de la Secretaría: durante 1997, la Corte también dictó medidas provisionales en los siguientes casos: *Caballero Delgado y Santana* (16 de abril, respecto de Colombia, en la que se revisó el levantamiento de medidas provisionales resuelto el 31 de enero), *Giraldo Cardona* (16 de abril, respecto de Colombia), *Blake* (18 de abril, respecto de Guatemala), *Cesti Hurtado* (11 de septiembre, respecto del Perú), *Colotenango* (16 de abril y 19 de septiembre, respecto de Guatemala).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, resolución del 11-11-1997, caso *Alvarez y otros (Medidas provisionales)*, en Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997, Secretaría General, OEA, Washington, 1998, p. 299.

DESEMPLEO. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. LIMITACIÓN TEMPORAL. ESTADO SOCIAL. SEGURIDAD SOCIAL (RUSIA).

1. Antecedentes del caso: el peticionante impugnó la constitucionalidad de la disposición de la ley "Sobre el empleo de la población en la Federación Rusa", en su versión del 20-4-1996, que limita el pago de la prestación a los desempleados a no más de treinta días laborables de incapacidad laboral provisoria, en el curso de un período de doce meses de desempleo o de todo el período de formación organizado por los órganos del servicio de empleo. Según el requirente, esta disposición contradice el art. 39 de la Constitución, que garantiza a cada persona la protección social ante la vejez, la enfermedad, la invalidez, la supervivencia, la educación de los hijos y en otros casos establecidos por la ley.

2. Sentencia:

El pago a los desocupados de la prestación por incapacidad de trabajo provisoria solamente por un período determinado, deja prácticamente a los parados sin una

asistencia material de parte del Estado si la incapacidad de trabajo provisoria dura más que el período fijado. Ello es contrario a las garantías constitucionales de la seguridad social.

Los objetivos políticos de la Federación Rusa en tanto que Estado social, proclamados en la Constitución, determinan la obligación del Estado de cuidar por el bienestar de sus ciudadanos, de su protección social, y si a causa de la edad, del estado de salud, o por otros motivos que no dependan de la persona, ésta no puede trabajar y carece de ingresos para asegurar una existencia mínima para él y para su familia, dicha persona tiene derecho a esperar una asistencia, un sostenimiento material del Estado y de la sociedad. La Constitución consagra el derecho de cada uno a la protección contra el desempleo, lo que está asegurado, además de por otros medios, por el sostenimiento material de los ciudadanos que no tienen trabajo ni salario y que son oficialmente reconocidos como desocupados. La prestación prevista por la norma impugnada representa una prestación por incapacidad de trabajo provisoria condicionada por la existencia en el desocupado del derecho a la prestación de desempleo de la cual deriva, y tiene por objeto compensar al desocupado una pérdida provisoria, a causa de la incapacidad laboral, de la prestación de desocupado garantizada por la ley. El no pago de la prestación de desempleo con motivo de la incapacidad laboral del desempleado, si éste tiene derecho a dicha prestación, debe ser compensado por otra prestación del sistema de seguridad social, que lo proveerá de medios de existencia para dicho período.

Sin embargo, al fijar el pago a los desempleados de la prestación por el período de su incapacidad laboral provisoria por no más de treinta días laborales, la ley impugnada no prevé medidas de asistencia material a las mencionadas personas en caso de prolongación del período de incapacidad laboral mas allá de ese plazo, lo que le permitiría compensar en una cierta medida la pérdida de sus ingresos bajo la forma de prestación de desempleo. En el caso, el pago de la prestación está prácticamente suspendido y se renovará después de la finalización del período de incapacidad provisoria. La prolongación de la duración total del pago de la prestación de desempleo después de la curación no es, tampoco, un sustituto equivalente a la asistencia material durante el período de incapacidad laboral provisoria posterior a los 30 días.

Luego, cuando la incapacidad laboral provisoria dura más de 30 días, el incapacitado queda prácticamente sin asistencia material por parte del Estado. La falta de medios de existencia del desempleado durante ese período puede poner en peligro su vida y su salud, y llevar a una pérdida persistente de la capacidad de trabajo (invalidez).

Por ende, la norma atacada no es conforme con la Constitución.

CORTE CONSTITUCIONAL DE RUSIA, sentencia del 16-12-1997, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 457.

DESPIDO. LIBERTAD DEL EMPLEADO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (FRANCIA).

No confiere una base legal a su decisión, la Corte de Apelación que considera fundado en una causa real y sería el despido de un asalariado que se resistió a vestir una blusa blanca durante el trabajo, no obstante ser una consigna general, si dicho tribunal no ha investigado si la mencionada restricción impuesta por el empleador a la libertad individual del empleado era legítima, toda vez que el rechazo no podía ser constitutivo de una falta salvo que la obligación de vestir dicha indumentaria estuviera justificada por la naturaleza del trabajo a cumplir y fuera proporcionada al fin buscado.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Social), sentencia del 18-2-1998, *M. Bouéry c. Sté Sleeper international*, en *Droit Social*, Ed. Techniques et Economiques, París, n° 5, mayo 1998, p. 506, con nota de JEAMMAUD, Antoine, p. 507.

ERROR DEL ORGANO JUDICIAL (ESPAÑA).

Los errores de los órganos judiciales no pueden producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano (sentencias 43/1983, 172/1985, 107/1987, 130/1987, 190/1990, 101/1992 y 22/1993).

Es irrelevante a cuál de los dos órganos judiciales intervinientes correspondía efectuar el nombramiento de los profesionales, porque es la omisión judicial en el nombramiento lo que determina la queja en amparo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Primera), sentencia del 14-1-1997, n° 9/1997, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 47, enero-abril 1997, p. 86.

ESCLAVITUD. PROSTITUCION. PRINCIPIO DE LEGALIDAD (ITALIA).

La condición análoga a la esclavitud no se identifica necesariamente con una situación de derecho, esto es, normativamente prevista, sino con una de hecho en la cual

la conducta del agente tiene por objeto la reducción de la persona ofendida a la condición material del esclavo, esto es, en su sujeción exclusiva a otro poder de disposición, análogo al que ha sido reconocido al patrón sobre el esclavo en los ordenamientos en los que la esclavitud es admitida.

Es manifiestamente infundada, en relación con el art. 25.2 de la Constitución que establece el principio de taxatividad en materia penal, la cuestión de legitimidad constitucional de los arts. 600 y 602 del Código Penal, en la parte en que se refieren a las "condiciones análogas a la esclavitud", pues es compatible con el principio conforme al cual es suficiente que la norma describa el hecho punible valiéndose de una indicación extensiva (en el caso se trató de la venta en Italia de una joven de quince años, seguida de su secuestro hacia el extranjero, su posterior introducción clandestina en dicho país y, en fin, a su plena explotación).

CORTE SUPREMA DE ITALIA (Sala Plenaria), sentencia del 20-11-1996, en *Cassazione Penale*, Ed. A. Giuffrè, Milán, enero 1998, vol. 38, n° 1, p. 36, con comentario de **AMATI, Enrico**, pp. 36/44.

EXTRADICION. COMPETENCIA. CONDENA *IN ABSENTIA* (BRASIL).

1. En el sistema de extradición adoptado por el ordenamiento jurídico brasileiro, el Supremo Tribunal Federal no posee competencia para proceder, en el proceso de extradición pasiva, a cualquier tipo de indagación probatoria destinada a demostrar la improcedencia de la acusación penal o constatar la eventual injusticia de una condena criminal emanada de autoridad competente del Estado extranjero, como tampoco para examinar posibles defectos de orden formal que pudieran viciar de nulidad el proceso penal condenatorio seguido en el Estado requirente contra el extraditando.

2. Por expresa previsión del art. 5 del Tratado de Extradición entre Brasil e Italia, la circunstancia de que el extraditando haya sido juzgado en rebeldía en el país requirente no obsta, por sí sola, a la concesión de la extradición solicitada.

Sin perjuicio de que en el caso en estudio el tema fue objeto de explícita previsión convencional (art. 5 cit.), importa destacar que en reiteradas oportunidades el Supremo Tribunal Federal se ha pronunciado respecto a la cuestión concerniente a la declaración de rebeldía del acusado por la Justicia del Estado requirente, afirmando que tal circunstancia no constituye obstáculo para la concesión del pedido de extradición.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (Pleno), sentencia del 12-6-1996, extradición n° 678, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, Brasília, vol. 163, n° 3, marzo de 1998, p. 857.

EXTRADICION. COMPETENCIA. CONDENA *IN ABSENTIA*. TRATADO DE AMISTAD Y EXTRADICIÓN ENTRE BOLIVIA E ITALIA DE 1890. TRATADO DE MONTEVIDEO SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL DE 1889. CONVENCION DE VIENA SOBRE TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS DE 1988 (BOLIVIA).

1. Antecedentes del caso: la República de Italia solicitó a la de Bolivia la extradición de un ciudadano italiano procesado en rebeldía y contumacia, y condenado, mediante sentencia ejecutoria -consiguientemente no revocable- a las penas de 8 años de prisión y multa, por el delito de importación ilícita de cocaína mediante correspondencia epistolar entre La Paz y diferentes ciudades romanas.

2. Sentencia:

Según los códigos Penal y Procesal Penal "ninguna persona sometida a la jurisdicción de las leyes bolivianas podrá ser entregada por extradición a otro Estado, salvo que un tratado internacional o convenio de reciprocidad disponga lo contrario". Así como el Ejecutivo puede entregar a los gobiernos de países extranjeros que lo solicitaren, bajo protesta de reciprocidad, "a todo individuo acusado o condenado por los juzgados o tribunales del país requirente, siempre que se trate de un delito cometido en su territorio y que permita la extradición conforme a los tratados internacionales", corresponde en cualquiera de los casos previstos emitir pronunciamiento a la Corte Suprema declarando la procedencia o improcedencia de la extradición. Este sistema jurídico interno se halla integrado a las reglas de Derecho Internacional Privado y, en el caso, a las normas del vigente "Código Bustamante", por cuyo mandato son competentes los jueces y tribunales del Estado donde se hubiese cometido el delito, siendo por tal antecedente de rigor la obligación de entregar al sujeto requerido, a menos que se hubiese estipulado lo contrario, es decir, no entregar.

El Tratado de Amistad y Extradición entre Bolivia e Italia (de 1890), prescribe que el Estado que reclama al delincuente debe tener jurisdicción para conocer y fallar en el juicio.

En el caso, no sólo se ha acreditado que el sujeto procesal incurrió en el delito arriba mencionado en el país requirente -delito sancionado por la ley italiana-, sino que también fue procesado y condenado por dicho país, con la circunstancia de que el delito

en cuestión está también sancionado en Bolivia.

Luego, corresponde declarar procedente la extradición.

Nota de la Secretaría: en otros pronunciamientos sobre extradición, la Corte Suprema sostuvo que: **1.** a) la Convención de Viena sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (aprobada por Bolivia), establece que la extradición se aplicará a los delitos tipificados por las Partes de conformidad con el art. 3.1.; b) dicha Convención tipifica como delitos a los hechos por los que fue condenada la persona solicitada en el país requirente (organización de tráfico de estupefacientes, agravado por la intervención organizada de tres o más personas); c) el Estado requirente cumplió con lo exigido por el Tratado de Montevideo sobre Derecho Penal Internacional de 1889, goza del pleno derecho y jurisdicción para demandar la extradición y, además, la condena de ocho años de prisión autoriza la entrega, el término para interponer la acción legal no ha prescrito y no existen antecedentes que demuestren que el procesado haya sido juzgado y condenado por el mismo delito (caso en que la República Argentina solicitó la extradición de un ciudadano argentino, condenado por sentencia ejecutoria - *op. y loc. cit.* *infra*, p. 21-). **2.** a) la solicitud de extradición se apoya en el Tratado de Montevideo de 1890 ratificado por Argentina y Bolivia, y demuestra que el país requirente tiene jurisdicción para conocer y fallar en el juicio contra el requerido; b) los delitos no están prescritos y se encuentran previstos, tanto en Bolivia como en Argentina, como delitos comunes y de lesa humanidad (caso en el que la Argentina solicitó la extradición de un ciudadano boliviano, que estaba sometido a proceso por el delito de contrabando de importación de estupefacientes, agravado en concurso ideal con transporte de estupefacientes, contra el que había sido decretado auto de prisión preventiva en ausencia del encausado -*ídem*, p. 24-). En un caso análogo, la Corte Suprema agregó: en cuanto al régimen internacional de los delitos de narcotráfico, la extradición se regula de conformidad a lo previsto en el art. 3 del Código Penal, que autoriza la extradición cuando un tratado internacional o convenio de reciprocidad lo permite y los delitos están tipificados en los países requirente y requerido (*ídem*, p. 29). El "Código Bustamante" emergente de la Convención de Derecho Internacional Privado también fue aplicado en el caso n° 50 (*ídem*, p. 40).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA (Pleno), sentencia del 1-9-1995, n° 34, en *Gaceta Judicial de Bolivia*, Edición 1995, Sucre, n° 1808, septiembre, p. 19.

EXTRADICION. CONDENA *IN ABSENTIA*. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ART. 14.3.D. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ART.

8.1. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: la República de Italia solicitó la extradición de una persona condenada *in absentia*.

2. Sentencia:

El orden público internacional argentino, enriquecido a la luz de los principios contenidos en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, reacciona frente a los pedidos de extradición fundados en una condena criminal extranjera impuesta en un proceso *in absentia* cuando: a) la persona requerida no fue notificada de los cargos en su contra ni tuvo la posibilidad efectiva de estar presente y ser oída, y b) la posibilidad de revisión de la condena con sentencia definitiva dictada en rebeldía, en el país requirente, por sus limitaciones y carácter excepcional, no satisface la exigencia de un nuevo juzgamiento con presencia del procesado y debida protección de sus derechos.

En tal sentido, el requerido abandonó Italia con anterioridad a la notificación de las acusaciones, y no existe ninguna prueba de la que pueda inferirse que se le habían comunicado los procesos vinculados con la extradición.

Por otro lado, era práctica bilateral aceptada por Italia y la Argentina, que el alcance del tratado de extradición que las unió desde fines del siglo pasado excluía el caso de condenados en contumacia y, no obstante ello, el nuevo tratado que las vincula no contiene una norma en contrario a dicha práctica.

Nota de la Secretaría: a) la Corte remitió al precedente N.1.XXXI. *Nardelli, Pietro Antonio s/ extradición*, del 5-11-1996, en el que citó los arts. 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Colozza v. Italia*, del 12-2-1985, sobre el art. 6 de la CEDH, y el Informe 2/92, caso 10.289, del 4-2-1992, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tanto el Pacto como la Convención citados ocupan el mismo rango jerárquico que la Constitución (art. 75, inc. 22); b) cinco jueces formaron la mayoría -uno de los cuales dictó un voto concurrente-; tres jueces votaron en disidencia con base en que, según la prueba producida, el requerido fue el artífice de su propia incomparecencia y rebeldía; y un juez, si bien compartió el criterio de la mayoría, consideró que debía concederse a Italia un plazo para que acompañe toda la documentación que ajuste el pedido de extradición a la exigencia de un nuevo juzgamiento con presencia del procesado y debida protección de sus derechos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 13-8-1998,

GENOCIDIO. CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD. VIOLACIÓN. CONVENCIONES DE GINEBRA DE 1949, ART. 3 COMÚN. PROTOCOLO II. CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO (CORTE INTERNACIONAL CRIMINAL DE RUANDA).

1. Antecedentes del caso: Jean-Paul Akayesu fue burgomaestre de la comuna de Taba, en Ruanda, hasta que en junio de 1994 huyó del país.

En 1995, fue arrestado en Zambia y, un año más tarde, un juez de ese país recibió la acusación formulada en su contra, que contiene trece imputaciones de genocidio, crímenes contra la humanidad y violaciones al art. 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 y a su II Protocolo Adicional de 1977. Este juez también ordenó su arresto, y prisión preventiva. Akayesu fue trasladado, entonces, a Arusha, donde quedó detenido a disposición de la Corte Internacional Criminal de Ruanda.

Akayesu se declaró "no culpable" de cada una de las imputaciones. El juicio sobre los méritos de la causa comenzó en enero de 1997 y, en junio, la Sala autorizó al fiscal a modificar la acusación, para agregar tres nuevas imputaciones relativas a las alegaciones de violación y de violencia sexual que habían hecho los testigos. Akayesu también se declaró "no culpable" de estas acusaciones de violación, de la comisión de otros actos inhumanos que constituyen crímenes contra la humanidad y de otros atropellos a la dignidad personal, violatorios del art. 3 de las Convenciones de Ginebra y de su II Protocolo Adicional.

En su defensa, Akayesu alegó que no cometió, no ordenó que se cometieran, ni en ningún modo ayudó o facilitó los actos de los que se lo acusaba. Sin embargo, admitió que, en 1994, en la comuna de Taba se cometieron masacres, principalmente dirigidas a los Tutsi, que él no tuvo posibilidad de impedir -porque el balance de fuerzas de la comuna favorecía a los Interahamwe- y que fue tan acosado por éstos que tuvo que huir temporariamente de Taba; que, cuando las masacres se extendieron, se le quitó todo poder y, en consecuencia, no pudo detener los homicidios; que no podía exigírsele que fuera un héroe, perdiendo la vida en un intento inútil de impedir la comisión de estos delitos; afirmó también, en lo relativo a los actos de violencia sexual y violación, no haber tenido noticias de éstos y no creer que se hubiesen cometido.

2. Sentencia:

2.1. Contexto histórico

Destacamos muy particularmente el conflicto militar y político que, a partir de

1990, existió entre las Fuerzas Armadas de Ruanda (FAR) y el Frente Patriótico de Ruanda (FPR) y su facción armada, que condujo a la firma de los Acuerdos de Paz de Arusha y al despliegue de las fuerzas para el mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.

2.2. Definiciones de los delitos

Analizamos las definiciones propuestas por el fiscal considerando, a esos efectos, cuál es la ley aplicable a cada uno de los crímenes sometidos a su consideración.

2.2.1. Genocidio

La definición del art. 2 de nuestro Estatuto fue reproducida exactamente de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio, ratificada por Ruanda en 1975. Por lo tanto, en 1994, cuando se realizaron los actos alegados en la acusación, este delito ya estaba tipificado en dicho país.

Contrariamente a la creencia popular, el crimen de genocidio no requiere la exterminación actual de un grupo en su totalidad, sino que queda configurado cuando cualquiera de los actos mencionados en el art. 2 del Estatuto se comete con la intención específica de destruir, "en su totalidad o en parte", un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Se caracteriza por su dolo específico: la intención especial de "destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal".

Para que cualquiera de los actos imputados en términos del art. 2(2) del Estatuto sea un elemento constitutivo del genocidio, debe haberse cometido contra una o varias personas, en razón de su calidad de miembro de un determinado grupo nacional, étnico, racial o religioso, perseguido como tal; por ende, la víctima del crimen de genocidio es el grupo mismo y no sólo el individuo.

En lo relativo al dolo específico del autor, consideramos que, siendo la intención un factor mental de difícil o imposible evaluación, en ausencia de una confesión, puede inferirse de ciertas presunciones fácticas. La intención genocida inherente en un determinado acto imputado puede deducirse de la comisión de otros actos culpables sistemáticamente dirigidos contra el mismo grupo, hayan sido cometidos por el mismo autor o por terceros. También otros factores nos permiten hacer esta determinación, tales como el grado de atrocidades cometidas, su carácter generalizado en una región o país, y el enfoque deliberado y sistemático en los miembros de un grupo determinado mientras se excluye a miembros de otros grupos.

2.2.1.1. Complicidad en el genocidio

Este delito consiste en ayudar, instigar o provocar a sabiendas, a una persona o personas, a cometer genocidio, conociendo que esta persona o personas están cometiendo genocidio, aun cuando el propio acusado carezca de la intención específica de destruir en todo o en parte al grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

2.2.1.2. Instigación directa y pública al genocidio

Definimos este delito fundamentalmente con base en el art. 91 del Código Penal de Ruanda, según el cual queda configurado por la acción de provocar directamente a otra persona a cometer genocidio, sea a través de palabras, gritos o amenazas pronunciadas en lugares o reuniones públicas, o a través de la venta o difusión, oferta de venta o exhibición de material escrito o impreso en lugares o reuniones públicas, o a través de la exhibición pública de carteles o posters, o por cualquier otro medio de comunicación audiovisual. El elemento moral de este delito reside en la intención de alentar o provocar directamente a otro a cometer genocidio. Presupone el deseo de crear, con sus acciones, en la persona o personas a las que se las dirige, el estado mental apropiado para la comisión de un crimen. En otras palabras, la persona que incita a cometer genocidio debe tener la intención específica del genocidio, esto es, la de destruir en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. La incitación es una ofensa formal que se configura cuando se realiza la incitación directa y pública, tenga o no éxito.

2.2.2. Crímenes contra la humanidad

A efectos de determinar la ley aplicable a este delito, recordamos la jurisprudencia del área, a partir de la sentencia dictada por los tribunales de Nuremberg y Tokio hasta los casos más recientes, incluyendo los casos *Touvier* y *Papon* en Francia, y el juicio a Eichman en Israel. Evaluaremos la imputación de crímenes contra la humanidad de acuerdo a lo dispuesto por el art. 3 del Estatuto, que requiere que el acto sea parte de un ataque amplio y sistemático contra una población civil por motivos discriminatorios.

2.2.3. Violación

Según el art. 4 del Estatuto, este Tribunal puede procesar a las personas que cometen o que ordenan la comisión de serias violaciones al art. 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la Protección de las Víctimas de Guerra, y de su II Protocolo Adicional del 8 de junio de 1977. El mencionado art. 3 también brinda un umbral mínimo de protección humanitaria a todas las personas afectadas por un conflicto que no es internacional, protección que fue ulteriormente desarrollada e intensificada en el II Protocolo Adicional de 1977.

Revisamos en forma separada las condiciones de aplicabilidad del art. 3 común a las Convenciones de Ginebra y a su II Protocolo Adicional. Analizamos, entonces, el conflicto que existió en Ruanda en 1994 a la luz de estas condiciones y juzgamos que los dos instrumentos legales son aplicables a este caso. Por otra parte, declaramos que todas las normas del art. 4 de nuestro Estatuto integran el derecho internacional consuetudinario cuya violación puede, en principio, dar lugar a la responsabilidad penal

de los civiles, y que el acusado pertenece a la categoría de personas que pueden responder por serias violaciones al derecho humanitario internacional, particularmente por violaciones serias al ya mencionado art. 3 común.

Opinamos también que la violación es una forma de agresión cuyos elementos centrales no pueden extraerse de una descripción mecánica de los objetos y partes corporales, y la definimos como la invasión física de naturaleza sexual, cometida a una persona en circunstancias coercitivas. La violencia sexual, incluso la violación, no está circunscripta a la invasión física del cuerpo humano y puede abarcar actos que no incluyan la penetración o siquiera el contacto físico. En este contexto, las circunstancias coercitivas no tienen que ser demostradas mediante una prueba de fuerza física ya que las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de coacción que generan miedo o desesperación, pueden constituir coerción.

2.3. Responsabilidad criminal individual

A efectos de establecer la responsabilidad criminal individual del acusado por los tres crímenes que constituyen nuestra *ratione materiae*, analizamos el art. 6(1) del Estatuto, que enuncia los principios básicos de la responsabilidad criminal internacional, que probablemente son comunes a la mayor parte de las jurisdicciones criminales nacionales. En cambio, el art. 6(3) contiene una excepción a esos principios, que deriva de la ley militar y particularmente del principio de la responsabilidad de un comandante por los actos de sus subordinados o "responsabilidad de comando". Esta excepción no requiere que el superior, para resultar criminalmente responsable, haya tenido conocimiento del acto, sino que basta con que haya tenido motivo para saber que sus subordinados estaban a punto de cometer el acto en cuestión, o lo habían cometido, y no haya tomado las medidas necesarias o razonables para impedir su comisión o para castigar a sus autores.

2.4. Concurso de delitos

Juzgamos que, en relación a los crímenes sometidos a nuestra jurisdicción, debemos adherirnos al concepto de concurso de delitos (*cumulative charges*) que permite imponer varias condenas por el mismo acto. En consecuencia, un mismo acto puede constituir tanto genocidio como crimen contra la humanidad.

2.5. Aplicación de estos principios a las circunstancias del caso

2.5.1. Genocidio

Si bien se desconoce con exactitud el número de víctimas, no puede razonablemente refutarse que en 1994 se cometió una gran cantidad de homicidios en todo el territorio de Ruanda, cuyas víctimas eran principalmente Tutsi. Con base en las

declaraciones prestadas por los testigos y prueba documental aportada, consideramos satisfecho el primer presupuesto del genocidio, a saber, el haber asesinado y causado graves lesiones corporales a los miembros de un grupo.

La segunda exigencia es que esos homicidios y graves lesiones corporales se cometan con la intención de destruir, en todo o en parte, a un determinado grupo perseguido como tal. Con base en la prueba producida ante este Tribunal, resulta claro que las masacres ocurridas en Ruanda en 1994 tuvieron un objetivo específico, la exterminación de los Tutsi, que fueron tomados como blanco específicamente en razón de su origen Tutsi y no porque fueran combatientes del RFP. En cualquier caso, los niños y mujeres embarazadas Tutsi naturalmente no se encontraban entre los combatientes.

Concluimos que, durante el conflicto entre la RAF y el RPF, en 1994 se cometió genocidio en Ruanda contra los Tutsi como grupo. La ejecución de este genocidio fue probablemente facilitada por el conflicto, en el sentido de que éste sirvió como pretexto para la propaganda que incitaba al genocidio de los Tutsi, asimilando a los combatientes de la RPF con los civiles Tutsi de acuerdo a la tesis, ampliamente difundida, de que todo Tutsi era cómplice de los primeros. Sin embargo, la circunstancia de que el genocidio ocurriera durante este conflicto no puede, obviamente, servir como circunstancia atenuante.

Declaramos también que el genocidio parece haber estado meticulosamente organizado no sólo por miembros de la RAF sino también por las fuerzas políticas que patrocinaban el "poder Hutu"; que fue cometido tanto por las fuerzas armadas como por los ciudadanos ordinarios; y, por encima de todo, que la mayoría de las víctimas Tutsi eran no-combatientes, entre las cuales se encontraban miles de mujeres y niños.

La circunstancia de que el genocidio realmente se haya cometido en Ruanda en 1994, y más particularmente en Taba, no puede influir en nuestras conclusiones, en las que sólo debemos determinar la responsabilidad criminal individual de Jean-Paul Akayesu, por los crímenes que se le imputan -entre los que se encuentra el genocidio- cuya prueba está a cargo del fiscal, teniendo presente que el acusado se presume inocente.

En relación a los actos de violación y violencia sexual, declaramos que constituyen genocidio porque fueron cometidos con la intención específica de destruir, en todo o en parte, a un grupo determinado, perseguido como tal. A la luz de toda la prueba producida, juzgamos que estos actos se cometieron exclusiva y sistemáticamente contra mujeres Tutsi a las cuales el programa de propaganda establecido para movilizar a los Hutu contra los Tutsi presentó como objetos sexuales. El propio Akayesu dijo a los Interahamwe que estaban cometiendo violaciones: "no vuelvan a preguntar qué sabor tienen las mujeres Tutsi". Muchas de ellas fueron sometidas a las peores humillaciones públicas, mutiladas y violadas en diversas oportunidades, muchas veces en público, en

los inmuebles del edificio comunal o en otros lugares públicos, y frecuentemente por más de un agresor. Estas violaciones entrañaron la destrucción física y psicológica de las mujeres Tutsi, de sus familias y de sus comunidades. La violencia sexual formó parte de este proceso de destrucción, específicamente dirigido a las mujeres Tutsi y destinado a su destrucción y a la del grupo Tutsi en su totalidad.

Sobre la base de los importantes testimonios que se nos presentaron, encontramos que en la mayor parte de los casos, las violaciones a las mujeres Tutsi que se cometieron en Taba estuvieron acompañadas de la intención de matarlas. Asimismo, resulta claro que tanto los actos de violación o violencia sexual, como otros actos de serio daño corporal o mental cometidos contra dichas mujeres, reflejaron la determinación de hacerlas sufrir y de mutilarlas antes de matarlas, teniendo la intención de destruir al grupo Tutsi mientras les producían agudos sufrimientos a sus miembros durante el proceso.

2.5.2. Complicidad en el genocidio

Consideramos que la complicidad es un delito distinto del genocidio, y que una persona no puede ser el autor principal y el cómplice de un mismo hecho delictivo, vale decir, son delitos mutuamente excluyentes por definición, por lo que el acusado, obviamente, no puede ser declarado culpable de ambos crímenes por el mismo acto.

2.5.3. Crímenes contra la humanidad

Los actos de Akayesu fueron parte de un ataque amplio y sistemático contra una población civil por motivos discriminatorios. En consecuencia, lo declaramos culpable de este delito.

2.6. Conclusión

Encontramos que el acusado es culpable de genocidio, de instigación directa y pública al genocidio y de crímenes contra la humanidad (exterminación, homicidio, tortura, violación y otros actos inhumanos).

No lo declaramos, en cambio, responsable, de los delitos de complicidad en el genocidio y de violaciones al art. 3 común a las Convenciones de Ginebra (homicidio y tratamientos crueles) y al art. 4(2)(e) del II Protocolo Adicional (violaciones a la dignidad personal, y en particular, violación, tratamiento degradante y humillante y abuso deshonesto). En relación a estos delitos, juzgamos que se ha demostrado, más allá de una duda razonable, que en la época en que se cometieron los actos descritos en la Acusación, en Ruanda había un conflicto entre el Gobierno y el RFT, que no era de carácter internacional y que por lo tanto no cae dentro del alcance del art. 3 común y del II Protocolo Adicional; que el fiscal no ha logrado demostrar más allá de una duda razonable que Akayesu fuera miembro de las fuerzas armadas y que tuviera la obligación, en su calidad de funcionario o agente público investido de poder público o de

representante *de facto* del Gobierno, de respaldar y llevar adelante la guerra.

Notas de la Secretaría:

a) el 2 de octubre de 1998, el Tribunal dictó la siguiente sentencia contra Akayesu: cadena perpetua por el crimen de genocidio, cadena perpetua por crímenes contra la humanidad (exterminación), cadena perpetua por el crimen de instigación directa y pública al genocidio, 15 años de prisión por crímenes contra la humanidad (homicidio -punto 5 de la acusación-), 15 años de prisión por crímenes contra la humanidad (homicidio -punto 7 de la acusación-), 15 años de prisión por crímenes contra la humanidad (homicidio -punto 9 de la acusación-), 10 años de prisión por crímenes contra la humanidad (tortura), 15 años de prisión por crímenes contra la humanidad (violación), 10 años de prisión por crímenes contra la humanidad (otros actos inhumanos). Decidió, asimismo, que estas sentencias se tienen que cumplir en forma simultánea y, por lo tanto, ordenó que Akayesu cumpla una única condena a cadena perpetua.

b) v., sobre el tema: **ROBERGE, Marie-Claude**, "Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 144, noviembre-diciembre de 1997, p. 695; **HARHOFF, Frederik**, "Tribunal para Ruanda: algunos aspectos jurídicos", ídem, p. 711; **APTEL, Cécile**, "El Tribunal Penal Internacional para Ruanda", ídem, p. 721; **ERASMUS, Gerhard** y **FOURIE, Nadine**, "El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: ¿Se han examinado todas las cuestiones? ¿Puede compararse con la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica?", ídem, p. 751; **DUBOIS, Oliver**, "Las jurisdicciones penales nacionales de Ruanda y el Tribunal Internacional", ídem, p. 763; **SUANGA, Lyal S.**, "The first indictments of the International Criminal Tribunal for Rwanda", en *Human Rights Law Journal*, vol. 18, n° 9-12, 31 de diciembre de 1997, p. 329; "Statute of the International Tribunal for Rwanda", "Rules of Procedure and Evidence", "Code of Professional Conduct for Defence Counsel", "Directive on the Assignment of Defence Counsel", "Directive from the ICTR Registry on Court Management", en *Press and Public Affairs Unit International Criminal Tribunal for Rwanda, Arusha*.

TRIBUNAL CRIMINAL INTERNACIONAL DE RUANDA, sentencia del 2-9-1998, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, difundida por el Tribunal a través del Internet.

IMPUESTOS. DERECHOS. CONTRIBUCIONES. MONTO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. EQUIDAD. SERVICIOS PUBLICOS. INTERÉS GENERAL (MÉXICO).

No obstante que la legislación fiscal federal vigente en la actualidad define a los

derechos por servicios como la contribuciones establecidas en la ley por los servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público -modificando lo consignado en el Código Fiscal de la Federación del 30 de diciembre de 1966, cuyo art. 3 los definía como "las contraprestaciones establecidas por el poder público, conforme a la ley, en pago de un servicio", lo que implicó la supresión del vocablo "contraprestación"- debe concluirse que subsiste la correlación entre el costo del servicio público prestado y el monto de la cuota, ya que entre ellos continúa existiendo una íntima relación, al grado que resultan interdependientes, pues dicha contribución encuentra su hecho generador en la prestación del servicio. Por lo anterior, siendo tales características las que distinguen a este tributo de las demás contribuciones, para que cumpla con los principios de equidad y proporcionalidad que establece la fracción IV del art. 31 constitucional, debe existir un razonable equilibrio entre la cuota y la prestación del servicio, debiendo otorgarse el mismo trato fiscal a los que reciben igual servicio. Ello lleva a reiterar, en lo esencial, los criterios que este Alto Tribunal ya había establecido conforme a la legislación fiscal anterior, en el sentido de que el establecimiento de normas que determinen el monto del tributo atendiendo al capital del contribuyente o a cualquier otro elemento que refleje su capacidad contributiva, puede ser correcto tratándose de impuestos, pero no de derechos, respecto de los cuales debe tenerse en cuenta ordinariamente el costo que para el Estado tenga la ejecución del servicio; y que la correspondencia entre ambos términos no debe entenderse como en derecho privado, de manera que el precio corresponda exactamente al valor del servicio prestado, pues los servicios públicos se organizan en función del interés general y sólo secundariamente en el de los particulares.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE MEXICO (Pleno), P./J. 3/98 del 13-1-1998, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Epoca, Tomo VII, enero 1998, p. 54.

IMPUESTOS. DERECHOS. CONTRIBUCIONES. MONTO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. EQUIDAD. SERVICIOS PUBLICOS. INTERÉS GENERAL (MÉXICO).

Las garantías de proporcionalidad y equidad de las cargas tributarias establecidas en el art. 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que el legislador trata de satisfacer en materia de derechos a través de una cuota o tarifa aplicable a una base, cuyos parámetros contienen elementos que reflejan la capacidad contributiva del gobernado, se traduce en un sistema que únicamente es aplicable a los impuestos, pero que en manera alguna puede invocarse o aplicarse cuando se trate de la

constitucionalidad de derechos por servicios, cuya naturaleza es distinta de la de los impuestos y, por tanto, reclama un concepto adecuado de esa proporcionalidad y equidad. De acuerdo con la doctrina jurídico-fiscal y la legislación tributaria, por derechos han de entenderse: "las contraprestaciones que se paguen a la hacienda pública del Estado, como precio de servicios de carácter administrativo prestados por los poderes del mismo y sus dependencias a personas determinadas que los soliciten", de tal manera que para la determinación de las cuotas correspondientes por concepto de derechos ha de tenerse en cuenta el costo que para el Estado tenga la ejecución del servicio y que las cuotas de referencia sean fijas e iguales para todos los que reciban servicios análogos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE MEXICO (Pleno), P./J. 2/98 del 13-1-1998, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Época, Tomo VII, enero 1998, p. 41

INDIGENAS. DERECHOS SOBRE SU TERRITORIO. FUNDAMENTO. ALCANCES. Oponibilidad. Extinción (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: dos jefes autóctonos hereditarios reivindicaron, tanto individualmente como a nombre de sus "casas", diversas partes de un vasto territorio en la Colombia Británica canadiense. En primera instancia, invocaron la propiedad y la utilización históricas de uno o de numerosos territorios, así como su tradición oral y sus ceremonias tradicionales. El juez de primera instancia no aceptó esta última prueba y rechazó las reivindicaciones por las que se solicitaba la propiedad del territorio, la competencia sobre éste y los derechos ancestrales a su respecto. Sin embargo, dictó una sentencia declaratoria en la que reconoció a los actores el derecho de ocupar toda tierra no ocupada o vacante, bajo reserva del respeto a las leyes de aplicación general en la provincia. En apelación, las reivindicaciones relativas a la propiedad del territorio y a la competencia sobre éste fueron reemplazadas por la reivindicación del título aborígen y la reivindicación de la autonomía gubernamental, sin que ninguna modificación en ese sentido haya sido aportada formalmente a las actas del proceso. La apelación fue rechazada por la Cámara de Apelaciones.

2. Sentencia:

El título aborígen, cuya prueba puede ser hecha por la tradición y la historia orales, es un derecho sui generis al territorio mismo. Este derecho, que deriva de la ocupación exclusiva del territorio en cuestión por los autóctonos antes de la afirmación

por los europeos de su soberanía sobre aquél, está fundado, a la vez, en el *common law* y en las reglas de derecho autóctono, y debe dársele la protección de la Constitución en razón de su reconocimiento por el *common law*. El mencionado derecho, alcanza el derecho de ocupar y de utilizar de manera exclusiva el territorio en cuestión - comprendidos los derechos mineros y sus accesorios- para diversos fines, que no deben ser necesariamente relativos a las costumbres, prácticas y tradiciones autóctonas que forman parte integrante de la cultura de los autóctonos involucrados. Sin embargo, el uso así protegido no debe ser incompatible con los lazos que unen al grupo con el territorio. Este título, que se detenta colectivamente, es, además, inalienable salvo en favor de la Corona. Es susceptible de extinción, por razones importantes para el conjunto de la sociedad y mediante el pago de una justa indemnización.

CORTE SUPREMA DE CANADA (por mayoría), sentencia del 11-12-1997, n° 23.799, *Delgamuukw. c. Colombie-Britannique*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 383.

INMUNIDADES. AGENTES DIPLOMÁTICOS. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMÁTICAS, ARTS. 1.E, 14.A Y 31 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: en el curso de un proceso penal por el delito de injurias contra una embajadora extraordinaria y plenipotenciaria argentina, ésta sostuvo que gozaba de inmunidad diplomática. El rechazo del planteo originó un recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

2. Sentencia:

La requirente está comprendida en el ámbito internacional por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (arts. 14.a y 1.e), y el art. 31 de la Convención es suficientemente claro al consagrar que el agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del "Estado receptor" (párrafo 1), lo que resulta reafirmado por el párrafo 4.

Asimismo, esta regulación expresa excluye la aplicación de otras fuentes del derecho internacional a las que habilita la Convención en caso de silencio (Preámbulo, párrafo 5). Por lo demás, está fuera de cuestión que el delito en juego fue cometido en la Argentina.

Por tanto, el agente diplomático no goza, según el derecho internacional, de inmunidad de jurisdicción en el Estado de origen.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 18-6-1998, L.36.XXXIV, *Lacroze de Fortabat, María Amalia Sara s/ recurso de casación*.

INMUNIDADES. ESTADOS. DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE UN HECHO ILÍCITO. ACTOS IURE IMPERII. Y IURE GESTIONIS (VENEZUELA).

1. Antecedentes del caso: una ciudadana venezolana, en oportunidad de encontrarse en la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica en Venezuela con el propósito de solicitar una visa para viajar a dicho país, sufrió un grave accidente al caer en un hueco abierto en el edificio, a raíz de trabajos de construcción de una baranda de seguridad. La víctima inició una demanda por daños y perjuicios contra los Estados Unidos, en la persona del Embajador en Venezuela, en la que sostuvo que el hecho se produjo por negligencia, imprudencia y falta de señalización de los trabajos aludidos dentro de la Embajada. El juzgado de primera instancia interviniente declaró de oficio su falta de jurisdicción para conocer en la causa, lo que motivó la consulta obligatoria del Tribunal (arts. 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil).

2. Sentencia:

Es criterio aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que los Estados extranjeros no pueden ser demandados ante los tribunales de nuestro país si el hecho que motivó la demanda fue producido dentro de la esfera de las funciones soberanas del Estado (*iure imperii*); por el contrario, si el Estado extranjero actuó como lo haría cualquier persona de derecho privado, estaría sometido a nuestra jurisdicción (*iure gestionis*).

En el caso, las presuntas lesiones personales sufridas por la demandante, aunque ocurrieron en el interior de la Embajada cuando tramitaba una visa, fueron el producto de la falta de señalización en los trabajos de construcción que allí se efectuaban. Por tanto, tratándose de un hecho ilícito ocurrido fuera del ámbito de las funciones soberanas del Estado, corresponde someter el asunto a la jurisdicción de los tribunales venezolanos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE VENEZUELA (Sala Político - Administrativa), sentencia del 30-7-1998, *Lilia M. Ramírez c. Estados Unidos de América*, expediente 13.113, Internet.

INSTRUMENTOS PUBLICOS. PODERES. UTILIZACIÓN EN PAÍS EXTRANJERO. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RÉGIMEN LEGAL DE PODERES (EL SALVADOR).

Según la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes, para que éstos sean utilizados en país extranjero, deben llenar varios requisitos, entre éstos, el funcionario legalizante dará fe sobre la identidad del otorgante. Aunque sea conocido de la persona ante quien se otorgue, deberá ser identificado, así como también señalada la nacionalidad, edad, domicilio y estado civil.

Un apoderado no está facultado por ley para otorgar a su vez poderes en representación de su poderdante, y esto implica excederse en sus facultades. Sólo los representantes legales tienen por ley la facultad de conferir poderes a nombre de sus representados, pues éstos son incapaces para conferirlo por sí mismos.

Al ser casada la sentencia por quebrantamiento de forma, será el funcionario culpable, el que tendrá que reponer el proceso desde el primer acto válido, bajo sus propios costos, ya que el poder que se le presentó no llenaba los requisitos que la ley exigía.

Nota de la Secretaría: en el poder en juego, constaba la declaración del otorgante -guatemalteco, de treinta y cuatro años de edad, domiciliado en la ciudad de Guatemala, casado-, pero el notario no cumplió con el deber de certificar o dar fe de la identidad del otorgante; por lo contrario, dijo textualmente respecto del otorgante: "... quien no se me identificó", dando como razón: "por ser de mi anterior conocimiento".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (Sala de lo Civil), sentencia del 14-2-1994, en *Revista Judicial*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, enero-diciembre 1994, p. 601.

JUBILACIONES Y PENSIONES. DERECHO A LA IGUALDAD. CLASIFICACIONES RAZONABLES. JUSTICIA SOCIAL (POLONIA).

Como regla general, las diferencias entre los regímenes de seguro social (en el caso, entre las jubilaciones civiles y militares) puede ser considerada como equitativa. Sin embargo, dichas diferencias deben tener una justificación lógica. Las diferencias no pueden concernir a la apreciación de períodos idénticos en el curso de los cuales las cotizaciones sociales no han sido pagadas. Las diferencias de los derechos de los

combatientes, en razón del régimen por el cual han adquirido los derechos a una jubilación, es contrario al principio constitucional de igualdad. Una justificación insuficiente de una diferenciación de los derechos de los ciudadanos es, igualmente, contraria al principio de justicia social.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 23-9-1997, K 25/96, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 436.

JUECES. PERMANENCIA. JUBILACIÓN. PRÓRROGA DEL MANDATO. DERECHO A LA IGUALDAD (CROACIA).

1. Antecedentes del caso: la ley sobre los tribunales preveía que un juez ejercía sus funciones judiciales en la jurisdicción para la que había sido nombrado, hasta que reuniese las condiciones para obtener una jubilación íntegra (60 años para los hombres y 55 para las mujeres o, en función de los años de servicio, 65 años para los hombres y 60 para las mujeres). Preveía, asimismo, que el mandato judicial de un juez que alcanza el derecho a una jubilación íntegra podía ser prorrogado hasta los 70 años por el Alto Consejo del Poder Judicial, a proposición del Ministro de Justicia, fundado en el previo dictamen del presidente de la jurisdicción en la que ejerce el juez en cuestión.

2. Sentencia:

Una disposición legal relativa a la cesación de una función judicial por la jubilación, no contraviene la norma constitucional según la cual la función judicial debe ser permanente.

Es violatorio de la igualdad en las relaciones entre los jueces, el hecho de que sólo algunos de éstos puedan conservar sus funciones hasta los 70 años.

Nota de la Secretaría: en su voto concurrente, un juez desconoció que el legislador pudiese establecer condiciones para la permanencia de un juez en sus funciones, fuera de las previstas en la Constitución, salvo que ésta lo autorizara al respecto. La ley en cuestión fue modificada (26-11-1997), en el sentido de que el juez ejerce la función judicial para la que fue nombrado hasta la finalización del año en el curso del cual cumple 70 años. En un caso anterior, la Corte había resuelto que los motivos de cesación de la función judicial figuraban en la Constitución, y que el legislador no estaba autorizado a establecer motivos suplementarios.

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 27-10-97, U-I-914/1996, U-I-34/1997, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 388.

JURISDICCION Y COMPETENCIA. DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA. REENVÍO. CORTES CONSTITUCIONALES Y SUPREMAS (REPÚBLICA CHECA).

El Código de Procedimiento Civil dispone que cuando un tribunal es llamado a intervenir en un asunto ajeno a su competencia, debe remitirlo a la jurisdicción competente. Pero el efecto jurídico de la presentación debe, sin embargo, ser conservado. Interpretar la norma aludida en el sentido de que la acción judicial ante la instancia competente se inicia con dicho reenvío -lo que implicaría frecuentemente que la demanda no resulte introducida en tiempo oportuno y que el requerimiento se vea prescrito- no sería conforme a la Constitución.

Si bien la Corte Constitucional no forma parte de las jurisdicciones ordinarias, es competente para controlar sus decisiones en materia administrativa, como en otras materias, cuando se menoscaban derechos fundamentales.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA CHECA (Sala Cuarta), sentencia del 25-9-1997, IV. US 28/97, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 446.

LEGITIMA DEFENSA. PROPORCIONALIDAD. DERECHO A LA VIDA. DOMICILIO. INVOLABILIDAD (BULGARIA).

1. Antecedentes del caso: un grupo de diputados impugnó la constitucionalidad y la compatibilidad del art. 1 de la Ley de Reforma del Código Penal con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Según dicha ley, cualesquiera fuesen la naturaleza y el peligro de la respuesta, no existiría exceso en la legítima defensa si: 1. los agresores son dos o más; 2. el agresor está armado; 3. el agresor ha recurrido a la violencia o a la efracción para penetrar en un domicilio, una propiedad ubicada en la campaña o en locales profesionales; 4. la agresión se desarrolla dentro de un vehículo, aeronave, navío o tren; 5. la agresión tiene lugar durante la noche; 6. no hay otro medio de detener la agresión.

2. Sentencia:

2.1. La legítima defensa que tiende a defender un derecho atacado no puede comprender el derecho a dañar al agresor de manera desmesurada. La personalidad y los derechos de este último continúan protegidos por la Constitución, incluso cuando éste comete una agresión reprimida por la ley.

Son contrarias a la Constitución, las disposiciones que permiten responder a una agresión causándole al agresor un mal que vaya más allá de la defensa necesaria. Dichas disposiciones no contienen la exigencia de que la respuesta sea proporcionada a la naturaleza y al peligro del ataque. El que se defiende puede decidir, por sí, el mal que puede causar para defender sus intereses amenazados. Estas normas permiten y, en determinadas circunstancias, justifican el homicidio o la tentativa de homicidio puesto que ambos van más allá de la legítima defensa. Por vía de consecuencia, estas normas tienen incidencia sobre el derecho a la vida, al que menoscaban, y que es un derecho fundamental protegido por el art. 4.2 de la Constitución.

2.2. El supuesto contenido en la expresión señalada anteriormente sub 3 ("el agresor... domicilio") se conforma con el art. 6.1 del Pacto. En esos casos, la agresión constituye una violación de un derecho constitucional fundamental: la inviolabilidad del domicilio (art. 33). Cuando concurren dos derechos reconocidos por la Constitución, el derecho del agresor a la vida no debe primar. Por ende, sea cual fuere la naturaleza y el peligro de la respuesta, se considera que la legítima defensa no ha sido excesiva si hay penetración violenta o efracción del domicilio.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BULGARIA, sentencia del 21-11-1997, 19/97, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 380.

LEGITIMACION PROCESAL. VOTANTES. CAMPAÑAS ELECTORALES. FINANCIACIÓN (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la *Federal Election Campaign Act* de 1971 (FECA) tiene por objeto combatir la corrupción del proceso político. En lo aquí relevante, impone a los "comités políticos" la obligación de llevar libros y brindar información. A esta categoría pertenece "todo comité, club, asociación o cualquier otro grupo de personas que recibe" más de 1.000 dólares en contribuciones, o que hace erogaciones de más de 1.000 dólares en un año determinado con el propósito de influir en alguna elección para un cargo federal. El mencionado límite de erogaciones no incluye la asistencia, a un determinado candidato, que adopta la forma de una "comunicación" de la organización a

uno de sus miembros, en la medida en que esa organización no esté "organizada primariamente con el objetivo de influir en la nominación... o elección de cualquier persona".

Ciertos votantes con puntos de vista muchas veces contrarios a los del *American Israel Public Affairs Committee* (AIPAC), promovieron una demanda ante la *Federal Election Commission* (FEC), solicitándole que declarara que el AIPAC había violado la FECA y, además, que le exigiera cumplir la obligación de difundir la información que dicha norma impone. Al rechazar la demanda, la FEC decidió que la AIPAC no estaba obligada a dar dicha información porque no era un "comité político", dado que, como organización orientada a hacer *lobby*, no tenía como principal objetivo la nominación o elección de candidatos. El Tribunal de Distrito confirmó esta decisión, pero la Cámara de Apelaciones en pleno la revocó fundándose en que el estándar del "objetivo principal" aplicado por la FEC daba lugar a una interpretación inadecuada de la definición de comité político que contiene la FECA. En este estado, la FEC interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte en el que planteó dos cuestiones: (1) si los apelados tienen legitimación procesal para cuestionar la decisión de la FEC, y (2) si una organización cae fuera de la definición de "comité político" que contiene la FECA cuando su "objetivo principal" no es "la nominación o elección de candidatos".

2. Sentencia:

Los apelados, en su calidad de votantes que quieren acceder a información a la que tienen derecho en términos de la FECA, están procesalmente legitimados para cuestionar la decisión de la FEC de no hacer valer ese derecho. En tal sentido:

Los apelados satisfacen las exigencias del *prudential standing* [que requiere que "el interés que se invoca pueda caer dentro de la zona de intereses protegidos o regulados por la norma en cuestión", *Data Processing Service Organizations Inc. v. Camp* (397 US 150, 153 -1970-)]. La FECA dispone expresamente que "toda persona" que considere que se han violado sus disposiciones puede presentar una denuncia ante la FEC y que "cualquier parte perjudicada" por una orden de dicha Comisión desestimatoria de su denuncia, puede recurrirla ante un Tribunal de Distrito. La historia asocia la palabra "perjudicada" (*aggrieved*) a la intención del Congreso de extender la legitimación procesal mucho más allá de los intereses del *common law* y de los derechos sustantivos estatutarios en los que se sustenta tradicionalmente el *prudential standing*. E.g. *FCC v. Sanders Brothers Radio Station* (309 US 470 -1940-). Además, el perjuicio denunciado - la imposibilidad de obtener información relevante- es un tipo de perjuicio que la FECA busca reparar.

Los apelados también cumplen con las exigencias constitucionales de la legitimación procesal. Su imposibilidad de acceder a información que, según afirman, la

AIPAC debe poner a disposición del público, satisface la exigencia del auténtico "daño en los hechos" que asegura que la Corte va a adjudicar "[una] disputa subsistente y concreta entre adversarios". *Coleman v. Miller* (307 US 433, 460 -1939-, disidencia de Frankfurter); *United States v. Richardson* (418 US 166 -1974-), distinguiéndolos. La circunstancia de que el daño en cuestión sea compartido por muchas personas no priva al Congreso de atribuciones constitucionales para autorizar su vindicación ante los tribunales federales, cuando es concreto. V. *Public Citizen v. Department of Justice* (491 US 440, 449/450 -1989-). El perjuicio informativo que se produjo en este caso, directamente relacionado con el voto -que es el derecho político más básico-, es suficientemente concreto. Los apelados también satisfacen las otras dos exigencias de la legitimación procesal: el daño denunciado es "susceptible de ser objetivamente" vinculado a la decisión de la FEC de no dar curso a su denuncia, y los tribunales pueden "reparar" ese daño.

Finalmente, la FECA indica explícitamente una intención del Congreso de alterar el criterio tradicional de que las decisiones de las agencias encargadas de la ejecución de las leyes no están sujetas a revisión judicial. *Heckler v. Chaney* (470 US 821, 832 -1985-), distinguiéndolo.

Finalmente, en razón de lo inusual y complejas que resultan las circunstancias del caso, la segunda cuestión que se nos plantea no puede ser resuelta, y la causa debe ser devuelta.

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, sentencia del 1-6-98, *Federal Election Commission v. Akins*, 66 LW 4426.

LEY. FORMACIÓN. VALIDEZ. PROMULGACIÓN (POLONIA).

El presidente no debe suscribir una ley que no ha sido adoptada por las dos cámaras del Parlamento, pues dicho acto no es una ley en el sentido de la Constitución.

La Cámara Baja del Parlamento es llamada por la Constitución a examinar las enmiendas a una ley debidamente adoptadas por el Senado, pero ello no quiere decir que si no cumple con dicha obligación, las enmiendas son automáticamente aprobadas conforme a las disposiciones de la Constitución.

En tales circunstancias, una ley presentada en la versión adoptada por la Cámara Baja y sometida al Presidente está tachada por un vicio de procedimiento sobre un punto esencial y, en consecuencia, no es una ley adoptada por las dos cámaras. La ley que no ha sido adoptada de conformidad con la Constitución (en razón de una violación del

procedimiento legislativo) no puede ser firmada por el Presidente, el cual debe velar por el respeto de la Constitución.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 22-9-1997, K 25/97, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 435.

LIBERTAD DE CULTO. DOCENTES. SEPARACION DE ESTADO E IGLESIA. ESCUELAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 9. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, ART. 18 (SUIZA).

1. Antecedentes del caso: la señora X, suiza, ejercía funciones docentes desde 1989. En 1991 se convirtió del catolicismo al islamismo, y comenzó a vestir un fular que cubría su cuello y sus cabellos. La directora del centro de enseñanza señaló a X que vestir dicho fular en la escuela contrariaba la legislación sobre la educación pública, para luego prohibirle su uso en la escuela. X presentó un recurso ante el Consejo de Estado del Cantón de Ginebra, que lo rechazó con base en los arts. 27 de la Constitución, y 6 y 120.2 de la Ley Cantonal de Instrucción Pública. X, entonces, recurrió ante el Tribunal Federal invocando los arts. 49 de la Constitución y 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

2. Sentencia:

El hecho de vestir el fular manifiesta la pertenencia a una confesión determinada y la voluntad de comportarse conforme a sus prescripciones. Ninguna limitación se le impuso a X en cuanto a su vestimenta fuera del instituto. La libertad de conciencia y de creencias, garantizada por los arts. 49 de la Constitución Federal, 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, protege al ciudadano de toda ingerencia del Estado que pudiera molestar a sus convicciones religiosas. El derecho de expresar sus convicciones religiosas, de profesarlas o de ponerlas en práctica en los actos de culto, no está, sin embargo, protegido de manera absoluta: la libertad de religión puede, en consecuencia, ser limitada, a condición que la restricción tenga base legal suficiente, responda a un interés preponderante y respete el principio de proporcionalidad.

Vista la particularidad de la cuestión litigiosa y la relación de poder público especial a la que están sometidos los docentes, la base legal para prohibir a la interesada vestir el fular en la escuela debe considerarse suficiente. De ello surge que la enseñanza

pública debe garantizar el respeto de las convicciones políticas y confesionales de los alumnos y de los padres, que los funcionarios de la enseñanza deben ser laicos, y que el cantón establece una separación neta entre la Iglesia y el Estado, en el sentido de la laicidad de éste.

La decisión atacada se alinea con el principio de la neutralidad confesional de la escuela, cuyo fin es no sólo proteger las convicciones religiosas de los alumnos y de los padres, sino también asegurar la paz religiosa. Existe, entonces, un interés público importante para imponer la prohibición en cuestión.

En cuanto al aspecto de la proporcionalidad, conviene comparar la libertad de conciencia y de creencia de la recurrente con el interés público a la neutralidad confesional de la escuela pública. La neutralidad del Estado en el campo escolar tiende a que todas las concepciones existentes sean tomadas en cuenta sin espíritu partidario, para así evitar que la escuela resulte un lugar de confrontación entre sostenedores de diferentes convicciones. Desde este punto de vista, la actitud del docente que inviste una parte de la autoridad escolar y representa al Estado es decisiva. Las reservas exigidas a un docente dependen de circunstancias particulares. En relación al fular, es necesario tomar en cuenta el grado de visibilidad y de fuerza evocativa de este símbolo; el fular puede ser considerado como un signo religioso evidente que suscita cuestiones de parte de los niños. Es necesario considerar el hecho de que se trata de una escuela obligatoria y que los alumnos de X son jóvenes y particularmente influenciables. El fular musulmán es, entonces, comparable a vestir una sotana o un solideo judío (*kippa*). Sería difícilmente concebible que el Tribunal Federal, que prohibió la colocación de un crucifijo en una escuela pública, admita que los maestros puedan llevar ellos mismos símbolos vigorosos. Si bien la prohibición impuesta a la interesada la pone en una difícil alternativa, es decir, no respetar un precepto de su religión o correr el riesgo de no poder enseñar más en la escuela pública, la decisión cantonal no viola las garantías de los arts. 49 de la Constitución Federal y 9 de la Convención.

Nota de la Secretaría: v., sobre el tema, **DEFFAINS, Nathalie**, "Le principe de laïcité de l'enseignement public à l'épreuve du foulard islamique", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Ed. Bruylant, Bruselas, n° 34, abril 1998, pp. 203/250.

TRIBUNAL FEDERAL DE SUIZA (Sala Segunda de Derecho Público), sentencia del 12-11-1997, 2P.419/1996, *X contre Conseil d'Etat du canton de Genève*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 471.

LIBERTAD DE EXPRESION. EXPRESIONES POLÍTICAS. RESTRICCIONES. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. ABORTO Y ESTERILIZACIÓN FORZADOS. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RACIAL (NORUEGA).

1. Antecedentes del caso: un dirigente de un partido político había distribuido el programa de su partido, que contenía las siguientes declaraciones dirigidas a la población de color: a) ofrecemos a los niños adoptados un derecho de residencia permanente en Noruega si se dejan esterilizar; b) esto se aplica también a los miembros de parejas mixtas; si la pareja no se separa o no deja el país, el miembro extranjero debe ser esterilizado, lo mismo que los niños eventualmente nacidos de dicha relación; c) en tanto que la persona viva en Noruega, debe buscar ser esterilizada en un ciento por ciento y, si a pesar de ello se produjera una concepción, deberá ser practicada una interrupción del embarazo. Un tribunal municipal juzgó que la primera frase era contraria al art. 135.a del Código Penal en virtud del cual una persona es pasible de pena de multa o de prisión, si por sus palabras o por otros actos de comunicación hechos públicamente o difundidos en el público, amenaza, insulta o somete al odio, a la persecución o al desprecio, a toda persona o categoría de personas en razón de sus convicciones, raza, color u origen nacional o étnico. El aludido dirigente fue declarado culpable y condenado a una pena de prisión en suspenso y a una multa, por lo que presentó un recurso ante la Corte Suprema.

2. Sentencia:

Las declaraciones contenidas en un programa de un partido político, concernientes a la esterilización y al aborto forzados, declaraciones que se dirigen a la población de color, deben ser consideradas como violaciones graves de los derechos más fundamentales del ser humano y no pueden, entonces, beneficiarse de la protección acordada por el art. 100 de la Constitución al derecho a la libertad de expresión.

Las expresiones políticas formuladas en el marco de un debate político pertenecen al dominio esencial protegido por el art. 100, y el derecho de limitar la libertad de expresión en ese dominio resulta muy restringido. Sin embargo, no debe interpretarse esta disposición en el sentido de que toda expresión debe escapar a una sanción. El asunto considerado concierne a violaciones extremas de la integridad física - esterilizaciones y aborto forzado- dirigidos a la población de color. Las declaraciones que preconizan graves violaciones de los derechos más fundamentales del ser humano no están protegidas por el art. 100 de la Constitución.

El artículo 135.a del Código Penal es, por ende, aplicable.

Nota de la Secretaría: cinco jueces votaron en disidencia pues, aun cuando coincidieron con la mayoría respecto del carácter de las declaraciones, consideraron que la aplicación de sanciones

menoscabaría a la libertad de expresión política que, ante todo, concierne a la libertad de establecer y de militar en un programa político destinado a atraer sufragios.

CORTE SUPREMA DE NORUEGA (Asamblea Plenaria), sentencia del 28-11-1997, Inr 75 B/1997, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 433.

LIBERTAD DE EXPRESION. FORO PÚBLICO. FORO PÚBLICO DESIGNADO. FORO NO PÚBLICO. CAMPAÑAS ELECTORALES. DEBATES DE CANDIDATOS POLÍTICOS. (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la emisora pública estadual *Arkansas Educational Television Commission* (AETC) patrocinó un debate entre los candidatos de los principales partidos políticos que intervendrían en la elección de 1992 para cubrir una banca de Arkansas en el Congreso. Forbes, que era un candidato independiente con poco apoyo popular, solicitó autorización para participar en el debate; empero, recibió una respuesta negativa por lo que promovió una acción judicial alegando que la Enmienda I le daba derecho a intervenir. El jurado concluyó expresamente que la exclusión de Forbes no había sido fruto de presiones políticas ni del desacuerdo con sus opiniones, por lo que el Tribunal de Distrito falló a favor de AETC. Por su parte, la Cámara de Apelaciones revocó esta decisión, declarando que el debate era un foro público al que todos los candidatos reconocidos tenían un derecho de acceso. Aplicando el estándar del escrutinio estricto, encontró que la "viabilidad política" de Forbes, evaluada por AETC, no constituía una razón de jerarquía superior ni estrictamente diseñada (*narrowly tailored*) para excluirlo. En este estado, la emisora interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: la exclusión de Forbes de este debate no violó la Enmienda I. En tal sentido:

Los debates de los candidatos -a diferencia de la mayor parte del resto de los programas de televisión- están sujetos a revisión judicial en términos de la doctrina del foro público elaborada por esta Corte. Esta doctrina, que se formuló por primera vez para las calles y parques, no debe extenderse mecánicamente a un contexto diferente como la transmisión televisiva. La concesión de un derecho amplio de acceso a terceras personas se opone, como regla general, a la discrecionalidad editorial que deben tener las empresas de radiodifusión para cumplir con su finalidad periodística y con sus

obligaciones legales. Sin embargo, los debates de candidatos constituyen una limitada excepción a la regla por dos razones. En primer lugar, a diferencia de los otros programas de AETC, el debate era, intencionalmente, un foro para la expresión política de los candidatos. De acuerdo con la larga tradición de esos debates, AETC implícitamente declaró que los puntos de vista allí expresados pertenecían a los candidatos y no a la emisora. El debate tenía por objeto posibilitar la exposición de esos puntos de vista, con una mínima expresión de la emisora. En segundo lugar, los debates de candidatos tienen una importancia excepcional en el proceso electoral. La deliberación sobre sus puntos de vista y calificaciones resulta esencial para nuestro sistema de gobierno, y las expresiones vinculadas a la elección pueden tener su impacto más profundo y amplio cuando se difunden a través de debates televisivos. Por lo tanto, las características específicas de dichos debates sustentan la conclusión de que el organizado por AETC era un foro de algún tipo. La caracterización del foro al que pertenecen debe hacerse con referencia a los precedentes de esta Corte sobre el foro público.

En lo que compete a la Corte, basta con aplicar las categorías de expresión a las clases de foros ya establecidas en la jurisprudencia. La Corte ha identificado tres tipos de foros: el público tradicional, el público creado por designación gubernamental, y el no público. *Cornelius v. NAACP Legal Defense & Ed. Fund Inc.* (473 US 788, 802 -1985-). Los "foros públicos tradicionales" se definen por las características objetivas de la propiedad, como sucede cuando, "por una larga tradición o por autorización gubernamental", la propiedad ha sido "consagrada a la reunión y al debate". *Perry Ed. Assn v. Perry Local Educator's Assn* (460 US 37, 45 -1983-). El Gobierno sólo puede excluir a un orador de un "foro público tradicional" cuando esa exclusión resulta necesaria para satisfacer un interés estatal de jerarquía superior y es idónea para satisfacerlo (*Cornelius, supra*, p. 800). Los "foros públicos designados" se crean para posibilitar una acción gubernamental que tiene un fin determinado y se afectan al uso expresivo del público en general o de determinadas clases de oradores. E.g. *International Soc. for Krishna Consciousness Inc. v. Lee* (505 US 672, 678 (ISKCON) -1992-). Si el Gobierno excluye a un orador que pertenece al grupo que tiene acceso a ese foro, su acción está sujeta al escrutinio estricto. E.g. *Cornelius*, p. 802. La propiedad que no es un "foro público tradicional" ni un "foro público designado", es un "foro no público" o no es un foro (*ISKCON, supra*, 678/679). El acceso a los "foros no públicos" puede limitarse mediante restricciones razonables, que no intenten suprimir una expresión por la circunstancia de que los funcionarios públicos se oponen a los criterios del orador (*Cornelius*, p. 800).

El debate de la AETC era un "foro no público". Las partes son contestes en que no era un "foro público tradicional", y no era un "foro público designado" en términos de los precedentes de esta Corte. Estos últimos demuestran, entre otras cosas, que el Gobierno

no crea un "foro público designado" cuando sólo reserva la posibilidad de acceder a una determinada clase de oradores cuyos miembros, como individuos, deben "ser autorizados" para ejercer este derecho. Contrariamente a lo afirmado por la Cámara, AETC no permitió el acceso irrestricto a los candidatos a una banca del Congreso. Antes bien, reservó la intervención a los candidatos a esa banca (y no a otra), y luego decidió, con un criterio candidato-a-candidato, cuál de aquéllos participaría en el debate. Ese "acceso selectivo", que no encuentra sustento en una afectación al uso público con un propósito determinado, no crea un foro público sino que, por el contrario, indica que el debate era un "foro no público" (*Cornelius*, p. 805).

La decisión de AETC de excluir a Forbes constituyó un ejercicio razonable y de contenido neutral de su discrecionalidad periodística, consistente con la Enmienda I. Del expediente surge en forma incuestionable que Forbes no fue excluido en razón de sus puntos de vista sino porque no había generado un interés público importante. No existe ningún argumento serio de que AETC no haya actuado de buena fe en este caso.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 18-5-98, *Arkansas Educational Television Commission v. Ralph P. Forbes*, 66 LW 4360.

LIBERTAD DE EXPRESION. PERSONAS PÚBLICAS. DERECHO AL HONOR (ESPAÑA).

Es doctrina del Tribunal, en los supuestos en los que se pondera el ejercicio de las libertades reconocidas por el art. 20.1 de la Constitución en relación con el derecho al honor, que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que sobre éste actúan y, de ahí, "la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con carácter restrictivo y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos", siendo exigible "una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio".

Cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida por el art. 20.1, los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de dichas actividades y de sus manifestaciones, que si se trata de simples particulares sin proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Segunda), sentencia del 13-1-1997, n° 3/1997, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 47, enero-

LIBERTAD DE EXPRESION. PROCESOS JUDICIALES. PUBLICIDAD. PODERES DEL TRIBUNAL. DESACATO. DERECHO DE DEFENSA (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: tres oficiales de una prisión fueron acusados de proporcionar malos tratos a diversos detenidos. El juicio se realizaría ante un jurado en la Alta Corte de Glasgow. Los acusados solicitaron a la Alta Corte de Justicia (*High Court of Justiciary*) en Edimburgo que, en ejercicio de los poderes del *nobile officium*, prohibiera la emisión de un determinado programa televisivo, en Escocia, hasta tanto el juicio no fuese terminado. Se fundaron en que dicha emisión podía crear riesgos en el curso de la justicia, influyendo en el pensamiento de las personas que llegaran a ser llamadas para integrar el jurado, y que, además, podía realzar la credibilidad y experiencia del Dr. S.D., que era uno de los testigos de cargo. Dicho programa formaba parte de una serie, que ya había comenzado a emitirse, relacionada con los hechos que habían dado lugar al proceso, y contenía una entrevista al Dr. S.D., a la sazón médico de la prisión, en la que éste expresaba su opinión acerca de que las lesiones sufridas por los prisioneros eran concordantes con el relato de éstos acerca del castigo que habían sufrido. La Alta Corte, en uso de los poderes derivados del *nobile officium*, hizo lugar a lo peticionado. Los interesados formularon, entonces, una presentación ante la Comisión Europea de Derechos Humanos sosteniendo que la medida era violatoria de la libertad de expresión del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

2. Decisión:

2.1. La decisión cuestionada constituye una ingerencia en la libertad de expresión prevista en el art. 10 de la Convención. Ello violaría esta norma salvo que se diese alguna de las excepciones del párrafo 2.

2.2. Fin legítimo: cabe considerar, y así lo admiten los requirentes, que la interferencia perseguía un fin legítimo: proteger el derecho de los acusados al debido proceso.

2.3. Interferencia "prescripta por la ley": la palabra "ley" contenida en la expresión "prescripta por la ley" comprende no sólo el derecho escrito sino también el no escrito. El hecho de que la Alta Corte no hubiese prohibido la emisión por ser un desacato (*contempt*) a la Corte según la *1981 Act*, y sí ejercida la jurisdicción inherente al *nobile officium*, no hace inconsistente la orden con el requisito en examen. En todo caso, para

ajustarse al art. 10.2, la ley debe ser adecuadamente accesible y suficientemente precisa para permitir a los ciudadanos regular su conducta. En el caso, el poder del *nobile officium* ha sido descrito por la Alta Corte de Justicia, y es citado por los requirentes, en los siguientes términos: siempre que la intervención de alguna autoridad es necesaria para la administración de justicia, y no existe otra magistratura competente que pueda ejercerla o que ha venido ejerciéndola, la Corte de Justicia (*Court of Justiciary*) está facultada y obligada a ejercer sus poderes, a pedido de parte, para la promoción de la justicia. Por otro lado, la petición formulada ante dicha Corte se fundaba en que la emisión creaba un riesgo sustancial para el curso de la justicia en los procesos contra los requirentes, que podían ser seriamente impedidos o perjudicados. Luego, cabe concluir en que el *nobile officium* fue formulado con suficiente precisión, y el riesgo de que fuese ejercido contra el medio fue suficientemente previsible. Por ende, la interferencia estaba "prescripta por la ley" en los términos del art. 10.2.

2.4. Ingerencia "necesaria en una sociedad democrática": en este sentido, debe considerarse cuándo la interferencia se corresponde con una "necesidad social apremiante", cuándo es "proporcionada al fin legítimo perseguido", y si las razones dadas por las autoridades nacionales para justificarla "eran relevantes y suficientes según el art. 10.2 cit."

Cabe entender que la Corte alcanzó un balance adecuado. Consideró que la emisión constituía más que un riesgo mínimo de perjuicio para los acusados y su juicio, debido en particular al hecho de que el programa realzaba la credibilidad del Dr. S.D. en el pensamiento de los jurados, y aquél era un testigo de cargo clave. Asimismo, dicho tribunal entendió que la materia del programa no era de interés público inmediato, por lo que su transmisión no era urgente y podía posponerse hasta después de terminado el juicio. Debe advertirse que la medida sólo pospone la difusión y no la prohíbe para siempre.

2.5. En suma, la ingerencia responde a la "necesidad social apremiante" de asegurar un justo juicio a los acusados, es "proporcionada al legítimo fin perseguido", y "necesaria en una sociedad democrática". Por lo demás, la Alta Corte expuso "suficientes y relevantes razones" en su decisión.

2.6. Corresponde, por ende, considerar que la denuncia es infundada en los términos del art. 27.2 de la Convención.

COMISION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Sala Primera), decisión sobre admisibilidad del 23-10-1997, aplicación n° 34.324/96, en *Human Rights Law Journal*, Ed. N.P. Engel, 1997, vol. 18, n° 9-12, p. 467.

LIBERTAD DE EXPRESION. PUBLICACIONES. DERECHO A DAR Y RECIBIR INFORMACIÓN. **POLICIA.** CITACIONES. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 9 Y 19 (NACIONES UNIDAS-EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA).

1. El Comité manifiesta su preocupación por las informaciones que hacen pensar que no se respetan todas las garantías procesales en el plano de las autoridades locales, y recomienda que estos hechos sean investigados exhaustivamente por un órgano independiente, que quienes sean declarados culpables reciban las debidas sanciones penales o disciplinarias y que se adopten todas las medidas necesarias para impedir que tales hechos se repitan.

2. También observa con preocupación que se sigue aplicando la legislación restrictiva heredada del régimen anterior en diversos sectores, en particular el de la importación de material impreso extranjero. La existencia misma de semejantes leyes y su aplicación pueden violar las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto) y, en un sentido más general, relativizar su grado de incorporación en el ordenamiento jurídico interno. Recomendamos al Estado Parte que garantice a las personas bajo su jurisdicción el disfrute del derecho a buscar e impartir información según lo previsto en el art. 19 del Pacto, y que derogue toda legislación que atente contra esos derechos.

3. Al Comité también le preocupa que continúe la práctica de obligar a los ciudadanos a participar en las llamadas "entrevistas informativas" pese a que una decisión del Tribunal Constitucional y la nueva Ley de Procedimiento Penal disponen que la policía no puede forzar a las personas a asistir a esas reuniones sin un mandato judicial. Tales prácticas son incompatibles con el art. 9 del Pacto.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), 29-7-1998, Observaciones finales al informe inicial de la ex República Yugoslava de Macedonia, CCPR/C/79/Add.96, del 18-8-1998.

MEDICOS. RESPONSABILIDAD. OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL PACIENTE (FRANCIA).

Fuera de los casos de urgencia, de imposibilidad o de rechazo del paciente, el médico debe darle a éste una información leal, clara y apropiada de los riesgos graves vinculados con las investigaciones y cuidados propuestos.

El médico no resulta eximido de dicha obligación por el solo hecho de que los mencionados riesgos sólo sean excepcionales.

Corresponde casar, por violación del art. 1147 del Código Civil, la sentencia que, para rechazar la demanda de un enfermo por reparación del perjuicio sufrido por la pérdida funcional y definitiva de un ojo después de una intervención en una vértebra lumbar, expresa que la información que debe dar el médico sólo es exigida para los riesgos normalmente previsibles y que, en el caso, la complicación de tromboflebitis del seno cavernoso, bien que conocida, es muy rara, de lo que deduce que no debía ser advertida al paciente.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala 1a. Civil), sentencia del 7-10-1998, *Mme. Castagnet c. Clinique du parc et autres*, en *Recueil Dalloz*, París, n° 41, 1998, p. 249.

MENORES. LIBERTAD DE CIRCULACION. COMPETENCIA LEGISLATIVA (ESTONIA).

1. Antecedentes del caso: una disposición de carácter municipal prohibía a las personas menores de dieciséis años no acompañadas por un adulto, estar presentes en lugares públicos en el horario de 23 a 6 horas.

2. Sentencia:

No corresponde excluir la necesidad de restricciones relativas a la libertad de circulación de los menores. En razón de su inmadurez psíquica y social, un menor puede, en determinadas circunstancias, poner en peligro su propia persona y la de los demás, más fácilmente que los adultos. Por la misma razón, los menores, contrariamente a los mayores, tienen una responsabilidad legal limitada de sus actos. Esto justifica la aplicación a los menores de restricciones legales que no se aplicarían generalmente a los mayores. El art. 34 de la Constitución permite limitar la libertad de circulación de los menores para que no salgan sin vigilancia. Además, dicho riesgo es mayor durante la noche que durante el día.

En virtud de la Constitución, la libertad de circulación puede ser legalmente restringida, si la restricción es necesaria para evitar que un menor salga sin vigilancia, si es proporcionada al objetivo buscado y si este objetivo no puede ser alcanzado por otros medios. La restricción debe, entonces, ser razonable, realizable, necesaria en una sociedad democrática, y no debe desnaturalizar la libertad restringida.

Por otro lado, el citado art. 34 no permite limitar la libertad de circulación sino en los casos y conforme a los procedimientos previstos por la ley. Según la jurisprudencia

constante de la Sala, los derechos y libertades reconocidos por la Constitución no pueden ser limitados sino por leyes en el sentido estricto (acto adoptado por el Parlamento), por lo que son inválidas las restricciones previstas por otros actos jurídicos. En principio, las colectividades locales pueden aplicar restricciones al derecho de libre circulación, pero solamente si existe una legislación que los habilita al respecto.

CORTE SUPREMA DE ESTONIA (Sala de Recursos Constitucionales; un juez votó en disidencia), sentencia del 6-10-1997, 3-4-1-3-97, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 405.

MENORES. TENENCIA. MATRIMONIO. IGUALDAD DE LOS CÓNYUGES. OBLIGACIONES ALIMENTARIAS. DERECHO DE PROPIEDAD. EMPLEADOR. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR OBLIGACIONES ALIMENTARIAS DE SUS SUBORDINADOS (PANAMÁ).

1. Se ha producido la violación del art. 53 de la Constitución, que establece que el matrimonio es el fundamento legal de la familia y que descansa sobre "la igualdad de los derechos de los cónyuges". Si la Constitución prevé la igualdad de derechos, ella veda romper esta igualdad en materia de guarda de menores: el art. 328 del Código de Familia establece una desigualdad en favor de la mujer que no permite el art. 53 de la Constitución. Una cosa es la prohibición de discriminar y otra muy distinta es la igualdad de derechos de ambos cónyuges que prevé el art. 53, paridad que debe incluir el derecho a la guarda y crianza de los hijos. Procede, pues el cargo, sólo en lo relativo a la frase "prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos", contenida en el párrafo primero del art. 328.

2. El art. 807 de la ley 3 de 1994 no ha violado la exerta constitucional en análisis, ya que dicha norma no tiene como fin limitar el derecho real de propiedad del empleador sujeto a esta medida, sino que más bien tiene como finalidad procurar que aquel que se halla obligado a suministrar alimentos a quien se encuentre incapaz de suministrárselo a sí mismo, cumpla con la obligación que la ley le impone.

Este derecho de alimento consagrado en el art. 377 de la ley 3 de 1994, constituye una obligación legal de asistencia y protección para quien está compelido por ley a proporcionarlo, y debe ser acatada.

El artículo impugnado permite garantizar el cumplimiento de ese derecho a través de una medida cautelar de carácter patrimonial, responsabilizando solidariamente al

empleador que estaba sujeto a realizar las deducciones o las retenciones por secuestro de salario de quien estaba en principio obligado a darlos y no lo hizo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMA, sentencia del 29-5-1996, n° 11/96, en *Anuario de Derecho*, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Centro de Investigación Jurídica, n° 25-26, 1996-1997, p. 639.

MENORES. INTERÉS SUPERIOR. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ART. 3 (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: la Sra. C -soltera, de nacionalidad turca y radicada en Francia mediante un permiso de residencia- introdujo irregularmente, en este último país, a su hijo de 4 años, proveniente de Turquía. Posteriormente, solicitó la autorización de residencia para el menor, en el marco de la legislación de reagrupamiento familiar. La autoridad administrativa denegó la petición con base en la mencionada irregularidad del ingreso de la criatura, al tiempo que dispuso que la Sra. C debía tomar las medidas necesarias para que su hijo abandonara el país en el plazo de un mes. La madre planteó, sin éxito, la anulación de lo resuelto ante el tribunal administrativo. Posteriormente, recurrió ante el Consejo de Estado.

2. Sentencia:

Surge del expediente que el padre del niño, que no es conocido por éste, jamás prestó ayuda alguna a su educación, y que ninguna persona próxima a la familia puede recibir a la criatura en Turquía. En tales condiciones, la decisión administrativa de devolver al niño a dicho país y separarlo aun provisoriamente de la madre, viola el interés superior del menor y debe ser considerada como contraria al art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Nota de la Secretaría: sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho francés, v. los siguientes casos: 1. *Mazurek*, en el que, ante el planteo de que el art. 760 del Código Civil era contrario al art. 2 de la Convención -en cuanto aquél divide por mitades los derechos sucesorios de un hijo adulterino frente a hijos legítimos nacidos de un matrimonio no reconocido (*méconnu*)-, se resolvió que la Convención concernía al niño como ser humano que no hubiese alcanzado la mayoría de edad, por lo que no resultaba pertinente en el caso (asimismo se juzgó, respecto de la misma impugnación pero basada en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que la vocación sucesoria es ajena al derecho al respeto de la vida privada y

familiar previsto en ese instrumento) (*op. y loc. cit.* *infra*, p. 203); 2. *Paturel*, en el que se decidió: a) que no podía útilmente invocarse el art. 30 de la Convención dado que el gobierno francés declaró que dicha norma era inaplicable en la República, y b) que los arts. 12.1, 12.2 y 14.1 de la Convención sólo creaban obligaciones entre los Estados no concediendo derechos a los interesados (*ídem*, p. 204); 3. "*Commandos*" *anti-I.V.*, en el que la impugnación de las normas sobre la interrupción voluntaria del embarazo por ser contrarias al art. 6 de la Convención, fue rechazada en atención a la declaración interpretativa hecha por Francia, al suscribir la Convención, en el sentido de que ésta no debía ser interpretada como que obstaculizara la aplicación de la legislación mencionada (*ídem*, p. 205); y 4. *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, en el que se juzgó que los arts. 24.1, 26.1 y 27.1 de la Convención no tenían efecto directo respecto de los particulares, por lo que no podían ser útilmente alegadas para obtener la anulación de una decisión individual o reglamentaria (*ídem*, p. 207).

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 22-9-1997, *Mlle Cinar*, en *Revue Générale de Droit International Public*, Ed. A. Pedone, París, 1998, n° 1, p. 208, con nota de **ALLAND, Denis**, "L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge: des habits neufs pour une vieille dame?", pp. 208/244.

NOTIFICACIONES. EDICTOS. DERECHO DE DEFENSA (ESPAÑA).

Es reiterada jurisprudencia del tribunal que el art. 24.1 de la Constitución contiene un mandato de exclusión de toda indefensión, propiciando la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos, lo que impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal, que aseguren, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios. De allí que se haya insistido en que, siempre que sea factible, debe procurarse el emplazamiento o citación personal de los demandados, garantizando de este modo que puedan comparecer en el proceso y defender sus posiciones frente a la parte demandante.

En el contexto precedente, es obvio que la citación por edictos ha de operar como una modalidad de carácter supletorio y excepcional, de tal modo que sólo será admisible cuando, una vez intentado el emplazamiento personal utilizando los medios razonablemente exigibles, no conste el domicilio del interesado o se ignore su paradero. De no ser ello así, habrá de entenderse que la falta de citación personal entraña la vulneración del art. 24.1, a menos que se constate que el solicitante de amparo llegó a

adquirir en momento hábil un conocimiento extraprocésal del litigio, pues en vano puede alegar indefensión quien contribuye a la misma con su actitud pasiva, negligente o maliciosa.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Primera), sentencia del 11-03-1997, n° 49/1997, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 47, enero-abril 1997, p. 528.

PARTIDOS POLITICOS. LEGITIMACIÓN PROCESAL. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (BRASIL).

Los partidos políticos con representación parlamentaria, no importando el número, se hallan legitimados para interponer acción directa de inconstitucionalidad, independientemente de la materia versada y la norma atacada, no aplicándose, en consecuencia, las restricciones resultantes de la pertenencia temática. Ellos poseen legitimación activa universal, gozando por ende, de amplia prerrogativa de impugnar cualquier acto normativo del poder público, sin perjuicio de su contenido material.

El reconocimiento de la legitimidad activa de las agremiaciones partidarias para la instauración del control normativo abstracto, sin las restricciones del vínculo de pertenencia temático, constituye derivación razonada de su propia naturaleza y de los fines institucionales que justifican su existencia.

La esencialidad de los partidos políticos, en un Estado de derecho, se acentúa aún más cuando se tiene en consideración que ellos representan un instrumento decisivo en la concretización del principio democrático, y expresan, en perspectiva del contexto histórico que condujo a su formación e institucionalización, uno de los medios fundamentales en el proceso de legitimación del poder estatal, en la medida en que el pueblo -fuente de la que emana la soberanía nacional- tiene, en esas agremiaciones, el vehículo necesario para el desempeño de la función política del Estado.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (Pleno), sentencia del 7-2-1996, Acción directa de inconstitucionalidad n° 1396 - SC, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, Brasília, vol. 163, n° 2, febrero de 1998, p. 530.

PENA DE MUERTE. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. FILA DE LA MUERTE. TORTURAS Y

MALOS TRATOS. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 2, 2.3.A, 6, 7, 10.1, 14.3.C, 14.3.G Y 14.5. PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL, ARTS. 4.2, 5.1, 5.2.A Y 5.4. SEGUNDO PROTOCOLO ADICIONAL. INTERPRETACIÓN. CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, ART. 31. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS. AUTOINCRIMINACIÓN. DEBIDO PROCESO ADJETIVO. OBLIGACIONES DEL ESTADO (NACIONES UNIDAS-JAMAICA).

1. Antecedentes del caso: el Sr. Errol Johnson -ciudadano jamaicano- presentó una denuncia ante el Comité de Derechos Humanos en la que sostuvo que los más de diez años en los que estuvo en la sección de condenados a muerte contrariaba el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues constituía un trato o castigo cruel. En apoyo de esta afirmación citó el caso *Pratt e Ivan Morgan c. el Fiscal General de Jamaica*, del Comité Judicial del Consejo Privado inglés (*Privy Council*), del 2-11-1993, y las conclusiones del Tribunal Supremo de Zimbabwe. También alegó haber sido víctima de palizas durante los interrogatorios policiales y a presiones físicas y psicológicas para obtener una confesión de culpabilidad, con menoscabo de los arts. 7, 10.1 y 14.3.g del Pacto; la demora de 51 meses entre su juicio y el rechazo de la apelación, que contrariaba el art. 14.3.c. y 14.5 del Pacto; y que la imposición de la pena de muerte a raíz de un proceso violatorio del Pacto infringía el art. 6.2 de éste. A comienzos de 1996, el delito por el que había sido condenado el requirente (homicidio) fue clasificado como delito que no llevaba aparejada la pena de muerte y, en marzo del mismo año, se le conmutó la pena de muerte por la de reclusión a perpetuidad.

...

2. Examen de la admisibilidad y del fondo del caso (mayoría)

2.1. Antes de considerar reclamación alguna de una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, con arreglo al art. 87 de su reglamento, debe decidir si es o no admisible de conformidad con el Protocolo Facultativo del Pacto.

2.2. El Comité se ha cerciorado, como se requiere en el inc. a) del párrafo 2 del art. 5 del Protocolo Facultativo, que no se haya sometido el mismo asunto a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

2.3. El Comité observa que al ser rechazada en julio de 1992 por el Comité Judicial del Consejo Privado su petición de autorización especial para apelar, el autor ha agotado los recursos internos a los efectos del Protocolo Facultativo. El Comité observa que el Estado parte no ha planteado objeciones a la admisibilidad de la comunicación y que ha hecho llegar sus observaciones en cuanto al fondo a fin de agilizar el procedimiento. El Comité recuerda que el párrafo 2 del art. 4 del Protocolo Facultativo,

establece que el Estado receptor deberá presentar al Comité por escrito explicaciones en cuanto al fondo de una comunicación en el plazo de seis meses de haberse puesto en su conocimiento con ese fin la comunicación. El Comité reitera que ese plazo se puede abreviar, en interés de la justicia, si el Estado parte así lo desea **(c)**. El Comité señala además que el abogado del autor ha aceptado que se examine el caso en cuanto al fondo en esta fase.

3. En consecuencia, el Comité decide que el caso es admisible y procede a examinarlo sin mayor tardanza en cuanto al fondo de las alegaciones del autor, a la luz de toda la información que han puesto a su disposición las partes, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 5 del Protocolo Facultativo.

3.1. El Comité tiene ante todo que determinar si la duración de la detención del autor en la sección de los condenados a muerte desde diciembre de 1983, es decir más de 11 años, constituye una violación del art. 7 y del párrafo 1 del art. 10 del Pacto. El abogado alega que ha habido violación de estos artículos por el simple hecho del prolongado período que el Sr. Johnson ha permanecido recluido en el pabellón de los condenados a muerte de la prisión de distrito de St. Catherine. Aunque la detención en ese pabellón durante más de 11 años es, indudablemente, una cuestión preocupante, la jurisprudencia del Comité sigue siendo que la detención durante un período de tiempo determinado no constituye una violación del art. 7 y del párrafo 1 del art. 10 del Pacto si no existen otras razones imperiosas. El Comité es consciente de que su jurisprudencia ha dado lugar a controversias y desea exponer su posición en detalle.

3.2. La cuestión que debe examinarse es la de si la simple duración del período que el condenado pasa recluido en el pabellón de los condenados a muerte constituye una violación por el Estado parte de sus obligaciones conforme a los arts. 7 y 10 de no someter a una persona a tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. Al examinar esta cuestión deben tenerse en cuenta los siguientes factores:

a) El Pacto no prohíbe la pena de muerte, aunque somete su aplicación a estrictas limitaciones. Puesto que la detención en la sección de los condenados a muerte es una consecuencia necesaria de la imposición de la pena capital, por cruel, degradante e inhumana que parezca, no puede, en sí misma, considerarse como una violación de los arts. 7 y 10 del Pacto.

b) Aunque el Pacto no prohíbe la pena de muerte, el Comité ha mantenido la opinión, reflejada en el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto, de que el art. 6 se refiere también en forma general a la abolición en términos que denotan claramente que ésta es de desear **(d)**. En consecuencia, reducir el recurso a la pena de muerte puede considerarse como uno de los objetivos y propósitos del Pacto.

c) Las disposiciones del Pacto deben interpretarse habida cuenta del objetivo y

propósito del Pacto (art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Puesto que uno de los objetivos y propósitos del Pacto es promover la limitación del recurso a la pena de muerte, debe evitarse en la medida de lo posible una interpretación de una disposición del Pacto que pueda incitar, a un Estado parte que mantenga la pena de muerte, a aplicar esta pena.

3.3. Habida cuenta de lo que precede, el Comité debe considerar las consecuencias de afirmar que la duración de la detención en la sección de los condenados a muerte constituye en sí una violación de los arts. 7 y 10. La primera y más grave consecuencia es que si un Estado parte ejecuta a un recluso condenado después de haber permanecido un período de tiempo determinado en el pabellón de los condenados a muerte no viola sus obligaciones en virtud del Pacto, en tanto que si se abstiene de hacerlo violará el art. 7 del Pacto. Una interpretación del Pacto que conduzca a esta conclusión no puede ser compatible con el objetivo y propósito del Pacto. La mencionada consecuencia no puede evitarse absteniéndose de fijar un período definido de detención en la pena de muerte, transcurrido el cual se presume que la detención en la sección de los condenados a muerte constituye una pena cruel e inhumana. La fijación de una fecha límite agrava ciertamente el problema y da al Estado parte un plazo concreto para ejecutar a una persona si no quiere violar sus obligaciones en virtud del Pacto.

Sin embargo, esta consecuencia no depende del hecho de haber fijado un período máximo permisible de detención en el pabellón de los condenados a muerte, sino de convertir el factor tiempo en sí en el factor determinante. Si el período de tiempo máximo permisible se deja abierto, los Estados partes que traten de no exceder el plazo se verán en la tentación de remitirse a las decisiones del Comité en casos anteriores para determinar cuánto tiempo en el pabellón de los condenados a muerte ha sido considerado permisible por el Comité en el pasado.

3.4. La segunda consecuencia de convertir el factor tiempo en sí en el factor determinante, es decir, en el factor que convierte la detención en la sección de los condenados a muerte en una violación del Pacto, es que transmite a los Estados partes que mantienen la pena de muerte el mensaje de que deben ejecutar la pena capital lo más rápidamente posible una vez que ésta haya sido impuesta. Este no es el mensaje que el Comité debe transmitir a los Estados partes en el Pacto. La vida en el pabellón de los condenados a muerte, por dura que sea, es preferible a la ejecución. Además, la experiencia muestra que los retrasos en la ejecución de la pena de muerte pueden deberse a diversos factores, muchos de los cuales son atribuibles al Estado parte. A veces se suspende la ejecución de la pena de muerte mientras se examina toda la cuestión de la pena capital, otras, el poder ejecutivo del Gobierno aplaza las ejecuciones, aunque no sea políticamente posible abolir la pena de muerte. El Comité debe evitar el establecer una jurisprudencia que debilite la influencia de factores que pudieran muy bien contribuir a

reducir el número de reclusos realmente ejecutados. Debe destacarse que al adoptar la posición que una detención prolongada en el pabellón de los condenados a muerte no puede considerarse en sí un trato o pena cruel e inhumano de conformidad con el Pacto, el Comité no desea dar la impresión de que el hecho de mantener a los reclusos condenados en el pabellón de los condenados a muerte durante muchos años es una forma aceptable de tratarlos. No lo es. Sin embargo, la crueldad del fenómeno del pabellón de los condenados a muerte depende, ante todo y sobre todo, de que se permita la pena capital en virtud del Pacto. Esta situación tiene consecuencias lamentables.

3.5. Finalmente, afirmar que la detención prolongada en el pabellón de los condenados a muerte no constituye en sí una violación de los arts. 7 y 10 del Pacto no significa que otras circunstancias relacionadas con la detención en la sección de los condenados a muerte no puedan convertir esa detención en un trato o pena cruel, inhumano y degradante. La jurisprudencia del Comité ha sido que cuando se demuestra la existencia de razones imperiosas, al margen de la propia detención durante un período de tiempo determinado, esta detención puede constituir una violación del Pacto. Esta jurisprudencia debe mantenerse en los casos futuros.

3.6. En el caso actual, ni el autor ni su abogado han señalado la existencia de razones imperiosas, al margen de la prolongada duración en el pabellón de los condenados a muerte, que conviertan esta detención en una violación de los arts. 7 y 10 del Pacto. En consecuencia, el Comité concluye que no se han violado esas disposiciones.

3.7. En lo que respecta a las denuncias basadas en el art. 7 y en el apartado g) del párrafo 3 del art. 14 del Pacto, a saber: que el Sr. Johnson fue maltratado durante el interrogatorio policial con miras a arrancarle la confesión de culpabilidad, el Comité reitera que dicho precepto, a saber, que toda persona tendrá derecho "a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable", debe entenderse en el sentido de ausencia de coacción física o psicológica directa o indirecta de las autoridades investigadoras sobre el acusado, con miras a obtener la confesión de culpabilidad (e). Si bien la afirmación del autor no fue rechazada por el Estado parte, que prometió investigar la denuncia pero no transmitió sus resultados al Comité, el Comité observa que la afirmación del Comité fue impugnada por la acusación durante el juicio y que su confesión de culpabilidad fue admitida por el juez. El Comité recuerda que debe examinar las denuncias de las violaciones del Pacto a la luz de toda la información escrita que las partes le faciliten (párrafo 1 del art. 5 del Protocolo Facultativo); en el presente caso este material comprende los autos del juicio. Estos documentos revelan que la denuncia del autor fue examinada de modo completo por el Tribunal en una vista preliminar, y 28 páginas de los autos del juicio están dedicadas a esta cuestión. Los autos revelan también que su declaración fue admitida más tarde por el juez después de

ponderar cuidadosamente las pruebas; de modo semejante, el jurado llegó a la conclusión de que la declaración era voluntaria, con lo que hizo suyo el dictamen del juez de que el autor no había recibido malos tratos. No existen elementos en la documentación que permitan al Comité poner en duda la decisión del juez y del jurado. Debe señalarse, además, que en la apelación el abogado del autor aceptó el carácter voluntario de la declaración del Sr. Johnson y lo utilizó para conseguir una reducción de los cargos contra su cliente, que pasaron de delito de homicidio a cuasidelito de homicidio. Sobre la base de lo anterior, el Comité llega a la conclusión de que no hubo violación del art. 7 ni del inciso g) del párrafo 3 del art. 14.

3.8. El autor ha denunciado una violación del inciso c) del párrafo 3 y el párrafo 5 del art. 14 del Pacto, en razón del período excesivamente largo de 51 meses transcurrido entre su condena y la desestimación de su apelación. El Estado parte ha prometido investigar las razones de esta demora pero no ha remitido al Comité sus conclusiones. En particular, no ha demostrado que la demora fuera atribuible al autor o a su representante legal. Es más, el abogado del autor ha proporcionado información según la cual el autor trató activamente de entablar una apelación, y la responsabilidad de la demora en la audiencia de la apelación debe atribuirse al Estado parte. A juicio del Comité, una demora de 4 años y 3 meses en la audiencia de una apelación en un caso de pena capital, salvo circunstancias excepcionales, es excesivamente larga e incompatible con el inciso c) del párrafo 3 del art. 14 del Pacto. En el presente caso no se advierte ninguna circunstancia excepcional que justifique la demora. En consecuencia, en la medida en que la demora no impidió en definitiva un reexamen expeditivo de la condena del autor por el Tribunal de Apelación de Jamaica, el Comité considera que se ha violado el apartado c) del párrafo 5 del art. 14.

3.9. El Comité reitera que la imposición de una pena de muerte al término de un juicio en el que no se hayan respetado las disposiciones del Pacto, y que ya no sea recurrible en apelación, constituye una violación del art. 6 del Pacto. Como el Comité señaló en su Observación General, la norma de que una sentencia de muerte sólo puede imponerse con arreglo a la ley y no en contra de las disposiciones del Pacto, significa que "deben observarse las garantías de procedimiento prescritas en el mismo ..." (f). Dado que la sentencia definitiva de muerte en el presente caso se dictó sin haber cumplido los requisitos de un juicio justo establecidos en el art. 14, procede llegar a la conclusión de que se ha violado el derecho amparado en el art. 6 del Pacto.

4. El Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el párrafo 4 del art. 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dictamina que los hechos que tiene ante sí indican que se ha violado el apartado c) del párrafo 3 y el párrafo 5 del art. 14, y por consiguiente el art. 6 del Pacto.

4.1. Con arreglo al inciso a) del párrafo 3 del art. 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. El Comité, enterado de la conmutación de la pena capital del autor el 16 de marzo de 1995, considera que un recurso entrañaría el estudio por las autoridades de Jamaica, de la posibilidad de una pronta liberación de aquél. El Estado parte está obligado a garantizar que no se produzcan en el futuro violaciones análogas.

4.2. Teniendo presente que, al hacerse parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido o no una violación del Pacto y que, de conformidad con el art. 2 de éste, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionarles un recurso efectivo y aplicable cuando se haya demostrado la existencia de una violación de esos derechos, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas adoptadas para dar efecto al dictamen del Comité.

(c) Véanse, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/50/40)*, vol. II, anexo X.N., comunicación No. 606/1994 (*Francis c. Jamaica*), dictamen aprobado el 25 de julio de 1995, párr. 7.4.

(d) *Ibíd.*, trigésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento No. 40 (A/37/40)*, anexo V, observación general No. 6 (16), párr. 6; véase también el preámbulo del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, encaminado a la abolición de la pena de muerte (resolución 44/128 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1989).

(e) *Ibíd.*, cuadragésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento No. 40 (A/47/40)*, anexo IX.D, comunicación No. 248/1987 (*Campbell c. Jamaica*), dictamen aprobado el 30 de marzo de 1992, párr. 6.7.

(f) *Ibíd.*, trigésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento n° 40 (A/37/40)*, anexo V, párr. 7.

5. Opinión individual de la miembro del Comité Christine Chanet

El desarrollo de su jurisprudencia por decisión mayoritaria del Comité, con motivo de la presente comunicación, me impulsa no sólo a mantener la posición que expuse en el caso *Barrett y Sutcliffe* (comunicaciones Nos. 270 y 271/1988) mediante mi opinión individual (a), sino también a explicarla en más detalle.

El dictamen aprobado en el presente caso lleva a concluir al Comité, que desea seguir siendo coherente, que la sección de los condenados a muerte no es en sí una violación del art. 7 del Pacto, es decir, que no constituye un trato cruel, inhumano o degradante, sea cual fuere la duración de la espera en ella a que se ejecute la sentencia, tanto si son 15 ó 20 años como si son más.

No hay nada en los fundamentos de la decisión adoptada que, salvo que se produzca un cambio absoluto de la jurisprudencia, permita al Comité llegar a otra conclusión, respecto de una duración ilimitada o de varios años.

Los elementos expuestos en respaldo de esta posición son los siguientes:

-el Pacto no prohíbe la pena de muerte;

-si el Pacto no prohíbe la pena de muerte, no se puede prohibir la ejecución de esa pena;

-para proceder a la ejecución, es preciso que transcurra un plazo, en interés del propio condenado, que debe poder agotar los recursos a su disposición;

-el Comité no puede fijar un límite a ese plazo, so pena de correr peligro de provocar una ejecución precipitada. El Comité llega al extremo de decir que la vida en la sección de los condenados a muerte es preferible a la ejecución.

Ahora bien, el Comité, consciente del peligro de que los Estados apliquen de forma maximalista estos considerandos, reconoce que el mantenimiento en la sección de condenados a muerte durante varios años no es una forma de tratar bien al condenado a muerte.

Esta posición es muy discutible, por los siguientes motivos:

-es exacto que el Pacto no prohíbe la pena de muerte;

-es lógico extraer de ello la consecuencia de que tampoco está prohibida la ejecución y de que es, por consiguiente, inevitable la existencia de una sección de condenados a muerte, es decir, de cierta duración previa a la ejecución.

No queda excluido, en cambio, deducir que ninguna duración pueda constituir un trato cruel, inhumano o degradante, al sentar el postulado de que la espera de la muerte es preferible a la propia muerte y de que toda señal en sentido contrario procedente del Comité incitaría al Estado a proceder a una ejecución precipitada.

Este razonamiento peca por exceso de subjetividad por los dos motivos siguientes: si analizamos el comportamiento de los seres humanos, no es excepcional que, por ejemplo, una persona condenada por una enfermedad prefiera quitarse la vida en vez de soportar la espera al desenlace fatal, optando por la muerte inmediata en vez de por la tortura psicológica de la muerte anunciada.

En cuanto al "mensaje" que el Comité se niega a dirigir a los Estados, por temer que si fija un plazo provoque una ejecución precipitada, también en este caso se trata de un análisis subjetivo en la medida en que el Comité anticipa una supuesta reacción del Estado.

A mi parecer, es necesario volver a consideraciones elementales de humanidad y situar de nuevo el debate en el plano jurídico estricto del propio Pacto.

Es inútil tratar de averiguar qué es preferible en este terreno. No cabe duda de que saber que se va a ser objeto de una muerte administrada es una tortura psicológica. Ahora

bien, ¿es una violación del art. 7 del Pacto? ¿Es la sección de los condenados a muerte en sí misma un trato cruel, inhumano o degradante?

Hay autores que lo sostienen. Ahora bien, esta tesis topa con la inexistencia de prohibición de la pena de muerte en el Pacto, aunque el silencio al respecto del Pacto puede dar lugar a interpretaciones, que quedan excluidas en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues el párrafo 1 de su art. 2 contempla explícitamente la pena capital como una derogación admisible del derecho a la vida. La propia existencia del Protocolo Facultativo contradice esta tesis.

Por lo expuesto, creo que no se puede considerar que la sección de los condenados a muerte sea en sí misma un trato cruel, inhumano o degradante. Ahora bien, hay que reconocer que la tortura psicológica inherente a ese tipo de espera, so pena de entrañar una violación del art. 7 del Pacto, debe ser reducida por el Estado al tiempo mínimo necesario para el ejercicio de los recursos.

Así pues, el Estado debe instituir posibilidades de recurso y prescribir plazos razonables para ejercerlos y examinarlos. La ejecución sólo puede ser concomitante al agotamiento del último recurso posible; así, por ejemplo, en el régimen aplicable en Francia antes de la ley que abolió la pena de muerte el 9 de octubre de 1981, se comunicaba el anuncio de la ejecución al condenado en el momento mismo de la ejecución, cuando se le decía: "Su recurso de gracia ha sido desestimado".

No se trata de una fórmula, pues considero que no hay ninguna forma buena de que un Estado ponga fin deliberadamente a la vida de un ser humano, en frío, sabiéndolo éste. Ahora bien, en la medida en que el Pacto no prohíbe la pena capital, no se puede prohibir su aplicación, pero corresponde al Comité de Derechos Humanos velar por que al ejecutar la sentencia no se viole el conjunto de los dispositivos del Pacto.

Es inevitable considerar cada caso en sí mismo: las condiciones de trato físico y psíquico del condenado, su edad y su estado de salud deberán tenerse en cuenta para evaluar el comportamiento del Estado respecto de los arts. 7 y 10 del Pacto. Igualmente, el procedimiento judicial y los recursos posibles deben corresponder a las exigencias del art. 14 del Pacto. Por último, en cada caso, la legislación del Estado, su comportamiento y el del condenado, con otros tantos elementos que permiten determinar si el plazo que separa la condena de la ejecución tiene o no carácter razonable.

Estos son los límites de la subjetividad que puede aplicar el Comité cuando ejerce su control en virtud del Pacto y del Protocolo Facultativo, con exclusión de factores como lo que sea preferible desde la supuesta perspectiva del condenado: la muerte o la espera de ella, o bien el temor a una interpretación abusiva por el Estado del mensaje que transmitirían las decisiones del Comité.

(a) Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de

6. Opinión individual de los miembros del Comité Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Marco Tulio Bruni Celli, Fausto Pocar y Julio Prado Vallejo

El desarrollo de la jurisprudencia del Comité en relación con la presente comunicación nos obliga a expresar opiniones que disienten de las opiniones de la mayoría del Comité. El Comité decidió en varios casos que la detención prolongada en la sección de los condenados a muerte no constituye en sí misma una violación del art. 7 del Pacto y nosotros pudimos aceptar estas decisiones a la luz de las circunstancias específicas de cada comunicación examinada.

Sin embargo, el dictamen aprobado por el Comité en el presente caso revela una falta de flexibilidad que ya no permitiría examinar las circunstancias de cada caso para decidir si, en un caso determinado, la detención prolongada en la sección de los condenados a muerte constituye un trato cruel, inhumano o degradante en el sentido del art. 7 del Pacto. La necesidad de apreciar las circunstancias de cada caso nos impulsa a disociarnos de la posición de la mayoría y a asociarnos a la opinión de otros miembros del Comité que no pudieron aceptar las opiniones de la mayoría, en especial, a la opinión individual formulada por la Sra. Chanet.

7. Opinión individual del miembro del Comité Francisco José Aguilar Urbina

La opinión de mayoría en la presente comunicación me obliga a expresar mi opinión disidente. El Comité ha establecido en su jurisprudencia que el fenómeno del corredor de la muerte no constituye *per se* una violación del art. 7 del Pacto. En repetidas ocasiones el Comité ha sostenido que el mero hecho de encontrarse una persona condenada a muerte no constituye un trato o pena cruel, inhumano o degradante. Algunas veces hemos concordado con esta posición, haciendo la salvedad -como deseamos también dejar claro en esta opinión individual- que consideramos que la pena capital constituye en sí una pena inhumana, cruel y degradante.

En mi opinión, el Comité se equivoca al tratar de mantener su jurisprudencia inflexiblemente, sin precisar, analizar y estimar caso por caso los hechos que se presentan ante él. En la presente comunicación el deseo del Comité de ser coherente con su jurisprudencia anterior lo ha llevado a dictaminar que el fenómeno de la duración en el corredor de la muerte no es en ningún caso contrario al art. 7 del Pacto.

En efecto, la opinión de mayoría pareciera partir de la presunción de que únicamente un revertimiento total de su jurisprudencia podría permitir decidir que una duración excesiva en el corredor de la muerte pudiera conllevar una violación de la

norma mencionada. Para llegar a esa conclusión, la opinión mayoritaria parte de varios supuestos:

1. Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no prohíbe la pena de muerte, aunque la restringe de manera estricta;

2. Que la detención en el "corredor de la muerte" es una consecuencia necesaria de la imposición de la pena de muerte y que sin importar lo cruel, inhumana y degradante que pareciera ser no puede considerarse de por sí como una violación de los arts. 7 y 10 del Pacto;

3. Que mientras que el Pacto no prohíbe la pena de muerte, sí se refiere a su abolición en términos que muestran que tal eliminación es deseable;

4. Que las disposiciones del Pacto deben interpretarse a la luz del objeto y el propósito de ese tratado y que, dado que uno de los objetos y propósitos del Pacto es la reducción en la utilización de la pena capital, cualquier interpretación que pudiera llevar a un Estado a hacer uso de ella debería evitarse.

A partir de esos supuestos, una mayoría de los miembros del Comité ha llegado a ciertas conclusiones, que conllevan en su opinión una no violación de los arts. 7 y 10 del Pacto por parte del Estado objeto de la comunicación:

1. Que un Estado ejecute a una persona condenada a muerte después de que hubiera pasado un tiempo esperando su ejecución no violaría las disposiciones del Pacto, en tanto que aquel que no ejecutara al prisionero violaría las disposiciones convencionales. De ello deduce que solamente podría verse el problema de la duración en el corredor de la muerte si se establece un período perentorio después del cual habría de encontrarse una violación del Pacto;

2. Que al convertir el factor tiempo en el determinante de la violación de la norma convencional se envía un mensaje a los Estados partes que deben ejecutar a los condenados a muerte de manera expedita, una vez que se impusiera la pena capital;

3. Que sostener que una duración prolongada en el corredor de la muerte no constituye *per se* una violación de los arts. 7 y 10 del Pacto, no implica que otras circunstancias conectadas con la detención no la conviertan en una pena cruel, inhumana o degradante.

Si bien concordamos con varios de los razonamientos que utiliza la mayoría, coincidimos únicamente con la última de sus conclusiones. Consideramos que la opinión mayoritaria es discutible:

1. Estamos de acuerdo en que si bien el Pacto no prohíbe la pena de muerte, sí la restringe de manera estricta;

2. Concordamos también en que, como consecuencia de la no prohibición de la pena capital, los Estados partes que aún la retengan como sanción tampoco están impedidos de aplicarla -dentro de los límites estrictos que impone el Pacto- y que la

existencia de un "corredor de la muerte" (o sea, un cierto tiempo entre la imposición de la pena de muerte y la ejecución del condenado) es por lo tanto inevitable;

3. Asimismo, consideramos que es cierto que el Pacto expresa la deseabilidad de abolir la pena de muerte;

4. En ningún caso podríamos negar que las disposiciones del Pacto deben interpretarse a la luz del objeto y el propósito de ese tratado. No obstante, si bien estamos de acuerdo en que uno de los objetos y propósitos del Pacto es la reducción en la utilización de la pena capital, encontramos que ello es una consecuencia precisamente de un propósito mayor, cual es la reducción en el número de causales que puedan conllevar a una condena a muerte y la eventual abolición de la pena de muerte.

En relación con la presente comunicación -y las numerosas que durante la última década se han presentado contra Jamaica-, resulta lamentable que el Estado parte le haya negado al Comité de Derechos Humanos la oportunidad de pronunciarse acerca de la aplicación de la pena de muerte en Jamaica dentro del procedimiento de examen de reportes, al haberse negado a cumplir con su obligación de informar al Comité impuesta por el art. 40 del Pacto durante 10 años (a). Esto quiere decir que durante 15 años el Comité se ha visto impedido de examinar si la imposición de la pena de muerte en Jamaica se da dentro de los límites estrictos que impone el Pacto.

No podemos, sin embargo, estar de acuerdo con la consecuencia a la que la mayoría llega, cual es que es preferible que el condenado soporte estar en el corredor de la muerte, sin importar en ningún caso cuál sea su duración. Las alegaciones de la mayoría son en todo caso subjetivas y no expresan un análisis objetivo de las normas convencionales.

En primer lugar se establece como postulado fundamental que la espera de la ejecución es preferible a la ejecución misma. El razonamiento de la especie no puede ser válido, pues como afirmáramos arriba, comunicaciones como las de la especie sólo pueden verse a la luz de las circunstancias que las rodean, ello es, solamente pueden decidirse caso por caso.

Por otra parte, un alegato como el de la mayoría está imbuido de subjetividad. Se trata de un análisis del comportamiento humano que expresa el sentimiento de los miembros del Comité, pero que no puede aplicarse a rajatabla. Así, no sería extraño que un condenado a muerte que sufriera de una enfermedad terminal o degenerativa prefiriera ser ejecutado que esperar en el corredor de la muerte. No es extraño el caso de personas que cometen asesinatos con el objetivo de que se les imponga la pena capital; para ellos, cada día que pasan en el corredor de la muerte constituye una verdadera tortura.

5. Tampoco puedo estar de acuerdo en que si se estableciera en el presente caso que la duración excesiva que pasara el Sr. Errol Johnson en el corredor de la muerte constituye una violación del Pacto, se estaría enviando un "mensaje" a los Estados partes

en el sentido de que deben ejecutar precipitadamente a todos los condenados a muerte. Nos encontramos aquí de nuevo frente a una apreciación subjetiva de la mayoría, que no expresa un análisis jurídico, sino más bien el sentir de los miembros. Lo que es más, adolece de un problema adicional, cual es que define *a priori* cuál será la conducta de los Estados partes.

A este respecto, también lamentamos que el Estado parte no le haya permitido al Comité examinar cuál es su posición relativa a la imposición de la pena de muerte. Lo que es más, es precisamente este hecho uno de los que nos lleva a disentir de la opinión mayoritaria:

a) No creemos que pueda atribuirse una conducta a futuro a un Estado que se ha negado a cumplir repetidamente con sus obligaciones en relación con el art. 40 (presentación de informes periódicos), en tanto que el Comité no ha podido examinar a sus autoridades precisamente sobre esta cuestión;

b) El resultado final ha sido el de beneficiar a un Estado que durante por lo menos una década se ha negado a cumplir con sus obligaciones convencionales, al darle el beneficio de la duda en cuanto a un comportamiento que debió haber aclarado dentro del procedimiento del art. 40.

No le compete al Comité establecer qué sería preferible en casos semejantes a la presente comunicación. Tampoco le toca convertir a esta comunicación en un mero caso hipotético, a fin de provocar comportamientos de una u otra especie por parte de funcionarios estatales indeterminados. Toda consideración debe referirse a los hechos concretos referentes a la prisión del Sr. Johnson.

Además, cualquier decisión sobre la presente comunicación debe tomarse en un plano estrictamente jurídico. No cabe duda que la certeza de la muerte constituye una tortura para la mayoría de las personas; los condenados a muerte se encontrarían, también mayoritariamente, en una posición similar. A pesar de que como convicción filosófica sostenemos que la pena de muerte, y por lo tanto sus corolarios (la condena y la espera de la ejecución), constituyen penas inhumanas, crueles y degradantes, debemos preguntarnos si esos hechos -y para el caso de especie, el fenómeno del corredor de la muerte- establecen violaciones del Pacto.

Cualquier consideración se encuentra con que el Pacto no prohíbe la pena de muerte. Por tal razón, no puede sostenerse que el fenómeno del corredor de la muerte constituya en sí mismo un trato cruel, inhumano o degradante. No puede tampoco prohibirse la aplicación de la pena capital.

Sin embargo, todo Estado parte debe reducir a un mínimo la tortura psicológica que implique la espera de la ejecución. Ello quiere decir que el Estado debe garantizar que se reducirá al mínimo necesario el sufrimiento que deban soportar en espera de la ejecución.

Al respecto debe garantizarse:

1. Que el procedimiento judicial en el cual se determina la culpabilidad del condenado a muerte cumple con todas las exigencias que establece el art. 14 del Pacto;
2. Que el imputado pueda hacer uso efectivo de todas las vías de recurso necesarias, antes de que se demuestre sin lugar a dudas su culpabilidad;
3. Que se prescriban plazos razonables para la interposición de esas vías de recurso y para su examen por tribunales independientes;
4. Que la ejecución no se llevará a cabo sino después de agotada la última vía de recurso de que disponga el imputado y de que la sentencia en que se establezca la pena de muerte haya adquirido el carácter de cosa juzgada material;
5. Que en todo momento en que el condenado esté en espera de la ejecución se le tratará con la debida humanidad, lo que incluye el que no se le sujete innecesariamente a la tortura que implica la espera de la muerte.

Por lo tanto, corresponde al Comité de Derechos Humanos garantizar que las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se violen como consecuencia de la ejecución de la sentencia. Por ello, insistimos, el Comité debe necesariamente hacer una apreciación de las circunstancias caso por caso. El Comité debe establecer cuáles han sido las condiciones a que ha estado sujeto el condenado, tanto psíquicamente como físicamente, para establecer si el comportamiento de las autoridades estatales es conforme a las disposiciones de los arts. 7 y 10 del Pacto.

Así las cosas, el Comité debe establecer si la legislación y las acciones del Estado, así como el comportamiento y las condiciones del condenado a muerte, permiten establecer si el plazo que separa a la firmeza de la sentencia condenatoria de la ejecución reviste tal carácter razonable que no implique una violación del Pacto. Son esos los límites dentro de los cuales compete al Comité de Derechos Humanos establecer el cumplimiento o la violación de las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(a) Jamaica debió haber presentado su segundo informe periódico el 1° de agosto de 1986 y el 3 de agosto de 1991.

Nota de la Secretaría: en cuanto a la duración de la detención en el pabellón de los condenados a muerte, v., asimismo: Comunicación n° 527/1993 (*Utton Lewis c. Jamaica*), dictamen aprobado el 18 de julio de 1996, párr. 6.9; Comunicación n° 596/1994 (*Dennie Chaplin c. Jamaica*), dictamen aprobado el 2 de noviembre de 1995, párr. 8.1; Comunicación 597/1994 (*Peter Grant c. Jamaica*), dictamen aprobado el 22 de marzo de 1996, párr. 6.7; Comunicación n° 598/1994 (*Carl Sterling c. Jamaica*), dictamen aprobado el 22 de julio de 1996, párr. 8.1; Comunicación n° 599/1994 (*Wayne*

Spence c. Jamaica), dictamen aprobado el 18 de julio de 1996, párr. 7.1; y Comunicación n° 600/1994 (*Dwayne Hylton c. Jamaica*), dictamen aprobado el 16 de julio de 1996, párr. 7.2., en *op. y loc. cit.*s, *infra*, pp. 91, 198, 206, 214, 220 y 225, respectivamente.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), Comunicación n° 588/1994, *Errol Johnson c. Jamaica*, dictamen aprobado el 22 de marzo de 1996, 56° período de sesiones (no intervino Laurel Francis), Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n° 40 (A/51/40), Informe del Comité de Derechos Humanos, vol. II, Nueva York, 1997, p. 175.

PODER LEGISLATIVO. FACULTADES. DESACATO. CONTROL JUDICIAL. DERECHO DE DEFENSA. LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ZAMBIA).

1. Antecedentes del caso: el director ejecutivo y el editor del diario *Post* publicaron una serie de artículos criticando al Presidente y Vicepresidente de la Asamblea Nacional, por haber realizado comentarios críticos sobre los jueces de la Suprema Corte. Sin someterlos a ningún tipo de juicio, el *Standing Orders Committee* de la Asamblea los declaró culpables de desacato flagrante y de violación al privilegio parlamentario, y los condenó a prisión. En estas circunstancias, los sancionados interpusieron un hábeas corpus ante la Suprema Corte.

2. Sentencia:

a) Los tribunales superiores tienen poder para revisar las acciones del Parlamento, no obstante lo dispuesto por la sec. 34 de la *National Assembly (Powers and Privileges) Act*, según la cual "ni la Asamblea, ni su Presidente ni ningún funcionario estará sujeto a la competencia de ningún tribunal en relación al ejercicio de algún poder conferido o investido en la Asamblea, en su Presidente o en algún funcionario por o en términos de la Constitución, las *Standing Orders* y este Acta". Esta supuesta cláusula de exclusión sólo se refiere a los procesos internos del Parlamento e, incluso en ese área, los tribunales podrían intervenir para resolver los conflictos que se susciten entre el Parlamento y una persona perjudicada.

b) El Parlamento no es un tribunal judicial porque, a diferencia del Parlamento inglés, no cumple ninguna función de esa naturaleza.

c) El Parlamento tiene un poder inherente para enviar a prisión a cualquier persona que encuentre culpable de desacato al Poder Legislativo o de violar sus privilegios. Sin

embargo, debe hacerlo a través del procedimiento adecuado. En este caso, al condenar y sentenciar a los peticionantes *in absentia*, violó las reglas de justicia natural, por lo que se ordena su liberación.

SUPREMA CORTE DE ZAMBIA, sentencia [1996] 1 LRC 584, *M'membe and Mwape v. Speaker of the National Assembly and Others*, en *Journal of African Law*, vol. 42, n° 1, 1998, p. 138.

POLITICA ECONOMICA. AJUSTES. SERVICIOS PUBLICOS. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. APLICACIÓN DIRECTA. EDUCACION. POBREZA (NACIONES UNIDAS-HOLANDA).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité) advierte que la política de ajuste estructural adoptada por el gobierno ha hecho descender el nivel de vida de los grupos de menores ingresos. La reducción de los servicios y subsidios que el Estado proporcionaba ha tenido efectos negativos en materia de salarios, salud, seguridad social y educación. Esta política no se ha alterado a pesar del crecimiento económico registrado en los últimos cuatro años. Pero el Comité toma nota que el gobierno afirma que proseguirá sus intentos en atenuar los daños que ha causado o pudiera causar entre los sectores más vulnerables de la sociedad.

De acuerdo con su Observación general 3, el Comité considera que como mínimo ciertas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales podrían ser aplicadas directamente tanto en el derecho como en la política. Por tanto, no puede aceptar la afirmación del representante del Estado parte de que el Pacto no es de aplicación directa por motivos esencialmente técnicos.

El Comité manifiesta su preocupación por las consecuencias de la Ley de Derechos de Matrícula que ha propiciado el aumento constante del costo de la educación. Los aumentos son contrarios al principio de igualdad de oportunidades para hijos de familias ricas y pobres por lo que el Gobierno debería tomar medidas apropiadas para paliar dichos efectos adversos o ponerles término.

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Naciones Unidas), 15-5-1998, Observaciones finales al segundo informe periódico del Reino de los Países Bajos, E/C.12/1/Add.25, del 16-6-1998.

PRESIDENTE DE LA NACION. FACULTADES (MÉXICO).

El presidente de la República tiene la facultad reglamentaria que le otorga el art. 89, fracción I, de la Constitución, la que incluye la de crear autoridades que ejerzan las atribuciones asignadas por la ley de la materia a determinado organismo de la administración pública; igualmente, se encuentra dentro de dicha facultad determinar las dependencias u órganos internos especializados a través de los cuales se deben ejercer las facultades concedidas por la ley a un organismo público, pues ello significa proveer a la exacta observancia de la ley reglamentada. Además, al tratarse de un organismo que forma parte de la administración pública, aun cuando sea un órgano descentralizado, es precisamente el presidente de la República, el titular de esa administración, quien constitucionalmente está autorizado para determinar los órganos internos que ejercerán las facultades otorgadas por la ley, a efectos de hacer posible el cumplimiento de ésta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE MEXICO (Sala Segunda), 2a./J. 68/97 del 19-11-1997, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Epoca, Tomo VII, enero 1998, p. 390.

PRISION PREVENTIVA. DURACIÓN. RAZONABILIDAD. JUSTIFICACIÓN. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 7.5 Y 8.2 (CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: desde el mes de octubre de 1993, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) recibió numerosas denuncias contra el Estado argentino, que tienen como denominador común la excesiva duración de la prisión preventiva para las personas sometidas a proceso criminal sin sentencia. Ante la Comisión se encuentran en trámite un total de 23 casos, los que han sido acumulados, dado su identidad material, para su consideración conjunta. A la fecha del presente informe, 12 de los 23 peticionarios se hallan en libertad por aplicación del sistema de cómputo previsto en la ley 24.390 (arts. 1, 2 y 7, v. **Nota de la Secretaría**), vigente desde noviembre de 1994.

2. Informe:

2.1. Consideraciones generales

La situación jurídica de la persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa: existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse la

culpabilidad. Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad, agregándose el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta situación. En este contexto es posible apreciar la gravedad que reviste la prisión preventiva, y la importancia de rodearla de las máximas garantías jurídicas para prevenir cualquier abuso.

Los peticionarios denuncian que la prisión preventiva y las demoras excesivas de sus procesos criminales constituyen una violación del derecho a la libertad personal consagrado en el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención): "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia a juicio".

Asimismo, el derecho al levantamiento de la prisión preventiva luego de transcurrido un cierto tiempo se encuentra garantizado por el art. 8.2 de la Convención: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...".

2.1.1. Duración de la prisión preventiva

El derecho a la presunción de inocencia requiere que la duración de la prisión preventiva no exceda el plazo razonable mencionado en el art. 7.5 ya que, de lo contrario, dicha prisión adquiere el carácter de una pena anticipada, y constituye una violación del art. 8.2.

El origen del plazo previsto en el art. 1 de la ley 24.390 se encuentra regulado en el Código de Procedimientos en Materia Penal argentino, vigente hasta setiembre de 1992. El art. 379 del citado cuerpo legal, referido a los casos en que el juez puede conceder la excarcelación del procesado, establece en su inc. 6: "Cuando el tiempo de detención o prisión preventiva hubiesen superado el término establecido en el art. 701, que en ningún caso deberá ser superior a los dos años".

Dispone el art. 701 cit. que todas las causas deberán concluir totalmente dentro del plazo de dos años, sin computar "...las demoras causadas por articulaciones de las partes, diligenciamiento de oficios o exhortos, realización de peritaciones u otros trámites necesarios cuya duración no depende de la actividad del juzgado".

El sistema vigente antes de promulgarse la ley 24.390, otorgaba al juez la facultad de conceder la excarcelación de acuerdo a las normas de la sana crítica. Tal facultad estaba complementada por lo dispuesto en el art. 380 del mencionado código: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá denegarse la excarcelación cuando la objetiva valoración de las características del hecho y las condiciones personales del

imputado permitieran presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia".

2.1.2. Razonabilidad del plazo

La Comisión considera que el plazo razonable para la prisión preventiva no puede ser establecido en abstracto, y por lo tanto el período de dos años establecido por el art. 379, inc. 6, del Código de Procedimientos en Materia Penal y en la ley 24.390 no corresponde en forma literal a la garantía del art. 7.5 de la Convención. Sin perjuicio de ello, coincide con la postura del gobierno argentino en el sentido de que la razonabilidad debe estar fundada en la prudente apreciación judicial.

La determinación de la razonabilidad del plazo corresponde al juzgado que entiende en la causa. En principio, la autoridad judicial tiene la obligación de asegurarse de que la prisión preventiva de un acusado no exceda un plazo razonable, por lo que debe analizar todos los elementos relevantes a efectos de determinar si existe una necesidad genuina de mantener la prisión preventiva, y manifestarlo claramente en sus decisiones referentes a la excarcelación del procesado.

Al respecto, es oportuno recordar que la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que la determinación del plazo razonable de la prisión preventiva debe basarse en las razones proveídas por las autoridades judiciales para la detención, y en los hechos no controvertidos que hayan sido presentados por los acusados para desvirtuar lo decidido por dichas autoridades. Asimismo, en el caso *Stögmüller*, dicha Corte manifestó: "...el examen de la observancia del artículo 53, parágrafo 3 de la Convención carecería de sentido si la Corte no pudiera evaluar libremente, en base a los factores determinados por las peticiones y apelaciones, si la prolongación de la detención ha sido razonable de acuerdo al significado de (dicho artículo)..." (sentencia del 10-11-1969, Serie A, vol. 9).

2.2. Análisis de la Comisión

La Comisión ha desarrollado un estudio de dos aspectos para determinar si la prisión preventiva, en un caso específico, constituye una violación del derecho a la libertad personal y de las garantías judiciales consagradas por la Convención. En primer lugar, las autoridades judiciales deben justificar la medida mencionada de conformidad con alguno de los criterios establecidos por la Comisión y, en segundo término, cuando la Comisión decide que tal justificación existe, debe proceder a examinar si tales autoridades han empleado la debida diligencia en las respectivas actuaciones, a fin de que la duración de la medida no resulte irrazonable.

La Comisión ha revisado su propia jurisprudencia y la de los órganos internacionales de derechos humanos para establecer las razones legítimas que pudiesen justificar la prisión preventiva de una persona durante un plazo prolongado, pero tiene la

convicción de que en todos los casos deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual.

2.2.1. Justificaciones: a) presunción de que el acusado ha cometido un delito, b) peligro de fuga, c) riesgo de comisión de nuevos delitos, d) necesidad de investigar y posibilidad de colusión, e) riesgo de presión sobre los testigos, y f) preservación del orden público.

2.2.2. Conducción del procedimiento

Luego de considerar que las razones expuestas por las autoridades nacionales son suficientes y relevantes para justificar la continuación de la prisión preventiva, la Comisión analiza la debida diligencia en la sustanciación de los procedimientos. A tal fin, deben ser tenidas en cuenta la complejidad e implicancias del caso, sumadas a la conducta del acusado.

No obstante, aun cuando se reunieran todos estos elementos, debe demostrarse que la conducta del detenido ha sido la causa fundamental de la demora en el procedimiento. En efecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, el 12 de diciembre de 1992, sostuvo en *Toth* (Serie A, vol. 224) que aunque el caso era complejo y el peticionario apeló en diversas oportunidades, la prolongada duración de los trámites no podía atribuirse directamente a dicha causa. Por el contrario, la demora se habría debido a las reglas de procedimiento de las cortes austríacas, que tuvieron efecto suspensivo sobre las investigaciones en diversas oportunidades. La Corte sostuvo que los procedimientos que ocasionaban el retraso en la liberación del acusado no eran compatibles con el derecho a la libertad garantizado por la Convención Europea en la materia.

2.3. Conclusiones y recomendaciones

El gobierno argentino ha dado una muestra inequívoca de buena voluntad al reglamentar el art. 7.5 de la Convención. La Comisión reconoce el resultado positivo de tal iniciativa, concretamente respecto a las personas que han presentado denuncias contra dicho Estado y que han sido posteriormente excarceladas en virtud de la aplicación de la ley 24.390.

No obstante, debe señalarse que la reforma legislativa no ha bastado para hacer plenamente efectivos los derechos y libertades establecidos en la Convención.

Por tanto, la Comisión concluye que el Estado argentino ha violado el art. 7.5 de la Convención, respecto al derecho a la libertad personal de los procesados que han sido retenidos en prisión preventiva más allá de un plazo razonable, por no haber empleado la debida diligencia en los procedimientos respectivos.

Nota de la Secretaría: ley 24.390, art. 1, expresa: "La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente

complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, ésta podrá prorrogarse un año más por resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación que correspondiese para su debido contralor"; art. 2: "Los plazos previstos en el artículo precedente serán prorrogados por seis meses más cuando los mismos se cumpliesen mediando sentencia condenatoria y ésta no se encuentre firme"; art. 7: "Transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión".

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Informe 2/97 del 11-3-1997, casos: 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.247, 11.248, 11.249, 11.251, 11.254, 11.257, 11.258, 11.261, 11.263, 11.305, 11.320, 11-326, 11.330, 11.499 y 11.594 - Argentina", en *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 1998, p. 246.

PRISION PREVENTIVA. REQUISITOS. *FUMUS BONI IURIS*. *PERICULUM IN MORA*. HÁBEAS CORPUS (EL SALVADOR).

1. Antecedentes del caso: WDEM fue capturado en flagrancia al habersele encontrado en su poder una granada M-67 y un arma de fuego. Luego de haberse recogido la prueba judicialmente, el Juez de primera instancia en lo Penal dictó una medida cautelar de privación de la libertad al considerar probados los extremos procesales del delito. VLE, madre del imputado, interpuso un recurso de hábeas corpus ante la Sala en lo Constitucional de la Corte Suprema, con base en que la libertad de WDEM había sido denegada a pesar de no haber pruebas en su contra. Admitida la solicitud y nombrado el Juez Ejecutor, éste informó a la Corte que, de acuerdo con diversas pruebas (peritajes y testimonios), el cuerpo del delito estaba probado, que el juez había analizado la causa y resuelto conforme a derecho, y que al imputado no se le había quebrantado ninguna garantía para proceder a su detención. La Sala, asimismo, formuló requerimientos al Juez Penal sobre la aplicación de la Ley de Emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado, en relación al control difuso de constitucionalidad que regula la norma fundamental en su art. 185.

2. Sentencia:

Los artículos de la mencionada Ley de Emergencia utilizados por la autoridad judicial regulan, por un lado, la infracción penal objeto de análisis en el presente proceso

y, por el otro, los requisitos de la detención provisional por los delitos que prevé dicha Ley. En este último aspecto establece que, para decretar la detención provisional, bastará que haya elementos de juicio suficientes para estimar que el imputado tuvo participación en el delito, lo cual da amplias facultades para establecer una detención provisional, atentándose contra el principio de libertad de los imputados sujetos a esa ley.

Lo correcto, de acuerdo a diversa jurisprudencia de la Sala, es reunir los presupuestos básicos de la medida cautelar, entre los que se encuentra el *fumus boni iuris*, o apariencia del buen derecho, que consiste "...en un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de la pena...".

Significa, entonces, que en el ordenamiento jurídico dicho extremo doctrinario se encuentra plasmado en los requisitos del art. 247 del procedimiento penal, es decir, el cuerpo del delito y la participación delictual del imputado -extremos de la imputación-, que constituye el primer elemento o requisito para decretar la detención provisional del procesado; no basta, en consecuencia, que haya "elementos de juicio", como refiere el art. 247 y la Ley de Emergencia, sino que para adoptar la medida cautelar debe cumplirse también el segundo requisito procesal, pues la detención provisional en tanto medida cautelar tiene como finalidad garantizar la eficacia del proceso con el objeto de no incurrir en infracciones constitucionales v. gr., la presunción de inocencia, libertad, juicio previo y defensa del procesado.

El segundo de los presupuestos, el *periculum in mora*, viene representado tanto por el peligro de fuga como por el peligro de obstaculización del proceso que, consecuentemente, harían imposible la eficacia del proceso penal y la ejecución de la posible pena a imponer. Para apreciar este presupuesto deben concurrir criterios tanto objetivos -referentes al hecho punible atribuido al procesado, la gravedad del hecho, las circunstancias coincidentes en su realización, las formas perfectas o imperfectas de la comisión del delito, etc.-, como subjetivos, relacionados con la persona del imputado -tales como los grados de participación del autor, antecedentes policiales, delincuenciales, reincidencia, habitualidad, etc.-. No obstante cumplirse en apariencia la fundamentación de la medida cautelar, el juez de la causa no se ha pronunciado sobre este segundo presupuesto, limitándose únicamente a enumerar las pruebas en forma mecánica.

La adopción de la medida cautelar debe ser, como requisito sine qua non motivada y no solamente dictada, haciendo un resumen de la prueba y de las disposiciones aplicables al caso en análisis sin hacer la valoración correspondiente y aplicando los principios de la sana crítica.

Por ende, existiendo infracción constitucional por parte del Juez Penal, se decreta la libertad de WDEM, previa fijación de otra medida cautelar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (Sala de lo Constitucional), sentencia del 15-10-1996, 9-E-96, en *Revista de Derecho Constitucional*, Edición 1996, San Salvador, n° 21, octubre-diciembre, p. 117.

PRIVATIZACIONES. FUNCIONARIOS PUBLICOS. CARÁCTER (ITALIA).

La transformación de los entes públicos en sociedades por acciones y la sucesiva transmisión a personas privadas de las acciones de dichas sociedades, no importa por sí sola la pérdida de la calificación de oficiales públicos o encargados de un servicio público respecto de sus dependientes, dado que el ente continúa dirigido por normas de derecho público y persigue una finalidad pública, aunque con instrumentos privatísticos propios de las sociedades por acciones. La valoración de la calificación publicística debe ser hecha en concreto, de manera que los directivos de dichos entes públicos, que concurren a una deliberación que incide sobre el programa de actividad del ente, con la consiguiente repercusión organizativa y financiera, son oficiales públicos en cuanto concurren a la formación de la voluntad del ente.

CORTE SUPREMA DE ITALIA (Sala Sexta), sentencia del 12-11-1996, *Rapisarda ed altri*, en *Cassazione Penale*, Ed. A. Giuffrè, Milán, enero 1998, vol. 38, n° 1, p. 73, con comentario de **MARRA, Giuseppe**, pp. 73/88.

RECURSO DE CASACION. CUESTIONES DE HECHO (URUGUAY).

El sistema previsto por los arts. 140 y 141 del Código General del Proceso otorga una facultad discrecional, aunque no arbitraria, a los tribunales de mérito respecto de la valoración de la prueba, que sólo por excepción es examinable en grado de casación, en hipótesis de conclusiones absurdas o arbitrarias, que claramente quebranten las leyes de la lógica y del correcto entendimiento humano.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY, sentencia del 6-5-1998, n° 67, autos *Berrutti Bach, Myriam y Martínez Seijo, José c. Casa de Galicia y Quadrelli, Roberto s/ daño moral*, ficha 539/96.

RESPONSABILIDAD CIVIL. CONCESIONARIO DE SERVICIOS PÚBLICOS. AUTOPISTAS. FALTA DE MANTENIMIENTO (FRANCIA).

La sociedad concesionaria de una autopista es responsable por falta de mantenimiento cuando no ha tomado ninguna precaución particular para evitar que, después de la hora de cierre del lugar en que se realizan los trabajos, las balisas de éste puedan ser desplazadas o tiradas.

En este sentido, no puede hacerse valer que la vigilancia sobre el tramo en el que se produjo el accidente estaba asegurada, ni que la balisa en cuestión habría sido arrastrada por un vehículo no identificado.

CORTE ADMINISTRATIVA DE APELACION DE MARSELLA, sentencia del 18-11-1997, *Société de l'autoroute Estérel Côte d'Azur c. Guérin*, en *Recueil Dalloz*, París, 1998, n° 28, p. 373.

REFERENDUM (HUNGRÍA).

En el caso en que las condiciones requeridas por la Constitución para celebrar un referéndum obligatorio son cumplidas, este tipo de referéndum debe tener prioridad no sólo sobre el ejercicio del poder a través de la representación sino también sobre otro tipo de referéndum.

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRIA, sentencia del 14-10-1997, 52/1997, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 413.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. CRITERIOS. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA (COSTA RICA).

1. Antecedentes del caso: el vehículo del actor, cuando éste intentó adelantarse a otro rodado, cayó en un hueco del camino, que se encontraba lleno de agua y barro, lo que afectó la dirección y visibilidad, produciéndose la caída en otros huecos y, finalmente, el vuelco del automóvil. En la zona del accidente, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes había ordenado la realización de tareas de bacheo, para lo cual había contratado a una empresa, la que realizó los mencionados huecos. En el lugar no existían señales de prevención. En la demanda, por los daños y perjuicios derivados de

los daños del automotor, se reclamó la responsabilidad solidaria del Estado y la empresa. El juzgado y el Tribunal Superior condenaron a ambos demandados. El Estado planteó un recurso ante la Corte Suprema, en el que alegó la violación del art. 1048.3 del Código Civil, ya que el Estado tuvo el cuidado de escoger una empresa ampliamente reconocida por su experiencia y el alto nivel de sus profesionales en la tarea de reparar carreteras. La responsabilidad de los contratistas -afirmó- no se transmite al Estado. La negligencia de la empresa de no tomar todas las previsiones que le estaban impuestas no puede llevar a que el Estado resulte castigado y responsabilizado.

2. Sentencia:

Los conceptos de responsabilidad de la Administración Pública y del deber de indemnizar han evolucionado mucho en el derecho occidental. En la antigüedad no se concebía la responsabilidad estatal proveniente del daño o el perjuicio que la actividad de la Administración o de sus agentes pudiera producir a los administrados. Más tarde se admitió, en ciertos casos, la responsabilidad de los funcionarios y se reconocieron algunos derechos al individuo frente al Estado. Luego aparecieron las teorías de los actos de gestión y de autoridad. Posteriormente, fueron abandonadas estas teorías para entrarse a analizar la responsabilidad del Estado, merced a lo cual se llegó a la conclusión de que todo acto administrativo puede entrañar una responsabilidad estatal, pero ella se subordinó a la existencia de una falta de servicio. Se estableció que existía falta de servicio si al cumplirse la función se causaba un daño. Ello, aun cuando el funcionario ejerciere su labor como tal, si al hacerlo actuó con negligencia, o incurriendo en omisiones o errores vinculados al servicio, o cuando no se cumplía la función debiendo realizarse, o se efectuaba en forma tardía. Quedó establecida, además, la falta del funcionario o falta personal, que es aquella en que se incurre cuando éste se extralimita en sus atribuciones. Luego se aceptó que ambas faltas podían coexistir y, además, concurrir a la producción de un daño si la falta personal estaba ligada a la ejecución de un servicio público. Por último, se arriba a la última etapa de la evolución, para reconocer la responsabilidad de la Administración por razón del simple funcionamiento del servicio, sin necesidad de probar la culpa del funcionario encargado de su prestación.

La Ley General de Administración Pública fue promulgada en el año 1978. El hecho a que se refiere el sub júdice acaeció mucho antes de su vigencia, en el año 1972. En ese entonces la responsabilidad de la Administración encontraba su asidero en los arts. 1045 y siguientes del Código Civil, régimen al que también están sometidos los administrados. Sin embargo, en relación con los hechos acaecidos con anterioridad a la citada ley, como el que aquí se conoce, es posible engarzar la responsabilidad que de ellos proviene -y darle la extensión que la evolución del concepto ha sufrido en otros países-, en el art. 9 de la Constitución Política, al establecer éste que: "El Gobierno de la

República es popular, representativo, alternativo y responsable". Tal norma halla su complemento en el art. 41 ibídem que establece el derecho de indemnización por los daños recibidos en la persona, propiedad o intereses morales.

De esos preceptos constitucionales deriva una especie de responsabilidad objetiva de la Administración.

Ahora, si se relaciona esto último con el párrafo 4to. del art. 1048 del Código Civil que recoge la teoría del riesgo creado y establece la responsabilidad de aquellas empresas o entidades que se dediquen a la explotación de minas, fábricas, establecimientos de electricidad, industriales o de construcción, procede atribuir tal responsabilidad a la Administración, pues ésta suele desarrollar también esas actividades, al igual que los administrados.

De la relación de las normas anteriores con los arts. 4.4 y 9 del Código Municipal, que garantizan eficientes servicios de construcción, reparación, limpieza de calles y otras vías públicas por parte de la Municipalidad, y del art. 2 de la Ley General de Caminos Públicos que establece la obligación de los municipios en el mantenimiento de las calles de su jurisdicción, se extrae la responsabilidad que la Administración Municipal tiene en este caso concreto.

Para un caso en el que se analizó un hecho posterior a la entrada en vigencia de la Ley General de la Administración Pública (sentencia n° 132), se dijo: "Nuestra Ley General de la Administración Pública n° 6227 ...conforme lo señala la sentencia de esta Sala n° 81 del año 1984, ... recogió los principios más modernos ... sobre la responsabilidad extracontractual de la Administración, para establecer así la responsabilidad directa del Estado, sin necesidad de probar previamente que el daño se produjo por culpa del funcionario o de la Administración, exigiendo para la procedencia de la indemnización que el daño sufrido sea efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo (art. 196). Estableció que la Administración sería responsable por todos los daños que causara su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero (art. 190); y la obligación de reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aun cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión (art. 191)..."

De conformidad con el art. 190 de la Ley General de la Administración Pública, el Estado debe indemnizar los daños y perjuicios que se le causaron a los actores con motivo del accidente acaecido, por lo cual no procede detenerse en este caso en el análisis de si el Estado escogió bien o mal a la persona que estaba realizando los trabajos en la carretera donde se produjo el accidente a que se refiere este proceso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA (Sala Primera), sentencia del 23-8-1991, n° 136, *Proceso contencioso administrativo de M.A.M.Q. y otra contra el Estado y otra*, en *Revista Judicial*, n° 62, Año XIX, Corte Suprema de Justicia, San José, febrero 1997, p. 197.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. HOSPITALES PÚBLICOS (FRANCIA)

1. Antecedentes del caso: un hospital público impugnó la condena a pagar a la Sra. M los perjuicios sufridos por la muerte de su hijo, producida a consecuencia de una operación de circuncisión ritual, practicada con anestesia general, en dicho establecimiento.

2. Sentencia:

Cuando un acto médico necesario para el diagnóstico o el tratamiento de un paciente presenta un riesgo cuya existencia es conocida pero su materialización es excepcional, y ninguna razón permite pensar que el paciente esté particularmente expuesto a dicho riesgo, la responsabilidad del servicio público hospitalario resulta comprometida si la ejecución de dicho acto es la causa directa del daño sin relación con el estado inicial del paciente ni con la evolución previsible de ese estado, que presenta un carácter de extrema gravedad.

La Corte administrativa de apelaciones después de haber considerado soberanamente que el deceso se produjo a consecuencia de un coma prolongado, seguido de un paro cardíaco, del que fue víctima el menor en el curso de una operación de circuncisión con anestesia general, juzgó que el riesgo inherente a las anestесias generales y las consecuencias de este acto respondían a las condiciones antes mencionadas. De tal manera, dicha Corte no ha cometido error de derecho, máxime que el acto médico fue practicado en una operación desprovista de fines terapéuticos.

La Corte tampoco ha cometido dicho error al conceder la indemnización aun cuando la responsabilidad del hospital estaba comprometida sin culpa.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 3-11-1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, en *Revue française de droit administratif*, París, nro. 1, ene.-feb. 1998, p. 96, con las conclusiones del Comisario de Gobierno en pp. 90/96.

SALARIOS. MODIFICACIÓN POR EL EMPLEADOR (FRANCIA).

La remuneración de un asalariado constituye un elemento del contrato de trabajo que no puede ser modificado por el empleador sin el acuerdo del primero, siendo irrelevante que el empleador pretenda que el nuevo modo de determinación sería más ventajoso.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Social), sentencia del 28-1-1998, *Société Systia informatique c. M. Eric Bernard*, en *Droit Social*, Ed. Techniques et Economiques, París, n° 6, junio 1998, p. 528. Véase, en sentido análogo, la sentencia del caso *M. André Hertzberg c. Société Bata-Hellocout*, y, asimismo, **COUTURIER, Gérard**, "La rémunération élément du contrat de travail", en *op. y loc. cit.*, pp. 529 y 525, respectivamente.

SENTENCIA. SUSPENSIÓN DE SU EJECUCIÓN POR EL PODER LEGISLATIVO. DIVISION DE PODERES (LITUANIA).

1. Antecedentes del caso: un grupo de miembros del Seimas impugnó ante la Corte Constitucional, la ley que suspendía determinadas decisiones dictadas por la justicia y que habían pasado en calidad de cosa juzgada.

2. Sentencia:

La ley viola la disposición constitucional según la cual la justicia es dictada por los tribunales. Esta ingerencia del Seimas en la actividad judicial viola el principio constitucional de la independencia de la justicia y el principio de separación de los poderes.

La ejecución de las decisiones judiciales pasadas en calidad de cosa juzgada está garantizada por el Estado. Dichas decisiones se imponen, entonces, a todos los órganos del Estado y autoridades administrativas, así como a todas las personas morales y físicas.

La adopción y ejecución de las mencionadas decisiones traduce en los hechos el principio de justicia e instaura y confirma la estabilidad de las relaciones jurídicas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LITUANIA, sentencia del 13-11-1997, Suspensión de la validez de leyes, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 427.

SERVICIO MILITAR. LIBERTAD DE EXPRESION (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-GRECIA).

1. Antecedentes del caso: el denunciante, teniente segundo de conscriptos, descubrió durante su servicio diversos abusos cometidos contra conscriptos, por lo cual entró en conflicto con sus superiores y se le iniciaron procesos criminales y disciplinarios, de los cuales el primero termino en absolución. Como resultado de los procedimientos disciplinarios tuvo que servir durante un tiempo adicional en el ejército. Asimismo, por no retornar a su unidad luego de una licencia de veinticuatro horas, fue declarado desertor y le fueron formulados cargos penales. Con posterioridad, el requirente envió una carta a su oficial de comando en la que expresaba, por un lado, su visión del servicio militar -al que consideraba responsable por crímenes y agresiones en la sociedad y contrario a la paz- y, por el otro, que se negaba a usar un uniforme militar y prestaba su apoyo a los objetores de conciencia (se alegó que sólo se le había entregado una copia de esta carta a un colega oficial de reserva). La oficina de Comando instruyó nuevos procedimientos criminales en contra del requirente por insulto a las fuerzas armadas, y el Tribunal Permanente del Ejército, al encontrarlo culpable de insultar a la armada, lo condenó a una pena de prisión. La Corte Militar de Apelación confirmó la condena luego de desestimar la objeción del denunciante de que la norma aplicable era contraria a la Constitución. Posteriormente, la Corte de Casación desestimó el recurso del sancionado con base en que el art. 14 de la Constitución, si bien protege la libertad de opinión, no excluye que la legislatura pueda interpretar que los insultos a la armada sean una ofensa criminal.

Por último, el condenado planteó una comunicación ante la Comisión Europea de Derechos Humanos por la violación del derecho a la libertad de expresión garantizada por el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por un lado, y por haber sido sancionado bajo una norma imprecisa de derecho criminal, lo que resultaría contrario al art. 7 de la Convención, por el otro.

2. Sentencia:

Ha habido violación del art. 10 de la Convención. No se discute que la condena del requirente constituye una interferencia con su derecho a la libertad de expresión. El Código Militar aplicable es suficientemente preciso y, por lo tanto, la interferencia fue "establecida por ley".

Sin embargo, en cuanto a si la interferencia era "necesaria en una sociedad democrática", cabe tener en cuenta el hecho de que la carta no fue diseminada ampliamente y contenía comentarios que fueron hechos en un contexto general, en un largo discurso crítico hacia la vida de la armada, y que no existían insultos directos a

personas individuales. Si bien debe ser posible para el Estado imponer restricciones donde hubo una real amenaza a la disciplina militar, el impacto objetivo en la disciplina militar fue, en este caso, insignificante (12 votos contra 8).

Por otro lado, no hubo violación del art. 7 de la Convención pues, a pesar de que el Código Criminal Militar se expresa en términos muy amplios, debería estar claro para el denunciante que se arriesgó a incurrir en una sanción criminal (unanimidad).

El hecho de haberse acreditado la violación del art. 10 constituye por sí solo satisfacción suficiente; empero, cabe fijar 2.000.000 dracmas en concepto de costas y gastos (17 votos contra 3).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 25-11-1997, *Grigoriades v. Greece*, en *European Human Rights Law Review*, ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1998, n° 2, p. 222.

SOBERANIA. ACUERDOS FINANCIEROS INTERNACIONALES. EDUCACION (GEORGIA).

La ley que hace depender la introducción de la enseñanza gratuita a los acuerdos concluidos con las organizaciones financieras internacionales limita la soberanía del país, pues su carácter obligatorio significa que el Estado no podrá asegurar la gratuidad de la enseñanza antes del año 2003 sin el consentimiento de dichas organizaciones. Esta disposición es contraria al art. 48 de la Constitución, en virtud del cual el Parlamento es el órgano superior del país que ejerce el poder legislativo, determina las reglas fundamentales de la política exterior e interior, controla la actividad del gobierno y ejerce otras atribuciones dentro de los límites establecidos por la Constitución. Dicha ley es contraria a otras disposiciones constitucionales que garantizan la soberanía del país.

CORTE CONSTITUCIONAL DE GEORGIA (Corte Plenaria), sentencia del 29-12-1997, *2/35, 48 membres du Parlament de Géorgie c. le Parlament de Géorgie*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 411.

TORTURAS Y MALOS TRATOS. DEFENSOR DEL PUEBLO. PRESOS. AISLAMIENTO. MATRIMONIO. EDAD MÍNIMA. IGUALDAD. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ART. 7 (NACIONES UNIDAS-ISRAEL).

1. El Comité de Derechos Humanos (Comité) se felicita de la reciente creación de la Oficina del Defensor del Pueblo y acoge con agrado las medidas progresivas que han llevado a la enmienda del Código Penal y al establecimiento en el Ministerio de Justicia del Departamento de Investigación de los delitos cometidos por funcionarios de policía en el desempeño de sus funciones para estudiar las denuncias de malos tratos infligidos por dichos agentes.

2. El Comité está profundamente preocupado porque en virtud de las directrices para llevar a cabo interrogatorios de personas sospechosas de terrorismo, los servicios de seguridad pueden recibir atribuciones para utilizar "presión física moderada" a fin de obtener información que se considera crucial para la protección de la vida. Lamenta que siga siendo secreta la parte del informe de la llamada Comisión Landau donde se enumeran y describen los métodos autorizados para ejercer presión. El Comité toma nota de que la delegación del Estado de Israel ha reconocido que los métodos consistentes en esposar, cubrir la cabeza con una capucha, sacudir violentamente y privar del sueño a los detenidos han sido y siguen siendo utilizados como formas de interrogatorio, tanto por separado como en combinación. El Comité estima que las directrices se prestan a abusos y que la utilización de los métodos descriptos constituiría una violación del art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cualquier circunstancia. El Comité insiste en que el citado art. 7 es una prohibición de la tortura y de todas las formas de penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes imposible de suspender, e insta al Estado Parte a que deje de utilizar los métodos mencionados. Si se promulgan leyes con el fin de autorizar técnicas de interrogatorio, éstas deben prohibir explícitamente todas las formas de trato que proscribe el art. 7.

3. El Comité observa que la separación de los presos -como medida preventiva destinada a mantener el orden o garantizar la seguridad de un preso- supone un aislamiento considerable y puede durar largos períodos de tiempo, por lo que recuerda la Observación general n° 20 (44) en la cual estimó que la incomunicación prolongada de una persona detenida o presa puede violar el art. 7 del Pacto.

4. El Comité está preocupado porque los tribunales religiosos pueden reducir la edad mínima para contraer matrimonio para las muchachas, fijada por ley en 17 años, y porque no se haya fijado edad mínima para los hombres. Recomendamos que el Estado Parte tenga en cuenta las normas internacionales sobre la mayoría de edad en su examen actual de la edad mínima de matrimonio para hombres y mujeres.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), 31-7-1998, Observaciones finales

al informe inicial de Israel, CCPR/C/79/Add.93, del 18-8-1998.

TORTURAS Y MALOS TRATOS. DETENIDOS. VIOLACION. OBLIGACIONES DEL ESTADO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-TURQUÍA).

1. Antecedentes del caso: la requirente es una súbdita turca de origen kurdo, nacida en 1976. En la época de los hechos, vivía en el sudeste de Turquía. Los hechos de la causa son controvertidos. Según la requirente, ésta fue arrestada en junio de 1993 con su padre y su cuñada, y llevada a un puesto de policía. En el curso de su detención, le fueron vendados los ojos, y habría sido castigada, desnudada y puesta sobre un neumático para ser mojada con fuertes chorros de agua. Después, habría sido violada por un miembro de las fuerzas de seguridad. Tres días más tarde, fue liberada junto con sus familiares. El 8 de julio siguiente, la requirente y sus familiares presentaron una denuncia ante el Ministerio Público. El procurador les tomó declaración y los envió a un hospital para su reconocimiento médico. En respuesta a un pedido del procurador, la policía del lugar de detención manifestó que nunca había tenido detenidos a los denunciantes. En mayo de 1994, el procurador informó al abogado general de Mardín que ningún elemento justificaba las denuncias, pero que la instrucción proseguiría.

2. Sentencia:

Según su jurisprudencia, la determinación y la comprobación de los hechos corresponde, en primer lugar, a la Comisión Europea de Derechos Humanos. En consecuencia, la Corte estima que es un deber aceptar los hechos establecidos por la Comisión pues está convencida, vistas las declaraciones de los principales testigos, que la Comisión podía a justo título concluir en que las alegaciones de la requirente estaban probadas más allá de toda duda razonable.

La violación de un detenido por un agente del Estado debe ser considerada como una forma particularmente grave y odiosa de malos tratos. En el caso, la requirente no pudo dejar de sentirse degradada y violada en el plano tanto físico como emocional a consecuencia de las sevicias sexuales. Además, ha sido sometida, durante su detención, a una serie de experiencias terroríficas y humillantes. El conjunto de dichos actos constituye un caso de torturas prohibido por el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. A la misma conclusión se llegaría por cada uno de los hechos tomados separadamente.

Habida cuenta de la importancia fundamental de la prohibición de la tortura y la situación particularmente vulnerable de las víctimas de torturas, el art. 13 de la

Convención impone a los Estados una obligación de conducir investigaciones profundas y efectivas de dichos casos.

En el caso, las autoridades se contentaron con seguir una investigación superficial para determinar si la denuncia de violación era verídica. El procurador no ha buscado evaluar el grado de gravedad de las alegaciones y no tomó medida alguna para hallar eventuales testigos oculares de la detención de la familia involucrada. Tampoco requirió a las fuerzas de seguridad las pruebas confirmatorias de los hechos alegados.

Los exámenes médicos no se corresponden con lo que debe ser una investigación justa y efectiva sobre la violación. Los exámenes no han intentado de manera alguna evaluar si, psicológicamente hablando, la actitud de la requirente se correspondía con la de una persona víctima de violación. Para que una investigación sobre violación cometida durante una detención sea profunda y efectiva, es necesario que la víctima sea examinada por médicos que posean una competencia particular en la materia y cuya independencia no sea limitada por instrucciones dadas por las autoridades de instrucción. Luego, los exámenes médicos del caso no satisfacen dichas exigencias.

La investigación presenta lagunas graves, lo que ha disminuido la eficacia de los otros recursos que la requirente pudo emplear, incluida la acción de reparación.

En conclusión, se ha menoscabo el art. 3 de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 25-9-1997, 57/1996/676/866, *Aydin c. Turquie*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 489.

TORTURAS Y MALOS TRATOS. INCRIMINACIÓN. REPRESIÓN. REGLA DE EXCLUSIÓN MINISTERIO PUBLICO. DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN. CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, ARTS. 1, 12 Y 15 (NACIONES UNIDAS-FRANCIA).

Motivos de preocupación:

1. La ausencia en el derecho positivo francés de una definición de la tortura que se ajuste estrictamente al art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (Convención).

2. El sistema de la oportunidad de los procesamientos, que da a los procuradores de la República la posibilidad de no abrir sumario contra los autores de actos de tortura, incluso de no ordenar que se proceda a una investigación, lo que contradice claramente

las disposiciones del art. 12 de la Convención.

3. La existencia de un sistema de apreciación de las pruebas que no prohíbe formalmente a las jurisdicciones que se tomen en cuenta las pruebas obtenidas mediante torturas, lo que contradice las disposiciones del art. 15 de la Convención.

COMITE CONTRA LA TORTURA (Naciones Unidas), 6-5-1998, Conclusiones y recomendaciones sobre el segundo informe periódico de Francia, CAT/C/SR.323, del 18-9-1998.

DOCTRINA

ARREPENTIDO. TESTIGO SECRETO. DERECHO DE DEFENSA. PRUEBA. CONTROL (COLOMBIA).

En las últimas décadas han surgido determinadas manifestaciones delictivas que - como el narcotráfico y la corrupción derivada de él- han llegado a cuestionar la legitimidad social y política de determinados Estados, algunos de los cuales buscan combatir esas específicas modalidades criminales a través de mecanismos procesales extraordinarios, como la implantación de los denominados testigos secretos, y la formulación de una política de rebaja de penas orientada a lograr de los sindicados un "arrepentimiento" que consiste en la confesión de sus propios delitos y la indicación de las personas que les indujeron a su comisión o colaboración en ellos.

1. Los testigos secretos:

1.1. A la luz de los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, resulta valioso sostener que la figura de los testigos secretos resulta contraria a la Constitución Política de países como Colombia, por quebrantar de manera flagrante el derecho fundamental que todo ciudadano tiene a ser juzgado mediante un debido proceso, derecho dentro del cual debe considerarse incluido el universalmente reconocido principio de contradicción de la prueba.

1.2. El tratamiento del principio de contradicción, como un desarrollo del más general del debido proceso, no es nuevo en Colombia, pues ya había sido defendido doctrinariamente en vigencia de la Constitución Política de 1886, e incluso sostenido entonces por el Consejo de Estado, que en alguna oportunidad afirmó que el principio de controversia de la prueba debía ser considerado como integrante del más genérico postulado del debido proceso, consagrado por el art. 26 de la citada Constitución.

1.3. Pero si la propuesta de tener al principio de contradicción como un desarrollo más general del debido proceso constituía una interpretación del mencionado art. 26, respetable pero no vinculante, la situación varió notablemente con la entrada en vigor de la Constitución Colombiana de 1991, puesto que en esta última el principio del debido proceso se encuentra consagrado de manera mucho más extensa y precisa, de modo tal que del texto de su art. 29 surge sin hesitación que la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio, que éste impone, incluye necesariamente el respeto al principio de contradicción de la prueba. El mismo artículo tiene prevista la sanción de nulidad para aquellos casos en que la prueba fuere obtenida en violación del debido proceso.

1.4. El principio de controversia de la prueba es más complejo de lo que su propia denominación parecería indicar, pues incluye no sólo la posibilidad de discutir sobre su valor probatorio (fase posterior), sino igualmente la facultad de solicitar pruebas (fase anterior) y también el derecho de intervenir en su producción. Sólo cuando las partes puedan pedir la práctica de las pruebas encaminadas a probar sus afirmaciones o refutar las que se desprenden del proceso, cuando esas mismas partes posean la facultad de intervenir en la producción de cada una de las pruebas decretadas en la investigación y cuando posteriormente tengan la oportunidad legal para discutir su valoración, podrá decirse que dicho principio ha sido respetado.

1.5. El principio de contradicción de la prueba en la testimonial, supone la posibilidad de que las partes puedan interrogar al declarante, derecho que por lo demás se encuentra expresamente reconocido en el Código de Procedimientos Penal colombiano (art. 292).

De forma tal que, cuando la legislación procedimental penal consagra la posibilidad de que puedan servir como testigos personas que declaran de manera secreta, y desconoce al procesado el derecho a estar presente en el transcurso de la declaración con la facultad de contrainterrogar al deponente, se está cercenando de manera injusta el derecho constitucional a la controversia de la prueba.

1.6. Pretendiendo obviar este inconveniente, en Colombia se reconoció al

imputado y su defensa la posibilidad de contrainterrogar al testigo secreto, siempre y cuando las autoridades judiciales puedan adoptar las medidas necesarias para que la diligencia se lleve adelante sin delatar su identidad, para lo cual se ha recurrido a las cabinas con espejos y distorsionadores de voces, en las cuales se ubica al declarante.

Sin embargo, esta práctica sólo permite respetar en parte el principio de contradicción en lo que respecta a la posibilidad de interrogar al testigo, pero impide a la defensa efectuar una adecuada valoración crítica del testimonio que, como hemos visto, constituye una parte esencial del principio. Debe recordarse que las "reglas de la sana crítica" como mecanismo de valoración de la prueba testimonial, se concretan en el análisis que debe efectuarse sobre la percepción que el testigo tuvo de los hechos, su capacidad de conservación y evocación del recuerdo y su aptitud para transmitirlo al momento de rendir su declaración jurada, análisis que resulta imposible sin tener un claro conocimiento de la identidad del testigo. Esta circunstancia también impide la adecuada consideración de sus condiciones personales, familiares y sociales, que pueden resultar trascendentes para la valoración de su testimonio.

2. Los "arrepentidos".

2.1. Dentro de esta tendencia actual a la persecución efectiva de determinada clase de delitos a través de procedimientos especiales, empieza a tomar fuerza la idea no sólo de convertir la confesión en el centro de la investigación penal, sino también la de persuadir a los investigados de que, además de admitir su responsabilidad, delaten a quienes lo hayan inducido a la comisión de los delitos o hayan contribuido a su perpetración. Para ello se recurre, por un lado, a las rebajas punitivas. Por el otro, los funcionarios judiciales colombianos que se ocupan de este tipo de procedimientos suelen utilizar el mecanismo de una lenta investigación agotando los términos máximos de la instrucción, unido a la imposibilidad legal de otorgar la libertad provisional a las personas investigadas en esta jurisdicción especial.

Así, la certeza de la pena corta para los casos de "arrepentimiento" (por aplicación de las rebajas punitivas), frente a la eventualidad de una declaración de inocencia tras una prolongada investigación soportada en detención, quiebra de manera ilegítima la confianza que el ciudadano ha depositado en la garantía constitucional de no declarar en perjuicio propio, inclinándolo a "colaborar" con la Administración de Justicia.

2.2. Estos mecanismos constituyen una inadmisibile vulneración de la garantía fundamental que todo ciudadano tiene de no declarar en su contra.

REYES ALVARADO, Yesid (Universidad Santo Tomás, Bogotá, D.C.) "'Arrepentidos' y

'Testigos secretos': remembranzas de la Santa Inquisición", en *Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, volumen XIX, número 61, enero/abril 1997, p. 125.

CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. MARGEN DE APRECIACIÓN. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

Las particularidades nacionales no deben borrar ni predominar sobre la universalidad de los derechos humanos, pero deben tener un lugar, si bien limitado, en cualquier esquema de protección internacional a los derechos humanos.

La doctrina europea del margen de apreciación no merece la mala prensa de que ha sido objeto en algunas regiones. Dicha doctrina es inherente a la Convención Europea de Derechos Humanos, como instrumento internacional de derechos humanos que limita la soberanía nacional para regular la conducta de los ciudadanos: refleja la división de responsabilidad que traza la Convención entre las instituciones democráticas de los Estados Contratantes y los organismos de aplicación de Estrasburgo; y es la teoría de revisión constitucional elaborada por dichos organismos para delinear los límites de su propia área de incumbencia en el cumplimiento de sus funciones adjudicativas internacionales. Es decir, es legítima y su fundamento jurídico es esencialmente la Convención misma; pero siendo de elaboración y aplicación judicial, permite que los jueces de Estrasburgo decidan cuando y en qué medida optar por el sometimiento que de ella resulta a las autoridades nacionales y al ejercicio de la auto-restricción judicial internacional.

Esta doctrina no otorga a los Estados contratantes una carta blanca ilimitada para restringir o regular en forma discrecional el ejercicio de los derechos humanos garantizados. En primer termino, exige como pre-condición necesaria para su funcionamiento que, a nivel nacional, se hayan seguido los procesos democráticos adecuados, esto es, que se aplique el principio de legalidad, que la medida cuestionada sea lícita, que genuinamente persiga la satisfacción de un fin legítimo y que los tribunales domésticos puedan considerarse independientes, etc. La doctrina no entra en juego, entonces, a menos que se haya asegurado lo que se ha denominado el primer grado de protección a los derechos humanos otorgados por la Convención, esto es, la protección frente al abuso del poder gubernamental. En segundo lugar, en la medida en que se admite la existencia de la discrecionalidad democrática nacional en un cierto contexto regulatorio o en relación a una medida determinada -esto es siempre después de la revisión judicial en Estrasburgo-, en todos los casos existen límites a la discrecionalidad (particularmente los que derivan del principio de proporcionalidad) cuya transgresión da

lugar a una violación a la Convención, y los organismos de aplicación independientes de Estrasburgo están obligados a fundar su decisión de dejar que la cuestión sea resuelta a nivel nacional.

El rol de la doctrina ha sido bien sintetizado por Sir Humphrey Waldock, ex Presidente de la Comisión y de la Corte: "... Muchos de los derechos y libertades están definidos en la Convención en términos muy generales como para ser 'directamente aplicables', mientras que la evolución de los conceptos sociales y morales puede agregar un nuevo elemento de indeterminación al alcance o implicancias de esos derechos y libertades. La 'función supervisora' [de la Corte], por lo tanto, inevitablemente incluye un elemento de creación legislativa comparable al que tiene el Poder Judicial en los países de common law; de modo que, en ciertos casos, su ejercicio podría agotar el entusiasmo de los Estados miembros por la Convención. La doctrina del 'margen de apreciación'... es una de las garantías más importantes que han desarrollado la Comisión y la Corte para reconciliar la aplicación efectiva de la Convención con los poderes y responsabilidades soberanos que tienen los gobiernos en la democracia".

MAHONEY, Paul, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, en *Human Rights Law Journal*, vol. 19, n° 1, 1998, p. 1.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. SENTENCIAS. EJECUCIÓN. TRATADO CE, ART. 10.2 (ESPAÑA).

La actora, Hiro Balani, interpuso ante el Tribunal Supremo español un recurso de nulidad de actuaciones, contra el fallo dictado en grado de casación el 30-4-1990, basado en que la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos del 9-12-1994 (*Hiro Balani c. España*) consideró que aquella había sufrido una violación de la Convención Europea de Derechos Humanos en dichas actuaciones. Por ende, solicitó a dicho Tribunal Supremo que deje sin efecto, mediante el procedimiento previsto para los de su clase, la mencionada sentencia del 30 de abril, y la sustituya por otra conforme a justicia y derecho.

El Tribunal Supremo rechazó lo peticionado pues, a su juicio, las resoluciones de la Corte Europea sólo tienen efecto declarativo según se infiere del propio Tratado de Roma; la Convención no atribuye competencia a la Corte Europea para anular sentencias ni ordenar la desautorización de los temas objeto de queja; tampoco tiene efecto directo en el sistema judicial español; y la Corte Europea no es un órgano judicial supranacional ni tampoco un tribunal nacional de última instancia (Sala de lo Civil, 20-11-1996).

Este último fallo pone sobre la mesa un problema ya debatido abundantemente por la doctrina tiempo atrás y que hace referencia a las dificultades que existen en el ordenamiento jurídico interno español para la ejecución de las sentencias de la Corte Europea y, en consecuencia, para obtener la plena eficacia de la Convención.

Los argumentos del fallo son correctos, pero de ellos no se desprende un espíritu atento a la satisfacción de las obligaciones internacionales. Esto último se desprende cuando el tribunal expresa que "la pretensión de nulidad no tiene la más mínima posibilidad de éxito procesal con arreglo a la normativa aplicable, pues el ordenamiento jurídico español no prevé la ejecución de sentencias internacionales" y para que ello fuera posible tendrían que utilizarse los siguientes caminos: a) modificar la legalidad actual; b) la firma de un nuevo protocolo de la Convención que estableciera un procedimiento para el cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea.

La injusta situación se vuelve más abusiva si se juega con la hipótesis de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional dada su jurisprudencia al respecto "las respectivas funciones de la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) y del Tribunal Constitucional (TC) se llevan a cabo en el ámbito de distintos órdenes jurídicos, estando únicamente sometido el TC a lo dispuesto en su Ley Orgánica, con independencia del mandato de interpretación que se deriva del mandato 10.2 CE .../... el TC no es una instancia obligada a dar cumplimiento a las sentencias de la Corte en el orden interno, posibilidad que no se halla prevista en la Ley Orgánica..." (providencia del TC del 31-1-1994).

Los tribunales han dejado en claro que la reforma legislativa es absolutamente necesaria, pues se está lejos de ser un ejemplo de adaptación a las exigencias de colaboración que subyacen en la Convención, en aras de alcanzar el objetivo de ésta: la protección de los derechos humanos.

IZQUIERDO SANZ, Cristina (Profesora de Derecho Internacional Privado - Universidad Autónoma de Madrid), "El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (comentario a la STS, 1a., del 20 de noviembre de 1996)", en *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, nº 11, p. 351.

DERECHO A LA INTIMIDAD. LIBERTAD DE EXPRESION. PERSONALIDADES PÚBLICAS (REINO UNIDO-ALEMANIA-CANADÁ).

El conflicto potencial entre la protección de la privacidad y de la libertad de

expresión ha sido materia de debate en el Reino Unido por más de tres décadas. Mientras que países como Alemania, Canadá y Francia, han reconocido el derecho a la privacidad, en el Reino Unido aún se debate dicho reconocimiento. El balance apropiado entre ambos derechos es un tema que ha sido discutido en todas las jurisdicciones que los protegen. En tal sentido, cabe evaluar los enfoques en dos jurisdicciones, Alemania y Canadá, ya que sus cortes han reconocido que ambos derechos tienen el mismo estatus como derechos humanos, y han establecido principios para conciliarlos en caso de conflicto. Estos principios asistirán, asimismo, a las cortes inglesas como miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos, la cual protege dichos derechos.

El Derecho Privado de Alemania y de Canadá ha demostrado que la resolución de conflictos entre el derecho a la privacidad y a la libertad de expresión no necesita ser un ejercicio exacto, y que puede ser estructurado de una manera efectiva y coherente. Los jueces de estos países han identificado los factores relevantes a ser tenidos en cuenta al evaluar el peso a ser acordado en el conflicto entre ambos derechos en un caso concreto. Estos factores se pueden resumir de la siguiente manera:

- en relación al derecho a la privacidad: la naturaleza de la información debatida (Canadá) o la esfera personal a la cual se refiere la información (Alemania); el estatus público o privado de la personalidad individual del reclamante; y la naturaleza del lugar o sitio en el que ocurrió la invasión a la privacidad;

- en relación a la libertad de expresión: el valor de la información sometida al debate público; la motivación o propósito de la información; las alternativas disponibles para el editor que podrían haber reducido el impacto sobre la privacidad.

Debemos tener confianza que los jueces ingleses tendrán éxito en desarrollar un cuerpo de principios y precedentes, así como lo han hecho sus iguales en Alemania y Canadá. De hecho, los jueces ingleses pueden beneficiarse con las experiencias de dichos países: Canadá por sus similares tradiciones legales, y Alemania por los valores compartidos provenientes de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Los comentaristas ingleses que estuvieran preocupados por un eventual aluvión de pleitos contra los medios que invadiesen la esfera de privacidad, podrían tomar la experiencia de Alemania y Canadá. El profesor Markesinis ya ha empleado estadísticas alemanas para predecir que el reconocimiento del derecho a la privacidad no creará una excesiva carga para las cortes ni resultará en una adjudicación exorbitante de daños. La relativa rareza de los reclamos derivados del derecho a la privacidad, en Canadá, basados en una publicación errónea, debería desalentar los temores acerca del impacto sobre el derecho a la privacidad. Dadas las experiencias alemanas y canadienses, la sugerencia de que gran cantidad de reclamos basados en publicaciones erróneas sobrepasarán las cortes inglesas, consumirán los recursos de los periódicos, y desalentarán la libertad de prensa, parece bastante irreal.

Como observación final, es de interés considerar cómo uno de los más controvertibles casos ingleses, *Kaye v. Robertson*, pudo haber sido resuelto por el derecho alemán o canadiense. En este caso, el denunciante, un actor inglés muy conocido, había sido hospitalizado por serias heridas en la cabeza como consecuencia de un accidente automovilístico. Periodistas del diario en cuestión entraron a su habitación, a pesar de la prohibición, condujeron una entrevista, y tomaron fotografías del actor recostado en su cama. Kaye interpuso una demanda para evitar la publicación (*injunction*) y tuvo éxito en primera instancia.

En la Corte de Apelación, los tres jueces coincidieron en que la acción por invasión a la privacidad no era posible en Inglaterra. Podrían haber hecho lugar a la medida solicitada sobre la base de la teoría de la falsedad maliciosa, desde que el periódico declaró (falsamente) que Kaye consintió hacer la entrevista y la sesión fotográfica. Pero, esto fue insatisfactorio desde que se permitió al periódico que publicara el reportaje y las fotografías hasta tanto Kaye no reclamara con base en el consentimiento no otorgado (según Fenwick y Phillipson, la Corte pudo haber aplicado la *English law of confidence* para impedir la publicación de la entrevista y las fotografías).

En Alemania, un demandante en la posición de Kaye hubiera tenido éxito porque la información obtenida por el periódico concierne a la salud personal, la cual cae en la esfera íntima absolutamente protegida. En los casos de Soraya y de la princesa Carolina, se sostuvo que un reportaje ficticio constituye una grave violación del derecho a la personalidad. Porque Kaye no se hallaba en condiciones de prestar su consentimiento para la entrevista y la sesión fotográfica, se puede suponer que las cortes alemanas hubieran visto este caso como análogo al de Soraya y la princesa Carolina. El balance requerido por el derecho alemán entre el derecho de Kaye a la privacidad y la libertad de expresión del periódico, hubiera favorecido al primero, porque su necesidad de recuperarse médicamente sin ser molestado hubiera tenido prioridad sobre el interés del público acerca su condición de salud, y el interés del periódico de vender más ejemplares.

El derecho privado canadiense hubiera llegado al mismo resultado. A pesar de considerar a Kaye como una figura pública (un factor que apoya la libertad de expresión), la información obtenida a través de un reportaje y la sesión fotográfica hubiera sido considerada de bajo valor, y la motivación del periódico (de incrementar las ventas al obtener fotografías sensacionalistas de una celebridad herida y hospitalizada) hubiera reducido la posibilidad de buscar sustento en la libertad de expresión (a lo que se sumaría la agravante por la forma deshonestista que utilizaron para ingresar a la habitación del hospital). Como queda claro en los casos *Valiquette* y *Silber*, las cortes canadienses ponen principal interés en las motivaciones y métodos utilizados por los demandados que han invadido la privacidad. De ahí, que una corte canadiense difícilmente toleraría una

invasión a la privacidad motivada puramente por consideraciones económicas, donde el valor de la información es mínima. En tales supuestos, se privilegia el derecho a la intimidad sobre el derecho a la libertad de expresión.

Es de esperar que el derecho inglés tenga la capacidad de asegurar, a los demandantes como Kaye, los remedios contra la invasión a la privacidad. El reconocimiento como acto ilícito de una invasión a la privacidad, cuya interpretación puede ser enriquecida tremendamente por las experiencias alemana y canadiense, irá adelante en este aspecto en el Reino Unido.

CRAIG, John y NOLTE, Nico, "Privacy and free speech in Germany and Canada: lessons for an english privacy tort", en *European Human Rights Law Review*, ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1998, n° 2, pp. 162/180.

DERECHO DE INGERENCIA. SOBERANÍA. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. CONVENCIONES DE GINEBRA DE 1949 Y SUS PROTOCOLOS ADICIONALES DE 1977. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE, ART. 3. CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, ARTS. 2, 43 Y SIGS. (INTERNACIONAL).

El derecho de ingerencia se presenta hoy como un factor destinado a reformar profundamente el derecho de gentes y a ponerlo en concordancia con los nuevos elementos de las relaciones internacionales. Este derecho estaría dirigido a asegurar un respeto efectivo y universal de los derechos más fundamentales de las personas. Desde hace una década, los políticos e intelectuales franceses lo presentan como una evidencia, como una nueva experiencia de la comunidad internacional.

Ciertos autores no sólo hablan de derecho de ingerencia sino de deber de ingerencia. No existe tal cosa. El principio motor del derecho internacional -la soberanía de los Estados- siempre rechaza vigorosamente toda intervención de terceros Estados, organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales, en los asuntos interiores de un Estado. Si ciertas intervenciones exteriores tienen lugar, es en el marco de operaciones autorizadas por las Naciones Unidas y solamente en ese contexto. Toda otra intervención sigue estando, en principio, prohibida por el derecho internacional, cuyos recientes adelantos se inscriben en ese marco y no implican, de ningún modo, un "nuevo derecho de ingerencia". La expresión "derecho de ingerencia" parece, por otra parte, muchas veces inadecuada para calificar esas intervenciones que dependen más del derecho o deber de asistencia humanitaria.

Contrariamente a la idea comúnmente admitida, el derecho internacional no está

cerrado a las posibilidades de ingerencia, pero rechaza por principio la existencia de un derecho o deber de ingerencia. Así, el derecho internacional "tradicional" permite encontrar un gran número de reivindicaciones de partidarios de dicho derecho, sin necesidad de proclamar abusivamente la existencia de un nuevo derecho.

Ante todo, los Estados siempre pueden expresar sus reservas sobre las políticas de otros Estados (ingerencia no apremiante), críticas que no constituyen una ingerencia prohibida mientras no adopten la forma de un ultimátum. Los Estados pueden proponer su ayuda humanitaria pero ésta no puede ser armada ni estar sostenida militarmente. Para seguir siendo lícita, la asistencia humanitaria internacional debe obtener el consentimiento de las autoridades territorialmente competentes, con base en el principio de la soberanía territorial y en las disposiciones de las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. En cambio, las autoridades territoriales no pueden rechazar arbitrariamente la ayuda humanitaria ni bloquearla indebidamente. Esta obligación deriva, a su vez, del derecho a la vida consagrado en el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y de los principios generales del derecho humanitario. Así, si la ayuda sigue siendo estrictamente humanitaria, el Estado en el cual parte de la población está gravemente amenazada en su vida o en su salud, no puede rechazar arbitrariamente el envío de recursos con ese destino (ingerencia material caritativa prevista por las resoluciones 43/131 y 45/100 de la Asamblea General de las Naciones Unidas); lamentablemente, si lo hace, no se le puede imponer por la fuerza.

Por otra parte, el derecho internacional admite que los Estados tomen cualquier tipo de medidas -incluso apremiantes, tales como medidas de retorsión o de represalias contra los Estados- siempre que no alcancen la competencia nacional del Estado (ingerencia apremiante no armada). En derecho internacional se admite que el área de los derechos del hombre escapa, por definición a ese dominio reservado. Por lo tanto, en ese dominio, las medidas apremiantes están autorizadas. La condición de esta intervención es que el Estado haya asumido una obligación internacional en materia de protección de derechos del hombre. Así, si un Estado rechaza el envío de ayuda humanitaria a su territorio, los otros Estados podrían tomar contramedidas que consistan en el envío de una misión estrictamente humanitaria, que no esté acompañada de ningún tipo de utilización de la fuerza. Por otra parte, los Estados siempre pueden enviar contingentes armados para proteger a sus súbditos nacionales en el extranjero, a condición de que exista una situación de peligro extremo. Además, los Estados pueden sostener los movimientos de liberación nacional, reconocidos como tales por las Naciones Unidas, a condición de no enviar tropas militares.

Finalmente, la intervención armada está autorizada en forma condicional. El recurso a la fuerza en el derecho internacional sigue siendo excepcional. Así, en la

hipótesis en que la situación de urgencia humanitaria perdure o el recurso humanitario no llegue por una razón o por otra a las víctimas, los Estados extranjeros no pueden usar unilateralmente medios armados para poner fin a esa situación de no asistencia. Sólo el consentimiento válidamente emitido por las autoridades representativas del Estado en cuestión puede legitimar una intervención humanitaria armada exterior. Mientras tanto, es posible que un Estado promueva la intervención de las Naciones Unidas, que podrán emplear la fuerza en términos del Capítulo VII de la Carta, si estiman que la situación de las poblaciones en peligro constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Ante la imposibilidad de ejercer ese derecho de acuerdo a las modalidades previstas en los arts. 43 y siguientes de la Carta, el Consejo de Seguridad ha recurrido, mientras tanto, a operaciones de mantenimiento de la paz (los famosos Cascos Azules), y a acciones armadas a cargo de los Estados miembros que actúan, sea a título individual o en el marco de los organismos regionales.

La práctica reciente muestra mayormente, por un lado, "una utilización con fines humanitarios de las posibilidades generales de acción existentes" (acciones armadas de los Estados autorizados por las Naciones Unidas y destinadas a fines humanitarios; operaciones de mantenimiento de la paz destinadas a restablecer condiciones de seguridad suficientes para permitir una distribución efectiva de los recursos por parte de las organizaciones humanitarias privadas o interestatales, o a escoltar convoyes civiles de ayuda humanitaria), y, por otro parte, "un desarrollo conforme al derecho internacional 'tradicional' de ciertas posibilidades de acción existentes para adaptarlas mejor a las finalidades humanitarias" (especialmente la ampliación fáctica de las posibilidades de recurso a la fuerza a título de legítima defensa en el marco de operaciones de mantenimiento de la paz, y la ampliación jurídica del carácter coercitivo de las operaciones de mantenimiento de la paz de carácter esencialmente humanitario en el marco del capítulo VII de la Carta de la ONU).

Un nuevo derecho de ingerencia sería verdaderamente revolucionario, si se acompaña de la obligación de las autoridades receptoras de la ayuda humanitaria internacional, de permitir a los agentes que prestan socorro por parte de los organismos privados o intergubernamentales, el libre y absoluto acceso a las víctimas. También lo sería si se admitiera el derecho de los Estados extranjeros de emprender, de manera unilateral, una acción armada destinada a poner fin a una situación de no asistencia humanitaria. Puede ser que en el futuro se consagre ese derecho por vía consuetudinaria o a través de la elaboración de un nuevo principio general de derecho, que refleje las posiciones de B. Kouchner y de M. Bettatis. Mientras tanto, el estado actual del derecho internacional, pese a las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de la última década, sigue respetando la soberanía de los Estados y el principio de no ingerencia consagrado en el art. 2, sec. 4, de la Carta de la ONU.

JAMART, Jean-Sébastien, *Le droit d'ingérence: mythe ou réalité?*, en *Actualités du droit*, Revue de la faculté de droit de Liège, 1998-2, p. 207.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. SUCESSIONES. TESTAMENTO. MATRIMONIO. CONVENCIONES MATRIMONIALES. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES (SUIZA-FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: el Sr. X, de nacionalidad francesa, murió en 1977 en Suiza, lugar de su último domicilio, dejando como sobrevivientes a su esposa y cuatro hijos comunes. Los esposos habían concluido en Francia, primer domicilio conyugal, un contrato matrimonial de derecho francés por acto notarial homologado en 1973. Este contrato preveía el traspaso del régimen de separación de bienes al de la comunidad universal, y comprendía una cláusula de atribución integral de la comunidad al cónyuge sobreviviente. En 1993, el Sr. X redactó un testamento ante un notario en Suiza, que establecía, especialmente, una cláusula de elección de derecho en favor del derecho suizo. La sucesión está compuesta por inmuebles en Suiza y Francia.

2. Cuestiones:

2.1. ¿Cuál es el derecho aplicable al régimen de la sucesión?

2.2. ¿Qué alcances tiene el testamento de 1993 sobre el contrato de matrimonio concluido en 1973?

2.3. ¿En Suiza, el contrato de matrimonio puede ser reducido por violación de las normas de derecho suizo relativas a la reserva?

2.4. ¿Cuál es la validez en el derecho francés del contrato de matrimonio redactado en 1973? ¿Cuáles son las condiciones de su homologación? ¿Es posible demandar la nulidad del contrato?

2.5. ¿Es posible demandar en Francia la reducción del contrato matrimonial por violación de la reserva?

3. Dictamen (conclusiones):

3.1. El derecho suizo es aplicable a la sucesión de bienes muebles y a la de los inmuebles situados en Suiza o en un país que no reivindique su competencia exclusiva en la materia. Sólo el derecho francés y los tribunales franceses regulan la sucesión de los bienes inmuebles ubicados en Francia. El régimen matrimonial queda sometido al derecho francés.

3.2. El testamento no tiene efecto alguno sobre el contrato matrimonial anterior.

3.3. Si el derecho material suizo admite la acción de reducción de un contrato matrimonial (cuestión de derecho suizo excluida del mandato del Instituto), existe una posibilidad teórica fundada en el art. 92 de la ley federal suiza sobre el derecho internacional privado, de intentar una acción análoga contra el contrato matrimonial de derecho francés. Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han pronunciado al respecto.

3.4. El contrato de matrimonio es válido según el derecho francés. La Corte de Casación considera que un cambio de régimen matrimonial como el realizado en este caso no afecta la reserva de los hijos comunes. La acción de nulidad es admisible; para que sea fundada, sería necesario probar un fraude que haya influenciado al juez de la homologación.

3.5. En derecho francés, las ventajas matrimoniales no pueden ser reducidas salvo que perjudiquen la reserva de un hijo del primer matrimonio. La acción de reducción, en la especie, está excluida.

INSTITUTO SUIZO DE DERECHO COMPARADO, dictamen del 18-2-1998, OD/BO, en *Recueil d'avis rendus par l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne*, Sucesiones, 1998, n° 5, pp. 6/14.

DERECHO PROCESAL CIVIL. TENDENCIAS. CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA. CÓDIGO UNIFORME DE LA UNIÓN EUROPEA (INTERNACIONAL).

I. Nuevas tendencias y realidades del proceso civil: el Derecho Procesal Comparado

1. Las diversas familias procesales y sus caracteres diferenciales

Uno de los máximos comparatistas contemporáneos separa las diversas familias procesales en tres grupos, y subdivide uno de éstos, en el que se encuentra insertado el proceso hispanoamericano, en dos subgrupos.

Un primer grupo, el anglosajón, está regido por el sistema del *common law* donde el derecho emana de las leyes y la jurisprudencia, siendo regla el *stare decisis*. Lo forman los ordenamientos de Inglaterra (originalmente) y los países de su influencia, donde quedó el régimen (ex colonias), y de los Estados Unidos y Canadá, a los que fue trasladado y recibido con algunas modificaciones. El proceso es oral, con amplias facultades de las partes, con pocas del juez, en consecuencia, con jurado popular, tanto para los asuntos civiles (donde ha retrocedido el sistema) como penales. Se desarrolla en

audiencias (*trial*), aunque, sobre todo en Estados Unidos, hay actividad anterior en que los abogados tienen gran prevalencia, se intercambian pruebas y buscan soluciones de conciliación (*pre-trial*). Existe la revisión a través de la segunda instancia, y la ejecución se realiza con poderes del juez para coaccionar al incumplidor de sus órdenes como infractor penal por desacato (*contempt of Court*). Los jueces se seleccionan por el Poder Ejecutivo, en general, entre abogados de cierta experiencia o prestigio.

El segundo grupo está sustentado por el sistema soviético que se mantiene en la Europa Oriental, pese a los cambios estructurales de la Unión Soviética. También rige en China (comunista), Corea del Norte, etc. En el proceso predomina la oralidad, como en casi todo el mundo, pero con imperio estatal, en especial a través de los poderes del Ministerio Público (*Prokuratura*) y el régimen de Alta Inspección que permite el contralor a través de los recursos, donde igualmente existe la apelación. No se instrumenta por el principio dispositivo y marca un predominio del juez, que es elegido por el Gobierno y el Partido, y que tiene amplios poderes, sin perjuicio de aplicar la ley. Generalmente actúa sin jurados, pero existen los Tribunales de Camaradas integrados únicamente por legos o acompañados por un juez técnico.

Por último, aparece el sistema del *civil law*, que se encuentra en el Continente Europeo -con exclusión de los países del área soviética-. Es el régimen de Francia, Italia, Alemania, Austria y, con diferencias, de los países nórdicos. Establece un procedimiento oral y público, con audiencias sin jurado. El juez posee mayores poderes que los del *common law*. Existe una segunda instancia (apelación) y, por influencia francesa, la casación. Asimismo, la mayoría de estos países han creado un Tribunal Constitucional que puede declarar la inconstitucionalidad de leyes con fines derogatorios. Los magistrados son nombrados por el Consejo de la Judicatura (o Magistratura). Existe una escuela y una carrera judicial.

El otro grupo del *civil law* lo constituye el ordenamiento hispanoamericano de proceso escrito. Sin intermediación, con predominio de funcionarios y burocrático. Basado, al decir de Cappelletti, en el sistema de actas (*Quod non est in actis non est in mundo*). Con limitados poderes del juez, multiplicidad de recursos (tres instancias) y muy lento.

2. La corriente unificadora

Tal como lo plantean los autores más autorizados, que alientan la labor en mejoramiento del Servicio de Justicia, parece notarse una gran tendencia hacia la unificación de los regímenes procesales, que lleva a lo que se ha dado en llamar un proceso civil universal.

Lo precedente se corresponde con los fenómenos de integración que conducen a la internacionalización y trasnacionalización del Derecho. Y esto se produce en un sentido: primero, existe una unificación interna dentro de los respectivos sistemas -especialmente

en el iberoamericano a través del Código Procesal Civil Modelo, y en el europeo mediante la inminente aprobación de un Código (judicial) uniforme- y, después, surge la tendencia hacia la universalización del régimen procesal civil.

3. Las principales tendencias modernas

3.1. Caracteres del procedimiento

El proceso que existe en casi todos los países del mundo -y muchos de los que no lo tienen van hacia él- es el de la oralidad, entendido como el único que permite la inmediación, principal objetivo, así como la concentración y publicidad. Requiere la eventualidad, reuniendo todas las pretensiones en la demanda y todas las defensas en la contestación, y reclama la imposición de las reglas de lealtad y buena fe en todo el desarrollo del proceso, compatibilizándose, en todo caso, con el respeto a los principios del debido proceso y el de la defensa en juicio. Se organiza sobre la base de un juez con amplios poderes, inclusive para la búsqueda de la verdad, pero dentro de los límites del ordenamiento dispositivo.

3.2. La búsqueda de una mayor eficiencia en la justicia

La inclinación a encontrar formas para hacer la justicia más eficiente, ha sido constante en estos últimos tiempos, tanto en la doctrina como en la legislación. Destacándose los trabajos de la doctrina italiana y del IX Congreso mundial del Instituto Internacional de Derecho Procesal realizado en Utrecht, Holanda, dedicado justamente al tema, bajo el lema de *Justice and efficiency*.

En cuanto a las soluciones propuestas, es de mencionar las que han sido incorporadas a los códigos modernos, como la extensión de la tutela asegurativa -se habla también de la tutela diferenciada y la sumaria, establecidas como soluciones más urgentes de carácter asegurativo frente a la duración del proceso civil ordinario-, dentro de la cual ocupan un importante papel las medidas cautelares y las anticipadas, la ejecución provisional de las sentencias e, inclusive, la creación de órganos especiales para ejecución y cautelas (jurisdicción *des référés*), la facultad del juez del área (dado que no posee el *contempt of court*) de imponer sanciones conminatorias (astreintes), la limitación del efecto suspensivo del recurso de apelación y aun del de casación, etc.

3.3. La socialización del proceso

Sin perjuicio del área de los llamados "procesos sociales", existe una tendencia general a la "socialización del proceso", tratando de que no sólo se obtenga mayor eficiencia de la justicia, sino que ésta se extienda a capas sociales a las cuales no había alcanzado hasta ahora, buscando lograr una mayor inserción en la sociedad (real).

3.4. La internacionalización de la justicia

Como resultado de los fenómenos de integración, por un lado, y de la necesidad de reconocer al individuo la calidad de sujeto del Derecho internacional, para salvaguardar

sus derechos por encima de los Estados y sus regímenes cambiantes, por el otro, se ha manifestado una tendencia hacia la internacionalización de la justicia, sea a través de Tratados de Derecho Internacional (público y privado), o de la creación de tribunales superiores de justicia (Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

II. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

La influencia de sus principios en la región. Causas y consecuencias de la labor del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

Es natural que este moderno Anteproyecto mantenga los principios procesales que sigue la doctrina y la propia legislación más recientes. De modo que muchos de estos principios se toman de la realidad y, a su vez, influyen en las reformas que se van efectuando.

Así, se instala un proceso oral (por audiencias) con mediación, concentración y publicidad. La etapa de proposición exige que la demanda sea precisa y agregue toda la prueba documental, pero también el diligenciamiento de toda aquella que corresponda a derecho; que la contestación se realice de la misma manera, con toda la prueba y, por el principio de eventualidad, a más de contestar, que adopte todas las defensas en conjunto. Con lo cual, si opone excepciones procesales, aun la de defecto legal en el modo de preparar la demanda, debe contestar, teniéndose por admitidos los hechos no contradichos expresamente. Lo mismo sucede con el rebelde.

El Código reduce los diversos procesos que existían en los regímenes procesales iberoamericanos. Hay un modelo de proceso ordinario de conocimiento y uno extraordinario, además del proceso de ejecución, siguiendo el mismo esquema. Existe, también, el proceso monitorio para diversas pretensiones: ejecutivo, entrega de la cosa y de la herencia, desalojo, etc., y el proceso voluntario, con un proyecto básico.

El esquema del juicio ordinario, que se repite en los demás con las modificaciones requeridas, es el siguiente:

El pivote del sistema es la audiencia preliminar, realizada luego de la proposición, a la cual las partes deben asistir bajo pena de severas sanciones (desistimiento del actor, y tener por admitidos los hechos contrarios si el que no comparece es el demandado). De este modo se prioriza el sistema de audiencias, esto es, la necesidad de que se reúnan las partes y el juez y, en forma diagonal, se resuelva el conflicto.

En dicha audiencia, se efectúan tareas esenciales: intentar la conciliación por el juez de la causa, si no total, al menos parcial; el próximo paso es el del saneamiento del proceso resolviendo las excepciones previas y evitando eventuales nulidades; luego se fija el objeto del proceso, lo que permite delimitarlo respecto de las cuestiones solamente controvertidas y de hecho; y, por último, se fija el objeto de la prueba, es decir, se hace

un programa probatorio para terminar el proceso en la segunda audiencia, complementaria, en la que se desahoga la prueba que falta (testigos, peritos, declaración de partes), un breve alegato de cada parte y el dictado de la sentencia.

El proceso admite la apelación, pues se afilia al sistema de la doble instancia, y la casación para casos limitados, inclusive por razón de monto. Casación que comprende los errores de derecho, entre los que se incluyen la violación a las reglas de valoración y admisibilidad de la prueba. Este recurso no tiene efecto suspensivo en las sentencias de condena, salvo que lo solicite el recurrente prestando garantía.

III. El Proyecto de Código Uniforme de la Unión Europea

1. Generalidades

La Comunidad Europea planea elaborar un Código Procesal Civil (*Code judiciaire*) uniforme, para lo cual creó una Comisión -integrada por un especialista de cada uno de sus países- que enfrenta las imaginables dificultades que conlleva la existencia de numerosos sistemas diferentes (*civil law, common law, derecho escandinavo, etc.*).

2. Trabajos realizados

Luego de una constante tarea, se llegó a formular, el 18 de febrero de 1993, en Gent, Bélgica, el anteproyecto *Draft Directive Approximation Judiciary Law*, que mantiene los sistemas procesales, en lo no regulado, de cada país miembro de la Unión.

En sus capítulos trata: la conciliación previa y la ultrajudicial; la etapa de proposición (*Commencement of the proceedings*); el tema del objeto del proceso, regulando la posibilidad de acumulación de pretensiones; la prueba, pasando por el *Discovery*, donde se analiza la documental, determinando que cada parte debe comunicar a la otra la lista de sus documentos probatorios, e inclusive a los terceros; el testimonio y su técnica; el desistimiento; la rebeldía y los costos (gastos de justicia); las medidas provisionales (preliminares), en cuanto a su contenido, procedimiento y recursos, determinando la posibilidad de convertir en ejecutoria la medida, introduciendo un elemento de la moderna tutela anticipada o sumaria, entre la que incluye la orden de pago (*injonction de payer* u *order for payment*); finalizando con las disposiciones generales (plazos, etc.), las nulidades, las reglas relativas a los tribunales, -en especial, la recusación- y los recursos relativos a las medidas preliminares.

VESCOVI, Enrique (Profesor de la Facultad de Derecho -Universidad de la República Oriental del Uruguay), "Confrontación entre el Código Procesal Civil Moderno Iberoamericano y el proyecto del Código Europeo. Hacia un proceso civil universal. Las tendencias que el Código Modelo va plasmando en la realidad", en *Roma e América. Diritto Romano Comune*, Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani dell'Università di Roma "Tor Vergata", Ed. Mucchi,

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. CONTENIDO ESENCIAL. DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA. ESTERILIZACIÓN DE DEFICIENTES MENTALES. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (ESPAÑA).

1. Introducción

1.1. El art. 53 de la Constitución española de 1978, dedicado al sistema de garantías de los derechos fundamentales, establece en su primer párrafo:

"Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes del Estado. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades".

El precepto citado establece en favor del legislador una competencia exclusiva para la regulación de los derechos fundamentales, añadiendo, además, un límite en el ejercicio de esa competencia: el legislador se ve obligado a respetar en todo caso el contenido esencial de tales derechos. Este límite se conoce como la "garantía del contenido esencial", y fue importado por los constituyentes españoles de la Ley Fundamental de Bonn.

1.2. El Tribunal Constitucional Español ha tenido la ocasión de expedirse sobre este tema con motivo de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por un tribunal.

En efecto, el art. 155 del nuevo Código Penal español, en el marco de la regulación de los delitos de lesiones, tras sentar el principio general según el cual el consentimiento del lesionado no exime de responsabilidad penal, introduce en el art. 156 una excepción a la regla, al indicar que el consentimiento exime de responsabilidad criminal en los supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente o mediante precio, o se trate de menores o incapaces en cuyo caso no es válido el consentimiento de éstos ni de sus representantes legales. En este contexto el segundo párrafo del citado art. 156 dispone:

"Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacidad, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante del incapaz, oído el dictamen de

dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz".

Este precepto recoge sustancialmente lo dispuesto por el art. 428, párrafo 2º, segundo inciso, del Código Penal anterior, y contra éste último precepto se suscitó la cuestión de inconstitucionalidad antes citada, por considerarlo contrario al derecho a la integridad física y moral reconocido por el art. 15 del Constitución Española. La cuestión fue resuelta por el Tribunal Constitucional mediante sentencia 215/1994.

2. Teorías relativas y principio de proporcionalidad

2.1. La posición dominante en la doctrina alemana acerca de la garantía del contenido esencial contenida en la Ley Fundamental de Bonn ha concebido esta cláusula como "límite de los límites", es decir, como un límite a la actividad del legislador limitadora de los derechos fundamentales, "siempre y cuando respete su contenido esencial".

2.2. Una de las construcciones teóricas que han tratado de perfilar la naturaleza de este límite, la denominada "teoría relativa", entiende que aquél consiste, tan sólo, en la exigencia de justificación de las restricciones a los derechos fundamentales. De acuerdo con esta doctrina, el juicio acerca de la justificación del límite al derecho fundamental ha de seguir el denominado "principio de proporcionalidad en sentido amplio", que incluye tres elementos: a) el examen de la adecuación de la medida limitadora al bien que mediante ella se pretende proteger; b) el examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido por no existir una alternativa menos gravosa, y c) el "principio de proporcionalidad en sentido estricto", que trata de valorar si la lesión es proporcionada al fin que con ella se pretende.

2.3. Para las teorías relativas el contenido esencial no alude a ningún elemento estable del derecho fundamental, ni a ningún contenido intangible; si la restricción al derecho puede considerarse justificada a la luz del examen indicado, el juicio de constitucionalidad finaliza allí.

2.4. Sentencia nº 215/1994 del Tribunal Constitucional Español.

2.4.1. En la STC 215/1994, dictada con motivo del ya mencionado planteo de inconstitucionalidad contra el art. 428 del Código Penal, el Tribunal consideró, en primer término, que la esterilización de un incapaz constituye una limitación del derecho fundamental a la integridad física; sostuvo que "es indudable que la esterilización cuya autorización contempla la norma que examinamos afecta, en cuanto no puede existir el ejercicio de una voluntad propia, al derecho fundamental a la integridad física que

consagra el art. 15 de la Constitución a los deficientes psíquicos concernidos por aquélla, puesto que se trata de una intervención corporal, resuelta y practicada sin su consentimiento, ablativa de sus potencialidades genéticas" (fundamento jurídico 4°).

2.4.2. Ello sentado, en los párrafos siguientes de la sentencia, el Tribunal se ocupa de examinar si la medida de esterilización cumple con dos requisitos: la justificación "que únicamente ha de residir siempre en el interés del incapaz" y "la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la intervención entraña", es decir la proporcionalidad.

Así, el Tribunal Constitucional encuentra la justificación, fundamentalmente, en que la esterilización permite al incapaz no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad y a su integridad moral, y en que el incapaz no podría cumplir los deberes con respecto a los hijos, que contempla el art. 39.3 de la Constitución Española.

En cuanto a la proporcionalidad, señala que la medida es proporcionada al fin que pretende, pues para evitar que el incapaz pueda contribuir a la generación de un nuevo ser y pueda en consecuencia asumir obligaciones que no le resulta posible cumplir, el medio más seguro es la privación de sus potencialidades genéticas, que es precisamente lo que se opera mediante la esterilización, la cual no entraña para el incapaz otras consecuencias que justamente esa privación.

2.4.3. En orden a estas argumentaciones, el Tribunal Constitucional estimó inexistente la planteada vulneración del art. 15 de la Constitución Española. La sentencia contó con cinco votos disidentes, cuestionándose, especialmente, si es adecuada la valoración que efectúa el Tribunal desde el punto de vista de la proporcionalidad, puesto que resulta dudoso que la vigilancia del incapaz sea más gravosa para él que la privación completa de sus capacidades generativas.

2.4.4. Cabe concluir que la argumentación empleada por el Tribunal Constitucional en la sentencia comentada, constituye una clara aplicación de las teorías relativas en torno a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.

2.5. En opinión del autor, las mencionadas teorías relativas de la garantía del contenido esencial resultan inadecuadas para asegurar una verdadera tutela de los derechos fundamentales, puesto que, al reducirse el test de constitucionalidad de las medidas limitadoras a la evaluación económica de su idoneidad para el cumplimiento de otros fines constitucionales, se convierte la mentada garantía en una cláusula meramente

formal y retórica, que no añade nada a la mención constitucional del derecho: puesto que el derecho es mencionado en la Constitución, es necesario justificar la medida limitadora; pero si tal justificación puede darse con apoyo en otros bienes constitucionalmente protegidos el derecho puede ser perfectamente limitado, y la supuesta obligación de respeto del contenido esencial que el citado art. 53.1 impone al legislador, queda absolutamente vaciada de contenido.

3. El contenido del derecho a la integridad física

3.1. El derecho a la integridad física es el derecho a mantener íntegro el cuerpo o, en otras palabras, el derecho a preservar frente a injerencias externas la totalidad de las funciones y órganos corporales. Como ha indicado el Tribunal Constitucional, mediante el derecho a la integridad física y moral garantizado por el art. 15, "se protege la inviolabilidad de la persona humana no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

3.2. Es un derecho de protección positiva, que no incluye dentro de su ámbito de protección la facultad de atentar voluntariamente contra la propia integridad corporal. Se reconoce el derecho a la integridad corporal, no un derecho sobre el cuerpo o un derecho a la libre disposición del cuerpo.

El derecho a la integridad corporal no puede ser definido como un derecho de libre determinación sobre el cuerpo, que incluya el derecho a sacrificar la propia integridad corporal. Sin duda ello no significa que el atentado voluntario contra la integridad corporal deba ser tipificado como delito, pues -como el suicidio- puede ser un acto no prohibido por la ley, pero implica que este tipo de conductas no pueden considerarse protegidas por el ámbito del derecho fundamental, ni pueden recabar, en consecuencia, el apoyo de los poderes públicos o de terceros externos al sujeto que consiente la lesión.

3.3. Partiendo del concepto de que el art. 15 protege la integridad corporal como manifestación de la inviolabilidad de la esfera corporal de la persona, en aquellos supuestos en que la intervención sobre el cuerpo vaya destinada a mejorar la salud o a proteger la vida de la persona, dicha inviolabilidad no se vería lesionada. Por el contrario, esa misma consideración teleológica ha de llevar a concluir que toda intervención sobre la integridad corporal que no esté destinada a mejorar la salud o proteger la vida de la persona, resulta vedada por dicha norma.

3.4. Ello significa, por tanto, que pueden existir supuestos en los que las

intervenciones médicas con fines terapéuticos no consentidas por el paciente no sean lesivas del derecho a la integridad física.

Para dictaminar acerca de la licitud de tales intervenciones cabe mencionar los siguientes criterios: la necesidad o simple conveniencia de la intervención para la protección de la vida o la salud del paciente; los riesgos y gravosidad de la intervención y las consecuencias de su omisión; y si el paciente ha manifestado su negativa a ella o, simplemente, no ha prestado su consentimiento.

3.5. En cambio, las intervenciones sobre el cuerpo humano que carezcan de finalidad terapéutica resultan vedadas por el art. 15. Siguiendo esta tesis cabe concluir que la autorización de la esterilización forzosa de incapaces que contempla el art. 156 del nuevo Código Penal español, invade el contenido del derecho a la integridad física y por tanto debe reputarse inconstitucional.

MARTINEZ PUJALTE, Antonio Luis, "El contenido esencial del derecho a la integridad física (A propósito de una cuestión controvertida)" en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de València, Valencia, nº 17, abril/junio 1997.

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. PROTECCIÓN. COMPARACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS CANADIENSE E ISRAELÍ Y NORTEAMERICANO (CANADÁ-ISRAEL-EE.UU.).

1. Canadá

1.1. Hasta 1982, en este país rigió el sistema jurídico original, en cierta medida no escrito, siguiendo la tradición británica del *common law*. Sin embargo, la *British America* de 1867, aprobada por el Parlamento de Gran Bretaña, creó la estructura federal de gobierno canadiense que se basó principalmente en la supremacía parlamentaria. Esta norma no contenía ninguna enumeración de derechos individuales sino un acuerdo federal, según el cual las legislaturas provinciales y el Parlamento tenían áreas de competencia exclusiva. Tanto los canadienses de habla inglesa como francesa gozaban de algunos derechos reconocidos a las minorías lingüísticas. Este documento también contenía una disposición relativa a las escuelas de las minorías religiosas.

1.2. En 1982, Canadá adoptó un sistema de protección de derechos, mediante la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Carta), que no es fruto de las ideas iusnaturalistas del siglo XVIII sino de la adopción de la noción, posterior a la II Guerra Mundial y al Holocausto, del respeto a la igual dignidad humana en un estado

multicultural y liberal. La Carta refleja los valores constitucionales tanto escritos como no escritos que la precedieron como la apreciación de la diversidad étnica de su población primitiva, y también responde a la realidad actual de Canadá, cuya sociedad es cosmopolita y multicultural.

La estructura institucional de la Carta refleja sus tres características principales: los derechos garantizados, los fundamentos explícitos para imponer limitaciones válidas a esas garantías -ambos dirimidos judicialmente-, y una abrogación (*override*) legislativa temporaria y limitada. Esta es una estructura institucional más compleja que una declaración que limita las facultades gubernamentales, como la de los Estados Unidos.

1.2.1. Derechos garantizados.

La Sección 2 enuncia las libertades fundamentales, tal como la libertad religiosa. En Canadá no existe una norma equivalente a la *Establishment Clause* norteamericana. Esto obedece, en parte, a la diferente historia religiosa de las dos naciones: Canadá fue colonizada por católicos y protestantes, sin que ninguna de las iglesias predominara sobre la otra. Esta diferencia es particularmente visible en la estructuración del sistema de educación pública gratuita, que es católica en las provincias en que la mayoría es protestante, y a la inversa. Algunas provincias han optado por pagar también la educación religiosa de otros grupos religiosos minoritarios.

Apartándose deliberadamente del lenguaje del *Bill of Rights* norteamericano para asegurar que la garantía se interpretaría de una forma más amplia y subjetiva, la Carta protege la expresión y no la palabra.

Las Secciones 3 a 5 garantizan los derechos democráticos y la 6 protege la libre circulación de las personas dentro del territorio canadiense para elegir su lugar de residencia y empleo.

La Sección 7 equivale a la Cláusula del Debido Proceso norteamericana, ya que garantiza "la vida, libertad y seguridad de la persona" frente a privaciones que no sean acordes con las "bases de la justicia fundamental". Nótese que no protege el derecho de propiedad. Si bien esta norma estaba dirigida a brindar solamente garantías procesales, la Suprema Corte de Canadá ha jugado un rol muy activo en acordarle contenido sustantivo. *Ref. re S. 94(2) of the Motor Vehicle Act* (B.C.) (2 S.C.R. 486 -1985-).

Quizás la aplicación más polémica de la revisión sustantiva se hizo en el caso *R. v. Morgentaler* (85 C.C.C. 3d 15 -1993-), donde la Corte declaró la invalidez de la ley nacional penal de aborto, con base en que no tomaba en cuenta la seguridad de las personas, y en particular, porque dificultaba el acceso a la atención médica cuando la vida o la salud estaban en peligro.

Las secciones 8 a 14 estipulan las garantías en el sistema de justicia criminal.

La Sección 15, o Cláusula de la Igualdad, es un ejemplo de redacción densa, que refleja un deseo de asegurar valores que trascienden la igualdad formal. Garantiza la

igualdad en la aplicación de la ley, que se agregó para alcanzar no sólo a las acciones intencionales del gobierno sino también a sus efectos. En la lista de causales prohibidas de discriminación se encuentran el sexo, la edad y la incapacidad física. Si bien la orientación sexual no está enumerada, muchos tribunales la han considerado incluida. La Sección 15(2) también autoriza expresamente los programas de acción afirmativa destinados a ayudar a las personas de escasos recursos.

Las características distintivas de esta Sección 15 no se diferencian fortuitamente de los criterios que actualmente rigen en los Estados Unidos, ya que Canadá intentó mejorar dicho sistema de protección para adaptarlo a una sociedad moderna, multicultural, liberal y de bienestar.

Las Secciones 16 a 23 garantizan específicamente el uso de las dos lenguas oficiales -in- glés y francés- en las instituciones federales y el derecho a la educación en la lengua minoritaria.

La Sección 24 contiene disposiciones expresas sobre la revisión y remedios judiciales para intentar evitar gran parte de la indecisión del sistema norteamericano en cuanto al poder para dar remedios judiciales.

1.2.2. Limitación de las garantías

Siguiendo el criterio de los instrumentos internacionales posteriores a la II Guerra, en su Sección 1 la Carta prevé una fórmula única de limitación para todos los derechos y libertades.

Esta norma exige, en primer término, que los límites "estén establecidos por la ley", lo que significa que cualquier restricción a un derecho debe resultar de un proceso democrático, o, al menos, cumplir la ley. Además, deben ser "razonables". El criterio básico para interpretar esta Sección se encuentra en sus palabras finales que se refieren a una "sociedad libre y democrática", con el énfasis en la palabra "y", que pasaron a ser el hito conceptual de la limitación. En resumen, para que una limitación a los derechos sea considerada válida, el Estado debe demostrar que está justificada y que constituye una restricción razonable, consistente con la idea de una sociedad libre y democrática. La Suprema Corte de Canadá, en el caso *R. v. Oakes* (1 S.C.R. 103 -1986-), elaboró un test de proporcionalidad para las limitaciones, en el que considera tanto el objetivo como la proporcionalidad y que aplicó, por ejemplo, en *R v. Keegstra* (3 S.C.R. 697 -1990-). En este caso, el apelado había sido condenado penalmente por promover, en forma pública e intencional, el odio hacia un grupo identificado por su raza y religión. La penalización de esta conducta claramente restringía su libertad de expresión. La Suprema Corte de Canadá juzgó que esta limitación estaba justificada, en términos de la sección 1 de la Carta, por la necesidad de mantener la igualdad en el foro de la comunicación pública. Llegó a la conclusión de que puede restringirse legítimamente la libertad de expresión de quien promueve el odio a fin de promover una cultura pública en que la todas las

personas son consideradas iguales y respetadas al estar libres de la difamación pública extrema. El odio fue definido como la difamación más extrema, tomando como pauta la promoción de odio que precipitó el Holocausto. Por lo tanto, esta idea de una sociedad libre y democrática como génesis de los derechos es una forma de extraer toda la normatividad de una sociedad que honra con igual intensidad la libertad y la democracia.

1.2.3. Abrogación (*override*) legislativa

Muchos autores entienden que este instituto hace perder gravitación a la Carta. Su inclusión respondió a la circunstancia de que, en el texto definitivo, los derechos tienen una formulación muy amplia y una garantía muy fuerte mientras la cláusula de limitación es muy restrictiva y fundada en principios. Los políticos opositores del Gobierno temieron al poder judicial contemplado por este sistema, pero también reconocieron la legitimidad de la enumeración de derechos y restricciones elaborada a través de un proceso público. Entonces, condicionaron su respaldo a la Carta al agregado de la abrogación legislativa.

El derecho de abrogación puede ser ejercido por el Parlamento de Canadá y por las diez legislaturas provinciales, y la decisión de ejercerlo se adopta por mayoría, como cualquier ley, invocando expresamente este privilegio y también los derechos que se quieren abrogar. La vigencia de la abrogación es de 5 años, plazo que coincide con la duración de un gobierno parlamentario. El ejercicio de esta facultad no tiene efecto retroactivo. Cuando el plazo de vigencia vence, puede ser renovado.

La abrogación no es simplemente una cuestión de ejercicio de poder político ordinario, sino un supuesto muy especial y específico de ejercicio de atribuciones legislativas, ya que trasciende la política ordinaria: es una forma de ejercicio de poder político constitucional. Si una sociedad honra los derechos, si juzga que su sistema de garantías prevalece sobre otras preferencias políticas, sólo ejerce esta facultad en forma excepcional. Por supuesto, ese "si" es importante.

La abrogación tiene también un efecto oculto: hace que los jueces cumplan con su función sabiendo que la legislatura, si así lo desea, puede decir la última palabra. Por ejemplo, cuando la Suprema Corte de Canadá declaró la invalidez de la ley penal de aborto en el caso *R. v. Morgentaler* (85 C.C.C. 3d 118 -1993-), en una decisión inesperada y por ende altamente polémica, el Parlamento pudo inmediatamente volver a aprobar la misma ley u otra nueva, usando la abrogación para evitar la invalidez constitucional. Pero no lo hizo porque ello hubiera sido políticamente inaceptable, particularmente a la luz de la sentencia de la Suprema Corte que invalidaba la ley, que había sido objeto de tantos comentarios.

Cuando el Premier de Quebec usó esta facultad para restablecer la ley que imponía el uso exclusivo del idioma francés, que había sido declarada inconstitucional por la

Suprema Corte de Canadá en el caso *Ford v. A.G. Quebec* (2 S.C.R. 712 -1988-) con base en que limitaba indebidamente la libertad de expresión, apeló a la mayoría francófona de Quebec para celebrar el triunfo de los "derechos colectivos" por sobre los individuales. Esa apelación fue atractiva para la mayoría de aquel entonces.

1.3. La Carta es la materialización de una nueva idea sobre la forma en que la protección de los derechos arbitra en las relaciones en el estado moderno. La importancia de este emprendimiento está ahora en peligro porque la actual composición de la Suprema Corte de Canadá no considera a los derechos de la Carta tan distintos e importantes. Una de las sentencias más recientes reconoció a los discapacitados, enfermos terminales, una excepción a la prohibición penal contra el suicidio asistido sin hacer siquiera mención a la limitación de la Sección 1. *Rodriguez v. British Columbia (Attorney-General)* (3 S.C.R. 519 -1993-). La mayoría interpretó el derecho a la "seguridad de la persona" reconocido en la Sección 7 como la cristalización de un consenso social de larga data, reflejado en la antigua legislación que sustenta la santidad de la vida. Esta referencia al consenso social es relativamente novedosa y no encuentra sustento en la Carta. La cláusula interpretativa del patrimonio multicultural ha sido usada en una gran variedad de casos que adoptan el criterio normativo, por ejemplo, para ampliar la idea de libertad religiosa más allá de primacía de la cristiandad para incluir otras religiones.

2. Israel

2.1. Israel es claramente un Estado de bienestar social, pese a que recientemente ha crecido la tendencia favorable a establecer una economía de mercado.

Para comprender el sistema de protección de derechos israelí es crucial recordar que Israel, desde el primer día de su existencia como nación, ha formado su vida y cultura política en el contexto de una lucha física por la supervivencia y en medio de un conflicto existencial de diversos grados con sus vecinos árabes. Esta lucha física a nivel nacional da lugar a percepciones dramáticamente diferentes de las de otros países en materia de seguridad del Estado y emergencias nacionales.

2.2. En la esfera jurídica, aún no ha adoptado una constitución escrita, formal y comprensiva completa, dotada de la calidad de "superley", que incluya una declaración de derechos y un mecanismo para la revisión judicial constitucional. Sin embargo, ya existen partes de una constitución que han pasado a ser escritas. En 1950, el debate entre quienes sustentaban la idea de adoptar inmediatamente una constitución y aquellos que se oponían a esta idea, culminó con una resolución aprobada por el Parlamento que respaldaba, en principio, su adopción pero en un momento futuro. El proceso que se estableció es gradual, mediante la adopción periódica de leyes que se distinguen de las

ordinarias por su calificación de "Leyes Básicas" y que están destinadas a ser capítulos de la constitución que gradualmente se elaborare. La resolución no prescribe un procedimiento, un programa de tiempos, el tipo de documento que se espera elaborar, ni cuáles van a ser los presupuestos para su reforma.

Hasta el momento, Israel ha adoptado once leyes básicas, que no tienen uniformidad ni un estilo armónico. La mayor parte de dichas leyes regula los aspectos institucionales del sistema estatal: la estructura y atribuciones de los tres Poderes, y las de las fuerzas armadas, así como la economía estatal y la figura del auditor del Estado, etc. Uno de los dos elementos constitucionales que falta establecer es el que va a consolidar toda la estructura y fijar las condiciones generales de supremacía, enmienda y control de constitucionalidad (probablemente judicial, investida en la Suprema Corte de Israel). El otro elemento es una declaración de derechos comprensiva completa, para cuya adopción subsisten dos obstáculos: las relaciones entre religión y Estado, y la seguridad de éste.

Sin embargo, desde 1992 Israel tienen una breve declaración de derechos escrita, ya que en ese momento el Parlamento adoptó dos Leyes Básicas relativas a la libertad de empleo y, lo que es más importante, a la dignidad y libertad humanas.

La ley básica sobre la dignidad y libertad humanas enumera explícitamente algunas, pero no todas, las libertades civiles y políticas tradicionales: la preservación de la vida, cuerpo y dignidad, libertad personal, derecho de entrar y salir del país, libertad de movimiento, privacidad, etc. Omite, en forma particularmente importante, la referencia a cuestiones de seguridad nacional, así como a la libertad de adherirse o no a la religión. La igualdad ante la ley y la libertad de expresión no están mencionadas expresamente, pero puede argüirse que están implícitas en el concepto de dignidad y libertad humanas. Si bien este documento no completa el proceso de dictar una declaración de derechos bien redondeada, ciertamente representa un paso importantísimo hacia adelante.

Dos de las cláusulas de esta Ley Básica presentan algunas dificultades normativo-culturales a que deberán enfrentarse aquellos (especialmente la Suprema Corte) que tengan que aplicarla a los casos concretos. Su Sección 1 dispone, en relación a la dignidad y libertad humanas: "El propósito de esta Ley Básica es proteger la dignidad y libertad humanas a fin de asegurar, en una Ley Básica, los valores del Estado de Israel como Estado judío y democrático". Así comienza también la Ley Básica sobre la Libertad de Empleo. Ahora, ¿cuáles son los valores del Estado de Israel como Estado "Judío y democrático"? ¿No existe una potencial tensión intrínseca entre estos dos grupos de valores mencionados?.

Los primeros signos de la controversia ya han surgido en algunos casos recientemente resueltos por la Suprema Corte. Uno de ellos se refiere al "derecho a morir". Al interpretar la mencionada fórmula constitucional, algunas personas

probablemente equiparen "valor Judío" con los mandatos del halakhah, mientras otras tenderán a reducir los "valores judíos" a los conceptos universales y generalizados de igualdad, dignidad humana, justicia y libertades. Otros, por su parte, podrán intentar genuinamente establecer un balance de los atributos normativos de Israel como Estado judío con sus valores democráticos.

2.3. Ante la ausencia de un documento comprensivo completo escrito, el Poder Judicial, y fundamentalmente la Suprema Corte, han jugado un rol predominante en el balance del poder del Estado con las libertades fundamentales, aplicando herramientas de interpretación estatutaria y revisando la acción administrativa. El carácter liberal del sistema israelí, pese a todas las dificultades que plantean la relación entre la religión y el Estado, y la seguridad de éste, es en gran medida fruto de este esfuerzo judicial persistente.

La Corte ha tenido que justificar la existencia normativa de las libertades fundamentales universales en el sistema jurídico israelí. Le tomó casi una generación llegar a la conclusión de que los derechos humanos básicos universalmente reconocidos forman parte esencial del *common law* del sistema jurídico israelí, aun cuando no estén expresamente legislados, por la sola circunstancia de que Israel se considera un Estado democrático.

A partir de entonces, la Suprema Corte ha considerado que las libertades individuales básicas forman parte integrante del derecho positivo israelí sólo como valores ideológicos y aspiraciones. En consecuencia, al interpretar la legislación aprobada por el Parlamento, siempre parte de la premisa de que la legislatura no tiene la intención de derogar los derechos individuales básicos, a menos que lo haga explícita y específicamente.

La Suprema Corte no ha sido menos activa e intervencionista al revisar la elaboración administrativa de normas. Asume que, en ausencia de un mandato estatutario inequívoco y explícito, el Poder Ejecutivo, al ejercer cualquiera de sus funciones, o a través de sus agencias, carece de atribuciones para derogar las libertades individuales. A lo largo de los años, y particularmente durante la última década, ha interferido en las decisiones administrativas y en las medidas ejecutivas mediante la sola invocación de la irrazonabilidad de las mismas. En otras palabras, aun cuando un acto administrativo no pueda ser revocado por su arbitrariedad, discriminación, falta de atribuciones para dictarlo o mala fe, la Corte puede decretar (y ocasionalmente así lo hace) que es irrazonable en esas circunstancias y, por lo tanto, inválido.

Sin embargo, en un sistema parlamentario que no tiene una constitución escrita completa, con calidad de supralegal, el Parlamento tiene facultades para dejar sin efecto las decisiones judiciales que no le agradan. Esto ha sucedido en muy raras ocasiones, y nunca en forma evidente, ya que tradicionalmente el Poder Judicial en general, y la

Suprema Corte en particular, gozan de la confianza y respaldo de la opinión pública israelí.

Por lo tanto, la protección de los derechos en el sistema jurídico israelí es, en su mayor parte, creación de la Suprema Corte, que virtualmente no ha contado con la ayuda de las nociones provenientes de una constitución escrita ni con el respaldo de ninguna medida legislativa importante que ampare, en términos estatutarios, las nociones de las libertades individuales y de los derechos humanos. Al hacerlo, muchos de los jueces se han inspirado en la jurisprudencia norteamericana. Por ejemplo, en un *leading case* de 1953 sobre libertad de prensa, el por entonces juez Agranat buscó fuerte sustento en la jurisprudencia sobre la Enmienda I entonces vigente. No copió textualmente el estándar del "peligro claro e inminente", pero formuló uno muy similar.

2.4. La dualidad de Israel como Estado judío y democrático continúa generando fricciones y debates que exigen moderación, pragmatismo y compromiso para hacer un balance justo y razonable entre el comunitarismo y el individualismo, entre la autoridad estatal y libertades fundamentales.

"Symposium: Hate Speech Symposium: Protecting Rights, Protecting Hate? Comparative American, Canadian and Israeli Approaches", en *Touro International Law Review*, Nueva York, vol. 6, n° 1, 1995.

LIBERTAD DE EXPRESION. LIBERTAD DE PRENSA. ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD (EE.UU).

En noviembre de 1995, el importante noticiero *60 Minutes* de la cadena CBS de televisión se abstuvo de transmitir una importante entrevista con el ex presidente de una empresa tabacalera por temor a resultar responsable de interferir ilícitamente en un acuerdo de confidencialidad entre éste y su anterior empleadora. Este hecho ilustra la nueva preocupación que genera en los medios la posibilidad de tener que responder por la transmisión de información que hubiera merecido protección constitucional si la fuente no fuera objeto de un acuerdo de no dar información. Ilustra también un área de la jurisprudencia de la Enmienda I que aún es desconocida y que carece de un estándar fácilmente aplicable. Para proteger la libertad de prensa garantizada por dicha Enmienda, comprometida en las acciones por interferencia ilícita, cabe proponer que los tribunales eximan de responsabilidad a quienes recolectan información sobre entidades públicas, vinculada a cuestiones de interés público, y que no está dirigida a producir daño o a competir con el demandante. Dicho criterio preservaría la función periodística de la

prensa mientras respetaría el derecho y la necesidad de las empresas de impedir la transmisión de información delicada a sus competidores.

CHASTEEN, Mark J., "In Search of a Smoking Gun: Tortious Interference with Nondisclosure Agreements as an Obstacle to Newsgathering, en *Federal Commercial Law Journal*, Indiana University, marzo de 1998, vol. 50, n° 2.

LIBERTAD DE EXPRESION COMERCIAL (EE.UU.).

En 1980, la Suprema Corte, en el caso *Central Hudson* (447 US 557 -1980-, v. **investigaciones 2** (1997), p. 265), formuló los parámetros de la doctrina moderna de la expresión comercial. Al establecer un test de cuatro partes para determinar la validez de las restricciones a este tipo de expresión, impuso el estándar del "escrutinio intermedio" y generó en los defensores de la libertad de expresión la expectativa de que finalmente estaba dispuesta a brindarle un grado más alto de protección constitucional. En los casi quince años que han pasado desde entonces, esto no ha sucedido ya que la Corte ha valorado en forma inconsistente los factores incluidos en el test. Cuando, en 1996, resolvió *44 Liquormart Inc. v. Rhode Island* (64 LW 4313, v. **investigaciones 1** (1996), p. 13), no aprovechó la oportunidad para adoptar el estándar menos manipulativo del "escrutinio estricto". Subsiste, por lo tanto, la oscuridad en la protección a la expresión comercial.

SCHMOLL, Aaron A., "Sobriety Test: The Court Walks the 'Central Hudson' Line Once Again in '44 Liquormart', but Passes on a New First Amendment Review", en *Federal Commercial Law Journal*, Indiana University, mayo de 1998, vol. 50, n° 3.

PENAS. CONDUCTAS ANTISOCIALES. MENORES (FRANCIA).

Los estudios longitudinales sobre el desarrollo de los comportamientos antisociales y otras dificultades de adaptación psicosocial, muestran cada vez más claramente que los orígenes de dichos desvíos se encuentran generalmente en la primera infancia e incluso en la vida fetal. El comportamiento humano está controlado por un cerebro extremadamente maleable al comienzo de la vida, y menos maleable posteriormente. No es por ello sorprendente que las intervenciones correctivas de los

adolescentes y de los adultos tengan efectos extremadamente limitados. La estrategia más económica para mejorar el capital humano en nuestras sociedades sería, entonces, la misma que para los fondos de jubilación: comenzar a invertir temprano y continuar haciéndolo regularmente.

TREMBLAY, Richard E. (Profesor - Universidad de Montreal), "Comprendre et favoriser le développement des enfants (par changer le monde)", en *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, Ed. Marcel Meichtry, Ginebra, n° 2, 1998, abril-junio, p. 131.

PRUEBA. CONSULTAS CIENTÍFICAS O TÉCNICAS. CONSULTORES TÉCNICOS. PERITOS. DEBIDO PROCESO INTELECTUAL (EE.UU.).

La prueba científica resulta cada día más relevante, e incluso decisivamente importante, para resolver los casos civiles y criminales, pero casi nunca constituye la inequívoca expresión autorizada de una verdad científica sino que, por el contrario, consiste en las declaraciones de expertos que compiten entre sí y que favorecen proposiciones científicas contrarias e incluso contradictorias. La mayor parte de los jueces y jurados carece de la formación necesaria para valorar esta prueba en forma independiente y, por lo tanto, se somete a las opiniones de los consultores técnicos, a los que eligen con base en evidencias de pericia tales como credenciales, reputación y comportamiento.

Pero incluso el acto de solicitar y someterse al criterio de expertos científicos exige un proceso de razonamiento, que requiere seleccionar a los expertos, decidir a cuál de éstos creer cuando no están todos de acuerdo y, finalmente, escoger cómo usar la información aportada por el experto seleccionado para resolver el caso.

Existe un proceso estructurado de razonamiento que un juez o jurado debe seguir para valorar las declaraciones de estos expertos y tomar una decisión jurídica sobre la responsabilidad (en los casos civiles) o la culpa (en los criminales) de una persona. Un análisis cuidadoso de dicho proceso, permite observar que los jueces y jurados no pueden cumplir algunos de los pasos de dicho proceso en una forma que no sea epistémicamente arbitraria. Específicamente, cuando los consultores técnicos están -a los ojos de un no-experto científico- equiparados en cuanto a sus credenciales, reputación y actuación, y ningún criterio racional generalmente accesible (como la auto-contradicción de un testigo experto) resulta definitorio a este respecto, dichos funcionarios judiciales no pueden elegir entre los expertos de un modo que no sea epistémicamente no arbitrario.

La no arbitrariedad epistémica es condición necesaria de la legitimidad de acuerdo

a la norma del debido proceso intelectual. Esta norma -que surge del principio de legalidad y que está inmanente tanto en la jurisprudencia como en diversos análisis de juristas y filósofos- va a tener una importancia creciente a medida que el testimonio de los expertos científicos se use en un mayor porcentaje de casos. Cuando no se satisfacen las condiciones de esta norma, las decisiones judiciales, aun cuando estén fundadas en testimonios relevantes de consultores técnicos, carecen de legitimidad epistémica y, por lo tanto, del tipo de legitimidad práctica y moral que los sistemas jurídicos exigen.

¿Qué debe hacerse si sigue creciendo la importancia de la información científica para la adopción de decisiones jurídicas, mientras los jueces y jurados se ven tantas veces en la imposibilidad de incorporar legítimamente esa información a sus decisiones? Nada sugiere que un juez no pueda adquirir suficientes conocimientos epistémicos, aún sin tener el entrenamiento formal de un científico. Quizás algunos magistrados, en razón de sus antecedentes o de su amplia experiencia en la valoración de prueba científica, van a ser suficientemente competentes en términos epistémicos como para evaluarla en forma epistémicamente legítima, satisfaciendo las exigencias del debido proceso intelectual.

En el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (509 US 579 -1993-), la Suprema Corte interpretó las normas más importantes de las *Federal Rules of Evidence* sobre admisibilidad de este tipo de prueba, urgiendo a los jueces a ser más activos como "porteros" para identificar la ciencia que no merece confianza. Pero lo cierto es que, en ese caso, la solución que se dio al problema de la evaluación legítima de las declaraciones de los expertos científicos parece pobre. En primer lugar, dada la presión que ejercen otras actividades judiciales, parece poco probable que un porcentaje importante de los jueces haya encontrado o vaya a encontrar el tiempo necesario para adquirir el tipo de capacitación que requiere la toma de decisiones "debidamente procesadas" intelectualmente. Además, de acuerdo a *Daubert*, aun cuando un juez sea suficientemente competente en términos científicos, esa habilidad podría permitirle tomar una decisión legítima debidamente procesada cuando decide no admitir alguno de los testimonios científicos ofrecidos. Pero en un gran número de otros casos, el juez admite prueba científica que se contradice entre sí, y deja que el jurado -que no es experto ni competente en este área- tome la decisión, circunstancia en que típicamente se producen las violaciones al debido proceso intelectual.

Tampoco puede resolver el problema el recurso que el *Justice* Breyer destacó en el caso *General Electric v. Joiner* (1997), que es el otro análisis importante de esta cuestión realizado por la Suprema Corte con posterioridad a *Daubert*. Breyer puso énfasis en los problemas epistémicos que tienen los jueces al intentar satisfacer las exigencias de *Daubert*: "dichas exigencias muchas veces les imponen hacer determinaciones sutiles y elaboradas sobre metodología científica y sobre su relación con las conclusiones que un testigo experto propone, particularmente cuando el caso se plantea en un área en que la

verdad científica es tentativa o incierta. Sin embargo..., los jueces no son científicos y carecen del entrenamiento científico que puede facilitar la adopción de esas decisiones" (cit., opinión de la mayoría).

De acuerdo al criterio del *Justice* Breyer, ante este desafío, los jueces deberían pedir más información científica para cumplir con el mandato de *Daubert* de ser "porteros" que vigilan contra la ciencia falsa y, por ejemplo, usar expertos designados por el tribunal, designar *special masters* [funcionarios designados para actuar en representación del tribunal en un trámite o cuestión determinado] o secretarios letrados especialmente entrenados, o convocar a audiencias previas para circunscribir las cuestiones científicas. Pero, por las razones sugeridas *ut supra*, esta solución no satisface las necesidades del debido proceso intelectual cuando el juez no es él mismo epistémicamente competente en métodos y teorías científicas, ya que el juez no puede elegir en forma epistémicamente legítima a un secretario letrado o a un experto designado por el tribunal.

Si los sistemas jurídicos siguen aspirando a satisfacer las normas del debido proceso intelectual (y otras vinculadas al régimen de derecho), sería conveniente que adoptaran un modelo según el cual la misma y única persona que toma las decisiones jurídicas tenga tanta legitimidad jurídica (por estar debidamente electa o designada) como competencia epistémica (por tener las herramientas formales básicas necesarias para hacer análisis científico). Muchos juristas ya han comenzado a considerar diversos caminos para lograr este objetivo: trasladar la adopción a numerosas decisiones que actualmente se hacen en procesos judiciales de derecho privado a las agencias públicas administrativas en donde trabajan científicos entrenados, o a jurados *ad hoc* integrados por personas con este tipo de formación académica, o a magistrados expertos científicos, o, incluso, a tribunales especiales integrados por jueces con entrenamiento científico. A partir de las mayores exigencias que el caso *Daubert* impuso a los jueces federales de primera instancia, poco a poco se están adoptando las medidas necesarias para intentar la implementación de estas propuestas.

BREWER, Scott, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, en *The Yale Law Journal*, Connecticut, vol. 107, n° 6, abril de 1998, p. 1535.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL. FUNDAMENTOS (FRANCIA).

La ética de la responsabilidad descansa sobre la libertad humana. Frente al responsable, la ética subraya el imperativo penal de sanción y el imperativo civil de

reparación. Frente a la víctima, funda su derecho a una reparación justa e integral de los perjuicios económicos y morales, y realza el rol catártico del proceso penal.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne (Profesora Emérita - Universidad Jean Moulin -Lyon III-), "L'éthique de la responsabilité", en *Revue trimestrielle de droit civil*, Sirey, París, n° 1, enero-marzo 1998, Sirey, París, pp. 1/22.

ESTUDIOS

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (segunda parte)¹

3.2.1. Alemania

3.2.1.1. En la Constitución alemana no existe un "derecho a la privacidad" que ampare la protección de los datos personales. Luego de la reunificación se revisó su texto y se intentó introducir este derecho, pero el proyecto contó con la oposición de la por entonces mayoría política conservadora.

3.2.1.2. La primera ley estadual fue la del Estado de Hessen del 7 de octubre de 1970 sobre Protección de Datos.

3.2.1.3. A nivel federal, se comenzó con la aprobación de la *Federal Data Protection Law* de 1977, luego sustituida por la *Federal Data Protection Act* de 1990.

Ambito de aplicación: regula la recolección, procesamiento y uso de datos personales que hacen los entes públicos federales y estaduales (estos últimos en la medida en que no estén regulados por la legislación estadual y siempre que apliquen leyes federales). También se aplica al procesamiento o uso de datos personales que hacen los particulares en el curso normal de su gestión comercial o profesional (Secs. 1.1 y 1.2).

Sin embargo, su aplicación es supletoria a la de otras normas que regulan la protección de los datos personales o su publicación, pero sus disposiciones prevalecen sobre las de la Ley de Procedimiento Administrativo en la medida en que se procesen datos para evaluar hechos (Sec. 1.5).

Titular de la protección: la persona física identificada o identificable (Sec. 3.1).

Admisibilidad del procesamiento y uso de los datos: sólo son lícitos cuando esta ley, o alguna otra, los autoriza u ordena, o con la anuencia del interesado.

El interesado debe saber, antes de prestar su consentimiento, el objeto del almacenamiento, los destinatarios de los datos, y si lo solicita, los efectos de no dar su autorización (Sec. 4). Dicho consentimiento debe ser escrito -a menos que por circunstancias especiales sea mejor prestarlo de otro modo- y estar claramente diferenciado cuando forme parte de otras declaraciones escritas.

Secreto de los datos: las personas empleadas en el procesamiento de datos deben mantenerlos en secreto y no pueden usarlos ni procesarlos sin autorización. Este deber de

¹**Nota de la Secretaría:** la primera parte fue publicada en **investigaciones** 1 (1998), pp. 121/166.

confidencialidad subsiste aún después de haber terminado sus actividades (Sec. 5).

Esta es una de las dos únicas obligaciones impuestas a quienes trabajan con registros que se establecen transitoriamente sólo para el procesamiento y que luego se borran automáticamente (Sec. 1.3.1), y una de las pocas de los responsables de los registros no automatizados de datos que no están destinados a ser transmitidos a terceros (Sec. 1.3.2).

Es también una de las dos obligaciones que en general se imponen al procesamiento o uso de datos personales por parte de empresas periodísticas, cinematográficas o de radiodifusión exclusivamente para sus propios objetivos periodístico/editoriales (Sec. 41.1).

Derechos inalienables de los interesados: los derechos de acceso (Secs. 19 y 34), rectificación, supresión y bloqueo (Secs. 20 y 35) no pueden ser objeto de disposición o restricción contractual.

Indemnización de los daños producidos por el procesamiento ilícito de datos:

a) entes públicos: están obligados a compensar al interesado aun cuando hayan actuado sin culpa.

En casos graves de violación a la privacidad, la compensación económica alcanza al daño inmaterial. La ley prevé topes máximos por persona, y regula los supuestos en que el archivo pertenece a varias entidades o son varias las personas damnificadas. Reconoce expresamente el derecho a recurrir judicialmente contra las decisiones administrativas que resuelven estas cuestiones (Sec. 7).

b) Entes privados: el responsable del archivo tiene la carga de demostrar que el daño no resulta de un hecho por el que deba responder (Sec. 8).

Medidas técnicas y organizativas: las organizaciones públicas y privadas que procesan datos personales a título personal o por cuenta de terceros, deben tomar todas las medidas técnicas y organizativas razonables para asegurar el nivel deseado de protección establecido por esta ley (Sec. 9).

Regímenes legales para la protección de datos:

a) el previsto en la Segunda Parte se aplica a los organismos públicos de la Federación en la medida en que, en el caso de las empresas de derecho público, no funcionen en un régimen de competencia (Sec. 12.1). En esta categoría quedan comprendidas las autoridades y organismos del Poder Judicial y las demás instituciones de derecho público de la Federación, las corporaciones federales, los establecimientos y fundaciones que se rigen por el derecho público así como sus asociados, sin tomar en consideración su estructura jurídica. También están incluidas las empresas establecidas por la ley en cuanto la Ley de Administración Postal o la Ley de Organismos de Telecomunicaciones les otorgue derechos exclusivos en su área (Sec. 2).

También rige a los organismos públicos estatales en la medida en que apliquen

el derecho federal y en que, como empresas de derecho público, no funcionen en un régimen de competencia o actúen como órganos exclusivamente judiciales (Sec. 12.2). Quedan comprendidos en esta categoría los equivalentes estatales de los organismos públicos federales ya descritos, y las asociaciones de derecho privado de los organismos públicos federales y estatales que cumplen funciones de la administración pública, con independencia de que sus accionistas sean particulares, pero sólo en el caso en que también actúen fuera del territorio estatal o cuando la absoluta mayoría de las acciones o votos está en manos de la Federación (Sec. 2);

b) el régimen previsto en la Tercera Parte se aplica al procesamiento o uso de datos personales que están o que se han extraído de un archivo (*data file*) -condición sine qua non para la aplicación de este régimen- en el curso normal de la actividad profesional o comercial por parte de: a) los entes privados; b) las empresas de derecho público de la Federación cuando funcionan en un régimen de competencia, y las estatales cuando además aplican derecho federal y la protección de datos no está regulada por la legislación estatal (Sec. 27).

Legitimidad del tratamiento de datos: los entes públicos pueden almacenar datos personales cuando les resulta indispensable para el cumplimiento de sus funciones. Deben obtener los datos directamente del interesado (Sec. 13.1). Si lo hacen con su conocimiento, le deben informar el objetivo de la recolección. Si los obtienen de él por exigencia legal, o si dicha recolección es una de las exigencias para que el interesado pueda gozar de algún beneficio legal, le deben informar el carácter obligatorio o voluntario de su respuesta y, si aquél lo solicita, la norma legal que autoriza la recolección y las consecuencias que se originan por no brindar la información (Sec. 13.3).

Los datos sólo pueden obtenerse sin la participación del interesado si no hay indicios de que va a lesionar derechos de jerarquía superior de aquél y en la medida en que: a) así lo disponga imperativamente una norma, o b) la naturaleza del deber administrativo del ente público así lo requiera o la obtención de los datos directamente del interesado exija esfuerzos desproporcionados. Si los datos se obtienen de organismos privados, se les debe notificar el carácter voluntario u obligatorio de la provisión y, en este último caso, el fundamento legal (Secs. 13.2 y 13.4).

Legitimidad del almacenamiento, modificación y uso de los datos:

a) sector público: estos procesos sólo son admisibles cuando resultan necesarios para que el organismo pueda cumplir con sus funciones, y persigan la satisfacción de los objetivos para los cuales se recolectan los datos.

En este régimen, el almacenamiento, modificación o uso para otros propósitos sólo es admisible: si existe una norma jurídica que así lo exige; si el interesado presta su consentimiento; si evidentemente beneficia al interesado y no existen razones para

presumir que éste no daría su consentimiento si conociera el nuevo objetivo; si la información aportada por el interesado tiene que ser confrontada porque existen indicios reales de que es incorrecta; si los datos pueden obtenerse de fuentes generalmente accesibles o el responsable del tratamiento tiene derecho a publicarlos, a menos que el interesado claramente tenga un interés de jerarquía superior en oponerse al cambio de objetivo; si resulta necesario para impedir un perjuicio sustancial al bien común o cualquier otra amenaza inminente a la seguridad pública, o para un procesamiento penal o administrativo, o para ejecutar sentencias penales, reeducativas o disciplinarias de menores, o multas administrativas, o para impedir una violación grave a los derechos de otra persona, o para realizar una investigación científica, siempre que el interés científico en la conducción del proyecto de investigación prevalezca claramente sobre el derecho del interesado en oponerse al cambio de objetivo, y el objeto de la investigación sea imposible o desproporcionadamente dificultoso de lograr por otros medios (Sec. 14.2).

No se considera cambio de objetivo el que persigue el ejercicio de poderes de supervisión o control, la ejecución de una auditoría o la conducción de estudios organizativos para el responsable del archivo. Lo mismo sucede cuando el responsable procesa o usa datos con fines de entrenamiento y examen, a menos que el interesado tenga derechos que deban prevalecer (Sec. 14.3).

Los datos personales exclusivamente almacenados para supervisar o salvaguardar la protección de datos o para asegurar el funcionamiento adecuado de un sistema de procesamiento sólo pueden usarse para dichos objetivos (Sec. 14.4).

Se aplica el régimen del sector privado al almacenamiento, modificación o uso de datos personales vinculado a contratos pasados, presentes o futuros de servicio o empleo.

b) Sector privado: el almacenamiento, modificación y uso de los datos es admisible: si se conforma al objeto de un contrato o de una relación fiduciaria cuasi contractual con el interesado; si resulta necesario para proteger los intereses del responsable y siempre que no exista motivo para presumir que el interesado tiene un derecho de jerarquía superior para oponerse al procesamiento o uso de sus datos; si éstos pueden obtenerse de fuentes generalmente accesibles o el responsable tiene derecho a publicarlos, a menos que el interesado claramente tenga un interés legítimo de jerarquía superior en que no se procesen o usen sus datos; o si resulta necesario para realizar una investigación científica, siempre que el interés científico en la conducción del proyecto de investigación prevalezca claramente sobre el derecho del interesado en oponerse al cambio de objetivo, y el objeto de la investigación sea imposible o desproporcionadamente dificultoso de lograr por otros medios (Sec. 28.1).

El uso con fines publicitarios o para hacer investigaciones de opinión o de mercado es inadmisibles cuando el interesado se lo ha prohibido al responsable, en cuyo caso éste debe bloquear su uso para esos propósitos (Sec. 28.3).

El almacenamiento o modificación de los datos que se hace en el curso de la actividad comercial normal con el fin de transmitirlos, es admisible: si no existe razón para presumir que el interesado tiene un derecho legítimo en que sus datos se excluyan del almacenamiento o modificación, si los datos pueden obtenerse de fuentes generalmente accesibles, o si el responsable tiene derecho a publicarlos y el interesado no tiene un interés de jerarquía superior en que sus datos se excluyan del uso o procesamiento (Sec. 29.1).

Cuando los datos se recolectan en el curso de una actividad comercial normal para transmitirlos en forma despersonalizada, las características que permitan atribuirlos a una persona identificada o identificable deben conservarse en forma separada y sólo pueden combinarse con el resto de la información cuando sea necesario para el almacenamiento o para cumplir objetivos científicos. La modificación de los datos personales, en estos supuestos, sólo es admisible: si no existe razón para presumir que el interesado tiene un interés legítimo en oponerse, los datos pueden tomarse de fuentes generalmente accesibles o el responsable puede publicarlos y el interesado no tiene un derecho legítimo de jerarquía superior en oponerse a la modificación. En estos casos, no se aplican las Secciones que rigen el almacenamiento de datos en el curso de una actividad comercial normal para transmitirlos (Sec. 29), ni las que enumeran los derechos del interesado en el régimen del sector privado (Secs. 33 a 35).

c) Los institutos de investigación y los medios de radiodifusión tienen regímenes especiales en este área, descriptos en las disposiciones especiales.

Transmisión de los datos:

a) entre organismos públicos. Es admisible cuando resulta necesaria para que el ente transmisor o el receptor cumplan con sus obligaciones, y se satisfacen las exigencias para el almacenamiento, modificación y uso que prevé para el sector público la Sec. 14.

El organismo transmisor responde de la admisibilidad de la transmisión, a menos que ésta se haya hecho a pedido del receptor. En este último caso, el receptor resulta responsable de esta evaluación y el transmisor sólo examina si el receptor tiene facultades para formular este pedido, a menos que existan razones especiales para evaluar la admisibilidad de la transmisión.

El organismo receptor puede procesar o usar los datos que se le han transmitido exclusivamente para el objeto que justificó la transmisión, que sólo puede modificarse en los supuestos enumerados en la Sec. 14.2 ya descriptos.

Este régimen se aplica *mutatis mutandis* a la transmisión de datos personales a los organismos de derecho público de las sociedades religiosas, siempre que se asegure que el receptor los va a proteger.

Cuando los datos que se van a transmitir están tan vinculados a otros personales del interesado o de terceros que es imposible o desproporcionadamente difícil

escindirlos, la transmisión de estos últimos datos también es admisible, a menos que el interesado o el tercero claramente tengan un derecho de jerarquía superior a mantenerlos en secreto. Este criterio también se aplica *mutatis mutandis* cuando los datos personales se transmiten dentro de un organismo público (Sec. 15).

b) De un organismo público a un ente privado. La transmisión es admisible cuando resulta necesaria para el cumplimiento de los deberes del organismo transmisor y se cumplen las exigencias que prevé la Sec. 14, o cuando el receptor acredita debidamente un interés justificado en el conocimiento de los datos y el interesado carece de derecho a impedir la transmisión (Sec. 16.1). En este último caso, el organismo transmisor debe notificar la transmisión al interesado salvo cuando pueda presumirse que éste ha tomado conocimiento de ella por otra vía, o cuando dicha notificación generaría un peligro para la seguridad pública o de algún otro modo perjudicaría a la Federación o a un Estado (Sec. 16.2).

El organismo transmisor responde de la admisibilidad de la transmisión.

El organismo transmisor debe informar al receptor que sólo puede procesar o usar los datos que se le han transmitido para el objeto que justificó la transmisión. El procesamiento o uso para otros propósitos sólo es válido cuando la transmisión es admisible en términos de la Sec. 16.1 y el organismo transmisor ha dado su consentimiento (Sec. 16.4).

c) De un organismo público a organismos no regulados por esta ley. En estos supuestos y en los de transmisión de datos personales a organismos supranacionales o internacionales, se aplican la Sec. 16.1 -en conjunción con las leyes y acuerdos relevantes- así como la Sec. 16.3.

No se puede hacer la transmisión cuando existen razones para presumir que contradice el fin perseguido por una ley alemana.

El organismo transmisor responde de la admisibilidad de la transmisión.

Debe informarse al receptor que los datos transmitidos sólo pueden procesarse o usarse para el objeto que justificó la transmisión (Sec. 17).

d) De los organismos privados. La transmisión es admisible: 1) si es necesaria para salvaguardar el interés público o el de un tercero; o 2) si los datos, reunidos en listas o combinados de algún otro modo, se refieren a los miembros de un grupo de personas y sólo hacen mención a la pertenencia del interesado a dicho grupo, a su ocupación o tipo de negocio, a su nombre, estado civil, formación académica, domicilio, fecha de nacimiento, y no existe ninguna razón para presumir que el interesado tiene un interés legítimo en oponerse a la transmisión. En los supuestos enumerados en 2, generalmente se presume que existe dicho interés cuando los datos se almacenaron en virtud de un contrato o de una relación fiduciaria cuasi contractual y se refieren a cuestiones de salud, sanciones penales, sanciones administrativas, puntos de vistas religiosos o políticos y, si

son transmitidos por el empleador, al estatus del interesado en términos del derecho laboral.

También puede realizarse cuando es necesaria para satisfacer el interés de un instituto en la conducción de una investigación científica, siempre que el interés en dicho proyecto sea sustancialmente superior al del interesado en oponerse a la transmisión, y el objeto de la investigación sea imposible o desproporcionadamente difícil de alcanzarse por otros medios (Sec. 28.2).

La transmisión con fines publicitarios o para hacer investigaciones de opinión o de mercado es inadmisble cuando el interesado se la ha prohibido al responsable, en cuyo caso éste debe bloquear la transmisión de los datos con esos propósitos (Sec. 28.3).

La transmisión en el curso de una actividad comercial normal es admisible cuando el receptor acredita debidamente un interés justificado en conocer los datos; o cuando éstos se han compilado en listas o están combinados de algún otro modo, y se transmiten con fines publicitarios o para hacer una investigación de mercado o de opinión y no existe ninguna razón para presumir que el interesado tiene derecho a que no se transmitan (Sec. 29.2).

Implementación de la protección de datos en la Administración Pública Federal: las Supremas Autoridades Federales, el Presidente del Fondo Federal Especial Ferroviario, así como los organismos, establecimientos y fundaciones de derecho público que sólo están sujetos a la supervisión del Gobierno Federal o de una Suprema Autoridad Federal, tienen que asegurar la implementación de esta Ley y de las otras normas relativas a la protección de datos en sus respectivas áreas de actividad.

Lo mismo se aplica al directorio de las empresas establecidas por ley, en la medida en que tienen un derecho exclusivo en términos de la Ley de Administración Postal o de la Ley de Instalación de Telecomunicaciones (Sec. 18.1).

Los organismos públicos deben llevar un registro de los sistemas de procesamiento de datos que usan, y dejar allí constancia escrita de la siguiente información: designación y tipo de archivos de datos; objeto; tipo de datos almacenados; interesados; tipos de datos que regularmente se transmiten y sus receptores; períodos estándares para la supresión de datos; grupos de personas que tienen derecho de acceso o las personas que tienen este derecho en forma exclusiva. También deben asegurarse de que se controla el uso apropiado de los programas de procesamiento de los datos (Sec. 18.2), exigencia que no rige para los archivos temporarios y que se suprimen dentro de los tres meses de su creación (Sec. 18.3).

Registro: los organismos que en el curso normal de su actividad comercial almacenan datos personales para transmitirlos, o para transmitirlos en forma despersonalizada, o que están contratados para procesar o usar datos personales como empresa de servicios, así como sus agencias y oficinas dependientes, deben notificar el

comienzo o finalización de sus actividades a la Autoridad de Contralor (Autoridad) relevante dentro del plazo de un mes (Sec. 32.1).

En el momento de registrarse, deben brindarle la siguiente información: nombre de la empresa, de sus propietarios, del representante legal y otros gerentes legal o constitucionalmente designados y de las personas que tienen a su cargo el procesamiento de los datos, su domicilio, el objeto comercial de la empresa y del procesamiento de datos, el nombre del Funcionario Encargado de la Protección de Datos (Funcionario), la descripción general del tipo de datos personales almacenados (salvo cuando actúan en términos de un contrato para procesar o usar datos personales como empresa de servicios). Las modificaciones de estos datos también deben inscribirse (Sec. 32).

Garantías complementarias al interesado:

1. Notificación al interesado: en el sector privado, cuando los datos se almacenan por primera vez para cumplir los objetivos propios, hay que notificar al interesado esta recolección y el tipo de datos que se están guardando. Si los datos personales se almacenan en el curso de la actividad comercial normal para transmitirlos, hay que notificarle la primera transmisión y el tipo de datos incluidos, a menos que el interesado ya se hubiese enterado por otros medios; los datos sólo estén almacenados porque su supresión está prohibida legal o contractualmente, o sólo sirvan para la seguridad de los datos o para el control de la protección de los datos; los datos deban mantenerse en secreto en virtud de una norma legal o en razón de su naturaleza, en particular, por la existencia del derecho prevalente de un tercero; un organismo público relevante informe al responsable que la publicación de los datos pondría en peligro la seguridad u orden públicos o de algún otro modo perjudicaría a la Federación o a un Estado; los datos se almacenen en un archivo que sólo es temporario y que se va a borrar dentro de los tres meses de su creación; se almacenen para cumplir objetivos propios y se tomen de fuentes generalmente accesibles o la notificación perjudicaría en forma considerable los objetivos comerciales del responsable, a menos que el interés en la notificación deba prevalecer sobre dicho perjuicio; se almacenen en el curso de la actividad comercial normal para transmitirlos y se toman de fuentes generalmente accesibles en la medida en que se relacionan con las personas que publicaron estos datos, o éstos estén compilados en listas o combinados de algún otro modo conforme lo descrito en la Sec. 29 (Sec. 33).

2. Derecho de acceso:

a) sector público: el interesado puede pedir al responsable que le informe qué datos personales suyos tiene almacenados, incluyendo toda referencia al origen o receptor de los mismos, así como el objeto del almacenamiento. El pedido debe especificar a qué tipo de datos se refiere. Si están almacenados en archivos, el organismo sólo está obligado a brindar información en la medida en que el interesado aporte detalles que permitan localizarla mediante un esfuerzo proporcional a su interés. El responsable

debe ejercer debidamente su discrecionalidad para determinar el procedimiento y la forma para dar acceso a la información solicitada (Sec. 19.1). No existe derecho a acceder a datos que se conservan en razón de una prohibición legal o contractual de suprimirlos o que sólo sirven para asegurar la protección de otros .

La provisión de información relativa a la transmisión de datos personales a las autoridades encargadas de la protección de la Constitución, al Servicio Federal de Inteligencia, a la Oficina Federal de Contrainteligencia de las Fuerzas Armadas y a otras autoridades del Ministerio Federal de Defensa, sólo es admisible con el consentimiento de dichos organismos (Sec. 19.3).

No existe este deber si: el acceso a la información perjudica el buen cumplimiento de las funciones del ente público, la seguridad u orden públicos o algún otro interés de la Federación o de un Estado; o si los datos o la circunstancia de que éstos se encuentren almacenados deba mantenerse en secreto en virtud de una norma jurídica o en razón de su naturaleza, en particular en atención a un interés de jerarquía superior de un tercero (Sec. 19.4).

No es necesario justificar la negativa a brindar información cuando genere un riesgo para el interés que la imposibilidad de acceso tiende a proteger. En tal caso, el ente público debe indicar al interesado que puede apelar ante el Comisionado Federal para la Protección de Datos (Comisionado) (Sec. 19.5).

Cuando se le niegue el derecho de acceso, el interesado puede solicitar al organismo publico que entregue la información al Comisionado, a menos que la suprema autoridad federal establezca, en un caso determinado, que esto genera un riesgo para la seguridad de la Federación o de un Estado. La información que el Comisionado transmita al interesado no puede permitir la extracción de ninguna conclusión sobre los datos que tiene el organismo, a menos que este último consienta que se de una información más amplia (Sec. 19.6).

La información se entrega en forma gratuita (Sec. 19.7).

b) Sector privado: el interesado puede pedir al responsable del tratamiento que le informe qué datos personales suyos tiene almacenados, incluyendo toda referencia a la fuente y a los destinatarios de los mismos, el objeto del almacenamiento y, si los datos se procesan automáticamente, las personas y organismos a quienes se transmiten regularmente.

La solicitud de acceso debe especificar el tipo de datos personales sobre los que solicita información. Si los datos han sido almacenados en el curso normal de una actividad comercial para transmitirlos, el interesado sólo puede interrogar sobre la fuente y destinatarios de los datos si tiene dudas bien fundadas sobre la exactitud de los mismos, en cuyo caso se le dará esta información aun cuando estos detalles no estén almacenados (Sec. 34.1).

En el caso de los organismos que almacenan datos personales en el curso de su actuación comercial normal con el fin de brindar información, el interesado puede pedir el acceso a sus datos personales aun cuando éstos no estén almacenados en un archivo. El interesado sólo puede pedir información sobre la fuente y destinatarios de sus datos si demuestra que tiene dudas bien fundadas sobre la exactitud de los mismos (Sec. 34.2).

La información se brinda por escrito mientras no resulte inapropiado por circunstancias especiales (Sec. 34.3).

No hay obligación de brindar información en los supuestos en que, conforme a las Secs. 33.2 números 2 a 6 de esta ley, no hay que notificar la recolección de datos al interesado (Sec. 34.4).

La información se provee en forma gratuita. Sin embargo, cuando los datos se han almacenado en el curso normal de una actividad comercial para transmitirlos, puede cobrarse un arancel -cuyo monto no puede superar los costos directamente atribuibles a la provisión de información- si el interesado puede usarlos frente terceros con fines comerciales, salvo en los casos en que circunstancias especiales hagan nacer la presunción de que los datos personales almacenados son incorrectos o que su almacenamiento es inadmisibles, o cuando la información ha demostrado que los datos personales deben ser corregidos o suprimidos (Sec. 34.5). Cuando la información no se brinda en forma gratuita, el interesado tiene la posibilidad de tomar conocimiento de los datos y de la información que se relaciona con él dentro del marco de su derecho a la información. Esta circunstancia debe ser puesta en su conocimiento en una forma adecuada (Sec. 34.6).

3. *Corrección, supresión y bloqueo de los datos:*

a) sector público: debe corregir los datos personales incorrectos. Si se comprueba que los datos que constan en archivos públicos (*records*) son incorrectos o si el interesado cuestiona su precisión, debe registrar esta circunstancia (Sec. 20.1).

Debe suprimir los datos cuyo almacenamiento es inadmisibles, o que han dejado de ser necesarios para el cumplimiento de sus funciones (Sec. 20.2).

En lugar de borrar los datos, debe bloquearlos si: los plazos de conservación establecidos legal o contractualmente prohíben la supresión, existe razón para presumir que la supresión perjudicaría los derechos del interesado, la supresión es imposible o desproporcionadamente difícil por la forma de almacenamiento (Sec. 20.3), o si el interesado cuestiona su exactitud y no puede establecerse si son correctos o no (Sec. 20.4).

Los datos personales que están en archivos públicos (*records*) se bloquean cuando el ente comprueba en un caso determinado que esto resulta necesario para evitar un perjuicio al interesado, y si ya no son indispensables para el cumplimiento de sus funciones (Sec. 20.5).

Los datos bloqueados sólo pueden transmitirse o usarse sin el consentimiento del interesado si resulta indispensable para objetivos científicos, para ser usados como prueba o por otras razones en aras de los intereses de jerarquía superior del organismo público o de un tercero, y la transmisión o uso de los datos para este propósito sería admisible si no estuvieran bloqueados (Sec. 20.6).

Cuando resulte necesario para la tutela de los intereses legítimos del interesado, se debe notificar la corrección de los datos inexactos, el bloqueo de los cuestionados, o la supresión o bloqueo de los almacenados en forma inadmisibles a los organismos a los que dichos datos se transmiten regularmente para su almacenamiento (Sec. 20.7).

b) Entes privados: deben corregir los datos personales incorrectos (Sec. 35.1).

Los datos pueden suprimirse en cualquier momento si su almacenamiento es inadmisibles; si se vinculan a cuestiones de salud, delitos penales o administrativos o creencias religiosas o políticas y el responsable no puede demostrar que son correctos; si se han procesado para cumplir objetivos propios del responsable, en el momento en que dejen de ser necesarios para cumplir el objetivo que justificó el almacenamiento; y si están procesados en el curso normal de una actividad comercial para transmitirlos, cuando luego de 5 años de almacenamiento ya no sean necesarios (Sec. 35.2).

En lugar de suprimirse, los datos personales se bloquean cuando, en los dos últimos supuestos mencionados anteriormente, los plazos de conservación fijados legal o contractualmente prohíben la supresión; o cuando ésta es imposible o desproporcionadamente difícil en razón del tipo de almacenamiento (Sec. 35.3).

También se bloquean si el interesado cuestiona su exactitud y no puede establecerse si son correctos o no (Sec. 35.4).

Cuando los datos se almacenan en el curso normal de una actividad comercial para transmitirlos, los que son incorrectos o cuya exactitud está cuestionada no necesitan ser corregidos, bloqueados o suprimidos, excepto si se vinculan con cuestiones de salud, delitos penales o administrativos, o creencias religiosas o políticas y el responsable no puede demostrar que son correctos; o si son tomados de fuentes generalmente accesibles y almacenados con fines documentales. A pedido del interesado, se les debe anexar su contraargumento y no pueden transmitirse sin éste (Sec. 35.5).

Cuando resulte necesario para los intereses legítimos del interesado, se debe notificar la corrección de los datos inexactos, el bloqueo de los cuestionados, o la supresión o bloqueo de los almacenados en forma inadmisibles, a los organismos a los que dichos datos se transmiten regularmente para su almacenamiento (Sec. 35.6).

Los datos bloqueados sólo pueden transmitirse o usarse sin el consentimiento del interesado, si resulta indispensable para objetivos científicos, para ser usados como prueba, o para proteger intereses de jerarquía superior del responsable o de un tercero, y la transmisión o uso de los datos para este propósito fuese admisible si no estuvieran

bloqueados (Sec. 35.7).

Organos de contralor.

Comisionado Federal para la Protección de Datos (Comisionado): es elegido por el Parlamento Federal, a propuesta del Gobierno Federal, y nombrado por el Canciller. Dura 5 años en sus funciones y puede ser reelecto una vez (Secs. 22.1 y 22.3).

Es independiente en el ejercicio de sus funciones y sólo está limitado por la ley. Se encuentra sujeto a la supervisión del Gobierno Federal (Sec. 22.4) y depende jerárquicamente del Ministro del Interior (Sec. 22.5.).

El Comisionado tiene dedicación exclusiva, y termina en sus funciones por decisión propia o a propuesta del Gobierno Federal por las mismas causales que un juez (Secs. 23.1 y 23.2).

Puede negarse a prestar declaración sobre información que haya recibido en su calidad oficial. También puede negarse a entregar documentos (Sec. 23.4). Esta norma, asimismo, se aplica *mutatis mutandis* a los Comisionados estatales para la protección de datos (Sec. 12.3).

Tiene el deber, incluso después de dejar su cargo, de mantener el secreto sobre la información que ha conocido en razón de sus funciones, con excepción de las comunicaciones hechas en el curso normal de sus deberes o de las que no son suficientemente importantes como para justificar un tratamiento confidencial. Sin embargo, esto no lo libera de su obligación de denunciar los delitos penales y de adoptar las medidas apropiadas para sostener el orden democrático fundamental cuando éste se encuentre amenazado (Sec. 23.5).

El Comisionado controla el cumplimiento de esta ley y de las otras de protección de datos por parte de los organismos públicos de la Federación. Cuando se procesen o usen datos personales en archivos públicos (*records*), supervisa su recolección, procesamiento o uso, al igual que cuando el interesado indica que se han violado sus derechos o si él tiene indicios adecuados de que se ha producido dicha violación (Sec. 24.1).

También supervisa la protección de los datos personales sujetos a secreto profesional u oficial especial, especialmente el secreto impositivo, pero esta facultad no alcanza a los amparados por el secreto de la correspondencia y de las telecomunicaciones, a los datos médicos, a los incluidos en registros personales, y a los asuntos no administrativos de los tribunales federales (Sec. 24.2 y 24.3). A esos efectos, puede inspeccionar documentos y registros e ingresar en cualquier momento a los edificios oficiales (Sec. 24.4). Luego de ejercer este control, transmite sus conclusiones y propuestas de mejora de la protección de datos al organismo oficial en cuestión (Sec. 24.5).

Si descubre violaciones serias a las disposiciones de esta ley o a otra de protección

de datos, formula un reclamo ante el organismo y le fija un plazo para que le presente un informe (Sec. 25).

Cada dos años, el Comisionado eleva un informe de actividades al Parlamento Federal, en el que también hace una descripción del estado de la protección de datos en el sector privado. Además, emite los dictámenes e informes que el Parlamento Federal o el Gobierno Federal le soliciten, y puede hacer recomendaciones para mejorar el grado de protección de datos (Sec. 26).

Las Secciones 24 a 26 no se aplican a las corporaciones de radiodifusión regidas por el derecho federal, que a este respecto se rigen por la Sec. 42 (Sec. 41).

Funcionario para la Protección de Datos (Funcionario): los organismos privados que procesan datos en forma automática y que regularmente emplean al menos cinco empleados permanentes para este fin, deben nombrar por escrito un Funcionario dentro del primer mes de iniciar sus actividades. La misma obligación tienen quienes procesan datos personales por otros medios con no menos de veinte personas.

El Funcionario debe tener conocimientos especializados, depende directamente del dueño del archivo, no puede verse perjudicado por el cumplimiento de sus funciones y sólo puede ser despedido a solicitud de la Autoridad de Contralor. Está obligado a mantener en secreto la identidad del interesado y las circunstancias que permitan deducir quién es, a menos que éste lo libere de esta obligación (Sec. 36).

Vela por el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y de las otras relativas a la protección de datos y, en caso de duda, puede solicitar la colaboración de la Autoridad de Contralor. A esos efectos, el ente privado en el que trabaja debe proveerle una lista en la que consten los sistemas de procesamiento de datos que usa, la designación y tipo de archivos de datos, el tipo de datos almacenados, los objetivos comerciales que justifican el almacenamiento de estos datos, sus receptores regulares, y los grupos de personas que tienen derecho de acceso o las personas que tienen este derecho en forma exclusiva (Sec. 37).

Autoridad de Contralor (Autoridad): supervisa en un caso determinado la observancia de esta ley y de las otras relativas a la protección de datos, cuando tiene suficientes indicaciones de que han sido violadas y, particularmente, cuando el interesado presenta prueba en este sentido (Sec. 38.1).

Si en el curso de una actividad comercial normal se almacenan datos para transmitirlos, o para transmitirlos en forma despersonalizada, o para procesarlos por empresas de servicios contratadas para hacerlo, la Autoridad supervisa la observancia de esta ley y de las otras relativas a la protección de datos.

La Autoridad lleva el registro descripto en la Sec. 32.2, que es público.

Los entes sujetos a su contralor, deben brindarle toda la asistencia necesaria para el cumplimiento de sus funciones. A fin de garantizar la protección prevista en esta ley,

la Autoridad puede exigir la adopción de las medidas que considere oportunas. Si se trata de irregularidades graves que no se subsanan dentro del plazo fijado a ese efecto y pese a la imposición de una multa, puede prohibir el uso de determinados procedimientos. Puede solicitar el despido del funcionario de protección de datos por falta de idoneidad.

Los gobiernos estatales designan las autoridades de contralor responsables de controlar la implementación de la protección de datos en este área (Sec. 38).

Disposiciones especiales.

Uso de datos amparados por secreto profesional o secreto oficial especial: el responsable sólo puede procesarlos o usarlos con el objeto para el cual los ha recolectado, salvo autorización expresa de una ley especial. En el caso de que se transmitan a un ente privado, el organismo obligado al secreto debe prestar su consentimiento (Sec. 39).

Procesamiento y uso de datos en institutos de investigación: los datos recolectados y almacenados con objetivos científicos sólo pueden procesarse y usarse a esos efectos. La transmisión a otros organismos públicos con idénticos objetivos sólo es admisible cuando éstos se comprometen a procesarlos o usarlos exclusivamente para dichos fines, y a cumplir con las obligaciones que se describen a continuación (Sec. 40.1 y 40.2).

Los datos personales deben despersonalizarse tan pronto como lo permita el objetivo científico. Hasta entonces, las características que permitan atribuir la información relativa a circunstancias personales o materiales a una persona identificada o identificable, deben almacenarse en forma separada y sólo se las puede combinar con el resto de la información en la medida en que lo requiera el objeto de la investigación (Sec. 40.3).

Los organismos que realizan investigación científica sólo pueden publicar datos personales cuando el interesado haya dado su consentimiento, o cuando ello resulte indispensable para la presentación de las conclusiones de la investigación sobre sucesos contemporáneos (Sec. 40.4).

Procesamiento y uso de datos por los medios: cuando los datos personales sean procesados o usados por corporaciones periodísticas, cinematográficas o empresas auxiliares de las de radiodifusión, exclusivamente para sus propios objetivos periodístico/editoriales, sólo se aplican las Secciones 5 y 9 de esta ley. En los casos en que las empresas editoriales procesen o usen datos personales para la publicación de domicilios, teléfonos, guías clasificadas o similares, esta limitación del ámbito de aplicación de la ley sólo se aplica si la actividad periodística/editorial está relacionada con dicha publicación (Sec. 41.1).

Si el procesamiento o uso periodístico/editorial de datos personales por parte de las corporaciones de radiodifusión regidas por el derecho federal, conduce a la

publicación de contradecларaciones del interesado, éstas deben almacenarse junto a los datos y conservarse durante el mismo lapso que aquéllos (Sec. 41.2).

Si una persona ve lesionada su privacidad por las declaraciones de las corporaciones de radiodifusión regidas por el derecho federal, puede pedir información sobre los datos en que se basa esa declaración. La corporación puede rechazar esta solicitud cuando los datos permitan extraer conclusiones sobre el autor, la fuente de la información y los documentos y comunicaciones de contenido editorial. El interesado puede pedir la rectificación de los datos incorrectos (Sec. 41.3).

A todos los otros respectos, las Secciones 5 y 9 se aplican a las empresas de radiodifusión regidas por el derecho federal. Por el contrario, no se les aplican las Secciones 24 a 26 sino la Sec. 42, incluso en lo relativo a las cuestiones administrativas (Sec. 41.4).

Cada una de estas corporaciones debe nombrar un Funcionario por un período de 4 años, que es reelegible, y que puede simultáneamente cumplir otras funciones dentro de la corporación (Sec. 42).

Sanciones penales y administrativas: están previstas en las Secciones 43 y 44, respectivamente.

3.2.1.4. Alemania aún no ha aprobado una nueva ley de protección de datos que se conforme a la Directiva 95/46/CE -v. **investigaciones** 1 (1998), p. 129-; el 24 de octubre de 1998 venció el plazo previsto en dicha norma comunitaria. Sin embargo, en virtud de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Marleasing* (del 13-11-90, C-106/89), las personas pueden invocar las disposiciones de la Directiva ante sus tribunales nacionales. Además, las personas que se perjudiquen por la falta de implementación de la Directiva tendrán derecho a obtener una reparación ante los tribunales nacionales, de acuerdo a lo que el mismo Tribunal resolvió en el caso *Francovich* (sentencia del 19-11-91, C-6/90 y C-9/90).

3.2.1.5. En 1994, la Empresa Alemana de Ferrocarril suscribió un acuerdo con el Citibank para sustituir las tarjetas de los abonados ferroviarios por otras que también servían como tarjetas de crédito Visa. Esto dio lugar a numerosas protestas del público y del periodismo que consideraban que el monopolio ferroviario había vendido los datos de sus abonados a un gran banco norteamericano, que probablemente usaría esa información para hacer *marketing* directo. Este proceso forzó la renegociación del acuerdo para que los abonados ferroviarios tuvieran la opción de que su tarjeta también tuviera una función crediticia o no.

En febrero de 1996, ambas empresas firmaron un acuerdo específico sobre protección de datos en virtud del cual el ferrocarril seguía respondiendo de la tutela de la información recolectada a los efectos del transporte, mientras que el banco protegía la relativa al crédito.

3.2.1.6. Las escuchas telefónicas están reguladas por la Ley G 10, reglamentaria de las garantías del art. 10 de la Constitución Federal, que exige una orden judicial para establecerlas. En 1997, la Corte Constitucional Federal dictó una orden preliminar limitando la posibilidad de que el servicio de inteligencia intercepte en forma automatizada los teléfonos sin contar con una orden judicial. Luego de un duro debate político que se prolongó durante seis años, el 1 de abril de 1998, una mayoría de dos tercios del Parlamento aprobó una reforma a la Sec. 13 de la Constitución, que sólo permite que las autoridades policiales coloquen mecanismos de interceptación, incluso dentro de los hogares, con una orden judicial.

3.2.1.7. Al referirse al manejo de información personal, casi todas las leyes alemanas remiten a la ley de protección de datos aplicable o contienen secciones especiales para este área.

Muy recientemente se han aprobado varias normas relativas a la privacidad de las comunicaciones, como la *Telecommunications Carriers Data Protection Ordinance* de 1996. Por su parte, la *Information and Communication Services (Multimedia) Act* de 1997 protege la información usada en redes informáticas y establece las exigencias jurídicas que deben cumplir las firmas hechas en forma digital. En abril de 1998 se aprobó una ley que permite que el *Bundesdrimalamt* lleve un banco nacional de perfiles genéticos vinculados a las investigaciones criminales y a los condenados penales. Un mes después, la *Bundesgrenzschutz*, que originalmente era una fuerza policial paramilitar para las fronteras y que ahora protege, entre otras cosas, los ferrocarriles y las estaciones, fue autorizada a controlar las identidades de las personas y sus equipajes sin tener una sospecha concreta.

3.2.1.8. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

3.2.1.8.1. Se impugnó con base en que violaba los derechos fundamentales de la persona, una ley federal que disponía la realización de un censo general de la población, y cuya exposición de motivos señalaba que la información que se obtendría era una base indispensable para las decisiones de política económica y social del Estado. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, con carácter previo a la decisión sobre el fondo del asunto, suspendió la realización del censo, mediante una resolución provisional (13-4-1983).

En la sentencia, resolvió que el derecho a la "autodeterminación informática" (nuevo derecho fundamental), deriva conjuntamente del principio de la dignidad de la persona, que actúa con autodeterminación al formar parte de una sociedad libre. De la dignidad y de la libertad, entendida como autodeterminación, deriva la facultad de la persona de "deducir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida".

Por ello, el Tribunal entendió que sería contrario a dicha facultad de

autodeterminación "un orden social y un orden jurídico en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo se sabe algo sobre él. Esto no sólo menoscabaría las oportunidades de desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental del funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos".

Luego, declaró que es inconstitucional una norma que no ofrece defensa suficiente contra el uso indiscriminado de dichos datos. Con posterioridad al fallo, se aprobó una ley que incorporó las garantías exigidas por el Tribunal, y llamó a un nuevo censo (sentencia del 15-12-1983, BVerfGE, vol. 65, p. 1).

3.2.1.8.2. De acuerdo a la Ley G 10 ya mencionada, los servicios de contrainteligencia están facultados para recolectar y evaluar información sobre llamadas telefónicas vía satélite, cuando dicha información sea necesaria para prevenir ataques a la República Federal de Alemania, el tráfico de drogas o la falsificación de moneda.

Un profesor de derecho penal juzgó que se había violado su derecho a la confidencialidad de sus comunicaciones telefónicas. Mientras realizaba una investigación sobre tráfico de drogas conoció la existencia de esta nueva ley, y solicitó el dictado de una orden interlocutoria que suspendiera su aplicación. El Tribunal Constitucional Federal, haciendo referencia a principios jurisprudenciales bien arraigados, evaluó, por un lado, las desventajas que se generarían para el Estado si se suspendía en forma preliminar la aplicación de una ley que posteriormente se declaraba constitucional en el mismo procedimiento; y, por otro lado, las desventajas de la posición contraria. Decidió que no era posible suspender la aplicación de la norma porque ello significaría hacer prevalecer las desventajas para la seguridad pública sobre las de los individuos cuya información personal se recolectaba. Sin embargo, sí suspendió las facultades de los servicios de contrainteligencia para evaluar la información recolectada. Juzgó que las desventajas que producía al Estado la demora de la evaluación tenían menos importancia que la violación de los derechos de las personas fundada en una ley que posteriormente podría ser declarada inválida (sentencia del 5-7-1995, 1 BvR 2226/94, publicada en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Comisión de Venecia, Edición 1995, 2, p. 161).

3.2.1.8.3. Esta doctrina fue modificada en 1997, cuando la Corte Constitucional Federal dictó una orden preliminar limitando la posibilidad de que el servicio de inteligencia intercepte en forma automatizada los teléfonos sin contar con una orden judicial.

3.2.2. Australia

3.2.2.1. Ni la Constitución federal ni la de ninguno de los 6 Estados contiene disposiciones expresas sobre esta materia.

3.2.2.2. Las dos leyes más importantes que regulan la protección de datos son la *Freedom of Information Act* (FOIA) de 1982 y la *Privacy Act* (Acta) de 1988. Esta última fue aprobada para implementar las Directrices para la Protección de la Privacidad y el Flujo Internacional de Datos Personales de la OCDE -v. **investigaciones** 1 (1998), p. 125- y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (v. ídem, p. 123).

Ambito de aplicación:

a) Acta: regula la recolección, acumulación y transmisión de datos que hacen los entes del Gobierno Federal, y otorga garantías a la recolección y uso de los números de identificación tributaria.

Sólo se aplica al sector privado y a los Gobiernos estatales y locales en relación a categorías específicas de datos: los números de identificación tributaria, y los datos tomados en cuenta para dar créditos para el consumo.

El único Estado o Territorio que tiene una ley específica sobre privacidad es New South Wales, que aprobó la *Privacy Committee Act* de 1975, que estableció el *NSW Privacy Committee*.

b) FOIA: amplía en la mayor medida posible el derecho de la comunidad australiana a acceder a la información que está en posesión del Gobierno del Commonwealth, poniendo a disposición del público la relativa a la actuación de los Departamentos y de las autoridades públicas. En particular, asegura que las reglas y prácticas de estos organismos sean fácilmente accesibles por las personas a las que afectan, y crea un derecho general de acceso a los documentos que están en posesión de los Ministros, Departamentos y autoridades públicas, sólo limitado por las excepciones y exenciones necesarias para la protección de los intereses públicos esenciales y de los asuntos privados y comerciales de los interesados. Otorga también el derecho a rectificar los archivos que contienen información personal incompleta, incorrecta, desactualizada o engañosa.

Las disposiciones de esta ley se deben interpretar de forma de satisfacer dicho objetivo, y la discrecionalidad que otorga ha de ser ejercida para facilitar y promover un acceso rápido y económico a la información (Sec. 3). Ninguna de sus cláusulas tiende a impedir o a desalentar a las agencias a publicar o a dar otro tipo de acceso a los documentos, incluso a los que están exentos (Sec. 14).

Titular de la protección: ambas leyes protegen a la persona física identificada o identificable. En varias disposiciones de la FOIA se deja expresamente a salvo la posibilidad de que el interesado sea una persona que ha fallecido.

Legitimidad de la recolección, uso y transmisión de datos: el Acta la regula, en su Sección 14, a través de los Principios de la Privacidad de la Información.

Los datos personales sólo pueden recolectarse con un objetivo lícito directamente relacionado con la función o actividad del responsable (Princ. 1), y deben ser relevantes a

ese objeto (Princ. 9), completos y actualizados. La recolección no puede invadir en una medida irrazonable los asuntos personales del interesado (Princ. 3).

Si el responsable del archivo los obtiene directamente del interesado, debe informarle el objeto de la recolección, la norma que la exige o autoriza, el nombre de los destinatarios habituales de este tipo de información y de aquéllos a quienes estos últimos habitualmente la transmiten después (Princ. 2).

En los demás casos, debe adoptar las medidas necesarias y razonables para que cualquier persona pueda averiguar si están registrados sus datos personales, la naturaleza de éstos, el objeto para el cual se van a usar, y el procedimiento de acceso, a menos que una ley le exija o autorice a no dar esta información (Princs. 5.1 y 5.2).

Los datos sólo se pueden usar para un objeto distinto del que justificó la recolección cuando: el responsable cuenta con el consentimiento del interesado o tiene la convicción fundada de que resulta necesario para impedir o aliviar un amenaza seria e inminente a la vida o a la salud del interesado; una ley así lo exige o autoriza; resulta necesario para aplicar una ley penal o una multa, o para la protección de la renta pública, o cuando el nuevo objeto para el que se van a usar los datos está directamente vinculado con el que justificó la recolección (Princ. 10).

Al responsable le corresponde llevar un registro público en el que conste el objeto para el que conserva cada tipo de archivo, las clases de personas sobre las que guarda información, el plazo durante el cual conserva cada tipo de archivo, las personas autorizadas a acceder a éstos y las condiciones para hacerlo. Anualmente envía copia de este registro al Comisionado de la Privacidad (Comisionado) (Princs. 5.3 y 5.4).

Los datos personales no pueden transmitirse a menos que: el interesado haya prestado su consentimiento o sepa por la vía prevista en el Principio 2 que el responsable habitualmente transmite a terceros este tipo de información; el responsable tenga la convicción fundada de que ello resulta necesario para impedir o aliviar un amenaza seria e inminente a la vida o a la salud del interesado; así lo ordene o autorice una ley; o resulte necesario para aplicar una ley penal o una multa, o para la protección de la renta pública (Princ. 10).

Medidas de seguridad de los datos: el Acta dispone que el responsable del archivo está obligado a tomar las medidas adecuadas para evitar su pérdida, acceso, uso, modificación, o publicación ilegales (Princ. 4).

Derecho de acceso:

a) Acta: el interesado tiene derecho a acceder a los archivos en que consten sus datos personales, a menos que una ley autorice o exija al responsable negar ese acceso (Princ. 6).

b) FOIA: a toda persona le asiste el derecho de acceder a los documentos de una agencia y a los documentos oficiales de los Ministros que no están exentos (Sec. 11.1),

más allá de las razones que invoque, o de las que la agencia crea que tiene para acceder a los documentos (Sec. 11.2).

Esta ley no puede invocarse para acceder a un documento o a una copia de un documento que es libremente accesible en términos de la *Archives Act* de 1983, a menos que contenga información personal de una persona viva o muerta o forme parte de un archivo público o de un registro de títulos inmobiliarios, al que puede accederse contra el pago de un arancel o que puede comprarse en la agencia (Sec. 12.1).

Tampoco puede fundarse en dicha ley, un pedido de acceso a documentos de una antigüedad mayor a 5 años en el momento de entrada en vigencia de esta ley, a menos que contengan información personal o comercial del solicitante, o sean razonablemente necesarios para que éste comprenda otro documento al que tiene derecho a acceder (Sec. 12.2).

No se consideran "documentos de una agencia" a los efectos de esta ley, y por lo tanto están exentos de su aplicación, los que se encuentran: en la colección creada por la *Australian War Memorial Act* de 1980, o en la Biblioteca Nacional de Australia, en el material histórico del Museo de Australia, o bajo la custodia del Archivo Australiano en una forma no vinculada con la administración de dicho Archivo. En todos estos supuestos, es necesario que el documento haya sido entregado a dichas instituciones por una persona (incluyendo un Ministro o un ex Ministro) que no sea la agencia (Sec. 13.1).

Con sujeción a lo dispuesto en la Sec. 15A, las solicitudes de acceso se deben formular por escrito, y contener la información que permita la identificación del documento y la constitución de domicilio en Australia. Se deben presentar o enviar por correo a la agencia, acompañadas del arancel que establezca la reglamentación (Secs. 15.1 y 15.2). Si están mal formuladas o presentadas, la agencia tiene el deber de ayudar al solicitante (Sec. 15.3).

Al recibir la solicitud, le corresponde a la agencia tomar todas las medidas necesarias para notificar al solicitante el acuse de recibo en el plazo de 14 días. Dentro de los 30 días le debe hacer conocer la decisión que ha tomado, incluyendo, en su caso, la prevista en la Sec. 21 (Sec. 15.5) en relación al diferimiento del acceso. Estos plazos son prorrogables por otros 30 días, previa notificación de esta extensión al peticionante (Sec. 15.6).

Cuando una agencia ha previsto un procedimiento específico para que sus empleados o ex empleados accedan a sus archivos personales, aquéllos no pueden invocar la Sec. 15 para conocer esa información, a menos que hayan seguido el procedimiento previsto por la agencia y no estén satisfechos con el resultado o no hayan recibido respuesta a su solicitud dentro de los 30 días (Sec. 15A.2).

Cuando se solicita a una agencia el acceso a un documento que está en posesión o más relacionado con las funciones de otro Departamento, la receptora del pedido puede

trasladarlo a este último (Sec. 16.1) conforme al trámite previsto en la Sec. 51c.

Encontrándose satisfechas las exigencias del acceso, se debe permitir el ejercicio de este derecho (Sec. 18.1), a menos que el documento esté exento (Sec. 18).

Una agencia que recibe una solicitud de acceso puede diferir la posibilidad de ejercer este derecho cuando: una ley exige la difusión del documento, hasta la expiración del período de vigencia de dicha obligación legal; el documento se preparó para presentarlo al Parlamento o para ponerlo a disposición de una determinada persona o ente, hasta la expiración de un plazo razonable para cumplir con este objetivo; la difusión prematura del documento sea contraria al interés público, hasta que deje de serlo; considera que el documento tiene tanto interés general que se debe transmitir su contenido al Parlamento antes de autorizar otra clase de difusión, hasta después de que cada una de las Cámaras haya sesionado 5 días (Sec. 21.1). En estos casos, la agencia, al notificar su decisión al solicitante, no sólo debe hacerle saber los fundamentos sino también, en la medida en que sea posible, el plazo del diferimiento de acceso (Secs. 21.2 y 21.3).

Cuando una agencia decida no hacer lugar a un pedido de acceso porque el documento está exento o porque dicho acceso sólo permitiría conocer información irrelevante para esa solicitud, y la agencia puede hacer una copia del documento borrando las partes que justifican su negativa, debe ejercer esta opción dejando constancia de lo borrado en el documento que entrega al solicitante (Sec. 22).

La agencia puede negarse a permitir el acceso cuando éste diese lugar a una interferencia en el cumplimiento de sus funciones, o al desvío irrazonable y sustancial de sus recursos económicos (Sec. 24).

La agencia no está obligada a dar información sobre la existencia o no de un documento, cuando ello originase que el documento pase a estar exento en términos de la Sec. 33 ó 33A ó 37.1. En este caso, debe notificar al solicitante que no niega ni confirma la existencia del documento (Sec. 25).

Si niega el acceso, debe notificarle al peticionario por escrito la decisión, sus fundamentos, el derecho a pedir su revisión y a presentar una denuncia al *Ombudsman*, y los procedimientos para hacerlo (Sec. 26).

Una agencia no puede dar acceso a documentos que contienen información personal, comercial o profesional de una persona (viva o muerta) o relativa a las cuestiones comerciales, financieras o económicas de una organización, a menos que otorgue a los titulares de estos datos una oportunidad razonable para alegar que dicha información está exenta en términos de la Sec. 43 (Secs. 27 y 27A).

Documentos exentos: los documentos están exentos de la aplicación de la FOIA cuando: su acceso perjudique o pueda perjudicar la seguridad, defensa o relaciones internacionales del Commonwealth, o requiera la divulgación de información que la

agencia recibió en confidencia de un gobierno extranjero u organización internacional (Sec. 33.1); se hayan preparado para someterlos a la consideración del Gabinete o del *Executive Council* o sean archivos oficiales de dichos organismos (Secs. 34 y 35); su difusión diese acceso a opiniones o dictámenes emitidos durante el proceso deliberativo de la agencia, o sean contrarios al interés público (Sec. 36); puedan perjudicar una investigación por la violación o posible violación o falta de cumplimiento de una ley tributaria o la aplicación de una ley en un supuesto determinado (Sec. 37.1.a); revelen o permitan que una persona compruebe la existencia, no existencia o identidad de una fuente confidencial de información en relación a la aplicación de una ley (Sec. 37.1.b); así lo disponga una ley (Sec. 38); puedan perjudicar sustancialmente los intereses económicos o financieros del Commonwealth o de una agencia (Sec. 39); perjudiquen la efectividad de los procedimientos o métodos para la realización o el logro de los objetivos de los tests, exámenes o auditorías de una agencia o la administración y evaluación del personal por parte del Commonwealth o de una agencia, o el cumplimiento adecuado y eficiente de las funciones de una agencia o las relaciones industriales de una agencia (Sec. 40); requieran el acceso irrazonable a información personal de una persona viva o muerta (Sec. 41); estén amparados por el secreto profesional de un abogado (Sec. 42); sean contrarios al interés público porque pueden perjudicar sustancialmente la posibilidad del Gobierno del Commonwealth de manejar la economía de Australia, o perturbar indebidamente el curso ordinario de los negocios de la comunidad, o beneficiar o perjudicar indebidamente a una persona o clase de personas al advertirles anticipadamente información sobre una acción posible o propuesta del Gobierno del Commonwealth (Sec. 44); puedan violar un deber de confidencialidad (Sec. 45); o constituyan desacato a un tribunal, sean contrarios a la orden de una Comisión Real o de tribunal competentes para tomar prueba bajo juramento, o violen los privilegios del Parlamento o de un Estado (Sec. 46).

La decisión de la agencia de dar o no acceso es susceptible de un recurso administrativo (Sec. 54) y, posteriormente, de ser revisada por la Cámara de Apelaciones Administrativas (Sec. 55). También da derecho a formular una denuncia ante el *Ombudsman* (Sec. 57).

Derecho de rectificación y supresión:

a) Acta: el responsable del archivo debe adoptar las medidas necesarias para que la información que almacena sea exacta, completa, precisa, actualizada y relevante en relación al objeto de la recolección.

Al interesado le asiste el derecho de solicitar la rectificación de los datos que no tengan estas características, con sujeción a las limitaciones previstas en otras leyes que también otorgan este derecho.

Si el responsable no desea hacer las correcciones que se le solicitan y no existe

una norma que se lo exija, a pedido del interesado debe archivar la solicitud de rectificación junto a los datos a que se refiere (Princ. 7).

b) FOIA: cuando una persona considera que un documento a que ha accedido en términos de esta ley es incompleto, incorrecto, desactualizado o engañoso y va a ser usado por la agencia con fines administrativos, puede solicitar su rectificación o una anotación de su solicitud de rectificación (Sec. 48).

Estas solicitudes se deben formular por escrito -personalmente o por correo- en la agencia que tiene la información, y, en la medida de lo posible, especificar en qué documento se encuentra la que se quiere rectificar, cuáles son los defectos, la prueba de éstos, la rectificación solicitada y el domicilio que se constituye en Australia (Sec. 49).

Si la agencia acepta hacer la rectificación, puede alterar el documento original o agregarle una declaración del interesado (Sec. 50). En caso contrario, debe adoptar los pasos necesarios para que el interesado haga una declaración de los errores que denuncia y anexarla al documento en cuestión, a menos que considere que dicha manifestación resulta irrelevante, difamatoria o innecesariamente voluminosa (Sec. 51).

Autoridades de contralor: el Acta prevé la figura del Comisionado de la Privacidad (Comisionado), nombrado por el Gobernador General, que permanece en sus funciones durante el plazo que se fija en su nombramiento (nunca superior a 7 años), es reelegible, y no puede contar con más de 65 años de edad (Secs. 19 y 20).

El Comisionado tiene las siguientes funciones: investiga los actos o prácticas de las agencias que puedan violar los Principios de la Privacidad de la Información y, cuando lo considera apropiado, intenta conciliar a las partes interesadas en la cuestión que dio lugar a la investigación; examina (de oficio o a pedido de la agencia) los proyectos de ley tendientes a evitar los actos o prácticas de las agencias que interfieren en la privacidad de las personas, a fin de minimizar sus posibles efectos adversos; hace investigaciones en el área de la protección de datos y tecnología informática (incluyendo el confragente y la vinculación de datos) para minimizar cualquier efecto adverso de las nuevas técnicas, e informa sobre sus conclusiones; promueve la comprensión y aceptación de los Principios y de los objetivos que éstos persiguen; prepara y publica pautas para evitar los actos o prácticas de las agencias que puedan interferir en la privacidad de los individuos; asesora a las agencias sobre cuestiones vinculadas a la aplicación del Acta; lleva y publica anualmente un registro (conocido como el Digesto de Información Personal) de las cuestiones que constan en los registros previstos en la tercer cláusula del Principio 5; hace auditorías de los archivos de información personal que llevan las agencias para comprobar el cumplimiento de los Principios y notifica a dichos organismos, cuando lo considera necesario, las medidas que deben adoptar para cumplirlos; examina las propuestas de confragente o de vinculación de datos que puedan interferir en la privacidad de los individuos para minimizar sus efectos adversos;

organiza programas educativos, por su propia cuenta o en cooperación con otras organizaciones o autoridades, para promover la protección de la privacidad personal; alienta a las corporaciones a adoptar programas para el manejo de datos personales que se conformen con las Directrices para la Protección de la Privacidad y el Flujo Internacional de Datos Personales de la OCDE -v. **investigaciones** 1 (1998), p. 125-; dicta las pautas previstas en la *Data-matching Program (Assistance and Tax) Act* de 1990 y en la Ley Nacional de Salud de 1953; y supervisa e informa sobre la calidad de las garantías del equipo y personal aplicados a la protección de datos (Sec. 27).

También controla la protección o uso adecuado de los números de identificación tributaria (Sec. 28).

Al cumplir con sus funciones, el Comisionado no puede dar a ninguna persona información sobre la existencia o inexistencia de un documento cuando ello diere lugar a que el documento pase a estar exento de acceso en términos de la Sec. 33 ó 33A o la 37.1. Tampoco está autorizado a dar información sobre el contenido de un documento exento (Sec. 34).

Exige a las agencias que rectifiquen los datos erróneos conforme a las solicitudes fundadas en esta ley (Sec. 35).

Entiende, asimismo, en las denuncias fundadas en la interferencia de los actos o prácticas de las agencias en la privacidad de las personas (Sec. 36), y hace las investigaciones que considere pertinentes (Sec. 43), a cuyo efecto puede obtener información y documentos (Sec. 44), examinar testigos (Sec. 45) e ingresar a los inmuebles (Sec. 68).

El Acta también prevé la existencia de un Comité Asesor, integrado por el Comisionado y no más de otros 6 miembros (Sec. 81), que asesoran a aquél (Sec. 83).

Secreto de los datos: el Acta impone la obligación de confidencialidad a todo el que conozca los datos en razón de su procesamiento (Secs. 89 a 94), incluyendo al Comisionado (Sec. 96).

Empresas que brindan servicios de información crediticia: los datos que conservan sólo pueden ser utilizados para evaluar las solicitudes de créditos presentadas ante una entidad crediticia y para otras actividades legítimas de crédito.

El Acta impone límites estrictos al tipo de datos y al plazo en que pueden conservarse, a la posibilidad de acceso a estos archivos, que queda abierta a los proveedores de crédito que tienen propósitos determinados y prohibida a los agentes de bienes raíces, agencias cobradoras de créditos, empleadores y aseguradoras.

Los informes crediticios que elaboran las agencias o que recibieron de otras, sólo pueden transmitirse a una tercer agencia o a las empresas que venden seguros destinados a cubrir una deuda hipotecaria en caso de fallecimiento del deudor, con consentimiento del interesado. Las personas tienen derecho de acceso y de rectificación a su propia

información personal contenida en los informes crediticios que llevan las agencias de información crediticia y los proveedores de crédito.

De acuerdo con lo dispuesto en la Sec. 18A del Acta, el Comisionado dicta un código de conducta para las empresas que dan estos servicios, que tiene efecto vinculante y complementa las disposiciones del Acta.

3.2.2.3. El *Commonwealth Spent Convictions Scheme (Scheme)* entró en vigencia el 30 de junio de 1990. Otorga a las personas el derecho a que se haga caso omiso de sus condenas penales 10 años después de su cumplimiento (ó 5 años, en casos de delinquentes juveniles) y brinda protección contra el uso y transmisión no autorizados de esta información.

Alcanza a las condenas por delitos menores federales, estatales y extranjeros (variando la protección que brinda de acuerdo a la categoría del delito cometido), a los indultos y a las condenas anuladas, con algunas exclusiones muy limitadas.

El Comisionado dictamina en las solicitudes de exclusión completa o parcial a la aplicación del *Scheme*, e investiga las denuncias por violaciones a sus disposiciones.

3.2.2.4. *Confronte de datos*: gran parte del que hacen las agencias tiene por objeto identificar a ciertas personas para, posteriormente, adoptar medidas o hacer investigaciones que las afectan. Por ejemplo, frecuentemente se comparan los archivos de diferentes Departamentos para individualizar a quienes estén recibiendo indebidamente ciertos beneficios o a las personas que no paguen el monto que deben en concepto de impuestos. El confronte de datos constituye una amenaza especial a la privacidad personal porque requiere el análisis de información de muchas personas no sospechosas.

La *Data-matching Program (Assistance and Tax) Act* de 1990 regula el uso de los números de identificación tributaria para comparar la información personal que tienen la Oficina Impositiva Australiana y las agencias que brindan servicios asistenciales como *Centrelink* y el Departamento de Cuestiones de Veteranos para detectar pagos inadecuados de impuestos.

La Sec. 12 del Acta exige que el Comisionado dicte Pautas para la aplicación de estos programas. Las actualmente vigentes son de 1994 y entraron en vigencia en febrero de 1995.

La violación del Acta o de las pautas constituye una interferencia en la privacidad (Sec. 13), que puede dar lugar a una denuncia del interesado ante el Comisionado.

Este también dictó unas *Guidelines for the Use of data-matching in Commonwealth administration*, cuya adopción es voluntaria para las agencias que no usan los números de identificación tributaria para hacer el confronte.

3.2.2.5. *Pautas de Privacidad de los Programas de Beneficios Farmacéuticos y de "Medicare"*: exigen que se almacene por separado la información relativa a las solicitudes de beneficios fundadas en estos programas, especifican las circunstancias en

que se pueden relacionar estos datos, exigen la despersonalización de la información sobre reclamos que tiene más de 5 años de antigüedad, y establecen los supuestos en que se puede hacer el proceso inverso. Tienen efecto vinculante y, principalmente, se aplican a la *Health Insurance Commission* y al *Federal Department of Health and Family Services*.

Estas pautas son elaboradas por el Comisionado en cumplimiento de lo dispuesto por la Sec. 27(1)(pa) del Acta y por la Sec. 135AA de la Ley Nacional de Salud. Su violación constituye una "violación a la privacidad" (Sec. 13 del Acta), que puede justificar una denuncia ante el Comisionado.

3.2.2.6. Investigación médica: el *National Health and Medical Research Council* puede, con la aprobación del Comisionado, dictar pautas para la protección de la privacidad en las investigaciones médicas (Sec. 95).

Las pautas actualmente vigentes, elaboradas en junio de 1995, autorizan a las agencias a transmitir información para hacer investigaciones médicas que satisfagan las exigencias que estas normas imponen.

3.2.2.7. Telecomunicaciones: la Ley de Telecomunicaciones de 1997 contiene varias disposiciones relativas a la privacidad de la información personal que poseen los *carriers* y los proveedores de servicios de *carrier*, y prevé la elaboración de códigos y estándares para la industria en una amplia variedad de áreas vinculadas a la protección del consumidor y de la privacidad.

El Comisionado debe emitir dictamen sobre todo proyecto de código de privacidad, cuya adopción es voluntaria pero cuya violación puede denunciarse ante la *Australian Communications Authority*. También controla el cumplimiento de la obligación de los *carriers* y proveedores de servicios de *carrier* de llevar registros de la transmisión de información personal que hagan.

3.2.2.8. Números de identificación tributaria (TFNs): son los números que otorga la Oficina Impositiva Australiana para identificar a las personas y empresas que presentan declaraciones de impuestos a las ganancias. La denuncia de este número es también condición para recibir la mayor parte de los beneficios de los programas asistenciales del Gobierno del Commonwealth.

El Comisionado ha dictado pautas vinculantes que limitan el uso de estos números de identificación (Sec. 17).

El uso o transmisión no autorizados de estos números constituye un delito conforme lo dispuesto por la *Taxation Administration Act* de 1953.

Parte de las reglas relativas a su uso están en la *Income Tax Assessment Act* de 1936.

La *Data-matching Program (Assistance and Tax) Act* de 1990 regula el confronto de los archivos de la Oficina Impositiva Australiana y de las agencias asistenciales,

basado en el número de identificación tributaria.

3.2.2.9. El grado de protección que brindan los Estados es variable.

Además, diversas leyes estatales relativas a materias tan diversas como la salud, adopción, control de drogas y registros de nacimientos, muerte y matrimonios, también contienen disposiciones específicas sobre la protección de datos. Muchos Estados y Territorios, asimismo, tienen leyes relativas a los mecanismos de interceptación telefónica, pero existe consenso de que deben actualizarse.

2.3.3. Bélgica

2.3.3.1. La Constitución de 1958 no contiene normas que brinden protección a los datos personales, pero su art. 32 dispone que toda persona tiene derecho a consultar documentos administrativos y a que se le suministre copia de éstos, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos por la ley.

2.3.3.2. La Ley de Protección de Datos de la Vida Privada en Relación al Tratamiento de Datos Personales es del 8 de diciembre de 1992.

Ambito de aplicación: se aplica a los archivos manuales de datos personales que se llevan en Bélgica, y a los archivos informatizados de este tipo de datos aun cuando se realicen total o parcialmente en el extranjero siempre que sean directamente accesibles en Bélgica (art. 3.1).

No se aplica: a los archivos informatizados de datos personales que llevan las personas físicas, que por su naturaleza están destinados al uso privado, familiar o doméstico y conservan ese destino; a los que sólo contienen datos personales a los cuales el público puede acceder en virtud de una disposición legal o reglamentaria o porque el interesado ha autorizado su difusión en la medida en que respeten la finalidad de esa publicidad; a los llevados conforme a la ley del 4 de julio de 1962 de Estadística Pública, con excepción de los incluidos en el art. 2.c párrafo 2, en los artículos allí mencionados, y en el art. 5.3 de dicha ley.

Los arts. 4, 6 a 10, 12, 14, 15, 17, 18, 20 y 31.1, 2 y 3 de la Ley de Protección de Datos son inaplicables a los archivos informatizados que llevan la Secretaría de Estado del Ministerio de Justicia y el Servicio General de Información y Seguridad del Ministerio de Defensa Nacional, para cumplir con sus funciones (art. 3.2).

Titular de la protección: la persona de existencia visible (art. 2).

Legitimidad del establecimiento de archivos informatizados de datos personales: para crear este tipo de archivos, su dueño debe hacer una declaración ante la Comisión de la Protección de la Vida Privada (Comisión) (art. 17.1) la cual, dentro de los 3 días hábiles, debe acusar recibo de dicha presentación y, si ésta es incompleta, hacérselo saber al declarante (art. 17.2). La declaración debe contener: la fecha y, en su caso, la mención de la ley, decreto, ordenanza o acto reglamentario que autoriza la creación del archivo; el

nombre, apellido y domicilio completos, o denominación y sede, de su dueño y, en su caso, de su representante en Bélgica, y del responsable de dicho archivo; la denominación y objetivo perseguido; las categorías de datos personales que se van a someter a tratamiento, con una descripción particular de los datos mencionados en los arts. 6 a 8; las categorías de personas autorizadas a obtenerlos y las garantías que deben rodear a esta transmisión; los medios a través de los cuales se va a brindar información a los interesados, las medidas adoptadas para facilitar el ejercicio del derecho de acceso y el plazo durante el cual se pueden conservar, utilizar o transmitir los datos (art. 17.3).

En el marco de sus poderes de control y de investigación previstos en los arts. 31 y 32, la Comisión tiene facultades para exigir que se le provea otra información, particularmente el origen de los datos personales, la técnica de informatización elegida y las medidas de seguridad previstas (art. 17.4).

Cada archivo automatizado de datos personales debe ser objeto de una declaración (art. 17.5).

Si los datos almacenados informáticamente están destinados a ser transmitidos al extranjero -así sea ocasionalmente-, la declaración también debe mencionar: las categorías de datos que se van a transmitir aun cuando el tratamiento informático se efectúe en Bélgica a partir de operaciones realizadas en el extranjero; y el país de destino de cada categoría de datos (art. 17.6).

La cancelación de un archivo informatizado y toda modificación de las indicaciones enumeradas en los arts. 17.3 y 17.6, deben ser objeto, según el caso, de una notificación o de una declaración previa (art. 17.7).

A propuesta o previa consulta a la Comisión, el Rey puede exceptuar de la obligación de hacer esta declaración a ciertas categorías de archivos de datos personales que claramente no constituyen una amenaza a la vida privada, o autorizar que su contenido sea más reducido (Sec. 17.8).

En el momento de presentar la declaración, el dueño del archivo está obligado a pagar una contribución cuyo monto -fijado por el Rey- no puede superar los diez mil francos, de acuerdo al tipo de declaración y a la importancia del archivo declarado (art. 17.9).

La Comisión lleva un registro de archivos informatizados de datos personales, de acceso público conforme las modalidades que fija el Rey, con el contenido de la declaración descrita en los arts. 7.3 y 7.6. El número de inscripción de un archivo en dicho registro, debe figurar en todo documento que instrumente su uso (art. 18).

Cuando la Comisión estima que un archivo manual constituye una amenaza a la vida privada está autorizada, de oficio o a solicitud del interesado, a ordenar a su dueño que le comunique todas o parte de las informaciones enumeradas en el art. 17 (art. 19).

Si un archivo informatizado se encuentra sujeto a un régimen legal específico que

le exige poner a disposición de un Comité de Supervisión la información mencionada en los arts. 17.3 y 17.6 e inscribir dicha información en un registro público, las exigencias de dichos artículos se reputan satisfechas (art. 20).

Obligaciones del dueño del archivo informatizado de datos personales: el dueño del archivo, o cuando corresponda, su representante en Bélgica, debe: establecer, para cada archivo informatizado, un registro donde consigne la naturaleza de los datos tratados, sus interconexiones y las categorías de personas a quienes se transmiten; asegurar la conformidad de los programas informáticos utilizados con la declaración mencionada en el art. 17 y la regularidad de su aplicación; tomar todas las medidas necesarias para mantener actualizados los datos, rectificar o suprimir los inexactos, incompletos, no pertinentes, y los obtenidos o tratados en violación a los arts. 4 a 8; velar para que el acceso a los archivos informatizados esté exclusivamente limitado a las personas que así lo requieren para el cumplimiento de sus funciones o las necesidades del servicio, y para que dichas personas no puedan hacer modificaciones, agregados, supresiones, lecturas, cotejos, o interconexiones no previstas, no autorizadas o prohibidas; y velar para que los datos personales sólo puedan transmitirse a las categorías de personas autorizadas (art. 16.1), y hacer conocer a los interesados las disposiciones de ésta o cualquier otra ley relativa a la protección de datos personales relacionadas con la finalidad del tratamiento (art. 16.2).

A fin de garantizar la seguridad de los datos personales, el dueño del fichero o, en su caso, su representante en Bélgica, debe adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias para impedir la destrucción accidental o no autorizada, la pérdida accidental, la modificación, acceso y cualquier otro tratamiento no autorizado de los datos de carácter personal. Dichas medidas deben asegurar un nivel de protección adecuado, teniendo en cuenta el estado de la técnica en la materia, la naturaleza de los datos a proteger y los riesgos potenciales. Previo dictamen de la Comisión, el Rey puede promulgar normas apropiadas en materia de seguridad informática para todas o ciertas categorías de archivos informatizados (art. 16.3).

Legitimidad de la recolección y conservación de datos: en ocasión de la recolección de datos personales en territorio belga, con miras a tratarlos en Bélgica o en otro país, se debe informar al interesado: la identidad y domicilio del dueño del archivo, de su representante eventual en Bélgica y, en su caso, del responsable del archivo; el fundamento jurídico o reglamentario de la recolección; la finalidad con que se van a usar los datos; cuando se trata de un archivo informatizado, la posibilidad de obtener información complementaria en el registro público mencionado en el art. 18; y su derecho de acceso y de rectificación de esos datos.

No existe esta obligación de notificación respecto de los archivos informatizados de datos personales llevados por las autoridades públicas para cumplir funciones de

policía judicial, por los servicios de policía mencionados en el art. 3 de la ley orgánica del 18 de julio de 1991 del Control de los Servicios de Policía y de Información, o por otras autoridades públicas que han sido designadas por decreto real -adoptado en Consejo de Ministros previo dictamen de la Comisión- para cumplir funciones de policía administrativa. Tampoco, respecto de los archivos eximidos por la ley del 11 de enero de 1993, relativa a la Prevención de la Utilización del Sistema Financiero para Blanqueo de Capitales (art 4.1).

En el territorio belga no se pueden recolectar datos personales para someterlos a un tratamiento informatizado en el extranjero que no pueda realizarse en Bélgica en virtud de lo dispuesto por los arts. 6, 7 y 8 (art. 4.2).

Legitimidad del tratamiento y uso de datos: los datos no pueden utilizarse de forma incompatible con los objetivos que justificaron su recolección, y deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos a ese respecto (art. 5).

Además, la ley requiere que dichos fines estén determinados por o en virtud de una ley, cuando se trate información relativa a: litigios sometidos a las cortes y tribunales, y a las jurisdicciones administrativas, a reserva de lo dispuesto en el art. 15, y siempre que el tratamiento lo realice el dueño del archivo para la gestión de sus propios asuntos contenciosos (art. 8.3) o el Registro Central de Antecedentes Penales del Ministerio de Justicia, o los Registros Comunales de Antecedentes Penales (art. 8.4); infracciones de las que una persona es sospechosa, en las que está implicada, o por las que ha sido condenada, o penas que se le han impuesto, cuando el tratamiento lo realice el Registro Central de Antecedentes Penales del Ministerio de Justicia, o los Registros Comunales de Antecedentes Penales (art. 8.4); detenciones y puestas a disposición del Gobierno previstas por los arts. 13 y 14 de la ley del 27 de noviembre de 1991 sobre Represión de la Vagancia y de la Mendicidad-, por el art. 380bis, inc. 3, del Código Penal y por los arts. 7, 25, 27, 54 y 67 de la ley del 15 de diciembre de 1980 sobre Acceso al Territorio, Residencia, Establecimiento y Deportación de Extranjeros, cuando el tratamiento lo realice el Registro Central de Antecedentes Penales del Ministerio de Justicia, o los Registros Comunales de Antecedentes Penales (art. 8.4); medidas de reclusión y de puesta a disposición del Gobierno fundadas en las leyes del 9 de abril de 1930 y del 1 de julio de 1964 de Defensa Social de los Delincuentes Habituales; autos de prisión preventiva basados en la ley del 20 de julio de 1990 sobre Prisión Preventiva y del 30 de marzo de 1891 sobre Arresto Abordo de Navíos Belgas de Personas Perseguidas o Condenadas por la Justicia Belga, cuando el tratamiento lo realice el Registro Central de Antecedentes Penales del Ministerio de Justicia (art. 8.4); intimaciones a pagar una suma de dinero destinadas a extinguir la acción pública en ciertas infracciones previstas en el art. 216bis del Código de Instrucción Criminal, siempre que el tratamiento lo realicen los Registros de Antecedentes Penales Comunales

(art. 8.4); medidas adoptadas respecto a los menores por aplicación de la ley del 8 de abril de 1965 sobre Protección de la Juventud o de los decretos y ordenanzas sobre protección de la juventud adoptados por los órganos mencionados en el art. 59bis, incs. 2bis y 4bis, de la Constitución; privaciones de la patria potestad, así como las medidas de asistencia educativa, dictadas por los tribunales de menores o las Cámaras de la Juventud -en virtud de lo dispuesto por la ley del 8 de abril de 1965 sobre Protección de la Juventud-, cuando el tratamiento lo realice el Registro Central de Antecedentes Penales del Ministerio de Justicia o los Registros Comunales de Antecedentes Penales (art. 8.4); decretos de amnistía e indulto, previstos por los arts. 619 y 620 del Código de Instrucción Criminal, y medidas de rehabilitación de los arts. 621 y siguientes del mismo Código, cuando el tratamiento lo realice el Registro Central de Antecedentes Penales del Ministerio de Justicia o los Registros Comunales de Antecedentes Penales (art. 8.4); decretos que ordenan la libertad condicional, cuando el tratamiento lo lleve a cabo el Registro Central de Antecedentes Penales del Ministerio de Justicia o los Registros Comunales de Antecedentes Penales (art. 8.4); licenciamientos del ejército, la policía y la gendarmería; pérdidas de derechos o interdicciones pronunciadas por las cortes y tribunales, o que afectan a personas condenadas por éstos; suspensión del pronunciamiento de la condena, ordenada en términos de la ley del 29 de junio de 1964 sobre Suspensión, Prórroga y *Probation*; medidas adoptadas respecto a enfermos mentales por aplicación de la ley del 26 de junio de 1990 sobre Protección de la Persona frente a las Enfermedades Mentales; y medidas o sanciones previstas por el Rey que se imponen a una persona (art. 8.1).

El Rey puede -por decreto adoptado en Consejo de Ministros, previa consulta a la Comisión- imponer condiciones específicas para el uso de estos datos (art. 8.2).

Con autorización previa del interesado formulada por escrito, todos o parte de estos datos pueden ser tratados por personas físicas o morales de derecho público o privado, designadas por decreto real adoptado en Consejo de Ministros, previo dictamen de la Comisión. Estos decretos deben enumerar los tipos de datos autorizados, las categorías de personas autorizadas a tratarlos y los usos que se les pueden dar (art. 8.5).

Los datos de esta índole también pueden ser tratados bajo la supervisión y la responsabilidad de un abogado, cuando se refieren a las necesidades de defensa de los intereses de sus clientes, y a condición de que el acceso esté reservado al abogado mismo, sus colaboradores, sustituto, sucesor y al encargado del archivo (art. 8.6).

Datos sensibles: los datos personales relativos al origen racial o étnico, a la vida sexual, a las opiniones o actividades políticas, filosóficas o religiosas, y a la pertenencia sindical o mutualista, sólo pueden tratarse con fines determinados por o en virtud de la ley, previo dictamen de la Comisión, sin que esto impida que las asociaciones con o sin personería jurídica almacenen los de sus propios miembros.

El Rey está facultado, por decreto adoptado en Consejo de Ministros previa consulta de la Comisión, a establecer condiciones específicas para el tratamiento de estos datos (art. 6).

Garantías complementarias para el interesado

Derecho de información: al hacerse la primer acumulación de sus datos personales en un archivo, corresponde notificar inmediatamente al interesado la identidad y domicilio del dueño del archivo, de su representante eventual en Bélgica y -en su caso- del responsable del archivo, a menos que exista una relación contractual entre el interesado y el dueño del archivo, regulada o no por una ley, decreto u ordenanza.

Le es dable al Rey, mediante decreto adoptado en Consejo de Ministros, previo dictamen de la Comisión, dispensar a ciertas categorías de archivos del cumplimiento de la exigencia antedicha, o autorizarlas para que la cumplan en forma colectiva, según las condiciones y modalidades que determine (art. 9).

Derecho de acceso: toda persona que justifique su identidad tiene derecho a acceder a sus datos personales conservados en un archivo, a ser informado de su derecho a ejercer los recursos previstos en los arts. 12 y 14 y, eventualmente, a consultar el registro público previsto en el art. 18.

Los pedidos de acceso se formulan, por escrito, al dueño del archivo o a cualquier otra persona designada por el Rey, que deben responderlos sin demora y a más tardar dentro de 45 días. El Rey fija el monto -que sólo puede cubrir los gastos administrativos-, las condiciones y modalidades del pago de un canon previo (art. 10.1).

No puede ejercerse este derecho más de una vez cada 12 meses, a menos que así lo autorice la Comisión (art. 10.2).

Sólo se puede acceder a los datos de carácter médico por intermedio del profesional del arte de curar que elija el interesado (art. 10.3).

Este derecho no existe en relación a los archivos informatizados de datos personales que: han sido despersonalizados con el objeto exclusivo de hacer y difundir estadísticas anónimas; son llevados por las autoridades públicas para cumplir funciones de policía judicial, por los servicios de policía mencionados en el art. 3 de la ley orgánica del 18 de julio de 1991 del Control de los Servicios de Policía y de Información, o por otras autoridades públicas designadas por decreto real adoptado en Consejo de Ministros, previo dictamen de la Comisión, para cumplir funciones de policía administrativa; son necesarios para la aplicación de la ley del 11 de enero de 1993 sobre la Prevención de la Utilización del Sistema Financiero para Blanqueo de Capitales (art. 11).

En caso de rechazarse la solicitud de acceso, el interesado puede dirigirse, sin costo, a la Comisión para ejercer su derecho en relación a los archivos informatizados de datos personales: llevados por las autoridades públicas para cumplir funciones de policía judicial, por los servicios de policía mencionados en el art. 3 de la ya citada ley orgánica

del 18 de julio de 1991, o por otras autoridades públicas que han sido designadas por decreto real adoptado en Consejo de Ministros, previo dictamen de la Comisión, para cumplir funciones de policía administrativa; y a los llevados por la administración de la Secretaría de Estado del Ministerio de Defensa Nacional.

El Rey determina, previo dictamen de la Comisión y por decreto adoptado en Consejo de Ministros, las modalidades de ejercicio de este derecho.

La Comisión sólo está obligada a notificar al interesado que ha procedido a hacer las verificaciones necesarias (art. 13).

Los presidentes de los tribunales de primera instancia conocen en toda demanda relativa al ejercicio de este derecho acordado por o en virtud de la ley (art. 14.1).

Derecho de rectificación: toda persona tiene derecho a obtener, sin costo, la rectificación de todo dato personal inexacto y la supresión o bloqueo de aquellos que, teniendo en cuenta el objetivo del almacenamiento, resultan incompletos o no pertinentes, o cuya recolección, comunicación o conservación está prohibida o se ha prolongado más allá del plazo autorizado (art. 12.1).

Para ejercer estos derechos, corresponde presentar una solicitud escrita al dueño del archivo o a la persona designada por el Rey (art. 12.2). Si éste accede a lo petitionado, debe notificar las rectificaciones o supresiones a quienes ha transmitido estos datos en los 12 meses anteriores.

Es facultad del Rey -previo dictamen de la Comisión y por decreto adoptado en Consejo de Ministros- exceptuar a ciertos archivos del alcance de estos derechos.

El interesado no puede seguir este procedimiento para rectificar, suprimir o bloquear sus datos personales que consten en archivos informatizados llevados por: las autoridades públicas para cumplir funciones de policía judicial, los servicios de policía mencionados en el art. 3 de la citada ley orgánica del 18 de julio de 1991, otras autoridades públicas designadas por decreto real -adoptado en Consejo de Ministros, previo dictamen de la Comisión- para cumplir funciones de policía administrativa; o por la administración de la Secretaría de Estado del Ministerio de Defensa Nacional (art. 12.4). Para ejercer estos derechos en relación a los datos así almacenados, debe solicitárselo, sin costo, a la Comisión, la cual sólo está obligada a notificar que ha procedido a hacer las verificaciones necesarias (art. 13).

Los presidentes de los tribunales de primera instancia conocen en toda demanda relativa al derecho de rectificación, supresión o bloqueo acordado por o en virtud de la ley (art. 14.1).

Desde el momento de la recepción de la demanda de rectificación, supresión o bloqueo, o de la notificación del traslado de la demanda judicial tendiente a lograr el ejercicio de estos derechos, y hasta el momento en que exista una decisión definitiva al respecto, el dueño del archivo debe, al transmitir estos datos, indicar claramente que se

encuentran impugnados (art. 15).

Datos médicos: la ley incluye en esta categoría a todos los datos de carácter personal que permiten deducir información sobre el estado anterior, actual o futuro, de la salud física o síquica del interesado, con excepción de los puramente administrativos o contables relativos a los tratamientos o cuidados médicos. Estos datos sólo pueden tratarse bajo la supervisión y responsabilidad de un profesional del arte de curar, a menos que se cuente con el consentimiento escrito especial del interesado.

El responsable del archivo informatizado debe designar a las personas que intervienen en el tratamiento de estos datos, y a las que van a acceder a éstos. El contenido y vigencia de dichas autorizaciones de acceso varía de acuerdo a cada persona autorizada y se deben registrar en el archivo mencionado en el art. 18.

Salvo disposición legal en contrario y previo dictamen de la Comisión, estos datos sólo pueden transmitirse a un profesional del arte de curar y a su equipo médico, mediando consentimiento escrito especial del interesado, o en caso de urgencia para su tratamiento médico (art. 7).

Interconexión de archivos informatizados y transmisión internacional de datos: para garantizar el derecho al respeto de la vida privada se puede prohibir o reglamentar, por decreto real -adoptado en Consejo de Ministros, a propuesta o previa consulta a la Comisión-, las interconexiones y cualquier otra forma de relacionar datos personales almacenados informáticamente (art. 21).

Sin perjuicio de las convenciones internacionales de las que Bélgica es parte, y a fin de garantizar el mencionado derecho, un decreto real -adoptado en Consejo de Ministros, previo dictamen de la Comisión-, puede prohibir, reglamentar, o someter a un régimen de autorización previa la transmisión al extranjero de los datos así almacenados (art. 22).

Autoridad de Contralor: es la Comisión, instituida dentro del Ministerio de Justicia. Es independiente, está compuesta por miembros de derecho designados por los Comités de Supervisión instituidos por las leyes especiales, y por otros miembros -entre ellos, su Presidente- designados por la Cámara de Representantes o por el Senado. La Comisión tiene su asiento en el distrito administrativo de Bruselas-Capital (art. 23).

La Comisión, además, está integrada por 8 miembros efectivos -de los cuales uno es un magistrado que asume la presidencia- y 8 miembros suplentes de los cuales uno también es magistrado. El número de miembros puede aumentarse por decreto real -adoptado en Consejo de Ministros-, pero la cantidad de miembros de derecho no puede superar la mitad del total de miembros, y un Comité de Supervisión no puede estar representado por más de 2 miembros (art. 24.1).

Igual cantidad de miembros deben hablar francés y valón (art. 24.2).

Los miembros designados por la Cámara de Representantes o por el Senado, lo

son por 6 años, pueden ser reelectos, y tienen todas las garantías necesarias para ejercer su misión con independencia, y todas las facultades para que en su seno exista un equilibrio entre los diferentes grupos socio-económicos.

Al menos uno de los miembros de la Comisión debe ser especialista en informática con experiencia en la gestión de datos personales del sector privado, y otro con una experiencia equivalente en el sector público (art. 24.3).

Dentro de los límites de sus atribuciones, el Presidente y los otros miembros no reciben instrucciones de nadie. No pueden ser relevados de sus cargos en razón de las opiniones que emitan o de los actos que realicen para cumplir con sus funciones (art. 24.5). No pueden intervenir en los casos en que ellos o sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, tienen un interés personal o directo (art. 24.6).

La Comisión dicta su propio reglamento interno dentro del primer mes de su instalación y debe comunicárselo a las Cámaras Legislativas.

Por iniciativa propia o a solicitud del gobierno o de los organismos comunitarios, la Comisión da su opinión en toda cuestión relativa a la protección de la vida privada en el marco de ésta y de las otras leyes que contienen disposiciones relativas a la protección de datos (art. 29.1), y hace las recomendaciones que considere oportunas (art. 29.2).

Para cumplir con sus funciones, está autorizada a solicitar la asistencia de expertos, tiene poderes de investigación y para exigir la entrega de cualquier documento que le pueda resultar útil (art. 32).

Sanciones penales: se encuentran previstas en los arts. 37 a 43 de la ley.

2.3.3.3. Bélgica aún no ha aprobado una nueva ley de protección de datos que se conforme a la Directiva 95/46/CE -v. **investigaciones** 1 (1998), p. 129-, pese a que el 24 de octubre de 1998 venció el plazo previsto en dicha norma comunitaria. Sin embargo, en virtud de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Marleasing* (del 13-11-90, C-106/89), las personas pueden invocar las disposiciones de la Directiva ante sus tribunales nacionales. Además, las personas que se perjudiquen por la falta de implementación de la Directiva tendrán derecho a obtener una reparación ante los tribunales nacionales, de acuerdo a lo que el mismo Tribunal resolvió en el caso *Francovich* (sentencia del 19-11-91, C-6/90 y C-9/90).

2.3.3.4. La interceptación de teléfonos está regulada por una ley del 30 de junio de 1994, reformada en 1997, que es la primera dictada en este área. Exige la autorización de un juez de instrucción para adoptar estas medidas que, como principio, no pueden establecerse por plazos superiores al mes. En 1994 se dictaron 114 de estas órdenes.

También existen leyes relativas a los créditos al consumidor (ley del 12 de junio de 1991 y decreto real del 20 de noviembre de 1992), seguridad social (ley del 13 de enero de 1990), sobre padrones electorales (ley del 30 de julio de 1991), a los números de identificación personal (ley del 8 de agosto de 1993), sobre secreto profesional (art.

458 del Cód. Penal), y a los derechos de los empleados.

2.3.3.6. La Comisión emitió, durante el año 1996, alrededor de treinta opiniones en torno de la aplicación de la ley de protección de datos de 1992, y de otras normas que contienen disposiciones relativas a la protección de datos. Varias de éstas, se refieren al registro nacional de personas.

3.2.4. Canadá

3.2.4.1. La Ley Fundamental del 29 de marzo de 1982 no contiene ninguna disposición específica sobre esta materia.

Canadá es una de las federaciones más descentralizadas del mundo y ha atribuido pocas áreas exclusivas al Gobierno Federal, como la regulación de los sectores financieros, de las telecomunicaciones y del transporte. La protección de la privacidad no es una excepción a esta regla. Todo argumento constitucional para atribuir facultades al Gobierno Federal en esta materia inmediatamente se enfrenta a la división de poderes, que otorga la regulación de "los derechos civiles y de propiedad" a los Gobiernos provinciales. Por lo tanto, cualquier aproximación legislativa a la protección de datos que no esté basada en una política uniforme dejaría subsistente el problema del "entramado" de normas, y además crearía distorsiones en el mercado al establecer "campos de juego desnivelados". Por lo tanto una "adecuada" protección de datos en Canadá sólo puede surgir de la cooperación federal/provincial.

3.2.4.2. Sector público federal: las dos leyes que regulan la protección de datos personales en este sector son la *Privacy Act* (Acta), y la *Access to Information Act* (ATIA).

Fin perseguido:

a) Acta: extiende las leyes de Canadá que protegen la intimidad de las personas, a la información personal que tienen las instituciones gubernamentales, y otorga un derecho a acceder a aquélla (Sec. 2).

b) ATIA: asegura un derecho de acceso a la información que consta en los archivos que están bajo el control de una institución gubernamental, conforme a los principios de la publicidad de los actos públicos y a sus corolarios, a que la información gubernamental debe estar a disposición del público, a que las excepciones necesarias al derecho de acceso deben ser limitadas y específicas, y a que las decisiones relativas al acceso a la información gubernamental deben revisarse en forma independiente del Gobierno.

Esta ley complementa y no reemplaza los procedimientos existentes para acceder a información gubernamental, y tampoco limita de ningún modo el acceso a la que normalmente está a disposición del público en general (Sec. 2).

Titular de la garantía:

a) Acta: todo ciudadano canadiense, o extranjero con residencia permanente (Sec. 12).

La información personal protegida es la que está registrada de alguna forma, pero la ley aclara que, a los fines de la aplicación de las secciones 7, 8 y 26 de la ATIA, no incluye la relativa al cargo o funciones, permisos o licencias de una persona que ha trabajado para el Gobierno -en relación de dependencia o contratada-, a los beneficios discrecionales de naturaleza económica (como la concesión de una licencia o permiso), ni la relacionada con una persona que ha muerto hace más de 20 años (Sec. 3).

b) ATIA: protege a las mismas personas (Sec. 4), pero la Orden de Extensión n° 1 SOR/89-206 dio derecho de acceso a todas las personas y corporaciones presentes en Canadá.

Legitimidad de la recolección de información personal:

El Acta dispone que las instituciones del Gobierno no pueden recolectar información personal que no esté directamente vinculada con uno de sus programas o actividades actuales (Sec. 4). Deben obtener los datos directamente del interesado, salvo cuando el Acta dispone otra cosa, o cuando pueden acceder a aquéllos en virtud de lo dispuesto por la Sec. 8(2). Además, tienen que indicar a quien les brinde la información, el objetivo de la recolección, a menos que esto dé lugar a la recolección de información inexacta, impida la satisfacción del propósito o perjudique el uso para el cual se la recolecta (Sec. 5).

Cuando una institución usa información personal con fines administrativos, debe tomar las medidas adecuadas para que sea lo más precisa, actualizada y completa posible, y conservarla durante el plazo que fije la reglamentación para asegurar al interesado una oportunidad razonable de acceso (Secs. 6.1 y 6.2).

Legitimidad de la supresión de información personal:

El Acta dispone que una institución del Gobierno puede suprimirla conforme lo disponga la reglamentación o cualquier directiva o pauta que a estos efectos dicte el Ministro competente (Sec. 6.3).

Legitimidad del uso de información personal:

El Acta prevé que la información personal que está bajo el control de una institución del Gobierno no puede usarse, sin consentimiento del interesado, para objetivos distintos o inconsistentes con los que justificaron la recolección, ni para uno que requiera su transmisión a las instituciones mencionadas en la Sec. 8(2) (Sec. 7).

Legitimidad de la transmisión de información personal:

La información personal que está bajo el control de una institución del Gobierno, según el Acta, sólo puede transmitirse sin consentimiento del interesado en los siguientes supuestos y siempre con sujeción al resto de las leyes aprobadas por el Parlamento: para cumplir con el objetivo que justificó su recolección o para un uso consistente con él; para

cualquier otro uso previsto en una ley del Parlamento o en un reglamento dictado en su consecuencia que autorice su transmisión; para cumplir una orden dictada por un tribunal o por una persona u órgano con facultades para exigir la entrega de la información o para cumplir con las reglas procesales relativas a la provisión de información; para uso del Procurador General de Canadá en procesos legales en que está comprometido el Gobierno de Canadá; para un organismo investigador determinado en la reglamentación que lo ha solicitado por escrito a fines de hacer cumplir una ley federal o provincial, o para realizar una investigación lícita, si el pedido describe el objetivo que persigue y la información solicitada; para cumplir un acuerdo del Gobierno de Canadá con uno provincial, extranjero, organización internacional de estados, organización internacional establecida por los Gobiernos de los estados, a fin de aplicar una ley o para realizar una investigación lícita; para un miembro del Parlamento con el fin de ayudarlo a resolver un problema del interesado; para los funcionarios o empleados de la institución, a la oficina del Controlador General o a cualquier otra persona o cuerpo determinados en la reglamentación, con fines de auditoría interna; para el Archivo Nacional de Canadá, con fines registrales; para cualquier persona o cuerpo, con el propósito de estudio o estadística; para cualquier asociación de aborígenes, con el objeto de hacer trabajos de investigación o convalidar reclamos, disputas o agravios de un pueblo aborigen de Canadá; y, con cualquier propósito, cuando el interés público en la transmisión claramente supere cualquier invasión a la privacidad que aquélla pueda producir, o cuando claramente beneficia al interesado. En este último supuesto, antes de hacer la transmisión, la institución debe notificar por escrito su intención al *Privacy Commissioner*, quien informa esta circunstancia al interesado cuando lo considere pertinente (Sec. 8).

La institución debe llevar un registro de todo uso de la información personal que consta en el banco de datos a su cargo. Dicho registro también forma parte de la información personal (Secs. 9 y 10).

Publicación de información sobre los archivos de datos personales:

a) Acta: el Ministro competente debe ordenar la publicación, por lo menos una vez por año, de: 1) un listado de todos los bancos de información personal, incluyendo su identificación y descripción, número de registro que le ha asignado y descripción del tipo de personas cuyos datos personales contiene, nombre de la institución que lo controla, cargo y domicilio del funcionario a quien deben dirigirse las solicitudes de acceso, declaración de los objetivos que justificaron la recolección, de los usos consistentes con dichos objetivos para los cuales va a transmitirse la información, de los estándares de conservación y de supresión de información personal que aplica y, cuando corresponda, una indicación de que el banco ha sido declarado exento en términos de la Sec. 18; 2) las clases de información que las instituciones gubernamentales almacenan bajo otras

formas, describiéndolas de manera suficientemente detallada como para facilitar el ejercicio del derecho de acceso, y el cargo y domicilio del funcionario de cada institución a quien deben dirigirse las solicitudes de acceso (Sec. 11).

b) ATIA: el Ministro Designado debe ordenar la publicación, con una frecuencia no mayor a un año, de una descripción de: 1) la organización y responsabilidades de cada institución gubernamental, incluyendo detalles de los programas y funciones de cada una de sus divisiones; 2) todas las clases de archivos que controla cada institución del Gobierno suficientemente detallada como para facilitar el ejercicio del derecho de acceso; 3) todos los manuales usados por los empleados de cada institución gubernamental para aplicar los programas o para realizar las actividades propias de la institución, y el cargo y domicilio del funcionario de cada institución al que deben dirigirse las solicitudes de acceso (Sec. 5).

Derecho de acceso:

a) Acta: los ciudadanos canadienses, los extranjeros con residencia permanente y todo aquel a quien se lo otorgue el Gobernador en Consejo (Sec. 12) mediante una Orden de Extensión en las condiciones que considere apropiadas, tienen derecho a acceder a toda la información personal que sobre ellos existe en un banco de información personal, y a toda la que esté bajo el control de una institución gubernamental sobre cuya localización pueda brindar información suficientemente específica como para hacerla razonablemente fácil de localizar (Sec. 12).

Los pedidos de acceso deben hacerse por escrito.

Cuando la institución gubernamental resuelve no dar acceso a cierta información personal, debe notificárselo por escrito al interesado, pudiendo -pero no estando obligada a hacerlo- confirmarle la existencia del archivo. Le basta con comunicar que dicha información no existe o la cláusula del Acta en que funda su decisión de no dar acceso en el supuesto en que la información existiera (Sec. 16).

El Gobernador en Consejo puede declarar exentos de acceso a ciertos bancos de información personal cuando la mayoría de sus archivos contiene la información personal descrita en las Secciones 21 y 22 (Sec. 18).

La institución gubernamental puede negarse a dar acceso a información:

1) que haya obtenido bajo promesa de confidencialidad de un Gobierno regional, municipal, provincial, extranjero, o de una organización internacional de estados, a menos que éstos lo autoricen o hagan pública dicha información;

2) que haya sido obtenida o preparada por un organismo investigador, especificado en la reglamentación, en el curso de investigaciones lícitas relativas a la detección, prevención o supresión del crimen, a la aplicación de una ley federal o provincial, o a actividades riesgosas para la seguridad de Canadá en términos de la *Canadian Security Intelligence Service Act*, si la antigüedad de la información es menor a

20 años. También, cuando pueda perjudicar la aplicación de una ley federal o provincial, la realización de una investigación lícita, o la seguridad de las instituciones penales (Sec. 22);

3) que haya sido recolectada u obtenida por el Servicio Correccional de Canadá o por el Comité Nacional de Libertad Condicional, mientras el interesado cumplía una pena de prisión por violar una ley federal, si considera que la transmisión va a interferir en el régimen a que está sometido o va a incluir información obtenida bajo promesa de confidencialidad, expresa o implícita (Sec. 24).

b) ATIA: los ciudadanos canadienses y extranjeros con residencia permanente y todo aquel a quien se lo otorgue el Gobernador en Consejo (Sec. 12) mediante una Orden de Extensión en las condiciones que considere apropiadas, tienen derecho a acceder a cualquier archivo que esté bajo el control de una institución gubernamental (Secs. 4.1 y 4.2).

Los pedidos de acceso deben hacerse por escrito ante la institución gubernamental que tiene el control del archivo, en forma suficientemente detallada como para permitir que un empleado experimentado de la institución, con un esfuerzo razonable, identifique la información solicitada (Sec. 6).

Respuesta a un pedido de acceso:

a) Acta: la institución debe informar por escrito al interesado si le va a dar o no acceso a la información que pide y, en caso afirmativo, permitirle el ejercicio de ese derecho, dentro de los 30 días de recibir la solicitud o del plazo más amplio previsto para los supuestos contemplados en la Sec. 13 (Sec. 12).

b) ATIA: impone la misma obligación (Sec. 7), y enumera las causales que permiten la ampliación del plazo en la Sec. 9.

Si la institución considera que otro ente gubernamental tiene un mayor interés en el archivo puede, con sujeción a las condiciones que establezca la reglamentación y dentro de los 15 días de recibir la solicitud, transferirle el pedido y, si es necesario, también el archivo, notificando por escrito este traslado al solicitante. A estos efectos, se considera que otra institución gubernamental tiene un mayor interés en el archivo si éste fue organizado en o para ella, o cuando ella fue la primera en recibirlo (Sec. 8).

Rechazo del pedido de acceso:

a) Acta: al notificar al interesado el rechazo de su pedido de acceso, la institución debe informarle la disposición específica del Acta en que se funda la negativa o aquella en que razonablemente podría fundarse si la información existiera y su derecho a recurrir esa decisión (Sec. 16.1). No está obligada a manifestarle si la información existe o no (Sec. 16.2).

El vencimiento del plazo previsto en la Sec. 12 sin que la institución autorice el acceso, se interpreta como una negativa (Sec. 16.3), que es recurrible ante el

Comisionado de la Privacidad.

b) ATIA: prevé un régimen idéntico a este respecto (Secs. 10 y 11).

Ejercicio del derecho de acceso:

a) Acta: con sujeción a lo que disponga la reglamentación, la institución debe permitir que el interesado acceda a su información personal, a una copia o a una traducción a otra lengua oficial cuando sea necesario para que la comprenda (Sec. 17).

b) ATIA: contiene un régimen idéntico (Sec. 12).

Información no accesible:

a) Acta: las instituciones gubernamentales no pueden permitir el acceso:

1) a los bancos de datos que han sido declarados exentos por el Gobernador en Consejo, porque la mayoría de sus archivos contiene la información descrita en las Secs. 21 y 22 (Sec. 18);

2) a la información personal obtenida en forma confidencial de un Gobierno regional, municipal, provincial, extranjero o de una organización internacional de estados, a menos que éstos lo autoricen o hagan pública la información (Sec. 19);

3) a un archivo que contiene información personal conforme a la definición de la Sec. 3, a menos que el interesado lo autorice, la información esté a disposición del público, o su transmisión se realice conforme al procedimiento previsto en la Sec. 8 (Sec. 19);

4) a un archivo que contiene secretos industriales de un tercero; o a información financiera, comercial, científica o técnica confidencial que el interesado dio a una institución gubernamental y que también trata en forma confidencial; a información cuya transmisión puede generar una pérdida o ganancia económica importante o perjudicar la posición competitiva del interesado, o interferir en las negociaciones contractuales o no de un tercero (Sec. 20.1).

Sin embargo, no pueden negar el acceso a estos archivos cuando una parte de éstos contenga la conclusión de un test ambiental o relativo a un producto, realizado por o en nombre de una institución gubernamental, a menos que se haya realizado como un servicio a una persona, grupo de personas u organización que no sea gubernamental y a cambio de un arancel (Sec. 20.2);

5) a un archivo cuando pueda perjudicar la conducción federal de las cuestiones provinciales (Sec. 20) o internacionales, la defensa de Canadá o de un Estado aliado o asociado (de acuerdo a como están definidos en la Sec. 15.2), la prevención o supresión de actividades subversivas u hostiles (de acuerdo a como están definidas en el mismo lugar) (Sec. 21) o la aplicación de las leyes (Sec. 22); cuando la información haya sido obtenida o preparada por un organismo investigador especificado en la reglamentación para resolver los pedidos de antecedentes que el Gobierno Federal, o uno provincial o extranjero, exigen a las personas empleadas o que prestan servicios para ellos, y siempre

que la transmisión de la información permita la identificación de su fuente (Sec. 23); cuando la información ha sido recolectada por el Servicio Correccional de Canadá o por el Comité Nacional de Libertad Condicional mientras el interesado cumpla una condena penal, siempre que su transmisión pueda interferir en el régimen a que está sometido o incluya información obtenida bajo promesa de confidencialidad, expresa o implícita (Sec. 24); cuando amenace la seguridad de las personas (Sec. 25); cuando la información esté amparada por el secreto profesional de un abogado para con su cliente (Sec. 27); o cuando se vincule con la salud física o mental del interesado, siempre que el examen de la información lo perjudique (Sec. 28).

b) ATIA: las instituciones gubernamentales no pueden permitir el acceso a información personal obtenida en forma confidencial del Gobierno Federal, de uno regional, municipal, provincial o extranjero, o de una organización internacional de estados, a menos que éstos lo autoricen o hagan pública la información (Sec. 13); o a la que pueda perjudicar la conducción federal de las cuestiones provinciales (Sec. 14) o internacionales, la defensa de Canadá o de un Estado aliado o asociado (de acuerdo a la definición de la Sec. 15.2), la prevención y supresión de actividades subversivas u hostiles (de acuerdo a como están definidas en el mismo lugar) (Sec. 15), la aplicación de las leyes, la seguridad o los servicios de policía que el Gobierno Federal presta a las provincias y municipalidades (Sec. 16), la seguridad de las personas (Sec. 17), o los intereses económicos de Canadá (Sec. 18).

Derecho de rectificación:

El Acta dispone que toda persona que ha accedido a información personal que ha sido usada o está para ser usada para fines administrativos, tiene derecho a solicitar su rectificación cuando la considere equivocada o incompleta, a exigir que se anexe una anotación que refleje cualquier corrección que ha solicitado pero que no se ha hecho, y a que se notifique esta corrección a toda persona u organismo a quien se haya transmitido esta información con fines administrativos en los 2 años anteriores al momento en que se pide la corrección y, si la transmisión se ha hecho a otra institución gubernamental, puede exigir que ésta haga la corrección o anotación en toda copia de la información que esté bajo su control (Sec. 12).

Autoridades de Contralor:

a) Acta: es el Comisionado de Privacidad.

Lo nombra el Gobernador en Consejo, previa aprobación de la designación por el Senado y la Cámara de los Comunes. Permanece en el cargo durante 7 años pero puede ser removido en cualquier momento por el Gobernador, a solicitud del Senado y de la Cámara de los Comunes. Es reelegible una vez (Sec. 53) y se le exige dedicación exclusiva (Sec. 54/1).

Recibe e investiga las demandas escritas de los perjudicados por el

incumplimiento de las obligaciones que el Acta impone a las instituciones gubernamentales (Sec. 29) y, si concluye en que están fundadas, adopta las medidas pertinentes (Secs. 29/37).

Presenta un informe anual de sus actividades al Parlamento (Sec. 38), y puede hacer todos los informes adicionales que considere oportunos en relación a cuestiones cuya urgencia o importancia lo justifiquen (Secs. 38/40).

b) ATIA: es el Comisionado de Información (Secs. 54 y 55), que se designa del mismo modo que el Comisionado de la Privacidad y que también cumple funciones de investigación y contralor (Secs. 31/40).

Recurso judicial:

El Acta prevé la posibilidad de recurrir ante un tribunal federal la negativa de acceso ya investigada por el Comisionado (Sec. 41) y describe minuciosamente el procedimiento aplicable.

3.2.4.3. Sector público provincial: la protección y acceso a la información personal que consta en los archivos llevados por este sector está regulada por leyes provinciales.

3.2.4.4. Sector privado: la protección de datos personales en este sector está regulada a través de una multiplicidad de normas fundamentalmente vinculadas a los sectores financieros y de crédito al consumo.

La única jurisdicción canadiense que ha aprobado una ley completa sobre protección de datos al estilo europeo es Quebec que, a través de su ley 68 de 1994, "Relativa a la protección de la información personal en el sector privado", incluyó los nuevos derechos de privacidad de la información incorporados a su nuevo Código Civil.

La industria que tiene la más amplia experiencia en el cumplimiento de las reglas de protección de datos es, indudablemente, la que brinda información crediticia. A fines de la década de 1970 y comienzos de la de 1980, las provincias aprobaron leyes que daban a los consumidores un derecho a acceder y a corregir este tipo de datos, y establecieron controles sobre la recolección, conservación y transmisión de los informes de solvencia crediticia. Actualmente todas, con excepción de Alberta y Nueva Brunswick, tienen este tipo de leyes.

El otro área del sector privado que está reglamentado en forma importante es el de las telecomunicaciones. La nueva Ley de Telecomunicaciones (Ley C62) otorga facultades a la Comisión Canadiense de Radio-Televisión y Telecomunicaciones (CRTC) para "responder a las exigencias económicas y sociales de los usuarios de los servicios de telecomunicación, incluyendo la protección a su privacidad" (cit., Sec. 7(h)).

En 1984, el Gobierno canadiense declaró su adhesión a las Directrices de la OCDE -v. **investigaciones** 1 (1998), p. 125-. Los Departamentos de Justicia y Relaciones Exteriores comenzaron entonces a alentar la autorregulación voluntaria, que típicamente

se instrumenta en un "código de privacidad" o "código de prácticas justas de información", que contiene una versión de los principios de la Directrices, cuyos ejemplos más importantes e interesantes son los "códigos modelo sectoriales", elaborados por las asociaciones de empresas para que los adopten sus miembros. Sin embargo, estos códigos se han hecho con diversas motivaciones, no tienen una estructura consistente, y prevén procesos de implementación y de resolución de conflictos que varían sustancialmente entre sí. Obviamente, estos códigos se aplican en la medida en que una fuerte protección a la privacidad resulte consistente con el fin de lucro de las empresas, y esto no siempre es así.

3.2.4.5. Decisiones de la Suprema Corte de Canadá: ha dictado dos decisiones en este área. En la primera de ellas, *Clerk of Privacy v. Rubin*, de 1996, simplemente se remitió a la decisión del juez Stone de la Cámara Federal de Apelaciones.

En el caso *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, resuelto el 26 de junio de 1997, el peticionante solicitó al Departamento de Finanzas copia de los registros que contenían los nombres, números de identificación y firmas de sus empleados que entraban y salían del lugar de trabajo durante los fines de semana, porque consideraba que esta información podía ser útil para el sindicato y que le permitiría obtener allí un cargo de consultor. El Departamento le dio acceso a los registros pero no a los nombres, números de identificación personal y firmas de los empleados, porque juzgó que ésta era información personal exenta del acceso en términos de la ATIA. El Comisionado de Información compartió este criterio. Entonces, el solicitante apeló la decisión ante un tribunal federal, que la revocó al declarar que la información era de naturaleza "predominantemente profesional" más que personal y que, tomada como un todo, indicaba cuantas personas trabajan horas extras en el Departamento; en consecuencia, ordenó que se diera el acceso peticionado. La Cámara de Apelaciones consideró que el juez de primera instancia se había equivocado al hacer prevalecer la ATIA sobre el Acta, ya que ambas leyes debían interpretarse en forma conjunta, complementaria y armoniosa. Tampoco estuvo de acuerdo con el test de la "característica predominante" que se había aplicado para determinar si la información sobre una persona era información personal. Declaró que "información personal" es información sobre una persona identificable que está registrada de algún modo.

La Sec. 3 del Acta declara que la definición de información personal comprende: "(I) al nombre de la persona, cuando aparece junto a otra información personal suya o cuando la difusión misma del nombre revela información sobre el interesado". Por su parte, la Sec. 3(j) contiene una excepción a la definición: "a los fines de las Secs. 7, 8 y 26 y 19 de la *Access to Information Act*, la 'información personal' no incluye a la información sobre una persona que es o fue un funcionario o empleado de una institución gubernamental relativa a su cargo o funciones, incluso... (iii) la clasificación, rango de

salario y deberes propios del cargo que ocupa la persona; (iv) el nombre de la persona inserto en un documento que ella había preparado mientras estaba empleada".

La Cámara de Apelaciones resolvió que la información era personal en términos de la Sec. 3(I) y que no caía dentro de la exención prevista en la Sec. 3(j) porque no estaba relacionada con los cargos de los empleados.

Al entender por apelación, la Suprema Corte declaró que la información caía dentro de la definición de información personal de la Sec. 3(I) porque "tanto las palabras iniciales de la Sec. 3(j) como las disposiciones específicas de la Sec. 3(j)(iii)... son suficientemente amplias como para incluir la información buscada por el apelante".

3.2.5. Chile

3.2.5.1. La Constitución de 1980, reformada sustancialmente en 1989 y 1991, garantiza a toda persona el respeto y protección a la vida privada y pública, a su honra y a la de su familia (art. 19.4), y la libertad de información (art. 19.12). Además, le otorga un "recurso de protección" frente a los actos u omisiones arbitrarios o ilegales, privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos antes mencionados (art. 20).

3.2.5.2. El Congreso, actualmente, está analizando un proyecto de ley de habeas data.

Por otra parte, la Ley sobre Delito Informático (n° 19.223) del 28 de mayo de 1993, dispone en su art. 4: "el que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado".

3.2.6. Dinamarca

3.2.6.1. La Constitución danesa de 1953 no hace referencia expresa a esta materia.

3.2.6.2. Las reglas más importantes que regulan la protección de datos son la *Public Authorities Registers Act* de 1991 (*Public*), para el sector público, y la *Private Registers Act* de 1987 (*Private*) para el privado.

Ambito de aplicación:

a) *Public*: se aplica a los archivos electrónicos que se operan en nombre de la administración pública y que contienen datos personales (Sec. 1.1).

Con autorización del Ministro de Justicia, el Ministro competente puede extender la aplicación de esta ley a todos o parte de los archivos que llevan determinadas empresas, consorcios, instituciones o asociaciones, que no pertenecen a la administración pública, siempre que dichos organismos sufraguen sus gastos operativos con fondos del gobierno central o local, o que, en virtud de una disposición legal, tengan facultades para

tomar decisiones en nombre de dichos gobiernos. El Ministro competente debe dictar instrucciones para esos archivos que se conformen con las secs. 4 y 5 de esta ley (Sec. 2.).

Con autorización de la Autoridad de Contralor de los Datos (Autoridad), el Ministro competente puede extender la aplicación de esta ley a otros archivos electrónicos de datos personales que se operan en nombre de la administración pública y a los descritos en la Sec. 2 de esta ley (Secs. 3.1 y 3.2).

Esta ley no se aplica a: los archivos manuales del sector público, que están regulados por la *Danish Act in Access to Public Administration Files* y por la *Danish Public Administration Act*; los archivos computarizados que sólo contienen material jurídico, que forman parte del Sistema de Información Jurídica del Gobierno Central y que son accesibles por el público en general (Sec. 1.4); los archivos informatizados regulados por las disposiciones del Acta sobre las Bases de Datos Operadas por los Medios Masivos (Sec. 1.7); a los otros sistemas de información jurídica que el Ministro de Justicia, previa vista a la Autoridad, exima de su aplicación (Sec. 1.3); los archivos informatizados y las bases de datos que sólo almacenan periódicos o programas de sonidos o imágenes que ya se han publicado, que están alcanzados por las Secs. 1.1 ó 1.2 de la Ley sobre Responsabilidad de los Medios y que están almacenados en la misma forma en que fueron publicados (Secs. 1.8 y 1.9).

b) *Private*: se aplica a los archivos electrónicos que contienen datos personales y financieros que llevan los particulares (empresa) (Sec. 1).

Esta ley no se aplica a: los archivos llevados en nombre de una autoridad pública o de algún otro modo alcanzados por las disposiciones de la *Danish Public Authorities' Registers Act* (Sec. 2.1); que sólo se usan para hacer investigación bibliográfica o publicar trabajos generales de referencia (Sec. 2.2); que sólo se usan con fines científicos o estadísticos, pero se exige la notificación de la recolección a la Autoridad la cual, para proteger la privacidad de los interesados, puede sujetarlo a un régimen específico que le exija el consentimiento del interesado, la cancelación y actualización de los datos, y la adopción de medidas para impedir el uso indebido de los datos o el acceso de personas no autorizadas (Sec. 2.3); los archivos computarizados regulados por el Acta sobre Bases de Datos Operadas por los Medios Masivos (Sec. 2.4); los archivos informatizados y las bases de datos que sólo almacenan periódicos o programas de sonidos o imágenes que ya se han publicado, que están alcanzados por las Secs. 1.1 ó 1.2 de la Ley sobre Responsabilidad de los Medios y que están almacenados en la misma forma en que fueron publicados (Sec. 2.5 y 2.6); los archivos manuales de recortes de publicaciones impresas (Sec. 2.7); y los archivos computarizados que sólo contienen material jurídico que forman parte del Sistema de Información Jurídica del Gobierno Central y a los que puede acceder el público en general (Sec. 2.8); otros sistemas de información jurídica

que el Ministro de Justicia, previa vista a la Autoridad, exime de su aplicación (Sec. 2.9).

Titular de la protección: tanto la *Public* como la *Private* protegen a la persona de existencia visible (Secs. 1.1 y 1.3, respectivamente).

Datos sensibles:

a) *Public:* a menos que lo exija el objetivo del archivo, no pueden almacenarse los datos sobre cuestiones políticas a los que no puede acceder el público en general, ni otros datos de naturaleza puramente privada relativos a los individuos, como la raza, creencias religiosas, integración en organizaciones, cuestiones sexuales o criminales, y sobre salud, problemas sociales esenciales, o uso excesivo de drogas (Sec. 9.2.).

En los casos en que el objetivo del archivo autoriza la recolección de este tipo de datos, el Ministro de Justicia puede, previa consulta con la Autoridad, establecer reglas para su funcionamiento, disponiendo que el responsable notifique la recolección -dentro de las 4 semanas de realizada- a las personas cuyos datos se almacenan por primera vez (Sec. 10.2), y les haga saber también que, conforme a lo dispuesto en las Secs. 13 a 15, tienen derecho de acceso a los mismos (Sec. 10.3).

b) *Private:* los datos de naturaleza puramente privada relativos a los individuos, incluyendo los datos sobre la raza, creencias religiosas, integración en organizaciones, cuestiones sexuales o criminales, y sobre salud, problemas sociales esenciales, o uso excesivo de drogas, no deben registrarse excepto cuando lo ordena otra ley, o la información la brinda el interesado o se obtiene con su consentimiento, y la empresa necesita contar con esos datos para poder actuar en función de sus propios intereses o de los de un tercero (Sec. 3.2).

Sin embargo, aun cuando no se satisfagan las condiciones establecidas en la Sec. 3.2, la Autoridad puede autorizar el almacenamiento de este tipo de datos cuando la empresa los necesite para poder actuar a favor de intereses públicos y privados -incluyendo los intereses del interesado- de una jerarquía claramente superior a los que justifican el secreto (Sec. 3.2).

El establecimiento de archivos electrónicos que incluyan datos sensibles, requiere autorización previa de la Autoridad.

El Ministro de Justicia, previa vista a la Autoridad, puede eximir a los archivos de ciertas asociaciones que sólo contienen los datos sensibles de sus miembros, de la obligación de estar autorizados para ello y de notificar la recolección de los datos a los interesados (Secs. 3.4 y 3.5).

Los datos sensibles sólo pueden transmitirse sin el consentimiento del interesado, cuando así lo disponga una ley o lo autorice la Autoridad para proteger intereses públicos o privados (incluyendo los del interesado) de una jerarquía claramente superior a los que justifican el secreto (Sec. 4.1).

Legitimidad del establecimiento de archivos: la *Public* requiere que el

establecimiento de archivos de las autoridades del gobierno central cuente con autorización del Ministro competente (Sec. 4.1), previa vista al Ministro de Finanzas, el cual también dicta instrucciones específicas para cada uno de ellos relativas a su estructura y funcionamiento que se adecuen a las disposiciones establecidas en las Secs. 9 a 21 de esta ley (Sec. 4.2).

A idéntico régimen está sujeta la acumulación de archivos que persiguen diferentes propósitos, excepto cuando sólo se realice con fines científicos o estadísticos (Sec. 4.3).

El establecimiento de archivos de las autoridades de un gobierno local está sujeto a la decisión del Consejo Deliberante local respectivo (Sec. 6.1), el cual dicta instrucciones específicas respecto a la estructura y funcionamiento de los archivos, que se conformen con las Secs. 9 a 21 de esta ley (Sec. 6.2). Antes de adoptar cualquiera de estas medidas, el Consejo Deliberante debe consultar a la Autoridad y, en caso de que ésta no acepte la propuesta, plantear la cuestión al Ministro de Finanzas para que tome la decisión definitiva (Sec. 6.3).

La conexión con un archivo o con un sistema de archivos para asistir a las autoridades locales de más de un distrito local, está sujeta a la aprobación del archivo o del sistema de archivos por parte del Ministro de Finanzas, previa consulta a la Autoridad (Sec. 7.2), y a las instrucciones relativas a su estructura y funcionamiento que se conformen con las Secs. 9 a 21 de esta ley (Sec. 7.1).

Las instrucciones aludidas en las Secs. 4.2, 6.2, y 7.1, y sus reformas, deben notificarse inmediatamente a la Autoridad (Sec. 8.1) y ser puestas a disposición del público en las oficinas del responsable del archivo y de la Autoridad, excepto en los casos en que la implementación de las medidas de control y protección, o el interés público, requieran mantenerlas en secreto (Sec. 8.2).

La ley prevé, para ciertos supuestos, excepciones a la exigencia de tener instrucciones relativas a la estructura y funcionamiento (Secs. 8a a 8e).

Legitimidad del almacenamiento de datos:

a) *Public*: sólo se pueden almacenar los datos que son claramente relevantes para el objetivo que persigue el organismo público responsable del archivo y para los fines perseguidos por otra autoridad siempre que el archivo se bloquee de un modo que sólo esta última puede acceder a los datos relevantes a sus fines (Sec. 9.1). Se deben suprimir los datos que no cumplan con esta exigencia y prever formas de actualización para los archivos que funcionan continuamente (Sec. 9.3).

Las instrucciones que se dictan para un archivo pueden exigir la notificación del almacenamiento al interesado (Sec. 10.1).

El Ministro de Justicia puede, previa consulta con la Autoridad, establecer reglas para los archivos que contienen datos sensibles, exigiéndoles la notificación de su

recolección -dentro de las 4 semanas de realizada- a las personas cuyos datos se incluyan por primera vez (Sec. 10.2).

Las notificaciones que se hagan en virtud de lo dispuesto por las Sec. 10.1 y 10.2, también deben informar al interesado sobre su derecho de acceso a los datos previsto en las Secs. 13 a 15 (Sec. 10.3).

b) *Private*: los particulares sólo pueden llevar los archivos regulados por esta ley (Sec. 1.1) cuando ello constituya una función natural de sus operaciones (Sec. 3.1).

No pueden establecerse archivos con el objeto de alertar a terceros a no hacer negocios o no contratar al interesado, excepto con autorización de la Autoridad (Sec. 3.6), que puede concederla a condición de que no se almacenen ciertos tipos de datos, o sometiendo estos archivos al régimen que prevé para las empresas que brindan servicios de información crediticia (Sec. 3.7 y 3.8).

No se pueden acumular archivos electrónicos de diferentes empresas, salvo cuando tenga por objeto la actualización de nombres, domicilios y datos similares (Sec. 4.4), o lo autorice la Autoridad con base en que se satisfacen las condiciones relativas a la transmisión de datos de las Secs. 4.1, 4.2. y 4.3 de esta ley, que el interés en la acumulación es de una jerarquía superior al de los interesados, y en que éstos han sido informados antes de realizarse la acumulación. La Autoridad puede sujetar su autorización a ciertas condiciones, particularmente relativas al uso de los datos que resulten de este proceso (Sec. 4.5).

Los datos sobre los números de identificación personal sólo pueden almacenarse en las mismas condiciones que los datos sensibles previstos en la Sec. 3.2 (Sec. 4a.1).

Legitimidad de la transmisión de datos:

a) *Public*: los datos de naturaleza política que no están a disposición del público en general y los datos sensibles mencionados en la Sec. 9.2, no deben transmitirse a particulares (Sec. 16.1) ni a otros organismos públicos (Sec. 21.1). Sin embargo, la transmisión se permite cuando: el interesado ha prestado su consentimiento; lo dispone la ley; se realiza para proteger intereses públicos o privados de jerarquía superior a los que justifican el secreto (incluyendo los del interesado); es necesaria para que una persona o empresa cumpla una función pública; tiene por objeto la realización de una investigación científica o estadística muy importante para la sociedad en general (Secs. 16.2 y 21.2).

El consentimiento del interesado debe formularse por escrito y hacer referencia expresa al tipo de datos que pueden transmitirse, a los destinatarios autorizados y a la forma en que éstos pueden usarlos (Sec. 16.3). Tiene un plazo máximo de validez de 12 meses (Sec. 16.4).

Los datos que se han transmitido para hacer investigación estadística no pueden transmitirse nuevamente (Secs. 16.5 y 21.4).

Con consentimiento escrito u oral del paciente, se pueden transmitir sus datos

desde los archivos de un hospital o desde otros archivos sobre pacientes o enfermos: al médico clínico que el interesado elija o al que está tratándolo (Sec. 16a.1); a otros médicos a fin de que los usen para proyectos concretos de investigación, pero estos médicos sólo pueden ponerse en contacto con dichos pacientes si los médicos que los han tratado dan su consentimiento (Sec. 16a.2); o a otros particulares, con aprobación de la Junta Nacional de Salud y satisfaciendo las condiciones que ésta establezca, para que se usen en relación a actividades de investigación o planeamiento (Sec. 16a.3).

Los datos que no son sensibles sólo pueden transmitirse a particulares cuando: se da alguno de los supuestos de la Sec. 16; están a disposición del público en general (Secs 17.1 y 17.2); el destinatario puede acreditar un interés jurídico de jerarquía superior en conocer datos aislados no alcanzados por reglas específicas de secreto (Sec. 17.3); son necesarios para hacer una investigación (Sec. 17.4).

En casos especiales, estos datos no sensibles pueden ser transmitidos a particulares con el consentimiento previo de la Autoridad fundado en la naturaleza o cantidad de dichos datos y en el objetivo de la transmisión. Dicho organismo puede imponer condiciones específicas y su decisión no puede ser revisada por otra autoridad administrativa (Sec. 17.5).

Estos datos personales no son transmisibles desde archivos compilados exclusivamente con fines estadísticos a particulares ni a otra autoridad pública sin contar con autorización de la Autoridad en cada supuesto (Secs. 18 y 21.5).

La autoridad pública responsable del registro puede establecer los términos y condiciones para la transmisión de datos a particulares, pero la acumulación de dichos datos a archivos no regulados por esta ley sólo es admisible previa consulta con la Autoridad (Sec. 19).

Este régimen no se aplica a los archivos automatizados llevados por la administración pública que contienen datos de empresas (Sec. 1.4).

Los datos no sensibles sólo pueden transmitirse a otra autoridad pública cuando ya están a disposición del público, o resultan de material importancia para la actividad de la autoridad receptora o para una decisión que ésta debe tomar conforme lo dispuesto en la segunda cláusula de Sec. 9.1 (Sec. 21.3).

Los datos sobre los montos de dinero que el interesado debe a una autoridad pública pueden ser transmitidos a una agencia de información crediticia en virtud de lo dispuesto por la Sec. 5a de esta ley y por las Secs. 8 a 16 de la *Private* (Sec. 20a.1), sin que por ello se considere que están a disposición del público (Sec. 20a.3).

b) *Private*: los datos sensibles sólo pueden transmitirse con el consentimiento del interesado, o cuando así lo disponga una ley o lo autorice la Autoridad para proteger intereses públicos o privados (incluyendo los del interesado) que tengan una jerarquía claramente superior a los que justifican el secreto (Sec. 4.1).

Los datos no sensibles sólo pueden transmitirse sin consentimiento del interesado cuando resulte una operación normal del tipo de empresa de que se trate. Los relativos a cuestiones que tienen una antigüedad mayor a 5 años solamente pueden transmitirse sin dicho consentimiento, cuando la transmisión claramente tenga una importancia vital para evaluar la cuestión a la que hacen referencia o lo autorice otra ley (Sec. 4.2).

La transmisión de los datos registrados sobre los números de identificación personal sólo puede realizarse en las condiciones de la Sec. 4.2, y cuando tenga una importancia decisiva para asegurar la inequívoca identificación del interesado o lo solicite una autoridad pública (Sec. 4a.2).

Los datos registrados sobre los consumidores no pueden transmitirse entre empresas para ser usados en actividades de *marketing* (Sec. 4b.1), a menos que se satisfagan las condiciones establecidas en la Sec. 4.1 y la transmisora, al comenzar la relación con el consumidor o, posteriormente, haya obtenido su consentimiento expreso (Sec. 4b.2) y le haya informado los potenciales destinatarios de los datos (Sec. 4b.3).

Garantías complementarias para el interesado.

Derecho de acceso:

a) *Public*: las personas tienen derecho a pedir al responsable del archivo, con una frecuencia no inferior a 6 meses -salvo que acrediten un interés especial- (Sec. 13.6), que les informe tan pronto como sea posible los datos que tiene almacenados sobre ellas (Sec. 13.1), y a que les envíen resúmenes periódicos de los datos sensibles que conserve, a menos que conozcan esta información por otra vía (Sec. 13.2), que exista un interés público o privado de jerarquía superior (incluyendo el de los propios interesados) que lo impida (Sec. 13.4), o que los datos sólo se conserven con fines estadísticos (Sec. 13.5). Cualquier conflicto fundado en el ejercicio de este derecho se debe plantear a la Autoridad, cuya decisión no es revisable por ningún otro organismo administrativo (Sec. 15).

b) *Private*: cuando los archivos estén llevados electrónicamente, las personas tienen derecho a solicitar al responsable del archivo, con una frecuencia no inferior a 12 meses -salvo que acrediten un interés especial- (Sec. 7a.3), que se les informen por escrito qué datos personales suyos están almacenados (Secs. 7a.1 y 7b.1), a menos que exista un interés público o privado de jerarquía superior (que incluso puede ser de los propios interesados) que lo impida (Sec. 7a.2).

Las empresas tienen que responder lo más rápido posible a estas solicitudes (Sec. 7c.1) y, en caso de rechazarlas, deben informar al interesado que tiene derecho a plantear la cuestión a la Autoridad (Sec. 7c.2).

Rectificación y supresión de los datos:

a) *Public*: si bien no reconoce expresamente este derecho al interesado, exige que las autoridades responsables de los archivos establezcan los controles necesarios para

asegurar que no se almacenen datos incorrectos o engañosos, y para suprimirlos o corregirlos cuando corresponda (Sec. 11).

b) *Private*: cuando una empresa, ante la solicitud del interesado, se niegue a cancelar o rectificar algún dato supuestamente incorrecto o engañoso, a borrar los almacenados indebidamente, o no responde la solicitud en el plazo de 4 semanas, el interesado tiene derecho a plantear la cuestión a la Autoridad, que decide si los datos deben o no cancelarse o rectificarse (Sec. 5.1); asimismo, puede ordenar a la empresa que notifique por escrito la rectificación a los terceros que han recibido esos datos durante los 6 meses previos, y que haga conocer al interesado los nombres de dichos destinatarios (Sec. 5.1).

Obligaciones de los responsables:

a) *Public*: deben establecer medidas protectoras apropiadas para impedir el uso indebido de los datos o el acceso a éstos por personas no autorizadas (Sec. 12.1). En el caso de archivos que contienen datos de interés especial para las potencias extranjeras, también deben adoptar medidas para asegurar su destrucción en caso de guerra (Sec. 12.3).

b) *Private*: deben cancelar todo dato que haya perdido relevancia para el objetivo que persigue el archivo en razón de su obsolescencia o por otra razón (Sec. 6.1), y programar la actualización de los archivos que están en funcionamiento continuo (Sec. 6.2). Además, les corresponde establecer las medidas protectoras adecuadas para controlar que no se ingresen datos incorrectos o engañosos, cancelar o rectificar los que corresponda (Sec. 6.3), y para que ninguno de los datos allí almacenados se use ilícitamente o transmita a personas no autorizadas (Sec. 6.4). Estas disposiciones también se aplican cuando el registro se procesa electrónicamente fuera del territorio de Dinamarca (Sec. 7).

Archivo de números de teléfono: la *Private* dispone que las empresas no pueden archivar automáticamente los números de teléfono a los que se llama desde sus instalaciones, sin contar con permiso de la Autoridad fundado en la existencia de un interés público o privado de jerarquía superior (Sec. 7f.1), salvo en los supuestos previstos en otras leyes o en relación a los registros que llevan las prestatarias de servicios telefónicos para determinar el monto a cobrar o para realizar controles técnicos (Sec. 7f.2).

Empresas que brindan información crediticia: la *Private* les exige autorización previa de la Autoridad (Sec. 8) para funcionar.

Les está permitido, únicamente, registrar y transmitir los datos que por su naturaleza son relevantes para evaluar el estatus y solvencia económica (Sec. 9.1), nunca datos sensibles (Sec. 9.2). Los relativos a hechos de una antigüedad mayor a 5 años que alegan contra la solvencia del interesado, sólo pueden ser almacenados y transmitidos

cuando, en un caso específico, claramente tienen una importancia de jerarquía superior para evaluar el estatus y solvencia económica del interesado (Sec. 9.3).

Si estas empresas ingresan por primera vez datos distintos al nombre, domicilio, cargo u ocupación, o a los que pueden verse en el Diario Oficial Danés u obtenerse libremente en el Registro Central de Empresas y Establecimientos Comerciales, deben notificar al interesado este almacenamiento dentro de las 4 semanas de realizado, y hacerle saber su derecho a acceder a estos datos en términos de la Sec. 11 (Sec. 10.1).

Además, a solicitud del interesado, y dentro de las 4 semanas de formulado el pedido, deben informar a aquél todo dato o evaluación personal transmitidos en los 6 meses previos, y cualquier otro dato que tengan procesado de otra forma (Sec. 11.1). El interesado no tiene derecho a ser informado de la fuente de los datos, salvo que los datos o evaluación sean incorrectos (Sec. 11.3). Se puede solicitar que esta información se brinde por escrito (Sec. 11.4).

Los informes crediticios pueden comunicarse oralmente a los suscriptores de la agencia siempre que se conserven sus nombres y domicilios al menos 6 meses (Sec. 12.1), y sólo pueden contener datos sintetizados y no deben indicar los números de identificación personal de los interesados (Sec. 12.2).

La transmisión a otros destinatarios debe ser por escrito. Los datos o evaluaciones que demuestren ser incorrectos o engañosos han de rectificarse o suprimirse tan pronto como sea posible (Sec. 13), lo cual corresponde que sea notificado a los terceros a los que se hubiesen transmitido (Sec. 14).

Cuando el interesado solicita la supresión o rectificación de cualquier dato o evaluación equivocado o ilícitamente almacenado o transmitido, la agencia debe responderle por escrito dentro de las 4 semanas (Sec. 15.1). Si la agencia no hace la corrección o supresión, o no le contesta en ese plazo, el interesado puede plantear la cuestión a la Autoridad para que resuelva la cuestión (Sec. 15.2).

Empresas de mailing directo: la *Private* les permite, únicamente, registrar el nombre, domicilio, cargo u ocupación de los interesados, los datos que puedan obtener libremente del Registro Central de Empresas y Establecimientos Comerciales (Sec. 17.1) y los que autorice el Ministro de Justicia (Sec. 17.2). No pueden almacenar datos sensibles (Sec. 17.2), ni transmitir a terceros las listas de datos que han recibido de su comitente (Sec. 19). Están obligadas a suprimir los datos de las personas que se lo soliciten por escrito (Sec. 18).

Agencias que procesan datos en forma electrónica: la *Private* les exige contar con autorización previa para funcionar (Sec. 20.1). El uso de los datos está limitado por la tarea que se les encomendó (Sec. 20.2), y deben establecer las medidas de seguridad apropiadas para impedir la utilización indebida o el acceso de personas no autorizadas (Sec. 20.3).

Autoridades de contralor:

a) *Public*: es la Autoridad, integrada por un Consejo y una Secretaría, que supervisa todo archivo al que se aplica esta ley y que también ejerce las funciones que le atribuye la *Private* (Sec. 22.1).

De oficio o a solicitud del interesado, debe asegurar que dichos archivos se han establecido y funcionan de acuerdo a las disposiciones de esta ley y de las instrucciones dictadas en su consecuencia (Sec. 22.2).

El Consejo, establecido por el Ministro de Justicia, está integrado por un Presidente -que debe tener las calificaciones de un juez- y otros 6 miembros (Sec. 23). La labor cotidiana de la Autoridad la realiza la Secretaría (Sec. 24).

El Ministro de Justicia establece las reglas para su funcionamiento (Sec. 25).

Le corresponde presentar un informe anual de sus actividades al Parlamento, que se da a publicidad (Sec. 28.1).

b) *Private*: en las Secs. 22 a 24 enumera detalladamente las funciones de supervisión que cumple en relación a cada tipo de persona privada.

Sanciones:

a) *Public*: prevé las sanciones por la violación a sus disposiciones en la Sec. 29.

b) *Private*: prevé las sanciones por la violación a sus disposiciones en las Secs. 27.1 a 28.

3.2.6.3. La intervención de teléfonos está regulada por la Sec. 131 del Código Penal.

Otras áreas de la protección de datos están reguladas por la Ley n° 278 de Vigilancia por Video del 9 de junio de 1982, por la Ley de Procedimientos Administrativos de 1985, por la *Freedom of Information Act* de 1985, por la *Payment Cards Act* de 1994, y por la Ley de Acceso a la Información sobre la Salud de 1993.

5.6.4. Dinamarca aún no ha aprobado una nueva ley de protección de datos que se conforme a la Directiva 95/46/CE -v. **investigaciones** 1 (1998), p. 129-; el 24 de octubre de 1998 venció el plazo previsto en dicha norma comunitaria. Sin embargo, en virtud de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Marleasing* (del 13-11-90, C-106/89), las personas pueden invocar las disposiciones de la Directiva ante sus tribunales nacionales. Además, las personas que se perjudiquen por la falta de implementación de la Directiva tendrán derecho a obtener una reparación ante los tribunales nacionales, de acuerdo a lo que el mismo Tribunal resolvió en el caso *Francovich* (sentencia del 19-11-91, C-6/90 y C-9/90).

3.2.7. Estados Unidos

3.2.7.1. La Constitución federal no contiene referencia alguna a la protección de datos.

3.2.7.2. Los Estados Unidos no poseen una ley general para proteger los datos personales ni una agencia encargada de aplicarla.

3.2.7.3. Protección de datos en archivos públicos federales: las dos leyes más importantes que la regulan son la *Freedom of Information Act* (FOIA) de 1967 (5 USC Sec. 552) y la *Privacy Act* (Acta) de 1974 (ídem, Sec. 552a), que deben ser analizadas en forma conjunta.

Ambito de aplicación:

a) Acta: protege a las personas de las invasiones a su privacidad derivadas del mal uso que las agencias del Poder Ejecutivo Federal hagan de sus sistemas de archivos, y les permite informarse sobre la forma en que el Gobierno recolecta, conserva, usa y difunde sus datos personales, acceder a éstos, e intentar rectificar los erróneos, incompletos, desactualizados o irrelevantes.

Permite también el acceso a la información alcanzada por la FOIA, y a los archivos que no están en posesión de agencias federales porque éstas han encomendado a una empresa que los lleve en su nombre [ídem, Sec. 552a(m)].

El Acta no regula los archivos que mantienen los gobiernos estatales o locales ni las organizaciones o empresas privadas.

La *Office of Management and Budget Responsibilities* (OMB) es la oficina encargada de supervisar la implementación de esta norma y, poco después de la aprobación del Acta, elaboró pautas que siguen estando vigentes. La autoridad de la OMB para dictar estas normas surge de la misma ley [ídem, Sec. 552a(v)].

b) FOIA: regula el acceso de los ciudadanos a los documentos que tienen las agencias del Poder Ejecutivo Federal.

No comprende a la información que tienen los funcionarios electivos del Gobierno Federal, como el Presidente, Vicepresidente, Senadores y Representantes -pero sí a los archivos oficiales del Congreso-, ni el Poder Judicial Federal. Tampoco a la información que almacenan las empresas privadas, los contratistas o concesionarios del Gobierno Federal, ni a la de las organizaciones privadas o gobiernos estatales o locales.

Todos los Estados han aprobado leyes similares que permiten a las personas solicitar acceso a sus archivos.

Titular de la garantía:

a) Acta: la persona (*individual*), categoría en la que se incluye a los ciudadanos norteamericanos y extranjeros con residencia permanente [ídem, Sec. 552a(a)(2)]. En consecuencia, los inmigrantes ilegales, los extranjeros no residentes, los sindicatos y las corporaciones, no son personas en términos de esta ley. Sin embargo, la OMB ha dispuesto que las agencias traten a los sistemas de archivos que contienen información tanto de ciudadanos como de extranjeros no residentes de acuerdo a las disposiciones del Acta (40 Fed Reg 28951).

Dado que el derecho que otorga es personal, no puede invocarse el Acta por la violación de derechos de terceros. Sin embargo, el Acta autoriza a una persona a acceder a los documentos personales de un tercero si demuestra que existen circunstancias apremiantes que afectan la salud o la seguridad de éste, y siempre que posteriormente se notifique la transmisión de esta información al último domicilio conocido del interesado [5 USC Sec. 552a(b)(8)]. Además, dispone que el padre de un menor, o el representante legal de un incapaz, puede actuar en su nombre [ídem, Sec. 552a(h)], autorizando así la aprobación de reglas que otorguen al guardián el derecho a consentir la difusión de información relativa al menor o incapaz (ídem, Sec. 390). Sin embargo, las pautas de la OMB indican que no hay motivo para que un menor no actúe por su propio derecho (40 Fed Reg 28970; OMB *Supplemental Guidelines to the Privacy Act*, del 21-11-75).

Tanto el Acta como sus antecedentes legislativos, guardan silencio sobre la cuestión de si un muerto es una persona en términos de esta norma, pero el criterio prevaleciente es que sólo garantiza la privacidad de los individuos vivos.

b) FOIA: los ciudadanos norteamericanos y extranjeros con residencia permanente.

Esta ley reglamenta el principio de la publicidad de los actos públicos, estableciendo la presunción de que los archivos que poseen las agencias y departamentos del Poder Ejecutivo Federal son accesibles por el público, y modifica el criterio anteriormente vigente que imponía al solicitante la carga de demostrar un derecho a examinarlos, sin que contara con pautas o procedimientos que lo ayudaran a buscar la información ni con remedios judiciales si se le denegaba indebidamente el acceso. Sustituyó así el estándar de la "necesidad de saber" por la doctrina del "derecho a saber". El Gobierno, en consecuencia, tiene que justificar la necesidad de mantener el secreto.

Archivos alcanzados:

a) Acta: sólo permite, en general, el acceso a los archivos que se mantienen en un sistema de archivos (*system of records*), concepto este que es exclusivo de esta ley.

Define archivo (*record*) como la información más personal que conserva una agencia sobre una persona, información individualmente identificable que incluye pero que no se limita a la relativa a su educación, transacciones financieras, historia clínica, antecedentes penales o laborales [5 USC Sec. 552a(a)(4)]. Un sistema de archivos (*system of records*) es un grupo de archivos del cual se puede extraer información por el nombre, número de seguridad social u otro símbolo identificadorio del interesado (ídem, Sec. 552a(a)(5)). Casi toda la información personal que se encuentra en archivos del Gobierno está en este tipo de sistemas y, por lo tanto, está alcanzada por el Acta. Respecto de la que estuviera fuera de ese ámbito, se puede intentar acceder invocando la FOIA.

La definición de "sistema de archivos" hace que el alcance del Acta dependa del

método de recuperación de un archivo más que de su contenido sustantivo.

b) FOIA: permite acceder a toda la información que tiene una agencia federal, sin que a estos efectos importe la forma en que se conserve. Un pedido puede tener por objeto un documento impreso o tipeado, una grabación sonora, un mapa, una fotografía, un disco de computadora, etc.

Obligaciones de las agencias:

a) Acta: impone a las agencias federales que llevan sistemas de archivos las siguientes obligaciones [5 USC Sec. 552a(e)]: 1) conservar sólo los datos personales que sean relevantes y necesarios para cumplir con sus funciones; 2) cuando los datos puedan dar lugar a una decisión perjudicial para el interesado, deben esforzarse por obtenerlos de éste, debiendo informarle previamente la forma habitual de recolección de la información, la norma legal que la autoriza a recolectarla, el carácter voluntario u obligatorio de la respuesta, el principal objetivo perseguido por la recolección, el uso habitual de ese tipo de información y los efectos de una negativa a brindarla; 3) publicar en el Registro Federal notas descriptivas de todos sus sistemas de archivos, incluyendo sus políticas, prácticas y sistemas vinculados a la conservación de los sistemas de archivos de datos personales (con ello la ley impide la existencia de sistemas secretos de archivos); 4) conservar todos los archivos que usan para tomar las decisiones que afectan a una persona, en forma suficientemente precisa, actualizada y completa para asegurar la justicia de la decisión; 5) antes de transmitir un archivo personal a un tercero que no sea una agencia, deben hacer esfuerzos razonables para asegurarse que dicho archivo es preciso, relevante, actualizado y completo; 6) no conservar información sobre la forma en que las personas ejercen los derechos que les garantiza la Enmienda I, a menos que cuenten con autorización legal o del interesado, o si dicha conservación está vinculada a una actividad de los organismos encargados de la aplicación de las leyes; 7) hacer esfuerzos razonables para notificar al interesado cuando sus datos personales se transmitan a un tercero en virtud de una decisión judicial definitiva; 8) establecer reglas de conducta para las personas que intervienen en la creación, desarrollo, funcionamiento o mantenimiento de cualquier sistema de archivos; 9) establecer las garantías administrativas, técnicas y físicas adecuadas para asegurar la seguridad y confidencialidad de los archivos; 10) formular reglas para implementar las disposiciones de esta ley [ídem, Sec. 552a(f)].

La *Computer Matching and Privacy Protection Act* (CMPPA) de 1988 reformó el Acta [ídem, Sec. 552a(a)(8)], agregándole nuevas disposiciones relativas al uso de programas de confronte informático (*computer matching*), mediante los cuales se comparan los datos personales que tienen distintos organismos para determinar si una determinada persona está legitimada para gozar de los beneficios de un programa federal. Si se comparan los archivos de una agencia federal con los de las agencias estatales o

locales, el programa de confronte estadual o local debe satisfacer las exigencias de la CMPPA. En general, estos programas se aplican en virtud de un acuerdo de confronte (*matching agreement*) [ídem, Sec. 552a(o)] suscrito entre las agencias que proveen los datos y las que los reciben, en el que se describe el objeto y el proceso de comparación y se establecen garantías para los archivos que se comparan. Toda agencia federal que suscribe este tipo de acuerdos debe nombrar un *Data Integrity Board* [5 USC Sec. 552a(u)] para que supervise la licitud del proceso. Antes de adoptar cualquier medida que perjudique al interesado, la agencia debe notificarle las conclusiones del confronte y darle oportunidad de impugnarlas. Esta exigencia rige cuando la comparación la hace el gobierno federal, estadual o local.

b) FOIA: exige que las agencias federales publiquen en el Registro Federal -y que permitan el acceso a través de una computadora según lo dispuesto por la *Government Printing Office Electronic Information Enhancement Act* de 1993- la siguiente información: descripción de su organización, su domicilio, su forma de funcionamiento y los principios generales de su política [ídem, Sec. 552a(a)(1)].

Además, deben permitir que se inspeccionen y copien: las opiniones definitivas dadas en la adjudicación de casos; los principios de su política y la forma en que los han interpretado, siempre que no los hayan publicado en el Registro Federal; los manuales del personal administrativo; y un índice general y copias de los registros liberados para responder a los pedidos fundados en la FOIA, que según la agencia han sido o van a ser materia de otros pedidos. La reforma a la FOIA exige que pueda accederse a este material mediante telecomunicación de computadoras y en forma impresa [ídem, Sec. 552a(a)(2)].

La FOIA permite el acceso a archivos, no a información. Por lo tanto, para responder a una solicitud fundada en esta ley, una agencia sólo está obligada a buscar un archivo o documento existente, pero no a crear uno nuevo, a recolectar información que no tiene, ni a investigar o analizar datos para el solicitante.

Derecho de acceso:

A este respecto, ambas leyes se superponen en parte pero no se contradicen. La práctica usual es que las personas que buscan acceder a sus datos personales que están en archivos públicos federales, invoquen el Acta y la FOIA para obtener la mayor información posible: el acceso que no es viable en términos de la primera puede ser posible invocando la segunda. Sin embargo, los pedidos de datos personales de terceros deben fundarse en esta última.

El Congreso tuvo la intención de que las dos leyes se consideraran en forma conjunta al procesarse los pedidos de información, y la mayor parte de las agencias del gobierno automáticamente responden estas solicitudes de forma de dar la mayor cantidad posible de información.

a) Acta: da derecho de acceso al interesado, a su representante legal si es incapaz

[ídem, Sec. 552a(h)], o a un tercero si cuenta con el consentimiento del interesado [ídem, Sec. 552a(b)] o si demuestra la existencia de circunstancias apremiantes que afectan la salud o la seguridad de éste y siempre que, posteriormente, se notifique la transmisión de esta información al último domicilio conocido del interesado [ídem, Sec. 552a(b)(8)]. Por otra parte, si una persona visita una agencia en compañía de un tercero e invoca el Acta para acceder a sus datos personales, la agencia puede exigirle una declaración escrita de que autoriza a aquél a conocerlos [ídem, Sec. 552a(d)(1)].

El principio de que una agencia sólo puede transmitir información personal a otra persona o agencia con el consentimiento del interesado, tiene 12 excepciones aplicables a los supuestos en que la transmisión se hace: 1) a los funcionarios o empleados de la agencia que llevan el archivo y que necesitan la información para cumplir sus funciones; 2) por aplicación de la FOIA, pero siempre se la haya invocado y que esta norma no otorgue discrecionalidad a la agencia para negar el acceso; 3) para un uso de rutina; 4) al Comité del Censo para que planee o realice un censo o una actividad vinculada a las leyes de censo (13 USC Sec. 1 y sges.); 5) a un destinatario que previamente ha garantizado por escrito que va a usar el archivo exclusivamente para hacer una investigación o estadística y siempre que el archivo no permita la identificación del interesado; 6) al Archivo Nacional de los Estados Unidos cuando el archivo tenga suficiente valor histórico o de otra clase como para que el Gobierno lo preserve, o cuando se transmite al Administrador de Servicios Generales para que evalúe si tiene dicho valor; 7) a las agencias encargadas de la aplicación de las leyes; 8) a una persona que acredite la existencia de circunstancias apremiantes que afectan la salud o seguridad del interesado y siempre que la transmisión se notifique al último domicilio conocido de éste; 9) a cualquiera de las Cámaras del Congreso o a algunas de sus comisiones; 10) al Auditor General cuando esté cumpliendo con las funciones que le competen; 11) por orden de un tribunal competente; 12) a una agencia de cobros, de acuerdo a los procesos legalmente establecidos para el cobro de créditos que se adeudan al gobierno federal [5 USC Sec. 552a(b)].

Todas las agencias han dictado reglamentaciones que describen en forma detallada la forma de hacer estas solicitudes.

El Acta no establece el plazo que tiene una agencia para responder a un pedido de acceso.

b) FOIA: requiere la identificación de los datos buscados en forma suficientemente detallada como para permitir su localización, y de la agencia que los posee.

Las agencias exigen que este tipo de solicitudes se hagan por escrito, en forma breve y simple. Todas han dictado reglamentaciones que describen en detalle el proceso para acceder a sus documentos.

A partir de la reforma que entró a regir en octubre de 1997, las agencias deben contestar si van o no a dar la información que se les solicita en un plazo de 10 a 20 días, salvo casos excepcionales. Las negativas a dar información tienen que estar fundadas y son recurribles ante el titular de la agencia.

La reforma que se introdujo a esta norma en 1986, deja un espacio limitado a las agencias para responder una solicitud sin confirmar la existencia de los archivos solicitados, aun cuando dichos archivos estén alcanzados por una exención de acceso [ídem, Sec. 552(c)]. Sin embargo, como en algunas circunstancias el reconocimiento de la existencia de un archivo puede tener efectos similares a su difusión, la reforma estableció 3 tipos de exclusiones que permiten que una agencia trate a ciertos archivos alcanzados por una exención de acceso como si no estuvieran regulados por la FOIA y responda al interesado que no existen archivos a los que pueda accederse para responder a la solicitud. Estas exclusiones no amplían el poder de la agencia para impedir el acceso del público a los documentos ya que sólo se aplican a la información que ya está exenta de difusión. Las exclusiones se aplican:

1) a los archivos que están alcanzados por una exención de acceso porque su difusión podría interferir en una investigación penal, cuando existe razón para creer que la persona investigada no conoce la existencia de la investigación y razonablemente pueda esperarse que la difusión de la existencia de los archivos -no de su contenido- va a interferir en ese proceso;

2) a los archivos de informantes que llevan las agencias encargadas de la aplicación de las leyes a los que se puede acceder por el nombre o número de identificación personal del informante. La agencia sólo está obligada a confirmar la existencia de estos archivos si el estatus del informante ha sido difundido oficialmente. Esta exclusión ayuda a proteger la identidad de los informantes confidenciales;

3) a los archivos del *Federal Bureau of Investigations* (FBI) vinculados a cuestiones de inteligencia o contrainteligencia extranjera o terrorismo internacional. Cuando la existencia de este tipo de archivos es secreta, el FBI puede tratarlos como si no estuvieran alcanzados por la FOIA.

Quienes consideren inadecuadamente aplicadas estas exenciones, pueden pedir la revisión judicial de la decisión.

Arancel:

a) Acta: las agencias sólo pueden cobrar un arancel por el copiado de los archivos [ídem, Sec. 552a(f)].

b) FOIA: las agencias pueden cobrar un arancel que cubra algunos o todos los costos que genera la evacuación de un pedido de información.

De acuerdo a la reforma que se introdujo a esta ley en 1986, existen 3 tipos de aranceles, que cubren el costo de copiado, búsqueda o revisión de los documentos,

respectivamente (ídem, Sec. 552a(4)(A)(iv)]. Este último tipo de arancel sólo se cobra a quienes persiguen fines comerciales y cubre el costo de analizar el material que se solicita para ver si es totalmente accesible.

La ley también establece 3 categorías de solicitantes para los que prevé diferentes aranceles [ídem, Sec. 552a(4)(A)(ii)]: 1) los representantes de los medios, de las instituciones educativas o científicas no comerciales que tienen intereses de investigación científica, sólo pagan la duplicación de documentos. Se considera que los pedidos de información de los representantes de los medios no tienen un objetivo comercial cuando están dirigidos a la recolección de noticias o a su difusión; 2) los solicitantes que buscan información con fines comerciales pueden tener que pagar el copiado, búsqueda y revisión de los documentos, pero no el arancel por las solicitudes simples; 3) los peticionantes no incluidos en las dos primeras categorías (personas que buscan información para uso personal, grupos de interés público, y organizaciones que no persiguen fines de lucro) sólo pagan el copiado y búsqueda de los datos, pero no pagan arancel alguno por las solicitudes simples.

No se cobra el arancel cuando su monto sea inferior al costo de cobrarlo. Por otra parte, las agencias pueden renunciar a cobrarlo, o reducir su monto, cuando la divulgación de la información sea de interés público, porque puede contribuir en forma significativa a comprender el funcionamiento o actividades del Gobierno.

Fundamentos para negar el acceso:

a) Acta: el derecho de acceso que ésta otorga está limitado por ciertas exenciones destinadas a proteger intereses estatales importantes y que difieren de las de la FOIA, la cual sólo permite negar el acceso a un archivo que contiene información que ya está exenta cuando se recibe la solicitud; por lo tanto, la decisión de aplicar una exención sólo se toma después de que se formula el pedido. En cambio, las exenciones del Acta no se aplican a un archivo sino a un sistema de archivos y, en consecuencia, para poder aplicar una de ellas, la agencia previamente debe haber dictado una regulación que autorice que en ese sistema de archivos existan archivos exentos.

El Acta contiene exenciones generales y específicas, y un régimen para los archivos médicos y otro para los archivos de litigios.

Las exenciones generales previstas en la ley autorizan al titular de la agencia a dictar reglas para eximir a cualquiera de sus sistemas de archivos de alguna o algunas de las disposiciones del Acta -menos de las previstas en las Secs. 552a(b), 552a(b), 552a(c)(1)-(2), 552a(e)(4)(A)-(F), 552a(e)(6), (7), (9)-(11) y 552a(i)-, si el sistema de archivos pertenece a la CIA o a una agencia cuya principal función es la aplicación de las leyes penales [ídem, Sec. 552a(j)].

El Acta prohíbe expresamente demandar a una agencia federal por transmitir información personal errónea a un tercero, cuando dicho organismo ha dictado una

regulación apropiada que incluye a un sistema de archivos dentro de la exención general de los archivos usados para la aplicación de la ley penal.

Estas exenciones generales otorgan a la agencia inmunidad frente a las demandas civiles fundadas en las cláusulas del Acta sobre remedios civiles [ídem, Sec. 552a(g)], ya que éstas no regulan los sistemas de archivos sino que contienen una atribución de competencia y una renuncia a la inmunidad soberana en los procesos en que se alegan ciertas violaciones al Acta. Por lo tanto, el poder que tienen las agencias federales para establecer una exención general para ciertos tipos de archivos suyos (ídem, Sec. 378 y sgtes), no les permite liberarse a sí mismas de la responsabilidad por difundir ciertos archivos, dado que una interpretación semejante las autorizaría a eludir totalmente las estrictas limitaciones a la difusión de información personal que el Congreso intentó establecer en las cláusulas de responsabilidad civil que contiene el Acta.

Para que una agencia pueda establecer una exención general, debe dictar reglas que se compadezcan con las exigencias relativas a la elaboración de normas que contiene la Ley de Procedimientos Administrativos [5 USC, Sec. 552a(j)], e incluir en la exposición de motivos la razón por la cual el sistema de archivos debe estar exento de una cláusula del Acta (ídem).

El derecho de una persona a acceder a sus datos personales también está limitado por las exenciones específicas previstas en la ley [ídem, Sec. 552a(k)], que autorizan al titular de la agencia a dictar reglas para eximir a cualquiera de sus sistemas de archivos (ídem, Sec. 552a(d)) del acceso y de otras exigencias del Acta, menos las previstas en las Secs. 552a(c)(3), 552a(e)(1), 552a(e)(4)(G)-(I) y 552a(f), si el sistema de archivos cae dentro de alguna de estas 7 categorías: 1) sistemas de archivos que contienen información apropiadamente clasificada en interés de la defensa nacional o de la política exterior, a la que la FOIA tampoco permite acceder; 2) sistemas de archivos que contienen material recopilado para ejecutar las leyes y que no está amparado por la exención de la aplicación general de las leyes. Esta exención específica se limita a los supuestos en que -a results del mantenimiento de los archivos- se niega a una persona un derecho, privilegio o beneficio que de otro modo estaría legitimada a gozar. En ese caso, se debe permitir el acceso salvo cuando esto revelase la identidad de la fuente confidencial que brindó la información al Gobierno bajo promesa expresa de que su identidad sería mantenida en reserva; 3) sistemas de registro mantenidos para proteger al Presidente de los Estados Unidos o a otras personas que reciben protección del Servicio Secreto; 4) sistemas de archivos que sólo pueden llevarse y usarse legalmente con fines estadísticos; 5) material de investigación recopilado exclusivamente para determinar la conveniencia, idoneidad o calificaciones, para un empleo público federal, servicio militar, contratos federales, o acceso a información clasificada. Sin embargo, esta excepción sólo se aplica en la medida en que el acceso a la información revelara la

identidad de una fuente confidencial que brindó la información bajo promesa de confidencialidad; 6) sistemas de archivos que contienen material de prueba o examen usado exclusivamente para determinar las calificaciones individuales para un nombramiento o promoción en el Servicio Federal, pero sólo cuando el acceso comprometiera la objetividad o imparcialidad del proceso de prueba o examen. En los hechos, esta exención permite retener las preguntas realizadas en los exámenes preocupacionales; 7) material de evaluación usado para determinar la potencial promoción en las fuerzas armadas, en la medida en que el acceso a la información revelara la identidad de una fuente confidencial que brindó la información bajo promesa de confidencialidad.

Los archivos médicos que llevan las agencias federales -por ejemplo, los de los hospitales de la Administración de Veteranos- no están formalmente exentos de las disposiciones de acceso del Acta. Sin embargo, ésta prevé para dichos archivos un procedimiento especial que, al menos en parte, funciona como una exención. Las agencias pueden negar a las personas el acceso directo a estos archivos, incluso los archivos psicológicos, cuando lo consideren necesario. Normalmente revisan los solicitados por las personas y, si consideran imprudente dar un acceso directo, pueden optar por dar la información a un médico elegido por el interesado o a otra persona elegida por éste.

Las cláusulas de acceso del Acta incluyen una limitación general al acceso a los archivos de litigios, ya que no obliga a las agencias a permitir el acceso a información recopilada con vistas a una futura acción o proceso civil [ídem, Sec. 552a(d)(5)]. Esta restricción actúa como una exención, a pesar de que no es indispensable que la agencia previamente haya dictado una regulación que aplique la exención a un sistema de archivos.

El Acta dispone, también, que las agencias no pueden fundarse en una exención de la FOIA para negar a una persona el acceso a material que el Acta le permite conocer [ídem, Sec. 552a(t)(1)].

En la práctica, las agencias no siempre invocan las exenciones previstas en el Acta, a menos que tengan una razón específica para hacerlo.

b) FOIA: prevé 9 categorías de archivos que están exentos de acceso [ídem, Sec. 552(b)]:

1) documentos clasificados: la información puede clasificarse para proteger la defensa nacional o la política exterior. Las reglas para clasificar como secretos a ciertos documentos y para quitarlos de esa categoría se establecen mediante una orden ejecutiva del Presidente.

Cuando se invoca esta ley para acceder a documentos clasificados, la agencia debe determinar si el documento aún requiere protección. Si sigue necesiéndola, rechaza el

pedido de acceso y, en caso contrario, hace el proceso previsto para sacar al documento de la categoría de los que son secretos y autoriza el acceso [ídem, Sec. 552(c)(1)];

2) reglas y prácticas internas del personal de la agencia;

3) información exenta de acceso en términos de otras leyes: para que un archivo quede alcanzado por esta exención, la ley que prohíbe el acceso no debe dejar ninguna discrecionalidad a la agencia, ni debe establecer los criterios para resolver el caso. Ejemplos de este tipo de normas son la disposición del Código Impositivo que prohíbe divulgar las declaraciones de impuestos e información sobre éstas [26 USC Sec. 6103 (1988)], y la norma que establece que son confidenciales los datos del censo que permitan la identificación de las personas [13 USC Sec. 9 (1988)];

4) información comercial confidencial: esta exención ampara los secretos industriales (*trade secrets*) y la información comercial confidencial.

El segundo tipo de datos protegidos es la información comercial o financiera obtenida del interesado, privilegiada o confidencial, y que si es difundida por el Gobierno probablemente perjudique la posición competitiva del interesado. Puede caer dentro de esta categoría la información detallada de los planes de comercialización, o las ganancias o costos de una empresa. También puede negarse acceso a información que probablemente disminuya la posibilidad del Gobierno de obtener otra similar en el futuro.

En esta categoría sólo se incluye la información comercial confidencial que no se obtuvo de otra agencia.

Si bien la FOIA no lo requiere formalmente, muchas agencias notifican, a quien ha presentado información comercial, que se está considerando la difusión de la misma [v. *Predisclosure Notification Procedure for Confidential Commercial Information*, *Executive Order* 12600, 3 CFR 235 (1988)], para darle al interesado la posibilidad de demostrarle que los datos están amparados por una exención, o de promover una acción judicial (*reverse FOIA law suits*) tendiente a impedir su transmisión con base en la FOIA. Estas acciones inversas se pueden promover cuando hay desacuerdo entre el interesado y el Gobierno en cuanto al carácter accesible o no de la información;

5) comunicaciones internas del Gobierno: esta exención tiende a salvaguardar el proceso deliberativo de adopción de políticas entre los funcionarios de las agencias, al impedir el acceso público a los documentos en que se hace ese debate. La excepción también impide la difusión prematura de una política aún no adoptada.

Esta es la exención mas difícil de aplicar de la FOIA porque, por ejemplo, protege el proceso de elaboración de políticas pero no la información puramente fáctica relativa a dicho proceso, a menos que sea inescindible de la protegida.

El proceso de adopción de políticas sólo es inaccesible durante el período en que se toman las decisiones. Por lo tanto, los archivos posteriores a la toma de la decisión no

están amparados. Una vez que la política se adopta, el público tiene un mayor interés en saber la base de la decisión;

6) privacidad personal: esta exención alcanza a los archivos personales, médicos y similares, cuya difusión constituiría una clara invasión ilícita a la privacidad. A estos efectos, sólo las personas de existencia visible tienen derecho a la intimidad.

La norma obliga a las agencias a hacer un balance entre el derecho a la privacidad del interesado y el interés del público en saber. Sin embargo, el único fundamento para retener información es una invasión claramente ilícita a la privacidad, por lo que la norma perceptiblemente se inclina a favor de la difusión. No obstante, dificulta la obtención de información sobre una persona sin su consentimiento;

7) ejecución de las leyes: las agencias pueden retener los archivos de las agencias encargadas de la aplicación de las leyes para proteger este proceso de interferencias;

8) información que está contenida o relacionada con el examen, funcionamiento o con los informes de condiciones preparados por o para una agencia supervisora de un banco, como la *Federal Deposit Insurance Corporation*, la Reserva Federal o similares;

9) información geológica: ampara la información geológica y geofísica. Las agencias raramente invocan esta exención.

Cuando un archivo contiene información alcanzada por una de estas exenciones, la agencia no siempre rechaza el pedido de acceso a todo el documento sino que, cuando es posible, retiene las partes pertinentes, dejando constancia de ello en la copia que da al solicitante.

Derecho de rectificación:

a) Acta: el interesado puede solicitar la corrección de sus datos personales que no sean precisos, relevantes, actualizados o completos [ídem, Sec. 552a(d)(2)]. Esto impide que la agencia difunda información incorrecta o la use injustamente contra la persona.

Este derecho sólo puede ejercerse en relación a los archivos alcanzados por el Acta. Los archivos a los que se accedió en términos de la FOIA no pueden rectificarse invocando el Acta, a menos que también estén alcanzados por ésta. Los datos sobre sucesos no vinculados al interesado o sobre terceros, no pueden rectificarse a menos que se encuentren en un archivo accesible por el Acta, mantenido bajo el nombre del interesado.

El pedido de rectificación se debe hacer por escrito. Cada agencia dicta regulaciones que establecen detalladamente el procedimiento a seguir.

La agencia que recibe un pedido de rectificación tiene que acusar recibo dentro de los 10 días hábiles y resolverlo cuanto antes. Si decide hacer la modificación solicitada, debe notificárselo a toda persona o agencia a quien previamente se le haya transmitido esa información. Si se niega, debe notificárselo al interesado, junto con el fundamento, el procedimiento para recurrir esta decisión, y el nombre y domicilio del funcionario

encargado de entender en la revisión [ídem, Sec. 552a((d)(3))].

La agencia debe resolver estos recursos administrativos dentro de los 30 días hábiles.

Además, el interesado a quien se le haya negado la rectificación, tiene derecho a que se anexe al archivo correspondiente una breve declaración de su desacuerdo. La agencia puede dejar también constancia de sus fundamentos para no hacer las rectificaciones solicitadas. Si esta información se transmite, debe incluir estos anexos.

El Acta prevé un remedio civil para el supuesto en que una agencia niegue el acceso a un archivo o se niegue a rectificarlo. Una persona puede demandar a una agencia si ésta no cumple con su obligación de llevar sus archivos en forma suficientemente precisa, relevante, actualizada y completa, como para asegurar la imparcialidad de cualquiera de sus decisiones y toma una decisión adversa al interesado. También puede demandarla por cualquier otro incumplimiento del Acta que lo perjudique [ídem, Sec. 552a(g)].

Recursos administrativos y judiciales:

a) Acta: a diferencia de la FOIA, no prevé un recurso administrativo contra la decisión que niega el acceso. Sin embargo, muchas agencias lo han establecido.

En cambio, sí prevé un recurso administrativo y uno judicial contra las negativas a hacer rectificaciones [ídem, Sec. 552a((d)(3))].

b) FOIA: el solicitante perjudicado por la forma en que una agencia resolvió su pedido de acceso fundado en esta norma, o por la tasa que le pretende cobrar, puede presentar un recurso administrativo ante el titular de la dependencia que debe resolverse dentro de los 20 días hábiles. El silencio de la administración se interpreta como una negativa a dar el acceso solicitado y puede ser apelado ante un tribunal federal. Pesa sobre el gobierno la carga de justificar la negativa a dar acceso [ídem, Sec. 552(a)(6)(C)].

3.2.7.4. Protección de datos en otros tipos de archivos: todos los Estados y algunas localidades han aprobado leyes similares al Acta que permiten a las personas solicitar acceso a sus archivos.

Estados Unidos fue uno de los primeros países en dictar normas que protegen los datos personales que están en bases gubernamentales federales o estatales, pero como por una combinación de factores históricos, culturales y políticos se presumió que el gobierno constituía una mayor amenaza para la privacidad que el sector privado, este último sigue estando virtualmente sin reglamentar, y es donde la protección resulta incompleta e inconsistente y no constituye más que sumatoria de leyes dispersas, fundamentalmente vinculadas a los sectores financiero y de crédito al consumo. Estados Unidos alentó la adopción voluntaria de la pautas de la OCDE -v. **investigaciones 1** (1998), p. 125-, y esto dio lugar a que las empresas y las asociaciones comerciales gradualmente adoptaran "códigos de práctica".

Entre las leyes federales que pueden autorizar el acceso a los documentos que tienen las organizaciones a las que no alcanza la FOIA, se encuentran las relativas a los archivos financieros (*Right to Financial Privacy Act*, Public Law 95-630), a los informes crediticios (*Fair Credit Reporting Act*, Public Law 91-508, reformada por la Public Law 104-208, del 30-9-96), al alquiler de videos (*Video Privacy Protection Act de 1988*, 100-618, 1988), a la televisión por cable (*Cable Privacy Protection Act de 1984*, 98-549), a los archivos relativos a la educación (*Federal Family Educational Rights and Privacy Act de 1982*) y a los registros de conducir (*Drivers Privacy Protection Act*, Public Law 103-322, 1994). Por otro lado, algunos estados, como Michigan, han aprobado leyes que autorizan el acceso a los archivos personales que llevan los empleadores.

La vigilancia de las comunicaciones telefónicas o electrónicas durante las investigaciones penales está regulada por la *Omnibus Safe Streets and Crime Control Act* de 1967 y por la *Electronic Communications Privacy Act* de 1984. La vigilancia fundada en la seguridad nacional se rige por la *Foreign Intelligence Surveillance Act* de 1978. Estas leyes fueron reformadas en 1994 para obligar a las empresas telefónicas a sustituir su equipamiento para facilitar la vigilancia. En 1997 se dictaron 1186 órdenes de interceptación fundadas en el derecho penal y 749 basadas en razones de seguridad nacional.

En estos últimos años ha sido muy discutido, en los Estados Unidos, la conveniencia de dictar leyes protectoras de la privacidad y, actualmente, existen numerosos proyectos sometidos a la consideración del Congreso.

3.2.7.5. La entrada en vigencia de la Directiva 95/46/CE plantea dudas sobre la forma en que los datos personales conservados en las bases de los países miembros de la Comunidad Europea van a poder ser transmitidos a los Estados Unidos, país que no satisface el estándar de brindar "un nivel equivalente de protección" en este área. La solución al problema va a tener implicancias a todos los niveles.

(Continuará)

Mercedes de Urioste

TEXTOS ESCOGIDOS

DERECHO DEL TRABAJO. DERECHO A LA IGUALDAD. MUJERES. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. SALARIOS. CONVENIO OIT N° 100 (CARTA SOCIAL EUROPEA-CONSEJO DE EUROPA-OIT).

La Carta Social Europea, que entró en vigor en 1965, consagra diecinueve derechos fundamentales a los cuales se agregan otros cuatro derivados del Protocolo adicional de 1988, en vigor desde 1992. Se trata de normas concernientes a los principales derechos humanos en el mundo del trabajo, así como en materia de protección social y de protección específica de categorías particulares como, por ejemplo, las trabajadoras.

El respeto de los compromisos contenidos en la Carta está sometido a un control internacional sobre la base de informes que los Estados Partes deben presentar a intervalos regulares. Dichos informes, que son públicos, son analizados, en primer término, por una Comité de Expertos Independientes, compuesto de 9 expertos elegidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa por un período de seis años, y un observador de la Organización Internacional del Trabajo. El Comité aprecia desde un punto de vista jurídico la conformidad de las legislaciones, reglamentos y prácticas nacionales, con las obligaciones que derivan de la Carta. Su apreciación toma forma de "conclusiones", que pueden ser "positivas" o "negativas" según se dé o no dicha conformidad, o "difiere" sus conclusiones si no dispone de todas las informaciones necesarias. Las decisiones adoptadas son reunidas en un volumen que se publica bajo el título de *Conclusiones* (también forman parte del sistema de control, el Comité gubernamental y el Comité de Ministros).

Igualdad entre las mujeres y los hombres en materia de empleo.

El término trabajador utilizado en la Carta se aplica tanto a los trabajadores como a las trabajadoras, salvo en el caso en el que el contexto imponga una interpretación diferente (*Conclusiones* IV, p. 127).

Esta consideración se corresponde con el Preámbulo de la Carta, en cuanto indica que el goce de los derechos sociales debe ser asegurado sin discriminaciones fundadas en la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social.

A. Eliminación de la discriminación en el empleo.

La disposición que establece "el derecho para el trabajador a ganarse su vida por un trabajo libremente elegido" cubre dos cuestiones fundamentales: la prohibición del trabajo forzado y la eliminación de toda forma de discriminación en el empleo (*Conclusiones I*, p. 15).

a) Discriminación en razón del sexo.

La obligación para una mujer funcionaria que contrajera matrimonio de renunciar al empleo, así como la prohibición según la cual las mujeres casadas no pueden ingresar a la función pública, son discriminatorias (*Conclusiones I*, p. 166).

Todos los Estados partes deben eliminar, progresivamente, esta discriminación de su legislación (*Conclusiones XIII-2*, p. 244/245) y esforzarse en producir un cambio de mentalidades (*Conclusiones IX-1*, p. 12).

Empero, tampoco satisface el art. 1.2 de la Carta, la legislación que restringe el acceso de hombres al empleo de parteras (*Conclusiones VIII*, p. 32 - Inglaterra).

No es suficiente con la existencia de disposiciones generales sobre la igualdad de sexos; tampoco deben existir discriminaciones "indirectas" (*Conclusiones VIII*, p. 30), fundadas, principalmente, en la situación matrimonial o familiar, vale decir, la regla alcanza a "toda discriminación residual" (*Conclusiones IX-1*, p. 12, entre otras) ligada a dichas situaciones, por ejemplo, en materia de seguridad social.

La obligación de proteger de manera eficaz "el derecho del trabajador a ganar su vida mediante un trabajo libremente elegido" no confiere a ningún trabajador, sea de la función pública o no, el derecho a un empleo de su elección independientemente de sus calificaciones. Sin embargo, determinadas exigencias como las fundadas en la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, etc., son inadmisibles ante la Carta. Esto significa que la Carta no puede impedir que un empleador especifique todas las calificaciones que él pueda desear, a condición de que éstas no traduzcan exigencias consideradas como inadmisibles por la Carta, habida cuenta, igualmente, del art. 31 (*Conclusiones VIII*, p. 28) (el art. 31 cit. dispone que los derechos y principios enunciados en la parte I, y el ejercicio efectivo de esos derechos y principios, tal como está previsto en la parte II, "no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones no especificadas en las partes I y II, a excepción de aquellas prescriptas por la ley y que son necesarias, en una sociedad democrática, para garantizar el respeto de los derechos y libertades de otros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres").

El ámbito del empleo en el cual la discriminación está prohibida, comprende a

todos los sectores de la actividad, sean públicos o privados (*Conclusiones XIII-1*, p. 50/51), y a todas las profesiones (*Conclusiones VII*, introducción general p. XI), comprendidas las liberales (*Conclusiones VIII*, p. 30). Esto es, a todos los empleos sin excepción: por ejemplo, no están satisfechas las exigencias del artículo 2.1 de la Carta, en cuanto al principio de no discriminación, si éste no se aplica a los empleos para necesidades de la vivienda privada ni a las empresas que emplean menos de cinco personas (*Conclusiones IX-1*, p. 25, entre otras).

Además, aun cuando durante un primer período la expresión "trabajo libremente elegido" haya podido dar a pensar que la prohibición de la discriminación sólo concernía al acceso al empleo, surge de la jurisprudencia del Comité que todas las etapas de la vida profesional están cubiertas por dicha expresión: contratación, condiciones de trabajo, promoción, despido, etc. (*Conclusiones VIII*, p. 7, entre otras).

b) Modalidades de eliminación de la discriminación.

1. Medidas de orden jurídico.

Si bien la Carta no exige que se elabore una legislación específica tendiente a luchar contra la discriminación fundada en un motivo dado, cuando la legislación y la práctica excluyen esta posibilidad, tal discriminación no sería admisible si ésta se concretara (*Conclusiones VII*, p. 9).

Uno de los principales compromisos de los gobiernos en favor de la igualdad de tratamiento entre el hombre y la mujer y de la abolición de toda forma de discriminación en la sociedad, es mantener la lucha contra la discriminación en el empleo (*Conclusiones IX-1*, p. 12).

Cuando existe legislación en materia de igualdad entre los sexos, el Comité exige un determinado número de garantías a fin de asegurar su eficacia: toda cláusula contraria a la igualdad debe ser nula (*Conclusiones VIII*, p. 30), especialmente las cláusulas discriminatorias de las convenciones colectivas y de los contratos individuales (ídem, p. 32, entre otras). Asimismo, el Comité se interesa en las sanciones previstas para el caso de inobservancia de la igualdad entre hombres y mujeres en el desempleo (*Conclusiones XII-2*, p. 45, entre otras) y en las reparaciones e indemnizaciones acordadas a las víctimas de discriminación (*Conclusiones XIII-1*, p. 46). Otros dos elementos a los que el Comité presta importancia son el relativo a la carga de la prueba (*Conclusiones XIII-1*, p. 52) y a las garantías contra las medidas de represalia (ídem, p. 60).

En cuanto al trabajo de tiempo parcial, el Comité señaló: habiendo advertido que la promoción del empleo a tiempo parcial figura entre las medidas tendientes a estimular a las mujeres en el ejercicio de una actividad profesional, el Comité desea estar informado de las disposiciones tomadas o encaradas a fin de asegurar que dicha modalidad de trabajo corresponda a una libre elección del empleo por los interesados, mujeres y hombres, y que los asalariados a tiempo parcial se beneficien de las mismas medidas de protección que los de jornada completa. También desea que los informes de los Estados den indicaciones estadísticas sobre la incidencia del trabajo a tiempo parcial sobre los hombres y sobre las mujeres (ídem, p. 47). Por otro lado, el Comité advirtió que las mujeres eran, habitualmente, más empleadas mediante contratos a tiempo parcial que los hombres (ídem, p. 53 - Irlanda).

2. Medidas de orden práctico.

Las disposiciones del art. 1.2 de la Carta, obligan a los Estados contratantes que las aceptaron, a cumplir, entre otros, un esfuerzo de educación y de formación con vistas a asegurar el pleno ejercicio del derecho a la no discriminación (*Conclusiones I*, p. 15). Los derechos garantizados por la Carta, especialmente en materia de no discriminación hacia las mujeres, exigen de los Estados, no sólo que levanten todos los obstáculos jurídicos que impiden el acceso a determinados empleos, sino también que una acción positiva y concreta sea emprendida con el fin de crear en los hechos, una situación susceptible de asegurar una igualdad completa de tratamiento (ídem).

B) El derecho a la igualdad de remuneración.

El artículo 4.3 de la Carta compromete a los Estados a reconocer el derecho de los trabajadores masculinos y femeninos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor.

El Comité subrayó la gran importancia del derecho protegido por dicha disposición que deriva directamente de uno de los principios fundamentales de la Carta, a saber, el goce de los derechos sociales sin discriminación fundada en el sexo, principio inspirado, a su vez, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y presentes en las disposiciones de numerosos Estados democráticos (Primer informe sobre determinadas disposiciones no aceptadas, p. 9). Se trata de un principio de particular importancia social pues atañe a una categoría de la población, las mujeres, todavía relativamente vulnerable (ídem, p. 3).

a) Alcance del artículo 4.3.

1. Componentes de la igualdad de remuneración.

El Comité enunció tres proposiciones al respecto: la igualdad de remuneración debe existir en el derecho y en los hechos; se aplica a un mismo trabajo y a un trabajo de igual valor; y debe aplicarse a todos.

- La igualdad de remuneración debe existir de derecho y de hecho:

El artículo 4.3. de la Carta obliga a los Estados contratantes que lo han aceptado a reconocer no sólo desde el punto de vista del derecho, sino también en los hechos el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor (*Conclusiones I*, p. 29); en consecuencia, el Comité tiene la constante inquietud de buscar la realidad detrás de las apariencias. Las legislaciones más satisfactorias a primera vista son, a veces, poco o mal aplicadas (*Conclusiones III*, introducción general, p. XVI).

- La igualdad de remuneración se aplica en un doble sentido:

Vale decir, tanto en lo que concierne a un mismo trabajo, cuanto en lo que atañe a un trabajo de igual valor (*Conclusiones III*, p. 29). Asimismo, cabe advertir que, si bien la igualdad de remuneración es habitualmente efectiva para un mismo trabajo en la mayor parte de los Estados contratantes, cuando está en juego la noción del valor del trabajo la situación es mucho menos satisfactoria (*Conclusiones V*, introducción general, p. XVIII).

- La igualdad de remuneración debe aplicarse a todos:

Se trata de un derecho que alcanza a todos los trabajadores sin excepción (*Conclusiones XIII-1*, p. 239), sea en el sector público como en el privado, incluso la función pública (*Conclusiones XIII-2*, p. 273, entre otras). Comprende, asimismo, tanto a los trabajadores de tiempo parcial como a los de jornada completa (*Conclusiones XII-2*, p. 92, entre otras), a los que resultan parientes del empleador (*ídem*), y cualquiera fuese el porte de la empresa, incluso si ésta contara con menos de cinco empleados (*ídem*, p. 88).

2. Comparación del artículo 4.3 de la Carta con la Convención n° 100 de la O.I.T.

La Carta va más lejos que la Convención n° 100, lo que surge claramente de la comparación de los dos instrumentos internacionales: la Carta Social entraña expresamente el compromiso de "reconocer" un derecho, mientras que la Convención sólo compromete a "promover" la aplicación del principio de igual salario por un trabajo de igual valor (*Conclusiones II*, p. 18). Por otro lado, la Convención prevé un compromiso en la medida que sea compatible con los métodos seguidos para la

determinación de los importes de la remuneración, mientras que en la Carta se trata de asegurar que el ejercicio de ese derecho sea de carácter absoluto.

b) Ejecución del artículo 4.3 de la Carta.

1. Medios de realización efectiva.

El Comité ha señalado cuatro medios de importancia variable: la intervención del Estado, la evaluación objetiva de los empleos, el relevamiento de los bajos salarios en los sectores de mano de obra predominantemente femenina y la influencia sobre las mentalidades.

- Intervención del Estado:

El art. 4.3 impone a las partes contratantes la obligación de dar una aplicación práctica al principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, por uno u otro de los tres medios siguientes: Convenciones colectivas, legislación u otros medios apropiados a las condiciones nacionales. Esto implica que, si por ejemplo el primero de estos métodos se aplica sin dar resultados satisfactorios en el sentido de la Carta, a causa de la actitud de los actores sociales, el Estado está obligado, igualmente, a intervenir por la vía legislativa o por otros medios a fin de realizar el objetivo fijado por la norma (*Conclusiones V*, p. 32).

Por otro lado, si bien en determinados Estados el ámbito salarial está normalmente sustraído al legislador, igualmente es necesaria la intervención del legislador con el fin de asegurar, al menos, las reglas generales en las que deben inspirarse los actores sociales en el marco de sus negociaciones salariales (p. ej., abolición de baremos diferenciales, nulidad de los contratos o de las cláusulas discriminatorias, etc. (Primer informe sobre determinadas disposiciones no aceptadas, p. 10).

La ejecución de la regla de igualdad salarial por trabajos de igual valor entraña comparaciones y apreciaciones múltiples, complejas y susceptibles de ser modificadas en el espacio y el tiempo (*Conclusiones II*, p. 19).

- Evaluación objetiva de los empleos:

La igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos debe aplicarse a trabajos de igual valor, lo que supone que los gobiernos de los Estados establezcan criterios de evaluación objetiva de dichos trabajos, fundados en métodos apropiados (comisiones de estudio, investigaciones, etc.) (*Conclusiones I*, p. 29).

El Comité no comparte el criterio según el cual la aceptación de la disposición en juego entrañaría la instauración de la evaluación obligatoria de los empleos en todos los

sectores de la economía. En tal sentido, sería suficiente que el derecho a la igualdad de remuneración sea protegido en el marco del sistema judicial, por ejemplo, concediendo a la mujer el derecho de demandar la evaluación de su empleo (Primer informe sobre determinadas disposiciones no aceptadas, p. 12).

Por otro lado, no resulta apropiado que la comparación de los salarios y los empleos se realice sólo en el seno de la misma empresa: habiéndose comprobado que la comparación de los salarios está fundada únicamente sobre los salarios normalmente percibidos en la empresa por un trabajador de otro sexo por un trabajo de igual valor o prácticamente igual, el Comité deseó conocer los medios de los que disponen las trabajadoras para obtener que se tome en consideración de sus reivindicaciones en materia de igualdad de salarios en los sectores de actividad con fuerte densidad de mano de obra femenina, cuando las posibilidades de comparación son insuficientes en el nivel de la empresa. El Comité estimó que procediéndose de esta manera, se aplicaba el principio de igualdad de remuneración en sentido restrictivo (*Conclusiones* XII-1, p. 107/108). Las comparaciones con el exterior de la empresa deberían ser posibles, cuando son necesarias para que una comparación pueda ser pertinente (*Conclusiones* XIII-1, p. 130).

También el Comité comprobó que ciertos criterios de determinación de los salarios, de evaluación objetiva o de clasificación de los empleos, podían resultar discriminatorios en la práctica. Así, advirtió que ciertos criterios teóricamente neutros desde el punto de vista del sexo podían ser discriminatorios en la práctica, por ejemplo, la buena voluntad manifestada para realizar horas extraordinarias o para ocupar un empleo cuyo horario de trabajo es penoso (*Conclusiones* XIII-1, p. 130); o que las diferencias de salarios entre hombres y mujeres persisten en determinadas empresas especialmente en razón de los criterios que se emplean para evaluar el trabajo efectuado (*Conclusiones* XIII-2, p. 271); o, también, que ninguna evolución había tenido lugar respecto de las convenciones colectivas que hacen referencia a categorías salariales relativas al "trabajo liviano" (*leichtlohngruppen*), no obstante los esfuerzos reclamados a los actores sociales para eliminar los factores potencialmente discriminatorios, tales como tomar en cuenta sólo el criterio del esfuerzo muscular excluyendo el que impone una presión a los trabajadores como, por ejemplo, la tensión mental o el estrés (ídem, p. 272) (las *leichtlohngruppen* son categorías de bajos salarios en las que predomina la mano de obra femenina. Estos grupos son remunerados de manera reducida con base en que el trabajo a cumplir es "ligero", es decir, hasta el presente, sin esfuerzo muscular. Sobre los criterios discriminatorios utilizados en la definición de trabajo ligero y sus posibles evoluciones, v. *Conclusiones* XII-2, p. 90).

- Los bajos salarios en los sectores de mano de obra femenina predominante:

El Comité comprobó que la evaluación objetiva de los empleos encuentra sus carencias más grandes en las ramas de la economía en las que la mano de obra femenina es preponderante sino exclusiva. Ello lo condujo, regularmente, a requerir informaciones sobre estas ramas de la economía y a solicitar, particularmente, evaluaciones objetivas de los puestos de trabajo en dichos sectores.

El Comité se declaró consciente del hecho de que la igualdad real de hombres y mujeres en materia salarial no podrá ser alcanzada sin un relevamiento de los salarios en los sectores económicos caracterizados con una fuerte participación de mano de obra femenina (Primer informe sobre determinadas disposiciones no aceptadas, p. 10). También comprobó que la mayoría de las mujeres estaba concentrada en empleos inferiores y que el número de aquéllas se reducía a medida que se elevaba la jerarquía de los empleos (*Conclusiones* XII-1, p. 91).

A ello se agrega la incidencia del empleo de tiempo parcial sobre la remuneración y, más habitualmente, la incidencia de las modalidades de trabajo llamadas "livianas" (trabajo a domicilio, a distancia, reemplazos, etc.) que comprenden mayoritariamente a las mujeres: surge que además de la repercusión sobre los salarios mismos, dichas modalidades conllevan una disminución, cuando no una supresión, de los elementos que se agregan al salario (*Conclusiones* XIII-1, p. 129).

- Influencia sobre las mentalidades:

En cuanto a los esfuerzos que deben ser seguidos a fin de una realización efectiva del principio de igualdad de remuneración, el Comité ha subrayado que se trata, además, de modificar una actitud del cuerpo social en su totalidad (*Conclusiones* VII, introducción general, p. XVI). Cabe destacar, en este sentido, todas las medidas dirigidas a hacer evolucionar la actitud de los empleadores y de la sociedad en general: además de las campañas de información destinadas a sensibilizar a la población, se trata de programas de acción positiva, de estrategias de igualdad, etc. (*Conclusiones* XII-1, p. 105, 107 y 108, entre otras).

2. Garantías de la efectividad del derecho.

La exigencia de que la legislación prevea la misma remuneración no sólo para un mismo trabajo sino también para un trabajo de igual valor se completa con tres garantías (*Conclusiones* VIII, p. 65):

- Las eventuales cláusulas de las convenciones colectivas o de los contratos individuales violatorias del principio en juego deben ser declaradas por la ley nulas e inexistentes:

El Comité comprobó que no le era siempre posible a un particular obtener que se declare nula e inexistente una disposición de una convención colectiva contraria al principio de igualdad de remuneración. Un particular puede impugnar una cláusula ante un tribunal, pero, si triunfara, la aplicación de la convención se descartaría sólo en ese caso. Luego, la situación no habría cambiado a la luz de ese antecedente, en la medida en que las cláusulas de la convención o del contrato individual no sean definitivamente declaradas nulas e inexistentes por la ley (*Conclusiones XIII-1*, p. 129 - Noruega).

- La protección de este derecho debe ser asegurada por medio de recursos adecuados:

La Comisión advirtió que, si bien en numerosos Estados existen comisiones encargadas de tutelar el principio de igualdad de remuneración entre mujeres y hombres, ello no excluye el recurso a los tribunales (*Conclusiones IX-2*, p. 11).

- Los trabajadores deben estar protegidos eficazmente contra toda medida de represalia derivada de su demanda de beneficiarse de la igualdad de remuneración, especialmente, protección contra el despido:

Es inconcebible que una persona que demande ante los tribunales, o reclame por el derecho fundamental a la igualdad salarial entre hombres y mujeres pueda, por ello, ser sancionada con la pérdida de su empleo o por el deterioro de su situación en el seno de la empresa (*Conclusiones XI-1*, p. 75).

Si es posible un despido por las razones antedichas, incluso mediante el pago de una indemnización, ello no satisface las exigencias de la Carta (art. 4.3) cuando el importe de la mencionada indemnización no es lo suficientemente disuasivo para el empleador, ni lo suficientemente reparador para la interesada (*Conclusiones XIII-2*, pp. 272 y 274, entre otras). La reinstalación de la asalariada debe ser la reparación normal, y sólo cuando ello resulta imposible puede ser aceptada una compensación económica (ídem).

El Comité señaló, respecto de una reforma legislativa que elevó de 26 a 29 el número de semanas de salario que debía pagarse en concepto de indemnización por un despido abusivo derivado de una reivindicación del derecho de igualdad de remuneración, que si bien recibía con satisfacción dicha reforma, igualmente su conclusión era negativa: el despido de una persona por el solo motivo que aquélla reivindicó el derecho a la igualdad de remuneración está siempre permitido y ello representa una negación del mencionado derecho fundamental previsto en la Carta. El único caso en que el Comité estimó que una indemnización podía ser aceptable por dicho despido, en lugar de la reinstalación es el siguiente (*Conclusiones IX*, p. 44): en el país en cuestión, y únicamente en el sector privado, cuando se considera imposible asegurar la

reinstalación, porque el empleador se rehúsa a cumplir una decisión judicial, el contrato de trabajo se considera disuelto y el trabajador tiene derecho a daños y perjuicios sin limitación.

En ese caso resulta claro que los derechos del asalariado son protegidos en la medida de lo posible, en el sentido en que los daños y perjuicios son debidos sin límites, pero únicamente cuando es imposible otra solución. Por ello no es posible decir lo mismo cuando la legislación se contenta con prever una indemnización máxima equivalente al salario de 39 semanas, sin encarar la posibilidad de la reinstalación. Esto no puede ser considerado como una protección suficiente (*Conclusiones XII-1*, pp. 102/103, entre otras).

Por otro lado, la Comisión ha considerado el caso en el que, si bien el empleador no tiene el derecho de sancionar a un trabajador que reivindica el derecho de igualdad de remuneración, no está obligado a motivar una medida de despido. En tal sentido, advirtió que el trabajador así despedido encuentra graves dificultades para probar que el despido se debió a su reivindicación hecha ante la justicia. Consideró, entonces, que dicha situación no era satisfactoria. Se asiste -agregó- a una progresiva modificación legislativa tendiente a hacer pesar sobre el empleador la carga de la prueba del motivo del despido o de otra medida que impugne el trabajador o la trabajadora (*Conclusiones XIII-1*, pp. 124 y 126, y otra).

Nota de la Secretaría: el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó, el 3 de abril de 1996, la Carta Social Europea revisada que mejora la calidad de determinados derechos previstos en el texto de 1961, al paso que agrega otros derechos -v. **investigaciones 1** (1998), p. 177-.

CONSEJO DE EUROPA, "La femme dans le monde du travail", *Cahiers de la Charte sociale*, Consejo de Europa, Estrasburgo, n° 2, 1995, pp. 7/40.

LIBERTAD DE ENSEÑAR. DERECHO A LA IGUALDAD. DERECHOS DE LOS PADRES. SUBVENCIONES. **DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. LIBERTAD DE EXPRESION. GENOCIDIO.** NEGACIONISMO. **MENORES.** CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ART. 7. **DERECHO DE PROPIEDAD. LIBERTAD COMERCIAL. LIBERTAD DE TRABAJAR. DERECHO DE DEFENSA.** PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. **ACCESO A LA JURISDICCION.** PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 3 Y 19.3. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. ARTS. 8, 10 Y 17. PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL DE LA CONVENCIÓN

EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 1 Y 2 (BÉLGICA).

La Corte de Arbitraje de Bélgica dictó, durante 1996, cincuenta sentencias relativas a casos de igualdad y no discriminación, trece a la enseñanza y dieciocho a la distribución de competencias.

1. Enseñanza

1.1. Libertad de enseñanza

La libertad de enseñanza está garantizada por el art. 24.1 de la Constitución, e "implica que las personas privadas pueden -sin autorización previa y bajo reserva del respeto a las libertades y los derechos fundamentales- organizar y hacer impartir la enseñanza según su propia concepción, tanto en lo que atañe a su forma como a su contenido" (sentencias 73/96 y 76/96). Ninguna medida preventiva es concebible en este campo (sentencia 45/96, aun cuando esta prohibición no comprende la represión de los delitos cometidos en ocasión del ejercicio de la libertad de enseñanza).

Ni la Constitución, ni el art. 2 del Primer Protocolo Adicional de la Convención Europea de Derechos Humanos, ni el art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hacen obstáculo, sin embargo, a "una reglamentación del derecho de enseñanza en función de las necesidades y posibilidades de la Comunidad y del individuo" (sentencia 76/96).

Corresponde especialmente a la Comunidad determinar las materias que formarán parte del proyecto pedagógico, social y cultural para la escuela. Al hacerlo, la Comunidad contribuye a la "organización de los estudios" (sentencia 79/96). La Comunidad puede, también, determinar los niveles de la población de los establecimientos escolares que aquélla organiza o subsidia. Y, por "razones pedagógicas", también le es dable decidir que una enseñanza calificada (*de qualité*) no sea impartida en los establecimientos que presenten una tasa baja de población escolar (sentencia 58/96).

Con todo, es necesario que dichas legislaciones no impongan obligaciones demasiado limitadoras o detallistas. Como lo indica con justeza una sentencia del 18 de diciembre de 1996, el decreto que impone a las direcciones de los establecimientos de enseñanza el respeto de objetivos de desarrollo y de objetivos finales, y que autoriza -sin más- al gobierno a determinar dichos objetivos "afecta a la libertad de enseñanza" (sentencia 76/96) y, entonces, menoscaba los derechos constitucionales protegidos.

1.2. La igualdad en la enseñanza

El artículo 24.4 de la Constitución no hace más que reafirmar, en materia de enseñanza, "los principios de igualdad y de no discriminación" (sentencia 30/96, entre otras). La jurisprudencia clásica de la Corte considera también aplicable, en esta materia, el principio de proporcionalidad (sentencia 30/96).

Un decreto de la Comunidad flamenca dispuso, para la fijación de las prestaciones destinadas al funcionamiento de las universidades, una corrección y, además, una medida de economía respecto de las formaciones académicas continuas. Para hacerlo, se fundó, de la misma manera para todas las instituciones, en la evolución de las unidades presupuestarias de la enseñanza para dichas instituciones.

El decreto no tomó en cuenta, sin embargo, los efectos de la norma que establecía. El método seguido puede parecer poco pertinente: es precisamente a causa de esta norma que las universidades pueden encontrarse en situaciones esencialmente diferentes.

El método también puede resultar discriminatorio. Si las situaciones idénticas deben ser tratadas de manera idéntica, nada justifica, de manera objetiva y razonable, habida cuenta de los objetivos del legislador, el tratamiento idéntico de todas las universidades que conduce al perjuicio de determinadas instituciones (sentencia 30/96). La ausencia de diferenciación o, lo que resulta lo mismo, la identidad de trato es, en ese contexto, contrario a los principios de los arts. 10 y 11 de la Constitución.

1.3. Derechos de los padres

La libertad de enseñanza no sólo asegura el derecho de organizar escuelas basadas en una filosofía confesional o no confesional determinada, sino que también autoriza la creación de escuelas "cuya especificidad reside en concepciones determinadas de orden pedagógico o educativo". Dicha libertad también requiere que los padres puedan "elegir" libremente entre dichas escuelas (sentencia 76/96).

1.4. Derecho a subvenciones

La libertad de enseñanza prevista en el art. 24.1 de la Constitución implica que las organizaciones que no dependen directamente de la Comunidad puedan, bajo ciertas condiciones, pretender subvenciones a cargo de aquélla.

El derecho a la subvención es, sin embargo, limitado. La Comunidad puede, por una parte, vincular el otorgamiento de subvenciones a "exigencias relativas al interés general, entre otras, las de una enseñanza calificada y el respeto de determinadas normas sobre la población escolar", y, por la otra, estar en "la necesidad de repartir los medios financieros disponibles entre sus diversos objetivos" (sentencia 73/96).

Con todo, se impone una precisión: las condiciones administrativas o financieras

que establezca la Comunidad no pueden tener como efecto un "menoscabo esencial" a la libertad constitucionalmente reconocida (ídem).

2. Derecho a la vida privada y familiar

La ley sobre el acceso al territorio, la residencia, el establecimiento y la expulsión de los extranjeros no concede a los extranjeros no nacionales de un Estado de la Unión Europea casado con una extranjera, el derecho al reagrupamiento familiar y a residir en Bélgica por más de tres meses salvo que la cohabitación fuese real y durable.

Esta norma posibilita una ingerencia en la vida privada y familiar que no sería admisible a menos que satisficiera las exigencias del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Al exigir que las parejas (*couples*) de extranjeros no nacionales de un Estado de la Unión Europea que se benefician del reagrupamiento familiar se encuentren no sólo en la situación de casados, sino, además, en la situación fáctica de esposos que cohabitan, el legislador se inmiscuye en la vida privada de los interesados de una manera que no es desproporcionada, en la medida en que esta exigencia se limite a permitir a la autoridad administrativa a comprobar, "en un plazo razonable", si la cohabitación es real y durable.

El derecho al respeto de la vida privada y familiar, tal como está garantizado por los arts. 22 de la Constitución y 8 de la Convención Europea, implica la libertad de casarse y de separarse. Sin embargo, cuando determinados derechos se subordinan a la existencia de una familia y esta condición se adecua al objetivo perseguido, la autoridad debe poder comprobar la existencia de dicha condición, por lo que el legislador no incurre en una ingerencia desproporcionada en la vida privada y familiar en la medida en que no autorice una ingerencia desproporcionada en la vida privada y familiar de los que son objeto de la aludida comprobación.

La verificación de la realidad y durabilidad de la cohabitación sólo es permisible durante el período anterior a la decisión de admisión.

Por ende, la ley en cuestión no viola los arts. 10 y 11 de la Constitución, bajo reserva de la interpretación que le es dada.

En otros terrenos, la combinación de los arts. 22 de la Constitución y 8 de la Convención garantizan el goce del derecho al respeto de la vida familiar tanto a los padres como a los hijos. Por ende, es aplicable a las relaciones entre un niño y sus padres *d'accueil*. Asimismo, incluye el derecho para toda persona interesada, de poder intervenir en un proceso judicial que pueda tener repercusiones en su vida familiar. Los padres *d'accueil* no pueden estar privados de ese derecho de intervenir sino por alguna de las razones previstas en el art. 8.2 de la Convención (sentencia 47/96).

Por otro lado, el legislador puede, válidamente, definir condiciones más

restrictivas para la vigilancia de las comunicaciones y las telecomunicaciones privadas de los abogados y de los médicos. En efecto, al legislador le es dable considerar razonablemente, vista la naturaleza de los principios en juego, que dichas restricciones son necesarias para que sean plenamente asegurados los derechos de la defensa y el derecho al respeto de la vida privada en aquello que tiene de más íntimo. Del hecho de que el art. 458 del Código Penal, que protege el secreto profesional, sea aplicable a otras personas además de los médicos y los abogados, no se sigue que los arts. 10 y 11 de la Constitución exijan que esas otras personas se beneficien de las garantías particulares necesarias para salvaguardar los valores que están en juego cuando intervienen los médicos y los abogados (sentencia 26/96).

3. La libertad de expresión

La Corte debió pronunciarse sobre la ley del 23 de marzo de 1995 que reprimía la negación, la minimización, la justificación o la aprobación del genocidio cometido por el régimen nacional socialista durante la Segunda Guerra Mundial. La ley reprime la manifestación de determinadas opiniones y limita, entonces, la libertad de expresión garantizada por la Constitución y por disposiciones de convenciones internacionales.

La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática. Esto vale no sólo para las informaciones o ideas acogidas con favor o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para las que chocan, inquietan o contrarían al Estado o a una parte cualquiera de la población, como lo quiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin el cual no hay sociedad democrática. Sin embargo, dicha libertad no es absoluta.

"Independientemente de que cada uno debe respetar la libertad de opinión de los otros constitucionalmente protegida, resulta del art. 19 de la Constitución combinado con los arts. 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos y 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que la libertad de expresión puede estar sometida a determinadas formalidades, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan, en una sociedad democrática, medidas necesarias para la protección de los objetivos explícitamente mencionados en dichas disposiciones convencionales".

En un fallo largamente motivado, la Corte examinó, paso a paso, los trabajos preparatorios de la ley, la significación de cada uno de los términos utilizados por el legislador y los elementos constitutivos del delito establecido por la ley. Insistió, particularmente, en el elemento moral de la infracción y sobre el poder de apreciación del juez penal. Estableció, entonces, que el legislador fue movido por una doble preocupación: el combate contra una amenaza para la sociedad democrática, y la necesidad social imperiosa de actuar contra las manifestaciones de opiniones infamantes

y ofensivas para la memoria de las víctimas del genocidio, para sus sobrevivientes y, en particular, para el mismo pueblo judío.

También consideró si la ley cuestionada podía ser considerada como necesaria en una sociedad democrática en el sentido de los arts. 10 de la Convención y 19 del Pacto, "es decir, como proporcionada, en dicha sociedad, al objetivo perseguido por el legislador". A estos efectos, parece admisible que el legislador intervenga de manera represiva, cuando un derecho fundamental es ejercido de una manera que los principios básicos de la sociedad democrática se encuentren amenazados, y que de ello resulte un daño inaceptable para los otros.

La ley recoge iniciativas parecidas de diversos Estados europeos. "El legislador belga puede legítimamente temer que, ante la ausencia de una legislación similar, Bélgica resulte el refugio del negacionismo". La Corte tomó en cuenta, finalmente, el art. 17 de la Convención, y destacó que la libertad de expresión tal como está garantizado por el art. 10 de la Convención no puede ser invocado en contradicción con el art. 17. Precisó, entonces, que la definición que da la ley de los hechos punibles implica que un poder de apreciación deba ser ejercido por el juez penal, que deberá determinar en cada caso dónde termina el carácter científico de la investigación y el interés por la objetividad de la información. "Un poder semejante es necesario en razón de la multiplicidad y de la sutileza de las formas que puede tomar la expresión de tesis negacionistas".

El hecho de que la represión alcance exclusivamente al genocidio más grave y no se dirija a otras formas de genocidio, no se funda en una apreciación manifiestamente errónea o irracional. El legislador quiso atacar un comportamiento específico, y establecer sólo una restricción excepcional y limitada a la libertad de expresión, fundada en la necesidad de intervenir contra los comportamientos previstos, porque éstos se han multiplicado en los últimos años en forma paralela al retorno de una corriente antidemocrática y racista en la sociedad (sentencia 45/96).

Por otro lado, la Corte ha resuelto que la disposición constitucional que consagra la libertad de expresión no tiene por objeto regular la *consultation* de los ciudadanos por las autoridades públicas, y es ajena al derecho de acceso a los documentos administrativos (sentencia 24/96).

4. Los derechos del niño

El art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que el niño tiene, en la medida de lo posible, el derecho de conocer a sus padres y de ser cuidado por éstos, pero ello no implica el derecho de los padres de establecer tardíamente una relación de filiación en contra de los intereses del niño. El legislador, entonces puede exigir el consentimiento de un niño que ha cumplido quince años ante una demanda de

reconocimiento. Tal medida puede justificarse objetiva y razonablemente.

5. Derecho de propiedad

El solo hecho de que la autoridad imponga restricciones al derecho de propiedad en el interés general no tiene por consecuencia que aquélla esté obligada a una indemnización. El ataque a las preocupaciones legítimas de los propietarios interesados, puede justificar, objetiva y razonablemente, un trato diferente en cuanto al régimen de indemnización. La prohibición de edificar establecida en el interés general por la ley de conservación de la naturaleza, es una limitación al goce del derecho de propiedad. No es una expropiación en el sentido del art. 16 de la Constitución pues no hay transferencia de la propiedad. Con mayor razón no puede ser considerada como una privación de la propiedad en el sentido del art. 1, alinea 1, del Primer Protocolo Adicional de la Convención Europea de Derechos Humanos, dado que no comporta ninguna desposesión. Corresponde al legislador determinar los casos en que una limitación del derecho de propiedad puede dar lugar a una indemnización, y las condiciones a las que ésta esté sometida, bajo reserva del derecho de control, por la Corte de Arbitraje, del carácter razonable y proporcionado de la medida tomada. "Al disponer, a instancias del legislador que adoptó la ley orgánica del urbanismo, que la disminución del valor equivalente a un veinte por ciento debe ser aceptada sin indemnización, la reglamentación no ha tomado una medida manifiestamente desproporcionada con el fin perseguido, ni una medida que pueda ser considerada como un menoscabo ilícito al derecho de propiedad según el artículo primero del Primer Protocolo" (sentencia 24/96).

No constituye una expropiación ni una privación de la propiedad, el derecho concedido a una sociedad anónima de establecer instalaciones de utilidad pública para la depuración de aguas, debajo, sobre o encima de terrenos privados. Se trata de una limitación del derecho de propiedad de los propietarios de dichos terrenos o, todavía, de una reglamentación del "uso de los bienes conforme al interés general". "En atención a los derechos que los propietarios de los terrenos gravados conservan, a la indemnización que pueden pretender, y a los derechos que tienen en caso de no alcanzarse un acuerdo amistoso, de exigir al beneficiario de la servidumbre que proceda a una expropiación, la medida litigiosa no podría ser considerada, razonablemente, como desproporcionada con relación al fin de interés general perseguido por el legislador" (sentencia 63/96).

6. Libertad de comercio e industria

La libertad de comercio y de industria no puede ser concebida como absoluta. El legislador puede ser llevado -sea en el sector económico o en otros sectores- a limitar la

libertad de acción de las personas o empresas interesadas, lo que tendrá necesariamente una incidencia sobre la libertad mencionada. Las regiones no violarían esta libertad salvo que la limitaran sin que existiera alguna necesidad para hacerlo, o si esta limitación resultara manifiestamente desproporcionada al fin perseguido, o menoscabara el principio de manera tal que comprometiese la unión económica (sentencia 29/96).

7. La libertad de trabajo

La indispensable continuidad del servicio público de la *gendarmérie*, a la cual están confiadas misiones que hacen a la realización de objetivos de interés general - seguridad interior y mantenimiento del orden-, puede justificar que a los *gendarmes* les sean impuestas obligaciones específicas susceptibles de afectar la libre elección de una actividad profesional garantizada por el art. 23 de la Constitución. No obstante dichos objetivos de interés general, cabe examinar si las obligaciones previstas no limitan de manera desproporcionada el ejercicio del derecho fundamental mencionado.

La obligación de reembolso impuesta a un miembro de la *gendarmérie* que renuncia o es desplazado de oficio, no viola injustificadamente la libertad de trabajo. Dicha obligación es la contraparte del beneficio obtenido por la formación recibida a costa de la colectividad; y se justifica también por la preocupación de disponer de efectivos suficientes para asegurar las misiones confiadas a la *gendarmérie*. Con todo, le está vedado al legislador, cuando regula esta obligación de reembolso, tomar una medida que, por sus modalidades, entrañe de manera discriminatoria un menoscabo desproporcionado a la libertad de trabajo, y que constituya, por lo demás, una discriminación en perjuicio de los *gendarmes* (sentencia 34/96).

8. El derecho a un juez y a las garantías jurisdiccionales

Las garantías jurisdiccionales incluyen el derecho de toda parte interesada, de poder intervenir en un proceso judicial que pueda tener repercusiones en su vida familiar (sentencia 47/96).

Los derechos de defensa pueden legitimar restricciones a las posibilidades de vigilancia de las comunicaciones privadas de los abogados (sentencia 26/96).

En otro pronunciamiento, la Corte ha sostenido que el Consejo de Estado fue establecido como jurisdicción específica con vistas a ofrecer una protección jurisdiccional suplementaria a la de las cortes y tribunales, contra los actos administrativos tachados de ilegalidad. Es por ello contrario a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación que los funcionarios de las asambleas legislativas estén privados de un recurso de nulidad contra los actos administrativos de

sus asambleas, cuando los otros funcionarios dependientes de las autoridades administrativas pueden interponer dicho recurso contra los actos administrativos que les atañen. La falta de esta garantía jurisdiccional es desproporcionada a la inquietud legítima de salvaguardar la libertad de acción de los electos pues "el interés protegido por el establecimiento de un recurso de nulidad es tan real y legítimo para los funcionarios de las asambleas legislativas como para los de otras autoridades administrativas". Sin embargo, no puede remediarse esta discriminación si no por la intervención del legislador mediante la cual, en atención a la independencia que debe asegurársele a las asambleas legislativas, aquél podrá prever las garantías específicas de las que no ha debido tomar cuidado durante la elaboración de las leyes del Consejo de Estado. La discriminación no reside en estas últimas leyes sino en una laguna legal, esto es, la falta de regulación de un recurso de nulidad de los actos administrativos de dichas asambleas o de sus órganos (sentencia 31/96).

Cuando se establece la posibilidad de una apelación, el legislador no puede hacerlo de manera discriminatoria (sentencia 60/96).

9. El artículo se complementa, asimismo, con: I. El contencioso constitucional (la iniciación del litigio -las normas, el recurso de nulidad, la cuestión prejudicial-, el desarrollo del litigio -el desenlace rápido del litigio, las intervenciones en el curso del litigio, la suspensión del litigio-, el juzgamiento del litigio -técnicas, efectos y rectificación de la sentencia-). II. El contencioso de derechos y libertades. III. El contencioso de competencias en el Estado federal.

Nota de la Secretaría: la transformación progresiva de Bélgica de un Estado unitario a un Estado federal, integrado por tres Comunidades y tres Regiones, originó la introducción de un control jurisdiccional de las normas con fuerza de ley en su relación con la Constitución. La Corte de Arbitraje belga está concebida como una jurisdicción independiente, que no pertenece ni al Poder Ejecutivo, ni al Legislativo ni al Judicial. Su nombre es debido a su función primaria de árbitro federal. Posteriormente, la competencia de la Corte fue extendida al control del respeto de determinados derechos y garantías previstos en la Constitución. Las decisiones de la Corte son definitivas y no admiten recurso.

DELPÉREE, Francis y RASSON-ROLAND, Anne (Profesor y Maestro de conferencias, respectivamente - Universidad Católica de Lovaina), "La jurisprudence de la Cour D'Arbitrage en 1996", en *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, n° 3, 1997, p. 285.

DOCUMENTOS

ACUERDO DE COOPERACION CIENTIFICA Y TECNICA SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE TRINIDAD TOBAGO, aprobado por ley 24.982 (B.O., 17-7-1998, p. 6).

ACUERDO DE COOPERACION SUSCRITO CON EL GOBIERNO DEL REINO DE MARRUECOS EN MATERIA DE USOS PACIFICOS DE ENERGIA ATOMICA, aprobado por ley 24.980 (B.O., 15-7-1998, p. 1).

ACUERDO DE COOPERACION SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA PARA EL DESARROLLO Y LA APLICACION DE LOS USOS PACIFICOS DE LA ENERGIA NUCLEAR, aprobado por ley 24.981 (B.O., 15-7-1998, p. 2).

ACUERDO GENERAL DE SEDE SUSCRITO CON LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACION, LA CIENCIA Y LA CULTURA -UNESCO- Y UN ACUERDO REFERIDO AL ESTABLECIMIENTO DE UNA OFICINA DE LA MENCIONADA ORGANIZACION EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, aprobado por ley 24.982 (B.O., 17-7-1998, p.2).

ACUERDO INTERINO ENTRE ISRAEL Y PALESTINA SOBRE LA RIBERA OCCIDENTAL Y LA FRANJA DE GAZA, aprobado el 28-9-1995 (Publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de Israel), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

ACUERDO SOBRE PERSONERIA JURIDICA ENTRE LA SANTA SEDE E ISRAEL, aprobado el 10-11-1997 (Publicación oficial del Estado de Jerusalén), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

ACUERDO SUSCRITO CON LA REPUBLICA CHECA SOBRE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES, aprobado por ley 24.983 (B.O., 15-7-1998, p. 3).

ACUERDO SUSCRITO CON LA REPUBLICA DEL PARAGUAY PARA LA COOPERACION ENTRE LA GENDARMERIA NACIONAL ARGENTINA Y LA POLICIA NACIONAL DEL PARAGUAY, aprobado por ley 24.969 (B.O., 24-6-1998, p. 3).

ACUERDO SUSCRITO CON LA REPUBLICA DEL PARAGUAY PARA LA COOPERACION ENTRE LA PREFECTURA NAVAL ARGENTINA Y LA PREFECTURA NAVAL DEL PARAGUAY, aprobado por ley 24.970 (B.O., 24-6-1998, p. 4).

ACUERDO SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE LITUANIA SOBRE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES, aprobado por ley 24.984 (B.O., 15-7-1998, p. 4).

ACUERDO SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PARA LA PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES, aprobado por ley 24.972 (B.O., 25-6-1998, p. 1).

CONVENIO SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE BOLIVIA SOBRE TRASLADO DE NACIONALES CONDENADOS Y CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS PENALES, aprobado por ley 24.996 (B.O., 29-7-1998, p. 1).

CONVENIO SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE PANAMA PARA LA PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE LAS INVERSIONES, aprobado por ley 24.971 (B.O., 25-6-1998, p. 4).

CONVENIO SOBRE PREVENCIÓN DEL USO INDEBIDO Y REPRESIÓN DEL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTROPICAS SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE PANAMA, aprobado por ley 24.968 (B.O., 24-6-1998, p. 2).

ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (UN: 95-14097 (E)/(F), 8-11-1994), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

PROTOCOLO DE INTEGRACION CULTURAL DEL MERCOSUR, SUSCRITO CON LAS REPUBLICAS FEDERATIVA DEL BRASIL, PARAGUAY Y ORIENTAL DEL URUGUAY, aprobado por ley 24.993 (B.O., 17-7-1998, p. 5).

PROTOCOLO DE INTEGRACION EDUCATIVA PARA LA PROSECUCION DE ESTUDIOS DE POST-GRADO EN LAS UNIVERSIDADES DE LOS PAISES MIEMBROS DEL MERCOSUR, SUSCRITO CON LAS REPUBLICAS FEDERATIVA DEL BRASIL, PARAGUAY Y ORIENTAL DEL URUGUAY, aprobado por ley 24.997 (B.O., 29-7-1998, p. 2).

PROTOCOLO RELATIVO AL REPLIEGUE EN HEBRON Y DOCUMENTOS RELATIVOS AL TEMA, aprobado el 17-1-1997 (Publicado por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado de Israel), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

REGLAMENTO QUE FIJA EL PROCEDIMIENTO DE FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DEMOCRATICA Y POPULAR DE ARGELIA, CON LAS REFORMAS DE 1989, 1991, 1996 Y 1997, aprobado en junio de 1997 por el Consejo Constitucional de la República Democrática y Popular de Argelia (Publicación de la Dirección de Documentación del Consejo Constitucional), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

TRATADO DE AMSTERDAM QUE MODIFICA EL TRATADO DE LA UNION EUROPEA, LOS TRATADOS QUE CONSTITUYEN LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y CIERTOS ACTOS CONEXOS, suscrito el 2 de octubre de 1997 (*Revue trimestrielle de droit européen*,

1997, n° 4, octubre-diciembre, p. 929), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

VERSION CONSOLIDADA DEL TRATADO DE LA UNION EUROPEA, suscripto el 2 de octubre de 1997 (*Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, n° 4, octubre-diciembre, p. 1012), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

VERSION CONSOLIDADA DEL TRATADO QUE INSTITUYE LA COMUNIDAD EUROPEA, suscripto el 2 de octubre de 1997 (*Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, n° 4, octubre-diciembre, p. 1027), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

NOTICIAS

BIOETICA. CLONACIÓN. PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO PARA SU APLICACIÓN EN BIOLOGÍA Y MEDICINA (CONSEJO DE EUROPA-COMUNIDAD EUROPEA).

En el ámbito del Consejo de Europa fue suscripto el Protocolo Adicional a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano para su Aplicación en Biología y Medicina (París, 12-1-1998). Sus normas principales, arts. 1 y 2, son consideradas como adicionales de la Convención, y todas las prescripciones de ésta deben ser aplicadas de manera concordante (art. 3).

El art. 1 dispone que toda intervención en procura de la creación de un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano, vivo o muerto, está prohibida (1). El término ser humano "genéticamente idéntico" a otro ser humano significa un ser humano que comparte con otro la misma serie nuclear de genes (2).

El Protocolo está abierto a la firma de los signatarios de la Convención, y no puede ser ratificado, aceptado o aprobado sin que, previa o simultáneamente, se ratifique,

acepte o apruebe la Convención (art. 4). Entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que cinco Estados, incluyendo al menos cuatro que sean miembros del Consejo de Europa, hayan expresado su consentimiento a estar obligados por el Protocolo de acuerdo con el art. 4 (art. 5).

El Protocolo está acompañado de un informe explicatorio.

Nota de la Secretaría: a) la Convención está abierta, según su art. 33.1, a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, los Estados no miembros que participaron en su elaboración y la Comunidad Europea (v. el texto en *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Ed. N.P.Engel, vol. 9, n° 1-4, 1997 p. 138 y su informe explicativo, p. 142); b) v., asimismo, **CAYLA, Jean-Simon**, "Interdiction du clonage humain par le Conseil de l'Europe", en *Revue de droit sanitaire et social*, Dalloz, París, 1998, 2, p. 283.

International Human Rights Reports, Universidad de Nottingham, Nottingham, vol. 5, n° 2, mayo 1998, p. 523.

BIOETICA. GENOMA HUMANO. CLONACIÓN. INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS (NACIONES UNIDAS-UNESCO).

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos ha sido adoptada, por unanimidad y aclamación, el 11 de noviembre de 1997, en la 29a. Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Constituye el primer instrumento universal en el dominio de la biología. El compromiso moral asumido por los Estados signatarios es un punto de partida: encierra una toma de conciencia mundial de la necesidad de una reflexión ética sobre las ciencias y la tecnología. La Conferencia agregó a la Declaración una resolución sobre su ejecución, que compromete a los Estados a tomar las medidas apropiadas para promover los principios de la primera y favorecer su ejecución.

El genoma humano sostiene la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana, así como el reconocimiento de su dignidad intrínseca y de su diversidad. En un sentido simbólico, es patrimonio de la humanidad (art. 1). Todo individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y de sus derechos, cualesquiera fuesen sus características genéticas, dignidad esta que impone no reducir a los individuos a sus características genéticas y respetar el carácter único de cada uno y su diversidad (art. 2.a

y b). El genoma humano, por su naturaleza evolutiva, está sujeto a mutaciones. Asimismo, encierra potencialidades que se manifiestan diversamente según el medio natural y social de cada individuo, en lo que concierne, especialmente, al estado de salud, las condiciones de vida, la nutrición y la educación (art. 3). El genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios (art. 4).

La investigación, tratamiento o diagnóstico sobre el genoma humano de un individuo, sólo puede realizarse después de evaluaciones rigurosas de sus riesgos y ventajas potenciales; en todo caso, es necesario el consentimiento previo, libre y esclarecido del interesado. Debe respetarse el derecho a ser informado o no de los resultados de un examen genético (art. 5.a, b y c).

Ninguna persona puede ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas que tuvieran por objeto o efecto el menoscabo de sus derechos individuales, sus libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad (art. 6). La confidencialidad de los datos genéticos asociados a una persona identificable debe ser objeto de protección (art. 7). A todo individuo le asiste el derecho, conforme al derecho internacional y al interno, a una reparación justa del daño que sufra por causa directa y determinante de una intervención sobre su genoma (art. 8).

Para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, las limitaciones al principio del consentimiento y de la confidencialidad, sólo pueden estar previstas por la ley, basada en razones imperiosas y dentro de los límites del derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos.

Ninguna investigación relativa al genoma humano, ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en el ámbito de la biología, la genética y la medicina, puede prevaler sobre el respeto de los derechos del hombre, las libertades fundamentales y la dignidad humana, de los individuos y, en su caso, de grupos de individuos (art. 10).

Las prácticas que son contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos, no deben estar permitidas (art. 11).

Todos deben tener el derecho de acceso a los progresos de la biología, la genética y la medicina, concernientes al genoma humano, dentro del respeto de su dignidad y sus derechos. La libertad de investigación, que es necesaria para el progreso de los conocimientos, procede de la libertad de pensamiento. Las aplicaciones de la investigación, especialmente en biología, genética y medicina, relativas al genoma humano, deben tender al alivio del sufrimiento y a la mejora de la salud del individuo y de la humanidad toda (art. 12. a y b).

Las responsabilidades inherentes a las actividades de los investigadores, especialmente el rigor, la prudencia, la honestidad intelectual y la integridad, en la conducción de sus investigaciones, así como en la presentación y empleo de sus resultados, deberían ser objeto de una atención particular en el marco de las

investigaciones sobre el genoma humano, habida cuenta de sus implicancias éticas y sociales. Las personas, públicas o privadas, con facultades para decidir en materia de políticas científicas también tienen una responsabilidad particular al respecto (art. 13).

Los Estados están llamados de tomar las medidas apropiadas sobre las condiciones de desarrollo de las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones (arts. 14 a 16). También deberían respetar y promover la solidaridad activa, sobre todo respecto de las poblaciones vulnerables a las enfermedades, y estimular las investigaciones destinadas a identificar, prevenir y tratar las enfermedades de orden genético o influenciadas por la genética, en particular las endemias que afectan a partes importantes de la población mundial. También deben esforzarse en la cooperación internacional (arts. 17 a 19), en la promoción de los principios de la Declaración (arts. 20 y 21) y en favorecer, mediante toda medida apropiada, a su ejecución y promoción (arts. 22 y 23).

Ninguna disposición de la Declaración es interpretable en el sentido de que pueda ser invocada de cualquier manera por un Estado, grupo o individuo, para dedicarse a una actividad o cumplir un acto con fines contrarios a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, incluidos los principios enunciados en la Declaración (art. 25).

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACION, LA CIENCIA Y LA CULTURA, Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, 11 de noviembre de 1997.

COMISION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. INFORMES. ARREGLO AMISTOSO (COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-GRECIA-REINO UNIDO-CHIPRE).

Los dos casos entre Grecia y el Reino Unido relativos a Chipre tienen dimensión histórica. Ellos aceleraron la decisión británica de poner fin a su poder colonial sobre la isla. Después de la conclusión de los acuerdos de Zurich y Londres, en 1959, Chipre devino una república independiente el 16 de agosto de 1960. El informe sobre el caso Chipre n° 1 (denuncia n° 176/56), fue adoptado el 26 de septiembre de 1958 por la Comisión Europea de Derechos Humanos, y permaneció con carácter confidencial por 39 años hasta que, por solicitud del gobierno del Reino Unido, se hizo público por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1997. El informe sobre el caso Chipre n° 2 (denuncia n° 299/57) todavía permanece confidencial. La Comisión suspendió el procedimiento del caso n° 2 sin expresar una opinión sobre el mérito de la cuestión; los Acuerdos de la Independencia fueron considerados una suerte de arreglo amistoso.

Human Rights Law Journal, Ed. N.P. Engel, 1997, vol. 18, n° 9-12, p. 348, con el texto completo del informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre el caso n° 1.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. REGLAMENTO. REPRESENTACIÓN ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos modificó el art. 71, párrafo 1, de su Reglamento, el cual ha quedado redactado de la siguiente forma: "1. La Comisión delegará en una o más personas su representación para que participen, con carácter de delegados, en la consideración de cualquier asunto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 1998, p. 1126.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. PODER JUDICIAL (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-PERÚ).

Con motivo de la situación creada a raíz de la destitución, por el Congreso de Perú, de tres miembros del Tribunal Constitucional y la consecuente renuncia del Presidente de dicho órgano, la Comisión Interamericana ha expresado su preocupación, al paso que señaló que, dada la importancia institucional del Tribunal, espera que se reinicie su funcionamiento regular lo antes posible, garantizándose el debido respeto a su independencia, imparcialidad y autonomía por parte de los demás órganos del Poder Público, a fin de lograr su consolidación como máximo intérprete de la Constitución y de los derechos humanos.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 1998, p. 1129.

CONCURSOS Y QUIEBRAS (ALEMANIA).

Con la aprobación por el Parlamento de la nueva Ley de Insolvencia (*Insolvenzordnung*), la regulación de las situaciones concursales, en el ordenamiento jurídico alemán, ha sufrido una importante reforma. Este texto legal viene a sustituir a la normativa contenida en dos leyes: la Ley Concursal de 1877 (*Konkursordnung*) y la Ley de convenios de 1935 (*Vergleichsordnung*).

La *Konkursordnung* (*Ko*) fue, durante mucho tiempo, la única norma relativa al concurso. Si bien preveía la posibilidad de un convenio entre el deudor y los acreedores - aunque era forzoso y siempre se desarrollaba dentro del procedimiento concursal-, instituía un procedimiento básicamente liquidatorio. Reunía en su texto tanto las normas de derecho material (arts. 1 a 69), procesal (arts. 70 a 238) y penal (arts. 239 a 243 -ahora derogados e incorporados al Código Penal-), de modo que se agrupaban en un mismo cuerpo legal la totalidad de las disposiciones sobre el concurso en sentido estricto.

Sin embargo, no obstante ser una ley de elevada perfección técnica y de una cuidada redacción, presentaba el problema de la ausencia de un procedimiento preventivo del concurso. Para resolver esta cuestión se elaboró la *Vergleichsordnung* (*Vgl*), norma que pretendía ofrecer un régimen que, sobre la base del acuerdo entre acreedores y deudor, permitiera evitar el procedimiento esencialmente liquidatorio de la *Ko*. La *Vgl* proponía tres posibles soluciones: a) un convenio de espera, b) uno de quita (que no podía ser superior al 35% de los créditos), y c) uno de cesión de bienes (que debía prever una realización mínima del 35% de los créditos), todas ellas presididas por el interés de garantizar al máximo los derechos de los acreedores.

La *Insolvenzordnung* (*Ins*) abandona aquella diferenciación de procedimientos, agrupando en uno solo, que denomina "de insolvencia", las soluciones establecidas por ambas leyes. Este único procedimiento permite, básicamente, dos soluciones: la liquidación del patrimonio del deudor, o la elaboración de un plan de insolvencia tendiente, sobre todo, a la conservación de la empresa. El principal objetivo sigue siendo, en cualquier caso, la satisfacción de los acreedores, por lo que se desechan las modernas tendencias del derecho concursal encaminadas, principalmente, a la recuperación o reflotamiento de la empresa.

Si bien el procedimiento de insolvencia sigue las líneas marcadas por la *Ko*, deben consignarse dos novedades importantes que alteran las disposiciones generales. En primer lugar, su simplificación en aquellos casos en los que el deudor sea un consumidor o un pequeño empresario, en la medida en que la ley reconoce que su complejidad no es la misma que en el caso de una gran empresa (arts. 304 a 314). En segundo término, la posibilidad de que sea el mismo deudor quien administre su patrimonio, bajo la vigilancia de un interventor, durante el desarrollo del procedimiento (arts. 270 a 285). En

caso de que el deudor sea una persona física, la ley permite, si se dan ciertas condiciones, condonarle la deuda que quede pendiente tras la terminación del procedimiento (arts. 283 a 303).

El plan de insolvencia (arts. 217 a 269), es una alternativa que se da dentro del procedimiento, pero que pretende, fundamentalmente, la conservación de la empresa del deudor. Quizás lo más destacable sea el mantenimiento de la técnica clásica del convenio entre el deudor y acreedores, ya que el plan, y con ello la conservación, es resultado del necesario acuerdo entre los interesados.

Por último, con independencia de que existen un buen número de normas destinadas a regular las novedades introducidas por la *Ins*, se ha mantenido, en lo esencial, la regulación de la *Ko*. Ello demuestra la intención del legislador alemán de no alterar el modelo aplicado durante décadas para la solución de la insolvencia del deudor.

ARIAS VARONA, Javier, "Ley de Insolvencia", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, n° 1, enero/junio 1997, pp. 143/145, con texto completo de la ley mencionada en pp. 146/202.

CONSTITUCION. DERECHOS HUMANOS. ENSEÑANZA OBLIGATORIA (NICARAGUA).

La Ley n° 201, del 19 de septiembre de 1995, establece que tanto el texto de la Constitución Política como los instrumentos jurídicos internacionales de Derechos Humanos ratificados o posteriormente ratificados a la vigencia de la Ley citada, serán de enseñanza obligatoria y constituirán la base fundamental de la educación preescolar, primaria, media y técnico vocacional.

ASAMBLEA NACIONAL DE NICARAGUA, Ley de promoción de los Derechos Humanos y de la enseñanza de la Constitución Política, en *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, Managua, edición 1995, p. 252.

CONSUMIDORES. INTERÉS COLECTIVO. MALVERSACION DE FONDOS PUBLICOS (FRANCIA).

La Corte de Casación recordó nuevamente que ninguna infracción que pueda causar perjuicio directo o indirecto al interés colectivo de los consumidores está excluida

de las previsiones del Código del Consumo (art. L.421-1).

De esta manera, casó una decisión de una instancia anterior que había resuelto que los delitos de corrupción activa y pasiva no exhibían una naturaleza que pudiese producir menoscabo al interés colectivo de los consumidores.

En el caso, los hechos concernían a un delito de corrupción derivado de malversaciones financieras de un intendente (*maire*), que repercutían en el precio de los servicios vendidos en la comuna, a saber, el agua. La asociación sostenía que el consumidor de agua había debido soportar el financiamiento oculto.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Criminal), sentencia del 17-10-1997, cit. por FRANCK, Jérôme, en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, Ed. Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 1/1998, p. 71.

CORRUPCION. COMERCIO INTERNACIONAL (OCDE-CONSEJO DE EUROPA).

Los Estados miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) adoptaron una convención destinada a sancionar la corrupción de los agentes públicos extranjeros en el comercio internacional. El instrumento -firmado el 17 de diciembre de 1997- prohíbe el pago de dádivas por parte de las empresas de los países signatarios a las sociedades para-estatales y a los parlamentarios extranjeros. La corrupción de las personas y las empresas privadas ha sido voluntariamente puesta fuera del ámbito de aplicación de la convención.

Tampoco fue posible llegar a un acuerdo sobre la prohibición del pago de coimas dádivas a los partidos políticos extranjeros para la obtención de contratos. Además de los 29 países miembros de la OCDE, también suscribieron el documento la Argentina, Brasil, Chile, Bulgaria y la República de Eslovaquia.

Nota de la Secretaría: sobre la lucha contra la corrupción, el Consejo de Europa ha adoptado la segunda posición común (97/783/JAI del 13-11-1997), definida por el Consejo sobre la base del art. K 3 del Tratado de la Unión Europea, concerniente a las negociaciones en el seno del Consejo de Europa y de la OCDE en la mencionada materia (v. el texto en *Revue critique de droit international privé*, Dalloz, París, enero-marzo 1998, n° 1, p. 135).

Revue Générale de Droit International Public, Ed. A. Pedone, París, 1998, n° 1, p. 190.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIONES CONSULTIVAS. SOLICITUD. PENA DE MUERTE. DERECHO DE DEFENSA. CONVENCION SOBRE DERECHOS Y DEBERES DE LOS ESTADOS DE MONTEVIDEO, ART. 2. CONVENCION DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES, ART. 36, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, ARTS. 2, 6, 14, Y 50. CARTA DE LA ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS, ART. 3.K. DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, ARTS. I, II Y XXVI (CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).

El 10 de diciembre de 1997, México sometió a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva (art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), respecto de cuestiones relacionadas con el derecho de todo detenido extranjero que enfrente la posibilidad de que la pena de muerte le sea aplicada, a ser notificado, desde el momento de su arresto, de su facultad de recurrir a las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad y de contar con las garantías de un proceso debido.

Nota de la Secretaría: la solicitud de opinión consultiva tiene como antecedente que el Gobierno de México ha venido realizando diversas gestiones en favor de 38 nacionales mexicanos que han sido sentenciados a muerte en diez Estados norteamericanos, y no fueron informados sin dilación ni posteriormente, por el Estado receptor, de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas como lo exige el art. 36 de la Convención sobre Relaciones Consulares. Por otro lado, dos nacionales mexicanos que se hallaban en la señalada situación, fueron ejecutados recientemente después de que se desearan sus reclamos basados en dicha norma. No obstante que es un principio generalmente aceptado en el ámbito interamericano, que todo Estado federal constituye una sola persona en el derecho internacional (Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados -art. 2-, Montevideo, 26-12-1933), en el primero de estos últimos casos, el Estado de Texas adujo que no era signatario de la Convención de Viena. En el segundo caso, las autoridades federales norteamericanas ofrecieron “amplias disculpas” al Gobierno de México después de la ejecución. Las diversas preguntas planteadas se vinculan con los arts. 36 de la Convención de Viena; 2, 6, 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3.k de la Carta de la OEA; y I, II y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (v. el texto completo de la solicitud en *op. y loc. cit. infra*, pp. 367/379).

INFORME ANUAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1997, Secretaría General, OEA, Washington, 1998, p. 27.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. ESTATUTO (NACIONES UNIDAS).

El 17 de julio de 1998, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional aprobó el Estatuto de dicho tribunal, del que surge que éste es una institución permanente que ejerce su jurisdicción sobre las personas por los crímenes más serios que generan preocupación internacional (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión), y que actúa en forma complementaria con las jurisdicciones penales nacionales.

Su contenido -divido en 13 partes (128 artículos)- es el siguiente: Parte 1: Establecimiento de la Corte (arts. 1 a 4); Parte 2: Jurisdicción, admisibilidad y aplicación legal (arts. 5 a 21); Parte 3: Principios generales de la ley penal (arts. 22 a 33); Parte 4: Composición y administración de la Corte (arts. 34 a 52); Parte 5: Investigación y procesamiento (arts. 53 a 61); Parte 6: El juicio (arts. 62 a 76); Parte 7: Penas (arts. 77 a 80); Parte 8: Apelación y revisión (arts. 81 a 85); Parte 9: Cooperación internacional y asistencia judicial (arts. 86 a 102); Parte 10: Ejecución de sentencias (arts. 103 a 111); Parte 11: Asamblea de los Estados parte (art. 112); Parte 12: Financiamiento (arts. 113 a 118); Parte 13: Cláusula final (arts. 119 a 128).

NACIONES UNIDAS, <http://www.un.org/icc/part1.htm>.

DERECHO A LA INTIMIDAD. LIBERTAD DE EXPRESION Y DE PRENSA. CALUMNIAS E INJURIAS. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 8 Y 10 (CONSEJO DE EUROPA).

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa concluyó en que no se imponía elaborar una convención europea que garantizara el respeto del derecho a la vida privada, pero que las legislaciones nacionales deben ser completadas y extendido su campo de aplicación.

La Asamblea recordó que el derecho a la vida privada -garantizado por el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos- debe proteger al individuo contra todo tipo de ingerencia, comprendida la proveniente de los medios de comunicación. Sin embargo, reconociendo que el derecho a la libertad de expresión -garantizado por el art.

10 de la Convención- es uno de los fundamentos de una sociedad democrática, demandó a los Estados miembros que provean una legislación que permita el ejercicio equilibrado de esos dos derechos fundamentales, de igual valor.

A este fin, la Asamblea propuso una serie de líneas directrices. En caso de perjuicio a la vida privada, debería estar prevista una reparación lo suficientemente disuasiva, así como sanciones económicas contra los grupos de prensa que atentaran contra la vida privada de manera sistemática. La Asamblea sugirió, especialmente, que los directores de publicaciones y los periodistas sean considerados responsables de ataques a la vida privada, como en los casos de difamación. En definitiva, la Asamblea estimó que una acción civil debería ser posible cuando un individuo es víctima de una fotografía realizada de manera ilícita o mediante intrusión; asimismo, el acceso a la justicia y los procedimientos concernientes a los delitos de prensa deberían ser facilitados.

CONSEJO DE EUROPA, Actividad del Consejo de Europa en materia de Derechos Humanos, marzo/julio 1998, Resolución 1165 (1998), en *Bulletin d'information sur les droits de l'homme*, s.l., n° 43, septiembre 1998, p. 49.

DERECHO AMBIENTAL. CAMBIOS CLIMATICOS. CONFERENCIA DE LAS PARTES EN EL MARCO DE TRABAJO DE LA CONVENCIÓN SOBRE CAMBIOS CLIMÁTICOS. PROTOCOLO DE KYOTO (NACIONES UNIDAS).

El 10 de Diciembre de 1997, después de difíciles negociaciones, fue adoptado el Protocolo de Kyoto, dentro del marco de la Convención de Cambios Climáticos de las Naciones Unidas. El propósito de dicho protocolo es evitar interferencias peligrosas en el sistema climático, limitando la emisión en la atmósfera de gases de efecto invernadero.

Este Protocolo, una vez que entre en vigencia, impondrá la obligación de reducir la emisión de determinados gases a los Estados desarrollados y a los Estados que siguen un proceso de transición hacia una economía de mercado, mayormente en Europa Oriental. Estos dos grupos de Estados componen el "Anexo I Partes", denominado así por estar comprendidos en el Anexo I de la Convención de Cambios Climáticos.

El art. 3.1 establece una obligación por la cual las partes incluidas en el Anexo I deben asegurar, en forma individual o conjunta, que sus emisiones antropógenas agregadas, expresadas en dióxido de carbono equivalentes a gases de efecto invernadero, no excedan los valores asignados. Estos valores incluyen limitaciones en la emisión y compromisos de reducción, y se hallan inscriptos para cada parte del Anexo I, con la

intención de reducir las emisiones totales de las partes del Anexo I en por lo menos un 5 % de los valores de 1990, en el período de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012.

Luego de varias discusiones, los gases incluidos en el Anexo A del protocolo son seis: dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, hidorfluorocarbonos, perfluorocarbonos y hexafluoruro de azufre.

El presente instrumento entrará en vigor a los diecinueve días de la fecha en la cual no menos de 55 Partes de la Convención, incluidas las Partes comprendidas en el Anexo I que cuenten en total con no menos del 55 % de las emisiones totales de dióxido de carbono de las Partes incluidas en el Anexo I de 1990, hayan depositado sus instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

El Protocolo no admite reservas.

Nota de la Secretaría: al 23 de octubre de 1998, suscribieron el Protocolo 59 países. Sobre el tema, ver también, *Revue Générale de Droit International Public*, Ed. A. Pedone, París, 1998, n° 1, pp. 171,

McGIVERN, Brendan P., "Conference of the parties to the framework Convention on Climate Change: Kyoto Protocol", adoptada el 10-12-1997, en *International Legal Materials*, ASIL, Washington, vol. XXXVII, enero 1998, pp. 22/29.

DERECHO DEL TRABAJO. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. CONVENCIONES COLECTIVAS. TRABAJO FORZOSO. TRABAJO DE MENORES. **DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN LABORAL. DECLARACIÓN RELATIVA A LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO (OIT).

Los delegados ante la Sesión 86a. de la Conferencia Internacional del Trabajo adoptaron la "Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales al trabajo", declaración solemne que compromete a los 174 Estados Miembros de la Organización a respetar los principios inherentes a las siete normas fundamentales del trabajo y a promover su aplicación universal (273 votos a favor, 0 en contra y 43 abstenciones).

La Declaración se funda en que la creación de la OIT procede de la convicción de que la justicia social es esencial para asegurar una paz universal y durable, así como que el crecimiento económico es esencial pero no suficiente para asegurar la equidad, el

progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad para la OIT de promover tanto instituciones sociales sólidas, cuanto la justicia y las instituciones democráticas. Se señala, asimismo: a) la necesidad, hoy más que nunca, de movilizar el conjunto de los medios de acción de la OIT en los dominios del empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo, en aras de un desarrollo extenso y durable; b) el fin de asegurar el vínculo entre progreso social y crecimiento económico; c) la necesidad de dar a los mismos interesados la posibilidad de reivindicar libremente y con iguales oportunidades su justa participación en las riquezas que contribuyen a crear, así como de realizar plenamente su potencial humano. La Declaración establece que el conjunto de los Miembros, incluso los que no hubiesen ratificado las convenciones reconocidas como fundamentales tanto en el plano interno de la Organización como en el del externo, tienen la obligación, por el solo hecho de pertenecer a la Organización, de respetar, promover y realizar, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios concernientes a los derechos fundamentales que son objeto de las aludidas convenciones, a saber: a) la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva b) la eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo de los menores; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y de la profesión.

La Declaración también refuerza la obligación de la OIT de asistir a sus miembros en respuesta a sus necesidades, a fin de alcanzar los objetivos propuestos recurriendo plenamente a sus medios constitucionales, prácticos y presupuestarios, incluso por la movilización de recursos y ayuda exterior.

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales al trabajo", del 19-6-1998, en *Travail. Le magazine de l'OIT*, Bureau International du Travail, n° 25, 1998, pp. 13/15.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. CONVENCION DE OTAWA SOBRE LA PROHIBICION DE LAS MINAS ANTIPERSONALES. MINAS ANTIPERSONALES. ACCION COMUNITARIA PARA SU RETIRO (INTERNACIONAL-UNION EUROPEA).

1. La Convención de Ottawa sobre la prohibición de las minas antipersonales ha sido firmada, el 4 de diciembre de 1977, por 121 Estados. China, Estados Unidos y Rusia participaron de la conferencia en calidad de observadores y no suscribieron el documento. Por otro lado, las delegaciones gubernamentales y no gubernamentales exhortaron a una acción colectiva con vistas a eliminar 60 a 110 millones de minas

diseminadas en 64 países que causan 26.000 víctimas por año, sobre todo mujeres y niños. Se trata de una convención de alcance general, pues tiende a la eliminación de toda una categoría de armas. Cabe advertir que, contrariamente al caso de las armas químicas y bacteriológicas que son de empleo delicado o dificultoso, las minas forman parte del dispositivo de protección de toda operación militar. La Convención, por ende, rompe con la lógica de las conferencias de desarme de Ginebra que tienen en cuenta las necesidades militares en su progresión. El futuro dirá si el proceso de Ottawa, que privilegia las razones humanitarias, ha instituido un método eficaz. Por el momento cabe comprobar que los Estados que se han abstenido de firmar el documento, si bien son escasos en número, representan la mayor parte del potencial militar del mundo.

La insuficiencia de la Convención de 1980 y la presión de las organizaciones humanitarias, ya había llevado a que determinados países, como Francia, hubiesen, primero, suspendido la exportación de dichas minas y, después, su fabricación.

2. En la misma materia, la Unión Europea adoptó, el 28 de noviembre de 1997, sobre la base del art. J 3 del Tratado de la Unión Europea, una nueva acción comunitaria compuesta de tres aspectos: la prosecución de los esfuerzos políticos desplegados por la Unión en procura de sus objetivos; una moratoria común de la transferencia y la producción de minas terrestres antipersonales; y una contribución multidimensional de la Unión para el retiro de dichas minas.

Revue Générale de Droit International Public, Ed. A. Pedone, París, 1998, n° 1, pp. 173 y 199, respectivamente.

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. FACULTADES. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS. IRREGULARIDADES DE LOS PROCESOS JUDICIALES INTERNOS (COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-ARGENTINA).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró admisible la denuncia presentada por la Sra. Estela Barnes de Carlotto, en su carácter de presidenta de la ONG "Abuelas de Plaza de Mayo", por violación de los arts. 1, 3, 17.1, 18, 19, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en diversos aspectos de los trámites judiciales relativos a la determinación de la identidad de Emiliano Castro Tortino, secuestrado en marzo de 1977.

La Comisión sostuvo en cuanto a la regla del previo agotamiento de los recursos

internos, también llamada "fórmula de la cuarta instancia", que en las sociedades democráticas, en que los tribunales funcionan en el marco de una sistema de organización de los poderes públicos establecido por la Constitución y la legislación interna, corresponde a los tribunales competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean. Cuando es evidente que ha existido una violación de uno de los derechos protegidos por la Convención, la Comisión tiene competencia para entender en el caso. La Comisión está plenamente facultada para fallar con respecto a supuestas irregularidades de los procedimientos judiciales internos que den lugar a manifiestas violaciones del debido proceso o de cualquiera de los derechos protegidos por la Convención.

En el presente caso, si bien la peticionaria denunció la violación de los derechos consagrados en las normas arriba citadas, los hechos narrados en la denuncia implican que ésta se refiere a una decisión de carácter jurisdiccional que podría constituir una violación a las garantías y protección judiciales (arts. 8.1 y 25), dentro de la obligación general a cargo del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por el art. 1.1 de la Convención.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Informe 7/98 del 2-3-1998, caso: 11.597, *Emiliano Carlos Tortino* - Argentina", en *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 1998, p. 51.

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIONES DEL ESTADO. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SENTENCIA REPARATORIA. FIJACIÓN DEL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN (CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-ARGENTINA).

1. El 27 de agosto de 1998, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) dictó sentencia de reparaciones en la que fijó en 111.000 dólares estadounidenses el monto que el Estado Argentino deberá pagar en carácter de reparación a los familiares del Sr. Adolfo Garrido, y en 64.000 dólares estadounidenses el monto a pagar en el mismo concepto a los familiares del Sr. Raúl Baigorria, pagos que deberán efectuarse dentro de los seis meses contados a partir de la notificación de la sentencia.

Asimismo se decidió que el Estado Argentino deberá investigar los hechos que condujeron a la desaparición de los nombrados y someter a proceso y sancionar a sus autores, cómplices y encubridores.

2. Esta sentencia de reparaciones fue dictada en acatamiento de lo dispuesto en la sentencia de 2 de febrero de 1996 y en la resolución de 31 de enero de 1997.

En la primera, la Corte decidió tomar nota del reconocimiento efectuado por la Argentina acerca de los hechos articulados en la demanda y de su responsabilidad internacional por los mismos, y conceder a las partes un plazo de seis meses para llegar a un acuerdo sobre reparaciones e indemnizaciones.

Por la segunda, tras comprobar que las partes no llegaron a un acuerdo sobre las indemnizaciones, dicho tribunal resolvió abrir el procedimiento sobre reparaciones e indemnizaciones.

3. Los hechos articulados en la demanda y reconocidos por el gobierno de la República Argentina fueron los siguientes: "El 28 de abril de 1990, a las 16 horas, aproximadamente, fueron detenidos por personal uniformado de la Policía de Mendoza los Sres. Adolfo Argentino Garrido Calderón y Raúl Baigorria Balmaceda cuando circulaban en un vehículo... en la ciudad de Mendoza. Según los testigos, estas personas fueron interrogadas (o detenidas) por al menos cuatro agentes policiales con el uniforme correspondiente a la Dirección Motorizada de la Policía de Mendoza, que se desplazaban en dos automóviles de esa fuerza de seguridad". La familia del Sr. Garrido realizó averiguaciones que arrojaron como resultado que el nombrado no se encontraba detenido en ninguna dependencia policial. Sin embargo, sus familiares encontraron el vehículo en el que viajaban, en la puerta de la Comisaría Quinta de Mendoza. El personal policial adujo que lo hallaron con motivo de un llamado anónimo. Desde la desaparición de los nombrados no se tuvo ninguna noticia sobre su paradero".

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, comunicado de prensa CDH-CP9/98, San José, 10 de septiembre de 1998.

INDIGENAS (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo una recomendación de la Asamblea General, aprobó un Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, recomendando a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias a fin de lograr consenso para su adopción en la reunión de dicha Asamblea de 1998.

El Proyecto se inicia "recordando que los pueblos indígenas de las Américas constituyen un segmento organizado, distintivo e integral de su población y tienen

derecho a ser parte de la identidad nacional de los países, con un papel especial en el fortalecimiento de las instituciones del Estado y en la realización de la unidad nacional basada en principios democráticos".

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Comunicado de prensa n° 3/97, del 7-3-1997, en *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 1998, p. 1116. V., asimismo, Comunicado de Prensa n° 4/97, del 14-3-1997, p. 1117.

MATRIMONIO. REGÍMENES MATRIMONIALES. CONVENCIÓN SOBRE LEY APLICABLE A LOS REGÍMENES MATRIMONIALES DE 1978 (FRANCIA).

La ley 97-987 (28-10-1997) modificó el Código Civil francés para adaptarlo a las disposiciones de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales (en vigor desde el 14-3-1978), y organizar la publicidad del cambio de régimen matrimonial obtenido por aplicación de una ley extranjera.

JAMIN, Christophe (Profesor - Universidad Lille II), "Législation française et communautaire en matière de droit privé", en *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 1, enero-marzo 1998, Sirey, París, p. 195/196.

MERCOSUR. NORMATIVA. CONSEJO DEL MERCADO COMÚN. GRUPO MERCADO COMÚN. COMISIÓN DE COMERCIO (MERCOSUR).

1. Consejo del Mercado Común:

Protocolo de defensa de la competencia del Mercosur (DEC n° 18/96). Convenio de cooperación y asistencia recíproca entre las administraciones de aduanas del Mercosur relativo a la prevención y lucha contra ilícitos aduaneros (DEC n° 1/97). Anexo al Protocolo de defensa de la competencia del Mercosur (DEC n° 2/97). Protocolo de admisión de títulos y grados universitarios para el ejercicio de actividades académicas en los Estados partes del Mercosur (DEC n° 3/97). Versión en español y fe de erratas del Reglamento relativo a la aplicación de medidas de salvaguardia a las importaciones

provenientes de países no miembros del Mercosur (DEC n° 4/97). Acuerdo complementario al Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (DEC n° 5/97). Fe de erratas correspondiente al Protocolo de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados partes del Mercosur (DEC n° 6/97).

2. Grupo Mercado Común:

Reglamento técnico Mercosur de identidad y calidad del queso Parmesão, Parmesano, Reggiano, Reggianito y Sbrinz (RES n° 1/97). Modelo de ficha técnica para productos farmacéuticos de uso veterinario (RES n° 2/97). Reglamento técnico para registro de antimicrobianos de uso veterinario (RES n° 3/97). Reglamento técnico para la producción y el control de vacunas, antígenos y diluyentes para avicultura (RES n° 4/97). Reglamento técnico Mercosur de identidad y de calidad del arroz beneficiado (RES n° 5/97). Ajuste de la nomenclatura común del Mercosur y su correspondiente AEC (RES n° 7/97). Nómina de puntos de frontera de controles integrados entre los Estados partes (RES n° 8/97). Eliminación de medidas (del Anexo I de la RES n° 32/95, "Eliminación o armonización de restricciones y medidas no arancelarias") (RES n° 9/97). Ajuste de la nomenclatura común del Mercosur y su correspondiente AEC (RES nros. 10/97 y 11/97). Reglamento técnico de niveles de complejidad de los servicios de la medicina transfusional (RES n° 12/97). Modificación de la RES n° 47/93 GMC ("Determinación de Monómero de Cloruro de Vinilo") (RES n° 13/97). Modificación RES n° 86/93 GMC ("Determinación de Monómero de Estireno Residual") (RES n° 14/97). Modificación RES n° 11/95 GMC ("Determinación de Migración Específica de Etilenglicol y Dietilenglicol") (RES n° 15/97). Relevamiento de información prevista en las conclusiones de grupos de trabajo de la Subcomisión Comercial Mercosur-Unión Europea (RES n° 16/97). Conclusiones de los grupos de trabajo de Mercosur (Anexo I, RES n° 16/97; sobre "Bienes", "Servicios" y "Normas y Disciplinas Comerciales"). Actas de las reuniones del Mercosur (RES n° 17/97). Documentos Mercosur (RES n° 18/97; sobre el carácter público o reservado y el acceso a los documentos del Mercosur). Disposiciones sanitarias y certificado zoosanitario único de suinos para intercambio entre los Estados partes del Mercosur (RES n° 19/97). Disposiciones sanitarias para la regionalización de la peste porcina clásica en el Mercosur (RES n° 20/97). Condiciones que deben cumplir las unidades habilitadas para cuarentena animal en el país de origen o de destino y disposiciones para su funcionamiento (RES n° 21/97). Pauta negociadora de productos veterinarios (RES n° 22/97). Proyectos de decisión (RES n° 23/97; por el que se elevan al Consejo del Mercado Común las siguientes propuestas de decisión: "Convenio de Cooperación y Asistencia Recíproca entre las Administraciones de

Aduanas del Mercosur Relativo a la Prevención y Lucha contra Ilícitos Aduaneros"; "Defensa de la Competencia"; "Protocolo de Admisión de Títulos y Grados Universitarios para el Ejercicio de Actividades Académicas en los Estados Partes del Mercosur"; "Versión en Español y Fe de Erratas del Reglamento Relativo a la Aplicación de Medidas de Salvaguardia a las Importaciones provenientes de Países no Miembros del Mercado Común del Sur"; "Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa" y "Fe de Erratas correspondiente al Protocolo de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del Mercosur").

3. Comisión de Comercio:

Aprobación de los dictámenes de clasificación arancelaria emanados del Comité Técnico n° 1 -Tarifas, Nomenclatura y Clasificación de Mercaderías- nros. 83/96 a 125/96, 1/97 a 13/97, y 14/97 a 19/97 (DIR nros. 1/97, 3/97 y 6/97, respectivamente). Acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento (DIR n° 2/97). Tratamiento aduanero aplicable a una operación de tránsito aduanero internacional incluyendo un trayecto por vía acuática en embarcación bajo el sistema "Roll on-roll off" (DIR n° 4/97). Acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento (DIR n° 5/97). Utilización de unidades de cantidad uniformes para facilitar la recolección, comparación y análisis de las estadísticas internacionales (DIR n° 7/97). Régimen de origen Mercosur (DIR n° 8/98). Funciones y competencias del Comité de Defensa Comercial y Salvaguardias (DIR n° 9/97). Acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento (DIR n° 10/97). Modificación del art. 3 de la Directiva n° 18/96 (DIR n° 11/97). Modificación de la Directiva n° 12/96 (DIR n° 12/97).

SECRETARIA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR, Normativa, en *Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, 1997, n° 2, septiembre, pp. 15/285.

MUJERES. RECLUSAS. MATERNIDAD (ESPAÑA).

Con fecha 18 de diciembre de 1995, mediante Ley Orgánica 13/1995, se modificaron los arts. 29 y 38 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El inc. 2, del art. 38 cit., preveía que las internas podían conservar consigo a sus hijos hasta alcanzada la edad de escolaridad obligatoria.

En los últimos años se ha incrementado el número de reclusas en un 800% (entre 1980-1994 pasaron de 487 a 3997). La mayoría de estas mujeres tienen entre veintiuno y treinta y cinco años, lo cual aumenta la posibilidad de que haya niños en prisión. La posibilidad de permanencia del niño en el interior del centro hasta la edad de 6 años llega a comportar graves disfunciones en su desarrollo emocional y psicológico, dado que se hace consciente de la privación de libertad que afecta a su madre y vincula la conformación de su personalidad inicial a tal hecho.

Estas consideraciones aconsejaron impulsar la reforma del apartado 2 del mencionado art. 38, el que quedó redactado como sigue: "Las internas podrán tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación. En aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas con hijos existirá un local habilitado para guardería infantil.

La Administración penitenciaria celebrará los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de la libertad".

Además, se añadió el apartado 3, con la siguiente redacción: "Reglamentariamente se establecerá un régimen específico de visitas para los menores que no superen los diez años y no convivan con la madre en el centro penitenciario. Estas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad y su duración y horario se ajustará a la organización regimental de los establecimientos".

En cuanto al art. 29, los cambios en la protección por maternidad hicieron necesario proponer que a las internas embarazadas se les amplíe el tiempo en que se las exime del trabajo a aquél previsto en la legislación laboral, pudiendo disfrutar, de esta forma, del mismo período de descanso que el resto de las mujeres.

En tal sentido, el inc. 1,e), del referido artículo, quedó redactado así: "1. Todos los penados tendrán obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales. Quedarán exceptuados de esta obligación, sin perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios: ... e) Las mujeres embarazadas durante dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. El período de excepción se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto".

Nota de la Secretaría: el modificado art. 29, inc. 1, letra e), establecía lo siguiente: "... e) Las mujeres embarazadas durante las seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto, y las ocho posteriores al alumbramiento (Ley Orgánica 1/1979).

FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen, "Disposiciones", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Sección Legislativa, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, tomo XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre 1995, p. 1005.

NACIONALIDAD. CONVENCION EUROPEA SOBRE NACIONALIDAD (CONSEJO DE EUROPA).

La Convención Europea sobre nacionalidad fue adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 6 de noviembre de 1997, con la firma de quince Estados. El texto incluye principios generales (Cap. II), reglas sobre la pérdida y adquisición de la nacionalidad (Cap. III), procedimientos (Cap. IV), casos de múltiple nacionalidad (Cap. V y VII) y la interrelación entre sucesiones de estado y nacionalidad (Cap. VI).

El Capítulo II contiene principios generales y, en particular, el principio según el cual cada Estado determina en su ley interna quienes son sus nacionales. El art. 4 estipula que toda persona tiene derecho a una nacionalidad; que nadie puede ser desprovisto arbitrariamente de su nacionalidad, y que el matrimonio y el divorcio no pueden modificar automáticamente la nacionalidad de un cónyuge. El art. 5 prohíbe específicamente todo tipo de discriminación (sin embargo, esta disposición no anula *per se* las normas especiales de leyes nacionales que favorezcan grupos específicos de extranjeros).

El Cap. III concierne a ciertas reglas relativas a la adquisición y pérdida de la nacionalidad. El art. 6 descansa en el principio del *jus sanguinis*, obligando a los Estados a garantizar automáticamente la nacionalidad a las personas nacidas al menos de un padre que sea nacional de dicho Estado (la norma no se aplica si la persona nace en el extranjero). Con respecto a niños nacidos en un Estado, de padres extranjeros, o niños que residen habitualmente en dicho Estado, la Convención sólo crea la obligación de facilitar la adquisición de la nacionalidad de acuerdo a su ley interna, pero no a concederla automáticamente. Los arts. 7 y 8 limitan severamente la capacidad del Estado para retirar la nacionalidad y, en particular, prohíben crear casos de apatridia.

Por su lado, el Cap. IV contiene salvaguardas para asegurar que cualquier decisión tomada en el plano de la nacionalidad respete los principios del debido proceso y las reglas del derecho. Asimismo, establece que las decisiones relativas a peticiones sobre nacionalidad deben ser dictadas en un tiempo razonable y por escrito, y estar sujetas a un contralor administrativo o judicial. Por otro lado, se prevén limitaciones acerca de los

gastos administrativos que puedan entrañar dichas peticiones.

El Cap. V regula asuntos de nacionalidad múltiple. En especial, el caso de una persona que voluntariamente adquiere otra nacionalidad pudiendo resultar en la pérdida de la nacionalidad anterior. Los Estados pueden, en algunos casos, hacer depender la naturalización a que el solicitante renuncie previamente a su nacionalidad. La Convención no resuelve el tema de la protección diplomática a personas con múltiples nacionalidades.

El Cap. VI contiene principios acerca de la sucesión de Estado y la nacionalidad. La Convención sólo prevé criterios que los Estados deben tomar en cuenta al decidir la aceptación o retención de la nacionalidad en caso de sucesión de Estado y no establece reglas estrictas a ser aplicadas. Esto se ve atenuado por el hecho de que a los no nacionales residentes previamente en el territorio sujeto a la sucesión, al menos se les debe garantizar el derecho de continuar residiendo y de ser tratados en igualdad a los nacionales con respecto a los derechos sociales y económicos.

El Cap. VII incluye el caso específico del cumplimiento de las obligaciones militares en casos de nacionalidad múltiple. Como principio, cualquier persona con nacionalidad múltiple solamente tiene la obligación de cumplir este tipo de deber una sola vez; sin embargo, esta regla no se aplica en caso de movilización. Asimismo, los Estados ratificantes de esta Convención pueden, por simple declaración, excluir la aplicación de este capítulo a su respecto.

Por último, el art. 27 del Cap. X determina que la Convención entrará en vigencia luego de la ratificación por parte de tres Estados Miembros del Consejo de Europa, convirtiéndose en el primer documento legal vinculante que contiene varias reglas en el campo de la nacionalidad.

ZIMMERMANN, Andreas, "Council of Europe: European Convention on Nationality", en *International Legal Materials*, ASIL, Washington, vol. XXXVII, enero 1998, p. 44, con el texto íntegro de la versión en inglés de la Convención, pp. 47/55.

NOMBRE. INSCRIPCIÓN. MUJERES. DERECHO A LA IGUALDAD (ESPAÑA).

En el Congreso de los Diputados de España, se discute un proyecto de ley sobre la modificación del Código Civil y de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, en materia de inscripción de apellidos. Entre otros Grupos, el Parlamentario Mixto, en su propuesta presentada ante el Congreso, dijo en la exposición de motivos:

"La presente Proposición de Ley tiene por objeto resolver uno de los problemas

más significativos que persisten hoy en día en relación a la invisibilidad del hecho de ser mujer en el actual contexto social: la imposibilidad de nombrarse y poder ser nombradas".

"La historia del nombre es muy larga y compleja. No siempre fueron los apellidos tal y como hoy los conocemos... Así se ha llegado a la situación actual en la que las mujeres ni tan siquiera en las democracias occidentales son conocidas más que por el apellido del padre y el del padre de la madre. De ésta no se recibe el nombre porque ella tampoco lo tiene. Esta situación se agrava en algunos países, mayoritariamente anglosajones, que tienen como norma general que las mujeres pierdan su primer apellido en favor del apellido del marido en el momento del matrimonio".

"La ausencia de nombre es un hecho que afecta de manera relevante la identidad de los seres humanos, tanto a nivel psicológico como social y cultural, y es sin duda uno de los elementos que contribuyen a configurar la desvalorización personal y social que viven muchas mujeres".

"La Constitución, siguiendo uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho, establece dentro del Título referido a los Derechos y Deberes fundamentales la igualdad de las personas ante la ley".

"... Sin embargo aún existen derechos que sólo pueden ser ejercidos por una parte de la ciudadanía, los hombres. Uno de ellos es la posibilidad de transmitir su nombre de generación en generación..."

"Sin duda esta nueva modificación puntual del Código Civil y del Registro Civil sitúa en la relación entre madre y padre la capacidad de decidir sobre el orden de los apellidos de sus hijas e hijos, y por lo tanto contribuye a modificar comportamientos automáticos enraizados profundamente en nuestra sociedad que dan apariencia de natural a hechos con un claro componente ideológico y cultural".

El mencionado Grupo plantea la siguiente modificación a los arts. 109 del Código Civil, y 53 y 55 de la Ley del Registro Civil:

Art. 109: "1°. La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley. 2°. En el momento de la inscripción del nacimiento, la madre y el padre de común acuerdo decidirán el orden de los apellidos, pudiendo inscribir indistintamente, en primer lugar el apellido materno y en segundo lugar el paterno, o bien inscribir primero el paterno y en segundo lugar el de la madre. 3°. Los hijos e hijas al alcanzar la mayoría de edad podrán solicitar que se altere el orden de sus apellidos".

Art. 53: "Las personas son designadas por su nombre y apellidos, materno o paterno indistintamente, según el apellido único familiar, que la Ley ampara ante todos".

Art. 55: "1°. La filiación matrimonial y la no matrimonial determinan los apellidos. 2°. En el momento de la inscripción del nacimiento, la madre y el padre, de común acuerdo, decidirán el orden de los apellidos, pudiendo inscribir indistintamente,

en primer lugar el apellido materno y en segundo lugar el paterno, o bien inscribir primero el paterno y en segundo lugar el de la madre. Dicha elección de criterio será extensible para todos los hijos e hijas estableciéndose por tanto un apellido familiar único. 3°. Los hijos e hijas no matrimoniales, reconocidos únicamente por la madre conservan los apellidos de ésta. Los reconocidos únicamente por el padre conservan los apellidos del padre. Tanto en un caso como en otro, la madre o el padre podrán decidir libremente el orden de los apellidos del hijo o hija, adoptándose un criterio para todos ellos, y así constituir un apellido familiar único. 4°. Los hijos e hijas al alcanzar la mayoría de edad podrán solicitar que se altere el orden de sus apellidos...".

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DE ESPAÑA, Proposición de ley, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, n° 134-1, Madrid, 19-12-1997.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DENUNCIA. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (NACIONES UNIDAS).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contiene disposiciones acerca de su terminación, ni para la denuncia o retiro. Por ende, las posibilidades de terminación, denuncia o retiro deben ser consideradas a la luz de las reglas de derecho internacional consuetudinario que están reflejadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sobre esta base, el Pacto no está sujeto a denuncia o retiro salvo que se establezca que las partes entendieron admitir esa posibilidad, o que ese derecho esté implícito en la naturaleza del tratado.

No cabe reconocer la existencia de dicha admisión, ni que hubo una inadvertencia al omitir la referencia a la denuncia, dado el hecho de que el Pacto permite a los Estados el retiro de su aceptación a la competencia del Comité para examinar las comunicaciones interestatales, en tanto que ello no está previsto para el Pacto mismo. Asimismo, el Protocolo adicional, negociado y adoptado contemporáneamente con la Convención, permite la denuncia. Por otro lado, la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, adoptada un año antes del Pacto, prevé expresamente la denuncia. En consecuencia, cabe concluir que los redactores del Pacto, excluyeron deliberadamente la posibilidad de denuncia. A la misma conclusión cabe llegar respecto del Segundo Protocolo Adicional.

Además, el Pacto no es un tratado que, por su naturaleza, implique el derecho de denuncia. Junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y

Culturales, el Pacto en cuestión codifica, en forma de tratado, los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tres instrumentos habitualmente aludidos como la Carta Internacional de Derechos Humanos. Por ello, el Pacto no tiene el carácter temporario típico de los tratados en los que se admite el derecho de denuncia, no obstante la ausencia de provisiones específicas al respecto.

Los derechos consagrados en el Pacto pertenecen al pueblo que habita el territorio del Estado Parte. El Comité ha sostenido de manera consistente el criterio, tal como lo evidencia su práctica, que una vez que al pueblo le es dada la protección de los derechos del Pacto, dicha protección se transmite con el país y continúa perteneciéndole al pueblo, no obstante el cambio del gobierno del Estado Parte, incluso en el caso de desmembramiento en más de un Estado, o en el de sucesión de Estado, o en cualquier acción de Estado tendiente a detraer los derechos del Pacto.

En suma, según el derecho internacional, no está permitido a un Estado que ha ratificado, accedido o sucedido al Pacto, denunciarlo o retirarse de éste.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), "General comment on issues relating to the continuity of obligations to the International Covenant on Civil and Political Rights -General Comment n° 26-", en *International Human Rights Reports*, Universidad de Nottingham, Nottingham, vol. 5, n° 2, mayo 1998, p. 301.

PENA DE MUERTE. ABOLICIÓN. PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (ESPAÑA).

Por Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre de 1995, quedó abolida en España la pena de muerte en tiempo de guerra.

El art. 15 de la Constitución proclama que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, y dispone la abolición de la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra. Tal excepción, para determinados delitos cometidos en tiempo de guerra, ha sido materializada por la Ley Orgánica 13/1985 (aprobación del Código Penal Militar). No obstante, como toda excepción constitucional, no resulta obligada e imperativa sino que el legislador dispone de plena libertad para abolirla.

Conforme a ello, a la propia pauta de las legislaciones de los Estados modernos en los últimos años y al espíritu y propósito del segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Resolución 1044 y de la Recomendación 1246 adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa,

la presente ley declara abolida la pena de muerte en el Código Penal Militar, único texto legal que la contempla como pena alternativa a determinados delitos cometidos en tiempo de guerra, y suprime todas las referencias legales a la misma haciéndola desaparecer del ordenamiento jurídico español (los dos párrafos precedentes pertenecen a la exposición de motivos de la mencionada Ley Orgánica 11/1995).

FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen, "Disposiciones", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Sección Legislativa, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, tomo XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre 1995, p. 979.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. ORIGEN. CONTENIDO. FORMA Y GRADO (NACIONES UNIDAS).

La responsabilidad internacional del Estado ha estado en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, desde los primeros tiempos, y la Comisión, en 1966, en primera lectura, adoptó un proyecto completo.

Los artículos se dividen en tres partes. La primera parte (arts. 1 a 35) "origen de la responsabilidad internacional", establece una regla básica: "todo acto ilícito internacional de un Estado origina la responsabilidad internacional de ese Estado" (art. 1), y una serie de reglas subsidiarias que gobiernan cuestiones tales como la atribución de un acto a un Estado (arts. 5 a 15), aspectos temporales de violación (arts. 24 a 26), agotamiento de los remedios locales (art. 22) y circunstancias que excluyen la ilicitud (arts. 29 a 35). Asimismo contiene el muy controvertido art. 19, referente a la distinción entre crímenes y delitos internacionales.

La segunda parte (arts. 36 a 56) se refiere al contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional. Contiene áreas de gran interés para los gobiernos, pero la sección principal se refiere a las obligaciones del Estado que cometió el acto ilícito, especialmente la reparación (arts. 42 a 44), y, las controvertidas limitaciones de los derechos del Estado injuriado para tomar contramedidas (arts. 47 a 50). También se expande en la noción de crímenes internacionales (arts. 51 a 53).

Finalmente la tercera parte provee un borrador de las reglas para el establecimiento de disputas.

La Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó a los Estados la presentación de comentarios sobre el proyecto. El gobierno de los Estados Unidos presentó su contribución el 30 de octubre de 1997, que contiene una consideración detallada sobre diversos tópicos, expresa su preocupación respecto de prescripciones que

considera inconsistentes con el derecho internacional consuetudinario, y aporta sugerencias para su revisión.

Nota de la Secretaría: v. asimismo: **ARANGIO-RUIZ, Gaetano**, "Fine prematura del ruolo preminente di studiosi italiani nel progetto di codificazione della responsabilità degli stati: specie a proposito di crimini internazionali e dei poteri del Consiglio di Sicurezza", en *Rivista de Diritto Internazionale*, Ed. A. Giuffrè, Milán, 1998, vol. LXXXI, fasc. 1, pp. 110/129.

KAYE, David, "International Law Commission: draft articles on state responsibility", en *International Legal Materials*, ASIL, Washington, vol. XXXVII, marzo 1998, pp. 440/441, con texto completo en inglés del proyecto, pp. 442/467, y de los comentarios del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, pp. 468/487.

SEGURIDAD NACIONAL. PERIODISTAS. CONFIDENCIALIDAD DE LA FUENTE. LIBERTAD DE PRENSA. LIBERTAD DE EXPRESION. ACCESO A LA INFORMACION. CENSURA PREVIA. PRINCIPIOS. PRINCIPIOS DE JOHANNESBURGO (INTERNACIONAL).

El 1 de octubre de 1995, un grupo de expertos en derecho internacional, seguridad nacional y derechos humanos, adoptó un serie de principios relativos a la seguridad nacional, libertad de expresión y acceso a la información, "Principios de Johannesburgo", en el marco del Centro Internacional contra la censura, en colaboración con el Centro de Estudios Aplicados de la Universidad de Witwatersrand.

Dichos principios están basados en normas y estándares internacionales y regionales relativos a la protección de los derechos humanos. Reconocen, asimismo, la aplicabilidad de los Principios de Siracusa sobre las normas de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1984), y los Estándares Mínimos de París relativos a las normas de derechos humanos en estados de emergencia (1984).

Entre otros aspectos, los "Principios de Johannesburgo" establecen: que toda persona tiene derecho a sostener opiniones sin interferencia (Principio 1.a), y el derecho a la libertad de expresión, lo que incluye el derecho de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda clase, más allá de las fronteras, sea oralmente, en escritos o impresos, o en formas artísticas, o por otro medio a su elección (Principio 1.b). El ejercicio del derecho previsto en el Principio 1.b puede ser objeto de restricciones sobre bases específicas, como lo establezca el derecho internacional, lo que incluye la protección de la seguridad nacional (Principio 1.c). Ninguna restricción a la libertad de

expresión y de información puede ser impuesta sobre la base de la seguridad nacional, salvo que el gobierno pueda demostrar que la restricción está prescrita por la ley y es necesaria en una sociedad democrática para proteger un interés legítimo de la seguridad nacional. La carga de esta prueba pesa sobre el gobierno (Principio 1.d).

Por otro lado, se establece que las restricciones fundadas en la seguridad nacional deben tener el genuino propósito y un efecto demostrable de que tienden a proteger un interés de la seguridad nacional legítimo, de manera que el gobierno debe demostrar: que la expresión o información plantea serias amenazas al mencionado interés legítimo; que la restricción es el medio menos restrictivo posible y que es compatible con los principios democráticos (Principios 1.2 y 1.3). En tal sentido, la restricción sólo puede justificarse si tiende a proteger la existencia o integridad del territorio contra el uso o amenaza de uso de la fuerza, o su capacidad para responder a dicho uso o amenaza, ante un fuente externa -como una amenaza militar- o interna -como la incitación a la violencia para derrocar al gobierno (Principio 2.a).

No se consideran como amenazas a la seguridad nacional, de manera enunciativa, los siguientes casos (Principio 7.a): (i) alegaciones no violentas por el cambio de política gubernamental o del gobierno mismo; (ii) críticas e insultos a la Nación, al Estado o a sus símbolos, al gobierno y sus agencias, a funcionarios públicos (Jefe de Estado, ministros, oficiales de las fuerzas armadas, funcionarios electos, entre otros), o a naciones extranjeras, estados y sus símbolos, gobiernos, agencias o funcionarios públicos; (iii) formular objeciones, o alegar por éstas, sobre la base de la religión, la conciencia o las creencias, respecto del servicio militar, o de conflictos particulares, o de amenazas o uso de la fuerza para el arreglo de disputas internacionales; (iv) expresiones dirigidas a comunicar información acerca de violaciones a las leyes o estándares internacionales de derechos humanos o de derecho humanitario.

Este último principio establece (b), asimismo, que nadie puede ser penado por criticar o insultar a la nación, al estado o sus símbolos, al gobierno y sus agencias, a funcionarios públicos, o a naciones extranjeras, estados o sus símbolos, gobierno, agencias u oficiales públicos, salvo que la crítica o el insulto pueda ser considerado en el sentido de que incita a una violencia inminente.

Por otro lado, los gobiernos están obligados a tomar medidas razonables para prevenir que grupos privados o personas puedan interferir el libre ejercicio del derecho de expresión, por lo que, en particular, deben condenar legalmente dichas acciones, investigar los casos en las que se produzcan y llevar a los responsables ante la justicia (Principio 10).

En cuanto al acceso a la información, se prevé que toda persona tiene derecho a obtener información de las autoridades públicas, incluida la relativa a la seguridad nacional. Ninguna restricción puede ser impuesta sobre la base de la seguridad nacional,

salvo que el gobierno pueda demostrar que aquélla está prescrita por la ley, y es necesaria en una sociedad democrática para proteger un interés legítimo de seguridad nacional (Principio 11). El Estado no puede denegar el acceso indiscriminadamente a la información vinculada con la seguridad nacional, pero sí prescribir por la ley las específicas y limitadas categorías de información a la que es necesario negar el acceso para proteger los mencionados intereses legítimos (Principio 12). En todas las leyes y decisiones concernientes al derecho a obtener información, el interés público en conocer la información debe ser una consideración de primer rango (Principio 13).

El estado está obligado a adoptar medidas apropiadas para hacer efectivo el derecho a obtener información. Dichas medidas deben imponer a las autoridades, en caso de denegación de los pedidos, que expresen sus razones, por escrito, y tan rápido como sea posible. Asimismo, se debe establecer el derecho de control sobre el fondo de la cuestión en manos de una autoridad independiente, incluyendo alguna forma de revisión judicial de la legalidad de la denegación (Principio 15).

La regla general por la divulgación de información secreta (Principio 15) establece que nadie puede ser penado sobre la base de la seguridad nacional, por difundir información si (1) la difusión, actualmente, no daña o puede dañar un interés legítimo de la seguridad nacional, o (2) el interés público en conocer la información es prevalente al mencionado daño.

Por otro lado, una vez que la información es del dominio público, cualquiera fuese el medio y sea lícito o no, ninguna medida tendiente a impedir posteriores publicaciones puede justificarse por encima del derecho del público a conocer (Principio 17).

Asimismo, la protección de la seguridad nacional no puede ser invocada como razón para compeler a un periodista a revelar una fuente confidencial (Principio 18).

Ninguna restricción al libre flujo de información puede tener un carácter que frustre los propósitos de los derechos humanos y el derecho humanitario. En particular, los gobiernos no pueden prevenir a los periodistas o representantes de organizaciones intergubernamentales o no-gubernamentales destinadas a supervisar el cumplimiento de los mencionados derechos, para el ingreso a áreas en las que, sobre bases razonables, se considere que se producen o han sido producidas, violaciones a los derechos humanos o al derecho humanitario. El gobierno no puede excluir a los periodistas o representantes de las mencionadas organizaciones de áreas en conflicto armado, salvo que su presencia pueda originar un claro riesgo para la seguridad de terceros (Principio 19).

La libertad de expresión no puede ser objeto de censura previa en interés de la seguridad nacional, salvo en tiempo de emergencia pública que amenazase la vida de la nación en las condiciones del Principio 3 (Principio 23).

El ejercicio de la libertad de expresión o de información, por parte de una persona, agencia periodística, organización política o de otro tipo, que configure un delito contra

la seguridad, no admite sanciones, restricciones o penalidades desproporcionadas con la seriedad del crimen cometido (Principio 24).

The Johannesburg principles on national security, freedom of expression and acces to information, 1995, en *International Human Rights Reports*, Universidad de Nottingham, Nottingham, vol. 5, n° 3, septiembre 1998, pp. 880/886.

SOCIEDAD DE LEGISLACION COMPARADA. XIV JORNADAS JURÍDICO FRANCO-LATINOAMERICANAS (FRANCIA).

La Sociedad de Legislación Comparada anuncia que las XIV Jornadas jurídico franco-latinoamericanas sobre el tema "Droit de l'infrastructure, privatisations, concessions et autres formes de partenariat", a desarrollarse en San Pablo (Brasil), tendrán lugar en el mes de marzo de 1999.

Société de Législation Comparée, 28, rue Saint-Guillaume, 75007, París (Tel: (33) 01 44 39 86 23 - Fax: (33) 01 44 39 86 28 - Email: slc@sky.fr).

TABACO. LIBERTAD DE EXPRESION COMERCIAL (UNIÓN EUROPEA-BÉLGICA).

El Consejo (Unión Europea) finalmente ha adoptado una posición común respecto de la proposición de directiva sobre la publicidad del tabaco. La proposición está destinada a armonizar las legislaciones del mercado interior por vía del art. 100A del Tratado. Siendo de aplicación el procedimiento de codecisión, la posición común del Consejo fue transmitida al Parlamento europeo para su segunda lectura. De no sufrir modificaciones, la directiva prohibirá toda publicidad directa o indirecta de los productos del tabaco, en la Unión europea, y entrará en vigor de manera completa y definitiva en octubre del 2006.

Anticipándose a dicha adopción, el Parlamento belga adoptó a fines de 1997 una ley (que entrará en vigor el 1-1-1999) que prohíbe totalmente toda publicidad en favor del tabaco. Sólo están permitidos los afiches de la marca de los productos en cuestión en el interior de los comercios. El empleo en otros campos (vestimentas, etc.) de una marca cuya notoriedad depende de un producto de tabaco está igualmente prohibida. La ley comprende a la publicidad directa e indirecta, y al patrocinio de manifestaciones

culturales y deportivas.

LACOSTE, Anne-Christine y DOMONT-NAERT, Françoise, en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, Ed. Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 1/1998, pp. 53 y 55.

TERRORISMO. CONVENCIÓN PARA LA SUPRESIÓN DE BOMBARDEOS TERRORISTAS (NACIONES UNIDAS).

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención para la supresión de bombardeos terroristas, como consecuencia de la profunda preocupación por la escalada de actos terroristas en todas sus formas y manifestaciones. El instrumento reafirma la Declaración sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional (anexa a la resolución de la Asamblea General 49/60 del 9 de diciembre de 1994) en la que los Estados miembros ratificaron solemnemente la condena inequívoca a todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo como criminales e injustificables, sea cual fuere el lugar y persona que los cometiere, incluidos aquellos que pongan en peligro las relaciones amistosas entre Estados y Pueblos y amenacen la integridad territorial y la seguridad de los Estados.

Recalcan que dicha Declaración también alentó a los Estados a analizar urgentemente las provisiones legales internacionales existentes sobre prevención, represión y eliminación del terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, y el propósito de asegurar que haya un marco de trabajo legal comprensivo de todos los aspectos del problema.

El art. 2 describe las ofensas o atentados y el ámbito de aplicación:

(1) cualquier persona comete una ofensa en el marco de esta Convención si ilegalmente y en forma intencional entrega, coloca o detona un explosivo u otra arma letal en o contra de un lugar de uso público, un Estado o edificios gubernamentales, un transporte público o cualquier infraestructura: a) con la intención de causar la muerte o serias heridas, o b) con la intención de causar una destrucción amplia en el lugar, edificio o sistema, donde tal destrucción produzca o sea proclive a producir una mayor pérdida económica;

(2) cualquier persona también comete un atentado si intenta cometer uno de los atentados descritos en el párrafo 1 del presente artículo;

(3) cualquier persona también comete un atentado si: a) participa como cómplice en un atentado descrito en el punto 1 ó 2 del presente artículo; o b) organiza o dirige a

otros a cometer un atentado descrito en el presente artículo; o c) de cualquier otra forma contribuye a la comisión de uno o más atentados descritos en el punto 1 ó 2 del presente artículo por un grupo de personas actuando con un propósito común; esta contribución debe ser intencional y/o con la intención de animar la actividad criminal general.

La Convención excluye expresamente su aplicación si la ofensa es cometida en un único Estado, el ofensor y las víctimas son nacionales de ese Estado, el ofensor se encuentra en ese Estado y ningún otro Estado tiene fundamento, bajo el art. 6, para ejercitar jurisdicción (excepto los arts. 10 a 15.)

El art. 4 establece que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para considerar como criminales bajo su ley interna las ofensas descritas en el art. 2 y para hacer tales ofensas sancionables con penalidades apropiadas que tengan en cuenta la grave naturaleza de tales atentados.

El art. 9 establece como principio general que las ofensas descritas en el art. 2 pueden ser incluidas como ofensas sujetas a extradición en un tratado de extradición existente entre los Estados partes antes de la entrada en vigor de la presente Convención.

El art. 14 indica que a toda persona sometida a custodia o a otra medida o procedimiento se le debe garantizar justo tratamiento, incluyendo el goce de todos los derechos y garantías en conformidad con la ley del Estado en cuyo territorio se encuentre la persona y las normas del Derecho Internacional aplicable, incluyendo el derecho de los Derechos Humanos.

Diversos artículos están dedicados a la cooperación internacional y a la relación entre los Estados, y el art. 17 especifica que los Estados parte deben cumplir sus obligaciones de acuerdo con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados y de no intervención en los asuntos domésticos de otros Estados.

Nada en esta Convención: a) habilita a un Estado parte a llevar a cabo en el territorio de otro Estado parte el ejercicio de jurisdicción y ejercer funciones que son reservadas exclusivamente a las autoridades de ese Estado parte por su ley local (art. 18); y b) debe afectar a otros derechos, obligaciones y responsabilidades de Estados e individuos bajo ley internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho humanitario internacional (art. 19). Se excluye del ámbito de aplicación de la Convención a las actividades de fuerzas armadas durante un conflicto armado, las cuales se encuentran gobernadas por el Derecho Internacional Humanitario, y las actividades de las fuerzas militares de un Estado en ejercicio de sus deberes oficiales, en cuanto están regidas por otras normas del derecho internacional (ídem).

El art. 20 establece que en caso de disputas que no puedan ser resueltas en un tiempo razonable, se deberá recurrir a un arbitro. Y si dentro de los seis meses posteriores al pedido de arbitraje las partes no hubiesen acordado el régimen del

arbitraje, cualquiera de aquéllas podrá plantear la disputa ante la Corte Internacional de Justicia (esta norma admite reserva).

La Convención se encuentra abierta para la firma por todos los Estados desde el 12 de enero de 1998 hasta el 31 de diciembre de 1999 (art. 21) y entrará en vigor a los trece días del depósito del vigésimosegundo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (art. 22). Para cada Estado ratificante, la Convención entrará en vigor el treintagésimo día posterior al depósito de su instrumento de ratificación, aprobación, aceptación o adhesión.

Cualquier Estado puede denunciar la Convención por escrito, lo que tendrá efecto al año de la fecha en la cual la notificación sea recibida.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, "International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings", adoptada en New York, el 9-1-1998, en *International Legal Materials*, ASIL, Washington, vol. XXXVII, marzo 1998, pp. 249/260.

TORTURAS Y MALOS TRATOS (CAMERÚN).

La ley n° 97/9 del 19 de enero de 1997 impone severas sanciones a los funcionarios gubernamentales que torturan: cadena perpetua, cuando la tortura resulta en la muerte no intencional; 10 a 20 años de prisión, si produce enfermedad o incapacidad laboral por un período superior a 30 días; y 2 a 5 años de prisión y multa cuando dicha enfermedad o incapacidad persiste durante un plazo menor.

Define "tortura" como todo dolor o sufrimiento agudo, sea físico, mental o psicológico, que cualquier funcionario público o quien actúe en su nombre produce a una persona con el objeto de obtener información o una confesión.

Recent developments, "New Anti-Torture Law in Cameroon", en *Journal of African Law*, vol. 42, n° 1, 1998, p. 137.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. CREACIÓN (COSTA RICA).

Recientemente, bajo el proyecto "Creación del Tribunal Constitucional de la República", se ha propuesto una reforma constitucional que recibió dictamen afirmativo unánime en la Comisión Especial nombrada para estudiar la Reforma de la Constitución

Política.

Tal proyecto, por una parte, pretende hacer más eficiente y ágil el funcionamiento del sistema constitucional de garantías y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esto es lo que explica la creación de dos Salas con competencia en materia de amparo y hábeas corpus, lo que, prácticamente, duplica la capacidad actual para resolver en este tema (a fines de octubre de 1997, en la Sala Constitucional, se encontraban pendientes de resolver 1295 amparos y 50 hábeas corpus).

Por otra parte, es sabido que los órganos que cumplen el papel de contralores de constitucionalidad se ven inmersos, por su propia naturaleza y funciones, en la resolución de conflictos de un alto contenido político, ya que, en este campo, se trata de verificar la concordancia existente entre decisiones políticas (como lo son en esencia las leyes) con parámetros normativos superiores (Constitución).

Con la figura del Tribunal Constitucional se elimina todo peligro de politización pues, si bien comparte la naturaleza de órgano jurisdiccional, amén de ser especializado, es independiente del resto de los poderes (incluido el judicial).

El proyecto concentra en un solo órgano constitucional la interpretación exclusiva de la Constitución, lo cual se considera altamente conveniente, pues dicha actividad está repartida entre la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones. Con ello, se pretende independizar la Sala de la estructura del Poder Judicial, adquiriendo ésta rango y características de un nuevo poder del Estado -sin llegar a serlo en sentido estricto- y, asimismo, elevar al Tribunal Supremo de Elecciones a la jerarquía de Tribunal Constitucional en materia electoral.

Si bien es cierto que el Tribunal Supremo de Elecciones tiene atribuciones de naturaleza administrativa, no lo es menos que sus funciones de mayor grado y que lo caracterizan son las jurisdiccionales y legislativas (arts. 121, inc. 1; 102, inc. 3; y 103). De manera que al ser éste un verdadero y auténtico tribunal de justicia electoral, con facultades para conocer y resolver como juez de última instancia todo lo concerniente a la materia, su ubicación en el Tribunal Constitucional tiene plena congruencia.

TREJOS SALAS, Gerardo (doctor en derecho - Universidades Complutense de Madrid y Estrasburgo de Francia), "Creación del Tribunal Constitucional de la República", en *Revista Parlamentaria*, San José, vol. 5, n° 3, diciembre 1997, p. 231.

VICTIMOLOGIA. DELITOS VIOLENTOS. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SOCIAL. AYUDA Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS (ESPAÑA).

El 11 de diciembre de 1995 se promulgó la Ley 35/1995 de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Entre los 16 artículos que contiene la norma, se destaca el deber de información a las víctimas estipulado en el art. 15, a saber:

"1. Los Jueces y Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal, autoridades y funcionarios públicos que intervengan por razón de su cargo en la investigación de hechos que presenten caracteres de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, informarán a las presuntas víctimas sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en esta Ley.

2. Las autoridades policiales encargadas de la investigación de hechos que presenten caracteres de delito recogerán en los atestados que instruyan todos los datos precisos de identificación de las víctimas y de las lesiones que se les aprecien. Asimismo, tienen la obligación de informar a la víctima sobre el curso de sus investigaciones, salvo que con ello se ponga en peligro su resultado.

3. En todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

4. La víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, deberá ser informada en términos claros de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita. Igualmente, deberá ser informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y le será notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso.

5. El Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal".

FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen, "Disposiciones", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Sección Legislativa, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, tomo XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre 1995, p. 981.

NOVEDADES BIBLIOGRAFICAS

A) LIBROS

AGENCIA DE PROTECCION DE DATOS, *Tratamiento de datos personales informatizados*, Madrid, 1997, 158 pp.

AGUADO RENEDO, César, *Los estatutos de autonomía en Italia*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, 88 pp.

AGUT GARCIA, Carmen (Profesora - Universidad Jaume I - Castellón), *El sindicato en la empresa (secciones y delegados sindicales)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 863 pp.

AJA, Eliseo y ALBERTI, Enoch (Catedráticos de Derecho Constitucional), *Leyes políticas del Estado*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, 905 pp.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1995, 607 pp.

ALLEN, Michael J. (Profesor - Newcastle Law School), *Elliott & Wood's. Cases and materials on criminal law*, séptima edición actualizada, Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1997, 875 pp.

ANCEL, Bertrand y LEQUETTE, Yves (Profesores - Universidad Pantheon-Assas, París II), *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Ed. Dalloz, París, 1998, 668 pp.

ANDREANI, Tony y FERAY, Marc, *Discours sur l'égalité parmi les hommes. Penser l'alternative*, Ed. Harmattan, París, 1993, 483 pp.

ANGIOLINI, V.; MARZONA, N; y CALDIROLA, D., *Codice di diritto costituzionale ed amministrativo*, Ed. CEDAM, Milán, 1996, 1480 pp.

ANGIOLINI, V.; MARZONA, N; y CALDIROLA, D., *Codice di diritto costituzionale ed amministrativo. Appendice di aggiornamento*, Ed. CEDAM, Milán, 1996, 114 pp.

ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 517 pp.

ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT (tomo 42), *L'argent et le droit*, Ed. Sirey, París, 1998, 465 pp.

ASOCIACION DE MAGISTRADOS DEL URUGUAY, *El Poder Judicial Frente a la Corrupción*. Ponencias del Seminario realizado en Montevideo los días 21 a 22 de abril de 1998, Ed. Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 1998, 172 pp.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *L'endettement. Journées Argentines*, Ed. LGDJ, París, 1997, 718 pp.

ASSOCIATION POUR UNE FONDATION NATIONALE DES ETUDES DE DROIT, *La formation des juristes au droit communautaire*, Ed. LGDJ, París, 1997, 208 pp.

AYRAL, Michel (Director de Política Industrial - Comisión Europea), *Droit*

communautaire de l'énergie, Ed. GLN Joly, París, 1997, 115 pp.

BACIGALUPO, Mariano (Profesor de Derecho Administrativo - Facultad de Derecho de la UNED), *La justicia comunitaria. Estudio sistemático y textos normativos básicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, 215 pp.

BALLESTEROS, Jesús (Catedrático de Filosofía del Derecho, Moral y Política - Universidad de Valencia), *Ecologismo personalista*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, 119 pp.

BANACLOCHE, Julio (Inspector Técnico Fiscal del Estado), *Manual de tributación (sentencias escogidas)*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, 383 pp.

BERGER, Vincent (Profesor - Colegio de Europa), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Ed. Sirey, Francia, 1996, 645 pp.

BIDAULT, Mylène, *Le comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Analyse d'une dynamique institutionnelle*, Ed. Montchrestien, París, 1997, 230 pp.

BILBAO UBILLOS, Juan María (Profesor de Derecho Constitucional - Universidad de Valladolid), *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana)*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, 195 pp.

BONESCHI, Luca, *La deontologia del giornalista. Diritti e doveri della professione*, Ed. EGEA, Milán, 1997, 306 pp.

BORE, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Ed. LGDJ, 1997, París, 507 pp.

BOULOUIS, Jean (Profesor emérito - Universidad Pantheon-Assas, París II), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Ed. Montchrestien, París, 1997, 407 pp.

BOULOUIS, Jean (Profesor emérito - Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París), y **CHEVALLIER, Roger-Michel**, *Grands arrêtés de la cour de justice des communautés européennes* (I) y (II), Ed. Dalloz, París, 1994, 434 pp. y 1997, 567 pp., respectivamente.

BRACHET, Bernard (Maestro de conferencias - Universidad Pantheon Assas, París II),

Le système fiscal français, Ed. LGDJ, París, 1997, 213 pp.

BRINER, Robert y otros, *L'Arbitrage et le Droit Européen*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1997, 225 pp.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M. (Profesor - Universidad de Salamanca), *Las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos y el ordenamiento español*, Ed. Tecnos. Madrid, 1997, 262 pp.

CALVO CHARRO, María (Profesora de Derecho Administrativo - Universidad Carlos III de Madrid), *La televisión por cable*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 257 pp.

CAPPELLETTI, Mauro (Profesor - Universidad de Florencia y de Stanford), *Le pouvoir des juges*, Ed. Económica, París, 1997, 397 pp.

CARBONELL, Eloísa y **MUGA, José Luis** (Profesores de Derecho Administrativo - Universidad Complutense de Madrid), *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, 149 pp.

CASTELLO NICAS, Nuria (Profesora asociada - Universidad de Granada), *La imputabilidad penal del drogodependiente*, Ed. Comares, Granada, 1997, 345 pp.

CASTILLO RUIZ, Rafael B., *Código de Procedimientos Civiles. Para el Distrito Federal. Nueva Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Castillo Ruiz Editores, México DF, 1997, 457 pp.

CERDAS CRUZ, Rodolfo, *El precio de una herencia. Fuerzas armadas, democracia y derechos humanos en Centroamérica*, Ed. IIDH, San José, 1996, 145 pp.

CHABANOL, Daniel (Ex-Presidente de Sala - Corte Administrativa de Apelaciones de Lyon), *Le juge administratif*, Ed. LGDJ, París, 1993, 120 pp.

CHAMBOM, Pierre (Consejero honorario - Cámara de Acusación - Corte de Apelaciones de Versalles), *Le juge d'instruction. Théorie et pratique de la procédure*, Ed. Dalloz, París, 1997, 464 pp.

COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Derecho internacional relativo a la conducción de las hostilidades. Compilación de convenios de La Haya y de algunos*

otros instrumentos jurídicos, Ginebra, 1996, 223

COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Ginebra, 1986, 215 pp.

COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Normas fundamentales de los convenios de Ginebra y de sus protocolos adicionales*, Ginebra, 1983, 64 pp.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil Constitutionnel*, Ed. PUF, París, 1989, 259 pp.

CONSEJO DE EUROPA, *Charte sociale européenne. Comité d'experts indépendants* (tomos I y II), Estrasburgo, 1998, 471 y 910 pp., respectivamente.

CONSEJO DE EUROPA, *Charte sociale européenne (Recueil de textes)*, Estrasburgo, 1997, 495 pp.

CONSEJO DE EUROPA, *Convention européenne des Droits de l'Homme (Recueil de textes)*, Estrasburgo, 1995, 358 pp.

CONSEJO DE EUROPA, *Droits de l'homme en droit international*, Estrasburgo, 1998, 483 pp.

CONSEJO DE EUROPA, *La Charte sociale du XXI siècle*, Estrasburgo, 1997, 344 pp.

CONSEJO DE EUROPA, *La santé face aux droits de l'homme a l'éthique et aux morales. 120 cas pratiques*, Estrasburgo, 1997, 500 pp.

CONSEJO DE EUROPA, *Le rôle du pouvoir judiciaire dans un Etat de droit. Table ronde des ministres de la Justice des pays d'Europe centrale et orientale, organisée par le Conseil de l'Europe en coopération avec le ministre de la Justice de la République de Pologne. Varsovie (Pologne), 4 avril 1995*, Estrasburgo, 1996, 126 pp.

CONSEJO DE EUROPA, *Europäische Verträge - European treaties - Traités européens* (vol. I) y (vol. II), Estrasburgo, 1998, 1161 pp. y 1073 pp., respectivamente.

CONSEJO DE EUROPA, *Vade-mecum de la Convention européenne des Droits de*

l'Homme, Estrasburgo, 1991, 159 pp.

CORDON MORENO, Faustino (Catedrático de Derecho Procesal), *Ley de Enjuiciamiento Civil y otras normas procesales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, 1144 pp.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*, San José, 1994, 593 pp.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA, *Seminario Internacional: "Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios"*, Sucre, 1996, 278 pp.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, *Código Penal, Código Procesal Penal*, 1998, San Salvador, 329 pp.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, *Derecho Constitucional Presupuestario Salvadoreño*, San Salvador, 1996, 168 pp.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, *Ley transitoria para regular la tramitación de los procesos penales y recursos de gracia iniciados antes del 20 de abril de 1998*, San Salvador, 1998, 57 pp.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PARAGUAY, *Compilación de tratados de Derecho Internacional Privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994*, Asunción, 1998, 813 pp.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Aperçus. Trente-cinq années d'activité 1959-1994*, Ed. Consejo de Europa, 1995, Estrasburgo, 111 pp.

DASHWOOD, Alan (Profesor - Centro Europeo de Estudios legales - Universidad de Cambridge) y **O'LEARY, Síofra** (Secretaria - Corte Europea de Justicia), *The Principle of Equal Treatment in E. C. Law. A Collection of Papers by the Centre for European Legal Studies* (Cambridge), Ed. Swett & Maxwell, Londres, 1997, 300 pp.

DE BERRANGER, Thibaut (Profesor de conferencias - Universidad de Nantes), *Constitutions nationales et construction communautaire. Essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, Ed. LGDJ, París, 1995, 564 pp.

DEBOISSY, Florence (Profesora de conferencias - Universidad de Bourgogne), *La simulation en droit fiscal*, Ed. LGDJ, París, 1997, 472 pp.

DE CARRERAS SERRA, Francesc (Catedrático - Universidad Autónoma de Barcelona), *Leyes políticas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, 1081 pp.

DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo (Profesor de Derecho Administrativo), *Judicial review y justicia cautelar*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 166 pp.

DELLIS, Georges (Refrendario - Corte de Justicia de las Comunidades Europeas), *Droit pénal et droit administratif. L'Influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, Ed. LGDJ, París, 1997, 464 pp.

DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, Ed. LGDJ, París, 1997, 303 pp.

DE VEGA GARCIA, Pedro, *Mundialización y Derecho Constitucional: para una palingenesis de la realidad constitucional*, Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, 80 pp.

DOLE, Georges, *La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail. Union Européenne. I - Droit européen et droit français*, Ed. LGDJ, París, 1997, 256 pp.

DOMINGUEZ VILA, Antonio (Profesor de Derecho Constitucional - Universidad de La Laguna), *Constitución y derecho sancionador administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 382 pp.

DORADO PORRAS, Javier, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Ed. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" (Universidad Carlos III de Madrid), Madrid, 1997, 148 pp.

DURAND DE BOUSINGEN, Denis y ROGERS, Arthur, *Une bioéthique pour l'Europe*, Ed. Conseil de l'Europe, 1995, 388 pp.

ESTRADA, Alexei Julio, *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, 91 pp.

FAURE, Christine, *Ce que déclarer des droits veut dire: histoires*, Ed. PUF, París, 1997, 323 pp.

FENNELL, Rosemary, *The common agricultural policy. Continuity and change*, Ed. Clarendon Press Oxford, Nueva York, 1997, 439 pp.

FERNANDEZ FARRERES, Germán (Catedrático de Derecho Administrativo - Universidad Complutense de Madrid), *El Recurso de Amparo según la jurisprudencia constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, 383 pp.

FERNANDEZ-FERNANDEZ, Gerardo Roger, *Estudio sobre el urbanismo y la protección de los recursos naturales*, Ed. Ministerio de Fomento, Valencia, 1996, 182 pp.

FERNANDES, Carlos, *A extradição e o respectivo sistema português*, Ed. Coimbra, 1996, 100 pp.

FERNANDEZ RAMOS, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 629 pp.

FERRER MUÑOZ, Manuel, *La cuestión de la esclavitud en el México decimonónico: sus repercusiones en las etnias indígenas*, Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, 60 pp.

FIGUERUELO BURRIEZA, Angela, *Consideraciones sobre el gobierno de legislatura en el sistema parlamentario español*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, 67 pp.

FONTAINE, Pascal (Profesor - Instituto de Estudios Políticos de París), *10 lecciones sobre Europa*, Ed. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1998, 62 pp.

FOURTEAU, Henri, *L'application de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans le droit interne de états membres. L'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, Ed. LGDJ, París, 1996, 376 pp.

FRAGOLA, Augusto, *Il diritto dei mass media. La tutela sanzionatoria della persona*,

Ed. CEDAM, Milán, 1997, 297 pp.

FRERES, Christian (Coordinador), *La cooperación al desarrollo bilateral de la Unión Europea con América Latina*, Ed. AIETI, Madrid, 1997, 235 pp.

FROMONT, Michel (Profesor de Derecho Comparado - Universidad París I, Pantheon-Sorbona), *La justice constitutionnelle dans le monde*, Ed. Dalloz, París, 1996, 140 pp.

FROWEIN, Jochen A. y MARAUHN, Thilo, *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Beiträge zum ausländisches öffentliches recht und völkerrecht 130, Ed. Springer, Alemania, 1997.

GALIANA MORENO, Jesús María y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Catedráticos - Universidad de Murcia), *Legislación laboral y de la seguridad social*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, 1334 pp.

GANZENMÜLLER, Carlos (Fiscal); **ESCUDERO, José Francisco** (Secretario Judicial) y **FRIGOLA, Joaquín**, *Delitos contra la seguridad del tráfico (Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, 554 pp.

GARAVITO, Fernando, *Ricardo Medina Moyano (vida, obra y pensamiento jurídico)*, Ed. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonella (Ministerio de Justicia y Derecho), Bogotá.

GARCIA BLAZQUEZ, Manuel, *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código Penal de 1995 (un análisis médico-legal del art. 20.1 y 20.2)*, Ed. Comares, Granada, 1997, 228 pp.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, 93 pp.

GAUDEMET, Yves (Profesor - Universidad Pantheon-Assas, París II); **STIRN, Bernard** (Profesor - Instituto de Estudios Políticos de París); **DAL FARRA, Thierry** (Profesor de conferencias - Universidad Pantheon-Assas, París II) y **ROLIN, Frédéric**. *Les grands avis du Conseil d'État*, Ed. Dalloz, París, 1997, 834 pp.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley*

Fundamental de Bonn, Ed. Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, 367 pp.

GEARTY, C. A. (Profesor - Colegio King's), *European civil liberties and the European Convention on Human Rights. A Comparative Study*, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1997, 420 pp.

GIFREU FONT, Judith (Profesora de Derecho Administrativo - Universidad Autónoma de Barcelona), *La regeneración urbana en Gran Bretaña*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 222 pp.

GOMEZ PUENTE, Marcos (Profesor de Derecho Administrativo - Universidad de Cantabria), *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, 292 pp.

GORELLI HERNANDEZ, Juan (Profesor - Universidad de Sevilla), *La protección por maternidad. Análisis normativo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 391 pp.

GOURION, Pierre-Alain y PEYRARD, Georges, *Droit du commerce international*, Ed. LGDJ, París, 1997, 205 pp.

GRYNFOGEL, Catherine (Profesora de conferencias - Universidad de Ciencias Sociales de Toulouse), *Droit communautaire de la concurrence*, Ed. LGDJ, París, 1997, 125 pp.

HAGUENAU, Catherine, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Ed. Bruylant-Universidad de Bruselas, Bruselas, 1995, 619 pp.

HAMON, Francis (Profesor de Derecho Público y Ciencias Políticas - Universidad de París XI), *Le référendum. Etude comparative*, Ed. LGDJ, París, 1995, 199 pp.

HARGAIN, Daniel (Profesor de Derecho Privado del Comercio Internacional - Universidad Católica del Uruguay) y **MIHALI, Gabriel** (Profesor de Técnica de la Contratación Comercial - Universidad de la República), *Circulación de bienes en el Mercosur* (Derecho del comercio internacional. Contratos internacionales. Compraventa. Garantías. Forma de intermediación bancaria. Transporte. Seguros. Propiedad intelectual. Propiedad industrial), Ed. B de F, Montevideo, 1998, 602 pp.

HENNAU-HUBLET, Christiane y KNOPPERS, Bartha María, *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme. Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1997, 509 pp.

HERNANDEZ CHAVEZ, Alicia (Coordinadora), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1997, 296 pp.

HERNANDEZ MARTINEZ, María del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1997, 225 pp.

HERSCHEL, Marie-Luise, *L'économie de l'Union européenne*, Ed. Armand Colin, París, 1997, 191 pp.

HEYDE, Wolfgang, *Justice and the law in the Federal Republic of Germany*, Ed. C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, 105 pp.

HORGUE BAENA, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 227 pp.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA, *Perspectivas de la Constitución de 1991-1996. Conmemoración del quinquenio de la Constitución Política de 1991*, Ed. I.E.C. C.R.P., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, 79 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Cárceles en Nicaragua. Un diagnóstico para un debate sobre Derechos Humanos*, San José, 1997, 112 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Catálogo de material didáctico. Educación en Derechos Humanos. Volumen II*, San José, 1995, 162 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Convenios de Ginebra (para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; para aliviar la suerte de los heridos enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; sobre el trato a los prisioneros de guerra; y sobre la protección de las personas civiles en tiempos de guerra)*, San José, 1993, 231 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente*, San José, 1995, 414 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Diagnóstico - Evaluación de la Situación Actual de la Educación en Derechos Humanos en El Salvador*, San José, 1994, 96 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Diccionario electoral*, San José, 1989, 694 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Directrices para visitas a Centros Penitenciarios*, San José, 1998, 87 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Educación en derechos humanos. Texto autoformativo*, San José, 1996, 142 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, 1998, 609 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *El mundo moderno de los derechos humanos. Ensayos en honor de Thomas Buergenthal*, Ed. IIDH, San José, 1996, 619 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Estudios especializados de derechos humanos (I)*, San José, 1997, 265 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Ética profesional, derechos humanos y prevención de la tortura. Memoria del seminario de Tegucigalpa, Honduras*, San José, 1997, 191 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Folclore: derecho a la cultura propia*, San José, 1997, 157 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Funciones y alcances de la Oficina del Comisionado Nacional de Derechos Humanos de Honduras. Estudio introductorio*, San José, 1995, 127 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *La igualdad de*

los modernos. Reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina, San José 1997, 74 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Legislación electoral comparada (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay)*, San José, 1988, 407 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Legislación militar Centroamericana*, San José, 1996, 1002 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, San José, 1996, 229 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Maleta didáctica. Educação para a Cidadania*, San José, 1995.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Memoria del Coloquio Internacional. 10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, San José, 1994, 475 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Memorias. Taller sobre mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*, San José, 1996, 223 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Periodismo, derechos humanos y control del poder político en Centroamérica*, San José, 1994, 135 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, 1998, 442 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres*, Ed. Cladem, 1997, 283 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Registro Civil y Electoral en Iberoamérica*, San José, 1997, 691 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Seminar for*

caribbean judicial officers on international human rights norms and the judicial function (proceedings of the 1993 Barbados Seminar), San José, 1995, 128 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Seminario Interamericano sobre la Protección de la Persona en Situaciones de Emergencia*, San José, 1995, 411 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Urnas y desencanto político. Elecciones y democracia en América Latina 1992-1996*, San José, 1998, 826 pp.

INSTITUTO TECNICO FORENSE DEL PODER JUDICIAL, *Manual informativo*, Ed. Suprema Corte de Justicia del Uruguay, Montevideo, 1998, 97 pp.

B) PUBLICACIONES PERIODICAS

ABA JOURNAL. Chicago, 1998, vol. 84, marzo-abril-mayo-junio-julio.

ACTUALITES DU DROIT. Ed. Facultad de Derecho de Lieja, Lieja, 1998, n° 1. **DOCTRINE**: "Les résultats du Conseil européen d'Amsterdam (les 16 et 17 juin 1997). Présentation générale du Traité d'Amsterdam", por VAN RAEPENBUSCH, Sean. — "Le principe de l'autonomie procédurale à la lumière de la jurisprudence Peterbroeck et Van Schijndel", por PELEKI-VELLIOS, Catherine. — "Qu'en est-il des questions préjudicielles en procédure pénale fiscale? En particulier dans le cadre de l'article 462 C.I.R. 1992", por DAUBY, Catherine. — **LA VIE DU DROIT**: "Modifications récentes en matière de bail de résidence principale: loi du 13 avril 1997", por DOPPAGNE, S.

ACTUALITES DU DROIT. Ed. Facultad de Derecho de Lieja, Lieja, 1998, n° 2. **LA VIE DU DROIT:** "Discours présenté lors de la cérémonie de remise du *Liber Amicorum* à l'occasion du 40° anniversaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, le 22 janvier 1998", por DE BUCK VAN OVERSTRAETEN, Ph. — **DOCTRINE:** "Le droit d'ingérence: mythe ou réalité?", por JAMART, Jean-Sébastien. — "Le concept de développement durable", por TILMAN, Valérie. — "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", por MICHIELS, Olivier.

AGORA. REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES. Ed. Centre d'Estudis Polítics i Socials, Valencia, 1997, n° 4. **ESTUDIOS:** "Caminando hacia la tautología: El Estado o la exclusión (el Estado neoliberal como Estado de exclusión)", por DE LUCAS, Javier. — **TEMA: LA REFORMA LABORAL:** "La nueva reforma laboral ¿Qué se ha hecho y para qué?", por ALFONSO MELLADO, Carlos L. — "Valoración del 'Acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo' dentro del proceso precarizador español", por CANO, Ernest. — **DOCUMENTACIÓN:** "Acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo". — "Real decreto-ley 8/97, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida". — "Real decreto-ley 9/97, de 16 de mayo, por el que se regulan incentivos en materia de seguridad social de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo". — "La Reforma Laboral y los jóvenes", por Secretaria de Joventut Comisiones Obreras-PV". — "Acuerdos para la estabilidad del empleo y la negociación colectiva", por FERRER SAIS, Antonio.

AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW. Ed. The American Society of International Law, Washington DC., 1998, vol. 92, n° 1. "Crimes and Accountability in Shakespeare", por MERON, Theodor. — **EDITORIAL COMMENT:** "*Forum non conveniens* and antisuit injunctions: an update", por LAWENFELD, Andreas F. — "Contemporary practice of the United States relating to international law", por NASH, Marian. — **INTERNATIONAL DECISIONS:** "Prosecutor v. Kanyabashi", por MORRIS, Virginia. — "Chahal v. United Kingdom", por RUDOLF, Beate. — "S. v. Berlin Court of Appeal and District Court", por FASSBENDER, Bardo. — "*In re G.*", por ZIEGLER, Andreas R. — "*United States v. Alaska*", por BEDERMAN, David J. — "*Murphy v. Netherland*", por ACEVES, William J. — "Parreti v. United States", por COOMBS, Mary. — **CURRENT DEVELOPMENTS:** "The 1997 United Nations Convention on International Watercourses", MC CAFFREY, Stephen y SINJELA, Mpazi. — "The forty-ninth session of the International Law Commission", por ROSENSTOCK, Robert. — "The fifty-third session of the UN Commission on Human Rights", por DENNIS, Michael J. — "The third and fourth sessions of the UN Preparatory Committee on the

Establishment of an International Criminal Court", por HALL, Christopher Keith. — "The first site visit of the International Court of Justice in fulfillment of its judicial function", por TOMKA, Peter y WORDSWORTH, Samuel S. — "The United Nations Treaty Collection on the Internet", por KOHONA, Palitha T. B.

AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW. Ed. The American Society of International Law, Washington DC., 1998, vol. 92, n° 2, abril. "Reconciling extradition with human rights", por VAN DEN WYNGAERT, Christine y DUGARD, John. — "Lincoln, Lieber and the laws of war: the origins and limits of the principle of military necessity", por CARNAHAN, Burrus M. — **EDITORIAL COMMENT:** "Restitution for historic wrongs, the American Courts and International Law", por VAGTS, Detlev. — "Classification of armed conflict in the former Yugoslavia: *Nicaragua's* fallout", por MERON, Theodor. — **"CONTEMPORARY PRACTICE OF THE UNITED STATES RELATING TO INTERNATIONAL LAW"** por NASH, Marian. — **INTERNATIONAL DECISIONS:** "*Gabčikovo-Nagymaros Project*", por BEKKER, Peter H. F. — "*The M/V 'Saiga'*", por OXMAN, Bernard H. — "*Persecutor v. Erdemović*", por SWAAK-GOLDMAN, Olivia. — "*Well Blowout Control Claim*", por ALFORD, Roger P. — "*Portuguese Republic v. Council*", por KOKOTT, Juliane y HOFFMEISTER, Frank. — "*Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*", por MERTUS, Julie A. — "*Japan v. Kim Sun-Ki*", por KWON PARK, Hee. — "*Caglar v. H.M. Inspector of Taxes*", por TURNS, David. — "*Doe v. Unocal*", por ACEVES, William J. — **CURRENT DEVELOPMENTS:** "The Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change", por BREIDENICH, Clare; MAGRAW, Daniel; ROWLEY, Anne y RUBIN, James W. — "The fifth session of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court", por HALL, Christopher Keith. — "UN Compensation Commission Panel Sets Precedents on Government", por HEISKANEN, Veijo y O'BRIEN, Richard. — "The 1997 judicial activity of the International Court of Justice", por BEKKER, Peter H. F.

ANUARIO DE DERECHO. Ed. Centro de Investigación Jurídica (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - Universidad de Panamá), Panamá, 1996-1997, n° 25-26. **SECCION DOCTRINAL: CIENCIA POLÍTICA:** "De la democracia censitaria a la democracia participativa", por RODRIGUEZ PATIÑO, Rubén Darío. — **DERECHO CIVIL:** "Las formalidades para la contratación inmobiliaria", por VAN EPS, Juan Oscar. — "Las obligaciones naturales", por LUQUE, Virgilio. — **DERECHO CONSTITUCIONAL:** "Observaciones críticas a la teoría del Poder Constitucional", por QUINTERO, César. — "La objeción de inexequibilidad", por GONZALEZ MONTENEGRO, Rigoberto. — "Las costumbres

constitucionales", por SANCHEZ URRUTIA, Ana. — **DERECHO ECONÓMICO:** "La libre competencia según la ley 29 de 1° de febrero de 1996", por ABREGO, Abdiel Algis. — "Los principios de protección de las obras en derecho de autor", por CORBETTI, Ariel I. — "El Instituto Panameño de Comercio Exterior como ente promotor de la exportación panameña", por CUEVAS, Adrián E. — **DERECHOS HUMANOS:** "Derechos humanos de los pueblos", por ARANGO DURLING, Virginia. — **DERECHO INTERNACIONAL:** "Convención Unidroit sobre factoraje internacional", por BOUTIN I., Gilberto. — **DERECHO LABORAL:** "Enfoque doctrinal y legal de tres axiomas laborales", por CEDALISE RIQUELME, Cecilio. — "El despido por arresto o prisión del trabajador en Panamá ¿Una justicia injusta?", por REYNA, Rolando. — "Normas que protegen la maternidad de la mujer trabajadora", por SAEZ DE FUENTES, Belquis y ROYO, Maritza. — "El despido disciplinario y la reforma laboral", por VARGAS VELARDE, Oscar. — "La jornada de trabajo", por WAISOME, Felipe A. — **DERECHO PENAL:** "Las excusas absolutorias", por HIM, Ricardo A. — "La no exigibilidad de otra conducta como causa de exclusión de la culpabilidad", por PONCE M., Kathia Elisa. — **DERECHO ROMANO:** "La teoría de las obligaciones en el Derecho Romano", por PEREIRA SERRACIN, Graciano Eduardo. — **RELACIONES DE PANAMA CON LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA:** "Índice cronológico de Convenios, Acuerdos y otras disposiciones concernientes a las relaciones entre Panamá y los Estados Unidos de América, publicados en la Gaceta Oficial de 1903 a 1997", por VALDES F., Plinio F. — **LEGISLACION:** "Índice cronológico de leyes, decretos-leyes y decretos ejecutivos de 1996 y 1997", por ALVARADO CHORRES, Ricardo Manuel y TUÑÓN, Jair. — **JURISPRUDENCIA:** "Declaraciones de inconstitucionalidad emitidas por la Corte Suprema de Justicia en 1995", por SANCHEZ, Ana. — "Armando. Declaraciones de inconstitucionalidad emitidas por la Corte Suprema de Justicia en 1996", por MUÑOZ, Armando.

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (Publicación oficial del Ministerio de Justicia e Interior), Madrid, 1995, tomo XLVIII, fascículo I, enero-abril. **IN MEMORIAM:** "En memoria al profesor Dr. D. José Ramón CasaboRuiz", por BORJA JIMENEZ, Emiliano. — **DOCTRINAL:** "De nuevo sobre el delito de prevaricación en el 'caso Barreiro'", por MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. — "Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico", por GONZALEZ RUS, Juan José. — "Los puntos de partida de la dogmática penal", por JAEN VALLEJO, Manuel. — "La duda sobre la prohibición. Especial consideración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", por PEREZ ALONSO, Esteban. — "La terminación del delito", por BORJA JIMENEZ, Emiliano. — "Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte", por SANCHEZ-VERA GOMEZ TRELLES, Javier. — **CRÓNICAS EXTRANJERAS:** "Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la

teoría de la pena", por MORSELLI, Elio. — **SECCIÓN LEGISLATIVA:** "Disposiciones", por FIGUEROA NAVARRO, M. Del Carmen. — **SECCIÓN JURISPRUDENCIA:** "Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo", por MIR PUIG, Santiago. — "Sobre las desviaciones causales", por BALDO LAVILLA, Francisco.

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (Publicación oficial del Ministerio de Justicia e Interior), Madrid, 1995, tomo XLVIII, fascículo II, mayo-agosto. **DOCTRINAL:** "Evolución crítica de la criminología desde y hacia las teologías", por BERISTAIN, Antonio. — "La relación 'dolo de peligro'; 'dolo (eventual) de lesión'. A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 'sobre el aceite de colza'", por MAQUEDA ABREU, María Luisa. — "Pena y proceso: fines comunes y fines específicos", por ARMENTA DEU, Teresa. — "El cómputo temporal en la duración de las penas y en la prescripción de las infracciones penales", por GOMEZ DE LA ESCALERA, Juan José. — "Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena", por PADILLA ALBA, Herminio Ramón. — "Víctimas civiles del terrorismo residentes en Guipúzcoa: situación personal y respuesta social e institucional", por CUESTA GOROSTIDI, Cristina. — **CRÓNICAS EXTRANJERAS:** "La inducción a un hecho principal indeterminado", por DIETRICH HERZBERG, Rolf. — **SECCIÓN LEGISLATIVA:** "Disposiciones", por FIGUEROA NAVARRO, M. Del Carmen. — **SECCIÓN JURISPRUDENCIA:** "Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo", por MIR PUIG, Santiago. — "Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", por JUBERT JOSHI, Ujala.

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (Publicación oficial del Ministerio de Justicia e Interior), Madrid, 1995, tomo XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre. **SECCIÓN DOCTRINAL:** "Estafa mediante cheque en el Código Penal de 1995", por SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. — "La criminalización del fraude a la seguridad social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal", por VALLE MUÑIZ, José Manuel. — "Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida", por SANZ MORAN, Angel José. — "La 'rigurosa aplicación de las leyes'", por BACIGALUPO, Enrique. — "Función unitaria y función teleológica de la antijuricidad", por LARRAURI, Elena. — "La suspensión de la ejecución de la pena para drogadependientes en el nuevo Código Penal", por ALCACER GUIRAO, Rafael. — **CRÓNICAS EXTRANJERAS:** "Intervención delictiva e imputación objetiva", por LESCH, Heiko H. — **SECCIÓN LEGISLATIVA:** "Disposiciones", por FIGUEROA NAVARRO, M. Del Carmen. — **SECCIÓN JURISPRUDENCIA:** "Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo", por MIR PUIG,

Santiago. — "Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿Concurso de leyes o concurso de delitos?", por CARDENAL MONTRAVETA, Sergi.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO. UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Coimbra, 1996, vol. LXXII. **DOCTRINA:** "Ius quod iustum?", por DE CARVALHO, Orlando. — "A crise da romanística", por JUSTO, Santos A. — "Os meios de comunicação (Correios, Telégrafo, Telefones ou telecomunicações), o segredo e a responsabilidade penal dos funcionários", por DE FARIA COSTA, José. — "Crise de valores; crise do direito", por SANTOS, Almeida. — "Sobre a natureza jurídica das opções negociadas em bolsas", por SZTAJN, Rachel. — "A Constituição e os movimentos religiosos minoritários", por MACHADO, Jónatas. — "Direito de resposta: limite à liberdade de imprensa ou protecção do consumidor?", por MONIZ, Helena. — "O exercício de actividades concorrentes pelos gerentes de sociedades por quotas", por SOVERAL MARTINS, Alexandre. — "Jesus de Nazaré e a lei", por FERNANDES, João Alexandrino.

BOLETIN OFICIAL DEL MERCOSUR. Ed. Secretaría Administrativa del Mercosur, Montevideo, n° 3, diciembre 1997.

BULLETIN DE JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE. Comisión de Venecia, Estrasburgo, 1997, n° 3.

BULLETIN ON CONSTITUTIONAL CASE-LAW. Comisión de Venecia, Estrasburgo, 1997, n° 3.

CAHIERS DE DROIT EUROPEEN. Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1998, n° 1-2. **EDITORIAL:** "L'Union européenne et l'élargissement", por DE SCHOUTHEETE DE Tervarent, Philippe. — **DOCTRINE:** "La libre circulation des marchandises des personnes et des services dans le Traité CE sous l'angle de la compétence", por BERNARD, Nicolas. — "La Communication de la Commission sur l'accès au dossier dans le procédures de concurrence: point final ou premier pas dans la bonne direction?", por LOUIS, Frédéric P. — "L'*obiter dictum* dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", por CHARRIER, Carmenza. — "L'expression 'accord envisagé' dans l'article 228.6 du

Traité CE", por KARAGIANNIS, S. — "Quelques réflexions sur la réforme de la politique commerciale par le Traité d'Amsterdam: le maintien du *statu quo* et l'unité de la représentation internationale de la Communauté", por NEFRAMI, Eleftheria. — **JURISPRUDENCE:** "Les communications de la Commission et le marché intérieur. A propos de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 20 mars 1997 dans l'affaire C-57/95, Rec. 1997, p. I-1640 à I-1652", por LECLERC, S. — "Où s'arrête le principe d'égalité ou de l'importance d'être bien-portante (à propos de l'arrêt *Larsson* de la Cour de justice)", por BOCH, Chr. — "L'arrêt *Vougioukas*: une révolution discrète?", por MAVRIDIS, Prodromos. — **CHRONIQUE LÉGISLATIVE**, por LOUIS, Frédéric.

CASSAZIONE PENALE. Revista Mensile de Giurisprudenza. Ed. A. Giuffrè, Milán, 1998, vol. 38, n° 1, enero.

NOTE E OSSERVAZIONI: "Frode tossica alimentare ed esclusione dei benefici. Estensibilità dalla legislazione speciale ai delitti del codice penale", por PACILEO, Vincenzo. — "Contestazione di un fatto nuovo ai sensi dell'art. 518 c.p.p. e richiesta di applicazione della pena", por RIVELLO, Pier Paolo. — "Sul concetto di 'condizione analoga alla schiavitù'", por AMATI, Enrico. — "Corruzione: norma a più fattispecie o disposizione di legge con più norme?", por MARRA, Giuseppe. — "La tutela normativa dall'inquinamento acustico. I reati di cui all'art. 659 c.p. ed i nuovi illeciti amministrativi", por DE FALCO, Giuseppe. — "In tema di successione di leggi nel tempo e di modifica 'mediata' delle norme penali", por GARGIULO, Raffaele. — "Sulla competenza per territorio per la diffamazione attraverso trasmissioni radiofoniche o televisive", por GRAZIA ROSA, María. — "Rinuncia al teste: poteri delle altre parti e del giudice", por DE FALCO, Giuseppe. — "La perdurante applicazione del 'vecchio' art. 513 c.p.p. ai processi ormai giunti in Cassazione", por MAZZA, Olivero. — "Considerazioni sugli elementi a favore dell'imputato nel procedimento cautelare", por NUZZO, Francesco. — "Sanzioni sostitutive e reato continuato: come deve essere determinata la pena ai fini di valutare l'ammissibilità della sostituzione delle pene detentive in sede di procedimenti speciali?", por GALLUCCI, Enrico. — "Patteggiamento e sospensione della patente di guida: la vigilia di un revirement", por DE MATTEIS, Luca. — "In tema di esportazione clandestina di armi da guerra", por DE MATTEIS, Luca. — "Esportazione di armi: il caso è chiuso?", por GORLANI, Innocenzo. — "Sulla non automatica applicabilità dell'art. 597 comma 4 c.p.p. al procedimento di prevenzione", por MOLINARI, Pasquale Vincenzo. — "Sui poteri del pubblico ministero in materia di sospensione dell'esecuzione ex art. 47 comma 4 dell'ordinamento penitenziario", por POMANTI, Pietro. — "Attività di 'spaccio' e fatto di 'lieve entità'", por AMATO, Giuseppe. — **OPINIONI E DOCUMENTI:** "Il delitto di peculato del militare della guardia di finanza (art. 3 legge 9 dicembre 1941, n 1383): configurazione attuale e prospettiva futura", por NUNZIATA, Massimo. — "Non luogo a procedere per estinzione del reato a seguito di riconoscimento di circostanze attenuanti?", por

LUIGI FANULI, Giuseppe y LAURINO, Andrea. — "Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.", por FANCHIOTTI, Vittorio. — "L'udienza preliminare nel processo penale inglese: dalle spinte abolizioniste agli interventi di destrutturazione", por GALBUSERA, Vittorio. — **Attualità:** "L'evoluzione dell'art. 25 Cost. nel pensiero del nuovo costituente", por DI GIOVINE, Ombretta.

CASSAZIONE PENALE. Revista Mensile de Giurisprudenza. Ed. A. Giuffrè, Milán, 1998, vol. 38, n° 2, febrero.

NOTE E OSSERVAZIONI: "Sequestro preventivo e incompatibilità: un ulteriore caso al vaglio della Corte costituzionale", por COSSIGNANI, Meri. — "Incompatibilità del giudice e processo minorile: le garanzie si estendono anche all'udienza preliminare", por GARUTI, Giulio. — "L'opinabile soluzione delle Sezioni unite al problema della 'droga di gruppo'", por POTETTI, Domenico. — "Pluralità di difensori ed effettività del contraddittorio nella decisione sulla proroga dei termini di custodia cautelare per esigenze istruttorie", por CAMPANELLA, Susi. — "Insolvenza fraudolenta e omesso pagamento del pedaggio autostradale: primi chiarimenti dalle Sezioni Unite", por GIOFFRÈ, Ilaria. — "Esercizio del diritto e suo abuso. L'astensione degli avvocati tra disciplina costituzionale ed ordinamento penale", por DI NICOLA, Paola y GUZZETTA, Giovanni. — "La norma '...di diritto pubblico...' (art. 357 cpv. C.p.) quale criterio di qualificazione penalistica dell'attività sanitaria libero-professionale c.d. *intra moenia*", por D'ARMA, Stefano. — "Sul concetto di 'reati della stessa indole'", por D'ARMA, Stefano. — "Esame del perito e lettura della relazione scritta nella regola dettata dall'art. 511 c.p.p.", por CANTONE, Raffaele. — "Astensione e riconsuazione del giudice: in comune solo la ratio", por COLAMUSSI, Marilena. — "Brevi osservazioni sulle modalità di deposito dell'impugnazione da parte del pubblico ministero e sulla motivazione *per relationem* dell'atto di impugnazione", por CANTONE, Raffaele. — "Sull'inesistenza di un potere del g.i.p., investito dal p.m. di una richiesta di proroga delle indagini, di ordinare la formulazione dell'imputazione", por CANTONE, Raffaele. — "Sui limiti della deductibilità in cassazione del difetto di motivazione delle ordinanze cautelari", por VESSICHELLI, María. — "Il fascicolo del riesame tra esigenze contenutistiche, termini e sanzioni procedurali", por MERCONE, Mario. — "Condannato all'ergastolo ammesso allo speciale programma di protezione e detenzione domiciliare: un freno alla applicazione 'illimitata' dei benefici penitenziari nella linea di una preannunciata svolta legislativa", por PRESUTTI, Adonella. — "Omesse annotazioni di proventi e infedele dichiarazione", por DELL'ANNO, Paulino. — "Puntualizzazioni in tema di individuazione del giudice competente a conoscere dell'importazione illecita di sostanze stupefacenti", por AMATO, Giuseppe. — "Sui concetti di 'rappresaglia' e 'adempimento del dovere' nei reati militari", por RICHIELLO, Giampietro. — "Decreto 'Ronchi': l'oscura disciplina dei rifiuti pericolosi", por GIAMPIETRO, Franco. — **OPINIONI E DOCUMENTI:** "I reati previsti dal d.lg. 14 agosto 1996, n.

494 in materia di sicurezza nei cantieri", por GIGLIOTTI, Francesco. — "Il crepuscolo del rito accusatorio: contro l'efficienza senza garanzie", por PECORELLA, Gaetano. — "I magistrati aggiunti in corte di assise: una figura non completamente esplorata", por AMATO, Giuseppe. — "La 'nuova' Corte europea dei diritti dell'uomo", por SARAGNANO, María Teresa. — **ACTUALITÀ:** "L'XI convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale", por MAGGIO, Paola.

CASSAZIONE PENALE. *Revista Mensile de Giurisprudenza*. Ed. A. Giuffrè, Milán, 1998, vol. 38, n° 3, marzo.

NOTE E OSSERVAZIONI: "Creazione di fondi extrabilancio per finalità illecite: ipotesi di appropriazione indebita", por DELL'ANNO, Paolino. — "Sulla successione di leggi sanzionatorie nel caso di depenalizzazione", por GARGIULO, Raffaele. — "Ancora incertezze in tema di ricettazione di carte di credito", por AMATO, Giuseppe. — "Sulla nullità del verbale", por CIANI, Stefania. — "Ancora qualche puntualizzazione sulle garanzie di libertà del difensore", por CIANI, Stefania. — "Accoglimento del ricorso avverso l'ordinanza di rigetto della dichiarazione di ricusazione e nullità della sentenza pronunciata medio tempore dal giudice ruscato", por PATANE, Vania. — "Vizio di motivazione dell'ordinanza coercitiva e ricorso immediato per cassazione", por NAPPI, Aniello. — "Il giudizio di ammissibilità nel nuovo procedimento di revisione: requisiti sostanziali della richiesta e non manifesta infondatezza", por BRONZO, Pasquale. — "La c.d. 'Concelebrazione' delle rogatoire e gli atti diretti di giurisdizione all'estero", por DIOTALLEVI, Giovanni. — "La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente (in tema di omessa trasfusione di sangue 'salvavita' rifiutata dal malato)", por IADECOLA, Gianfranco. — "Titolari dell'azione di prevenzione con riferimento alle misure patrimoniali. Il procuratore nazionale antimafia dimezzato?", por VICENZO MOLINARI, Pasquale. — "Considerazioni in tema di rapporti tra la norma tributaria che facoltizza la non conservazione delle scritture e dei documenti contabili a seguito dell'adesione al c.d. concordato di massa e la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 4 lett. b) legge n. 516 del 1982", por RAMPIONI, Roberto. — **OPINIONI E DOCUMENTI:** "La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo", por MILITELLO, Vincenzo. — "Le nuove norme a tutela della libertà sessuale: problemi di diritto intertemporale", por CARMONA, Angelo. — "Ordine dell'assunzione delle prove: una particolare problematica relativa ai processi nei quali uno o più imputati siano 'collaboratori di giustizia'", por SIANO, Francesco. — "Il principio della libertà dalle autoincriminazioni e la sua rilevanza in materia di denuncia di infortunio sul lavoro o di malattia professionale", por FURIN, Novello. — **ATTUALITÀ:** "Realtà e prospettive dell'amministrazione della giustizia in una risposta del Ministro Flick a varie interpellanze".

COLUMBIA LAW REVIEW. Cambridge, 1997, vol. 97, n° 8, diciembre. **ARTICLES:** "Mission impossible: settling the just bounds between church and state", por FISH, Stanley. — "The apportionment of 'direct taxes': are consumption taxes constitutional?", por JENSEN, Erik M. — **NOTE:** "Major league baseball's disempowered commissioner: judicial ramifications of the 1994 restructuring", por ARCELLA, Craig F. — **ESSAY:** "Money and politics", por FISS, Owen M.

COLUMBIA LAW REVIEW. Cambridge, 1998, vol. 98, n° 1, enero. **ARTICLE:** "Theories of regulation: incorporating the administrative process", por CROLEY, Steven P. — **NOTE:** "Backlash", por ROE, Mark J. — "Will fair use function on the internet?", por THI PHAN, Dan Thu. — **ESSAYS:** "The Courts and the Congress: Should judges disdain political history?", por STRAUSS, Peter L.

COLUMBIA LAW REVIEW. Cambridge, 1998, vol. 98, n° 2, marzo. **ARTICLE:** "A constitution of democratic experimentalism", por DORF, Michael C. y SABEL, Charles F. — **NOTE:** "Mutual funds: solving the shortcomings of the independent director response to advisory self-dealing through use of the undue influence standard", por KIM, Samuel S.

COLUMBIA LAW REVIEW. Cambridge, 1998, vol. 98, n° 3, abril. **ARTICLES:** "Accountability, liberty, and the Constitution", por BROWN, Rebecca L. — "Questioning the 'new consensus' on promissory estoppel: an empirical and theoretical study" — **NOTE:** "Busting the administrative trust: an experimentalist approach to universal service administration in telecommunications policy", por WYETH KIRKHAM, Christopher. — **BOOK REVIEW:** "Metropolitanism, progressivism, and race", por ZELINSKY, Edward A.

COMERCIO EXTERIOR. Ed. Bancomext, México, 1998, vol. 48, n° 3, marzo. "La unión económica y monetaria europea: una revisión de la literatura reciente", por GARCIA MENENDEZ, José Ramón. — "Concentración económica y política de empresa en la Unión Europea", por BRUNET, Ferran. — **SECCIÓN NACIONAL:** "Industria textil: ¿de la sobrevivencia a la pujanza exportadora?", por SALOMON, Alfredo. — "La apertura económica en los países bálticos", por SIDORENKO, Tatiana. — **SECCIÓN LATINOAMERICANA:** "La apertura petrolera en Venezuela: ¿viraje irreversible

hacia la privatización?, por CASTRO ESCUDERO, Alfredo. — "Transición y reforma económica en Europa del Este", por BARROS NAVEIRA, María del Pilar y GARCIA MENENDEZ, José Ramón. — **SECCIÓN INTERNACIONAL:** "Europa: los preludios de la nueva moneda única", por RAMIREZ, Miguel Angel. — "La pertenencia a varios modelos de integración: el caso de América Latina", por HUMMER, Waldemar y PRAGER, Dietmar.

COMERCIO EXTERIOR. Ed. Bancomext, México, 1998, vol. 48, n° 4, abril. "Al norte y al sur en el desarrollo fronterizo mexicano", por MUNGARAY, Alejandro y FABREGAS, Andrés. — "Maquiladoras y organización industrial en la frontera norte de México", por MUNGARAY, Alejandro. — "Inversión extranjera directa e industria maquiladora en México", por CARRADA-BRAVO, Francisco. — "Rotación de personal, nuevas tecnologías e industria maquiladora en México", por CARRILLO, Jorge y AGUILAR BARAJAS, Ismael. — "Subcontratación e inversión mexicana en Estados Unidos", por IBARRA YUÑEZ, Alejandro. — "Asociaciones exitosas de micro y pequeños productores en Baja California, México", por SOTO ROMERO, Jorge Mario. — "Visión de la frontera sur mexicana", por FABREGAS PUIG, Andrés. — "Interrelaciones económicas y sociales en la frontera sur de México", por VILLAFUERTE SOLIS, Daniel. — "La industria maquiladora de exportación en Yucatán, México", por CANCHE ESCAMILLA, Jorge Luis.

COMERCIO EXTERIOR. Ed. Bancomext, México, 1998, vol. 48, n° 5, mayo. "Administración transfronteriza: México, California y Cataluña", por RAMOS, José María. — "Desarrollo sustentable en la frontera México-Estados Unidos", SCHMIDT, Samuel. — "Ni desarrollo ni conservación de los recursos naturales", por MONTOYA GOMEZ, Guillermo. — "Perfil de la población urbana en la frontera norte de México", por ESTRELLA VALENZUELA, Gabriel. — "Sanciones económicas, empleadores y migración indocumentada", por CUAMEA VELAZQUEZ, Felipe. — "Políticas nacionales de educación superior en las fronteras de México", SANCHEZ SOLER, María Dolores y MOCTEZUMA, Patricia. — "Indigenismo y desarrollo en la frontera sur chiapaneca", por HERNANDEZ CASTILLO, Rosalva Aída. — "Tipificación de la fuerza laboral agrícola migrante en la frontera norte de México", por LUGO MORONES, Sonia Yolanda. — "Un nuevo paradigma de desarrollo rural sustentable en Chiapas", por AGUILAR JIMENEZ, Carlos Ernesto.

COMERCIO EXTERIOR. Ed. Bancomext, México, 1998, vol. 48, n° 6, junio. "Crecimiento y distribución del ingreso

en una economía pequeña y abierta", por CASTAINGTS TEILLERY, Juan. — "Evolución de la distribución del ingreso de los hogares en México", por HERNANDEZ LAOS, Enrique. — "Déficit privado, financiamiento del desarrollo e inestabilidad en México", por ORTIZ CRUZ, Etelberto. — "El sistema tributario mexicano y la reforma fiscal, 1988-1996", por VALERO FLORES, Carlos y MANDUJANO RAMOS, Nicolás. — "México: crecimiento económico y restricción de la balanza de pagos", por MORENO-BRID, Juan Carlos. — "Política cambiaria y desarrollo", por GUILLEN R., Arturo. — "Estimación del tipo de cambio de equilibrio en Guatemala", por REYES HERNANDEZ, Mamerto. — "Movimientos internacionales de capital y crisis en América Latina", por GUILLEN ROMO, Héctor.

CONTRIBUCIONES. Ed. Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1998, n° 1, enero-marzo. **¿CRISIS DE REPRESENTATIVIDAD EN AMÉRICA LATINA?** TEMAS: "Los partidos y la crisis de representación en América Latina: los casos de Colombia, México y Venezuela", por BOUDON, Lawrence. — "La representación política en cuestión", por RIAL, Juan. — "La representatividad y los partidos políticos", por LOÑ, Félix R. — "Problemas de los partidos políticos populares en la transición (Tras una alternativa política en Venezuela)", por LOPEZ MAYA, Margarita. — ENSAYOS: "Alemania y la Unión Monetaria Europea - intereses y responsabilidades", por HOFMEISTER, Wilhelm. — "Sobre las bases jurídicas de la detención de presuntos criminales de guerra por la SFOR en la antigua Yugoslavia", por AMBOS, Kai. — "El derecho comercial y los desafíos de la modernización", por PIAGGI, Ana I. — "Tribunales audiovisuales. Efecto social de cámara oculta en la investigación periodística", por PRAT, Gerardo. — "El fenómeno de la corrupción", por FRAGA, Rosendo. — DOCUMENTOS Y HECHOS: "Las elecciones parlamentarias 1997 en Chile", por BLOMEIER, Hans.

CONTRIBUCIONES. Ed. Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1998, n° 2, abril-junio. **MEDIOS DE COMUNICACIÓN: NORMATIVIDAD Y REFORMAS.** TEMAS: "La información: un derecho individual de bien público", por OSORIO, Hugo. — "Regulaciones europeas transfronterizas en el sector de los medios de comunicación", por SCHIWY, Peter. — "El hombre en la intersección entre medios de comunicación y derecho", por SCHÖNBOHM, Horst. — "La globalización tecnológica y los usuarios de las telecomunicaciones", por PERLA ANAYA, José. — "El derecho de la comunicación en Colombia", por RENIZ CABALLERO, Doris y DELGADO PEREIRA, Carlos. — "Situación regional sobre normativa referente a la libertad de expresión, prensa, información y derechos autorales de los periodistas", por LORETI, Damián. — "Medios masivos de comunicación en la Argentina", por RODRIGUEZ VILLAFañE, Juan Carlos.

— "La dimensión ética y política de la comunicación", por FLORES ZUÑIGA, Juan Carlos. — **ENSAYOS:** "La política de privatización en América Latina", por PAMPILLON OLMEDO, Rafael. — "El crecimiento de las economías de exportación, la crisis de 1930 y el surgimiento del populismo en América Latina", por MASTROMAURO, Ricardo Daniel. — **DOCUMENTOS Y HECHOS:** "¿Un nuevo comienzo para Honduras?", por MEYER, Heinrich. — "Elecciones parlamentarias en Colombia", por SEEGER, Hubert. — "Elecciones generales en Costa Rica", por MEYER, Heinrich.

DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA. Ed. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas (Universidad Externado de Colombia), Bogotá, 1996, vol. 18, n° 59, mayo-agosto. **DERECHO PENAL:** "Algunos aspectos probatorios del enriquecimiento ilícito", por PARRA QUIJANO, Jairo. — "La desaparición forzada de personas. 'El bien jurídico protegido'", por SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo. — "Revisión de los límites al *ius puniendi* a la luz de las modernas teorías criminológicas", por HORMAZABAL MALAREE, Hernán. — "El delito informático", por BUITRAGO RUIZ, Angela María. — "Delitos contra el medio ambiente en el Código Penal Colombiano", por RODAS MONSALVE, Julio César. — "Utilización indebida de información privilegiada", por GONZALEZ AMADO, Iván.

DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA. Ed. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas (Universidad Externado de Colombia), Bogotá, 1996, vol. 18, n° 60, septiembre-diciembre. **DERECHO PENAL:** "Dolo, culpa y preterintención, ¿formas de culpabilidad?", por BARRETO ARDILA, Hernando y BARRETO ARDILA, Blanca Nélida. — "Alternativas a la pena privativa de libertad", por CASTRO OSPINA, Sandra Jeanette. — **CRIMINOLOGÍA:** "El hombre y el derecho en la conquista de lo humano", por VELEZ, Luis Fernando. — "Democracia y corrupción", por HERRERA ARIZA, Omar. — **SECCIÓN DOCUMENTOS:** "El Estado Social de Derecho como principio nuclear del ordenamiento", por MADRIÑAN RIVERA, Ramón Eduardo. — "Derechos humanos y diálogo (del monopolio de la palabra al reconocimiento del otro)", por MALAGON BOLAÑOS, Carlos Alberto y BENAVIDES VANEGAS, Farid Samir.

DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA. Ed. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas (Universidad Externado de Colombia), Bogotá, 1997, vol. 19, n° 61, enero-abril. **DERECHO PENAL:** "Hábeas corpus", por CORDOBA ANGULO, Miguel. — "El delito de omisión de control", por JIMENEZ JIMENEZ, Daniel Fernando. — "El embargo y la cancelación de registros en las leyes de Extinción del Dominio de Bienes y de Agravación de Penas (Ley 333 de 1996 y

Ley 365 de 1997, respectivamente)", por GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. — "El tipo de injusto del artículo 148-A del Código Penal Colombiano: 'utilización indebida de información privilegiada'. Aproximación dogmática a su estudio", por REYES CUARTAS, José Fernando. — "Bien jurídico y deber legal: nociones complementarias en el Código Penal Colombiano", por CRUZ BOLIVAR, Leonardo. — **CRIMINOLOGÍA:** "Por una política criminal participativa en Colombia", por SANDOVAL LOPEZ, Rafael. — **MEDICINA LEGAL:** "La responsabilidad del médico tratante según la variedad del daño ocasionado al paciente", por MORA IZQUIERDO, Ricardo. — **SECCIÓN DOCUMENTOS:** "'Arrepentidos' y 'testigos secretos': remembranzas de la Santa Inquisición", por REYES ALVARADO, Yesid. — "El animal humano", por HOENIGSBERG, Hugo F. — **SECCIÓN JURISPRUDENCIA.**

DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCION. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, Año 5, n° 11, enero-diciembre. **ESTUDIOS:** "La nueva regulación de los Colegios Profesionales. La reestructuración por la vía de la defensa de la competencia", por BAENA DEL ALCAZAR, Mariano. — "Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre Colegios Profesionales", por BAÑO LEON, José María. — "La determinación de los honorarios profesionales (en particular, el arbitrio de parte)", por GARCIA VICENTE, José Ramón; MARTIN PEREZ, José Antonio; VAQUERO PINTO, María José. — "Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea", MESTRE DELGADO, Juan Francisco. — "El artículo 36 de la Constitución: su elaboración en las Cortes Constituyentes", por OLAVARRIA IGLESIA, Jesús. — "Profesionales liberales y Derecho de la competencia: crónica de (la) situación", por OLAVARRIA IGLESIA, Jesús y VICIANO PASTOR, Javier. — **COMENTARIOS Y NOTAS:** "El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (comentario a la STS 1º, de 20 de noviembre de 1996)", por IZQUIERDO SANS, Cristina. — "El principio de igualdad: los hijos extramatrimoniales en el delito de impago de pensiones (comentario a la STC 74/1997, de 21 de abril)", por MARTIN LOPEZ, M. TERESA. — "Legitimación activa del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial según el Código Civil (comentario a la STS de 9 de mayo de 1997)", por QUICIOS MOLINA, M. Susana. — "Consideraciones en torno a las disposiciones de la nueva ley catalana de asociaciones (Ley 7/1997, de 18 de junio, de asociaciones)", por DE SALAS MURILLO, Sofía. — **CRONICA:** "Crónica de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (1994-1997)", por GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores.

DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO. Ed. A. Giuffrè, Milán, 1998, n° 1, marzo. **DOTTRINA:** "La

giurisdizione sui regolamenti è diritto oggettivo?", por MAZZAROLLI, L. — "La disapplicazione dei regolamenti illegittimi: una pratica giudiziale dagli esiti incerti", por ROMEO, G. — "La disapplicazione del regolamento da parte del giudice amministrativo", por FERRARI, C. y AIROLDI, M. — "Parti e interessi tra procedimento e processo: la formazione della materia del giudizio", por SALA, G. — "Considerazioni sul sequestro conservativo contabile", por URSI, R. — "Semplificazione del procedimento amministrativo e riflessi sulla giurisdizione", por POLITI, R. — "Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale", por GAROFOLI, R. — **GIURISPRUDENZA ANNOTATA**: "Cons. Stato Ad. Plen., 20 gennaio 1997 n. 2, con nota di E. Pulici, La proposizione del regolamento di competenza nel processo amministrativo: i limiti oggettivi della pronuncia del Consiglio di Stato ed i rapporti con la tutela cautelare" — "Cons. Stato, Sez. IV, 17 febbraio 1997 n. 122, con nota di R. Lombardi, Principi di deontologia professionale ed efficacia normativa nell'ordinamento giuridico statale" — **RASSEGNE-RECENSIONI-NOTIZIE**: "Il trasferimento della giurisdizione della Corte dei conti al giudice amministrativo nel progetto di riforma costituzionale", por LAMBERTUCCI, F.

DROIT ET SOCIÉTÉ. REVUE INTERNATIONALE DE THÉORIE DU DROIT ET DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE. Ed. LGDJ, Paris, 1998, n°38. **SOMMAIRE: Dossier. Vérité historique, vérité judiciaire**, por LE CROM, Jean-Pierre y MARTIN, Jean-Clément. — "La démarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens", por MARTIN, Jean-Clément. — "La recherche de la vérité dans le procès civil", por LE MASSON, Jean-Marc. — "Juger l'histoire", por LE CROM, Jean-Pierre. — "L'office du juge et l'histoire", por EDELMAN, Bernard. — "Justice, histoire et mémoire. De Nuremberg à Jérusalem", por WIEVIORKA, Annette. — **ÉTUDES**: "L'indépendance du ministère public et le principe de la responsabilité en Italie: l'analyse d'un cas déviant d'un point de vue comparé", por DI FEDERICO, Giuseppe. — "Le traitement en temps réel: la justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale", por BRUNET, Bernard. — "La politique de la ville entre médiation et proximité", por HAMMOUCHE, Abdelhafid. — "Quelques réflexions sur l'affrontement économie-écologie et son influence sur le droit", por ROMI, Raphaël.

DROIT SOCIAL. Ed. Techniques et Economiques, Paris, 1998, n° 1, enero. **EMPLOI**: "Les politiques d'emploi: une révolution silencieuse", por DANIEL, Christine. — **DROIT DU TRAVAIL**: "Application à la durée d'une période d'essai de l'effet immédiat des conventions collectives", por SAVATIER, Jean. — "Durée du travail effectif et périodes d'inactivité

au cours du travail", por SAVATIER, Jean. — "Examen préalable et examen de reprise du travail après maladie ou accident, concl. Cour cass., ch. soc. 12 novembre 1997", por CHAUVY, Yves. — "Les titulaires du pouvoir disciplinaire", por COEURET, Alain. — "Fragilité des accords amiables de résiliation d'un contrat de travail, concl. Cour cass., ch. soc. 2 décembre 1997", por LYON-CAEN, Pierre. — "Le droit prétorien du licenciement économique", por PHILBERT, André. — "Destruction des emplois: une nécessaire responsabilisation des groupes, par une substitution du groupe réel au groupe virtuel", por BOULMIER, Daniel. — **CONSEILS DE PRUD'HOMMES**: "Élections prud'homales : l'ombre du Front national, concl. Cour cass., 2eme ch. civ. 2 nov. 1997", por KESSOUS, Roland. — "À propos des conseils de prud'hommes", por LENINE. — **JURISPRUDENCE SOCIALE**: "Les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation", por WAQUET, Philippe. — **ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE**.

DROIT SOCIAL. Ed. Techniques et Economiques, Paris, 1998, n° 2, febrero. **SYNDICATS**: "Vers un nouveau syndicalisme", por ADAM, Gérard. — **DROIT DU TRAVAIL**: "La convention collective ne peut déroger aux cas de recours au contrat de travail à durée déterminée, Cour cass., ch. soc. 17 déc. 1997", por ROY-LOUSTAUNAU, Claude. — "Le terme de la période de suspension du contrat de travail ouverte par des troubles de santé du travailleur...", por SAVATIER, Jean. — "Modification du contrat de travail et droit disciplinaire", por AMAUGER-LATTES, Marié-Cécile. — "L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés", por BOSSU, Bernard. — "Le droit du licenciement économique est-il vraiment un droit favorable à l'emploi?", por BALMARY, Dominique. — "Le droit de grève dans les centrales d'EDF", por CHORIN, Jacky. — **FORMATION PROFESSIONNELLE**: "Formation professionnelle et contrat de travail, chronique du CERIT", por ETIENNOT, Pascale. — **PROTECTION SOCIALE**: "La protection sociale dans une union de citoyens", por BELORGEY, Jean-Michel. — "La conformité à la Constitution de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 1998", por PRETOT, Xavier. — "Démission, départ négocié et cotisations de Sécurité sociale, concl. Cour cass., ch. soc. 6 janv. 1998", por LYON-CAEN, Pierre. — "Retraite des marins: l'application du droit commun, Cour cass., ch. soc. 28 oct. 1997", por CHAUMETTE, Patrick. — **ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE**.

DROIT SOCIAL. Ed. Techniques et Economiques, Paris, 1998, n° 3, marzo. **DROIT DU TRAVAIL**: "Le droit du travail en changement. Essai de mesure", por JEAMMAUD, Antoine. — "Liquidation des droits à la retraite du salarié remplacé et terme du contrat de travail du remplaçant", por ROY-LOUSTAUNAU, Claude. — "Le problème du cumul des indemnités pour licenciement injustifié et pour inobservation de la procédure de licenciement", por SAVATIER, Jean. —

FORMATION PROFESSIONNELLE: "Formation et pouvoirs de l'employeur", por DEJEAN, Pierre. — **EUROPE:** "Régimes complémentaires: droit de la concurrence ou droit social communautaire? Quelques réflexions parfois peu conformistes", por MAVRIDIS, Prodromos. — **MINIMA SOCIAUX:** "Après la révolte des chômeurs", por DUPEYROUX, Jean-Jacques. — "Minima sociaux: plus de cohérence pour plus de justice?", por DOLLE, Michel. — "Faut-il attendre la fin du chômage pour relever les minima sociaux?", por CONCIALDI, Pierre. — "Assistance sociale et emploi: les leçons de l'expérience britannique", por CHASSARD, Yves. — **ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE.**

DROIT SOCIAL. Ed. Techniques et Economiques, Paris, 1998, n° 4, avril. **NÉGOCIATION COLLECTIVE ET EMPLOI.** *De l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 sur l'emploi à la loi Aubry de 1998.* **AVANT-PROPOST:** "De l'ANI du 31 octobre 1995 à la loi Aubry de 1998", por RAY, Jean-Emmanuel. — **LA NÉGOCIATION DE L'ACCORD SUR L'EMPLOI:** "L'emploi comme objet de la négociation collective", por LYON-CAEN, Antoine. — "De la consultation à la négociation: questions de procédure", por VERKINDT, Pierre-Yves. — "Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales", por SAVATIER, Jean. — **LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACCORD SUR L'EMPLOI:** "Le référendum, un préalable nécessaire?", por GAURIAU, Bernard. — "Du collectif à l'individuel. Les oppositions possibles", por RAY, Jean-Emmanuel. — "L'accord dérogatoire en matière de temps de travail", por CHALARON, Yves. — "Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi", por GAUDU, François. — "La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi (à propos de l'arrêt *Briou*, Cass. soc. 22 janvier 1998)", por COUTURIER, Gérard. — "Quelques observations sur le respect des engagements en matière d'emploi", por GELINEAU-LARRIVET, Gérard. — **NÉGOCIATION SUR L'EMPLOI ET TEMPS PARTIEL:** "Les 35 heures et le travail à temps partiel", por FAVENNEC-HERY Françoise. — **MINIMA SOCIAUX:** "Après le rapport Join-Lambert: le débat continue", por COUTROT, Thomas. — **ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE.**

DROIT SOCIAL. Ed. Techniques et Economiques, Paris, 1998, n° 5, mayo. **DROIT DU TRAVAIL:** "La loi et la négociation collective: concurrence ou complémentarité", por MORIN, Marie-Laure. — "L'adaptation du SMIC au secteur de la pêche: spécificité strictement maritime ou laboratoire d'essai à l'usage terrestre?", por EOCHE-DUVAL, Christophe. — "Sur la nullité des mesures prises à l'encontre d'une salariée victime de harcèlement sexuel", por LE MAGUERESSE, Catherine. — "Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective", por MORVAN, Patrick. — "La non-application aux employés de maison du droit des licenciements pour

motif économique", por SAVATIER, Jean. — **FORMATION PROFESSIONNELLE**: "Formation professionnelle continue: la fin des illusions", por SANTELMANN, Paul. — **EUROPE**: "Y a-t-il une libre circulation des chômeurs? Réflexions après la révolte", por MAVRIDIS, Prodromos. — **BIBLIOGRAPHIE**. — **ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE**.

DROIT SOCIAL. Ed. Techniques et Economiques, Paris, 1998, n° 6, junio. **DROIT DU TRAVAIL**: "La rémunération élément du contrat de travail", por COUTURIER, Gérard. — "Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination", por BELIER, Gilles. — "Les principes mis en oeuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail", por VATINET, Raymonde. — "Les fonctions du compte épargne-temps", por DEDESSUS-LE-MOUSTIER, Nathalie. — "Les contestations d'un licenciement après adhésion du salarié à une convention de conversion", por SAVATIER, Jean. — "Liberté syndicale et spécialité syndicale, rapp. Cour cass. ch. mixte, 10 avril 1998", por MERLIN, Jean. — "Négociation collective et consultation du comité d'entreprise, rapp. Cour cass. ch. soc., 5 mai 1998", por FROUIN, Jean-Yves. — **PROTECTION SOCIALE**: "L'allocation spécifique d'attente: un accouchement difficile", por BELORGEY, Jean-Michel. — "L'individualisation des droits réduirait-elle les inégalités hommes/femmes?", por ZAIDMAN, Catherine. — "Lacunes, contradictions et incohérences des mesures de conciliation travail/famille: bref bilan critique", por FAGNANI, Jeanne. — "À propos du contentieux de la mise hors-convention des praticiens et auxiliaires médicaux", por BRUN, Julie. — **ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE**.

EAST EUROPEAN CONSTITUTIONAL REVIEW. Ed. Central European University and the University of Chicago Law School, Chicago, 1998, vol. 7, n° 1. **CONSTITUTION WATCH**: "A Country-by-country updates on constitutional politics in Eastern Europe and the ex-USSR". — **SPECIAL REPORTS**: Mitchell Orenstein reexamines the ups and downs of the Klaus premiership. — Irena Grudzinska Gross interviews Fatos Lubonja on the new Albanian trauma. — Sergio Bartole anatomizes the postcommunist judiciary. — **FEATURE. CITIZEN AND LAW AFTER COMMUNISM**: "Introduction", por HOLMES, Stephen. — "Living in lawlessness", por SVIRIDOVA, Alexandra. — "*Taxpayers vs. Taxes*: 'Whatever is not prohibited is permitted'", por SZCZESNA, Joanna. — "Legal culture in Romania", por MACOVEI, Monica. — "Real Estate transactions in Russia", por McC. BREEZE, Colin. — **CONSTITUTIONAL REVIEWS**.

ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESGERICHTSHOFES. Ed. Carl Heymanns Verlag KG, Munich, 1997, n° 134.

ESTUDIOS BASICOS DE DERECHOS HUMANOS. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, tomo 4. "IV conferencia mundial sobre la mujer: interrogantes, nudos y desafíos sobre el adelanto de las mujeres en un contexto de cambio", por GUZMAN, Laura y PACHECO, Gilda. — "Certezas y malos entendidos sobre la categoría género", por DE BARBIERI, M. Teresita. — "Identidad de género y derechos humanos", por LAGARDE, Marcela. — "Mujeres latinoamericanas y educación en el fin del siglo", por AZIZE, Yamila. — "Mujeres, género y desarrollo", por LEON, Magdalena. — "Las recién llegadas: mujer y participación política", por BAREIRO, Line. — "Discriminación de género en la legislación centroamericana", por BADILLA, Ana Elena. — "Transformaciones en las familias centroamericanas. Agudización de la situación de inequidad de las mujeres", por FAUNE, María Angélica.

ESTUDIOS BASICOS DE DERECHOS HUMANOS. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, tomo 5. "Los derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones políticas de los países del cono sur de América", por MIGNONE, Emilio F. — "La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales", por GARRETON, Roberto M. — "Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in) experiencia de América Latina", por BOLIVAR, Ligia. — "La cooperación en torno a un enfoque integrado del desarrollo", por OTTONE, Ernesto. — "Los mecanismos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas", por MARIE, Jean-Bernard. — "Reflexiones sobre el derecho humanitario y la práctica actual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados", por DA CUNHA, Guilherme L. — "Análisis jurídico comparativo de las legislaciones sobre asilo en América Latina y los instrumentos internacionales y regionales", por GROS ESPIELL, Héctor. — "Los desafíos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", por SALVIOLI, Fabián Omar. — "Reflexiones sobre los desafíos de la protección de los derechos humanos desde la perspectiva de las organizaciones no gubernamentales (Centro América, Panamá y el Cono Sur)", por OSSA HENAO, Carmela. — "La victimología", por CUAREZMA TERAN, Sergio J. — "Los movimientos de mujeres y las transiciones democráticas en América Latina", por JAQUETTE, Jane S. — "La participación de la mujer en política", por FEIJOO, María del Carmen. — "Consideraciones sobre la condición indígena en América Latina y los derechos humanos", por TORRES-RIVAS, Edelberto. — "El Derecho indígena en el marco de la negociación del Ejército

Zapatista de Liberación Nacional y el Gobierno Federal Mexicano", por GOMEZ RIVERA, María Magdalena. — "Teorema de O'Reilly: incógnita constituyente de Indoamérica", por CLAVERO, Bartolomé. — "Los derechos humanos y la universidad", por ODIO BENITO, Elizabeth.

ESTUDIOS BASICOS DE DERECHOS HUMANOS. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, tomo 6. "Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", por CANÇADO TRINDADE, Antonio A. — "La protección de los derechos humanos a través del amparo", por ABREU BURELLI, Alirio. — "Derechos económicos, sociales y culturales en las relaciones laborales -OIT- análisis de la situación en América Latina", por MARTINEZ SALGUEIRO, María Elena. — "Los derechos laborales: la libertad sindical", por GOMEZ ZULUAGA, Alberto León. — "El derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión: derechos humanos fundamentales", por GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. — "El debate actual sobre el trabajo infantil-juvenil en América Latina y el Caribe: tendencias y perspectivas", por GARCIA MENDEZ, Emilio. — "La tarea desbordante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados", por DA CUNHA, Guilherme L. — "Derechos humanos y el derecho internacional humanitario aplicable a los desplazados internos", por KOGOD GOLDMAN, Robert. — "La protección internacional de los desplazados internos a la luz del derecho cosmopolítico de Kant", por VALENCIA VILLA, Hernando. — "Derecho o deber de injerencia, derecho de asistencia: ¿De qué hablamos?", por SANDOZ, Yves. — "Administración de justicia, gobernabilidad y derechos humanos en América Latina", por ORDOÑEZ, Jaime. — "Los tribunales constitucionales en el derecho comparado. Un estudio introductorio sobre sus antecedentes y situación jurídica actual", por CERVANTES, Luis. — "Balance sobre la labor del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, con atención especial al caso de Haití", por SANTOSCOY, Bertha. — "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su eficacia: evaluación y perspectivas futuras", por GONZALEZ, Felipe. — "El Sistema Africano de Protección de los Derechos Humanos y de los Pueblos", por FISCHER DE ANDRADE, José H. — "Reflexiones sobre la educación en derechos humanos", por ELIZONDO BREEDY, Gonzalo. — "Dilemas y tensiones en torno a la educación en derechos humanos en democracia", por MAGENDZO, Abraham. — "Desarrollo y cultura: una visión crítica de la modernidad en América Latina y el Caribe", por OTTONE, Ernesto. — "Diversidad en la conceptualización de los derechos humanos: universalismo y diversidad cultural en América Latina", por BARTOLOMEI, María Luisa. — "La protección internacional de los derechos humanos desde la perspectiva teórica del conocimiento normativo", por TACSAN CHEN, Joaquín.

ESTUDIOS BASICOS DE DERECHOS HUMANOS. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, tomo 7. "Desafío del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos", por AYALA LASSO, José. — "La Comisión chilena sobre la verdad y reconciliación", por AYLWIN, Patricio. — "El sacrificio de la justicia en los altares del orden - Los prisioneros", por GALEANO, Eduardo. — "La desaparición forzada de personas en América Latina", por MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. — "Derechos humanos y protección de los desarraigados en situación de post-conflicto", por MALDONADO, Carlos. — "La protección de las personas desplazadas en un conflicto armado no internacional", por PLATTNER, Denise. — "La agenda social de la ONU y la desrazón 'posmoderna'", por LINDGREN ALVES, J. A. — "El problema de las limitaciones sociales al derecho a la información. La cuestión de la censura", por ORDÓÑEZ, Jaime. — "Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales", por GARCIA MENDEZ, Emilio. — "Asociación de protección y asistencia a los condenados: una experiencia humanizadora que se empieza a descubrir", por BARROS LEAL, César. — "Garantías constitucionales de protección de los derechos indígenas - los casos de Bolivia y Ecuador", por VOLIO ECHEVERRIA, Fabián. — "Los derechos de los pueblos indígenas", por CLAVERO, Bartolomé.

ESTUDIOS BASICOS DE DERECHOS HUMANOS. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, tomo 8. **CAPÍTULO I:** Marco normativo del Defensor del Pueblo en Hispanoamérica: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Puerto Rico. — **CAPÍTULO II:** Leyes recopiladas relativas al Ombudsman en el Caribe: Barbados, Guayana, Haití, Jamaica, Santa Lucía y Trinidad y Tobago.

EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW. Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1998, n° 1. **OPINION:** "Incorporating the European Convention: the role of the judiciary", por MARTENS, Sibrand Karel. — "The concept of family life under the ECHR", por LIDDY, Jane. — **BULLETIN. ARTICLES:** "The structure of article 8", por WARBRICK, Colin. — "School worship: praying for guidance", por CUMPER, Peter. — "Tackling political disputes through individual applications", por WHITE, Robin C. A. — "Universality versus subsidiarity: a reply", por Lord Lester of Herne Hill. — **CASES AND COMMENT.**

EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW. Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1998, n° 2. **OPINION:** "A case for equality", por BERNHARDT, Rudolph. — **CURRENT TOPIC:** "Incorporation and devolution: a few reflections on the changing scene", por STEYN, Lord. — **BULLETIN.** **ARTICLES:** "Privacy and free speech in Germany and Canada: lessons for an english privacy tort", por CRAIG, John y NOLTE, Nico. — "Judging human rights in South Africa", por CHASKALSON, Arthur. — "Human rights and accountability after the Treaty of Amsterdam", por COLVIN, Madeleine y NOORLADER, Peter. — **CASES AND COMMENT.**

EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW. Ed. Oxford University Press, Oxford, 1998, vo. 9, n° 1. **SYMPOSIUM: THE CHANGING STRUCTURE OF INTERNATIONAL LAW REVISITED (PART 3):** "On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law", por CASSESE, Antonio. — "Is international law moving towards criminalization?", por MERON, Theodor. — **ARTICLES:** "Trade and...problems, cost-benefit analysis and subsidiarity", por TRACHTMAN, Joel P. — "The applicability of international law standards to United Nations Economic Sanctions Programmes", por REISMAN, W. Michael y STEVICK, Douglas L. — "The problem of state succession and the identity of states under international law", por CRAVEN, Matthew C. R. — **KALEIDOSCOPE:** "Crimes of state and the 1996 report of the International Law Commission on State Responsibility", por BOWETT, Derek William. — "Is NATO authorized or obliged to arrest persons indicated by International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia?", por GAETA, Paola. — **CURRENT DEVELOPMENTS:** Decisions of the appellate body of the World trade Organization. — **REVIEW ESSAYS:** "International law and eurocentricity", por THUO GATHII, James. — "Too much order? The impact of special secondary norms on the unity and efficacy of the international legal system", por MARSCHIK, Axel.

EUROPEAN LAW REVIEW. Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1997, vol. 22, n° 6, diciembre. **ARTICLES:** "Directives: direct effect, indirect effect and the construction of national legislation", por CRAIG, Paul. — "The EFTA Court", por CHRISTIANSEN, Per. — "The many pasts and futures of citizenship in the European Union", por SHAW, Jo. — **CURRENT SURVEY. EUROPEAN COMMUNITIES AND EEA:** "When two into one will go: intra-group agreements and article 85 (1)", por TREACY, Pat y FEASTER, Trudy. — "A distinctive legal base for social policy? The Court of Justice answers a 'delicate question'", por KENNER, Jeff. — "The Court of Justice fails to show its caring face", por WADDINGTON, Lisa. — "Development cooperation defined", por BURROWS, Noreen. — **MEMBER STATES:**

BELGIUM: "Belgian law and the European Community (1993-1996)", por LENAARTS, Koen y FOUBERT, Petra. — GERMANY: "Brasserie du Pêcheur: snatching defeat from the jaws of victory?", por DEARDS; Elspeth. — COUNCIL OF EUROPE: "Expulsion, National Security and the European Convention", por HARVEY, Colin.

EUROPEAN LAW REVIEW. Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1998, vol. 23, n° 1, febrero. **ARTICLES:** "The treaty of Amsterdam: selected highlights", por LANGRISH, Sally. — "The democratic deficit of participatory democracy in Community Social Policy", por BETTEN, Lammy. — "The european control of joint ventures: an historic opportunity or a mere continuation of existing practice?", por KIRKBRIDE, James y XIONG, Tao. — **CURRENT SURVEY: EUROPEAN COMMUNITIES AND EEA:** "Disability discrimination and the Amsterdam Treaty", por WHITTLE, Richard. — "When does the transfer of a service contract constitute the transfer of an undertaking?", por BOURN, Colin. — "New frontiers in private enforcement of E.C. Directives", por WARD, Angela. — "Reinforcing international law", por BURROWS, Noreen. — "The protracted longevity of provisional validity", por TRAVERS, Noel. — **MEMBER STATES: UNITED KINGDOM:** "Judicial review of public acts", por SZYSZCZAK, Erika.

EUROPEAN LAW REVIEW. Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1998, vol. 23, n° 2, abril. **ARTICLES:** "The duties of national authorities under community constitutional law", por TEMPLE LANG, John. — "Pre-emption, conflicts of power and subsidiarity", por GOUCHA SOARES, António. — **CURRENT SURVEY: EUROPEAN COMMUNITIES AND EEA:** "Taking supremacy seriously", por PEERS, Steve. — "Migrant community nationals: remedies for refusal of entry by member states", por CONNOR, Timothy C. — "Maternity and equal treatment", por CARACCIOLO DI TORELLA, Eugenia. — **MEMBER STATES: FRANCE AND UNITED KINGDOM:** "General principles of law and national courts: applying a 'jus commune'?", por BOYRON, Sophie. — GREECE: "The principle of supremacy of community law - The Greek challenge", por MAGANARIS, Emmanuel. — UNITED KINGDOM: "Non-community spouses: interpretation of community residence rights", por CONNOR, Timothy.

EUROPEAN LAW REVIEW. Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1998, vol. 23, n° 3, junio. **ARTICLES:** "States in the European Union", por DASHWOOD, Alan. — "How democratic need European Union members be? Some thoughts after

Amsterdam", por VERHOEVEN, Amaryllis. — "Exports of dual-use goods under the law of the European Union", por KOUTRAKOS, Panos. — "The commission's new method for calculating fines in antitrust cases", por WILS, Wouter P. J. — **CURRENT SURVEY: EUROPEAN COMMUNITIES AND EEA:** "Retroactivity and the commission's powers to implement state aid rules", por TRAVERS, Noel. — "The ambit of the free movement of goods under the Association of Overseas Countries and Territories", por DEKKER, Cees T. — "Jurisdiction clauses and void contracts", por HARRIS, Honathan. — **MEMBER STATES: UNITED KINGDOM:** "Preston: a blind eye towards *Emmott* and *Marshall*", por SOUTHERN, John.

EUROPEAN LAW REVIEW. Ed. Sweet & Maxwell, Londres. **Human right survey 1998.** **ARTICLES:** "The protection of human rights in Europe after Eleventh Protocol to the ECHR", por ROWE, Nicola y SCHLETTE, Volker. — "Some practical issues affecting the notion of absolute right in article 3 ECHR", por ADDO, Michael y GRIEF, Nicholas. — "A survey of recent case law under article 5 ECHR", por MURDOCH, Jim. — "The right to a fair trial in the services", por BEDDARD, Ralph. — "Deportation of aliens and article 8 ECHR", por SHERLOCK, Ann. — "Judges, politicians and the limits to critical comment", por McBRIDE, Jeremy. — "State of ratifications of human rights instruments", por WHITE, Robin C.A. — "Commission of Human Rights", por WHITE, Robin C.A. — "Commission decisions and reports 1997", por SHERLOCK, Ann. — "Judgments of the Court of Human Rights 1997", por SHERLOCK, Ann y ANDREWS, John. — "Committee of Ministers", por WHITE, Robin C.A. — "The European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: activities in 1996 and 1997", por MURDOCH, Jim.

GIURISPRUDENZA COMMERCIALE. Ed. A. Giuffrè, Milán, 1998, n° 25.1, enero-febrero. **PARTE PRIMA:** "Il diritto commerciale 'nascosto' ovvero dell'etica del legislatore e della certezza del diritto", por BUONOCORE, Vincenzo. — "Prelazione societaria e trasferimento a titolo gratuito di quote di s.r.l.", por CAMPOBASSO, Gian Franco. — "Sulla impugnabilità degli atti emanati dalla CONSOB in relazione alla natura delle situazioni giuridiche soggettive tutelate dalla legge sull'OPA obbligatoria", por FEDELI, Verdiana. — "Ammissibilità dell'imprenditore al concordato preventivo e giudizio di meritevolezza", por MUNARI, Alessandro. — "Sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici degli enti locali", por LEOZAPPA, Antonio María. — "Effetti del fallimento del locatore sull'affitto di azienda", por VIGO, Ruggero. — "Responsabilità civile della banca (progetto di una voce enciclopedica)", por GAGGERO, Paolo. — **PARTE**

SECONDA: "Prospettive di incorporazione di una banca costituita in forma di società per azioni in una banca popolare", por SERRA, Mauro. — "Osservazioni a Cass., 30 gennaio 1997, n. 934", por BANNA, Grazia Manuela. — "La clausola statutaria atipica di s.p.a. fra 'mancanza' e 'nullità parziale' dell'atto costitutivo", por SCIUTO, Maurizio. — "Rimando 'a nuovo' di posta infrazionabile di perdite", por BUSANI, Angelo. — "Sui poteri-doveri di controllo dell'ufficio del registro delle imprese in merito alla validità degli atti sottoposti ad iscrizione o a deposito", por DONATIVI, Vincenzo. — "Ancora sulla revoca automatica dei sindaci", por JORIO, Alberto. — "Legittimazione ed interesse ad agire nell'impugnazione di delibere del consiglio di amministrazione di società facenti parte di un gruppo", por DACCÒ, Alessandra. — "Brevi osservazioni sulla separazione di quote di s.r.l. ex art. 512 c.c. e sulla pubblicità di cui al quarto comma dell'art. 2479 c.c.", por GUIDOTTI, Rolandino. — "Gestioni straordinarie e poteri modificativi dell'organizzazione societaria: il problema del recesso", por GALLETTI, Danilo.

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE. Ed. A. Giuffrè, Milán, 1998, n° 1, enero-febrero. **CORTE COSTITUZIONALE.** DECISIONI DELLA CORTE: enero/febrero 1998. — **NOTE E OSSERVAZIONI A DECISIONI DELLA CORTE PUBBLICATE IN PRECEDENTI FASCICOLI:** "Inammissibile la questione concernente la presunta incompatibilità a celebrare il processo penale per il magistrato che quale giudice delegato del fallimento abbia autorizzato la costituzione di parte civile in tale processo", por RIVELLO, Pier Paolo. — "La Consulta 'declina' l'invito a sancire la natura investigativa del Tribunalet dei ministri. Scelta obbligata o decisione 'prudente'?", por TIRABASSI, Luca. — "L'arbitrato tra autonomia privata e giurisdizione", por ESPOSITO, Mario. — "L'incostituzionalità delle 'discriminazioni a rovescio': una resa al diritto comunitario?", por VEDASCHI, Arianna. — "Nuova sentenza di rigetto della Consulta in esito al secondo vaglio di costituzionalità delle questione relativa al combinato disposto degli artt. 317-bis c.c. e 38 disp. Att. c.c.", por MORANI, Giovanni. — "Il divieto di cumulo delle indennità degli assessori con le indennità parlamentari: tra ragionevolezza legislativa ed opportunità costituzionale", por CIAURRO, Luigi. — **ARTICOLI:** "Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale", por D'AMICO, Marilisa. — "Interesse regionale e norme a contenuto costituzionalmente vincolato: il doppio bersaglio di alcune recenti decisioni della Corte costituzionale", por VITUCCI, Cristina. — **DOCUMENTAZIONE E CRONACA COSTITUZIONALE:** "Riforme costituzionali: qualche riflessione sul metodo", por MANETTI, Michela. — "L'omogeneità del quesito nel referendum costituzionale ex art. 4, legge costituzionale n. 1 del 1997", por CALVANO, Roberta. — **RASSEGNA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA STRANIERA:** "Giurisprudenza costituzionale in Svizzera nel triennio 1995/97", por BORGHI, Marco. — "La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 1995/1996 e 1996/1997", por FERRARI, Giuseppe Franco.

HARVARD LAW REVIEW. Cambridge, 1997, vol. 111, n° 1, noviembre. **IN MEMORIAM: WILLIAM J. BRENNAN, JR.** — **THE SUPREME COURT, 1996 TERM:** "Foreword: Implementing the Constitution", por FALLON JR., Richard H. — "Comment: Institutions and interpretation: a critique of *City of Boerne v. Flores*" por McCONNELL, Michael. — **LEADING CASES:** Constitutional law. — Federal jurisdiction and procedure. — Federal statutes and regulations. — The statistics.

HARVARD LAW REVIEW. Cambridge, 1997, vol. 111, n° 2, diciembre. **ARTICLES:** "Treating sexual harassment with respect", por BERNSTEIN, Anita. — "Do guaranteed-low-price policies guarantee high prices, and can antitrust rise to the challenge?", por EDLIN, Aaron S. — **COMMENTARY:** "Standing to challenge pro-minority gerrymanders", por HART ELY, John. — **RECENT CASES:** Education law. — Plea agreements. — Contracts. — Antitrust Law.

HARVARD LAW REVIEW. Cambridge, 1998, vol. 111, n° 3, enero. **ARTICLES:** "The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to Markets", por HELLER, Michael A. — "'Lit. Theory' put to the test: a comparative literary analysis of american judicial test and french judicial discourse", por LASSER, Mitchel. — "The hobgoblin of little minds? Our foolish law of inconsistent verdicts", por MULLER, Eric L. — **RECENT CASES:** Criminal law. — Statutory interpretation. — Separation of powers. — State constitutional law. — Constitutional law.

HARVARD LAW REVIEW. Cambridge, 1998, vol. 111, n° 4, febrero. **ARTICLES:** "Punitive damages: an economic analysis", por POLINSKY, A. Mitchell y SHAVELL, Steven. — **COMMENTARY:** "The canons of constitutional law", por BALKIN, J. M. y LEVINSON, Sanford. — **BOOK REVIEW:** "A book of laughter and forgetting: Kalman's 'strange career' and the marketing of civic republicanism", por STOLZENBERG, Nomi Maya. — **NOTE:** "Privacy, photography, and the press". — **RECENT CASES:** CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE.

HARVARD LAW REVIEW. Cambridge, 1998, vol. 111, n° 5, marzo. **ARTICLES:** "Copyright for functional expression", por WEINREB, Lloyd L. — **BOOK REVIEWS:** RANDALL KENNEDY, RACE, CRIME, AND THE LAW: "Three

cheers (and two quibbles) for professor Kennedy", por AMAR, Akhil Reed. — "(Color) Blind faith: the tragedy of race, crime, and the law", por DINH, Viet D. — "The politics of common ground", por TAYLOR-THOMPSON, Kim. — **NOTE:** "Soft money: the current rules and the case for reform". — **RECENT CASES:** Qualified immunity. — Criminal law. — Constitutional law. — Civil procedure. — Copyright law.

HARVARD LAW REVIEW. Cambridge, 1998, vol. 111, n° 6, abril. **ARTICLES:** "The constitutional commitment to legislative adjudication in the early american tradition", por DESAN, Christine A. — **NOTES:** "Latent harms and risk-based damages". — "Class action litigation in China". — "Section 5 and the protection of nonsuspect classes after *City of Boerne v. Flores*". — "Toward reasonable equality: accommodating learning disabilities under the americans with disabilities act". — "The avoidance of constitutional questions and the preservation of judicial review: Federal Court Treatment of the new habeas provisions". — **RECENT CASES:** First amendment. Patronage terminations — Title VII. Sexual harassment — First amendment. Public forum. — Constitutional law. — American Indian law. — Corporate law.

HARVARD LAW REVIEW. Cambridge, 1998, vol. 111, n° 7, mayo. **1997 OLIVER WENDELL HOLMES LECTURES:** "The problematics of moral and legal theory", por POSNER, Richard A. — "Responses", por DWORKIN, Ronald; FRIED, Charles; KRONMAN, Anthony T; NOONAN, John T., Jrs. Y NUSSBAUM, Martha C. — "Reply", por POSNER, Richard A. — **COMMENTARY:** "Is international law really state law", por HONGJU KOH, Harold. — **DEVELOPMENTS IN THE LAW - ALTERNATIVES TO INCARCERATION.** **NOTES:** "Charting no man's land: applying jurisdictional and choice of law doctrines to interstate compacts". — "Government tort liability". — "Making docile lawyers: an essay on the pacification of law students". — "Democracy or distrust? Restoring home rule for the district of Columbia in the post-control board era". — "Uniform federal rules of attorney conduct: a flawed proposal". — "The constitutionality of proposition 209 as applied". — "Using capital cash flows to value dissenters' shares in appraisal proceedings". — **BOOK NOTES:** "Duncan Kennedy's Stiff Knees". — "Transcending class: a jurisprudence for social justice". — **RECENT CASE.**

HARVARD LAW REVIEW. Cambridge, 1998, vol. 111, n° 8, junio. **IN MEMORIAM: LOUIS LOSS.** — **IN TRIBUTE: CHARLES HAMILTON HOUSTON.** — **ARTICLE:** "Federalism and the uses and limits of law: *printz* and principle?", por

JACKSON, Vicki C. — **COMMENTARIES:** "Federal Courts and the incorporation of international law", por BRADLEY, Curtis A. y GOLDSMITH, Jack L. — "Standing and misunderstanding in voting rights law", por ISSACHAROFF, Samuel y KARLAN, Pamela S. — **NOTES:** "The Rules Enabling Act and the limits of rule 23". — "Deference to legislative fact determinations in first amendment cases after *Turner Broadcasting*". — "To bar or not to bar: prosecution history estoppel after *Warner-Jenkinson*". — "Human cloning and substantive due process". — "Just what you'd expect: professor henderson's redesign of products liability". — "Will health care economic information lead to therapeutic-class warfare or welfare?". — "Mens rea in Federal Criminal Law". — "Analyzing differentiated product mergers: the relevance of structural analysis". — **RECENT CASES:** Criminal procedure. — Civil rights. — Constitutional law. — Statutory interpretation.

HECHOS Y DERECHOS. Ed. Instituto de Promoción de Derechos Humanos, Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales, Buenos Aires, 1997, n° 4, primavera. "Justicia, Derechos Humanos y Seguridad", por GRANILLO OCAMPO, Raúl. — "La seguridad en el nuevo contexto nacional y mundial", por PIERINI, Alicia. — "Los crímenes contra la humanidad", por GUTIERREZ POSSE, Hortensia. — "La jurisdicción militar y su ámbito de comprensión", por ARSLANIAN, León. — "La seguridad comunitaria", por ROSUA, Fernando M. y SAGARDUY, Ramiro. — "Utopías vs. Distopías", TRAVIESO, Juan A. — "La asistencia letrada al detenido", por CABO MANSILLA, Juan María. — **DOCUMENTOS:** "Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OC 15/97, del 14 de noviembre de 1997)".

HUMANA IURA. SUPLEMENTO DE DERECHOS HUMANOS. Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1997, n° 7. "El matrimonio del transexual", por ARECHEDERRA, Luis. — "La libertad de enseñanza en Italia. El problema de la financiación de la escuela privada", por FERREIRO GALGUERA, Juan. — "Ciertas cuestiones de trascendencia en las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", por SALVIOLI, Fabián Omar. — "Aproximación histórica a la regulación de la libertad de cátedra en España", por VIDAL PRADO, Carlos. — "Los derechos económicos, sociales y culturales: posiciones para un diálogo", por SERNA, Pedro. — **JURISPRUDENCIA:** TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA: "El estatuto jurídico del embrión y el feto no viables. A propósito de la STC 212/1996", por BELLVER CAPELLA, Vicente. — TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: "La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Mc. Cann y otros contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*", por CECCOLI,

Guido. — CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 'Caso El Amparo'; 'Caso Caballero Delgado'; 'Caso Genie Lacayo'", por SALVIOLI, Fabián Omar..

HUMAN RIGHTS LAW JOURNAL, Ed. N. P. Engel, Estrasburgo, 1997, vol. 18, n° 9-12, diciembre. **ARTICLES:** "The first indictments of the International Criminal Tribunal for Rwanda", por SUNGA, Lyal S. — **DECISIONS AND REPORT.** INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, ARUSHA: "Second request made by the accused for the replacement of counsel not granted / No absolute right for the indigent accused to be assigned the legal representation of his choice / *Ntakirutimana* case". — "Motion challenging the jurisdiction of the Tribunal rejected / *Kanyabashi* case". — EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS, STRASBOURG: "Application of de ECHR to de Island of Cyprus under the British colonial régime / Independence implicitly proposed / *Greece v. UK*". — "Judicial order postponing the broadcast of a TV documentary on alleged brutalities of prison officers because of a temporary risk of prejudice to a trial in accordance with Art. 10 ECHR / *BBC Scotland v. UK*". — "Request to re-open civil proceedings / Art. 6 ECHR not applicable / *Tolstoy v. UK*". — **DOCUMENTATION:** "Turkey wants to respect human rights / Address to Turkish public prosecutors in Ankara", por TRECHSEL, Stefan. — "The Universal Declaration of Human Rights: is it Universal?", por CUMARASWAMY, Dato' Param. — "Bangkok NGO Declaration on Human Rights (Summary)". — **PENDING PROCEEDINGS.** EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS, STRASBOURG: "No abuse of the right of petition under Art. 27 para. 2 ECHR in case of withdrawal of insulting or other abusive statements by the applicant / *Stamoulakatos v. Greece*".

HUMAN RIGHTS LAW JOURNAL, Ed. N. P. Engel, Estrasburgo, 1998, vol. 19, n° 1, abril. **THE DOCTRINE OF THE MARGIN OF APPRECIATION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: ITS LEGITIMACY IN THEORY AND APPLICATION IN PRACTICE: PERCEIVED PRINCIPLES AND PREMISES:** "Marvellous Richness of diversity or individious cultural relativism?", por MAHONEY, Paul. — **ANALYSIS OF THE CASE-LAW UNDER DIFFERENT ARTICLES OF THE CONVENTION:** "Is there a margin of appreciation in the application on articles 2, 3 and 4 of the Convention?", por CALLEWAERT, Johan. — "The margin of appreciation and article 8 of the Convention", por OVEY, Clare. — "The margin of appreciation and articles 9, 10 and 11 of the Convention", por PREBENSEN, Soren C. — "The prohibition of discrimination in article 14 of convention and the margin of appreciation", por SCHOKKENBROEK, Jeroen. — "The margin of appreciation and derogation under article 15: ritual incantation or principle?", por O'BOYLE, Michael. — **GENERAL REPORT:** "The basis, nature and application of the margin of appreciation doctrine in case-law of the European

Court of Human Rights", por SCHOKKENBROEK, Jeroen.

IL POLITICO. RIVISTA ITALIANA DI SCIENZE POLITICHE. Università degli Studi di Pavia, Milán, 1997, n° 3, julio-septiembre. "Bundesrat e rappresentanza del territorio. La tradizione storica del federalismo tedesco dall'impero alla costituente del '49", por ANTONUCCI, Carla. — "Lo Stato contemporaneo tra democrazia e liberalismo", por DE FEDERICIS, Nico. — "Costituzione e forze costituenti. Le suggestioni kantiane", por ROSSI, Simona. — "La 'conquista fascista' dell'Università. Libertà d'insegnamento e autonomia nell'Ateneo pavese dalla riforma Gentile alle leggi razziali", SIGNORI, Elisa. — **NOTE E DISCUSSIONI:** "Cittadinanza e condizione giuridica degli stranieri. A proposito di recenti studi", por CORDINI, Giovanni. — "Note sull'esercito italiano dall'unità alla grande guerra", por SACCOMAN, Andrea.

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS REPORTS. Nottingham, 1998, vol. 5, n° 2, mayo. **GENERAL COMMENTS:** **The Human Rights Committee:** General Comment N° 26. — **The Committee on Economic, Social and Cultural Rights:** General Comment N° 8. — **DECISIONS / OPINIONS: The Committee Against Torture:** Admissibility Decisions and Views of April / May 1997. — **The Committee Against Racial Discrimination:** Decision of August 1997. — **The Inter-American Court of Human Rights:** Judgments and Orders of January-July 1996. — **The Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina:** Decisions of July-September 1997. — **CONCLUDING COMMENTS / OBSERVATIONS: The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women:** Concluding Observations of January — **TREATIES:** Additional protocol to the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine on the Prohibition of Cloning Human Beings 1998. — **OTHER DOCUMENTS / REPORTS:** Report of the Committee on Economic Cultural and Social Rights on a Draft Optional Protocol on Individual Complaints 1996. — Report on the Mission to Panama of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights 16-22 April 1995. — Report on the Mission to the Dominican Republic of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights 19-26 September 1997. — Council of Europe's Final Declaration and Action Plan on Human Rights and Democracy 1997.

INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS. Ed. The American Society of International Law, Washington DC, 1998, n° 1, enero. "OECD: Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions". — "EU: Convention on the Fight Against Corruption Involving Officials of the European Communities or

Member States of the European Union". — "Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Nationality". — "EU: Consolidated Versions of The Treaty on European Union and The Treaty Establishing the European Community". — "ICJ: Judgment in Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary-Slovakia)".

INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS. Ed. The American Society of International Law, Washington DC, 1998, n° 2, marzo. "UN: International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings". — "Supreme Court of Canada: *Delgamuukw v. British Columbia*". — "European Court of Human Rights: *Canea Catholic Church v. Greece*". — "Law of the Sea Tribunal: *The M/V Saiga*". — "Basle Committee on Banking Supervision: Basle Core Principles for Effective Banking Supervision". — "International Law Commission: Draft Articles on State Responsibility". — "US: Comments on the Draft Articles on State Responsibility".

INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS. Ed. The American Society of International Law, Washington DC, 1998, n° 3, mayo. "UN - Iraq: Memorandum of understanding". — "UN Economic Commission for Europe: Draft Protocol to the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution on Persistent Organic Pollutants". — "EC-Canada-Russian Federation: Agreement on Humane Trapping Standards". — "Germany: Digital Signature Ordinance". — "ICJ: Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America*) (Preliminary Objections)". — "LCIA: Arbitration Rules of the LCIA". — "ICC: General Usage for International Digitally Ensured Commerce".

IUDICIUM ET VITA. Jurisprudencia Nacional de América Latina en Derechos Humanos. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995, n° 2, febrero. "Derecho a la vida". — "Libertad personal". — "Libertad de tránsito". — "Igualdad ante la ley". — "Derecho a la intimidad". — "Derecho a la integridad física". — "Libertad de expresión". — "Derechos de la familia". — "Libertad de enseñanza". — "Principio de legalidad". — "Presunción de inocencia". — "Derecho de petición". — "Debido proceso". — "Derecho de defensa y de audiencia". — "Derecho a la doble instancia". — "Motivación de sentencias". — "Derecho al trabajo". — "Prescripción de la acción penal". — "Derecho de amnistía". — "Derechos de la víctima". — "Derechos de jubilación". — "Hábeas Corpus". — "Amparo". — "Tratados y convenciones internacionales". — "Supremacía constitucional". — "División de poderes". —

"Fuero de funcionarios". — "Derecho parlamentario".

IUDICIUM ET VITA. Jurisprudencia Nacional de América Latina en Derechos Humanos. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, n° 4, diciembre. "Derecho a la dignidad". — "Derecho a la información". — "Derecho a la integridad personal". — "Derecho a la intimidad". — "Derecho a la justicia". — "Derecho a la libertad". — "Derecho a la vida". — "Derecho al trabajo". — "Derecho de libre expresión". — "Derechos de los indígenas". — "Derechos fundamentales". — "Derechos humanos". — "Garantías constitucionales". — "Garantías judiciales". — "Garantías procesales". — "Libertad de conciencia". — "Principio de igualdad".