



3[1998]

INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMPARADO

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

JURISPRUDENCIA

ACCION DE AMPARO. INADMISIBILIDAD MANIFIESTA (MÉXICO).

El motivo manifiesto e indudable a que se refiere el art. 145 de la Ley de Amparo para desechar una demanda por notoriamente improcedente, debe ser claro, sin lugar a dudas, evidente por sí mismo, que surja sin ningún obstáculo a la vista del juzgador y que no pueda ser desvirtuado por ningún medio de prueba durante el juicio; de lo contrario, la demanda de amparo deberá ser admitida, ya que dicho motivo puede ser desvirtuado por medio de las pruebas que se aporten en la audiencia constitucional. De no ser así, se dejaría al promovente en completo estado de indefensión al no darle la oportunidad de allegar al juez los elementos de convicción que justifiquen su acción.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MEXICO (Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito), sentencia del 7-11-1997, con cita del Informe de Labores del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1988, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Tomo VI, noviembre 1997, p. 356.

ACTO ADMINISTRATIVO. CONTROL JUDICIAL. REQUISITOS (CROACIA).

El derecho constitucional al control jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos de carácter individual, resulta violado cuando una demanda es rechazada con base en que el acto impugnado no fue presentado al mismo tiempo que la demanda, si el actor proporcionó datos suficientes para identificar el acto por el cual reclamaba dicho control (según la ley de lo contencioso administrativo, el acto administrativo contra el cual se dirige una demanda de control jurisdiccional debe acompañarse junto con ésta).

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 3-10-97, U-III-795/1994, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 387.

ADOPCION. OPOSICIÓN DE UNO DE LOS PADRES. DERECHO A LA INTIMIDAD. VIDA FAMILIAR (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-SUECIA).

1. Antecedentes del caso: el requirente es padre de M., nacida en 1982, de la relación inestable que aquél mantuvo con K.W. Esta última, en 1983, comenzó a vivir, con su hija, junto a M.W., con el que se casó en 1989. El requirente visitó un vez la maternidad para ver a K.W y a su hija; en los meses siguientes visitó a M., dos veces en el domicilio de K.W., y asistió al bautismo de aquélla. En la primavera de 1983 se ocupó de M. alrededor de una hora. En 1984, el requirente conoció a A.H. -que tenía un hijo de 2 años- con la que comenzó a convivir en 1985. Asimismo, en 1984, el requirente vio a M. una vez, y, de manera ocasional, lo hizo en 1985 y 1986, cuando acompañaba al hijo de A.H. a la casa de una cuidadora. En 1987, el requirente solicitó la asistencia de los servicios sociales para obtener el derecho de visitar a M. ante la pretendida resistencia de K.W. En 1988, M.W. solicitó judicialmente la autorización para adoptar a M., lo que le fue concedido después de una audiencia en la que aquél y el requirente fueron escuchados. La Corte de apelación confirmó la decisión, y la Corte Suprema desestimó, en 1991, su intervención. En tales condiciones, el requirente formuló una presentación ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, la que, primeramente, consideró que se había producido una violación del art. 8 de la Convención

Europea de Derechos Humanos, y, posteriormente, planteó el caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

2. Sentencia:

El requirente considera que la autorización dada a M.W. para adoptar a M. constituye una violación del respeto a su vida familiar tal como está garantizado por el art. 8.

No es objeto de controversia que al momento en que la adopción fue autorizada, existían ciertos lazos entre el requirente y su hija. En estas condiciones, y dado que los argumentos que las partes han sometido a la Corte se relacionan esencialmente con el art. 8, la Corte parte del principio que esta norma se aplica en el caso. Por ende, la resolución sobre la adopción se analiza como una ingerencia al derecho del requirente al respeto de su vida familiar consagrado por el parágrafo 1 del art. 8. No hay dudas de que la medida estaba “prevista por la ley” y perseguía un fin legítimo, a saber, la protección de los derechos y libertades de la menor. Queda por determinar si era “necesaria en una sociedad democrática”.

Si bien es cierto que la autorización de adoptar en este caso, así como las medidas impugnadas en el caso *Johansen*, tiene por efecto jurídico privar al requirente de toda vida familiar con su hija, el contexto difiere en puntos importantes. En consecuencia, no es conveniente seguir, en la especie, el razonamiento adoptado en dicho precedente.

Además, en el curso del período considerado, los contactos entre el requirente y la menor fueron poco frecuentes y limitados; cuando la adopción fue autorizada, padre e hija ya no se veían desde hacía un largo tiempo.

Súmase a ello que la menor vivía con su madre desde su nacimiento y con su padre adoptivo desde la edad de ocho meses. Este último participó en la educación de M., que lo consideraba como su padre. Luego, cuando el tribunal concedió la autorización, en diciembre de 1989, existían lazos familiares de facto entre el padre adoptivo y la madre de cinco años y medio (se casaron en enero de 1989), y entre aquél y M. de 6 años y medio. La adopción consolidó y oficializó dichos lazos.

En estas condiciones, y visto la manera en que las jurisdicciones internas apreciaron el interés superior de la niña, así como el carácter limitado de los lazos existentes entre M. y el requirente durante el lapso considerado, la Corte está convencida de que la decisión en juego no ha excedido el margen de apreciación. Habida cuenta de los fines buscados por la autorización, no podría decirse que las consecuencias nefastas de esta medida sobre las relaciones que unen al requirente con la niña eran desproporcionadas.

En consecuencia, no ha habido violación del art. 8.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Sala compuesta por 9 jueces), sentencia del 28-10-1998, *Söderbäck c. Suède*, en *Communiqués du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 2 de setiembre/30 de octubre de 1998, p. 56.

ASILO. REFUGIADOS. RECHAZO. EXTRANJEROS. EXPULSIÓN. OBLIGACIONES DEL ESTADO. TORTURAS Y MALOS TRATOS. CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES, ART. 3. CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUS DE REFUGIADO DE 1951 (COMITÉ CONTRA LA TORTURA).

1. Antecedentes del caso: el autor de la comunicación, ciudadano peruano, residente en Suecia, requirió a este último país el reconocimiento de su estado de refugiado. El rechazo del pedido dio lugar a que plantease ante el Comité contra la Tortura, que su retorno obligado a Perú violaría el art. 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruels, Inhumanos y degradantes.

2. Decisión: el Comité debe decidir, según el art. 3.1. de la Convención, si existen fundamentos sustanciales para considerar que el retorno del presentante al Perú puede ponerlo en peligro de ser sometido a torturas.

La existencia de patrones de masivas, flagrantes y graves violaciones de derechos humanos en un país, no es por sí solo suficiente para determinar si un individuo se encuentra personalmente ante el peligro antes mencionado; otros fundamentos adicionales deben existir para demostrar dicha circunstancia. De igual modo, la inexistencia de dichos modelos no significa que la persona no enfrente los mencionados peligros.

El autor es miembro de “Sendero Luminoso” y, en 1989, participó en una manifestación en la que se distribuyeron volantes y bombas de elaboración casera. Consecuentemente, la policía requisó la casa del requirente, y éste se mantuvo escondido y abandonó el país para buscar asilo en Suecia. También pertenece a una familia políticamente activa: uno de sus primos desapareció y otro fue asesinado por motivos políticos, su madre y hermana obtuvieron el estado de facto de refugiados en Suecia.

El rechazo del pedido de asilo del requirente se fundó en la excepción del art. 1.F de la Convención sobre el Estatus de Refugiado de 1951. Esto se advierte por el hecho de que la madre y la hermana del peticionario obtuvieron la situación antes mencionada, por el temor de que fueran objeto de persecución por pertenecer a una familia conectada con “Sendero Luminoso”. El Estado no expresó fundamento alguno para distinguir entre estos casos y el del requirente.

El test del art. 3 es absoluto. Cuando existen fundamentos sustanciales para considerar que una persona será sometida a tortura a consecuencia de una expulsión a otro país, el Estado Parte tiene la obligación de no proceder a dicha expulsión.

En las circunstancias del caso, cabe considerar que los fundamentos invocados por el Estado Parte para justificar la decisión de retornar al requirente al Perú no satisfacen los requerimientos del art. 3, por lo que la decisión no debe ser ejecutada.

COMITE CONTRA LA TORTURA, Comunicación n° 39/1996, *Gorki Ernesto Tapia Paez v. Sweden*, en *International Human Rights Reports*, Universidad de Nottingham, Nottingham, vol. 5, n° 2, mayo 1998, pp. 318/326.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. CONTROL PREVIO (FRANCIA)

Según el art. 10 de la Constitución: “El Presidente de la República promulga las leyes dentro de los quince días siguientes a las transmisión al Gobierno de la ley adoptada definitivamente”; y con arreglo a la segunda alinea del art. 61: “...las leyes pueden ser deferidas al Consejo Constitucional, antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el Primer ministro, el Presidente de la Asamblea nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores”. Por ende, una ley promulgada, incluso todavía no publicada, no puede ser deferida al Consejo Constitucional.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, decisión del 7-11-1997, n° 97-392 DC, en *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, París, 1997, p. 235. Asimismo, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 408.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. LEY SOBREVINIENTE (ITALIA).

Debe ser ordenada la devolución al juez a quo de las actuaciones relativas al

juzgamiento de legitimidad constitucional de la norma en juego, para que reexamine la cuestión a la luz del derecho sobreviniente (el juez a quo había planteado la mencionada cuestión respecto de una norma que, estando el caso ante la Corte, fue sustituida íntegramente).

Nota de la Secretaría: v., en sentido análogo, las decisiones del 18-2-1998, nros. 22, *Gesteco S.p.a. ed altra*, y 23, *Riina*, en *op. y loc. cit. infra*, pp. 125 y 127, respectivamente.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, decisión del 5-2-1998, n° 14, *Filippini ed altro*, en *Giurisprudenza costituzionale*, ed. A. Giuffrè, Milán, n° 1, enero-febrero 1998, p. 74.

CORTES CONSTITUCIONALES Y SUPREMAS. COMPETENCIA (ALBANIA).

La Corte constitucional es competente para controlar, antes de la ratificación, la compatibilidad con la Constitución de todos los tratados internacionales firmados por la República.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ALBANIA, sentencia del 3-6-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 1, p. 7.

CORTES CONSTITUCIONALES Y SUPREMAS. OPINIONES CONSULTIVAS. FEDERALISMO. DERECHO DE SECESION. DECISIÓN UNILATERAL. DERECHO INTERNACIONAL. DERECHO A LA AUTODETERMINACION. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD (CANADÁ).

1. El Gobernador, en Consejo, sometió a esta Corte las siguientes cuestiones, invocando la Sec. 53 de la *Supreme Court Act*:

Cuestión 1: ¿permite la Constitución de Canadá que la Asamblea Nacional, la Legislatura o el Gobierno de Quebec causen unilateralmente la secesión de Quebec de Canadá?

Cuestión 2: ¿otorga el derecho internacional a la Asamblea Nacional, a la Legislatura o al Gobierno de Quebec el derecho a causar unilateralmente la secesión de Quebec de Canadá? A este respecto, ¿existe en el derecho internacional un derecho a la autodeterminación que otorgue a la Asamblea Nacional, a la Legislatura o al Gobierno de Quebec el derecho a causar unilateralmente la secesión de Quebec de Canadá?

Cuestión 3: en el supuesto de un conflicto entre el derecho nacional y el derecho internacional en cuanto al derecho de la Asamblea Nacional, de la Legislatura o del Gobierno de Quebec a causar unilateralmente la secesión de Quebec de Canadá, ¿cuál prevalecería en Canadá?

La cuestión relativa a la jurisdicción consultiva de la Corte fue planteada por el *amicus curiae*, quien alegó que la Sec. 53 de la *Supreme Court Act* es inconstitucional; que aun cuando no lo fuera, las cuestiones planteadas en este caso caen fuera del ámbito de aplicación de dicha Sección; y que dichas cuestiones son no justiciables.

2. Sentencia: la Sección 53 de la *Supreme Court Act* es constitucional y la Corte puede responder a las cuestiones que se le han puesto de manifiesto.

2.1. Jurisdicción consultiva de la Suprema Corte

La Sección 101 de la *Constitution Act* de 1867 faculta al Parlamento a otorgar a esta

Corte la jurisdicción consultiva regulada por la Sec. 53 de la *Supreme Court Act*. La expresión “Tribunal General de Apelaciones” de la Sec. 101 denota el estatus que esta Corte tiene en la estructura de los tribunales nacionales, y no debe ser tomada como una interpretación restrictiva de sus funciones. Si bien en la mayor parte de los supuestos esta Corte actúa como tribunal de apelación exclusiva y definitiva del país, lo cierto es que un tribunal de apelación puede recibir, con una base excepcional, competencia originaria no incompatible con la que tiene por apelación. Aun si existiera un conflicto entre la jurisdicción consultiva de esta Corte y la competencia originaria de los superiores tribunales de provincia, éste debería resolverse a favor del ejercicio que el Parlamento hizo de sus plenos poderes para establecer un “Tribunal General de Apelaciones”. Un “Tribunal General de Apelaciones” también puede, adecuadamente, cumplir otras funciones, como la de dar opiniones consultivas. No existe obstáculo constitucional para que esta Corte reciba competencia para cumplir un rol consultivo.

Las cuestiones aquí planteadas caen dentro del ámbito de aplicación de la Sec. 53 de la *Supreme Court Act*. La Cuestión 1 está orientada, al menos parcialmente, a la interpretación de la *Constitution Act*, a que hace referencia la Sec. 53(1)(1). Las Cuestiones 1 y 2 caen dentro del alcance de la Sec. 53(1)(d), porque se relacionan con las atribuciones de la Legislatura o del Gobierno de una provincia canadiense. Finalmente las tres son “importantes cuestiones jurídicas o de hecho relativas a cualquier materia”, y por lo tanto caen dentro del ámbito de la Sec. 53(2). Al contestar la Cuestión 2, la Corte no excede su competencia pretendiendo actuar como un tribunal internacional sino que, en su calidad de tribunal nacional, da una opinión consultiva al Gobernador en Consejo sobre cuestiones jurídicas concernientes al futuro de la federación canadiense. Por otra parte, la Cuestión 2 no es ajena a la competencia de esta Corte, como tribunal doméstico, por la circunstancia de que requiere la consideración del derecho internacional más que de la ley canadiense. Más importancia reviste el hecho de que la Cuestión 2 no formula una cuestión abstracta de derecho internacional “puro”, sino que busca determinar los derechos y las obligaciones jurídicas de la Legislatura o del Gobierno de Quebec, instituciones que forman parte del orden jurídico canadiense. Debe considerarse el derecho internacional, porque ha sido invocado en el contexto de esta consulta.

Las cuestiones sometidas a la jurisdicción consultiva de esta Corte son justiciables y deben ser contestadas. En ellas no se le solicita que usurpe ninguna decisión democrática que pueda corresponder al pueblo de Quebec. Las cuestiones, tal como son interpretadas por la Corte, están estrictamente limitadas a aspectos del marco legal en que debe tomarse la decisión democrática. Como las cuestiones de referencia pueden claramente interpretarse como cuestiones jurídicas, la Corte está en posición de contestarlas y no puede ejercer su discrecionalidad para negarse a hacerlo con una base pragmática. Las cuestiones plantean temas de importancia pública fundamental y no son tan imprecisas o ambiguas como para no permitir una respuesta legal adecuada. Tampoco se ha brindado a esta Corte información insuficiente sobre el contexto actual en que surgen dichas cuestiones. Finalmente, este Tribunal puede abordar, en el marco de una consulta, cuestiones que de otro modo se considerarían abstractas.

2.2. Cuestión 1

La Constitución es más que un texto escrito. Comprende la totalidad del sistema global de reglas y principios que gobiernan el ejercicio de las atribuciones constitucionales. La mera interpretación superficial de algunas de las disposiciones del texto constitucional escrito puede resultar engañosa. Es necesario hacer una investigación más profunda de los principios fundamentales que animan toda la Constitución, como los de federalismo, democracia, constitucionalismo, estado de derecho, y respeto por las minorías. Dichos principios deben informar nuestra apreciación comprensiva de los derechos y obligaciones constitucionales que entrarían en juego en el supuesto de que, en un referéndum, se preguntara claramente a los quebequianos si desean la secesión y una mayoría de ellos respondiera en forma

afirmativa.

En esta consulta, se pide a la Corte que considere si Quebec tiene derecho a la secesión unilateral. Los argumentos favorables a la existencia de tal derecho se basaron fundamentalmente en el principio de democracia. Sin embargo, democracia significa más que regla mayoritaria. La jurisprudencia constitucional muestra que la democracia existe en el contexto más amplio de otros valores constitucionales. Desde el tiempo de la Confederación, el pueblo de las provincias y territorios ha creado vínculos estrechos de interdependencia (económica, social, política y cultural) basados en valores compartidos que incluyen el federalismo, la democracia, el constitucionalismo, el estado de derecho y el respeto por las minorías. Una decisión democrática de los quebequianos favorable a la secesión pondría en peligro estas relaciones. La Constitución garantiza el orden y la estabilidad y, en consecuencia, la secesión de una provincia no podría lograrse unilateralmente, esto es, sin una negociación con los otros integrantes de la Confederación dentro de la estructura constitucional existente.

Nuestras instituciones democráticas necesariamente dan cabida a un proceso continuo de discusión y evolución, que se refleja en el derecho constitucional de cada integrante de la Federación a iniciar el cambio constitucional. Este derecho implica un deber recíproco de los otros integrantes a participar en discusiones para tratar cualquier iniciativa legítima de cambiar el orden constitucional. Si la mayoría del pueblo de Quebec votara una pregunta clara de un referéndum en forma favorable a la secesión, otorgaría una legitimidad democrática a la iniciativa de secesión que todos los otros integrantes de la Confederación tendrían que reconocer.

Pese a un claro resultado en un referéndum, Quebec no podría pretender invocar un derecho a la autodeterminación para imponer a las otras partes de la Federación los términos de una secesión propuesta. El voto democrático de una mayoría -cualquiera sea su envergadura- no tendría efecto legal por sí mismo y no podría dejar de lado los principios de federalismo y el imperio de la ley, los derechos de las personas y de las minorías, o el funcionamiento de la democracia en las otras provincias o en Canadá como un todo. Los derechos democráticos reconocidos en la Constitución no pueden divorciarse de las obligaciones constitucionales. Sin embargo, tampoco puede aceptarse la proposición contraria: la existencia y funcionamiento ininterrumpidos del orden constitucional canadiense no podría ser indiferente a la clara expresión de una mayoría de los quebequianos de que ya no quiere seguir estando en Canadá. Las otras provincias y el Gobierno Federal no tendrían base para negar el derecho del Gobierno de Quebec a aspirar a la secesión si una clara mayoría del pueblo de Quebec elige ese objetivo, en la medida en que al hacerlo, Quebec respete los derechos de otros. Las negociaciones posteriores a ese voto tendrían como objeto el acto potencial de secesión, así como sus posibles términos, en caso en que la secesión siguiera su curso. No habría conclusiones predeterminadas jurídicamente sobre ningún tema. Sería necesario que las negociaciones se refirieran a los intereses de las otras provincias, del Gobierno Federal y de Quebec, a los derechos de todos los canadienses que están tanto dentro como fuera de Quebec, y específicamente a los derechos de las minorías.

El proceso de negociación requeriría la conciliación de diversos derechos y obligaciones a través de la negociación entre dos mayorías legítimas, esto es, la mayoría de la población de Quebec y la de Canadá como un todo. Una mayoría política de cualquiera de esos niveles que no actúe de acuerdo a los principios constitucionales fundamentales pondría en peligro la legitimidad del ejercicio de su derecho, y la aceptación definitiva del resultado por parte de la comunidad internacional.

La tarea de la Corte consiste en aclarar el marco legal dentro del cual se deben adoptar las decisiones políticas “según la Constitución”, y no en usurpar las prerrogativas de las fuerzas políticas que operan dentro de dicho marco. Según la Constitución, las obligaciones identificadas por la Corte tienen efecto vinculante. Sin embargo, corresponde a los actores políticos determinar qué constituye “una clara mayoría sobre una pregunta clara” en las

circunstancias en las cuales puede hacerse un futuro voto en un referéndum. Igualmente, en el supuesto de que una probada mayoría apoye la secesión de Quebec, los actores políticos también deberán establecer el contenido y proceso de las negociaciones. La reconciliación de los diversos intereses constitucionales legítimos está necesariamente encomendada al área política más que a la judicial, precisamente porque sólo puede lograrse a través del dar y recibir de las negociaciones políticas. En la medida en que los temas tratados de las negociaciones son de naturaleza política, los tribunales no podrán revisar este proceso.

2.3. Cuestión 2

Se pide también a la Corte que considere si en el derecho internacional existe un derecho unilateral a la secesión. Algunos de los que respaldan una respuesta afirmativa se basan en el derecho a la autodeterminación que pertenece a todos los “pueblos”. Si bien gran parte de la población de Quebec ciertamente comparte muchas de las características de un pueblo, no es necesario decidir la cuestión del “pueblo” porque, cualquiera sea su correcta determinación en el supuesto de Quebec, en el derecho internacional, el principio a la autodeterminación del pueblo sólo otorga derecho a la secesión a “un pueblo” que está gobernado como parte de un imperio colonial; a “un pueblo” que está sujeto a la subyugación, dominación o explotación extranjera; y posiblemente a “un pueblo” al que se desconoce todo ejercicio significativo de su derecho a la autodeterminación dentro del Estado del que forma parte. En otras circunstancias, se espera que los pueblos logren su autodeterminación dentro del marco del Estado en que existe. Un Estado cuyo Gobierno representa a todo el pueblo o pueblos que residen dentro de su territorio, en una base de igualdad y sin discriminación, y respeta los principios de la autodeterminación en sus convenios internos, tiene derecho, en términos del derecho internacional, a mantener su integridad territorial y a que ésta sea reconocida por otros Estados. Quebec no satisface el principio de un pueblo colonial u oprimido, ni puede sugerirse que se haya negado a los quebequianos el acceso al Gobierno para aspirar a su desarrollo político, económico, cultural o social. En estas circunstancias, el derecho internacional no otorga a la Asamblea Nacional, a la Legislatura o al Gobierno de Quebec un derecho a causar unilateralmente la secesión de Quebec de Canadá.

Si bien ni la Constitución ni el derecho internacional otorgan un derecho a la secesión unilateral, no se descarta la posibilidad de una declaración inconstitucional de secesión que conduzca a una secesión de facto. El éxito final de tal secesión dependería del reconocimiento de la comunidad internacional que, al decidir esta cuestión, probablemente considere la legalidad y legitimidad de la secesión prestando atención, entre otras circunstancias, a la conducta de Quebec y Canadá. Sin embargo, aun cuando se lo conceda, tal reconocimiento no brindaría ninguna justificación retroactiva al acto de secesión, en términos de la Constitución de Canadá ni del derecho internacional.

2.4. Cuestión 3

En atención a la forma en que se respondieron las Cuestiones 1 y 2, no existe un conflicto entre el derecho doméstico y el internacional que deba tratarse en el contexto de esta consulta.

SUPREMA CORTE DE CANADA, *Reference re Secession of Quebec*, del 20-8-98, Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal, Internet.

DELEGADO GREMIAL. ESTABILIDAD. DESPIDO. CAUSA (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: la sociedad actora solicitó al Consejo de Estado que anulara la sentencia mediante la cual el Tribunal Administrativo de París había rechazado su demanda

contra la decisión implícita del Ministro de Trabajo, Empleo y Formación Profesional, confirmatoria de la del inspector del trabajo, adversa al pedido de autorización para despedir a una trabajadora delegada de personal y miembro del comité de empresa.

2. Sentencia:

En virtud de las disposiciones del Código del Trabajo, los delegados de personal y los miembros del comité de empresa gozan, en interés del conjunto de los trabajadores que representan, de una protección excepcional y no pueden ser despedidos sin autorización del inspector de trabajo del que depende el establecimiento. El despido de uno de dichos asalariados no puede estar vinculado a las funciones representativas normalmente ejercidas por el interesado o a su pertenencia sindical. En caso de que el despido esté motivado en una conducta culpable, corresponde al inspector de trabajo y, en su caso, al Ministro de Trabajo, investigar, controlando judicialmente en cuanto al abuso de poder, si los hechos reprochados al asalariado tienen una gravedad suficiente como para justificar la medida, teniendo en cuenta el conjunto de reglas aplicables a su contrato de trabajo y las exigencias propias de la ejecución normal del contrato que están a su cargo.

De las constancias del expediente surge que la trabajadora en cuestión, delegada de personal y miembro del comité de empresa, fue sorprendida a la salida del comercio en el que estaba empleada, en posesión de dos lotes de esponjas y de un *brioche* provenientes de dicho comercio -cuyo valor es de 49,50 FF-, que no había pagado. En estas circunstancias, atendiendo particularmente al valor tan limitado de los artículos hurtados, a la ancianidad de la interesada, y al hecho de que no había sido previamente objeto de ningún reproche de su empleador, los mencionados hechos no constituyeron una falta de gravedad suficiente como para justificar su despido.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 11-2-98, *SA des Monoprix*, en *Revue française de droit administratif*, Ed. Sirey, París, 1998, nro. 2, p. 468.

DELITOS. TIPIFICACIÓN. LENGUA EXTRANJERA (HOLANDA).

Es un principio básico del derecho penal holandés que un delito no puede considerarse tipificado con base en un acuerdo internacional expresado en una lengua extranjera (en el caso, la norma que preveía la infracción materia del proceso estaba contenida en un enmienda -a un Acuerdo europeo- que, al momento de los hechos, no estaba disponible en lengua holandesa).

CORTE DE APELACION DE ARNHEM (Holanda), sentencia del 27-11-1995, *Public Prosecutor v. Van Vlaustuin Ede Transport B.V.*, en *Netherlands Yearbook of International Law*, ed. Martinus Nijhoff, Holanda, 1997, vol. XXXVIII, p. 366, rúbrica a cargo de **BARNHOORN, L.A.N.M.**

DEMORA JUDICIAL. PLAZO RAZONABLE. LIBERTAD DEL PROCESADO. PROCESO PENAL (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: por decisión de la Sala de acusación (18-7-1996), X. fue diferido ante la Cámara en lo Criminal de París por haber cometido, de marzo a julio de 1993, cuatro violaciones y un robo a mano armada, siendo reincidente y habiendo sido ya condenado, el 6-5-1987, por esa Cámara, a la pena de cinco años de reclusión por violaciones cometidas bajo amenaza armada y robos con violencia. El 5-12-1996, la Sala Penal de la

Corte de Casación rechazó el recurso de X. contra dicha decisión. Este último, con base en los arts. 5.3 y 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, solicitó su liberación a la mencionada Sala de acusación.

2. Sentencia:

El asunto remitido ante la Cámara en lo Criminal de París por resolución del 18-7-1996 -que devino definitiva después de la resolución de la Corte de Casación del 5-12-1996- no ha tenido audiencia hasta el presente. En consecuencia, no obstante los graves antecedentes judiciales del acusado, el riesgo de reiteración de delitos sugerido por el perito siquiátra y el riesgo de presión sobre las víctimas, el caso no podrá ser juzgado en un plazo razonable en el sentido del art. 6.1 de la Convención. Por ende, corresponde poner a X. en libertad salvo que esté detenido por otras causas.

CAMARA EN LO CRIMINAL DE PARIS (Sala 4a. de acusación), sentencia del 30-10-1997, X... c. Y..., en *Recueil Dalloz*, París, 1998, n° 33, p. 460, con nota de **RENUCCI, Jean-François**, ídem.

DERECHO A LA IDENTIDAD. MENORES. CAMBIO DE SEXO SIN CONSENTIMIENTO. DIGNIDAD HUMANA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: en representación de un menor a quien se le había practicado una operación quirúrgica de readecuación de sexo, se inició un proceso de tutela contra el médico que intervino, el hospital donde se llevó a cabo la intervención, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que contribuyó a la realización de la operación, y los padres que prestaron su consentimiento.

Según versión de los progenitores, cuando el menor tenía apenas seis meses de edad, le fue cercenado el pene y los testículos en un accidente. En 1981, se le practicó una operación de “meatotomía”, previa autorización por escrito de los padres a la realización de cualquier clase de tratamiento (incluyendo cambio de sexo) que llevara a mejorar la situación de su hijo. De la prueba no pudo establecerse que dichos padres (personas semianalfabetas, habitantes de una región alejada y con un ambiente social atrasado) fueran conscientes de la trascendencia del “cambio de sexo”; más bien se desprende de la historia clínica que el médico insinuó un estudio genético “con fines netamente académicos” y “planear el cambio”, ya que el niño estaba en la edad adecuada y no era posible reconstruir genitales funcionales. De manera que primero se proyectó la intervención por los profesionales, quienes propusieron, impulsaron y desarrollaron la reasignación de sexo, y luego se obtuvo permiso de los padres.

De 1981 a 1986, el menor fue depositado en un albergue de monjas, donde se le dio la orientación propia de una niña, pero demostró siempre comportamiento de varón. En 1987, se tramitó un proceso de jurisdicción voluntaria que finalizó autorizando el cambio del nombre del menor por uno femenino, y se le practicó una segunda operación de remodelación de genitales externos femeninos, con la intervención del ICBF, instituto que facilitó los medios al paciente para su ubicación en centros y hogares sustitutos “que le permitieran continuidad, autenticidad y coherencia para su adaptación al género femenino”. El menor rechazó su adaptación como mujer, expresó temor de lo que pudieran continuar haciéndole los médicos y manifestó su deseo de ser hombre.

Los sicólogos confirmaron la identificación masculina del menor, quien se reveló, exigió cambio de trato social, de ropa, se negó a tomar pastillas para aumentar los senos y propició el cambio de denominación entre sus amigos y maestros. Es en este estado, cuando el menor se presentó ante la autoridad pertinente -personero municipal- para que en su nombre se constituya en amparo-

2. Sentencia:

2.1. Consentimiento del paciente

2.1.1. Relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente

La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando no sólo la derrota de la enfermedad, sino el alivio de ésta, es una prestación de servicios que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en un acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico.

Se ha afirmado que la tradición jurídica latina se inclina por la decisión discrecional “paternalista” del médico, mientras que la doctrina anglonorteamericana le da relevancia al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin la autorización del usuario.

2.1.2. El proceso volitivo

La problemática del consentimiento entre médico y paciente no ofrece dificultad en las actitudes cotidianas de acercamiento del enfermo hacia quien hará su curación, pues existe una aceptación tácita que permite la actuación del profesional. La cuestión adquiere relevancia jurídica cuando está en juego algo tan importante como el sexo de una persona. Por lo tanto, habrá que afirmar que en el presente caso el consentimiento debe provenir personalmente del propio paciente, con capacidad plena y aun por escrito.

2.1.3. El consentimiento informado

Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que informe al paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, no minimizando los resultados, pero sin alarmarlo de forma tal de desalentar el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que sólo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

2.1.4. La urgencia en el tratamiento

En muchas ocasiones el médico se encuentra ante hechos de especial gravedad que convierten en urgente un tratamiento.

El art. 3 del decreto 3380 de 1981 (reglamentario de la ley 23 de ese mismo año) establece: “Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndese por ésta, todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o la integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico”.

Prevista la urgencia por el legislador, no hay dudas de que el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente por la realidad objetiva de una intervención necesaria para la preservación de su existencia. La discusión puede surgir en la aplicación que se dé al calificativo “integridad de la persona”, pues esto exige una apreciación rigurosa, objetiva, muy ligada al requerimiento de atención inmediata para evitar un perjuicio irremediable, y en ningún caso debe responder al deseo del profesional de efectuar experimentos científicos.

2.2. Consentimiento de tratamiento médico en el caso de menores

2.2.1. Impedimento de los médicos de practicar reeducación de sexo de un menor, justificando su actuación con la autorización de los padres del infante.

Dice el art. 34 del Código Civil: “Llámesse infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto el que ha dejado de ser impúber...”.

¿Al opinar los médicos que, tratándose de reeducación de sexo, la mejor época es la anterior a los dieciocho meses de edad, podían los padres autorizar ese tratamiento?

El principio general es que el médico, en un Estado social de derecho, debe contar con el consentimiento informado de su paciente para adelantar tratamientos terapéuticos, ya que

éstos pueden afectar la dignidad humana de este último. Esto significa que la labor médica no puede orientarse únicamente por la búsqueda de resultados que la ciencia considere óptimos, sino que debe respetar la dignidad y la autonomía de los pacientes.

Sin embargo, este principio puede entrar en colisión con otros principios constitucionales igualmente importantes como, por ejemplo, la protección que la familia, la sociedad y el Estado, deben brindar al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. En efecto, ¿qué sucede cuando la persona no está en capacidad de manifestar su consentimiento informado por tratarse de un menor de edad? ¿pueden en tales eventos decidir los padres por sus hijos, en función de los intereses de éstos?

En determinados casos, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra su voluntad aparente, puesto que se considera que aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores son jurídicamente incapaces para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre.

No obstante lo dicho, los padres no pueden tomar, a nombre de sus hijos, cualquier decisión médica, por cuanto los niños no son propiedad de sus progenitores, sino que ellos ya son una libertad y una autonomía en desarrollo que tiene protección constitucional. Entonces, ¿cuáles son los límites de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad?

La Corte considera, frente al caso concreto, que estos límites derivan de una adecuada ponderación de los principios en conflicto, esto es, entre el de autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el paternalista, es decir, aquél en que el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Para ello, en situaciones como la presente, es necesario distinguir: 1) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, 2) la intensidad del impacto de dicho tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño, y 3) la edad del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad.

Un análisis combinado de tales criterios permite la identificación de casos extremos. Hay, así, tratamientos ordinarios de poco impacto para la autonomía del niño y que conllevan evidentes beneficios médicos a éste -ninguna objeción constitucional podría hacerse al padre que fuerza a su hijo a ser vacunado contra una grave enfermedad-. En cambio, no sería admisible constitucionalmente obligar al menor a someterse a una intervención médica innecesaria en términos de salud, como lo es una cirugía plástica por razones estéticas, ya que se estaría usurpando su autonomía. En este caso, la medida deja de ser “paternalista” para convertirse en lo que la filosofía ética denomina “perfeccionismo”, es decir, en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona.

Entre tales extremos, como es obvio, se encuentran múltiples situaciones intermedias que deben ser analizadas, en concreto, para determinar si los progenitores pueden tomar legítimamente decisiones médicas que afecten a sus hijos. Con base en tales elementos, la Corte entiende que no es posible la “readecuación de sexo”, sin la autorización directa del paciente, por las siguientes razones:

2.2.1.1. Los niños no son propiedad de nadie: ni de sus padres, ni de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercitar su libre albedrío no sacrifica aquélla. El sexo constituye un elemento inmodificable de la identidad de determinada persona y sólo ésta, con pleno conocimiento y debidamente informada, puede consentir en una readecuación de sexo y aún de “género” (como dijeran los médicos), porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados, ni tampoco su identidad ha de ser desfigurada para que el

contorno dentro del cual vive se haga la idea del “género” que unos médicos determinaron con la disculpa de ser lo “menos malo”.

2.2.1.2. En la situación en que se encuentra el paciente, sólo él, como menor adulto, puede indicar si acepta o no una intervención quirúrgica que supere o mitigue su destino. Ni los médicos, ni el juez pueden decidir, unilateralmente, que sea hombre o mujer. Si el menor aspira a ser hombre por encima de las dificultades, es libre para tomar en sus manos su propio devenir, y sus padres no pueden ni podían autorizar que unos profesionales en el arte de curar, que en cierta forma se aprovecharon de su ignorancia, dieran preferencia al sexo femenino (que no era el natural del niño) sobre la identidad propia del infante, pues al hacerlo propiciaron la violación a la dignidad y a la dimensión ética del hombre.

2.2.1.3. Otro punto importante es saber hasta cuándo se proyectaba en el tiempo la inconstitucional y desdichada “autorización de los padres”, porque ocurre que la segunda operación fue realizada en 1987 con el respaldo, según manifiestan los médicos, de la autorización dada antes de la primer intervención, en 1981.

2.2.1.4. Por último, el paso del tiempo permitía que se escogieran, libremente, el médico y los siquiátras que requería el menor, puesto que éste no estaba ligado eternamente a la asistencia profesional de los especialistas del hospital en donde le practicaron la primer intervención quirúrgica.

2.3. Determinaciones

a) El ICBF, en la actualidad, es la única entidad en la cual el menor tiene confianza, por los servicios de asistencia que viene prestando.

b) El paciente se encuentra hoy en un medio donde es difícil adecuar la cultura para lograr su identidad sexual.

c) Quien interpuso la tutela no deja duda alguna de que el menor es varón. Si no se está en presencia de un transexual, bisexual, hermafrodita o pseudohermafrodita, hay que respetar la verdad natural y personal. Un caso fortuito, completamente extraño a la persona, ajeno a su voluntad, no tiene la causa suficiente para alterar esa verdad, esa naturaleza. Cuando la mutilación se presenta, el paciente tiene posibilidad de decidir. Si no lo hizo antes puede hacerlo ahora que tiene uso de razón.

Es inhumano que si el pene y los testículos fueron cercenados, la solución sea volver a la víctima mujer. Este es un trato denigrante.

Aclarado lo anterior, se concluye:

1. El expreso consentimiento informado del propio paciente es indispensable para cualquier tratamiento médico de readecuación del sexo. Como esto no ocurrió y la tutela se instauró para proteger el derecho a la identidad, prosperará no sólo por tal violación sino por afectar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

2. La investigación sobre la conducta profesional de los médicos que propiciaron e hicieron el tratamiento de readecuación de sexo o transformación de órganos sexuales, corresponde adelantarla al Tribunal de Ética Médica.

3. Como se trata de un menor desprotegido, para una posible acción reparatoria se solicitará al Defensor del Pueblo la asistencia jurídica a fin de que, si el menor lo acepta, se inicie y adelante el correspondiente juicio de responsabilidad civil.

4. La disposición para hacer real la solidaridad que merece el menor por la vulneración de sus derechos fundamentales, se dará al ICBF.

5. Por último, se ratificará la orden dada al Notario de mantener en el Registro Civil el nombre de varón que identificó inicialmente a quien instauró la tutela.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Sala Séptima de Revisión), sentencia del 23/10/1995, en *Iudicium et vita*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, n° 4, diciembre 1996, p. 19; y en *Derechos fundamentales e interpretación constitucional (Ensayos - jurisprudencia)*, Comisión Andina de Juristas, Lima, Serie: Lectura sobre temas constitucionales 13,

DERECHO A LA IGUALDAD. CLASIFICACIONES RAZONABLES (POLONIA).

1. Antecedentes del caso: la nueva ley relativa al mantenimiento de la higiene de las comunas impuso a los propietarios de inmuebles el mantenimiento en buen estado de las veredas contiguas a sus bienes. Como la norma tiene por objetivo o destinatarios no al conjunto de ciudadanos sino solamente a las personas que posean un bien inmueble, se impugnó su validez con base en el principio de igualdad.

2. Sentencia:

La obligación impuesta por la ley no contraría el principio constitucional de igualdad toda vez que pesa de manera igual sobre todos los propietarios de bienes inmuebles.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 5-11-1997, K 22/97, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 439.

DERECHO A LA IGUALDAD. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. TRABAJADORES. DISCRIMINACIÓN LABORAL. LÍMITES A LAS FACULTADES ORGANIZATIVAS DEL EMPRESARIO. PRUEBA. INVERSIÓN DE LA CARGA. INDICIOS (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: la recurrente, empleada-cajera de un centro comercial con régimen de jornada parcial, interpuso demanda contra la empresa alegando que la decisión de ésta de contratar personal con jornada completa -desplazando su preferencia a la ampliación de su jornada, a la que tenía derecho según los términos del convenio colectivo vigente- y de ampliar la jornada de trabajo a otras empleadas en igualdad de condiciones que ella, se debió a su participación en una convocatoria sindical de huelga. La sentencia del Juzgado de lo Social acogió la demanda y reconoció el derecho a la transformación de la jornada a tiempo completo. Contra esta resolución, la empresa interpuso recurso de suplicación que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid -Sala de lo Social-. En tales condiciones, la actora impugnó esta última sentencia -por vía de amparo ante el Tribunal Constitucional- afirmando que era arbitraria y vulneraba su derecho a no ser discriminada por el ejercicio de su actividad sindical.

2. Sentencia:

2.1. Este Tribunal ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos que informan el sistema de relaciones de trabajo. El ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente (arts. 38 -libertad de empresa- y 33 -derecho de propiedad-, Constitución española), y que imponen la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos, perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral.

2.2. Los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del

contrato de trabajo, suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando el empleador obligado a respetarlos. Desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar bien de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho, bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental.

2.3. El ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir, en ningún caso, a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de derechos fundamentales del trabajador, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por este último.

2.4. La prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en ciertos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo (arts. 96 y 179.2, Ley de Procedimiento Laboral). La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental, y consta de dos elementos: por un lado la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, y por el otro, sobre el empleador recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

Nota de la Secretaría: en relación a los derechos fundamentales del trabajador como límite a las facultades organizativas y disciplinarias del empresario v. comentario de **PARDO FALCON, Javier** a las sentencias del mismo Tribunal nº 99/1994 y 6/1995, en **investigaciones 3** (1997), p. 463. Con respecto a la distribución de la carga de la prueba, v. sentencia nº 82/1997, del 22 de abril 1997, en **investigaciones 2** (1998), p. 261.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Primera), sentencia del 6-5-1997, nº 90/1997, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 48, mayo-agosto de 1997, p. 19.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. EN RAZÓN DEL SEXO Y DE LA CLASE SOCIAL (PANAMÁ).

1. Antecedentes del caso: se presentó ante el Pleno de la Corte Suprema una acción de inconstitucionalidad contra las frases “o con mujeres”, “las mujeres” y “y los sirvientes domésticos” contenidas en los arts. 1246, 1252 y 1257 del Código Administrativo, con base en que lesionan los arts. 19 y 10 de la Ley Fundamental.

2. Sentencia:

Las frases cuestionadas se alejan del contenido de los arts. 19 y 20 de la Constitución Nacional en la medida en que consagran prohibiciones que suponen un trato discriminatorio y desigual tanto para las mujeres como para los sirvientes domésticos frente al resto de los hombres e individuos que componen la sociedad.

En el caso del art. 1246, el legislador prohíbe a los individuos el juego con mujeres,

mientras que en el art. 1252 les prohíbe, al igual que a los sirvientes domésticos, la entrada a los establecimientos que se dediquen a actividades de suerte y azar.

Esta distinción resulta injuriosa e injusta, pues, en el caso de las mujeres, se desconoce la plena capacidad y el goce de derechos de aquellas que han alcanzado la mayoría de edad, con lo cual se atenta contra el principio de no discriminación por razón de sexo.

En el caso de los sirvientes domésticos, la distinción supone una discriminación derivada de la clase social a que pertenecen y del oficio que ejercen.

Igual razonamiento se aplica al art. 1257, en el que se establecen las medidas que debe adoptar la policía cuando encuentra a las mujeres o a los sirvientes domésticos en los establecimiento de juego.

Por ende, cabe declarar que las frases señaladas consagradas en las normas antes citadas, son inconstitucionales, y “que el contenido de estas normas será el siguiente...”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMA, sentencia del 16-2-1996, N° 1/96, en *Anuario de Derecho*, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Centro de Investigación Jurídica, N° 25-26, 1996-1997, p. 598.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. **FAMILIA.** PROTECCIÓN. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 2.1 Y 7. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, ART. II. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 3, 23.1, 23.4 Y 26. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 1.1, 1.2, 17.4.4 Y 24 (COSTA RICA).

Es incuestionable que el inciso 5 del art. 14 de la Constitución Política contenga una disposición que resulta inaplicable por ser contraria a los valores fundamentales de la Carta Magna, como lo son el de igualdad jurídica y su complemento de no discriminación, tutelados con igual trascendencia por las normas internacionales, cuyo efecto *erga omnes* es de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional por su misma naturaleza, y por imperativo del art. 48 de la Constitución que expresa: “Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad y su integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República...” (Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2.1 y 7; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. II; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 3 y 26; y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1, 1.2 y 24).

La disposición cuestionada atenta, además, contra la igualdad y unidad matrimoniales que también son valores tutelados por el ordenamiento interno (arts. 51 y 52 de la Constitución) e internacional (Pacto cit., art. 23.1 y 23.4; y Convención Americana cit., art. 17.4.4).

El beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con un costarricense constituye una discriminación en perjuicio del hombre extranjero casado con una ciudadana costarricense, contra quien crea artificialmente una desventaja pues le sustrae beneficios por razones de género, contraviniendo con ello el espíritu constitucional y universal de igualdad y no discriminación.

En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de las facultades que le otorga la Constitución a la Sala Constitucional, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos “hombre” o “mujer”, deberán entenderse como sinónimos del vocablo “persona”, y con ello eliminar toda posible discriminación “legal” por razón de

género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee tales vocablos.

En consecuencia, el recurrente debe ser inscripto como costarricense si satisface los demás requisitos constitucionales y legales para la naturalización privilegiada del extranjero que se case con costarricense sin distinción de género.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA (Sala Constitucional), sentencia del 11/10/1992, en *Iudicium et vita*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, n° 2, febrero 1995, p. 53.

DERECHO A LA IGUALDAD. DOBLE INSTANCIA. MINISTERIO PUBLICO. DERECHO DE RECURRIR. PROCESO PENAL. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, PREÁMBULO, ARTS. 1, 8.2.H Y 29.D. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ART. 14.5. CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, ART. 32 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: el Ministerio Público planteó recurso de casación contra la sentencia del tribunal de primera instancia (Tribunal Oral) que impuso a los dos procesados penas de cinco y seis años de prisión. La Cámara Nacional de Casación Penal consideró que, dado el monto de la pena, el recurso era inadmisibile de acuerdo con el art. 458 del Código Procesal Penal de la Nación. El Ministerio público interpuso, entonces, recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

2. Sentencia:

El citado art. 458 no es contrario al art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto establece que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:... derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

En tal sentido, cabe sostener que: a) con el fin de determinar el sentido de la voz “persona” del art. 8.2.h es válido recurrir al Preámbulo y al art. 1 de la Convención, que establecen que “persona” significa todo ser humano; b) las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficiar a los Estados contratantes; c) la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de la Convención, en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de las normas convencionales; d) la Corte Interamericana tiene dispuesto que “los Estados... asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (Opinión Consultiva 2/82, párrafo 29, del 29-9-1982).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos esclarece la cuestión planteada desde dos perspectivas. Primeramente, en cuanto los tratados con jerarquía constitucional deben entenderse como formando un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Y, en segundo lugar, porque el citado Pacto ha sido utilizado como instrumento preparatorio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual conduce a emplearlo como medio de interpretación de ésta (arts. 29.d de la Convención Americana y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

De la conjunción de los normas citadas de la Convención Americana y del art. 14.5 del

Pacto cabe concluir que, en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado, no es un sujeto destinatario de la garantía de la doble instancia en materia penal. Ello no obsta a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda el mencionado derecho. El derecho a la doble instancia no reviste jerarquía constitucional, salvo respecto del inculpado a partir de la reforma constitucional de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No viola el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) la circunstancia de que el inculpado tenga derecho a la doble instancia y el Ministerio Público no, pues las partes en el proceso penal no persiguen intereses iguales, máxime cuando lo que caracteriza a dicho proceso es la ausencia de un permanente antagonismo, propio del proceso civil. El principio de la igualdad ante la ley, según la ciencia y el espíritu de la Constitución Nacional, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

El Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto no concede al Ministerio Público el derecho de recurrir por vía de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena, no es contrario al artículo 8.2.h de la Convención Americana, ni al derecho a la igualdad ante la ley previsto en la Constitución Nacional.

Nota de la Secretaría: tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tienen jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). La jurisprudencia de la Corte Suprema ha considerado inconstitucional la norma del Código Procesal Penal de la Nación (art. 495, inc. 2) que impedía al imputado recurrir por vía de casación el fallo de primera instancia, en razón del monto de la pena (*Fallos*: 318:514).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 14-10-1997, A.450.XXXII, *Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación*.

DERECHO A LA IGUALDAD. EXTRANJEROS. SEGURO DE DESOCUPACIÓN. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 14. PROTOCOLO 1 DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 1 (AUSTRIA).

1. Antecedentes del caso: la ley sobre el seguro de desocupación, establece una ayuda de urgencia a las personas que hubiesen agotado su derecho a las prestaciones de desocupación o de licencia parental. La ley exige, también, que las personas que demanden la ayuda de urgencia sean de nacionalidad austríaca. Otra norma preveía para determinadas categorías de extranjeros un trato idéntico a los austríacos, en tanto que por otra disposición, la ayuda de urgencia se concedía a otras categorías de extranjeros una sola vez y por un período de 52 semanas únicamente. La ayuda de urgencia estaba limitada a las personas que hubiesen cotizado a la caja de seguro de desempleo en las mismas condiciones que los asalariados austríacos.

2. Sentencia:

2.1. Las diferencias en cuestión son contrarias a la Constitución, según el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos en virtud del cual el goce de los derechos y libertades reconocidos por esta última debe ser asegurado sin distinción alguna. Dado que el art. 14 no tiene existencia autónoma, sino que completa a las otras disposiciones de fondo de la Convención y de los protocolos, los hechos en juego deben corresponderse con alguna de

dichas disposiciones.

2.2. Si bien la concesión de la ayuda de urgencia contiene elementos propios de las prestaciones sociales, el derecho resulta del pago de cotizaciones a la caja de seguro de desempleo. Las prestaciones proporcionadas por el seguro de desempleo son, en su conjunto, cubiertas por dichas cotizaciones. Luego, la ayuda de urgencia pertenece al art. 1 del Protocolo 1 de la Convención, por lo que el art. 14 de la Convención, leído conjuntamente con el art. 1 del Protocolo, es aplicable.

2.3. Cabe apartarse de la jurisprudencia anterior y aprobar el punto de vista de la Corte Europea de Derechos Humanos (caso *Gaygusuz c. Austria*, 7-9-1996), según el cual el derecho a una ayuda de urgencia es un derecho pecuniario en el sentido del art. 1 del Protocolo 1.

2.4. Conforme con la jurisprudencia de la Corte Europea, toda diferencia de trato es discriminatoria a los fines del art. 14 de la Convención si carece “de justificación objetiva y razonable”, es decir, si no existe “una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado”.

2.5. No se advierten razones que justifiquen la diferencia de trato entre las dos categorías de desocupados en lo que atañe a la ayuda de urgencia, por lo que son nulas las disposiciones en cuestión.

2.6. Dado que la inconstitucionalidad de dichas normas deriva de una violación de la Convención Europea, cabe rechazar la fijación de un plazo para anularlas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA, sentencia del 11-3-1998, G 363/97, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 1, p. 30.

DERECHO A LA IGUALDAD. PROCESO PENAL. DELEGACIÓN LEGISLATIVA. CONTROL JUDICIAL. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (BÉLGICA).

La Corte no puede pronunciarse sobre el carácter justificado o no de un trato diferente a la luz de los arts. 10 y 11 de la Constitución, sino cuando dicha diferencia es imputable a una norma legislativa. Cuando el legislador consiente una delegación, es necesario suponer, como regla, que no habilita al delegado a hacer un uso de su poder incompatible con las normas mencionadas.

El control de las normas legislativas confiado a la Corte respecto de los citados arts. 10 y 11, le permite solamente examinar si es compatible con el principio de igualdad y de no discriminación la puesta a disposición del inculpado detenido del conjunto del expediente represivo que le atañe a fin de su comparecencia ante la sala del consejo, mientras que la consulta del expediente por la parte civil está subordinada a las condiciones determinadas por el Rey -en el caso la autorización del procurador general- sin que el legislador haya previsto un recurso jurisdiccional.

Si la parte civil se encuentra en una situación diferente de la del inculpado detenido, de ello no se sigue, sin embargo, que aquélla debería permanecer, en todos los casos y a lo largo de toda la instrucción, en la ignorancia del expediente que igualmente le concierne. En efecto, las personas que fueron personalmente dañadas por una infracción y que se constituyen como parte civil también pueden tener motivos legítimos de consultar el expediente. Esta consulta puede, además, servir al interés general en la medida en que la parte civil puede disponer de elementos que estuviesen ausentes en el expediente. Con todo, no es irrazonable, en relación al secreto de la instrucción, que el legislador haya subordinado a determinadas condiciones la consulta del expediente represivo por la parte civil en el estadio de la instrucción preparatoria.

Al dejar al Rey la competencia de determinar las condiciones a las que está sometida dicha consulta por toda persona distinta del inculpado detenido, y al dar así un fundamento legal a un sistema que no ofrece a la parte civil ningún recurso jurisdiccional contra las

decisiones acerca del pedido de consulta, el legislador ha tomado una medida que, respecto de la mencionada parte, no guarda un nexo razonable de proporcionalidad con los objetivos perseguidos.

CORTE DE ARBITRAJE DE BELGICA, sentencia del 18-7-1997, n° 54/97, en *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, ed. Bruylant, Bruselas, 1998, 1, p. 57, con nota de **BRUYN, Donatienne de**, “L’arrêt de la Cour d’arbitrage du 18 juillet 1997 et les droits fondamentaux de la partie civile”, pp. 64/75.

DERECHO A LA SALUD. TRABAJADORES. FIN DEL CONTRATO DE TRABAJO. ATENCIÓN MÉDICA. OBLIGACIÓN DEL EMPLEADOR (COLOMBIA).

Si por culpa y riesgo del empleador no se giró al Instituto de Seguros Sociales los valores descontados al trabajador y los que le correspondían a aquél, es claro que de conformidad con lo previsto en el art. 161 de la ley 100 de 1993, los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, corren exclusivamente por cuenta del empleador, no por el término de dos (2) meses como se afirma, sino por aquél a que tiene derecho el trabajador, esto es, por ciento ochenta (180) días, a partir de su retiro, pues ese es el lapso que por mandato del art. 12 del decreto 770 de 1975, correspondía al Instituto de Seguros Sociales prestar los servicios asistenciales al accionante una vez terminado el contrato.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA (Sala de Casación Penal), sentencia del 23-5-1995, proceso penal 1661, en *Acción de Tutela, extractos de jurisprudencia 2*, segundo trimestre de 1995, Bogotá, p. 349.

DERECHO A LA VIDA. PENAS. REDUCCIÓN. PENA DE MUERTE. EXTRADICION. TRATA DE PERSONAS. ESCLAVITUD. PROTECCION DE DATOS. ESCUCHAS TELEFONICAS. POLICIA. CARCELES. PERSONAL PENITENCIARIO. ABUSO DE AUTORIDAD. PRISION PREVENTIVA. DURACIÓN. RAZONABILIDAD. ASISTENCIA LETRADA. TORTURAS Y MALOS TRATOS. TIPIFICACIÓN. VIOLENCIA FAMILIAR. SANCIONES PENALES Y CIVILES. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. MINORÍAS ÉTNICAS, RELIGIOSAS Y LINGÜÍSTICAS. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 3, 7, 9.3, 14.2, 17, 23, 24 Y 27. SEGUNDO PROTOCOLO FACULTATIVO (NACIONES UNIDAS-ITALIA).

1. El Comité observa con satisfacción que Italia ha ratificado el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que, en 1996, el Tribunal Constitucional reafirmó el derecho a la vida al declarar inconstitucional una ley por la que se ratificaba un tratado de extradición, aduciendo que no había ninguna garantía jurídica de que la persona afectada no fuera a ser ejecutada.

También elogia la medida adoptada de reducir la duración de la cadena perpetua a un determinado número de años.

Toma con satisfacción que la judicatura ha empezado a tratar los delitos relativos a la trata de mujeres y otras personas para fines de prostitución, como actos que se pueden asimilar a la esclavitud, contrarios al derecho internacional y nacional.

Se han promulgado leyes para regular la reunión y utilización de datos personales computarizados y se ha adoptado otra medida para someter a un estricto control las escuchas telefónicas, lo que, a juicio del Comité, contribuye a la aplicación del art. 17 del Pacto.

Toma con satisfacción que, con respecto a la preocupación expresada al terminar su examen del tercer informe periódico de Italia, relativa a la excesiva concentración del control de los medios de comunicación de masas en manos de un pequeño grupo de personas, se ha corregido la situación mediante la promulgación de nuevas leyes que regulan el control de dichos medios.

2. El Comité expresa su preocupación por la insuficiencia de las sanciones contra la policía y el personal penitenciario que abusa de su autoridad, y recomienda que se siga observando atentamente el resultado de las quejas formuladas contra miembros de los *carabinieri* y funcionarios de las prisiones.

El Comité recomienda que se reduzca el período máximo durante el cual una persona puede quedar encarcelada tras ser detenida por una infracción penal, incluso en circunstancias excepcionales, a menos de los cinco días actuales, y que la persona tenga derecho a un asesoramiento letrado en cuanto sea detenida.

El Comité ha examinado de nuevo, atentamente, el sistema italiano de mantener a los delincuentes, antes y después del juicio, en “detención preventiva” hasta que se hayan agotado las últimas fases de cualquier posible apelación y la sentencia adquiera firmeza. Toma nota de que la duración máxima de esa detención se fija en función de la pena por el delito de que se acusa a la persona, y puede ser de hasta seis años; esto podría constituir una violación de la presunción de inocencia (art. 14.2) y del derecho a tener un juicio imparcial dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad (art. 9.3). Por consiguiente el Comité recomienda: 1) que no se mantenga la relación entre el delito de que se acusa a una persona y la duración de la prisión preventiva desde el momento de la detención hasta la sentencia definitiva, y 2) que las razones para la detención preventiva se limiten a aquellos casos en que esa detención es esencial para proteger intereses legítimos, como la comparecencia del acusado en el juicio.

Se toma nota de que sigue habiendo demoras en la promulgación de leyes con respecto a: la tipificación en el código penal del delito de tortura tal como se define en el derecho internacional (art. 7); la aplicación de sanciones penales y civiles a quienes perpetran actos de violencia en el hogar (arts. 3, 23 y 24); y la adopción de medidas para promover los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas (art. 27).

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), 27-7-1998, Observaciones finales al cuarto informe periódico de Italia, CCPR/C/79/Add.94, 18-8-1998.

DERECHO A LA VIVIENDA. DESALOJOS FORZOSOS. LEGISLACIÓN. **CONSUMIDORES.** PROTECCIÓN. **ACCIDENTES DEL TRABAJO.** PREVENCIÓN. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ART. 11.1 (NACIONES UNIDAS-POLONIA).

El Comité señala a la atención del gobierno el párrafo 1 del art. 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su observación general 7 (1997) sobre el derecho a una vivienda adecuada. Al Comité le preocupan las presentes disposiciones legales por las que pueden llevarse a cabo desalojos sin proporcionar al mismo tiempo una solución de vivienda. El Comité observa con inquietud el problema de las personas sin vivienda ocasionado por la escasez de éstas, el número relativamente elevado de familias que viven por debajo del umbral de pobreza y la reciente oleada de desalojos forzosos.

El Comité recomienda que se especifiquen en la ley las condiciones en que deben producirse los desalojos, y que se disponga lo necesario para dar soluciones de vivienda sustitutiva a los desalojados.

El Comité insta al Estado parte a adoptar todas las medidas conducentes a la solución del problema de la acuciante escasez de vivienda y de las personas sin vivienda. También recomienda que se establezcan las bases de fijación de alquileres de forma que se protejan al mismo tiempo el derecho de los propietarios e inquilinos, especialmente el perteneciente a los grupos sociales más vulnerables.

El Comité sugiere que se faciliten a todos los consumidores, especialmente a los inquilinos, información sobre los derechos y deberes de cada cual y sobre los medios de asistencia públicos y privados de que pueden disponer en una economía de mercado. El Comité destaca que el respeto del derecho a la vivienda debe comprender, cuando proceda, las medidas para asistir a aquellos que se ven en el peligro de quedarse sin vivienda o que de hecho se quedan sin ella, debido al alza desorbitada de los alquileres al eliminarse los subsidios para su pago.

El Comité acoge con agrado el éxito logrado en los últimos cinco años en cuanto a los resultados económicos, especialmente en lo que respecta a mantener controlada la inflación, aumentar la producción y duplicar el nivel de ingresos *per capita* desde 1994.

También le preocupa que no se hagan cumplir adecuadamente las leyes de seguridad en el trabajo lo que resulta en un número relativamente elevado de accidentes laborales tanto en el sector privado como en el público.

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Naciones Unidas), 14-5-1998, Observaciones finales al tercer informe periódico de Polonia, E/C.12/1/Add. 26, 16-6-1998.

DERECHO COMUNITARIO. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. FACULTADES. POLÍTICA AGRÍCOLA (COMUNIDAD EUROPEA).

Cuando la aplicación de la política agrícola de la Comunidad por el Consejo implica la necesidad de valorar una situación económica compleja, la facultad discrecional conferida a este último no se aplica exclusivamente a la naturaleza y alcance de las disposiciones que hay que adoptar, sino también, en cierta medida, a la comprobación de los datos de base, en el sentido, sobre todo, de que el Consejo puede apoyarse, llegado el caso, en comprobaciones globales.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Pleno), sentencia del 19-2-1998, asunto C-4/96, *Northern Ireland Fish Producer's Organisation Ltd (NIFPO) y Northern Ireland Fishermen's Federation c. Department of Agriculture for Northern Ireland*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-2, p. 681.

DERECHO COMUNITARIO. CUESTIONES PREJUDICIALES. TRATADO CE, ART. 177. OPINIONES CONSULTIVAS (COMUNIDAD EUROPEA).

Se desprende tanto del tenor como del sistema del art. 177 del Tratado, que los órganos jurisdiccionales nacionales sólo están habilitados para plantear cuestiones prejudiciales en la medida en que, ante ellos, penda un litigio en el que proceda adoptar una decisión que pueda tener en cuenta la sentencia prejudicial. La justificación de la remisión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino

la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio.

Por lo tanto, no procede responder a la cuestión prejudicial, dado que las pretensiones de la demandante en el litigio principal han sido íntegramente satisfechas, de modo que el asunto pendiente ante el Tribunal a quo ya no tiene objeto y una respuesta a la cuestión prejudicial planteada no sería de ninguna utilidad para este órgano jurisdiccional.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Sexta), sentencia del 12-3-1998, asunto C-314/96, *Ourdia Djabali c. Caisse d'allocations familiales de l'Essone*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-3, p. 1149.

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

Para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos prescritos por una Directiva, un Estado miembro no puede alegar ni el simple temor de dificultades internas, ni el hecho de que la no adaptación de su derecho interno a la directiva no haya causado perjuicio a los otros Estados miembros.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Quinta), sentencia del 5-3-1998, asunto C-175/97, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia*, parte I, Luxemburgo, 1998-3, p. 963.

DERECHO COMUNITARIO. OBLIGACIONES DEL ESTADO. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. INCUMPLIMIENTO DE SUS DECISIONES (COMUNIDAD EUROPEA).

Cuando se interpone un recurso por incumplimiento contra un Estado miembro destinatario de una decisión adoptada con arreglo al ap. 2 del art. 93 del Tratado, mediante la que se le ordena recuperar una ayuda contraria a derecho, y dicha decisión no se impugna por vía del recurso de anulación, el único motivo de defensa que puede invocarse contra el recurso es la imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la decisión.

Pero esta condición no se cumple cuando el Gobierno demandado se limita a comunicar a la Comisión dificultades jurídicas, políticas o prácticas que suscitaba la ejecución de la decisión, sin emprender actuación alguna ante las empresas interesadas con el fin de recuperar la ayuda, y sin proponer a la Comisión modalidades alternativas de ejecución de la decisión que permitieran superar las dificultades alegadas.

Por otro lado, si bien dificultades insuperables pueden impedir que un Estado miembro cumpla las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario, el mero temor de tales dificultades no justifica que el Estado miembro se abstenga de aplicar correctamente dicho derecho.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Sexta), sentencia del 29-1-1998, asunto C-280/95, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-1, p. 259.

DERECHO COMUNITARIO. OBLIGACIONES DEL ESTADO. NORMAS INDICATIVAS. RECOMENDACIONES. APLICACIÓN DIRECTA. ANIMALES, PROTECCIÓN. ORDEN PÚBLICO. MORALIDAD PÚBLICA. EXPORTACIÓN. CIRCULACIÓN DE MERCADERÍAS. ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES. TRATADO CE, ARTS. 34 Y 36. DIRECTIVA 91/629/CEE (COMUNIDAD EUROPEA).

1. No puede afectar a la validez de la Directiva 91/629, relativa a las normas mínimas para la protección de terneros, la circunstancia de que esta Directiva no sea conforme a las disposiciones del Convenio Europeo de 1976 sobre protección de los animales en las ganaderías, aprobado en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 78/923, y de la Recomendación de 1988 relativa al ganado bovino, elaborada para la aplicación de los principios del Convenio.

En efecto, por lo que respecta al Convenio, la preocupación expresada en éste de sensibilizar a la Partes Contratantes para que las condiciones de cría sean respetuosas con el bienestar de los animales en los aspectos vitales, no se traduce en la definición de normas cuya inobservancia por la Directiva pueda afectar a la validez de ésta, dado que el propio texto de sus disposiciones demuestra que tienen un valor indicativo y que se limitan a prever la elaboración de recomendaciones a las Partes Contratantes para la aplicación de los principios que ellas enuncian.

Por lo que se refiere a la Recomendación, ésta no será directamente aplicable en el derecho interno de las partes y, aun cuando sus disposiciones sean más precisas que las del Convenio, no obstante, un texto de este género no contiene disposiciones jurídicamente obligatorias para las Partes Contratantes ni, por consiguiente, para la Comunidad.

2. Un Estado miembro que aplica la Recomendación de 1988 relativa al ganado bovino, elaborada para la aplicación de los principios del Convenio Europeo de 1976 sobre protección de los animales en las ganaderías, que fue aprobado en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 78/923, no puede basarse en el art. 36 del Tratado y, en particular, en las razones de moralidad pública, orden público y/o protección de la salud y vida de los animales que enuncia dicho artículo, para justificar restricciones a la exportación de terneros vivos con objeto de evitar que sean criados en jaulones utilizados en otros Estados miembros que han ejecutado la Directiva 91/629, relativa a las normas mínimas para la protección de terneros, pero que no aplican dicha Recomendación.

En efecto, si bien es cierto que el art. 36 permite mantener restricciones a la libre circulación de mercancías justificadas por la razones antes mencionadas, las cuales constituyen exigencias fundamentales reconocidas por el derecho comunitario, no es menos cierto que ya no es posible recurrir a dicho artículo cuando directivas comunitarias prevén la armonización de las medidas necesarias para la realización del objetivo específico que perseguiría tal recurso.

Eso es precisamente lo que ocurre en el caso de la protección de la salud de los terneros, que constituye el objetivo específico de la armonización efectuada por dicha Directiva, ya que ésta establece, de manera exhaustiva, normas mínimas comunes para la protección de los terneros confinados para la cría y el engorde, sin que pueda objetarse a ello que, con arreglo al ap. 2 del art. 11 de la Directiva, los Estados miembros podrán mantener o aplicar en su territorio disposiciones más estrictas que las que se recogen en la Directiva.

En lo que respecta a la protección del orden público o de la moralidad pública, que en cambio no son objeto de la Directiva, la posibilidad de recurrir al art. 36 queda excluida en la medida en que, por un lado, el orden público y la moralidad pública no son invocados de forma autónoma, sino que se confunden con la justificación relativa a la protección de la salud de los animales y, por otro lado, un Estado miembro no puede basarse en el punto de vista o en el comportamiento de una parte de la opinión pública nacional para cuestionar

unilateralmente una medida de armonización adoptada por las instituciones comunitarias.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Pleno), sentencia del 19-3-1998, asunto C-1/96, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Compassion in World Farming Ltd.*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-3, p. 1251.

DERECHO COMUNITARIO. OBLIGACIONES PRINCIPALES Y SECUNDARIAS. INCUMPLIMIENTO. SANCIONES. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (COMUNIDAD EUROPEA).

Para determinar si una disposición de Derecho comunitario es conforme con el principio de proporcionalidad, es preciso comprobar si los medios empleados son adecuados y necesarios para alcanzar el objetivo perseguido. A este respecto, cuando una normativa comunitaria establece una distinción entre la obligación principal, cuyo cumplimiento es necesario para alcanzar el objetivo fijado, y una obligación secundaria, de naturaleza fundamentalmente administrativa, no puede, sin vulnerar el principio de proporcionalidad, sancionar con el mismo rigor el incumplimiento de la obligación secundaria y el de la obligación principal.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Quinta), sentencia del 29-1-1998, asunto C-161/96, *Südzucker Mannheim/Ochsenfurt AG contra Hauptzollamt Mannheim*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia*, parte I, Luxemburgo, 1998-1, p. 281.

DERECHO COMUNITARIO. PREEMINENCIA. GRAVÁMENES INTERNOS. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (ECUADOR-ACUERDO DE CARTAGENA-COMUNIDAD ANDINA).

La regulación dictada por la Junta Monetaria ha dificultado e impedido por decisión unilateral las importaciones de productos alcohólicos colombianos, pese a que se encuentra vigente en el Ecuador y en los demás países del Acuerdo de Cartagena (Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela), el Programa de liberación, previsto por el mismo Acuerdo, cuya aplicación consiste en eliminar los gravámenes y las restricciones. No cumplir con lo que establece el mencionado Acuerdo implica el desconocimiento de un tratado internacional que es de jerarquía y valor jurídico superior a la regulación impugnada, la cual es un acto administrativo normativo, mas no legislativo, y que por lo mismo, no debe contradecir normas jurídicas superiores como es la ley y el tratado internacional.

Ello también genera el incumplimiento del art. 5 del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (hoy Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), en virtud del cual los Países Miembros del Acuerdo se obligaron a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, comprometiéndose, además, “a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”, como reiteradamente ha sido dicho en las sentencias del citado Tribunal, añadiéndose que “cualquier incumplimiento de esta previsión puede ser demandado ante el Tribunal del Acuerdo...” (Proceso 2-IP-98).

El Acuerdo, junto con el Tratado del Tribunal y las decisiones y resoluciones de los órganos comunitarios conforma el “ordenamiento jurídico del Acuerdo”, el cual, según la

jurisprudencia del recordado Tribunal, “prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del derecho comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista” (Proceso 1-IP-87). Cabe tener en cuenta, además, que “en cuanto al efecto de las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad” (Proceso 2-IP-98).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL ECUADOR (Sala de lo Contencioso Administrativo), resolución del 15-5-1998, *Gabriel Constante Gavilanes c/ Presidente de la Junta Monetaria s/ juicio de impugnación*, en *Gaceta Judicial*, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Quito, serie XVI, n° 11, enero-abril 1998, p. 2973.

DERECHO COMUNITARIO. RÉGIMEN LINGÜÍSTICO (COMUNIDAD EUROPEA).

El envío por parte de la Comisión a los representantes de un Estado miembro de un documento redactado en una lengua que no sea la de dicho Estado miembro, no se atiene al art. 3 del Reglamento n° 1 del Consejo por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Quinta), sentencia del 10-2-1998, asunto C-263/95, *República Federal de Alemania contra Comisión de las Comunidades Europeas*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, parte I, Luxemburgo, 1998-2, p. 441.

DERECHO COMUNITARIO. SERVICIOS PÚBLICOS. EMPRESAS PRIVADAS. AYUDA ECONÓMICA ESTATAL (COMUNIDAD EUROPEA).

El pago de una ayuda estatal puede, en virtud del apartado 2 del art. 90 del Tratado de las Comunidad Europea, eludir la prohibición del art. 92 de dicho Tratado, siempre que la ayuda de que se trate tenga como único fin compensar los costes adicionales generados por el cumplimiento de la misión específica que incumbe a una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general, y que la concesión de la ayuda resulte necesaria para que dicha empresa pueda cumplir sus obligaciones de servicio público en condiciones de equilibrio económico.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Cuarta), sentencia del 25-3-1998, asunto C-174/97 P, *Fédération Française des sociétés d'assurances (FFSA) y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia*, Luxemburgo, parte I, 1998-3, p. 1303.

DERECHO COMUNITARIO. TRABAJADORES. DESPIDO. TRANSMISIÓN DE EMPRESAS (COMUNIDAD EUROPEA).

El apartado 1 del art. 4 de la Directiva 77/187/CEE, cuya finalidad es garantizar la protección de los derechos de los trabajadores contra el despido motivado únicamente por la

transmisión de la empresa, tanto frente al cedente como frente al cesionario, debe interpretarse en el sentido de que tanto el cedente como el cesionario tienen la facultad de despedir por razones económicas, técnicas o de organización.

Los trabajadores ilegalmente despedidos por el cedente poco tiempo antes de la transmisión de empresa y de los que no se haya hecho cargo el cesionario, pueden invocar frente a éste la ilegalidad del despido, debiendo considerarse que su contrato de trabajo aún existe con respecto al cesionario. En efecto, por un lado, procede considerar que los trabajadores despedidos por el cedente antes de la transmisión de empresa, en contra de lo dispuesto en el apartado 1 del art. 4 de la Directiva, siguen siendo empleados de la misma empresa en el momento de la transmisión y, por otro lado, las disposiciones de la Directiva, especialmente las relativas a la protección de los trabajadores contra el despido por causa de transmisión de empresa, deben considerarse imperativas, en el sentido de que no pueden permitirse excepciones, en perjuicio de los trabajadores, a lo previsto en ellas.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Sexta), sentencia del 12-3-1998, asunto C-319/94, *Jules Dethier Equipament SA contra Jules Dassys y Sovam SPRL, en liquidación*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia*, Luxemburgo, parte I, 1998-3, p. 1061.

DERECHO COMUNITARIO. TRABAJADORES. DISCRIMINACIÓN POR LA NACIONALIDAD. APLICACIÓN DIRECTA (COMUNIDAD EUROPEA).

El apartado 1 del art. 39 del Acuerdo de Cooperación entre CEE y Argelia, que establece, en términos claros, precisos e incondicionales, la prohibición de discriminar por razón de la nacionalidad, en el sector de la Seguridad Social, a los trabajadores de nacionalidad argelina y a los miembros de su familia que residan con ellos, contiene una obligación clara y precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a ningún acto ulterior.

Del tenor de esta disposición, tanto como del objeto y de la naturaleza del acuerdo en el que se integra, se desprende que puede ser directamente aplicada, con la consecuencia de que los justiciables a quienes se aplica tienen derecho a alegarla ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Segunda), sentencia del 15-1-1998, asunto C-113/97, *Henia Babahenini c. Etat belge*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-1, p. 183.

DERECHO COMUNITARIO. TRABAJADORES. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONVENIO COLECTIVO. DISCRIMINACIÓN. INAPLICABILIDAD DEL DERECHO INTERNO (COMUNIDAD EUROPEA).

El art. 48 del Tratado de la Comunidad Europea y los apartados 1 y 4 del art. 7 del Reglamento n° 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, se oponen a una cláusula de un Convenio Colectivo aplicable a la Administración Pública de un Estado miembro que prevé, para los empleados de dicha Administración Pública, un ascenso por antigüedad después de ocho años de actividad en un grado retributivo determinado por dicho Convenio, sin tener en cuenta los períodos de empleo, en un ámbito de actividad comparable, cubiertos anteriormente en la Administración

Pública de otro Estado miembro. En efecto, tal cláusula puede violar el principio de no discriminación consagrado en dichas disposiciones, al actuar los requisitos de ascenso por antigüedad en perjuicio de los trabajadores migrantes que hayan desarrollado una parte de su carrera en la Administración Pública de otro Estado miembro. No puede verse justificada, tratándose de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado 4 del art. 48 del Tratado, ni mediante alegaciones relativas a las especiales características del empleo en la Administración Pública ni, habida cuenta de la pluralidad de empleadores, por el interés en recompensar la fidelidad de los empleados.

Una cláusula de un Convenio Colectivo que implica una discriminación contraria al art. 48 del Tratado y al apartado 1 del art. 7 del Reglamento n° 1612/68 es nula de pleno derecho, en virtud del apartado 4 del art. 7 del citado Reglamento. El juez nacional está entonces obligado, sin pedir o esperar a la previa eliminación de esta cláusula mediante la negociación colectiva o cualquier otro procedimiento, a aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el mismo régimen que se aplica a los demás trabajadores.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Pleno), sentencia del 15-1-1998, asunto C-15/96, *Kalliope Schönig-Kougebetopoulou contra Freie und Hansestadt Hamburg*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia*, Luxemburgo, parte I, 1998-1, p. 47.

DERECHO COMUNITARIO. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. REVISIÓN DE SENTENCIAS Y AUTOS (COMUNIDAD EUROPEA).

1. Con arreglo al párrafo primero del art. 41 del Estatuto del Tribunal de Justicia, en el caso en que se descubra un hecho nuevo y decisivo, las partes pueden solicitar la revisión de una sentencia. Aunque dicha disposición no prevé expresamente que también un auto pueda ser objeto de una demanda de revisión, cabe interponer un recurso de revisión contra una resolución de este tipo cuando la misma ha desestimado, conforme a lo dispuesto en el art. 119 del Reglamento de Procedimiento, un recurso de casación manifiestamente infundado y produce, por tanto, efectos análogos a los de una sentencia que hubiera desestimado el recurso de casación por carecer de fundamento.

2. La revisión de una sentencia, prevista en el párrafo primero del art. 41 del Estatuto del Tribunal de Justicia, no es una apelación, sino un recurso extraordinario que permite cuestionar la fuerza de cosa juzgada de una sentencia firme a causa de la determinación de los hechos en que se ha fundado el órgano jurisdiccional. La revisión presupone el descubrimiento de hechos, anteriores al dictado de la sentencia, desconocidos hasta entonces por el órgano jurisdiccional que dictó la sentencia así como por la demandante en revisión y que, si el órgano jurisdiccional hubiera podido tomarlos en consideración, habrían podido llevarlo a una solución distinta de la que dio al litigio.

Por esta razón, procede declarar la inadmisibilidad de una demanda de revisión en cuyo apoyo sólo se invocan normas de procedimiento -perfectamente conocidas por el Tribunal de Justicia-, datos relativos al fondo del litigio -mientras que en la resolución objeto de la demanda de revisión el Tribunal de Justicia sólo abordó cuestiones relativas a la admisibilidad del recurso-, o incluso hechos que carecen de pertinencia con respecto a dicha resolución.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Segunda), sentencia del 5-3-1998, asuntos C-199/94 P y C-200/94 P REV, *Compañía Internacional de Pesca y Derivados, S.A. (Inpesca) c. Comisión de las Comunidades Europeas*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del*

DERECHO DE DEFENSA. ASISTENCIA LETRADA. DEFENSOR DE OFICIO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

1. Antecedentes del caso: en 1993, un ciudadano argentino presentó una comunicación ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. El presentante murió en 1995, y la Comisión reconoció al padre la calidad procesal para sustituir a su hijo. El peticionario había sido detenido en Lisboa, el 10 de marzo 1992, portando un pasaporte falso y una valija que contenía 1,5 Kg de cocaína. Al día siguiente, el juez del tribunal de instrucción en lo criminal de Lisboa escuchó al requirente en presencia de un abogado nombrado de oficio y de un intérprete, y fue puesto bajo prisión preventiva. Después de otros pasos procesales posteriores a la acusación, el acusado solicitó al tribunal en lo criminal (16 de noviembre de 1992) entrevistarse con su abogado con el que no había tomado contacto, lo que le fue rechazado con base en que el pedido era de lectura difícil y estaba redactado en español. En enero de 1993, el abogado de oficio fue relevado de sus funciones por motivos de salud, y el 23 siguiente el abogado reemplazante fue notificado de su designación. El 26 del mismo mes comenzó el proceso que continuó hasta el 1 de marzo siguiente. Una semana más tarde, el acusado fue condenado a nueve años de prisión por tráfico de estupefacientes y uso de pasaporte falso. El segundo abogado interpuso un recurso ante la Corte Suprema que, el 30 de junio de 1993, lo declaró inadmisibile dada su inadecuada presentación. La Comisión entendió que se había producido una violación del art. 6.3.c combinado con el art. 6.1 (veintiséis votos contra tres), pero que no se había violado el art. 6.3.e combinado con el art. 6.1 (veintisiete votos contra dos) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

2. Sentencia:

2.1. Como las exigencias del párrafo 3 del art. 6 se analizan en aspectos particulares del derecho a un proceso justo garantizado por el párrafo 1, la Corte examinará sucesivamente los agravios bajo el ángulo del párrafo 3.c y d sin desprenderlos del tronco común con el que se vinculan.

2.2. La Convención tiene por fin proteger los derechos no de una manera teórica o ilusoria, sino concreta y efectiva. El nombramiento de un abogado no asegura por sí solo la efectividad de la asistencia que éste debe prestar al acusado. No puede imputarse al Estado la responsabilidad de toda deficiencia del abogado de oficio. De la independencia de la orden de abogados (*barreau*) respecto del Estado, deriva que la conducción de la defensa pertenece esencialmente al acusado y a su abogado, nombrado a título de la asistencia judicial o retribuido por su cliente. El art. 6.3.c no obliga a las autoridades nacionales competentes a intervenir, salvo que las carencias del abogado de oficio sean manifiestas o si son informadas suficientemente de alguna otra manera.

2.3. En el caso, la preparación y la conducción del asunto por los abogados designados de oficio no alcanzó el resultado al que tiende el art. 6.3. El primer abogado, antes de separarse del caso por razones de salud, no había efectuado diligencia alguna, en tanto que el acusado trataba en vano de defenderse por sí mismo. En cuanto al segundo abogado, cuyo nombramiento no fue conocido por el acusado sino tres días antes de la apertura del caso ante el tribunal criminal, no dispuso del tiempo necesario para estudiar el expediente, entrevistarse, llegado el caso, con su cliente en la prisión, y preparar la defensa. El plazo entre la notificación del mencionado reemplazo y la audiencia resultó muy breve en un caso grave y complejo, en el que no había tenido lugar una instrucción y que desembocó en una pesada condena. La Corte Suprema no remedió la situación dado que su sentencia declaró inadmisibile el recurso por razones de forma.

Por ende, el acusado no se benefició de una defensa concreta y efectiva.

2.4. En tales condiciones cabe apreciar si correspondía a las autoridades competentes, dentro del respeto al principio fundamental de la independencia de la orden de abogados, haber actuado para asegurar el goce del derecho en cuestión.

En tal sentido, el acusado solicitó al tribunal una entrevista con su abogado, con el que no había tenido contacto, y la petición no fue tomada en cuenta en razón de estar redactada en español. Sin embargo, ello reveló a las autoridades competentes una carencia manifiesta del abogado de oficio, máxime cuando éste no había practicado ninguna medida desde su designación. Por esta razón, y atento los rechazos de los dos planteos realizados por el propio acusado, durante dicho período, el tribunal debió informarse sobre la manera en que el abogado ejercía su tarea y, eventualmente, proveer por anticipado a su reemplazo sin esperar a que aquél anunciara que no estaba en condiciones de ejercer su ministerio. Por lo demás, después de haber designado al reemplazante, el tribunal criminal, que debía saber que el acusado no se había beneficiado hasta el momento de una verdadera asistencia jurídica, debió haber postergado los debates por iniciativa propia. El hecho de que el segundo abogado no haya formulado dicha petición no genera consecuencia alguna. Las circunstancias del caso imponían a la jurisdicción no permanecer pasiva.

2.5. En suma, se comprueba una falta a las exigencias de los parágrafos 1 y 3.a, combinados, del art. 6, desde la investigación preliminar hasta el comienzo de las audiencias ante el tribunal criminal.

Cabe estimar que el daño moral está suficientemente reparado por la comprobación de la violación mencionada.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Sala compuesta de 9 jueces), sentencia del 21-4-1998, *Daud 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. 1/3.

DERECHO DE DEFENSA. ASISTENCIA LETRADA. OBLIGACIONES DEL ESTADO. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 1966, ARTS. 2.1 Y 14.3.B Y E. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 1 Y 8.2.D Y E (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: contra la condena a once años de prisión y multa, impuesta por una Cámara de apelaciones, el procesado interpuso recurso extraordinario *in forma pauperis* para ante la Corte Suprema, solicitando a la Cámara que, a los fines de fundar dicho recurso, se diese intervención a su defensor. La denegación de lo peticionado, resuelta por dicha Cámara, dio lugar a la presentación del recurrente ante la Corte Suprema.

2. Sentencia:

El ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que la persona que sufre un proceso penal ha de ser provista de un adecuado asesoramiento legal que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio.

El procedimiento es nulo a partir del fallo condenatorio de la Cámara, puesto que: a) los reclamos de los procesados privados de la libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos previstos por la ley; b) es obligación de los tribunales suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda, y subsanar la falta de asistencia jurídica; c) la sola designación formal del defensor oficial sin que se le haya dado intervención para que funde las presentaciones y defensas de su defendido, no satisface las exigencias de una auténtica asistencia letrada como lo exige el art. 18 de la Constitución Nacional; d) si bien no es obligación de la asistencia jurídica del procesado

fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente conducentes, esto no releva al defensor de realizar un estudio serio de las cuestiones aptas para ser planteadas por los medios procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo; e) el incumplimiento del deber de proporcionar asistencia jurídica puede generar responsabilidad internacional del Estado (arts. 75.22 de la Constitución; 1 y 8.2.d y e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.1 y 143.b y e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 12-5-1998, G.288.XXXIII, *Gallardo García, Ramón Carlos y otro s/ robo de automotor*.

DERECHO DE DEFENSA. PLAZOS. INCUMPLIMIENTO. HÁBEAS CORPUS. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (EL SALVADOR).

1. Antecedentes del caso: en la causa seguida contra J.A.P.R. por el delito de estafa, el juez denegó su sobreseimiento. La Sra. L.U. inició un hábeas corpus en favor de su conviviente, J.A.P.R., con base en que: a) éste se encontraba privado ilegalmente de la libertad pues transcurrido un año de detención, el Juzgado de lo Penal aún no había establecido su situación jurídica y, b) que dicho proceso ya había excedido los límites que la ley establece para la instrucción, que son de noventa a ciento veinte días según el Código Procesal Penal. Por otra parte -agregó-, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 9.3 y 7.5, respectivamente), tutelan el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad.

2. Sentencia:

El Juez Ejecutor, nombrado por esta Sala, informó que el Juez de lo Penal denegó el sobreseimiento por considerar que el proceso no se encontraba depurado suficientemente, sin tomar en cuenta el término de finalización de la instrucción, habiendo transcurrido casi un año desde la fecha en que se inició dicha etapa, por lo que el imputado ha visto violado el derecho constitucional al debido proceso.

Tanto los tratados internacionales, suscriptos por el país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la Constitución en su art. 11, recogen el derecho fundamental al debido proceso, que en este caso ha sido violado por el incumplimiento de plazos.

Por ende, se confirma la resolución del Juez Ejecutor y se pone inmediatamente en libertad a J.A.P.R., previa fijación de otra medida cautelar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (Sala de lo Constitucional), sentencia del 7-10-1996, 21-P-96, en *Revista de Derecho Constitucional*, Edición 1996, San Salvador, n° 21, octubre-diciembre, p. 92.

DERECHO DE DEFENSA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ASISTENCIA LETRADA. PRISION PREVENTIVA. PLAZOS RAZONABLES. INDIGENAS. DERECHOS SOBRE SU TERRITORIO. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 9, 14 Y 27 (NACIONES UNIDAS-ECUADOR).

1. El Comité está preocupado porque se mantenga a los acusados recluidos en espera de juicio durante un período máximo de una tercera parte de la posible pena que se les pueda imponer, independientemente de que haya o no riesgo de que no se presenten a juicio, y de que las estadísticas mismas del Estado Parte indiquen que aproximadamente el 70% de las personas recluidas se encuentra en espera de juicio. Esta situación es incompatible con la presunción de inocencia y con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad vigilada previsto en los arts. 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto).

2. También expresa su preocupación por los graves retrasos que sufren los procesos judiciales, lo que es incompatible con los arts. 9 y 14 *cits.*, y por la gran escasez de abogados de oficio asignados a la defensa de personas sin recursos en Quito y Guayaquil y su inexistencia total en muchas partes del país. Esto último es particularmente grave en la medida en que se prescribe la asistencia letrada obligatoria durante los juicios.

3. El Comité expresa su preocupación por las repercusiones de la extracción de petróleo sobre el disfrute, por parte de los miembros de grupos indígenas, de sus derechos en virtud del art. 27 del Pacto. A pesar de la legislación promulgada para permitir a las comunidades indígenas que puedan utilizar de modo pleno sus tierras tradicionales en un régimen comunitario, siguen existiendo obstáculos que se oponen al disfrute pleno de los mencionados derechos.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), 27-7-1998, Observaciones finales al cuarto informe periódico del Ecuador, CCPR/C/79/Add.92, del 18-8-1998.

DERECHO DE DEFENSA. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. IURA NOVIT CURIA. (LIECHTENSTEIN).

1. Antecedentes del caso: los actores solicitaron en primera instancia una medida cautelar contra los demandados, a la que se hizo lugar. La Corte de Apelación acogió el recurso de los demandados. Posteriormente, los actores plantearon, con éxito, un recurso ante la Corte Suprema que confirmó la medida en última instancia. En tales condiciones, los demandados presentaron un recurso constitucional ante la Corte de Estado, en el que invocaron la violación de su derecho a ser escuchados por cuanto no habían tenido la posibilidad de contestar el recurso de los actores.

2. Sentencia:

El carácter unilateral del recurso ante la Corte Suprema constituye una violación del derecho fundamental a ser escuchado. Si bien la falta de ese derecho fundamental se justifica con motivo del dictado de una medida conservatoria, especialmente en razón del riesgo de frustrar su finalidad, el derecho a ser escuchado debe ser respetado estrictamente con motivo de los recursos de apelación contra dicha medida. Esto vale especialmente para el procedimiento ante la Corte Suprema, que dicta decisiones de última instancia, por lo que la violación del mencionado derecho no puede en más ser reparado.

El carácter unilateral del recurso tampoco puede justificarse por el hecho de que en él sólo puedan invocarse motivos de derecho. En efecto, sin perjuicio del principio *iura novit curia*, no es posible, en el interés de la calidad del derecho y de la justicia, renunciar a que la Corte se pronuncie en conocimiento de los argumentos de las dos partes. Además, la circunstancia de que esté implicada en el estudio de la decisión, contribuye también a la aceptación, por la parte que pierda, de una decisión en justicia. En definitiva, se trata de una

exigencia de la dignidad humana.

La disposición aplicable del Código Procesal Civil, en consecuencia, debe interpretarse de conformidad con la Constitución, de manera que al menos los recursos ante la Corte Suprema, que decide en última instancia, deberían ser de carácter contradictorio.

CORTE DE ESTADO DE LIECHTENSTEIN, sentencia del 5-9-1997, StGH 1997/2, StGH 1997/3, StGH 1997/6, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 424.

DERECHO DE DEFENSA. RECURSOS JUDICIALES. RENUNCIA A RECURRIR (REPÚBLICA CHECA).

La renuncia al derecho de impugnar una decisión penal no puede ser considerada válida cuando no puede determinarse de manera cierta que ha sido expresada libremente o de plena voluntad. En particular, no puede ser válida en el caso de un extranjero que conoce mal la lengua checa, que ha sido mal informado sobre la naturaleza de las acusaciones que se le dirigen, que renuncia a su derecho de impugnar la decisión penal cuando el Tribunal no lo ha advertido debidamente de la importancia de las consecuencias de dicha renuncia, que se encuentra en mal estado físico y mental, y está sometido a presiones coercitivas ejercidas por el Tribunal que lo amenaza con mantenerlo detenido.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA CHECA (Sala Primera), sentencia del 23-9-1997, I. US 291/96, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 445.

DERECHO DE HUELGA. SERVICIOS PÚBLICOS (FRANCIA).

El derecho de huelga en los servicios públicos no es ejercido normalmente si el aviso previo de la huelga no determina la hora precisa de la suspensión del trabajo, común a todos los miembros del personal, siendo irrelevante que determinados trabajadores no laboren en dicho lapso, pues éstos pueden unirse al movimiento en curso.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Social), sentencia del 3-2-1998, *Sté CGFTE c. Syndicats CGT et autonome de la CGFTE*, en *Droit Social*, Ed. Techniques et Economiques, París, n° 3, marzo 1998, p. 294, con nota de **RAY, Jean-Emmanuel**, p. 295.

DERECHO DEL TRABAJO. CONTRATOS A PLAZO FIJO. ORDEN PÚBLICO (FRANCIA).

El art. 31 de la ley n° 90-568 (2-7-1990, modificada) relativa a la organización del servicio público de correo y de telecomunicaciones, no autoriza a *La Poste* a recurrir a contratos de trabajo de duración determinada para hacer frente al ejercicio del derecho de huelga reconocido a sus agentes, como a los asalariados del derecho privado, cuando ese objetivo está prohibido por las disposiciones de orden público del art. L. 122-3 del Código de Trabajo aplicable a dichos contratos.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Civil 1a.), sentencia del 19-5-1998, *Etablissement public La Poste c. Syndicat departamental CGT-PTT*, en *Droit Social*, Ed. Techniques et

Economiques, París, 1998, N° 9/10, p. 848, con nota de **PRETOT, Xavier**.

DERECHO DEL TRABAJO. EXTRANJEROS. SITUACIÓN IRREGULAR. DESPIDO (FRANCIA).

Viola el art. L 341-6-1 del Código del Trabajo la sentencia que se funda en la nulidad del contrato de trabajo de un asalariado en situación irregular respecto de la legislación sobre el empleo de extranjeros, para rechazar toda indemnización con motivo de la ruptura del contrato resuelta por el empleador con base en dicha situación irregular.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Social), sentencia del 3-6-1998, *Mohamed Touré c. Sté Guyarde*, en *Droit Social*, Ed. Techniques et Economiques, París, 1998, N° 9/10, p. 840, con nota de **SAVATIER, Jean**.

DERECHO DEL TRABAJO. ORDEN PÚBLICO. JUSTICIA SOCIAL (HONDURAS).

Las disposiciones del Código del Trabajo constituyen un conjunto de normas jurídicas de orden público, que regulan las relaciones entre el capital y el trabajo, colocándolas sobre la base de una justicia social, a fin de garantizar al trabajador las condiciones necesarias para una vida normal y al capital una compensación equitativa de su inversión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE HONDURAS (Sala Laboral), resolución del 19-11-1996, en *Gaceta Judicial*, Corte Suprema de Justicia de Honduras, Tegucigalpa, n° 1288, año 1997-1998, p. 131.

DERECHO PENAL. FUNDAMENTOS. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. PENAS. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO (HUNGRÍA).

Es consecuencia del Derecho Penal constitucional, la prescripción material según la cual el cuerpo legislativo no debe definir arbitrariamente los límites de las conductas punibles por la ley. La necesidad de asociar toda conducta a una infracción punible por la ley debe ser objeto de un examen estricto y profundo. En el cuidado por la protección de determinadas relaciones y de las normas jurídicas y morales, los instrumentos jurídicos del derecho penal, que restringen inevitablemente los derechos del hombre y las libertades, no deben ser aplicados sino en caso de absoluta necesidad y proporcionalmente a la infracción perseguida, y en la medida en que el Estado de Derecho y los valores sociales y económicos no puedan ser protegidos por otros medios.

El derecho penal es el último recurso del sistema de responsabilidad jurídica. Su función social es la de oficiar de sanción jurídica última del sistema jurídico global.

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRÍA, sentencia del 5-11-1997, 58/1997, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 414.

DERECHO PENAL. PRESCRIPCIÓN. DELITOS CONEXOS (FRANCIA)

Cuando dos infracciones penales son conexas, el acto interruptivo de la prescripción concerniente a una de aquéllas produce, necesariamente, el mismo efecto respecto de la otra.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Penal), sentencia del 17-9-1997, *Cts X...*, en *Recueil Dalloz*, París, 1998, n° 29, p. 399, con nota de **REBUT, Didier**, pp. 400/403.

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. LIBERTAD COMERCIAL. INTERÉS GENERAL. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (AUSTRIA).

1. La ley sobre las farmacias exige una autorización previa y necesaria para poder abrir una nueva farmacia, que es concedida si: a) la nueva farmacia provee al menos a 5.500 personas; b) si dicha farmacia está distante 500 metros, al menos, de una farmacia ya existente; y c) si la apertura de la nueva farmacia no tiene como consecuencia reducir el número de clientes (5.500) de una farmacia ya existente.

2. Son constitucionales las condiciones indicadas sub b y c, pues garantizan un examen profundo de la cuestión de saber si la apertura de la nueva farmacia compromete la existencia de las farmacias establecidas. El interés general requiere que el sistema de aprovisionamiento de remedios funcione eficazmente, lo que supone que las farmacias dispongan de un cierto grado de mercaderías. Deben, entonces, tener un porte mínimo, que garantizan las disposiciones pertinentes. Estas, en consecuencia, configuran un medio apropiado de alcanzar el objetivo de aprovisionamiento, y la restricción al derecho de trabajar contra una remuneración no es desproporcionado.

Por el contrario, la primera condición (a) viola el mencionado derecho de una manera que no responde a ningún aspecto de interés general.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA, sentencia del 2-3-1998, G 37/97, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 1, p. 29.

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIONES DEL ESTADO. CONVENCIONES INTERNACIONALES. SUSPENSIÓN DE SUS EFECTOS. ACCESO A LA JUSTICIA. DERECHO DE DEFENSA. PODER JUDICIAL. INDEPENDENCIA. PARTIDOS POLÍTICOS. DISOLUCIÓN. CARTA AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, ARTS. 1, 7 Y 26 (COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS).

1. Antecedentes del caso: la Organización de Libertades Civiles, ONG nigeriana, formuló una comunicación ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Alegó que el Gobierno militar de Nigeria había dictado varios decretos que violaban la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y la Constitución de Nigeria. Esto era así especialmente respecto del Acta constitucional n° 107 de 1993, por la cual no sólo se suspendió la Constitución, sino que se dispuso que ningún decreto promulgado después de diciembre de 1983 podía ser puesto en cuestión ante corte nigeriana alguna. Asimismo, por otro decreto, fueron disueltos los partidos políticos y dejada sin efecto la competencia de los tribunales al respecto, además de anular, específicamente, todo efecto de la Carta en el plano interno. La comunicación sostuvo que la revocación de la competencia de las Cortes respecto de la legalidad de cualquier decreto, amenazaba la independencia judicial y menoscababa el art. 26 de la Carta. Asimismo, criticó al gobierno nigeriano en el sentido de que dicha revocación privaba a los nigerianos del derecho de buscar un remedio en las cortes por actos

gubernamentales violatorios de sus derechos fundamentales, lo que conculcaba al art. 7.1.a de la Carta.

2. Decisión:

El art. 7.1.a de la Carta dice que cada individuo tendrá el derecho a que su causa sea escuchada. Esto comprende el derecho a acudir a los órganos nacionales competentes cuando se trate de actos violatorios de los derechos fundamentales que le son garantizados por las convenciones, las leyes, los reglamentos y las costumbres vigentes.

El Acta constitucional de 1993 establece que ningún cuestionamiento a la validez de este o cualquier otro decreto promulgado durante el período del 31 de diciembre de 1983 al 26 de agosto de 1993 o después de la entrada en vigor de este decreto, será examinado por juzgado alguno de Nigeria.

El decreto relativo a los partidos políticos expresa: no obstante toda disposición contenida en la Constitución de la República Federal de Nigeria de 1979, tal como fue enmendada, en la ley o en decisiones relativas a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ningún procedimiento será iniciado ante una jurisdicción contra un acto o asunto realizado o supuestamente realizado conforme a este decreto.

La referencia del citado art. 7.1.a a los derechos fundamentales garantizados por convenciones alude a los derechos contenidos en la Carta misma. Dado que Nigeria ratificó la Carta en 1983, ésta se encuentra vigente en Nigeria y, si quería retirar su ratificación, tendría que haber llevado a cabo un proceso internacional, incluyendo la notificación, lo cual no fue hecho. Nigeria no puede negar los efectos de su ratificación de la Carta a través de acciones locales, y permanece bajo la obligación de garantizar los derechos del art. 7 a todos sus ciudadanos.

La revocación de la competencia de las cortes de Nigeria sobre cualquier decreto hecho en los pasados diez años, y aquellos que serán promulgados, constituye un ataque de incalculable proporción al art. 7. La queja se refiere a unos pocos ejemplos de decretos que violan los derechos humanos, pero que hoy exceden la revisión por las Cortes. Un ataque de este tipo a la jurisdicción de las Cortes es especialmente cruel, porque al tiempo que es una violación de los derechos humanos en sí mismo, permite que otras violaciones queden impunes.

El art. 26 de la Carta reitera el derecho contenido en el art. 7, pero es aún más explícito acerca de las obligaciones de los Estados partes para garantizar la independencia de las cortes y permitir el establecimiento y mejora de instituciones nacionales apropiadas para la promoción y protección de los derechos y libertades garantizadas por la presente Carta. Mientras que el art. 7 se ocupa del derecho del individuo a ser escuchado, el art. 26 trata de las instituciones, las cuales son esenciales para dar contenido a ese derecho. Este artículo claramente remarca la protección de las Cortes, las cuales han sido tradicionalmente el bastión para la protección de los derechos del individuo contra el abuso del poder del Estado.

La comunicación indica que Nigeria incorporó íntegramente la Carta desde su ratificación en 1983. La ley respectiva especifica: a partir de la entrada en vigor de esta ley, las provisiones de la Carta Africana tendrán fuerza de ley en Nigeria y serán aplicadas por todas las autoridades y personas que ejerzan poderes legislativos, ejecutivos o judiciales en Nigeria. Y es esta ley la revocada por el decreto relativo a los partidos políticos.

Cualquier duda que pueda existir respecto de las obligaciones de Nigeria con respecto a la Carta es despejada en el art. 1 de ésta, que dice lo siguiente: “los Estados Miembros... Partes en la presente Carta deberán reconocer los derechos, deberes y libertades comprendidos en esta Carta y deberán comprometerse a adoptar medidas legislativas u otras para darles efecto”.

La Comisión tiene que expresar su aprobación respecto de la incorporación de la Carta en la legislación interna de Nigeria, lo que debería servir de ejemplo a seguir por toda Africa, pero también debe expresar su decepción por la siguiente anulación de sus efectos. La

Comisión debe enfatizar que la obligación del Estado nigeriano de garantizar el derecho de ser escuchado por sus ciudadanos aún permanece vigente y no ha sido alcanzada por la pretendida revocación de los efectos internos de la Carta. Esta permanece vigente en Nigeria, y a pesar del decreto de disolución de partidos políticos, el gobierno Nigeriano tiene las mismas obligaciones bajo la Carta como si nunca la hubiera revocado. Estas obligaciones incluyen garantizar el derecho de la persona a que su causa sea escuchada.

Por estas razones, la Comisión considera: que el decreto en cuestión constituye un incumplimiento del art. 7 de la Carta (derecho a que la causa sea escuchada); que la revocación de la competencia de las Cortes constituye un incumplimiento del art. 26 (obligación de establecer y proteger las Cortes); y que el acto del Gobierno nigeriano de anular el efecto interno de la Carta constituye una seria irregularidad.

COMISION AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, Comunicación n° 129/94, decimoséptima sesión ordinaria, Lome, marzo 1995, *Civil Liberties Organization c. Nigeria*, 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. 194/197 (versión en inglés; la versión en francés puede consultarse en pp. 155/158).

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIONES DEL ESTADO. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SENTENCIA REPARATORIA. FIJACIÓN DEL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN (CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-ECUADOR).

1. Antecedentes del caso: el 11 de junio de 1998, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) celebró una audiencia pública sobre el fondo del asunto en el caso Benavides Cevallos contra Ecuador, y escuchó los alegatos del Estado y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión). En dicha audiencia, el Estado dio a conocer un acuerdo de solución amistosa celebrado con los padres de la profesora Consuelo Benavides Cevallos, víctima en este caso, en el cual reconoció su responsabilidad internacional respecto de lo ocurrido a dicha profesora, así como la fijación de un monto de indemnización de 1.000.000 de dólares estadounidenses y otro tipo de reparaciones. Al respecto, la Corte mediante sentencia unánime el 19 de junio de 1998, resolvió:

2. Sentencia:

2.1. Es procedente el allanamiento del Estado del Ecuador a las pretensiones formuladas por la Comisión y, en consecuencia, ha cesado la controversia respecto de los hechos que dieron origen al presente caso;

2.2. Corresponde tomar nota del reconocimiento de responsabilidad internacional por parte de dicho Estado, declarando, conforme a los términos de tal reconocimiento, que éste violó los derechos protegidos por los arts. 3, 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con su art. 1.1, en perjuicio de la señorita Consuelo Benavides Cevallos;

2.3. Se aprueba el acuerdo entre el Ecuador y los familiares de la víctima respecto de la naturaleza y monto de las reparaciones;

2.4. Se requiere al Estado ecuatoriano que continúe las investigaciones para sancionar a todos los responsables de las violaciones de los derechos humanos a que se ha hecho referencia en la sentencia; y

2.5. Cabe reservar la facultad de supervisar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 29-6-1998, caso

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LIBERTAD DE TRABAJAR. LIBERTAD COMERCIAL. RESTRICCIONES (COSTA RICA).

1. Antecedentes del caso: el accionante sostuvo que determinadas normas del Decreto Ejecutivo 19.164 -en cuanto establecen una zona de exclusión dentro de la cual prohíben la instalación de nuevas estaciones de servicio y la operación de las existentes-, viola los arts. 28 y 46 de la Constitución Política de Costa Rica que comprenden la libertad de empresa, entendida como el derecho de los particulares de emprender, escoger y desarrollar la actividad económica que deseen en función de obtener un beneficio económico.

2. Sentencia:

Con base en las normas que conforman la esencia del régimen político-jurídico costarricense (arts. 1, 9 y 105 de la Constitución Política) y partiendo de que los derechos fundamentales son inherentes a las personas por su sola condición de tales, sin que pueda decirse que son sus titulares gracias a algún tipo de concesión o reconocimiento estatal. Las autoridades públicas están necesariamente sujetas al principio de legalidad, lo que significa que pueden actuar únicamente en la medida en que el legislador les atribuya una competencia concreta suficiente para ejercerla: el fin legal y el ámbito general que la ley les confiere no operan como habilitación para actuar -lo cual equivaldría a lo que en doctrina se conoce como "deslegalización"-, sino, por el contrario, como límite genérico de toda competencia que se les atribuya, sea expresa, sea incluso implícitamente -en tanto resulte indispensable para la primera-, pero siempre de manera inequívoca y clara. Con otras palabras, el principio de reserva de ley impide concluir que de la atribución de un fin a un ente público, se deduzca el fundamento suficiente para ejercer una competencia.

Así las cosas, el actor lleva razón en lo que a este punto concierne, pues la normativa cuestionada efectivamente restringe el ejercicio de una libertad pública, sin tener rango de ley (Decreto Ejecutivo), contraviniendo, así, el principio de reserva legal que rige la materia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA (Sala Constitucional), sentencia del 3-12-1996, N° 6519-96, en *Boletín de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, n° 47, Internet.

DIGNIDAD HUMANA. LIBERTAD DE EXPRESION. CEMENTERIOS. INSCRIPCIONES EN LÁPIDAS (ISRAEL).

1. Antecedentes del caso: de acuerdo a sus regulaciones, la *Burial Society "Jerusalem Community"* -que es una organización sin fines de lucro y la empresa de servicios fúnebres más grande de Jerusalem- sólo puede hacer las inscripciones de las lápidas en caracteres hebreos, estando prohibidos todos los números, dibujos y retratos. Por ello, rechazó el pedido de inscribir en inglés el nombre y fechas de nacimiento y defunción de una mujer, que se fundaba en que ésta había vivido principalmente en los Estados Unidos, era conocida por su nombre inglés y había organizado su vida en términos del calendario gregoriano. La solicitud también se basaba en que lo expresado era el deseo de la difunta, y en que la concesión de la autorización permitiría que la familia y amigos que vinieran del exterior pudieran comunicarse más fácilmente con su memoria en el cementerio. Dado que otras empresas funerarias acceden a este tipo de solicitudes, la *Burial Society* aceptó inscribir las fechas

gregorianas en la parte posterior de la lápida en caracteres hebreos. En este estado, el cónyuge superviviente solicitó al Tribunal de Distrito el dictado de una sentencia declarativa de su derecho a hacer las inscripciones solicitadas en el frente de la lápida y en inglés. El Tribunal hizo lugar a su pretensión y la *Burial Society* apeló.

2. Sentencia: sesionando como Cámara de Apelaciones en lo Civil, declaramos que sus derechos básicos a la libertad de expresión, de conciencia y de dignidad humana, dan al apelado el derecho al uso de caracteres no hebreos.

La cuestión planteada debe resolverse mediante la aplicación de las normas que prevalecen en el derecho público y privado en relación a los derechos básicos de una persona -como la libertad de expresión-, y a los elementos del derecho de los contratos que tienen por objeto proteger los intereses vitales de la sociedad. El principio predominante es el interés público en reconocer los intereses emocionales y personales y la dignidad humana, siempre que al hacerlo no se produzca un daño sustantivo a los derechos de otros.

Una sociedad libre tiene la obligación de reconocer estos intereses individuales en aras de la tolerancia y la armonía. Al mismo tiempo, la sociedad tiene derecho a fomentar su cultura, lengua nacional y tradiciones históricas.

La libertad individual sólo se limita legítimamente cuando los actos de una persona violan la ley o los derechos de otros. La gravedad de esta transgresión se evalúa de acuerdo al test del hombre razonable, que es un test objetivo.

Toda persona tiene derecho a honrar la memoria de sus seres queridos de un modo que se corresponda con sus valores y estilo de vida, siempre que al hacerlo no lastime los sentimientos o intereses legítimos de otras personas.

Una lápida es una construcción conmemorativa, en la que las personas vivas reflejan su relación personal con la difunta. En relación a una lápida, hay que distinguir los derechos que tiene el visitante a un cementerio y los de la persona que la hace colocar. El primero no tiene derecho a interferir en las acciones o decisiones personales de la segunda, a menos que se de el caso, de acuerdo a las circunstancias, de que un hombre razonable se sintiera obligado a intervenir.

La solicitud presentada por el apelante no es tan extrema o inusual como para agraviar sustancialmente los sentimientos de otros. Si bien la *Burial Society* tiene un interés público legítimo en asegurar que las inscripciones de las lápidas sólo se hagan en hebreo, su derecho no puede prevalecer sobre la legítima pretensión del apelado.

SUPREMA CORTE DE ISRAEL, *Burial Society "Jerusalem Community" v. Lionel Kastenbaum*, sentencia del 30-4-92, Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel, División de Información, Internet.

DIPLOMATICOS. EMPLEADOS PUBLICOS. ESTABILIDAD. CESE. DERECHO DE DEFENSA (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: por un Decreto-Ley de 1992, el Gobierno Peruano declaró en reorganización el Servicio Diplomático por un plazo de 30 días, facultando al Ministro de Relaciones Exteriores para declarar la excedencia del personal de dicho servicio y disponer su inmediato pase a la situación de retiro. Posteriormente, por una Resolución Suprema, dictada con base en la norma mencionada, se cesó a la actora de su cargo de Ministro del Servicio Diplomático.

2. Sentencia:

Si bien el Decreto-Ley en cuestión faculta al Ministerio de Relaciones Exteriores a

declarar en excedencia al personal del servicio diplomático y disponer su inmediato pase a retiro, dicha norma contraviene al art. 448 de la Constitución de 1979 que ampara a la demandante, violando su derecho a la estabilidad laboral, reconocido, también, por normas de inferior jerarquía referentes a la legislación de los trabajadores del sector público, que resultan aplicables.

No puede reputarse constitucional el cese de la actora por el hecho de sustentarse en el aludido Decreto-Ley, en tanto éste no garantiza un debido proceso en el cual pueda establecerse la causa justa, debidamente comprobada, que amerite la separación de su cargo, habiendo sido privada la actora, en consecuencia, de su derecho de defensa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU (Sala de Derecho Constitucional y Social), sentencia de 7 de octubre de 1994, en *Iudicium et Vita*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, n° 4, Diciembre de 1996, p. 159.

EJECUCION DE SENTENCIAS. ESTADO EXTRANJERO. INMUNIDAD DE EJECUCION. ACTOS IURE IMPERII Y IURE GESTIONIS. JUECES. DEBER DE DILIGENCIA. CAUSAS LEGALES DE INEJECUCIÓN. DERECHO DE DEFENSA (ESPAÑA).

1. La ejecución de sentencias forma parte del derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en éstas se reconocen o declaran, no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. El derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o que se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a su ejecución, cuando ello sea legalmente exigible. El contenido principal de este derecho consiste en que la prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros.

En los casos en que la resolución deba ser cumplida por un ente público, éste deberá llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado (art. 118 de la Constitución); y cuando tal obstaculización se produzca, el juez ha de adoptar las medidas pertinentes para la ejecución. Si tales medidas no se adoptan con la intensidad indispensable -y legalmente posible- para remover el obstáculo, el órgano judicial vulnera el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias.

2. Por ser el sujeto ejecutado una Embajada extranjera sita en España, conviene recordar la doctrina sentada por el Tribunal en dos asuntos (sentencias 107/1992 y 292/1994) donde también han sido planteadas, desde un punto de vista doctrinal, las relaciones entre la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros y el derecho a la tutela judicial efectiva como comprensivo del derecho a la ejecución de sentencias. En efecto, allí se afirmó:

a) Corresponde al Tribunal, en esta vía de amparo, comprobar que la decisión de inejecución se ha basado en una causa legal, interpretada en el sentido más favorable a la efectividad de la tutela.

b) Desde esta perspectiva, el régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros no es contrario, cualquiera que éste sea, al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado constitucionalmente por el art. 24.1, pero, por otra parte, una indebida extensión o ampliación por los tribunales ordinarios del ámbito que es dable atribuir a dicha inmunidad acarrea, en el actual ordenamiento internacional, una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutado, porque supone restringir sin motivo las posibilidades del justiciable de conseguir la efectividad del fallo, sin que ninguna norma imponga una excepción a dicha efectividad.

c) El régimen concreto de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros, por remisión al art. 21.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se contiene en normas de Derecho internacional público que se obtienen por inducción de datos de origen muy diverso, entre los que se encuentran las convenciones internacionales y la práctica de los Estados. Analizados en las dos resoluciones citadas, el Tribunal llega a la conclusión de que no existe una inmunidad absoluta de ejecución de los Estados, conclusión que se ve reforzada por la propia exigencia de efectividad de los derechos contenidos en el art. 24 de la Constitución y por la *ratio* de la inmunidad, que no es la de otorgar a los Estados una protección indiscriminada, sino la de salvaguardar la integridad de su soberanía. Por tanto, la delimitación del alcance concreto de la inmunidad de ejecución de los Estados debe partir de que, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el interno, desautorizan que se inejecute una sentencia, pues dicha decisión supone la vulneración constitucional del art. 24.1.

d) Además de esta delimitación genérica, es preciso tener en cuenta que determinados bienes gozan de una particular inmunidad por la calidad de sus titulares, como ocurre con los de las misiones diplomáticas y consulares. Por ende, la inmunidad de los Estados se asienta sobre una doble distinción: 1. son absolutamente inmunes a la ejecución los bienes de las misiones diplomáticas y consulares; 2. son inmunes a la ejecución los demás bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades *iure imperii*, pero no los destinados a actividades *iure gestionis*.

e) De este modo, corresponde al juez executor determinar, en cada caso, cuáles de entre los bienes que es titular un Estado extranjero, y que no sean específicamente de las misiones diplomáticas o consulares, están inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades en las que dicho Estado, sin hacer uso de su potestad de imperio, actúa de la misma manera que un particular.

f) No es necesario que los bienes objeto de la ejecución estén destinados a la misma actividad *iure gestionis* que provocó el litigio, pues otra cosa podría hacer ilusoria la ejecución.

g) Por último, aunque en tales casos el demandado no sea propiamente el Estado extranjero, sino su Embajada, ésta no es sino un órgano de aquél y su representante en España (art. 3.1 a, del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas), por lo que no es imprudente extender las posibilidades de ejecución de la sentencia, no a los bienes de la Embajada afectos al desenvolvimiento de las actividades que le son propias -que gozan de absoluta inmunidad de ejecución-, sino a aquellos otros de los que sea titular el Estado y que estén afectos a actividades de naturaleza comercial o similar, a los que, en los términos antedichos, no alcance la inmunidad de ejecución.

A lo dicho, cabe añadir: que cuando el sujeto ejecutado es una Embajada o un Estado extranjero, no puede presumirse su insolvencia y, sobre todo, que en tal supuesto, cuando surgen dificultades en la ejecución de las resoluciones judiciales, cobra virtual importancia la colaboración de los poderes públicos del Estado del foro y, en especial, de su Ministerio de Asuntos Exteriores. Ante ello, el tribunal debe recabar sin desmayo esta cooperación cuya negativa puede producir el nacimiento de las correspondientes responsabilidades.

3. En el presente caso, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones firmes, ha sido conculcado por el órgano judicial, pues ha procedido al archivo de la ejecución antes de haber agotado todas las posibilidades de actuación que prevé el ordenamiento jurídico. Por tanto, se restablece al recurrente su derecho y, en consecuencia, se declara la nulidad de la diligencia que archivó su ejecución.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Segunda), sentencia del 10-2-1997, nº 18/1997, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 47, enero-abril

EMPLEADOS PUBLICOS. LIBERTAD DE EXPRESION. ACTIVIDADES POLÍTICAS. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 10 Y 11. PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL DE LA CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 3 (CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el Ministro de Medioambiente del Reino Unido dictó, en 1990, con base en la ley sobre las colectividades locales y la vivienda de 1989, un reglamento que restringía la posibilidad de ejercer actividades políticas a los funcionarios locales que ocuparan puestos sometidos a restricciones en el plano político. La norma seguía las recomendaciones de la Comisión Widdicombe, que había sido creada en 1985 a fin de investigar los roles respectivos de los miembros electos y de los funcionarios de las colectividades locales, habida cuenta de la politización creciente de dichas administraciones. Los cuatro requirentes, ciudadanos británicos, ocupaban puestos sometidos a dichas restricciones en diversas municipalidades, y desarrollaban actividades políticas. Por ende, uno de ellos debió retirar su candidatura para las elecciones municipales, para la que había sido electo por el partido laborista; otros dos debieron renunciar a sus cargos en dicho partido, en tanto que el cuarto se vio compelido a cesar en sus actividades políticas. Todos ellos requirieron a la *High Court* el control jurisdiccional del reglamento, lo que le fue rechazado con base, principalmente, en que la norma guardaba conformidad con la ley de 1989 y que los interesados no podían invocar la Convención Europea de Derechos Humanos. Posteriormente, la Corte de apelación desestimó el recurso de los requirentes, y la Cámara de los Lores rechazó la autorización para intervenir. En tales condiciones, los afectados y el sindicato que representa a los trabajadores del sector público, presentaron una comunicación ante la Comisión Europea de Derechos Humanos invocando violaciones a la libertad de expresión y de asociación (arts. 10 y 11 de la Convención) y su derecho a participar plenamente en el proceso electoral (art. 3 del Protocolo 1 de la Convención). La Comisión acogió el planteo de los requirentes -no así el del sindicato- y, luego del fracaso de una solución amigable, consideró que se había violado el art. 10 (13 votos contra 4), que no se imponía el examen del agravio fundado en el art. 13 (ídem) y que no había menoscabo al art. 3 del Protocolo. Finalmente, la Comisión planteó el caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (1997).

2. Sentencia:

2.1. Art. 10 de la Convención

Los requirentes sostienen que el reglamento constituía una ingerencia injustificada en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, pues les prohibía la continuación de sus actividades políticas normales. Agregan, asimismo, que la norma era, a la vez, vaga y concebida de una manera demasiado subjetiva, no perseguía un fin legítimo y no podía ser considerada necesaria en una sociedad democrática.

La Corte advierte que no es puesto en cuestión que las medidas en juego constituyen una ingerencia en el ejercicio de la libertad de expresión, ni que los interesados, no obstante su carácter de funcionarios, pueden invocar el art. 10. Por ende, cabe examinar si el reglamento falta a las exigencias del parágrafo 2 del art. 10.

2.1.1. “Previstas por la ley”

No es admisible la tesis de los presentantes según la cual las restricciones no están “previstas por la ley”. En tal sentido, los comportamientos que pueden hacer sospechosa, a los ojos de los terceros, la imparcialidad de un funcionario, no pueden ser definidos con una precisión absoluta; además, el reglamento se aplica a un número importante de personas. No

es reprochable, por ende, que la norma impugnada hubiese definido los tipos de actividad política que pudiesen comprometer dicha imparcialidad. Además, todo funcionario puede solicitar un dictamen sobre la compatibilidad de una actividad con el reglamento.

2.1.2. “Fin legítimo”

Las ingerencias resultantes de la aplicación del reglamento persiguen el fin legítimo de proteger los derechos de los otros -miembros de las asambleas locales y electores confusos- a un régimen político verdaderamente democrático en el plano local. La noción de este régimen se aplica tanto en el plano local como en el nacional. La intención que subyace en el reglamento es la de reforzar la larga tradición de neutralidad política de los funcionarios locales, sobre la cual los miembros electos de las asambleas locales deben poder apoyarse, y de garantizar que la eficacia del sistema democrático político local no sufra la corrosión de la neutralidad de determinadas categorías de funcionarios definidos por el carácter sensible de sus funciones.

2.1.3. “Necesaria en una sociedad democrática”

En la aplicación en el caso de los principios fundamentales expuestos en la jurisprudencia de la Corte, cabe advertir que el reglamento fue dictado con motivo de que la mencionada Comisión había identificado una necesidad social imperiosa de actuar en este campo. Es así que había descubierto casos particulares de abuso de poder cometidos por determinados funcionarios locales, y temía el aumento de las posibilidades de abuso habida cuenta del carácter creciente de la lucha política en la gestión de los asuntos locales. El reglamento puede resultar, entonces, una respuesta válida del legislador a dicho problema; además, las medidas adoptadas no exceden el margen de apreciación del Estado demandado en este terreno.

En cuanto a si al adoptar el reglamento, el legislador ha perseguido un fin legítimo reduciendo al mínimo las restricciones de los derechos garantizados a los requirentes por el art. 10, se observa que aquél se aplica únicamente a categorías estrictamente delimitadas de altos funcionarios que ejercen actividades para las cuales la necesidad de imparcialidad política era esencial. Además, el reglamento no prohíbe todo comentario sobre cuestiones políticas, sean o no controvertidas. En cuanto al discurso político de carácter partidario, las restricciones a las actividades ejercidas por los funcionarios en razón de su pertenencia a un partido político sólo se aplican a los tipos de actividades que, habida cuenta de su visibilidad, exhiban una naturaleza a los ojos del público o de los miembros de la asamblea local correspondiente, un lazo entre el titular del puesto sometido a restricciones en el plano político y el programa de un partido político determinado. El derecho de los peticionarios a adherirse a un partido político no es objeto de ninguna restricción.

Es significativo, a su vez, que desde que alcanzó el poder, el gobierno actual sometió a un reexamen las restricciones introducidas cuando aquél se encontraba en la oposición, y concluyó en que su mantenimiento era justificado.

Por lo tanto, no se ha producido una violación del art. 10.

2.2. Art. 11 de la Convención

No cabe compartir el argumento de los requirentes de que las restricciones impuestas a la posibilidad de ocupar los puestos y de estar activos en los partidos políticos de los que son miembros, constituya un serio obstáculo al derecho a la libertad de asociación en el sentido del art. 11. Dicha cuestión, en el caso, debe ser considerada a la luz del art. 10; la libertad de opinión y la libertad de recibir y dar información o ideas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y de asociación tal como se encuentra consagrada en el art. 11. En estas condiciones, las razones que llevan a juzgar justificada la restricción de los derechos garantizados por el art. 10, valen igualmente para las restricciones relativas al art. 11.

2.3. Art. 3 del Protocolo 1

Los requirentes alegan que las restricciones del reglamento les impiden presentarse

como candidatas a las elecciones en el plano local, nacional y europeo, y de participar en las campañas electorales, con menoscabo de los derechos del citado art. 3.

Empero, los mencionados derechos no son absolutos y los Estados contratantes pueden someter su ejercicio a condiciones. Dado que el reglamento apunta a garantizar la imparcialidad política de los altos funcionarios que, como los requirentes, ocupaban puestos sometidos a restricciones en el plano político, el Estado demandado podía legítimamente prohibirles, visto la legitimidad del fin perseguido, que se presentaran como candidatas a las elecciones. Además, y entre otras razones, las restricciones no menoscaban la esencia misma de los derechos del art. 3 pues sólo se aplican durante el tiempo que los requirentes ocupen los puestos en cuestión.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Sala compuesta por 9 jueces; un juez expresó una opinión concurrente, y tres votaron, conjuntamente, en forma disidente), sentencia del 2-9-1998, *Ahmed et autres c. Royaume-Uni*, en *Communiqués du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 2 de setiembre/30 de octubre de 1998, p. 1.

EMPLEO PUBLICO. INGRESO. CONCURSOS. ASCENSO FUNCIONAL. IMPOSIBILIDAD (BRASIL).

La Constitución de 1988 no admite las formas de investidura derivada, vale decir, las formas de ingreso en una carrera distinta de aquella para la cual el servidor ingresó por concurso. La Constitución establece que la investidura en el cargo o empleo público depende de la aprobación previa en concurso público de pruebas o de pruebas y títulos.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (Sala Segunda), sentencia del 14-11-1995, Recurso extraordinario n° 168.105 - SC, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, Brasília, vol. 163, n° 1, enero de 1998, p. 344.

EMPLEO PUBLICO. MUJERES. PROTECCIÓN DEL EMBARAZO. DESPIDO DE TRABAJADORA EMBARAZADA SIN EXPRESIÓN DE CAUSA JUSTIFICADA (PANAMÁ).

1. Antecedentes del caso: se requirió al pleno de la Corte Suprema de Justicia la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo n° 133 del 30 de noviembre de 1994, expedido por el Presidente de la República y la Ministra de Comercio e Industrias, que declaró insubsistente el nombramiento de la accionante, por considerar que violaba el art. 68 de la Constitución Nacional, pues aquélla se encontraba en estado de gravidez al momento de ser destituida.

2. Sentencia:

El pleno de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en sentencias anteriores que el fuero de maternidad consiste en una protección especial de que gozan determinadas mujeres, incluidas las servidoras públicas, en virtud de la cual no pueden ser despedidas por razón de su estado de gravidez, y sólo pueden ser destituidas mediante una justa causa prevista en la ley.

En el caso, el Decreto Ejecutivo en cuestión contiene un artículo único que declara insubsistente el nombramiento de la accionante, sin fundamentación de ninguna índole, basado en el poder nominador que le confiere la ley.

Si bien cabe señalar que el acto se realiza “en uso de sus facultades legales”, no debe perderse de vista que la Constitución Política -que es la norma de mayor rango dentro del

ordenamiento jurídico de un país- contiene disposiciones que consagran derechos y garantías individuales y sociales, que son de obligatorio acatamiento, entre las que se destaca el art. 68.

La persona afectada es una mujer que se encontraba en proceso de gestación al momento de ser despedida. Tal condición requiere de la protección que el Estado debe ofrecer al concebido y a la mujer que trabaja, protección que conlleva descanso o licencia pre y post parto, garantía de empleo, servicio de maternidad (seguridad social médica y hospitalaria) y estabilidad laboral. Esta última implica reserva obligatoria del puesto durante el lapso que por disposición constitucional se prevé y que determina que el despido sólo es factible cuando exista causa justificada acreditada plenamente.

Dado que se trata de un proceso de despido de una servidora pública en estado de gravidez, en el que la autoridad administrativa no determinó que la insubsistencia se sustentara en otra causa diversa del embarazo, esta Corporación estima que es inconstitucional la destitución ejecutada mediante el decreto demandado, por haberse efectuado en violación al art. 68 de la Constitución Nacional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMA, sentencia de 17-5-1996, N° 8/96, en *Anuario de Derecho*, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1996-1997, N° 25-26 p. 633.

ESCRIBANOS. DACIÓN DE FE. CERTIFICACIÓN DE IDENTIDAD (URUGUAY).

“La certificación o dación de fe de conocimiento ha de ser, más que un testimonio, la calificación o el juicio que el notario formule, basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estime adecuados actuando con prudencia y cautela”.

Este concepto jurídico impuesto por la realidad en que se desarrollan las relaciones humanas, ha dejado obsoletas las prácticas anacrónicas que requieren el trato, fama y tiempo para tener por acreditado el conocimiento de una persona por otra, en condiciones propias de comunidades aldeanas.

El conocimiento sólo implica saber que la persona de que se trata lleva tal nombre y que públicamente se la conoce y trata como tal.

Los documentos de identidad pueden tenerse como elementos de convicción personal del agente, permitiéndole formarse el juicio sobre la veracidad de la personalidad del contrayente y asumir plena responsabilidad asegurando su conocimiento por ciencia propia.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY, sentencia del 3-8-1998, n° 144, *Basso Ibáñez, Horacio y otro c. Catherine Pardie Motta por nulidad de testamento, promovido en autos “Ibáñez de Basso, Mauricia Irma - Sucesión”*.

EXPROPIACION FORZOSA. URGENCIA. REQUISITOS (ESPAÑA).

La realidad social no permite otra interpretación que la del carácter excepcional del procedimiento expropiatorio de urgencia para evitar las consecuencias, difícilmente reparables o subsanables, de actuaciones administrativas inspiradas en el principio de los hechos consumados, que se prodigan lamentablemente en contra del espíritu y finalidad del instituto expropiatorio, contemplados por los arts. 33.3 de la Constitución y 349 del Código Civil y acogidos por el sistema regulado en la actual legislación expropiatoria, que sólo excepcionalmente permite la utilización del procedimiento de urgencia cuando lo requieran las circunstancias concretas, debidamente justificadas y con suficiente motivación de la

resolución que lo acuerde o decida.

En tal sentido, puede considerarse plenamente consolidada la orientación jurisprudencial según la cual “para declarar la urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación, a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada, conforme a lo establecido concordantemente por los arts. 52 de la Ley de Expropiación Forzosa y 56 de su reglamento, es necesario, en primer lugar, que concurren circunstancias excepcionales que exijan acudir a tal procedimiento y, en segundo lugar, que el acuerdo, en el que se declare dicha urgencia, esté debidamente motivado con exposición de las indicadas circunstancias que lo justifican”.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (Sala 3a., Sección 6a.), sentencia del 21-12-1996, Ar. 9367, en *Revista de Administración Pública*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, n° 144, p. 318, rúbrica a cargo de **FONT I LLOVET, Tomás** y **TORNOS MAS, Joaquín**.

FILIACION. EXÁMENES DE SANGRE. CORTES CONSTITUCIONALES Y SUPREMAS. COMPETENCIA (SUDÁFRICA).

1. Antecedentes del caso: una mujer solicitó judicialmente una declaración de que el demandado era el padre de su hijo menor y, posteriormente, que se le exigiera a éste a que se sometiera a una prueba de sangre para establecer si podía descartarse su paternidad, alegando que la facultad inherente de la Corte para regular su propio procedimiento incluía la necesaria para dictar este tipo de órdenes. Por su parte, el demandado negó que el Tribunal tuviera esta atribución, fundándose en que la Sección 1 de la *Children's Status Act* de 1987 (*Acta*) sólo crea una presunción de paternidad cuando se demuestra que el accionado mantuvo relaciones sexuales con la madre en un momento en que el niño pudo haber sido concebido, mientras que la Sección 2 dispone que cuando una de las partes se niega a someterse a una prueba de sangre en un proceso tendiente al reconocimiento de la paternidad, se presume que esa negativa tiene por objeto ocultar la verdad. Agregó que el reconocimiento de semejante facultad a la Corte violaría las Secciones 11 y 13 de la Constitución de 1993.

2. Sentencia:

La Suprema Corte, al desestimar la solicitud, declaró que la extracción de una muestra de sangre para establecer o desvirtuar la paternidad cae dentro del ámbito del derecho sustantivo (*Acta*) y que, por ende, su facultad inherente para regular su propio procedimiento no incluía la necesaria para dictar este tipo de órdenes. Declaró también que si bien la mencionada extracción de sangre difícilmente puede considerarse un tratamiento cruel, inhumano o degradante en términos de la Sección 11 de la Constitución, lo cierto es que constituye una intrusión al derecho a la privacidad (Sec. 13) que, a la luz del *Acta*, no puede justificarse con base en que es “razonable y... justificable en una sociedad abierta y democrática” (Sección 13).

SUPREMA CORTE DE SUDAFRICA, División Provincial de Natal, sentencia de 1997, *D v. K*, en *Journal of African Law*, vol. 42, n° 1, 1998, p. 139.

IMPUESTOS. DERECHOS. TASAS. CONTRIBUCIONES FISCALES. SERVICIOS PÚBLICOS. CONTRAPRESTACIÓN. PRECIOS (MÉXICO).

Si bien es cierto que de acuerdo con la doctrina jurídica y la legislación fiscal, los

tributos conocidos como derechos, o tasas en otras latitudes, son las contribuciones que se pagan al Estado como contraprestación de los servicios administrativos prestados, sin embargo, la palabra “contraprestación” no debe entenderse en el sentido del derecho privado, de manera que el precio corresponda exactamente al valor del servicio prestado, pues los servicios públicos que realiza el Estado se organizan en función del interés general y, secundariamente, en el de los particulares, ya que con tales servicios se tiende a garantizar la seguridad pública, la certeza de los derechos, la educación superior, la higiene del trabajo, la salud pública y la urbanización. Además, porque el Estado no es la empresa privada que ofrece al público sus servicios a un precio comercial, con base exclusivamente en los costos de producción, venta y lucro debido, pues la empresa privada se organiza en función del interés de los particulares. Los derechos constituyen un tributo impuesto por el Estado a los gobernados que utilizan los servicios públicos y están comprendidos en la fracción IV del art. 31 constitucional, que establece como obligación de los mexicanos contribuir para los gastos públicos de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes y, por tanto, los servicios aludidos se han de cubrir con los gravámenes correspondientes, que reciben el nombre de “derechos”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE MEXICO (Pleno), P./J. 1/98 del 13-1-1998, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Epoca, Tomo VII, enero 1998, p. 40.

IMPUESTOS. SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS. CONTROL JUDICIAL. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (FRANCIA).

La ausencia de un recurso de plena jurisdicción contra la decisión administrativa, que permita al tribunal pronunciarse sobre la regla y el importe de la multa (*amende*) prevista en el art. 1840 N quáter del Código General de Impuestos, que constituye una sanción, viola el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (el tribunal señala que, según la Corte Europea de Derechos Humanos, un sistema de revalorización (*majorations*) impositiva no viola el art. 6 de la Convención en la medida en que el contribuyente pueda cuestionar toda decisión tomada en su contra ante un tribunal que le ofrezca las garantías de dicho texto).

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Comercial), sentencia del 29-4-1997, *Ferreira c. le directeur général des impôts*, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Ed. Bruylant, Bruselas, n° 33, enero 1998, p. 169, con nota de **LOUIS, Jean-Jacques**, “Les amendes fiscales et la Convention européenne des droits de l’homme”, pp. 171/186.

INMUNIDADES. AGENTES DIPLOMÁTICOS. AGREGADOS. ACREDITACIÓN. LEY APLICABLE. TRATADOS INTERNACIONALES. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMÁTICAS, ARTS. 31 Y 39 (EL SALVADOR).

1. Antecedentes del caso: el abogado defensor de EAB solicitó exhibición personal a favor de su cliente, con fundamento en que el Juez de lo Penal le restringía ilegítimamente su libertad al mantenerlo en prisión a pesar de haberse establecido plenamente que no le era aplicable la ley penal salvadoreña dada su condición de Agente Diplomático o acreditado ante el gobierno salvadoreño, por la República de Venezuela, y encontrarse, en consecuencia, entre las personas que gozan de privilegio personal según la ley.

2. Sentencia: la adecuada protección a los derechos constitucionales del detenido tiene

que ser analizada, por cuanto su calidad de extranjero no lo excluye del respeto que debe tenerse en cuanto a la privación de su libertad.

El Código Penal establece que no se aplica la ley penal salvadoreña a los representantes diplomáticos acreditados en el país, pero del informe presentado por el Director de Inmidades y Privilegios del Ministerio de Relaciones Exteriores surge que EAB estuvo acreditado, en el momento de los hechos, como Agregado Militar, lo que certifica que no es un Agente Diplomático.

Por otro lado, cabe analizar, entonces, la circunstancia de que tampoco se aplica la ley salvadoreña a “las personas que gocen de inmunidad según las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes” en el país.

La existencia en la Constitución del art. 144, que le da rango de Ley a los Tratados Internacionales, nos hace considerar la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas en la cual se consignan inmunidades de los agentes diplomáticos. Así, el art. 31 señala que el Agente Diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. A su vez, el art. 39 de dicha Convención indica que las inmunidades y privilegios concluyen, cuando sale del país luego de cesar en su cargo, con la aclaración de que no cesa la inmunidad por actos realizados como miembro de la misión.

No encontrándose ya el detenido en el cumplimiento de una misión diplomática, ni habiéndose realizado los hechos que se le imputan en expresión de una misión oficial de su gobierno, su conducta está sujeta a la ley salvadoreña y a la jurisdicción de los tribunales de nuestro país.

El acusador del detenido expresó que sería innoble que los delitos cometidos durante su estadía en el país, los haya cometido en el ejercicio de sus funciones; innoble no sólo para con el Estado de Venezuela que representó, sino también para con su condición de militar.

Este último planteo es correcto, a lo que cabe agregar que recurrir a un Tratado Internacional que salvaguarda la inmunidad para actos oficiales, para aquellos que no tienen ese carácter, está fuera de la protección de esa normativa.

No encontrándose el acusado en cumplimiento de una misión diplomática, ni habiendo realizado los hechos que se le imputan en expresión de una misión oficial de su gobierno, su conducta está sujeta a la ley local y a sus tribunales.

El artículo 3 de la mencionada Convención establece entre las funciones de la misión diplomática, “proteger los intereses de sus nacionales”, con mucha mayor razón deben proteger los intereses del personal de la misión diplomática, y si el detenido lo fuera, la protesta oficial de Venezuela a El Salvador ya se hubiese realizado y el Ministerio de Relaciones Exteriores la hubiese canalizado a la Corte Suprema de Justicia.

Por ende, el detenido debe permanecer en el estado en que se encuentra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (Sala de lo Constitucional), sentencia del 18-12-1996, 23-B-96, en *Revista de Derecho Constitucional*, Edición 1996, San Salvador, n° 21, octubre-diciembre, p. 275.

LEY. INTERPRETACIÓN. RETROACTIVIDAD. JUBILACIONES Y PENSIONES (POLONIA).

1. Antecedentes del caso: la enmienda realizada a una norma por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales fue ejecutada de una manera que hizo necesaria la aplicación de reglas de interpretación complejas, lo que entrañó una modificación del contenido normativo del texto legislativo enmendado. La introducción de dicha enmienda tendía a suprimir la interpretación generalmente aceptada de un determinado pasaje de la norma, que había sido profusamente utilizada en las decisiones judiciales. Esta supresión habría limitado de manera considerable los derechos de jubilación por vejez e invalidez.

2. Sentencia:

El Estado debe proteger no sólo la confianza de los ciudadanos en las disposiciones de la ley, sino también su confianza en la manera en que éstas son interpretadas por los órganos del Estado, particularmente cuando una práctica dada es uniforme y constante.

Tampoco se debe ignorar que, en la conciencia colectiva, la esencia de una ley es reconocida, principalmente, por la interpretación que es hecha por los órganos del Estado con motivo de la aplicación de las disposiciones pertinentes de dicha ley.

En consecuencia, todo cambio en la manera de interpretar las disposiciones de una ley debe realizarse conforme al principio de no retroactividad de la ley, corrigiendo las lagunas de la ley de manera que se protejan los derechos adquiridos.

La limitación de los derechos preexistentes a las jubilaciones de vejez e invalidez, viola el principio de no retroactividad de la ley.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 27-11-1997, U 11/97, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 440.

LIBERTAD DE EXPRESION. DERECHO DE DAR Y RECIBIR INFORMACIÓN. MEDIOS DE COMUNICACION. TELEVISION. DERECHOS EXCLUSIVOS PARA TRANSMITIR EVENTOS SOCIALES. DERECHO DE LAS OTRAS EMISORAS (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: las emisoras de televisión tienden a adquirir, individualmente, el derecho exclusivo a transmitir por televisión los eventos públicos (especialmente deportivos) importantes. A fin de garantizar un acceso más amplio a los televidentes, los Estados Federales, en 1987, introdujeron una cláusula en el Acuerdo de Radiodifusión de los Estados (*Rundfunkstaatsvertrag*) que autoriza a las restantes emisoras, en los supuestos mencionados, a transmitir en forma gratuita breves informes televisivos de dichos sucesos. Posteriormente, cada Estado incorporó este criterio a su legislación, por lo cual el derecho a hacer breves informes televisivos en forma gratuita resultó reconocido a nivel nacional. El Estado de Nordrhein-Westfalen implementó esta reglamentación en la s.3a de la *WDR-G*. En junio de 1991, el Gobierno Federal impugnó la validez de esta regulación en términos de la Constitución Federal, a través del procedimiento de control abstracto de normas previsto en la Constitución. Se fundó en que estas medidas violaban el derecho de propiedad, el derecho a ejercer libremente una profesión, así como la libertad general para actuar y la competencia legislativa del Gobierno Federal (arts. 14(1), 12(1), 2(1), 71 y 73 Nr 9 de la Constitución Federal, respectivamente).

2. Sentencia: la esencia de la reglamentación impugnada es constitucional, y sólo viola el derecho fundamental al libre ejercicio de una profesión (art. 12(1) de la Constitución) el carácter gratuito de dichos informes en los supuestos en que los eventos están organizados profesionalmente.

2.1. El Estado de Nordrhein-Westfalen tiene facultades para dictar esta reglamentación que no cae dentro del campo de los derechos de autor sino en el de las telecomunicaciones, reservada a los Estados Federales.

2.2. La esencia de la regulación impugnada es compatible con la libertad de profesión, garantizada por el art. 12(1) de la Constitución Federal, ya que se funda en consideraciones de bien común y está dirigida a garantizar la disponibilidad de información sobre eventos de interés general. Este fundamento no desaparece por la circunstancia de que las grandes emisoras privadas de televisión tienen un mayor alcance, ahora similar al de las públicas. El riesgo de un acceso limitado también surgirá si, en el futuro, estos eventos sólo se difunden

por la televisión paga. Existe un interés legítimo de las emisoras en transmitirlos al público en general.

Este interés basado en el bien común se encuentra subrayado por la importancia de la garantía constitucional a la libertad de radiodifusión del art. 5(1) Sec. 2 de la Constitución Federal, que alcanza a la información sobre eventos deportivos, no en razón del valor que éstos tienen como entretenimiento, sino porque el deporte brinda una oportunidad para la identificación a nivel local y nacional, y es la base de una comunicación amplia entre la población.

El monopolio de la presentación de informes, al favorecer una información uniforme, pondría en peligro la formación de opiniones libres que la libertad de radiodifusión garantizada por la Constitución tiene por finalidad asegurar. No puede, entonces, dejarse que prevalezca ningún proceso aislado de selección, interpretación y preparación de información.

2.3. Sin embargo, la regulación impugnada limita en forma desproporcionada la libertad de profesión, ya que otorga un derecho a hacer breves informes sobre los eventos organizados en forma profesional sin hacer ningún pago.

A diferencia de otras obligaciones que se imponen al ejercicio de una profesión, la Sección 3a de la *WDR-G* requiere que la actuación profesional del organizador del evento beneficie no sólo al público en general, sino también a los competidores de la emisora televisiva que ha adquirido derechos exclusivos de transmisión. Esta exigencia no es proporcional al fin perseguido por la regulación ya que impone una carga demasiado pesada al organizador. Es razonable esperar que las emisoras de televisión que se benefician de este derecho hagan algún pago, cuyo monto no debe fijarlo discrecionalmente el organizador sino que debe determinarse legislativamente, a través de un balance de las necesidades de acceso y del trabajo del organizador.

2.4. En cuanto a la oportunidad en que se hacen los mencionados informes televisivos, la Sección 3a de la *WDR-G* es compatible con el art. 12(1) de la Constitución Federal.

El organizador del evento y la emisora que ha adquirido derechos exclusivos de transmisión se verían irrazonablemente afectados por la regulación si las otras emisoras pudieran difundir en forma inmediata los breves informes televisivos, mientras que la transmisión de los primeros se posterga hasta un momento en que una mayor audiencia lo justifique. En este supuesto, resulta admisible y necesario interpretar estas reglamentaciones de modo que el derecho a hacer dichos breves informes televisivos sólo pueda ejercerse con posterioridad al ejercicio de los derechos exclusivos contractualmente adquiridos.

2.5. En relación a los informes de eventos que no están organizados ni realizados en forma profesional, la regulación es compatible con la Constitución, ya que no viola la libertad general y económica para actuar garantizada por el art. 2(1) de la Constitución Federal.

Por otro lado, la norma tampoco restringe indebidamente los derechos a la inviolabilidad del hogar, a la libertad de radiodifusión ni el derecho general a la personalidad (arts. 13(1), 5(1) sec. 2, 2(1) y 1(1) de la Constitución, respectivamente).

2.6. La incompatibilidad parcial del derecho a hacer estos informes televisivos gratuitos con la Constitución, no requiere la declaración de invalidez de la Sección 3a, que puede seguir aplicándose hasta que sea corregida por el legislador, ya que la inexistencia de este derecho se funda más en criterios constitucionales que en la legislación actual.

A partir de la publicación de esta sentencia, el legislador tiene un plazo de cinco años para corregir esta regulación. La extensión de este plazo se justifica porque, para cumplir esta decisión, cada uno de los 16 Estados Federales debe modificar el Acuerdo de Radiodifusión de los Estados, teniendo también oportunidad de considerar innovaciones tales como la introducción de la tecnología digital. Si no se dicta una nueva regulación dentro del plazo fijado, los tribunales pueden resolver las controversias relativas al monto que debe pagarse al organizador con base en los factores establecidos en esta sentencia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 17-2-98, 1 BvR

1/91, en Universidad de Saarland, Alemania, Internet.

LIBERTAD DE EXPRESION. FUERZAS ARMADAS (ESPAÑA).

El Tribunal comparte la tesis del Abogado del Estado en cuanto a la justificación constitucional de la mayor intensidad de los límites de la libertad de expresión en los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por el significado nuclear que tienen los de jerarquía y subordinación (art. 5, Ley Orgánica 2/1986), como principios de actuación, que justifican restricciones del derecho de libertad de expresión mayores que los admisibles en relación a los ciudadanos en general. Tal es el sentido de las sentencias 81/1983, 69/1989 y 270/1994, invocadas en favor de su tesis por el defensor de la Administración.

La cuestión no es la de si es constitucionalmente admisible un tipo de infracción que restringe el derecho fundamental de libertad de expresión de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, en cuanto a la crítica de las decisiones de sus superiores, mucho más intensamente que lo tolerable, tratándose de otra clase de funcionarios o de ciudadanos en general, sino de la de si es compatible con el derecho fundamental aludido la proscripción absoluta de toda crítica pública de dichas decisiones, pues tal es el sentido del tipo impugnado. Y así planteada la cuestión, la respuesta negativa es la correcta.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (Sala 3a., Sección 7a.), sentencia del 26-9-1996, Ar. 7606, en *Revista de Administración Pública*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, n° 144, p. 324, rúbrica a cargo de **FONT I LLOVET, Tomás** y **TORNOS MAS, Joaquín**.

LIBERTAD DE EXPRESION. LIBERTAD DE PRENSA. CALUMNIAS E INJURIAS. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 10.1 Y 10.2 (FRANCIA).

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión proclamado por el art. 10.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos no puede, según el art. 10.2 de dicha Convención, estar bajo formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, salvo que éstas estén previstas por la ley.

En el orden jurídico francés, la ley del 29 de julio de 1881 relativa a la libertad de prensa, definió las formalidades, condiciones, restricciones y sanciones a las cuales está sometido el ejercicio de esta libertad y, por lo tanto, sus límites.

Según el art. 34.1 de dicha ley, las difamaciones o injurias dirigidas contra la memoria de los muertos sólo pueden ser sancionadas en el caso en que los autores de estas difamaciones o injurias hubieran tenido la intención de perjudicar el honor o la consideración de los herederos, cónyuges o legatarios universales vivos.

CAMARA DE APELACIONES DE PARIS (Sala 1a. A), sentencia del 17-9-1997, *Cts X... c. S.A. L'Événement du Jeudi et autres*, en *Recueil Dalloz*, París, 1998, n° 31, p. 432, con nota de **MALLET-POUJOL, Nathalie**, pp. 433/436.

LIBERTAD DE EXPRESION. LIBERTAD DE PRENSA. CRÍTICAS. VERACIDAD. DERECHO AL HONOR (REPÚBLICA CHECA).

1. Antecedentes del caso: el demandado, en un artículo periodístico, formuló

numerosas críticas contra una persona, adjudicándole actos perjudiciales a la cultura checa. Dicha persona demandó al articulista. El fallo de primera instancia fue adverso a la demanda, pero resultó revocado por la Corte superior, que consideró que el honor y la reputación del demandante habían sido lesionados, pues el artículo daba a los lectores la impresión de que la persona criticada tenía tendencias negativas con la cultura checa lo cual, dadas las numerosas actividades culturales de aquella, era falso. Por ende, dispuso que el demandado presentara sus excusas por el mismo medio. El demandado apeló ante la Corte Suprema, que confirmó el fallo con base en que las críticas del artículo se fundaban en declaraciones que, en su mayor parte, eran conformes con la verdad, pero también en otras que no lo eran. Citó, en tal sentido, un precedente en el que había sostenido que la crítica, la ironía y la condena de una persona, debían fundarse en hechos exactos. El demandado, entonces, planteó una queja constitucional ante la Corte Constitucional.

2. Sentencia:

Dado que la libertad de expresión prevista en el art. 17.1 de la Carta de los Derechos y Libertades Fundamentales es uno de los principios más importantes de toda sociedad democrática, es admisible, en principio, toda opinión, punto de vista o crítica, incluso cuando se expresan fuera del marco de una polémica. En el caso de un derecho fundamental tan importante como lo es el de la libertad de expresión, no puede admitirse que una persona deba garantizar la exactitud de todas las informaciones que figuren en un artículo periodístico.

Aun cuando la libertad de expresión y el derecho de proteger su honor, enunciados en el art. 10 de la Carta, tienen en principio el mismo peso, no es posible en el caso concluir que una apreciación crítica, redactada en un estilo de polémica, menoscabe el derecho a proteger la propia reputación, como lo definen los arts. 11 a 16 del Código Civil y 10 de la Carta, sin tomar en cuenta que dicha crítica pueda haber alcanzado una vehemencia tal que pudiera justificar una restricción del derecho fundamental a la libertad de expresión.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA CHECA (Sala Segunda), sentencia del 10-12-1997, II. US 357/96, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 450.

LIBERTAD DE EXPRESION. RESTRICCIONES. OBSCENIDAD. INDECENCIA. PORNOGRAFÍA. INTERNET. MENORES (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: dos disposiciones de la *Communications Decency Act* de 1996 (*CDA* o el *Acta*) buscan proteger a los menores del material nocivo que se difunde por Internet, una red internacional de computadoras interconectadas que posibilita que millones de personas se comuniquen entre sí en el “espacio cibernético” y accedan a gran cantidad de información de todo el mundo. La Sección 223(a)(1)(B)(ii) (Supp. 1997) del título 47 del Código de los Estados Unidos incrimina la transmisión “a sabiendas” de mensajes “obscenos o indecentes” a cualquier receptor que tenga menos de 18 años de edad. La Sección 223(d) prohíbe enviar o exhibir “a sabiendas”, a un menor de 18 años, cualquier mensaje “que, en contexto, represente o describa, en términos manifiestamente ofensivos, evaluados en términos de los estándares comunitarios contemporáneos, actividades u órganos sexuales o excretorios”. Se prevén defensas afirmativas (*affirmative defenses*) para aquellos que tomen medidas “efectivas... de buena fe” para limitar el acceso de los menores a las comunicaciones prohibidas (Sec. 223(e)(5)(A)), y para quienes limiten ese acceso exigiendo cierta formas de acreditación de la edad del receptor, tales como el número verificable de una tarjeta de crédito o de un código de identificación de adulto (Sec 223(e)(5)(B)). Varias personas promovieron una acción impugnando la constitucionalidad de las Secciones 223(a)(1) y

223(d). Luego de un extenso proceso de determinación de los hechos (*fact finding*), un tribunal de distrito integrado por tres jueces, convocado según las disposiciones del *Acta*, dictó una medida preliminar en la que prohibía la aplicación de las dos disposiciones impugnadas en la medida en que se relacionen a comunicaciones “indecentes”, pero preservaba expresamente el derecho del gobierno a investigar y a promover acciones fundadas en la obscenidad o en actividades de pornografía infantil prohibidas por la norma. La prohibición de aplicar la Sección 223(d) no tenía limitaciones porque dicha Sección no contenía una referencia separada a la obscenidad o a la pornografía infantil. El gobierno recurrió ante la Suprema Corte, con base en las disposiciones especiales del *Acta* relativas a la revisión, alegando que el tribunal de distrito se había equivocado al resolver que la *CDA* viola las Enmiendas I -porque es *overbroad*- y la V, porque es vaga.

2. Sentencia: las cláusulas de la *CDA* que se refieren a la “transmisión indecente” y a la “exhibición manifiestamente ofensiva” restringen “la libertad de expresión” protegida por la Enmienda I. En tal sentido:

(a) Si bien la evaluación de la vaguedad de la *CDA* es pertinente a los efectos del análisis del *overbreadth* de la Enmienda I, la sentencia debe confirmarse sin tratar la cuestión fundada en la Enmienda V.

(b) Una mirada cuidadosa a los precedentes en los que el gobierno busca sustento - *Ginsberg v. New York* (390 US 629 -1968-) y *Renton v. Playtime Theatres* (475 US 41 -1986-) genera -en lugar de diluir- las dudas sobre la constitucionalidad de la *CDA*. Esta norma difiere en varios sentidos de las diversas leyes y órdenes que se consideraron válidas en dichos casos, entre los que se encuentra la circunstancia de que no permite que los padres autoricen a sus hijos a usar material restringido; no está limitada a las transacciones comerciales; no brinda ninguna definición de “indecente” y omite toda exigencia de que el material “manifiestamente ofensivo” carezca de un valor social que lo redima; no limita sus amplias prohibiciones categóricas a horarios determinados ni las funda en la evaluación de una agencia familiarizada con las singulares características del medio; es punitiva; se aplica a un medio que, a diferencia de la radio, goza de la plena protección de la Enmienda I; y no puede ser analizada adecuadamente como una reglamentación del tiempo, lugar y modo de la expresión, porque es una restricción absoluta basada en el contenido. Estos precedentes no requieren, entonces, que la Corte declare la constitucionalidad de la *CDA*, y son totalmente consistentes con la revisión más rigurosa de sus disposiciones.

(c) No están presentes en el espacio cibernético los especiales factores, reconocidos en algunos de los casos resueltos por la Corte, como justificaciones de la reglamentación de los medios de radiodifusión, la historia de la amplia reglamentación gubernamental de esos medios, v.e.g. *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* (395 US 367, 399-400 -1969-); la escasez de frecuencias disponibles en un principio, ver e.g. *Turner Broadcasting System Inc. v. FCC* (512 US 622, 637-638 -1994-); y su naturaleza “invasiva”, v. *Sable Communications of California, Inc. v. FCC* (492 US 115, 128 -1989-). Por lo tanto, estos casos no brindan ninguna base para calificar el grado de escrutinio que, en términos de la Enmienda I, debe aplicarse al Internet.

(d) Sin entrar a considerar si la *CDA* es suficientemente vaga como para violar la Enmienda V, las numerosas ambigüedades relativas al ámbito de aplicación de su cobertura, la hacen problemática a los efectos de la Enmienda I. Por ejemplo, su empleo de las voces “indecente” y “manifiestamente ofensivo”, que no define, va a generar falta de certeza entre los oradores en relación a la forma en que los dos estándares se relacionan entre sí y a su significado preciso. La vaguedad de esta reglamentación basada en el contenido -v.e.g. *Gentile v. Sate Bar of Nevada* (501 US 1030 -1991-)-, sumada a su mayor efecto disuasorio por tratarse de una ley penal -v.e.g. *Dombrowski v. Pfister* (380 US 479 -1965-)-, generan problemas especiales en términos de la Enmienda I en razón del obvio efecto desalentador que tiene en la libre expresión. En contra de lo que dice el gobierno, la *CDA* no se salva de la

vaguedad por la circunstancia de que su estándar de “manifiestamente ofensivo” repita la segunda parte del test de tres pasos que para la obscenidad se formuló en *Miller v. California* (413 US 15, 24 -1973-). El segundo paso del test de *Miller* reduce la vaguedad inherente a la propia expresión “manifiestamente ofensivo”, al exigir que el material proscrito sea “específicamente definido por la ley estadual aplicable”. Por otra parte, la *CDA* sólo se aplica, en términos generales, a la “conducta sexual”, pero contiene una prohibición que también alcanza a las “actividades excretorias” y a los “órganos” sexuales y excretorios. Cada uno de los otros dos pasos de *Miller* también limita críticamente el alcance incierto de la definición de obscenidad. El solo hecho de que una definición que incluye estas tres limitaciones no sea vaga, no implica que una de esas limitaciones, en forma aislada, no lo sea. La vaguedad de la *CDA* debilita la posibilidad de que haya sido cuidadosamente diseñada para satisfacer el objetivo del Congreso de proteger a los menores de los materiales potencialmente perjudiciales.

(e) La *CDA* carece de la precisión que exige la Enmienda I para las leyes que reglamentan el contenido de la expresión. Si bien el gobierno tiene interés en proteger a los niños del material potencialmente perjudicial -v.e.g. *Ginsberg*, cit., p. 639-, la *CDA* persigue la satisfacción de ese interés mediante la supresión de una gran cantidad de expresiones que los adultos tienen un derecho constitucional a enviar y recibir, v.e.g. *Sable*, cit., p. 126. Su alcance carece totalmente de precedentes. La carga que la *CDA* impone a la expresión de los adultos resulta inaceptable si otros medios menos restrictivos resultan al menos igualmente efectivos para cumplir los legítimos objetivos perseguidos por el *Acta*. V.e.g. *Sable*, cit., p. 126. El gobierno no ha acreditado lo contrario. Por otro lado, el Tribunal de Distrito encontró que el *software* para usuarios actualmente disponible sugiere que pronto va a estar ampliamente difundido un método razonablemente efectivo a través del cual los padres pueden impedir que sus hijos accedan al material que consideren inapropiado. Además, los alegatos hechos a esta Corte hicieron referencia a alternativas posibles, tales como exigir que el material indecente sea “etiquetado” (“*tagged*”) para facilitar el control paterno, establecer excepciones para los mensajes que tengan un valor artístico o educativo, brindar alguna tolerancia para la elección de los padres, y someter a algunas partes del Internet a una reglamentación diferente que a otras. Particularmente en atención a la ausencia de toda conclusión detallada del Congreso, o al menos de constancias de audiencias en donde se trataran las especiales dificultades que plantea la *CDA*, la Corte está persuadida de que la *CDA* no está diseñada estrechamente.

(f) Se rechazan los tres argumentos adicionales que el gobierno invoca para sostener las prohibiciones afirmativas de la *CDA*. En primer lugar, no es convincente la pretensión de que el *Acta* es constitucional, dado que deja abiertos amplios “canales alternativos” para la comunicación, porque la *CDA* reglamenta la expresión en razón de su contenido y, por lo tanto, resulta inaplicable un análisis en términos de los estándares del “tiempo, lugar y forma”. V. e.g. *Consolidated Edison Co of N.Y. v. Public Serv. Comm’n of N.Y.* (447 US 530, 536 -1980-). Segundo, es insostenible la afirmación de que el requisito del “conocimiento” y “de la persona específica” restringen en forma significativa su aplicación permisible a las comunicaciones dirigidas a personas que el emisor sabe que tienen menos de 18 años, porque la mayor parte de los foros del Internet están abiertos a todos los que llegan, y porque aún la interpretación más rigurosa del requisito de la “persona específica” brindaría amplios poderes de censura, bajo la forma del “veto de un provocador” (*heckler’s veto*), a cualquier oponente de las expresiones indecentes. Finalmente, el texto de la Constitución no brinda sustento a la proposición de que el material que tiene un valor científico, educativo u algún otro que lo redima, vaya a caer necesariamente fuera de las prohibiciones de la *CDA*.

(g) Las defensas de la Sección 223(e)(5) no constituyen el tipo de “diseño acotado” que salvaría a la *CDA*. Es ilusorio el argumento del gobierno de que quienes difunden expresiones podrían tomar “medidas de buena fe” al “etiquetar” (“*tagging*”) sus comunicaciones indecentes en una forma que indique su contenido, permitiendo con ello que

pueda bloquearse su recepción con un *software* apropiado. Ello, porque no existe actualmente el presupuesto de la efectividad de esa acción -el *software* para ejercer este control- y, aun si existiera, no habría forma de saber si un potencial receptor realmente bloquearía el material codificado. El gobierno tampoco demostró que la defensa de verificación prevista en la Sección 223(b)(5) reduciría significativamente la pesada carga que la CDA impone a la expresión de los adultos. Si bien algunos proveedores comerciales de material sexual explícito actualmente usan esa verificación, las conclusiones del Tribunal de Distrito indican que esta tecnología no es económicamente accesible para la mayor parte de los expositores no comerciales.

(h) El argumento del gobierno de que esta Corte debiera preservar la constitucionalidad de la CDA honrando su *severability clause* y haciendo una interpretación restrictiva de las expresiones *nonseverable*, resulta aceptable sólo en un aspecto. Como las expresiones obscenas pueden ser totalmente prohibidas -v. *Miller*, p. 18- y la restricción que la Sección 223(a) impone al material “obsceno” está mencionada en forma separada de la relativa al material “indecente”, la Corte puede separar la expresión “o indecente” de la ley, dejando subsistente el resto de la Sección 223(a).

(i) Es singularmente poco convincente el argumento del gobierno de que su “importante” interés en promover el crecimiento del Internet brinda una base independiente para declarar la constitucionalidad de la CDA. La dramática expansión de este nuevo foro contradice la base fáctica que subyace en esta pretensión: que la disponibilidad no reglamentada de material “indecente” y “manifiestamente ofensivo” está haciendo que la gente se aleje del Internet.

Nota de Secretaría: v., asimismo, “El nuevo mercado de las ideas (sobre la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del caso Internet)”, por **FAYOS GARDO, Antonio**, en sección doctrina, p. , y, sobre el tema, “If this the global community, we must be on the bad side of town: international policing of child pornography on the Internet”, por **STEWART, Jennifer**, en *Houston Journal of International Law*, The University of Houston Law Center, Houston, vol. 20, n° 1, 1997, pp. 205/246.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 26-6-1997, *Reno v. American Civil Liberties Union (ACLU)*, en 65 LW 4715.

LIBERTAD DE EXPRESION COMERCIAL. ESLÓGANES. BUEN GUSTO. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (ISRAEL).

1. Antecedentes del caso: una empresa dedicada a ayudar a los estudiantes a aprobar exámenes acuñó un eslogan (traducible como “Promoción: venga y supérese”), que en hebreo sonaba como una mala palabra, que pasó a formar parte de su imagen y apareció en sus publicaciones y anuncios publicitarios. Cuando quiso transmitir un aviso publicitario radial que incluía dicho eslogan, el director de la emisora prohibió la inclusión de esta frase, invocando la sección 5 de las Regulaciones dictadas por la *Israel Broadcasting Authority (Authority)*, que sólo autoriza la difusión de anuncios publicitarios de “buen gusto”, reservándose una amplia discrecionalidad para rechazar los avisos que no satisfacen los criterios allí establecidos.

La empresa, entonces, obtuvo una Orden Nisi contra la emisora. En el proceso ante la Suprema Corte intervinieron, por un lado, la empresa peticionante, y por otro la *Authority* y la emisora. La primera alegó que el derecho a la libertad de expresión y de ocupación también alcanza a los avisos comerciales, y que la *Authority* había ignorado estos principios. Esta, por su parte, afirmó que los principios de la libertad de expresión sólo se aplican en un mínimo

grado a los anuncios comerciales y que, en este caso, no eran relevantes los tests aplicables a la evaluación de las restricciones a la libertad de expresión, establecidos por los precedentes judiciales. Agregó que la relación entre la *Authority* y el peticionante era contractual y que estaba basada en las Regulaciones, las cuales sólo permiten la difusión de avisos de “buen gusto” y dan a la *Authority* una amplia discrecionalidad para rechazar los que no satisfagan este criterio. Finalmente, afirmó que sólo podía interferirse en el ejercicio de dicha discrecionalidad cuando fuera extremadamente irrazonable.

2. Sentencia: el aviso prohibido cae dentro de la categoría de expresión comercial y, por lo tanto, goza de muchas de las protecciones de otras formas de expresión. En este caso, el perjuicio que la transmisión del aviso generaría en el público no es suficientemente grave como para justificar la intervención de la *Authority* (la mayoría estuvo integrada por los Jueces Dorner y Bach -cada uno por su voto-, y la minoría por el Juez Cheshin).

2.1. (Juez Dorner) La *Authority* viola el derecho de la empresa a la libertad de expresión, que encabeza la lista de libertades en que se sustenta la democracia y que no sólo ampara a las expresiones que satisfacen el consenso general, ya que su importancia reside precisamente en que también se aplica a las irritantes e incluso a las injuriosas.

Hoy en día, la vía principal para el ejercicio de este derecho es la radio y televisión, que entran a todos los hogares y que están sujetas al control exclusivo de la *Authority*.

La libertad de expresión sólo puede limitarse cuando se reúnen las siguientes condiciones: que el legislador original otorgue una autorización expresa para hacerlo; que exista la casi certeza, o, en algunos casos, razonable posibilidad, de que se va a menoscabar un valor incompatible con la libertad de expresión; y que ese menoscabo sea severo y continuo.

La libertad de expresión comercial es parte de la libre expresión. Brinda información al público y, por lo tanto, satisface el derecho que éste tiene a recibir noticias comerciales, posibilita la competencia entre quienes transmiten información y permite que el público adopte sus propias opiniones sobre los productos o servicios que prefiere. La libertad de expresión comercial goza de la protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996, que Israel ha suscripto.

Sin embargo, no todos los fundamentos de la garantía a la libertad de expresión son apropiados para la expresión comercial. No existe un obstáculo fundamental para protegerla cuando lesiona la sensibilidad pública pero, aun en este caso, las limitaciones deben satisfacer ciertas exigencias. Para determinar si una expresión comercial viola el “buen gusto” en términos de la regulación dictada por la *Authority*, hay que considerar dos cuestiones: qué es “buen gusto” y qué grado de violación hace aplicable la norma invocada. Debe existir un mismo estándar de “buen gusto” para los programas artísticos y para los avisos comerciales. En este caso, la *Authority* no consideró debidamente el derecho del peticionante a la libre expresión comercial ni hizo un balance entre este derecho y el posible perjuicio a los sentimientos del público. En cualquier caso, no existen fundamentos objetivos para encontrar que la difusión del anuncio comercial pueda lesionar seriamente los sentimientos públicos.

Por lo tanto, debe hacerse lugar a la petición de la empresa y autorizarse la difusión del aviso publicitario.

2.2. (Juez Bach) Si bien resulta clara la distinción entre una orden que prohíbe que una emisora transmita cierto ítem, y una que la obliga a transmitirlo en contra de los deseos de su director, la situación es diferente en materia de anuncios publicitarios. Según las políticas establecidas por la *Authority*, la transmisión de publicidad tiene asignada una cierta cantidad de tiempo, que dicho organismo tiene el deber de poner a disposición de los consumidores, sin discriminar. En ese caso, el rechazo de un anuncio sin una razón adecuada justifica la intervención de la Corte. Las cuestiones a resolver son: “¿cuál es una razón adecuada para el rechazo?” y “¿en qué supuestos la Corte va a ejercer su derecho a intervenir?”.

En los supuestos de violación al “buen gusto”, debe evaluarse si se ha violado o no

dicho buen gusto en forma grave y significativa. A estos efectos, algunos de los factores a tener en cuenta son: a) en qué medida el aviso comercial viola el buen gusto, en términos de los estándares de una sociedad moderna, instruida y liberal; b) si el perjuicio que produce el mensaje comercial tiene un efecto especial en el público, o en parte de él, debiendo también tomarse en consideración los sentimientos de las minorías importantes no extremistas; c) el nivel de daño que el rechazo del aviso va a causar a la persona que quiere difundirlo; y d) si las frases injuriosas se transmiten usualmente en otros avisos.

Evaluando estos factores, y habiendo llegado a la conclusión de que el peticionario no tiene intención de perjudicar a sus estudiantes, y que el término en discusión sólo es un “artilugio” publicitario que, cuanto más, genera una sonrisa en los labios de los oyentes, el término no puede considerarse una “violación seria y significativa al buen gusto”, y no hay un fundamento razonable para rechazarlo.

Por lo tanto, la Corte debe intervenir en el ejercicio de la discrecionalidad de la Authority, haciendo lugar al recurso.

2.3. (Juez Cheshin) En Israel, la expresión comercial, al igual que las otras expresiones, goza de protección con base en el principio de que la libre expresión es lo que diferencia al hombre del mundo animal, y debe ser protegida a toda costa, en la medida en que no se encuentre en conflicto con otro principio básico de igual gravitación. Sin embargo, no goza de garantías tan amplias como otras formas de expresión y puede ser limitada sin necesidad de satisfacer el riguroso estándar de la “casi certeza” de perjuicio al público, aplicable en los demás supuestos.

El alcance de la “libre expresión” también debe evaluarse en términos del contexto en el que se realiza. En literatura, puede defenderse una frase que, si estuviera incluida en un aviso comercial, no debería ser transmitida. Del análisis de las atribuciones y deberes de la *Authority*, surge que su discrecionalidad es de naturaleza administrativa y no está sujeta a principios apriorísticos. La amplitud de dicha discrecionalidad indica que uno de los factores que puede tomar en cuenta es el valor estético.

La frase impugnada en este caso tiene asociaciones vulgares y, por lo tanto, la *Authority* actuó en forma apropiada y dentro del marco de su discrecionalidad al decidir el rechazo de su emisión.

En conclusión, la cuestión planteada no se vincula realmente con los derechos humanos o básicos, las libertades individuales ni los deberes de la *Authority* sino, principalmente, con cuestiones de cultura, hábitos y buen gusto. No reside en prohibir la libre expresión sino en obligar a la *Authority* a difundir un aviso que este organismo considera de buena fe injurioso para los sentimientos públicos.

Por lo tanto, debe desestimarse la petición.

SUPREMA CORTE DE ISRAEL, sentencia del 13-1-1993, *Promotion of Initiatives and Publishers (1981) Ltd v. Israel Broadcasting Authority and Others*, Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel, División de Información, Internet.

LIBERTAD DE EXPRESION COMERCIAL. LIBERTAD DE OPINION. LIBERTAD PROFESIONAL. LIBERTAD COMERCIAL. DERECHO DE PROPIEDAD. SALUD PUBLICA. TABACO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: la Sección 2(1) de la *Verordnung über die Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen und über Höchstmengen von Teer im Zigarettenrauch (TabKTHmV)*, que implementa la Directiva 89/622/CEE, impone a las empresas que manufacturan productos tabacaleros, la obligación de incluir en las marquillas las siguientes advertencias:

“Fumar causa cáncer” y “Fumar causa enfermedades cardíacas y vasculares”. Cinco de estas empresas impugnaron la constitucionalidad de la norma.

2. Sentencia: la norma no viola el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 5(1) de la Constitución), porque la obligación de imprimir las advertencias afectaba a estas corporaciones en su calidad de fabricantes de productos tabacaleros, y no en su derecho a no participar en expresiones de opinión. La ley exige imprimir la opinión de otra persona y no sugiere que la advertencia deba parecer la opinión de la empresa.

Tampoco resulta violada la libertad de los apelantes a ejercer libremente su profesión (art. 12(1) de la Constitución), que también tiene la categoría de derecho fundamental. La difusión de advertencias vinculadas a la salud constituye una función legítima del Estado y las aquí impugnadas contienen la conclusión actual de la medicina, tienen como objeto proteger la salud pública e imponen una carga proporcional a la consecución del fin perseguido.

La inclusión de la leyenda tampoco menoscaba el derecho de propiedad de los apelantes, específicamente su derecho a elegir el envase de sus productos.

Finalmente, siendo la obligación de imprimir estas advertencias, compatible con los derechos fundamentales reconocidos, no resulta necesario considerar si la Directiva tiene validez y efecto en Alemania o si los apelantes pueden buscar un remedio jurídico definitivo ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 22-1-97, 2 BvR 1915/91, en Universidad de Saarland, Alemania, Internet.

LIBERTAD DE PRENSA. ESCRITOS AJENOS AL MEDIO. DERECHO AL HONOR (ESPAÑA).

Al autorizar el medio de comunicación la publicación de un escrito ajeno cuyo autor se ha identificado previamente, será éste quien asuma la responsabilidad que pueda derivarse si dicho escrito resulta lesivo del derecho al honor de una tercer persona.

Sin embargo, la situación es muy distinta si el escrito ajeno es publicado sin que el medio conozca la identidad de su autor, pues en tal supuesto dicho escrito no constituye una acción que pueda ser separada de la de su publicación por el medio, conforme a la doctrina expuesta por el Tribunal (sentencia 159/1986). De manera que, al autorizar la publicación del escrito pese a no conocer la identidad de su autor, ha de entenderse que el medio, por ese hecho, ha asumido su contenido. Lo que entraña una doble consecuencia: en primer lugar, que el ejercicio de las libertades que el art. 20.1 de la Constitución reconoce y garantiza, habrá de ser enjuiciado, exclusivamente, en relación con el medio, dado que el redactor del escrito es desconocido. En segundo término, que al medio le corresponderá o no la eventual responsabilidad que pueda derivarse del escrito si su contenido ha sobrepasado el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de información y, en su caso, de la libertad de expresión, lesionando el honor de terceras personas o, por el contrario, lo ha respetado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Segunda), sentencia del 13-1-1997, nº 3/1997, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 47, enero-abril 1997, p. 18.

MATRIMONIO. VIOLACION. ENTRE CÓNYUGES SEPARADOS. MUJERES. MUTILACIÓN GENITAL. DERECHO A LA VIDA. ABORTO ILEGAL. MENORES. DERECHOS DEL NIÑO.

CARCELES. CONDICIONES. PRESOS. ABUSOS SEXUALES. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 6, 10, 23 Y 24 (NACIONES UNIDAS-TANZANIA).

1. El Comité aprecia los cambios introducidos recientemente en la ley para penalizar la violación entre cónyuges separados y la práctica de la mutilación genital femenina, así como que se haya facultado a los tribunales para juzgar los casos de abusos sexuales a puerta cerrada; no obstante preocupa al Comité que la tradición inhiba la denuncia de esos actos y que no se considere expresamente delictiva la violación en el matrimonio.

2. El Comité deplora la ley actualmente en vigor en Zanzíbar, que permite el encarcelamiento de la madre y el padre de la mujer soltera que quede encinta. En opinión del Comité, ello atenta contra el derecho a la vida (art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (por fomentar el recurso al aborto ilegal) y contra los derechos del niño (arts. 23 y 24 del Pacto) que nazca en esas circunstancias.

El Comité lamenta que la policía no reciba formación sobre los derechos humanos ni sobre el uso de equipo antidisturbios como las balas de goma.

3. El Comité toma nota de que se acepta que las condiciones de vida en las cárceles se han deteriorado. Se informa de que los presos viven hacinados y de que se viola y se somete a otros abusos sexuales a las presas, así como de que no se cumplen las normas mínimas. El Comité recomienda que se dediquen recursos a resolver esa situación, que se dé formación sobre derechos humanos a los funcionarios de prisiones y que se reclute a un número suficiente de funcionarias para que sólo éstas estén a cargo de las presas. También insta a que se ofrezcan a los tribunales más alternativas a las penas de cárcel y que se aliente a los jueces a usarlas en los casos pertinentes al dictar sentencia (art. 10).

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), 30-7-1998, Observaciones finales al tercer informe periódico de la República Unida de Tanzania CCPR/C/79/Add.97, 18-8-1998.

MEDICOS. HOSPITALES. RESPONSABILIDAD. INFORMACIÓN AL PACIENTE (FRANCIA).

Incurre en culpa (*faute*) el centro hospitalario que se limita a anunciar a la madre que el estudio que se le ha realizado “no había revelado ninguna anomalía detectable por los medios actuales”, cuando dicha mujer no fue informada de que los resultados del mencionado estudio, habida cuenta de las condiciones en las que fue realizado, podía estar afectado de un margen de error no habitual.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, decisión del 14-2-1997, *Centre hospitalier régional de Nice c. Epx X...*, en *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, Sirey, París, 6 de enero-28 de febrero de 1997, p. 44. Asimismo, v. el comentario de **HENNERON, Sandrine**, en *Recueil Dalloz*, París, 1998, n° 32, p. 294.

MEDICOS. SECRETO PROFESIONAL. OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR UN DELITO. AUTOINCUPLICACIÓN. EMPLEADOS PUBLICOS (ARGENTINA).

1. **Antecedentes del caso:** la procesada había ingerido numerosas cápsulas que contenían clorhidrato de cocaína en el Uruguay a fin de introducirlas subrepticamente en la Argentina. Llegada a ésta, sintió fuertes dolores de estómago, por lo que se dirigió a un

hospital público; a consecuencia del tratamiento médico expulsó, por vía bucal dichas cápsulas. El proceso penal que se le siguió por el delito de transporte de estupefacientes, fue declarado nulo por la Cámara de Apelaciones al considerar ilegítima la investigación, pues había sido llevada a cabo a partir de los dichos del médico relativo a hechos que le fueron comunicados por la procesada en el marco de la relación terapéutica. Agregó la Cámara que, la obligación de denunciar la existencia de un delito por parte del médico, cede ante su obligación de guardar el secreto profesional. En tales condiciones, el Fiscal interpuso recurso extraordinario para ante la Corte Suprema de Justicia.

2. Sentencia:

La garantía constitucional por la que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo prohíbe compeler física y moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que deberían provenir de su libre voluntad, pero no incluye los casos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del procesado.

La mencionada garantía no conduce inevitablemente a calificar de ilegítimas las pruebas incriminatorias obtenidas del organismo del imputado en todos los casos en que la persona que delinque requiera asistencia médica en un hospital público.

El riesgo del individuo que delinque y que decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica, incluye el de que la autoridad pública tome conocimiento del delito cuando las evidencias son de carácter material.

Asimismo: a) la imputada no fue objeto de un despliegue de medios engañosos ni compulsivos para obtener los elementos del delito; b) el secuestro de las pruebas incriminatorias se debió a la libre decisión de la acusada de concurrir a un hospital público; c) por lo anterior, no había existido intromisión del Estado en el ámbito de privacidad de la acusada, dado que fue la propia conducta discrecional de aquélla la que permitió dar a conocer los hechos que dieron origen a la causa; d) la autoridad pública no requirió de la procesada una activa cooperación en el aporte de las pruebas incriminatorias, sino que le proporcionó la asistencia médica requerida, lo que permitió expulsar las cápsulas.

Por otro lado, resulta arbitraria la interpretación dada por la Cámara de Apelaciones a las normas relativas a la obligación de denunciar un delito. En tal sentido, la excepción de la obligación de denunciar la existencia de un delito de acción pública relativa a los médicos y basada en el secreto profesional, no alcanza a las autoridades o empleados públicos (arts. 166 y 167 del Código de Procedimientos en Materia Penal).

Nota de la Secretaría: la Corte Suprema cita el caso *Schmerber vs. California* (384 U.S. 357) de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (tres jueces votaron en disidencia), sentencia del 12-8-1997, Z.17.XXXI, *Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737*.

MENDICIDAD. PROHIBICIÓN. ORDEN, SEGURIDAD Y TRANQUILIDAD PÚBLICAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. LEGITIMACION PROCESAL. ASOCIACIONES (BÉLGICA).

1. Una asociación sin fines lucrativos puede entablar un recurso de nulidad de un acto administrativo que menoscaba a los intereses específicos, distintos del interés general, que aquélla persigue de manera durable en virtud de su objeto social.

La mendicidad concierne al principio de la libertad, cuya defensa está comprendida dentro del objeto de la Liga de los Derechos Humanos.

2. La mendicidad no está ni prohibida ni sancionada por la ley. Un reglamento de policía comunal no puede obstaculizar su ejercicio sino por medidas requeridas para el mantenimiento del orden público, la seguridad, la tranquilidad o la salud pública. Estas medidas deben ser proporcionadas a los inconvenientes comprobados o probables.

Es manifiestamente desproporcionada una prohibición general de la mendicidad válida para el todo el territorio de la Comuna de manera permanente, cuando los inconvenientes que se causarían al orden, a la seguridad y a la tranquilidad públicas, derivan de prácticas determinadas y de hechos localizados en el espacio y el tiempo.

CONSEJO DE ESTADO DE BELGICA (Sala VI), decisión del 8-10-1997, n° 68.735, en *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, ed. Bruylant, Bruselas, 1997, n° 4, p. 406, con nota de **VAN DROOGHENBROECK, S.**, “Mendicité, ordre public et proportionnalité”, p. 418.

MENORES. CASTIGO. OBLIGACIONES DEL ESTADO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el requirente A. es un ciudadano británico, nacido en 1984 y residente en el Reino Unido. En 1993, las autoridades tomaron conocimiento que el abuelo de A. castigaba al niño con un palo. Este último fue examinado por un pediatra que comprobó diversas equimosis, producto de los golpes de palo asestados con mucha fuerza en diversas oportunidades. El abuelo fue inculpado por golpes y lesiones y compareció ante un jurado en 1994. La defensa no controvertió que el niño hubiese sido golpeado por el abuelo, el que veía en ello un castigo razonable. Este argumento constituye, en derecho inglés, un medio de defensa para un pariente acusado de vías de hecho contra la persona de un niño. El jurado, por mayoría, absolvió al procesado. El requirente formuló una comunicación ante la Comisión Europea de Derechos Humanos que, después de buscar infructuosamente un arreglo amigable, consideró que en el caso se había violado el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (unanimidad), que no correspondía examinar el asunto desde el ángulo del art. 8 (18 votos contra 1), que no se había violado el art. 13 (unanimidad) y que no se imponía el estudio de la violación del art. 14 combinado con los otros artículos citados. Asimismo, en octubre de 1997, la Comisión llevó la causa ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

2. Sentencia:

El requirente se queja de que el derecho inglés no lo ha puesto al abrigo de los malos tratos infligidos por su abuelo.

2.1. Art. 3 de la Convención

El Gobierno suscribe la comprobación de la Comisión en cuanto a que ha existido violación del art. 3. Pero la Corte estima que es su deber examinar las cuestiones litigiosas por sí misma, limitando su examen, como es habitual, a los hechos precisos que motivan su intervención.

En tal sentido, considera que el trato infligido al requirente por su abuelo alcanza el grado de gravedad prohibido por el art. 3. También estima que la responsabilidad del Estado se encuentra comprometida ante la Convención, pues los niños y otras personas vulnerables, en particular, tienen derecho a la protección del Estado, bajo la forma de una prevención eficaz, poniéndolos al resguardo de semejantes tratos. El derecho inglés, según el cual incumbe a la acusación establecer que las vías de hecho sobre la persona de un niño habían sobrepasado los límites de un castigo razonable, no aseguraban al requirente una protección suficiente. Se produjo, por ende, un menoscabo del art. 3.

2.2. Arts. 8, 13 y 14 de la Convención

Dada la comprobación desde el ángulo del art. 3, la Corte no considera que sea de su deber examinar los agravios según los cuales el hecho de que la protección acordada por la ley no haya sido suficiente para proteger de los malos tratos, también ha violentado el derecho al respeto de la vida privada garantizado por el art. 8.

Por otro lado, el requirente no mantuvo los agravios basados en los arts. 13 y 14.

2.3. Art. 50 de la Convención

Corresponde conceder al requirente 10.000 GBP por reparación del daño moral, y 20.000 GBP por gastos y costas.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Sala compuesta por 9 jueces), sentencia del 28-10-1998, A. c. *Royaume-Uni*, en *Communiqués du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 2 de setiembre/30 de octubre de 1998, p. 29.

MENORES. IMPUTABILIDAD. SANCIONES PENALES. VIOLACION. ENTRE MENORES. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ART. 2 (URUGUAY).

1. Antecedentes del caso: la defensa del menor L.J.P. interpuso recurso de casación ante la Suprema Corte, contra la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia, alegando errónea valoración de la prueba. Según el recurrente, la Sala entendió que debían aplicarse las normas de la violencia presunta *ope legis* porque la víctima tenía menos de doce años, sin tener en cuenta que el autor también era menor de doce, y, con ello, efectuó una incorrecta aplicación del art. 272.1 del Código Penal, pues no analizó la inexistencia de violencia real para excluir la configuración del delito de violación. Agregó que no hubo plena prueba de la conjunción carnal y, por tanto, no resultó probada la violación.

2. Sentencia:

2.1. Las conductas descriptivas como formas tipo delictivas en el Código Penal, son aplicables a los menores, en función de lo previsto en art. 114 del Código del Niño, que en su inc. 1 establece: “En todos los procedimientos en que se atribuya a menores de dieciocho años la comisión de actos descritos como delitos o faltas por la ley penal, la resolución que determine las medidas a aplicar será precedida de audiencia indagatoria que deberá cumplirse con la presencia del Defensor y del Ministerio Público...”.

La ley no distingue y, en consecuencia, el intérprete tampoco debe hacerlo, por lo que todo menor de 18 años puede ser considerado menor infractor si comete las conductas descriptas como tipos penales en la ley pertinente. Igual hipótesis podría plantearse para el caso de inimputables mayores de edad, cualquiera sea la causa de inimputabilidad. Lo que difiere es la sanción, o pena o medida de seguridad, según la calidad del agente del delito.

En materia de derechos del niño, rige la denominada “protección integral”, que tiene su fundamento en la documentación de las Naciones Unidas, como, p.ej., la Declaración de los Derechos del Niño -del 20 de noviembre de 1959- la Convención sobre los Derechos del Niño -ratificada por Uruguay (ley 16.137)-, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para Administración de la Justicia de Menores, las Reglas de Beijing, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de jóvenes privados de libertad, las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, y otras.

Dicha doctrina de la protección integral tiene dos presupuestos:

a) que todo menor de 18 años es un sujeto de derechos y no un objeto de tutela o protección jurídica, por lo que siempre se atenderá al interés superior del niño;

b) en esa situación están todos los niños sin discriminación de ninguna especie, tal como lo establece el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2.2. Cuando el legislador ideó el sistema previsto en los cuatro numerales del art. 272

del Código Penal (v. **Nota de la Secretaría**), no lo hizo con el ánimo de establecer presunciones. La solución surgió por la necesidad de conformar una ficción en interés del orden jurídico que busca imponer el deber absoluto de abstenerse de la unión carnal con la persona que la ley tiene como inviolable.

No hay pues una presunción de violencia, porque ésta no existe; es imposible que la ley transforme en violencia lo que no es violencia, ya que sobre el menor de quince años no es necesario que se ejerza ninguna violencia para que el delito de violación se consuma.

Carnelutti ha dicho que “la presunción es reconocimiento de equivalencia natural de dos órdenes de hechos y la ficción es atribución de equivalencia jurídica”. En un caso existe una regla de experiencia que justifica la construcción legislativa, en el otro -el de la ficción- la actividad legislativa busca un criterio práctico con el fin de poder aplicar la norma o hacer posible el logro de ciertos afectos.

En conclusión, en los supuestos de violación *ope legis* no estamos frente a verdaderas presunciones, sino frente hipótesis usadas por el legislador para prohibir las relaciones sexuales o los actos obscenos con esos menores, que fictamente no son considerados con capacidad de consentir esas conductas.

2.3. En el presente caso, el recurrente afirma que no es posible presumir que existió violencia debido a que el sujeto activo era también menor de edad (11 años) y que para que sea aplicable el art. 272.1 del Código Penal, el sujeto activo debe ser plenamente imputable.

El Tribunal entiende que no existe en el derecho positivo uruguayo una norma que legisle estableciendo una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. Esta, por otra parte, es la imposición que contiene el art. 40.3.a de la Convención sobre Derechos del Niño.

Es claro que en la especie, la víctima, un niño de 7 años de edad, fue objeto de violencia compulsiva a sufrir la conjunción carnal *imperium legge* con total prescindencia de si el autor de la violación es o no imputable o tuvo o no tuvo conciencia del disvalor jurídico de su acto. En todo caso, si hubiera existido hipotéticamente una infracción o errónea aplicación de una regla de derecho, no fue la del art. 272 cit., sino, en todo caso, del régimen de responsabilidad de los menores inimputables derivado del art. 34 del Código Penal y disposiciones concordantes del Código del Niño, si es que se llegara a sostener -en opinión que la mayoría de la Corte no comparte- que dichas normas no permiten aplicar a los menores determinadas ficciones previstas únicamente para mayores de edad en la ley penal.

Corresponde, en consecuencia, desestimar el recurso.

Nota de la Secretaría: el citado art. 272 del Código Penal dispone: “Comete violación el que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias o amenazas a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse. La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa: **1°** Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos; **2°** Con persona que, por causas congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, se halla, en el momento de la ejecución del acto, privada de discernimiento o voluntad; **3°** Con persona arrestada o detenida, siempre que el culpable resulte ser el encargado de su guarda o custodia; **4°** Con fraude, sustituyéndose el culpable a otra persona. Este delito se castiga, según los casos, con penitenciaría de dos a doce años”.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY (un juez formuló un voto en disidencia), sentencia del 17-8-1998, n° 164, *Toledano, Diego Marcos y Pérez, Luis Jonathan. Menor infractor. Casación.*

NOMBRE. HIJOS. IMPOSICIÓN. ELECCIÓN. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS,

ART. 8 (AUSTRIA).

La obligación legal de llevar un determinado apellido implica una restricción al derecho de cada uno al respeto de la vida privada y familiar. Sin embargo, la reglamentación del uso de los apellidos que está ligada a importantes intereses generales, es un medio de mantener el orden público y puede, en consecuencia, ser objeto de la legislación.

La disposición subsidiaria que establece que un niño debe llevar el apellido del padre si los progenitores no han elegido un apellido de familia común durante el matrimonio y no se han puesto de acuerdo sobre el apellido a darle, responde a los criterios del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos así como a la exigencia de una protección igual para todos. Esto es así, en particular, puesto que el niño no está obligado a llevar dicho nombre durante toda su vida, puesto que la ley le permite cambiarlo.

Cuando el legislador decidió liberalizar la ley sobre los apellidos adquiridos por matrimonio, concedió a los futuros cónyuges la posibilidad de mantener cada uno su propio apellido. Es por ello que el legislador se vio enfrentado a la cuestión de saber qué apellido debía ser dado a los hijos de dichas parejas. El objetivo consistía, evidentemente, en evitar que los hijos tuviesen apellidos diferentes (que, p.ej., el apellido de la madre le fuese dado a un hijo y el del padre a otro), o en evitar los apellidos dobles e interminables, así como las soluciones arbitrarias (p.ej., echar a suerte el apellido). El legislador decidió que los futuros esposos fuesen libres de elegir el apellido, sea el del padre o de la madre, que deseaban dar a sus hijos. Sólo ante la ausencia de acuerdo, es el apellido del padre el que debe ser automáticamente dado al hijo. Una disposición subsidiaria de esta naturaleza corresponde a la competencia del legislador.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA, sentencia del 14-12-1998, G 124/96, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 1, p. 27.

NON BIS IN IDEM. SERVICIO MILITAR. TESTIGOS DE JEHOVA (REPÚBLICA CHECA).

Si una persona fue condenada una primera vez, con base en el art. 269 del Código Penal, por haber cometido una infracción penal al no responder al llamado a prestar el servicio militar con la intención de sustraerse definitivamente a dicha obligación, el hecho de condenarla por segunda vez en virtud de la misma norma constituye una violación del principio *non bis in idem* enunciado tanto en el art. 45.5 de la Carta de los Derechos y Libertades Fundamentales cuanto en el art. 4.1 del Protocolo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en el caso, un testigo de Jehová desoyó la primera convocatoria a prestar dicho servicio, por lo que fue condenado; posteriormente, y ante análoga conducta frente a un segundo llamado, fue nuevamente sancionado).

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA CHECA (Sala Primera), sentencia del 14-10-1997, I. US 322/96, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 447.

PADRES. DERECHO A LA IGUALDAD. PATERNIDAD NATURAL Y LEGÍTIMA. MENORES. PROTECCIÓN (ITALIA).

Contradice el principio de igualdad del art. 3 de la Constitución y la libertad de expatriación de su art. 16, la norma que requiere la autorización del juez de la tutela en lo que

atañe a la expedición del pasaporte cuando el padre natural, que demanda dicha expedición, tiene el consentimiento del otro progenitor que cohabita con él, ejercen concertadamente la autoridad parental y viven en el territorio de la república.

Como consecuencia de la reforma legal de 1975, el padre natural tiene los mismos derechos y los mismos deberes respecto de los hijos. Luego, el padre natural que cohabita con el otro progenitor que, a su vez, ha reconocido al niño, se encuentra en una situación idéntica a la del padre legítimo no separado: en los dos casos, los dos padres ejercen conjuntamente la patria potestad y pueden evaluar los riesgos de incumplimiento de los deberes respecto del niño.

En consecuencia, la regulación diferente prevista por la norma impugnada en orden al padre natural, en comparación con la prevista para el padre legítimo, carece de justificación visto que la norma relativa a la autorización del juez tutelar se funda, no en las obligaciones matrimoniales de los padres sino en la cohabitación de éstos, conclusión que prueba el hecho de que la autorización es necesaria cuando los padres legítimos están separados.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 16-12-1997, 464/1997, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 420.

PADRES. RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD *POST MORTEM*. PRUEBA (FRANCIA).

Corresponde hacer lugar a la petición de la madre y de la concubina embarazada, de una persona muerta, en un proceso de reconocimiento *post mortem* de la paternidad, de que sea tomado el tejido del cuerpo del difunto necesario para un eventual examen genético.

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE LILLE, providencia del 19-11-1997, *Mme X... et autre*, en *Recueil Dalloz*, París, 1998, n° 33, p. 467, con nota de **LABBE, Xavier**, pp. 467/468.

PODER JUDICIAL. INDEPENDENCIA. JUECES. REMUNERACIÓN. INTANGIBILIDAD (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: tres provincias canadienses dictaron medidas legislativas que reducían los salarios de los jueces de las cortes provinciales y empleados del sector público. En consecuencia, la independencia de dichos jueces fue cuestionada sobre la base del art. 11.d de la Carta canadiense de Derechos y Libertades. Las Cortes de apelaciones de dos de las provincias en juego consideraron que las medidas eran constitucionales, en tanto que la Corte superior de la tercera provincia las tuvo por inconstitucionales.

2. Sentencia:

Las modificaciones o congelamientos de la remuneración de los jueces decididas sin la previa intervención de un régimen independiente, objetivo y eficaz de determinación de dichas remuneraciones, son inconstitucionales.

La seguridad financiera, que es una de las tres características fundamentales de la independencia de la magistratura, posee a la vez una dimensión individual y una institucional. La dimensión institucional comprende tres elementos. Primeramente, como regla general, el art. 11.d de la Carta permite que los salarios de los jueces sean reducidos, elevados o congelados, sea en el marco de una medida económica general tocante a los salarios de todas las personas remuneradas con fondos públicos, sea en el marco de una medida dirigida a los jueces de las cortes provinciales, en tanto que categoría. Sin embargo, para evitar la posibilidad de ingerencia política por vía de manipulación financiera, o la percepción de que

existe una situación semejante, un organismo, por ejemplo una comisión, debería interponerse entre el Poder Judicial y los otros poderes del Estado. Este organismo tendría por rol, el de despolitizar el proceso de determinación de las medidas dirigidas a modificar o a congelar la remuneración de los jueces. Este objetivo se realizaría confiando a dicho organismo la tarea precisa de presentar al ejecutivo y a la legislatura, un informe sobre los salarios y otras ventajas acordadas a los jueces. Las provincias tienen la obligación constitucional de establecer organismos independientes, eficaces y objetivos. Aun cuando las recomendaciones del organismo no sean obligatorias, no deben ser descartadas a la ligera. Si el Poder Ejecutivo o Legislativo decide no seguirlas, debe justificar su decisión siguiendo la norma de la simple racionalidad, de ser necesario ante una corte de justicia. Las medidas generales que tocan a la casi totalidad de las personas remuneradas con fondos públicos son, a primera vista, racionales, mientras que una medida dirigida únicamente a los jueces puede exigir una justificación más detallada.

En segundo lugar, no está permitido a los jueces bajo ninguna circunstancia -no sólo colectivamente por medio de organizaciones representativas, sino también a título individual-, entablar con el ejecutivo o los representantes de la legislatura negociaciones concernientes a su remuneración. Estas negociaciones serían fundamentalmente incompatibles con la independencia de la magistratura.

En tercer término, las reducciones de los salarios de los jueces no pueden tener por efecto reducirlas por debajo del mínimo requerido para el cargo de juez. La confianza del público en la independencia de la magistratura resultaría socavada, si las remuneraciones pagadas a los jueces fuesen tan bajas que estos últimos corriesen el riesgo de ser percibidos como vulnerables a las presiones políticas ejercidas mediante la manipulación financiera. A fin de proteger la posibilidad de que la inacción del gobierno pueda servir de medio de manipulación financiera por el hecho de que se dejase retroceder los sueldos reales de los jueces a causa de la inflación, y para proteger, también, la posibilidad de que dichos salarios caigan por debajo del mínimo requerido para asegurar la independencia de la magistratura, el organismo se debe reunir, si un período determinado ha pasado después de la presentación de su último informe, a fin de estudiar el carácter adecuado de las retribuciones de los jueces a la luz del costo de vida y de otros factores pertinentes.

Los elementos de la dimensión institucional de la seguridad financiera no deberán ser seguidos en caso de crisis financieras excepcionalmente graves provocadas por circunstancias extraordinarias.

En el caso, las reducciones salariales son inconstitucionales porque han sido decididas por los gobiernos de dos de las provincias sin intervención de un régimen independiente, objetivo y eficaz de determinación de los salarios de los jueces, y porque el gobierno de la tercer provincia no ha respetado un procedimiento independiente, eficaz y objetivo de determinación de dichas remuneraciones ya aplicado en esa provincia.

CORTE SUPREMA DE CANADA (un juez votó en disidencia), sentencia del 18-9-1997, n° 24.846, *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell, R. c. Ekmecic, R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice, en Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 381.*

PODER LEGISLATIVO. ACTOS. DISTINCIÓN. REVISIÓN JUDICIAL. COMPETENCIA (VENEZUELA).

1. Antecedentes del caso: Carlos Andrés Pérez, ex presidente de la República de

Venezuela, interpuso ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia una acción de nulidad por inconstitucionalidad, juntamente con una solicitud de amparo, contra el Acuerdo del Congreso de la República del 31 de agosto de 1993, mediante el cual el órgano legislativo calificó de “falta absoluta” la ausencia del Presidente de la República, en ese momento suspendido.

2. Sentencia:

Según la distribución de competencias que establece la Carta Magna en su art. 216, para hacer efectiva la garantía de constitucionalidad, todas las acciones de nulidad interpuestas contra actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que, por tanto, desde el punto de vista de su rango, son equiparables a la ley -actos comprendidos expresa o implícitamente en los incisos 3º, 4º y 6º del art. 215- son de conocimiento exclusivo de la Corte Suprema de Justicia en pleno. Por el contrario, cuando se impugne un acto administrativo del Poder Público -de carácter general o particular pero de rango sublegal, realizado en función administrativa-, por contrariedad al derecho o por razones de inconstitucionalidad, la competencia corresponde a un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, sea la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia o cualquier otro de los tribunales que la ley determina.

El Acuerdo del Congreso de la República cuestionado, mediante el cual, fundándose en el art. 188 de la Constitución, el órgano legislativo resolvió que la ausencia del Presidente de la República suspendido debía considerarse “falta absoluta”, no es un acto administrativo (acto de rango sublegal dictado por el cuerpo legislativo en función administrativa), sino que se trata de un acto dictado en uso de atribuciones conferidas expresa y directamente en la Constitución, por lo que su rango y jerarquía es de ley desde el punto de vista puramente formal. Por tanto, se encuentra comprendido dentro de los “demás actos de los cuerpos legislativos” a los que se refiere el inciso 3º del art. 215 de la Ley Fundamental, respecto de los cuales atribuye competencia para conocer en la acción de nulidad por inconstitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia en pleno.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE VENEZUELA (Sala Político-Administrativa), sentencia del 14-9-1993, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 91, Caracas, 1994, p. 378, con nota de **SUAREZ M., Jorge Luis**, “La competencia de la Corte Suprema de Justicia para declarar la nulidad de los actos legislativos: el caso de Carlos Andrés Pérez”, p. 349, y diversos escritos presentados en el proceso, pp. 395, 407 y 413.

PROCESO LABORAL. DEMANDA. DEFECTOS. SANEAMIENTO (ESPAÑA).

1. El art. 81.1 de la Ley de Procedimiento Laboral prescribe que el órgano judicial advertirá a la parte los defectos, omisiones o imprecisiones en que haya incurrido el actor al redactar la demanda, a fin de que los subsane en el plazo de cuatro días, bajo apercibimiento de ordenar su archivo.

Es doctrina del Tribunal que tal atribución es constitucionalmente inobjetable puesto que, de un lado, responde a una finalidad razonable y necesaria, incluso respecto de la brevedad del plazo de subsanación establecido, acorde con el principio de celeridad que preside los procesos laborales y, de otro, se trata no de una mera facultad, sino de una auténtica obligación legal del órgano judicial dirigida a garantizar que los derechos e intereses legítimos, deducidos en una demanda laboral, no resulten ineficaces por el juego riguroso y formalista de la falta o defecto de los requisitos formales que pudiera imputársele a aquélla.

En tal sentido, la decisión de archivar el procedimiento, si el demandante incumple el

mandato judicial, no viola, en principio, el art. 24.1 de la Constitución, ya que se basa en la concurrencia de una causa legalmente prevista para la inadmisión de la demanda. Sin embargo, la norma debe ser aplicada con un criterio antiformalista y no rigorista, a fin de no impedir injustificadamente la obtención de una resolución de fondo sobre la pretensión ejercitada, analizando, en particular, si la subsanación requerida, por ser jurídicamente exigible, no constituye un obstáculo innecesario para acceder al proceso.

2. La jurisprudencia social viene sosteniendo, en general, que el juzgador, de oficio, debe velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las situaciones de litisconsorcio pasivo, a fin de conseguir, salvaguardando el principio de audiencia bilateral, que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y evitar, así, que se dicten eventuales fallos contradictorios sobre un mismo asunto. Asimismo, aunque es en la fase de admisión de la demanda cuando ha de tener lugar el requerimiento, también propugna la jurisprudencia que la inadvertencia inicial no precluye la obligación del órgano judicial de poner de manifiesto, en un momento procesal posterior, los defectos observados.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Primera), sentencia del 22-4-1997, n° 84/1997, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 47, enero-abril 1997, p. 1185.

PRUEBA. ILICITUD. REGLA DE EXCLUSIÓN. INTERVENCIÓN TELEFÓNICA. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE PRENSA. RESTRICCIONES. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 10 (SUIZA).

1. Antecedentes del caso: un semanario hizo público (1-6-1995) el contenido de una sesión a puertas cerradas del Consejo Federal del 17-5-1995, en la que se expusieron diversas divergencias entre consejeros sobre determinadas políticas. Además de su comentario, el periodista A publicó un extracto de las posiciones de los asesores de los aludidos consejeros. El *Chancelier* de la Confederación denunció la publicación de dichos documentos confidenciales al Ministerio Público de la Confederación, que abrió un procedimiento contra persona anónima (funcionario federal) por violación del secreto de la función y contra el periodista A por complicidad. En dicha investigación, el Ministerio Público ordenó, por un lado, vigilar las telecomunicaciones de la redacción del semanario que se encontraran en el Palacio Federal y, por el otro, se le proveyese la lista de las personas de la administración federal que se habían comunicado con la redacción en el período en juego. El Ministerio partía de la idea de que el funcionario desconocido se comunicaría nuevamente con la redacción. Las medidas fueron aprobadas por el Presidente de la Cámara de Acusación del Tribunal Federal. La investigación no dio resultados concretos y, entonces, el Ministerio informó a la redacción sobre las medidas tomadas. En tales condiciones, el periodista A, otros corresponsales de la redacción en el Palacio Federal y el editor del semanario, presentaron un recurso ante la Cámara de Acusación del Tribunal Federal fundados en la inconstitucionalidad y la ilegalidad de las escuchas.

2. Sentencia:

El recurso es admisible y cabe ordenar que la información recogida mediante las escuchas sea desagregada del expediente y guardada en forma separada.

Las escuchas telefónicas son por su naturaleza secretas. Sin embargo, el juez de instrucción está obligado a informar de ellas después del cierre del procedimiento, a las personas involucradas, que pueden plantear un recurso ante la Cámara de Acusación. Aun cuando la investigación esté cerrada, los recurrentes tienen un interés actual a que los datos

reunidos sean retirados del expediente.

La interceptación de líneas de teléfono y de fax constituye una ingerencia grave en el secreto de las comunicaciones telefónicas y la libertad personal, así como en la libertad de opinión y de prensa. Según un reciente fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos (*Goodwin c. Reino Unido -v. investigaciones 2/1997*, p. 202), la imposición hecha a un periodista de revelar la fuente de sus informaciones sólo excepcionalmente es compatible con el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Según la ley federal de procedimiento penal, la vigilancia de las telecomunicaciones sólo es posible si la persecución penal tiene por objeto un crimen o un delito cuya gravedad o particularidades justifican dicha intervención. Luego, bien que el mantenimiento del secreto del debate en el seno del Consejo Federal esté motivado por el interés público, la violación de dicho secreto en el caso concreto no tiene una importancia que pueda justificar la puesta bajo vigilancia de las telecomunicaciones.

Las medidas impugnadas son, por ende, contrarias a la ley federal de procedimiento penal y al art. 10 de la Convención.

TRIBUNAL FEDERAL DE SUIZA (Sala de Acusación), sentencia del 4-11-1997, *A, B, C et A-Media AG contre Ministère public de la Confédération*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 470.

RECURSO DE CASACION. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. PATRIA POTESTAD. PÉRDIDA (URUGUAY).

1. A través del recurso de casación, la Corporación no puede convertirse en “Juez del factum”, ni alterar el contenido histórico objeto del fallo.

De los elementos de prueba producidos, la selección de aquellos en que fundará la sentencia, salvo arbitrariedad o absurdo, corresponde al Tribunal de mérito.

2. No se afecta el interés de los menores, ni se viola el principio constitucional de defensa de la familia, cuando se quita la patria potestad a un padre que en los hechos no tiene injerencia en la vida de sus hijos, salvo en el ámbito estrictamente económico.

Los deberes emergentes de la patria potestad van más allá del pago de la pensión alimentaria; el abandono considerado legalmente como causa de la pérdida de la potestad paterna, comprende tanto los hechos de carácter material, como los de carácter moral o afectivo.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY, sentencia del 11-5-1998, n° 77, *Haczek Brinza, María Alicia, en representación de Reyes Haczek, Pablo y Angela Manuela c. Reyes García, Ariel Jorge s. autorización para viajar y radicación*.

REFORMA CONSTITUCIONAL. CONTROL JUDICIAL (NICARAGUA).

1. Antecedentes del caso: el actor interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, en contra de determinadas reformas constitucionales aprobadas por el Pleno de la Asamblea Nacional y mandadas a publicar por el Presidente de dicho cuerpo, con base en que atentaban y lesionaban sus derechos humanos y políticos como ciudadano.

2. Sentencia:

El recurso tendrá que ser rechazado de plano por extemporáneo por las siguientes razones: la ley de Amparo preceptúa en su art. 10 que: “El recurso por inconstitucionalidad se interpondrá dentro del término de sesenta días, contados desde la fecha en que entra en vigencia la Ley, Decreto Ley, Decreto o Reglamento”. Esta Corte ya declaró sin valor ni efecto legal alguno la publicación que el Presidente de la Asamblea Nacional hizo de la ley relativa a las reformas efectuadas a la Constitución Política, al haber éste desacatado lo ordenado por el Tribunal de Apelaciones de Masaya. Luego, dichas reformas no han entrado en vigencia de manera que no pueden ser atacadas por el Recurso de Inconstitucionalidad, que resulta, entonces, extemporáneo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NICARAGUA, sentencia del 21-7-1995, n° 51, en *Boletín Judicial*, Edición 1995, Managua, n° 17, enero-diciembre, p. 89.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. CONCURSOS (FRANCIA).

Al fijar una lista de candidatos sobre la base de los resultados de una prueba de admisión organizada según modalidades no conformes al principio de igualdad y, luego, al pronunciar las nominaciones con fundamento en dicha lista, las autoridades académicas han cometido faltas que comprometen al Estado, quien deberá reparar el perjuicio moral así sufrido por algunos candidatos.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BESANÇON (Sala Primera), sentencia del 31-12-1997, *Mme Roy c. Recteur de l'Académie de Besançon*, en *Recueil Dalloz*, París, 1998, n° 33, p. 450, con nota de **MALLOL, Francis**, pp. 451/452.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. MANIFESTACIONES PÚBLICAS. BARRICADAS (FRANCIA)

1. Antecedentes del caso: se planteó al Consejo de Estado la siguiente cuestión relativa al régimen legal de la responsabilidad instituida por el art. 92 de la ley del 7 de enero de 1983: ¿corresponde indemnizar todo perjuicio directo y cierto, o sólo los especiales y anormales, en los casos en que el hecho generador del daño no fue un delito cometido *à force ouverte* en ocasión de una sola reunión ilícita de personas en la vía pública (*rassemblement*), sino una serie de acciones concertadas que presentan cada una el mencionado carácter, extendidas en el conjunto del territorio y susceptibles de afectar a sectores enteros de la economía, como las barricadas formadas en las rutas?

2. Sentencia:

El art. 92 de la citada ley -relativa a la distribución de competencias entre las comunas, los departamentos, las regiones y el Estado, posteriormente codificada en el art. L.2216-3 del Código General de las Colectividades Territoriales-, dispone que el Estado es civilmente responsable de los estragos y daños resultantes de los crímenes y delitos cometidos, *à force ouverte* o por violencia, por agrupamientos o reuniones armadas o no armadas, sea contra las personas, sea contra los bienes, etc.

2.1. La aplicación de estas disposiciones está subordinada a la condición de que los daños cuya indemnización se solicita resulten de una manera directa y cierta de crímenes y delitos determinados, cometidos por reuniones o agrupamientos precisamente identificados.

En consecuencia, cuando el daño denunciado se produjo en ocasión de una serie de

acciones concertadas que dieron lugar, en el conjunto del territorio o en una parte sustancial de éste, a crímenes o delitos cometidos por varios grupos o reuniones, este régimen de indemnización sólo es aplicable si el daño resulta de una manera directa y cierta de crímenes o delitos determinados, cometidos por grupos o reuniones precisamente identificados.

2.2. Cuando el daño cae en el ámbito de aplicación así definido, no es necesario que tenga el carácter de un perjuicio anormal y especial, ya que los términos de esta ley no disponen ni implican dicha condición.

2.3. Cuando no están reunidas las condiciones para la aplicación del mencionado artículo, la responsabilidad del Estado puede estar comprometida sobre la base de los principios generales de la responsabilidad sin culpa, si el daño indemnizable presenta el carácter de perjuicio anormal y especial.

Nota de la Secretaría: la expresión *force ouverte* puede ser entendida como el despliegue concertado y ostensible de fuerza o violencia, por un grupo de malhechores, que compromete la responsabilidad de los instigadores, organizadores y participantes (CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, París, 1998, 7a. ed., p. 379).

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, opinión consultiva (*avis*) del 20-2-98, *Société ECSA et autres*, en *Revue française de droit administratif*, París, nro. 2, marzo-abril, 1998, p. 461.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. RIESGO CREADO EN FIESTAS POPULARES (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: una compañía aseguradora reclamó al Ayuntamiento de Sitges el reembolso del importe que había pagado a su asegurada, propietaria del inmueble incendiado con motivo de la actividad de los participantes de una fiesta callejera, organizada por una entidad con personalidad jurídica propia integrada en la órbita de la mencionada administración municipal.

2. Sentencia:

La intervención directa del Ayuntamiento continúa existiendo a pesar de la actuación de una entidad con personalidad jurídica propia integrada en la órbita de la administración municipal, que organizó la fiesta callejera durante la cual se produjo un incendio por la actividad de los participantes en la celebración. En efecto, es el Ayuntamiento el que autoriza la celebración de las fiestas, asumiendo con ello la responsabilidad de su buen desarrollo, y se encarga de las medidas adecuadas para que no se produzcan acontecimientos negativos que perjudiquen la seguridad de los participantes y de los vecinos del municipio.

La existencia de una persona jurídica que colabora con las competencias del Ayuntamiento primordialmente en el plano organizativo, no puede constituir un elemento para privar a éste de su aptitud y, consiguientemente, de su deber de responder a las consecuencias derivadas de la actividad relacionada con el ejercicio de su competencia de mantenimiento de la seguridad con ocasión de las fiestas populares .

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (Sala 3a., Sección 7a.), sentencia del 25-10-1996, Ar. 7124, en *Revista de Administración Pública*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, n° 144, p. 348, rúbrica a cargo de **FONT I LLOVET, Tomás** y **TORNOS MAS, Joaquín**.

SALUD PUBLICA. TRATAMIENTOS SANITARIOS OBLIGATORIOS. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (ITALIA).

Es ilegítimo, por violación de los arts. 2 y 32 de la Constitución, el art. 1.1 de la ley n° 210, del 25-2-1992 (indemnización a favor de los sujetos damnificados por complicaciones de tipo irreversible a causa de vacunaciones obligatorias, transfusiones y suministro de hemoderivados), en cuanto no prevé el derecho a la indemnización para los individuos que hayan sido expuestos a vacunación antipoliomielítica en el período de vigencia de la ley n° 695, del 30-7-59.

La vacunación antipoliomielítica fue declarada obligatoria por la ley n° 51, del 4-2-96; con anterioridad a dicha norma, la ley n° 695 había incentivado fuertemente la vacunación a pesar de no haberla impuesto como obligación jurídica; asimismo, no es constitucionalmente lícito, tal como surge de los arts. 2 y 32 de la Constitución, solicitar que el particular ponga en riesgo su salud por un interés colectivo, sin que la misma colectividad esté dispuesta a compartir, como es posible, el peso de las eventuales consecuencias negativas. En consecuencia, no hay razón para diferenciar, desde el punto de vista del principio mencionado precedentemente, el caso en el cual el tratamiento sanitario es impuesto por ley, de aquel en el que dicho tratamiento resulta promovido por la autoridad pública, con base en una ley, en vista de su difusión en la sociedad; o el caso en el cual se anula la libre determinación individual a través de la conminación de una sanción, de aquel en el que se apela a la colaboración de los particulares a un programa de política sanitaria (cfr. sentencias nros. 307 de 1990 y 118 de 1996).

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 23/26-2-1998, n° 27, *Tavarini ed altri-Ministero della Sanità ed altri*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Ed. A. Giuffrè, Milán, enero-febrero 1998, fasc. 1, p. 148, y en *Rassegna mensile dell'attività della Corte*, Corte Constitucional, febrero 1998, p. 16. V. el comentario de **CHESSA, Omar**, en *Giurisprudenza Costituzionale*, cit., marzo-abril 1998, fasc. 2, p. 1170.

SEGURIDAD SOCIAL. JUBILACIONES Y PENSIONES. INTEGRIDAD. TRABAJADOR JUBILADO (BULGARIA).

El titular de una pensión que percibe un salario en el marco de un contrato de trabajo, además de dicha pensión, tiene derecho a la integridad de ésta. Por ende, es inconstitucional la ley que impone la disminución o supresión de un derecho a pensión cuando el beneficiario ocupa un empleo remunerado.

El derecho a una pensión de monto pleno existe cuando están reunidas las condiciones previstas por la ley. Este derecho es una forma de derecho a la seguridad social. Bajo este título, se beneficia de la protección prevista en el art. 5.1 de la Constitución. Sólo la Constitución puede restringir un derecho adquirido y ésta no prevé ninguna restricción directa o indirecta en el caso en cuestión.

El derecho a la seguridad social es un derecho distinto como lo es el derecho al trabajo (arts. 16 y 48.1 de la Constitución). Este último está reconocido y protegido específicamente por la Constitución. Ninguno de dichos derechos depende del ejercicio o no del otro.

Los argumentos según los cuales la legislación relativa a la jubilación tiene incidencia sobre el mercado de trabajo derivan de la interacción de fenómenos y procesos sociales, mas no tienen relación directa con la Constitución, por lo que impiden pronunciarse de una manera diferente de la expuesta en lo concerniente a la constitucionalidad de la materia planteada.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BULGARIA, sentencia del 25-9-1997, 12/97, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 379.

SENTENCIA EXTRANJERA. HOMOLOGACIÓN. DIVORCIO (BRASIL).

Es homologable la sentencia de divorcio pronunciada por autoridad competente del país del que ambos cónyuges son nacionales (ley patria) y en el que fijaran su domicilio conyugal (ley del domicilio). Ese elemento de conexión justifica el ejercicio de la competencia jurisdiccional por el magistrado extranjero del que emanó el acto homologado y, por eso mismo, hace desaparecer el reconocimiento de cualquier práctica fraudulenta que pudiese traducirse en ofensa al estatuto nacional y al estatuto del domicilio de los cónyuges.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (Pleno), sentencia del 1-4-1996, *Sentencia extranjera contestada n° 5040 - República Oriental del Uruguay*, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, Brasília, vol. 163, n° 1, enero de 1998, p. 102.

SINDICATOS. OBJETO ILÍCITO. ACTIVIDADES POLÍTICAS. DISCRIMINACION. APOLOGÍA (FRANCIA).

Según la aplicación combinada de los arts. 1131 del Código Civil y L. 411-1 y L. 411-2 del Código del Trabajo, un sindicato profesional no puede estar fundado sobre una causa o con vistas a un objeto ilícito.

De ello resulta que el sindicato no puede perseguir objetivos esencialmente políticos, ni actuar contrariamente a las disposiciones del art. L. 122-45 del Código del trabajo, y a los principios de no discriminación contenidos en la Constitución, en los textos de valor constitucional y en los compromisos internacionales asumidos por Francia.

Es justificada la decisión que admite, soberanamente, que el sindicato en cuestión no es sino el instrumento de un partido político que originó su creación y a cuyos intereses y objetivos sirve exclusivamente pregonando distinciones fundadas sobre la raza, el color, la ascendencia y el origen nacional o étnico.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Mixta), sentencia del 10-4-1998, *Le Front national de la Police c. Syndicat national de policiers en tenue*, en *Recueil Dalloz*, París, 1998, n° 29, p. 389; v., asimismo, *Etat français c. Syndicat Front national pénitentiaire*, ídem, y la nota de **JEAMMAUD, Antoine**, pp. 390/392.

TESTIGOS. JUECES. VALORACIÓN DE LA PRUEBA (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: el juez de primera instancia, de raza negra, valoró las versiones sensiblemente diferentes de los hechos del caso dadas por el policía de raza blanca que efectuó el arresto, y por el acusado de raza negra, y absolvió a este último. Al brindar en forma verbal los fundamentos de su decisión, y respondiendo a una pregunta del Ministerio Público, el juez destacó que ya había arribado a la conclusión de que los policías eran conocidos por inducir a error a los tribunales y por actuar con exceso, particularmente en relación a grupos no blancos, y que ello indicaba una actitud sospechosa. Sin embargo, aclaró

que sus consideraciones no apuntaban al policía que había testimoniado ante la Corte. El Ministerio Público impugnó con éxito dichas consideraciones ante la Corte Suprema provincial con base en que suscitaban un temor razonable de parcialidad, y fue ordenado un nuevo proceso. La apelación que el acusado interpuso ante el mencionado tribunal fue desestimada.

2. Sentencia:

Los comentarios del juez no suscitan un temor razonable de parcialidad. La neutralidad a la cual deben ajustarse los jueces no los obliga a hacer abstracción de su experiencia de vida. El contexto social puede ser tomado en cuenta para resolver una cuestión de credibilidad. Los hechos determinarán si es conveniente, en vista de las circunstancias, referirse al contexto social y si determinadas declaraciones hicieron nacer un temor razonable de parcialidad.

CORTE SUPREMA DE CANADA (tres jueces votaron en disidencia), sentencia del 26-9-1997, n° 25.063, *R. c. C. (R.D.)*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 383.

TORTURAS Y MALOS TRATOS. LIBERTAD DE ASOCIACION. LIBERTAD DE PRENSA. DERECHO A LA SALUD. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DERECHO A LA EDUCACION. UNIVERSIDADES. COLEGIOS. CLAUSURA. CARTA AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, ARTS. 6, 8 Y 17 (COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS).

1. Antecedentes del caso: la Unión Interafricana de Derechos Humanos formuló una Comunicación ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en la que alegó hechos de tortura, ejecuciones, arrestos, detenciones, juicios injustos, restricciones a la libertad de asociación y libertad de prensa, producidos en Zaire. También sostuvo que las finanzas públicas fueron mal manejadas por el Gobierno, y que éste era incapaz para proveer servicios básicos como los de agua potable y electricidad; que existía falta de medicamentos; que las universidades y colegios secundarios fueron cerrados por dos años; que la libertad de movimiento fue violada; y que el odio étnico fue incitado por los medios oficiales.

2. Decisión:

2.1. Las torturas, ejecuciones, arrestos, detenciones, juicios injustos, restricciones a la libertad de asociación y libertad de prensa, alegados en la Comunicación, violan los arts. 6 y 8 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

2.2. El fracaso del Gobierno en proveer servicios básicos como el de agua potable y electricidad, y la falta de medicinas, en la forma descrita en la Comunicación, constituyen una violación del art. 16 de la Carta, según el cual (1) cada persona tendrá derecho de disfrutar el mejor estado posible de salud física y mental, y (2) los Estados partes de esta Carta deberán tomar las medidas necesarias para proteger la salud de sus habitantes y asegurar que recibirán atención médica cuando estén enfermos.

2.3. La clausura de universidades y colegios secundarios, tal como lo afirma la Comunicación, constituye una violación del art. 17 de la Carta: “cada individuo tendrá derecho a la educación... “.

Nota de la Secretaría: lo señalado en el punto 2.1 y en la Nota de la Secretaría de la Comunicación 56/91, *Les Temoins de Jehova c. Zaire* (v. **investigaciones 2** (1998), pp. 288/289), forman parte de la presente Comunicación.

COMISION AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, Comunicación 100/93 -acumulada a las Comunicaciones Nos. 25/89, 47/90, 56/91-, octubre 1995 (18a. sesión ordinaria), *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).

TRABAJO PENITENCIARIO. FINALIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE RECLUSOS DE LAS NACIONES UNIDAS (COSTA RICA).

1. El tema del trabajo penitenciario contiene un abanico de cuestiones, todas ellas susceptibles de involucrar en algún momento temas relacionados con el derecho constitucional; no obstante, es imperativo restringirse en forma exclusiva al objeto de la consulta, esto es, que la Sala establezca si la declaración contenida en el art. 55 del Código Penal -en el sentido de que “no existirá relación laboral entre el empleador y el empleado interno”- contraviene los arts. 56, 68 y 74 de la Constitución. Además será necesario establecer si la situación creada por esa declaración entraña una discriminación inconstitucional -por contraria al numeral 33 de la Carta Fundamental- en perjuicio de los internos.

1.1. Sobre el primero de los aspectos -la posible contradicción entre el art. 55 del Código Penal y los arts. 56, 68 y 74 de la Constitución-, entiende la Sala que las tres últimas disposiciones citadas tienen en común el referirse a ciertas garantías constitucionales que necesariamente deben serle reconocidas a los trabajadores, pero la Carta Magna no señala lo que debe entenderse bajo ese concepto, ni quiénes o qué tipo de actividades se consideran incluidas. No recoge ninguna definición de trabajador ni de relación laboral.

1.2. En razón del amplio grado de generalidad de las normas constitucionales y del sentido integral que prima en su interpretación, lo correcto es entender que se ha dejado un amplio espacio a la normativa infraconstitucional, la cual, por vía de tratados internacionales y legislación ordinaria, se ha hecho cargo de conceptualizar nociones como la que se analiza. Por tanto, es de resorte legislativo definir las características de la noción de trabajador y de relación laboral.

1.3. Considera la Sala que, justamente, eso fue lo que hizo el legislador al declarar, en el art. 55 cit., al trabajo penitenciario como no constitutivo de relación laboral, sin que se aprecie violación constitucional ni lesión a los convenios internacionales suscriptos y vigentes por el hecho de haberse separado supuestamente la Asamblea Legislativa, de una específica concepción doctrinaria o de lo dispuesto en el Código de Trabajo. Si se decidió excluir a los internos de la definición de relación laboral, no existe, por ello, violación de los arts. 56, 68 y 74 constitucionales.

2. Surge, inmediatamente, la interrogante de si puede válidamente el legislador realizar tal distinción y declarar que un cierto tipo de actividad no debe tratarse como actividad laboral en los términos en que la define el Código de Trabajo, sin violar el art. 33 de la Constitución Política; en otras palabras, cabe preguntarse si será legítima la distinción en el trato y regulación al que es sometido el trabajo penitenciario en vista de que no se diferencia sustancialmente del que realizan los demás trabajadores.

2.1. Esta Sala mediante abundante jurisprudencia ha establecido que la característica principal del art. 33 cit., es la de garantizar a todos los ciudadanos un trato equivalente cuando las circunstancias sean similares. En el caso en análisis, no es la modalidad de la labor en la que el legislador basa la diferenciación, sino en uno de los sujetos de la relación: el interno empleado, quien por especiales circunstancias tiene una posición especial dentro del más amplio grupo que compone el sector de la oferta en el mercado de mano de obra.

2.2. En primer término, se trata de personas que, desde una perspectiva práctica, no están acuciadas de la necesidad de trabajar para comer o tener donde alojarse, como los trabajadores libres. Esta no es una diferencia irrelevante, si, justamente, en el reconocimiento de esa condición de necesidad de las masas de trabajadores se funda el desarrollo del derecho laboral.

En segundo lugar, al empleado interno no se le provee trabajo por parte de las autoridades penitenciarias, por una razón de supervivencia, sino porque tal actividad, incontestablemente, es de primera importancia en su rehabilitación para la vida en sociedad. Para la Administración, el principal motivo para integrar al interno a la actividad laboral es diferente al de los trabajadores libres; y aunque comparte con ellos la preocupación por la familia que deben auxiliar, la razón que motiva el ofrecimiento dentro del mercado de trabajo es cualitativamente diferente. Si lo que se pretende primordialmente con el trabajo de internos es llevar adelante un tratamiento rehabilitador, un aprendizaje de hábitos y conductas socialmente aceptables -como son las que se originan de la ejecución de un trabajo-, así como evitar el deterioro que produce el ocio de una vida de encierro, este objetivo y su consecución es lo que debe primar al estructurar y revisar las relaciones jurídicas nacidas del trabajo de los internos, pues no debe perderse de vista que la asimilación al trabajo libre es necesaria, siempre que no se vaya en detrimento de ellas.

No cabe duda que los fines expuestos se verían seriamente obstaculizados si se promoviera una similitud absoluta en el trato de los empleados internos frente a los empleados libres, no sólo por los problemas administrativos y financieros que ello provocaría, sino también por la distinta actitud que, indudablemente, habrían de tomar los patronos ante una oferta de mano de obra compuesta por internos, que fuera indistinguible de la de otras personas.

2.4. Lo expuesto lleva a entender que la distinción practicada por el legislador resulta razonable, porque atiende a características diferenciadoras centradas en aspectos esenciales. Por tanto, no hay violación del principio de igualdad.

3. En cuanto a la proporcionalidad de la disposición y su adecuación al fin propuesto, debe tomarse en cuenta lo estipulado por el propio artículo cuestionado, como por el art. 523 bis del Código Procesal Penal, en donde claramente se establecen límites para esa diferenciación, como lo son el reconocimiento del derecho “al salario mínimo” como remuneración para la actividad, la aplicación de las “limitaciones y restricciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y el reconocimiento de los “beneficios que el Estado otorga a sus trabajadores”. Asimismo, el tratamiento acordado al trabajo penitenciario por parte del legislador, ha tomado en cuenta las regulaciones contenidas en las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos” acordadas por Naciones Unidas, las cuales son aplicables en el país, según lo ha declarado esta Sede en diversas sentencias.

5. En conclusión resulta válido afirmar que el grado o nivel de diferenciación en el trato a los empleados internos promulgado por el legislador, está bien delineado, tanto por él mismo como por las normas internacionales sobre el tema, y se ha limitado a crear las distinciones concretas y necesarias para el logro de la finalidad del trabajo penitenciario, sin lesionar la dignidad del recluso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, Sala Constitucional, sentencia N° 5084-96, de 27 de septiembre de 1996, *Boletín de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, n° 44, Internet.

TRANSEXUALES. CAMBIO DE SEXO. REASIGNACIÓN DE SEXO. CAMBIO DE NOMBRE (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

1. Antecedentes del caso: el Tribunal de Distrito de Mulheim desestimó la solicitud del denunciante de rectificar su certificado de nacimiento, pues encontró que las condiciones legales de la sección 8 del Acta sobre Transexuales de 1980 no se encontraban satisfechas debido a que el denunciante era somáticamente de sexo masculino, padre de un hijo, no se había sometido a cirugía alguna y aún era capaz de procrear. La Corte Regional y la Corte de Apelaciones de Dusseldorf desestimaron la apelación del denunciante, sobre los mismos argumentos enunciados por el Tribunal de Distrito, y la Corte Federal Constitucional se rehusó a considerar la queja constitucional del denunciante. El actor, entonces, planteó el caso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, con base en que los requisitos del Acta relativos al cambio de estatus civil de los transexuales, tales como la inhabilidad de procrear y la cirugía de cambio (*reassignment*) de género, eran violatorios del derecho al respeto de su vida privada según el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

2. Decisión:

La ley alemana ofreció dos opciones para hacer lugar a las demandas de los transexuales: (a) el cambio de los nombres de pila, y (b) la rectificación del sexo registrado luego del nacimiento. Las condiciones impuestas para que una persona pueda cambiar su nombre de pila son que aquélla haya vivido como transexual por tres años y exista una alta probabilidad de que no cambien los sentimientos de pertenecer al otro sexo. Para obtener la rectificación pública de los registros, el individuo debe observar otras tres condiciones: (1) no ser casado; (2) estar inhabilitado en forma permanente para procrear; y (3) haberse sometido a una cirugía de cambio de género.

El denunciante, en este caso, era casado, capaz de procrear y no quería someterse a la cirugía. Asimismo, con posterioridad a su primer casamiento, el se casó una nueva vez y tuvo otra criatura.

En casos previos, la Comisión y la Corte se encontraron con quejas traídas por transexuales operados, mientras que la presente solicitud es relativa a un transexual que se rehúsa a ser operado. Teniendo en cuenta la incerteza restante y la naturaleza esencial del transexualismo y las extremadamente complejas situaciones legales que resultan de ello, el Estado en cuestión ha tomado, en principio, las medidas legales apropiadas. La comunicación es, por ende, inadmisibile.

COMISION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Sala Primera), decisión del 23-10-1997, *Theodor (Dora) Roetzheim v. Germany*, en *European Human Rights Law Review*, ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1998, n° 2, p. 235.

TRATADOS INTERNACIONALES. TRATADOS SIMPLIFICADOS. CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969, ART. 2.1.A. (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: el apelante sostuvo que el Acuerdo de Recife (Acuerdo) - suscripto por Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina- no era un tratado internacional pues no

había sido aprobado por el Congreso.

2. Sentencia:

Un acuerdo celebrado entre Estados es estrictamente un tratado internacional en los términos del art. 2.1.a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aun cuando el consentimiento del Estado argentino se hubiese manifestado en forma simplificada, es decir, sin la intervención del Congreso, si dicha modalidad simplificada está autorizada por el tratado con el que se corresponde el acuerdo, y ese tratado fue celebrado con la intervención del Congreso.

El Acuerdo es un acuerdo de alcance parcial, para facilitar el comercio, que se rige por las normas del Tratado de Montevideo de 1980, aprobado por el Congreso, por el que se creó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI); b) dicho Tratado autoriza la concertación de acuerdos parciales -en los que no participan la totalidad de los países miembros y que propenden a crear condiciones para profundizar el proceso de integración regional- y simplificados -sin la intervención del Congreso-, cuya imperatividad deriva de esta autorización.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (tres de los nueve jueces formularon votos concurrentes), sentencia del 7-5-1998, D.224.XXXIII, *Dotti, Miguel Angel y otro s/ contrabando*.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. RECURSO EFECTIVO. OBLIGACIONES DEL ESTADO. INVESTIGACIONES (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

El incendio de casas por las fuerzas de seguridad en el sudeste de Turquía revela una ingerencia particularmente grave en el derecho de tres de los requirentes al respeto de su vida privada, familiar y de su domicilio. El hecho de que ninguna investigación profunda y efectiva haya sido seguida respecto de las alegaciones de los requirentes, ha socavado el ejercicio de toda vía de recurso que aquéllos pudiesen habido disponer.

La noción de “recurso efectivo” prevista en el art. 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos implica, además del pago de una indemnización en los casos en que corresponda, la realización de investigaciones profundas y efectivas destinadas a conducir a la identificación y castigo de los responsables, lo que entraña el acceso efectivo del requirente al procedimiento de investigación.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Gran Sala), sentencia del 28-11-1997, 58/1996/677/867, *Mentes et autres c. Turquie*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1997, 3, p. 496.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ORÍGENES. FEDERALISMO (EE.UU.).

¿Cómo explicamos los orígenes de la doctrina de la revisión judicial de las leyes? A través de la historia crítica, intentamos criticar el mito de origen que pone tanto énfasis en la importancia del caso *Marbury v. Madison*.

Si no supiéramos que *Marbury* fue un caso tan importante, nos sentiríamos muy presionados para explicar por qué es tan conmemorado ya que, en muchos sentidos, el escepticismo de los autores revisionistas parece bien justificado. Más allá de lo intrigante que resulta desde el punto de vista político (incluso el por qué Marshall no se excusó), lo cierto es que la decisión tuvo poca importancia palpable y cualquier impacto que haya producido en la aceptación de la revisión judicial estuvo limitado a la categoría menos polémica de casos: las cuestiones vinculadas a los deberes del Poder Judicial.

Existen otros hechos conocidos que militan contra la importancia de *Marbury*. Si la declaración de inconstitucionalidad de la Sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 realmente estableció un importante precedente para la revisión de la legislación del Congreso, ¿por qué pasó medio siglo antes de que la Corte hiciera nuevamente algo similar en *Dred Scott v. Sandford* (60 US 393 -1856-), pero sin citar a *Marbury* como precedente? A la inversa, ¿por qué no es *Hylton v. United States* (3 US 171 -1796-), un mejor punto de partida? En este último caso, la Corte no tuvo que resolver una cuestión altamente técnica y difícil como el *writ of mandamus* de *Marbury*, sino determinar si un impuesto a los vehículos de pasajeros era o no un impuesto directo cuya recaudación debía distribuirse entre los Estados con base en la regla de los 3/5. *Hylton* fue un caso muy discutido, y los observadores de la época comprendieron que la Corte estaba evaluando la constitucionalidad de un acto del Congreso que en este caso era muy importante, porque las cuestiones impositivas ya se había politizado mucho en la rencorosa atmósfera política de los primeros tiempos, e incluso la definición de impuesto directo era un tema difícil que ya había dividido a los Redactores en Filadelfia. Pese a que la decisión de la Corte iba a tener claras consecuencias políticas, nadie en esos tiempos parece haber pensado que la Corte estaba actuando en forma impropia al entrar a resolver el caso, si bien las opiniones obviamente difieren en cuanto a la forma en que decidió el fondo de la cuestión.

Si hubiera que destacar un caso (o una familia de casos) que ha tenido una especial gravitación en la aceptación de la revisión judicial, éste no sería *Marbury* sino los más polémicos de la década siguiente -especialmente *McCulloch v. Maryland* (17 US 316 -1819-)- que dieron una nueva profundidad al principio de la supremacía judicial nacional sobre los actos legislativos y decisiones judiciales estatales. Ver, por ejemplo, *Gibbons v. Ogden* (22 US 1 -1824-), *Cohens v. Virginia* (19 US 264 -1821-), *Trustees of Dartmouth College v. Woodward* (17 US 518 -1819-), *Martin v. Hunter's Lessee* (14 US 304 -1816) y *Fletcher v. Peck* (10 US 87 -1810-).

De esto concluimos que la revisión judicial de la legislación dictada por el Congreso, cuya aplicación es sin duda la teóricamente más importante, es la que menos gravitación tuvo en términos históricos y la que plantea menores problemas de ejercicio.

En cambio, si vemos los orígenes de la revisión judicial como un aspecto de la invención norteamericana del federalismo, estamos más próximos a apreciar sus fuentes, funciones y ambigüedades. Intentamos aquí demostrar que el origen de la revisión judicial tuvo lugar antes de que se dictara *Marbury v. Madison*, y proponemos tres afirmaciones en relación al contexto en que se produjo:

1. El origen de la doctrina norteamericana de la revisión judicial estuvo mucho más vinculado al federalismo que a la división de poderes.

Los intereses políticos que moldearon el federalismo norteamericano fueron analizados

perfectamente por James Madison, cuyas evaluaciones del dilema del federalismo norteamericano y sus dudas sobre la capacidad del Poder Judicial para resolverlo, ofrecen un camino mucho más promisorio para rastrear los orígenes de esta doctrina que la familia de casos que habitualmente se invoca como anuncio precursor.

En la encarnación revolucionaria que originalmente tuvo en los Artículos de la Confederación, el federalismo norteamericano intentó establecer una división pragmática entre el poder del gobierno nacional y el de los estatales. En este esquema, el Congreso dictaba resoluciones que se esperaba que los Estados aplicaran. El fundamento de dejar la implementación en manos de los Estados no era permitirles controlar el abuso del poder nacional, sino posibilitar que las recomendaciones nacionales se adaptaran a las circunstancias locales para que fueran mejor aplicadas.

Esta solución resultó inadecuada en los hechos, y pronto se puso en evidencia la necesidad de reconstituir la Unión como un gobierno con facultades para legislar, ejecutar y aplicar sus propias leyes. Por eso, en la Convención Constituyente se propuso dar al Congreso facultades para vetar cualquier ley estatal que contradijera las federales, tesis defendida principalmente por los Estados que propiciaban la representación proporcional en ambas Cámaras legislativas. Esto generó en los Estados más pequeños el temor de que la aprobación de ambas propuestas disminuyera su poder frente a los Estados más grandes. Finalmente lograron su rechazo. A partir de este momento quedó en claro que la tarea de asegurar la superioridad del derecho federal, y las fronteras del federalismo, corresponden al Poder Judicial federal y al de los Estados. Esta reacción, a su vez, dio lugar a un silencioso pero importante fortalecimiento de la Cláusula de la Supremacía.

Resulta indiscutible que la revisión judicial, concebida como un mecanismo del federalismo era, palpable e inequívocamente, un elemento fundamental de la intención original de los Redactores de la Constitución -que se instrumenta a través de la Cláusula de la Supremacía-, y que las dudas que originalmente suscitó no estaban fundadas en su constitucionalidad sino en su eficacia práctica.

2. La aceptación de la legitimidad de la revisión judicial reflejó un nuevo interés por la naturaleza y fuentes de la legislación en un gobierno republicano.

Las dudas existentes sobre la idoneidad de la revisión judicial para dar respuesta al dilema fundamental del federalismo tienen una explicación histórica: estaban basadas en observaciones sobre los usos y abusos potenciales de los organismos representativos. El Congreso norteamericano tuvo, desde el comienzo, un especial incentivo para legislar, dada la necesidad de dictar nuevas leyes para una nueva sociedad y las reservas que se sentían frente a la transferencia del *common law*.

Por otra parte, del mismo modo que la Revolución de 1688 confirmó la soberanía del Parlamento, las constituciones de mediados de la década de 1770 dieron un lugar igualmente supremo a las legislaturas estatales, dejando a los poderes Ejecutivo y Legislativo nominalmente independientes pero claramente más débiles y subordinados. Del mismo modo en que la supremacía del Parlamento lo alentó a legislar -e inspiró a los intereses que estaban fuera del recinto a obtener el dictado de normas que los privilegiaran-, la Guerra de la Independencia exigió que las legislaturas hicieran grandes esfuerzos para lograr reunir los ingresos, hombres y materiales que la guerra necesitaba. Frente a esta actitud de las legislaturas reaccionó Madison, al hacer las críticas de los vicios que el gobierno republicano tenía dentro de los Estados.

La comprensión de los abusos del Poder Legislativo moldeó gran parte del contexto dentro del cual tomaron forma las nuevas concepciones del Poder Judicial, incluyendo la revisión judicial.

3. Antes de poder considerar legítima la revisión judicial, los norteamericanos tuvieron que aceptar un concepto de independencia judicial que no podrían haber formulado, y mucho menos respaldado, antes de la Guerra de la Independencia, y que incluso después encontró una gran oposición en la cultura política popular. La revisión judicial sólo pudo ser posible

después de que los segmentos influyentes de la comunidad política norteamericana abandonaran la creencia de que los jurados eran hábiles tanto para resolver cuestiones de hecho como de derecho, y aceptaran, en cambio, que jueces profesionalmente expertos actuaran como fuentes independientes de normas jurídicas.

Si se prescinde de la forma en que este gran compromiso con los jurados comenzó a cuestionarse y, luego, se diluyó, no es posible comprender el contexto del que surgió la revisión judicial. Esta doctrina verdaderamente puede expresar el principio de la supremacía judicial en su expresión máxima, pero subsiste el desafío previo, en términos lógicos e históricos, de explicar cómo las teorías norteamericanas de la independencia judicial evolucionaron en forma tan drástica en la era anterior a la Corte Marshall, como para convertir la idea de la revisión judicial en el “proceso social” del que habla Alexander Bickel en “La Rama Menos Peligrosa”.

RAKOVE, Jack N., *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, en *Stanford Law Review*, vol. 49, n° 5, mayo de 1997, p. 1031.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. SISTEMAS. HÁBEAS CORPUS. ACCIÓN DE AMPARO. COMPETENCIA (CHILE).

1. Sistema de control constitucional en Chile.

El actual sistema de justicia constitucional chileno puede catalogarse como de carácter mixto, que combina elementos del sistema de control constitucional ordinario -ejercido por órganos jurisdiccionales comunes, control de tipo difuso, incidental, de efectos particulares y que actúa sólo represiva y no preventivamente con respecto a la formación de las leyes-, y del concentrado o de tipo europeo continental -que actúa con efectos generales, represiva y preventivamente, con un Tribunal Constitucional que ejerce funciones de Corte de Garantías Constitucionales-.

A la par del Tribunal Constitucional, órgano especializado que ejerce el control preventivo de la leyes, subsiste la potestad de control represivo de constitucionalidad, radicada en los órganos jurisdiccionales comunes, que además desarrollan la importante labor del contencioso de derechos humanos.

Así, magistratura especializada y jurisdicción ordinaria comparten funciones de control, pero además también intervienen otros órganos como la Contraloría General de la República, e inclusive aquellos de orientación política del Estado, como el Senado de la República.

Para facilitar la descripción de este sistema de control, se puede desarrollar en tres partes: a) control constitucional de normas, b) contencioso de derechos humanos, y c) jurisdicción constitucional orgánica.

1.1. Control de constitucionalidad de las normas.

El control de la constitucionalidad de las normas puede ser preventivo y represivo, siendo diferentes en cada caso los órganos con competencia para ejercerlo.

1.1.1. Control Preventivo.

El sistema chileno, en lo que concierne al control de constitucionalidad de las normas, es mayormente preventivo. Dicha función es ejercida por el Tribunal Constitucional, órgano independiente de los otros poderes del Estado, cuya integración de siete miembros es elegida de la siguiente manera:

a) tres magistrados integrantes de la Corte Suprema de Justicia, elegidos por ésta y que no pierden el carácter de integrantes del Alto Tribunal, sino que fungen simultáneamente en

ambos cargos. Esta acumulación de funciones es acertadamente criticada;

b) otro integrante es designado directamente por el Presidente de la República;

c) un quinto magistrado es designado por el Senado o Cámara Alta, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio;

d) los dos miembros restantes son designados por el Consejo de Seguridad Nacional (este Consejo está integrado de modo que los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, junto con el Director General de Carabineros, forman la mayoría). La participación del Consejo en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional fue muy objetada y es la principal crítica que puede formularse a su forma de integración.

1.1.1.1. Atribuciones y funciones de control preventivo.

A) Control obligatorio: de acuerdo con el art. 82 de la Constitución, corresponde al Tribunal Constitucional ejercer un control obligatorio sobre las leyes orgánicas constitucionales y las interpretativas de la Constitución. Si bien ambas son de naturaleza legal, requieren quórum de mayoría calificada para su aprobación, modificación o derogación. En el caso de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución, el quórum necesario es de tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Las que tienen carácter de Ley Orgánica Constitucional requieren de cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio.

B) Control facultativo: El Tribunal Constitucional tiene facultad para revisar la constitucionalidad del proyecto cuando ha sido requerido para tal efecto. Este control se extiende a los proyectos de reforma constitucional, proyectos de ley, tratados internacionales, y decretos o resoluciones del Presidente de la República que la Contraloría haya objetado. En estos casos se concede legitimación para accionar al Presidente de la República, a cualquiera de las cámaras legislativas, o a una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. En el caso de los decretos observados por la Contraloría, la legitimación es exclusiva del Presidente de la República.

La Contraloría General de la República comparte esta función de control preventivo de constitucionalidad sobre los decretos y otros actos de carácter general del Presidente de la República, si bien sus resoluciones en esta materia no tienen carácter de cosa juzgada, por cuanto, en caso de ser objetadas, son resueltas en definitiva por el Tribunal Constitucional.

1.1.2. Control represivo o posterior.

1.1.2.1. Recurso de inaplicabilidad.

Mediante la acción o recurso de inaplicabilidad, la Corte Suprema de Justicia ejerce la función más importante de control represivo. Se tramita por vía incidental, en el marco de un proceso judicial, cuando alguna de las partes impugna la constitucionalidad de algún precepto legal. En tal caso, el tribunal que conoce en el asunto debe elevar un incidente a la Corte Suprema de Justicia, pudiendo suspender el trámite de los procedimientos principales. Es una modalidad de control judicial común, pero concentrado por cuanto el Alto Tribunal es el único que tiene competencia para declarar la inaplicabilidad.

La declaratoria que hace la Corte Suprema sólo tiene efectos particulares en el caso concreto -se inaplica la ley, no se anula-, y encuentra legitimación para invocar la inconstitucionalidad de una ley por esta vía, quien esté legitimado para actuar en el proceso principal.

1.1.2.2. Decretos del Ejecutivo.

Existe también un control represivo, aunque por un breve período de tiempo -30 días-, para revisar la constitucionalidad de los decretos que emanan del Ejecutivo, ya sea que se trate de decretos con fuerza de ley, de cualquier decreto, o de los decretos supremos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente. Se establece la competencia del Tribunal Constitucional cuando se alegue la inconstitucionalidad dentro de los 30 días siguientes a la publicación del decreto, encontrándose legitimados para accionar cualquiera

de las cámaras legislativas, o una cuarta parte de sus miembros.

1.2. Contencioso de Derechos Humanos.

La jurisdicción constitucional de la libertad está por entero librada a la competencia de la jurisdicción ordinaria, y se ejerce a través de los recursos de hábeas corpus y de amparo.

1.2.1. El recurso de hábeas corpus, denominado en Chile recurso de amparo, es del conocimiento de las Cortes de Apelaciones, en primera instancia, y en alzada, de la Corte Suprema de Justicia (art. 21 de la Constitución). Tiene la amplitud clásica de efectos reparadores frente a detenciones ilegales consumadas, pero también resulta adecuado para tutelar el derecho de la libertad individual frente a cualquier perturbación, privación o amenaza.

1.2.2. El recurso de protección, equivalente al recurso de amparo (art. 20 de la Constitución), también es de la competencia de las Cortes de Apelaciones respectivas, en primera instancia, y de la Corte Suprema de Justicia en grado de apelación.

1.3. Jurisdicción Constitucional Orgánica.

La resolución de conflictos entre los distintos órganos del Estado está también dividida.

1.3.1. Corresponde al Senado de la República, como atribución exclusiva, el conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los superiores tribunales de justicia (art. 49, inc. 3º, de la Constitución).

1.3.2. La Constitución prescribe una competencia residual en esta materia para la Corte Suprema de Justicia, cuando le señala entre sus atribuciones la de conocer en los conflictos de competencia entre autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado (art. 79).

RIVERA SIBAJA, Gustavo, “La Justicia Constitucional en Chile”, en *Revista Parlamentaria*, San José, vol. 5, n° 3, diciembre de 1997, p. 305.

DEMOCRACIA. EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO (EE.UU.).

Las características definitorias y revolucionarias del constitucionalismo norteamericano -la división de poderes, el federalismo, y la idea misma de una constitución escrita que limita al gobierno- están perdiendo su vitalidad como principios organizadores de la democracia de los Estados Unidos ya que ninguna de ellas funciona en la forma originalmente prevista.

La crisis de este sistema constitucional comenzó con el surgimiento del estado administrativo en el New Deal y con su posterior desorganización. La creación de agencias que formulan reglas, aplican las leyes, y resuelven conflictos, aleja al gobierno norteamericano de la atribución original de estas facultades a poderes independientes. Además, la aquiescencia de la Suprema Corte a la pretensión del Congreso de tener un poder virtualmente absoluto, incluido en su autoridad para regular el comercio interestadual, desplazó al modelo original de un sistema federal con un gobierno central con poderes drásticamente separados de los poderes de los Estados.

Estas indecisiones constitucionales generan particular preocupación porque parecen inevitables con base en dos circunstancias de la vida política norteamericana generalmente consideradas incontestables. La primera es que las cuestiones internas de los Estados Unidos son demasiado complejas, diversas y volátiles como para estar reguladas por expresiones lapidarias de la voluntad popular -leyes del Congreso, reglas administrativas, sentencias judiciales- que indiquen con precisión como resolver la mayor parte de los casos a los que

posteriormente se van a aplicar.

La segunda es que la vida en dicho país tiene características tan partidistas que las declaraciones de voluntad popular que son suficientemente generales para ser factibles, abren el camino a interpretaciones divergentes, muchas veces interesadas. Cuanto más genérica es una norma o cuanto más amplia es la delegación de atribuciones legislativas a una agencia administrativa, más pautas requiere su aplicación. Estas pautas no sólo se obtienen del texto de la norma en cuestión, sino también de los debates parlamentarios. Previendo esto, los grupos de interés manipulan el mencionado debate para favorecer la interpretación que posteriormente van a defender.

Incluso los principios que rigen los derechos constitucionales generales -como la libertad de expresión o la igualdad ante la ley- se ven reiteradamente devaluados por una aplicación contradictoria.

Reconociendo estos hechos incontestables, muchos de los norteamericanos más familiarizados con el funcionamiento de sus instituciones políticas proponen salvar el estado administrativo y reforzar la democracia representativa en la que funciona. Cuando la preocupación principal es la ineficiencia, la solución que generalmente se propone consiste en impedir que el Estado siga haciendo aquello que los particulares pueden hacer mejor. Por el contrario, cuando se teme que la delegación irrestricta de facultades interpretativas, hecha en nombre de la eficiencia, amenace la democracia y el imperio de la ley, el remedio generalmente consiste en volver al constitucionalismo prístino de la generación de los redactores de la Constitución.

Gran parte de la discusión constitucional explícitamente programática orientada a estos temas es alarmista ya que parte de la premisa de que, en la práctica, el orden constitucional y la democracia divergen en forma tan sustancial e irremediable que debemos elegir entre ellas: sea la Constitución, sea la democracia como existe hoy.

Lo que falta en la discusión constitucional, y más ampliamente en la reflexión jurídica, es un intento de reconsiderar el constitucionalismo y la concepción de democracia representativa norteamericanos a la luz de las dudas sobre las posibilidades de un gobierno democrático en una era de complejidad, y con atención a los principios constitucionales que informan nuestras tradiciones democráticas. La genialidad del constitucionalismo norteamericano ha sido su habilidad para sintetizar y resintetizar, cuando las circunstancias lo exigían, las interpretaciones contrarias de la democracia formuladas por las Revoluciones Francesa y Norteamericana. La primera de ellas es deliberativa y está dirigida al bien de todos, con abstracción de la diversidad de las cuestiones de todos los días. La segunda es calculadora, y está dirigida al bien de cada uno, evaluado en términos del éxito en las actividades prácticas más diversas. La actual crisis constitucional deriva de los límites de estas concepciones subyacentes y mutuamente contradictorias; en consecuencia, toda propuesta novedosa va a depender de reconceptualizar la democracia deliberativa para adaptarla a las cuestiones prácticas modernas.

Esa reconceptualización debe cimentarse en una nueva conexión entre los amplios pronunciamientos legislativos y judiciales, y las aplicaciones de estos pronunciamientos a las situaciones específicas, que deje espacio a la elaboración y revisión experimental; debe hacer frente a los temores madisonianos a la tendencia expansiva del gobierno y a la amenaza de la oligarquía en las comunidades cerradas de las pequeñas repúblicas, mostrando respeto por los derechos individuales que, en la tradición constitucional norteamericana, brindan una protección crucial contra la tiranía de la mayoría y contra la de los intereses arraigados; y debe mostrar la forma en que el Poder Judicial puede proteger estos derechos sin paralizar la experimentación ni usurpar la soberanía del pueblo democrático.

Realizamos aquí un primer intento de hacer esta reformulación, demostrando la forma en que el Congreso, los tribunales, las agencias administrativas y los Estados, funcionarían de acuerdo a esta concepción. Muchos de los elementos de esta estructura ya se han establecido en la práctica de los gobiernos estatales y locales, del Congreso, de las agencias

administrativas y de la Suprema Corte, y su adopción puede lograrse gradualmente a partir de los recursos disponibles.

Según el pragmatismo, la democracia es un método para reflexionar sobre la conexión de medios a fines en la actividad social, específicamente, un método para identificar y corregir a través del debate y acción públicos las consecuencias no buscadas de la coordinación entre los actores privados. Dado que hoy las soluciones privadas muchas veces parecen funcionar y las públicas no, parece conveniente considerar la posibilidad de que la explicación de lo que observamos no se encuentre en las características intrínsecas de las esferas pública y privada, sino en diferencias históricamente contingentes y públicamente corregibles en los métodos de solución de problemas que actualmente se aplican en esas esferas.

Proponemos emular la forma en que las empresas privadas han respondido a las exigencias de los mercados que actualmente son muy diferenciados y muy rápidamente cambiantes. Para determinar qué y cómo fabricar, las empresas de la nueva economía realizan investigaciones rigurosas de los productos y procesos de otras empresas que consideran superiores a los que ellas fabrican o emplean, pero que pueden ser emulados y posteriormente superados. Al plantear una duda pragmática sobre la conveniencia de los métodos actuales, este proceso estimula la exploración de las posibilidades inmediatamente descubiertas y permite el descubrimiento de soluciones totalmente nuevas.

Después de este proceso inicial, cada departamento de la empresa propone cambios al proyecto provisional con base en las capacidades de cada sector y en las implicancias de las otras propuestas en sus propias actividades. Una vez que la producción comienza, las fallas en las nuevas rutinas disparan los sistemas de detección y corrección de errores que corrigen las debilidades del proyecto o del proceso de producción que eludieron los primeros exámenes.

Esta metodología de trabajo sugiere un modelo para la solución de los problemas del sector público idóneo para una organización política en donde las medidas ómnibus nacionales rara vez pueden hacer referencia a las particularidades de la experiencia local, y donde las localidades aisladas no pueden explorar o evaluar ni siquiera las soluciones más inmediatamente promisorias a sus problemas. El modelo requiere sistemas que permitan compartir información a nivel local, interlocal o federal, y que posibilitan que los ciudadanos de cada localidad participen directamente en la determinación y evaluación de la utilidad de los servicios que brinda el gobierno local al poder comparar la actuación de su jurisdicción con la de otra.

En este sistema, el Congreso juega un rol central ya que autoriza y financia la reforma experimental de los Estados y de otras jurisdicciones subnacionales en áreas tan amplias de acción pública como el bienestar social, el entrenamiento vocacional, o la protección ambiental. Pero sólo concede esta autorización a condición de que quienes participan en el experimento declaren públicamente sus objetivos y las medidas propuestas, refinando dichas medidas periódicamente a través del intercambio recíproco de información y con la ayuda de agencias administrativas adecuadamente reorganizadas.

El rol principal de los tribunales es asegurar que los experimentos subnacionales caigan dentro de la legislación que los autoriza y que respeten los derechos de los ciudadanos. Los estándares judiciales para ambos tipos de investigación están definidos en parte por la referencia a las posibilidades exitosamente descubiertas en los propios experimentos. Por lo tanto, el derecho a experimentar brinda información a las personas en sus propias y en otras jurisdicciones para juzgar su propia actuación (incluyendo los métodos a través de los cuales evalúan la actuación) y para impugnar las disposiciones que consideran violatorias a sus derechos con referencia a otras alternativas adecuadas que no los violan. De esta forma, la vindicación de los derechos individuales alienta el aprendizaje mutuo y viceversa, y la discrecionalidad de los jueces para aplicar principios amplios está guiada por la experimentación actual con posibilidades que los magistrados nunca podrían haber

imaginado. A la totalidad del sistema de solución de problemas públicos que combina el aprendizaje federal con la protección de los intereses de las instituciones federadas y los derechos de las personas, la llamamos experimentalismo democrático.

Usando las formas novedosas de participación local en la provisión de servicios y las comparaciones informativas de la actuación que el experimentalismo democrático permite, los ciudadanos de cada jurisdicción pueden hacer responder a sus instituciones. Mirando al conjunto de resultados contra el trasfondo de objetivos cambiantes, el electorado como un todo puede juzgar el éxito global de los intentos de reforma. Posteriormente, esta responsabilidad puede dar lugar a un nuevo debate político local sobre las ventajas y desventajas de las actuales opciones realizadas frente a las alternativas probadas en otro lugar, y a una nueva política nacional concentrada en las diferentes interpretaciones de las grandes tipologías de resultados experimentales, y en sus implicancias para re-dirigir al experimentalismo y a sus instituciones.

De este modo, el experimentalismo democrático no persigue la quimera de reemplazar el conflicto por el consenso. Antes bien, su objetivo es cambiar las razones y pruebas presentadas en el debate público, y con ello las condiciones de participación en la vida cívica, de forma que nuestra democracia desorganizada sea más efectiva como instrumento para la solución de problemas públicos y más fiel a su objetivo de asegurar la autodeterminación de ciudadanos libres e iguales.

DORF, Michael C. y SABEL, Charles F., *A Constitution of Democratic Experimentalismo*, en *Columbia Law Review*, vol. 98, n° 2, marzo de 1998, p. 267.

DERECHO DEL TRABAJO. MERCADOS. GLOBALIZACIÓN. FLEXIBILIZACIÓN. CONCENTRACIÓN DE CAPITALES. TRABAJO PRECARIO. SUBCONTRATACIÓN. SINDICATOS. DUMPING SOCIAL (BRASIL).

La globalización implica la apertura de las fronteras para que en el mercado mundial circulen las mercaderías más libremente y con mayor rapidez. Empero, en dicho mercado, la igualdad jurídica entre las naciones y regiones es tan ficticia como la igualdad jurídica entre los individuos garantizada por las primeras constituciones burguesas. Sí existe un reparto internacional de tarifas entre las regiones productoras de tecnología y las proveedoras de materia prima, al paso que se valoriza la primera en detrimento de la segunda. El poder se concentra cada vez más en los países llamados del primer mundo. Globalización significa el reforzamiento de la posición dominante de estos últimos países y de las empresas transnacionales que allí tienen sus centro de decisión.

Los objetivos económicos a ser alcanzados por la globalización no son los de un mundo sin fronteras, sino una mayor rentabilidad del capital bajo la hegemonía de las empresas transnacionales.

Es en ese sentido que se advierte el peligro del llamado “dumping social”, esto es, la venta del trabajo por debajo de su precio real, puesto que los capitales nacionales y transnacionales ganan con la flexibilidad, aprovechan los desniveles de los estándares de las diversas legislaciones sociales nacionales, más allá de practicar a escala mundial métodos economizadores de mano de obra.

El derecho del trabajo corre el peligro de volverse uniforme globalmente en su degradación. Se retorna al derecho laboral basado en la autonomía privada y en el contrato.

La apertura de las fronteras por el proceso de globalización trajo consigo la divulgación del método de administración de prestación de servicios llamado *kaban*, aplicado desde los años cincuenta en Japón. Este método, contrariamente al denominado “fordista”, implica una inversión de los parámetros del sector productivo, por un lado, y una extrema

economía de la mano de obra, por el otro. La empresa no produce para el mercado, sino según la demanda de éste, lo que implica la necesidad de poder, en un corto lapso, ampliar o reducir el cuadro de sus trabajadores.

En tal sentido, p.ej., las empresas japonesas cuentan con una red de pequeñas y medianas empresas que, a su vez, contratan a los trabajadores.

Esta tercerización significa excluir de la responsabilidad empresarial a la prestación de servicios de las llamadas actividades complementarias de las empresas que, a su vez, no constituyen la finalidad de la empresa.

Desde el punto de vista de la gerencia de las empresas cada vez más sometidas a la competencia global, la transformación de costos fijos de su mano de obra en variables, debida a la tercerización de servicios, es una ventaja. El capital liberado puede ser invertido en la mejora del proceso de producción, lo que torna más competitiva a la empresa. La creación de nuevas empresas prestadoras de servicios descentraliza el capital e incentiva el trabajo autónomo. El trabajador se torna independiente, con la ventaja de que regiones hasta ahora poco desarrolladas pueden tener su posibilidad de desarrollo económico.

Empero, a esas ventajas se contraponen una serie de desventajas concentradas en el ámbito del trabajador. En primer lugar, la racionalización de las empresas reduce sensiblemente el número de empleos. Muchas veces la mano de obra ociosa es absorbida por empresas que ofrecen a los trabajadores condiciones de trabajo precarias. El ambiente de trabajo resulta degradado, toda vez que trabajan, lado a lado, trabajadores que obedecen a órdenes de servicios de varios empleadores. Además, la existencia de diversos “patrones” origina relaciones laborales paradójicas. Por estas y otras razones, el trabajador es desintegrado de su ambiente de trabajo. La inseguridad del empleo y la rotación de la mano de obra contribuyen a la desintegración de los sindicatos en una hora en que son llamados para negociar permanentemente las normas contractuales de un derecho del trabajo cada vez más desestatizado. La rotación de la mano de obra, la crisis de los sindicatos y la flexibilización del derecho del trabajador, forman una tríada que contribuye en todo el globo terrestre al “dumping social”.

Lo que se hace necesario no es la “comercialización” del derecho del trabajo, que busca transferir riesgos a través del restablecimiento de la igualdad de las partes contenida en los contratos de prestación de servicios llamados autónomos.

Por el contrario, la centralización de capitales en un mercado globalizado implica un poder económico en pocas empresas que subyugan, a pesar de la apariencia jurídica de igualdad entre las partes contenida en la figura del contrato, no sólo a la mano de obra, sino también a productores y distribuidores con menor poder en el mercado.

La subcontratación de servicios no es más que un ejemplo entre una serie de figuras jurídicas creadoras de dependencia mercantil. Otros contratos, como los de concesión comercial, los de asistencia y abastecimiento y los de *franchising*, sirven muchas veces como fachada de relaciones de dependencia real. Se crean verdaderas redes de empresas interdependientes, en las cuales lucra aquella que tiene más poder de mercado sin la necesidad de disponer del capital correspondiente y sin asumir el riesgo relativo a las ventajas que recibe. Su poder de mercado se traduce, finalmente, en poder jurídico, una vez que las empresas con mayor poder de negociación (*barganha*) dictan también las cláusulas generales de los contratos y, con ello, las reglas de las relaciones comerciales con sus “satélites”. Resultado de esto es el refuerzo de la centralización del poder en el mercado que, no por último, pone en riesgo su propia existencia. Se discute, en razón de lo dicho, la adopción de reglas inspiradas en el derecho del trabajo para todas las relaciones de dependencia en el mercado. El desafío de la teoría del derecho es la búsqueda de reglas que puedan garantizar la igualdad substancial entre tomadores y prestadores de servicios, sean ellos empleados o no. El presupuesto de igualdad formal según los moldes del “(neo)liberalismo”, contribuye a la centralización del poder en el mercado y, asimismo, a su crisis.

RÜDIGER, Dorothée Susanne (Profesora de Derecho del Trabajo, UNESP), “Globalização, flexibilização do mercado de trabalho e a norma jurídica trabalhista no Brasil”, en *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, San Pablo, n° 4, julio-diciembre 1997, p. 55.

DERECHO INTERNACIONAL. CONSUETUDINARIO. INCORPORACIÓN AL DERECHO NACIONAL (EE.UU.).

En *Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position* (*Harvard Law Review*, vol. 110, n° 4, febrero de 1997, p. 815), Bradley y Goldsmith criticaron la tesis de que el derecho internacional público consuetudinario (DIPC) tiene el estatus de *common law* federal directamente aplicable y que debe ser aplicado por los tribunales en los Estados Unidos sin ninguna necesidad de que sea establecido legalmente o implementado por el Congreso. Alegaron que este criterio, al que denominaron “posición moderna”, carece de sustento histórico y contradice las reglas dictadas por las Ramas Políticas y los principios constitucionales más amplios de separación de poderes, federalismo y democracia representativa. Concluyeron afirmando que el DIPC no debe considerarse derecho federal en ausencia de una autorización de las Ramas Políticas federales.

Harold Hongju Koh respondió a ese argumento en *Is International Law Really State Law?* (*Harvard Law Review*, vol. 111, n° 7, mayo de 1998, p. 1824). Para este autor, las relaciones exteriores constituyen una categoría diferenciada de las cuestiones domésticas. Si bien la Constitución limita el poder federal respecto a estas últimas, dicho poder es pleno y exclusivo en materia de relaciones exteriores e incluye la interpretación y aplicación del DIPC. Si las Ramas Políticas federales no incorporan el DIPC a través de un tratado o de una ley, el Poder Judicial federal debería interpretarlo y aplicarlo, como cuestión de *common law* federal, estando sólo sujeto a la posterior revisión de las Ramas Políticas federales. Durante toda la historia norteamericana, los tribunales federales han aplicado, de este modo, el DIPC sin contar con autorización de las Ramas Políticas. Este régimen tiene sentido porque, “como sabe todo niño en edad escolar,... la Constitución... estableció instituciones gubernamentales nacionales para que enuncien claramente posiciones uniformes en cuestiones exclusivamente federales como las relaciones exteriores y el derecho internacional”. La exigencia de la autorización de una Rama Política tergiversaría este acuerdo ya que significaría que, en ausencia de dicha autorización, el DIPC no sería aplicable o sería aplicado en forma no uniforme por cada uno de los cincuenta Estados.

Por su parte, Bradley y Goldsmith, en este tercer trabajo, contestan las críticas de Koh de la siguiente forma.

Consideran que la apelación de Koh al sentido común ayuda a explicar su amplia aceptación académica, pero juzgan que su descripción pasa por alto distinciones fundamentales, que gran parte de dicha descripción está desactualizada o es incorrecta, y que tiene cuatro errores centrales: su uso equivocado de la historia; su fusión del DIPC que regula las relaciones internacionales con el nuevo DIPC de los derechos humanos, que regula la forma en que la nación trata a sus ciudadanos; su injustificable concepción amplia de los poderes que el *common law* otorga a los tribunales federales; y su desautorizada presunción de que el derecho internacional debe ser incorporado al derecho doméstico.

Afirman que la escasez de decisiones y de comentarios académicos recientes sobre el estatus doméstico del DIPC tradicional que gobierna las relaciones internacionales se debe, en gran parte, a que las Ramas Políticas federales lo han incorporado a la legislación. En cambio -agregan-, la “posición” moderna hace referencia a la aplicabilidad por parte de los tribunales federales del DIPC de los derechos humanos, que confiere a las personas una serie de derechos políticos, sociales y económicos frente a sus gobiernos y que deriva primariamente de tratados multilaterales que los poderes Ejecutivo y Legislativo del gobierno

de los Estados Unidos se han negado a ratificar o que han ratificado con sujeción a condiciones que los hacen inaplicables como derecho doméstico. Con todo, la “posición moderna” pide a los tribunales de los Estados Unidos que apliquen las normas contenidas en esos tratados, bajo la forma de DIPC, como derecho federal. La discrepancia de Bradley y Goldsmith con Koh se refiere primariamente a la legitimidad de esta práctica.

Nota de la Secretaría: v. **BRADLEY, Curtis**, *The Charming Betsy Canon and Separation of Powers Rethinking the Interpretative Role of International Law*, en *The Georgetown Law Journal*, v. 86, n° 3, enero de 1998; y **PAUST, Jordan J.**, *Race-Based Affirmative Action and International Law*, en *Michigan Journal of International Law*, vol. 18, n° 4, verano 1997, p. 659.

BRADLEY, Curtis A. y GOLDSMITH, Jack L., *Federal Courts and the Uses and Limits of Law: Printz and Principle?*, en *Harvard Law Review*, vol. 111, n° 8, junio de 1998, p. 2260.

DERECHO PENAL. SISTEMA JURÍDICO. REFORMA (CHINA).

El sistema jurídico de la República Popular China está basado sobre la abolición total del sistema jurídico tradicional de la antigua China. Por diversas razones históricas y políticas, la construcción del sistema jurídico penal pasó por un proceso largo y desordenado. El primer Código Penal, de 1979, llevó 29 años de preparación y fue modificado no menos de 38 veces. Marcó el comienzo de la legalidad penal socialista. Mas, por variados motivos, dicho Código se mostró en parte conservador en su ideología, y negligente en su contenido. Por otro lado, poco después de su promulgación, China realizó su apertura hacia el exterior, por lo que todos los campos de la vida social cambiaron significativamente. Para responder a las nuevas condiciones y desafíos, se dictaron numerosas leyes penales particulares y se agregaron normas penales a numerosos textos relativos a diversas materias, todo lo cual, con el correr del tiempo, hizo necesario la elaboración de un nuevo Código Penal. El órgano legislativo supremo lanzó esta idea en 1982, y los trabajos de estudio y revisión llevaron 15 años. Así, el nuevo Código Penal entró en vigor el 1 de octubre de 1997.

El texto se divide en tres grandes partes: las disposiciones generales, las específicas y las complementarias. La importancia de las modificaciones y la extensión de sus alcances no tienen precedentes en China.

1. Unidad e integralidad del Código.

La unidad e integralidad del nuevo Código se concreta en los puntos siguientes:

1.1. El Código reúne las disposiciones complementarias y las decisiones del Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional concernientes a la modificación del anterior Código Penal (es decir, las leyes penales particulares), y las leyes penales anexas.

1.2. Dentro del nuevo Código se ha insertado, por un parte, el proyecto de ley relativo a la lucha contra las infracciones de concusión y de corrupción y, por la otra, el proyecto de enmienda del Reglamento provisorio relativo a la represión de las infracciones violatorias de las funciones militares. Por esto último, China ha comprometido a las fuerzas armadas en la vía moderna de la legalidad.

1.3. Para satisfacer las condiciones reales del buen desarrollo de la economía de mercado socialista y mantener la estabilidad social del Estado, el nuevo Código se enriqueció con un gran número de infracciones y, sobre todo, de nuevos tipos de infracciones. Este es uno de los aspectos más importantes de la reforma. Asimismo, se ha extendido el capítulo sobre los delitos contra el orden de la economía de mercado socialista, que fue dividido en ocho secciones: delitos de fabricación o venta de productos falsificados o de mala calidad;

contrabando; delitos contra el orden de la gestión de las sociedades y empresas; delitos contra el orden financiero; estafa financiera; delitos contra la propiedad intelectual; delitos contra la administración y la percepción de impuestos; perturbación del orden del mercado. Por otro lado, el Código también aumentó los delitos contra el orden de la administración social, que se dividió en nueve secciones: delitos contra el orden público, la justicia, la administración de fronteras, la administración del patrimonio cultural, la higiene pública, la protección del medio ambiente natural; delito de contrabando, venta, transporte y fabricación de estupefacientes; organización de la prostitución de terceros, de sometimiento a la prostitución, de seducción, alojamiento e intermediación de la prostitución; delitos de fabricación, venta y transporte de objetos pornográficos.

El Código introdujo 170 nuevos delitos, lo que lleva a 400 la totalidad de los previstos.

Los nuevos delitos son: la deserción del país cometida por funcionarios; el desvío de naves y automóviles; los atentados contra la seguridad de la aviación por violencia; la venta, compra o transporte de material nuclear; el delito *d'initiés*; la violación del secreto comercial; la difamación comercial; el blanqueo de dinero; la provocación al odio y la discriminación entre las nacionalidades; la apropiación ilegal; las infracciones en el ámbito de la informática; las amenazas a los testigos; los actos contra la higiene pública y los intereses de la defensa nacional, entre otros.

Cabe advertir que la adopción del nuevo Código se inscribe en el contexto particular en que China ponía en movimiento la economía de mercado socialista, régimen este que todavía no se encontraba establecido. Esta circunstancia motivó dos puntos de vista acerca del modo de perfeccionar el régimen penal. Por un lado, se proponía, sobre la base de la falta de experiencia respecto de dicha economía, sólo completar el Código existente. Empero, el Código siguió la óptica de prever el futuro sobre la base del aprendizaje derivado de las leyes anteriores; de instituir, en las disposiciones, los delitos que van a aparecer probable o seguramente; de prever al mismo tiempo las penas necesarias según la gravedad del perjuicio que el delito irroga a la sociedad; y de evitar, a falta de ley a seguir, la indulgencia para los comportamientos que dañan a la sociedad.

2. El primado de la legalidad es el objetivo de la reconstrucción del sistema jurídico chino. Desde el ángulo penal, la aplicación del principio de legalidad y el refuerzo de la función de salvaguarda son los puntos más importantes, que se traducen en cuatro aspectos:

2.1. El Código establece explícitamente tres principios de derecho penal: el de legalidad de los delitos y de las penas, el de igualdad de las personas ante la ley penal, y el de proporcionalidad entre los delitos y las penas; asimismo, se ha derogado el régimen de incriminación por analogía del Código de 1979.

También se reafirmó el principio de no retroactividad de la ley penal acompañado de la retroactividad *in mitius*. Por otro lado, se limitó la responsabilidad de los menores de 14 a 16 años, en ocho delitos: homicidio voluntario, golpes y lesiones voluntarias graves o mortales, robo con uso de la fuerza, violación, tráfico de estupefacientes, incendio voluntario, explosiones, y uso de veneno.

El Código limitó estrictamente la facultad del juez de reducir, durante la condena, la pena impuesta; esta medida está sometida, además, al control de la Corte Suprema Popular.

Para los nuevos delitos se ha utilizado el método de descripción detallada de las circunstancias y de las penas clasificadas en escalas.

2.2. El nuevo Código instituye el principio de indulgencia en la condena de los jóvenes delincuentes: la educación y la curación son las medidas principales, y el castigo la complementaria. En tal sentido, el Código anterior establecía dos principios: por un lado, que los delincuentes de 14 a 18 años se beneficiaban de una atenuación o reducción de la pena y, por el otro, que la pena de muerte no era aplicable a los menores de 18 años cumplidos al momento del hecho, aun cuando los menores mayores de 16 años y menores de 18 podían, si habían cometido un crimen particularmente grave, ser condenados a muerte con una

suspensión de dos años. El nuevo Código mantiene el primer principio antedicho, en tanto que suprimió la pena de muerte, incluso bajo el modo suspensivo por dos años, para los menores de 18 años.

2.3. El nuevo Código también reforzó la protección del derecho a la legítima defensa. En teoría, puede decirse que se estableció un derecho de defensa ilimitado contra los delitos violentos, lo que favorecerá la represión de estos delitos por la “fuerza privada” del ciudadano.

2.4. Se han previsto de manera relativamente completa los delitos contra los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ejemplo, entre los delitos contra los derechos personales y los derechos democráticos, se agregaron los delitos: de permitirse determinadas libertades contra una mujer o de humillarla; de permitirse determinadas libertades contra un niño; de raptos; de trabajo forzoso; de incitación al odio y a la discriminación entre las nacionalidades; de publicación de propuestas de discriminación racial; de insulto contra las minorías étnicas; de coerción por la fuerza sobre los testigos, etc.

3. El Código ha dado pasos estimulantes para la promoción de la internacionalización del derecho penal chino.

3.1. Por un lado, se extendió la competencia del derecho penal chino hacia el ámbito extranjero, agregándose el principio de competencia universal del derecho chino.

3.1.1. El nuevo Código es aplicable a los ciudadanos chinos que hubiesen cometido delitos previstos en el Código fuera del territorio chino; pero, si la pena máxima prevista no excediera de tres años de prisión según dicho Código, pueden no ser procesados. El Código es también aplicable a los funcionarios y militares chinos que cometieran delitos previstos en aquél, no siendo aplicable la circunstancia antes mencionada relativa a la pena.

3.1.2. Además, el nuevo texto establece el principio de la competencia penal universal.

Según el Código, la competencia penal para los delitos internacionales es la siguiente: los delitos deben estar previstos en convenciones internacionales en que China es firmante o participante; los delitos deben emplazarse en el ámbito de las obligaciones convencionales respecto de las cuales China haya asumido compromisos; la competencia universal se aplica cuando los otros principios de competencia establecidos por la ley china no puedan ser aplicables; si la autoridad judicial puede ejercer su competencia penal según el principio del territorio, el principio de la nacionalidad o el principio de protección, no es necesario aplicar el principio de universalidad. Luego, la competencia universal es un principio subsidiario del derecho chino: otros principios de competencia priman sobre la aplicación de aquél.

3.2. El nuevo Código, a diferencia del anterior, estableció el sistema de responsabilidad de los delitos cometidos por *l'unité*, expresión que comprende a las personas morales y a los grupos sin personalidad moral y al órgano de la persona moral.

3.3. Además, el nuevo texto legal limitó y redujo la legislación sobre la pena de muerte.

3.4. También suprimió los delitos contrarrevolucionarios y agregó los delitos contra la seguridad del Estado. Fue suprimida la concepción del fin intencional contrarrevolucionario de estos delitos, a los que ajustó según la naturaleza del menoscabo a la seguridad del Estado.

Nota de la Secretaría: el delito *d'initié* alude a la infracción bursátil consistente en la utilización ilícita de información privilegiada sobre el mercado de valores mobiliarios, reprimido en numerosas legislaciones (v.gr.: Estados Unidos de América, Francia, Comunidades Europeas).

GAO, Mingxuan y ZHAO, Binzhi, “De la réforme du nouveau code pénal chinois”, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, París, 1998, n° 3, p. 479.

DIGNIDAD HUMANA. REDUCCION A SERVIDUMBRE. ABUSO DE DERECHO. DISCRIMINACIÓN (FRANCIA).

El nuevo Código Penal es más que un reordenamiento técnico. Ha tomado una filosofía humanista, proyectando, sobre numerosas incriminaciones, la ética de los derechos humanos, de la cual resulta un instrumento, a la vez, de sanción y de promoción. En tal sentido, se destacan los arts. 225-13 y 225-14 que tienden a proteger a las personas vulnerables o en situación de dependencia contra las diversas formas de explotación económica o social de las que, con frecuencia, resultan víctimas, volviéndose objeto de manipulaciones y perdiendo, por ende, la poca dignidad que les queda. Sin precedentes en el anterior Código, estos textos encuentran hoy sus primeras aplicaciones.

1. Todo trabajo es merecedor de salario. Esta justicia está presente en el nuevo Código Penal, cuyo art. 225-13 sanciona el hecho de obtener de una persona vulnerable o en situación de dependencia, la provisión de servicios no retribuidos o a cambio de una retribución manifiestamente falta de relación con la importancia del trabajo cumplido. Y como la justa retribución del trabajo es un reconocimiento para el que la percibe, se da una violación a su dignidad que también es tomada en cuenta por el derecho penal.

Por aplicación de la norma citada, la Corte de Apelación de Bordeaux juzgó (7-1-1997) que constituye una explotación abusiva del trabajo de otro, el hecho de que un empresario aproveche una coyuntura muy desfavorable para emplear asalariados sin remunerarlos correctamente, advirtiendo que el procesado usó, de esa manera, su calidad de empleador para explotar la vulnerabilidad social y la dependencia económica de una gran parte de sus empleados, los cuales, compelidos a horarios excesivos, sufrían no solamente la fatiga inherente a dichos horarios, sino también las dificultades de organizar su vida personal, especialmente, la guarda de sus hijos, y esto sin ninguna contrapartida. Pero, si bien el fallo hace referencia al desprecio de la dignidad de las víctimas, aquél es aún más interesante en cuanto reprocha al procesado haber sobrepasado la simple falta de respeto a la reglamentación del trabajo.

2. Asimismo, con base en el art. 225-14 del mencionado nuevo Código Penal, que sanciona la sumisión de un persona, abusando de su vulnerabilidad o de su situación de dependencia, a condiciones de trabajo o de habitación incompatibles con la dignidad humana, la Sala Penal de la Corte de Casación (11-2-1998) confirmó la sentencia condenatoria a una pena de multa de 60.000 FF. En el caso, el procesado había dado en locación una habitación de su propiedad por un alquiler de 3.200 FF. El local fue ocupado por tres personas, entre las cuales se hallaba un niño y una mujer embarazada, y la superficie no excedía los 20 m², contraviniendo las reglamentaciones sanitarias (especialmente en cuanto a la superficie mínima de las piezas, a la altura de los techos, al escurrimiento de las aguas pluviales, al espesor y aislación de las paredes, y a las instalaciones eléctricas). La salud de los inquilinos estuvo amenazada por la humedad y las condiciones de la calefacción (origen de una intoxicación). Estas malas condiciones, asociadas a que el inquilino era un extranjero en situación irregular, constreñido a aceptarlas para poder instalarse en la región parisina y trabajar allí, fueron denunciadas como atentatorias de la dignidad humana.

3. Las violaciones a la dignidad humana no derivan sino de un abuso de vulnerabilidad o de una situación de dependencia, que también pasan por prácticas discriminatorias que el nuevo Código Penal sanciona de manera completa en los arts. 225-1 y siguientes.

La sentencia de la Sala Criminal de la Cámara de Casación del 25-11-1997, es un ejemplo relativo a la responsabilidad de un propietario por discriminación en la oferta o provisión de bienes y servicios. Dos jóvenes solicitaron una locación de vivienda, que el

propietario aceptó mediante el pago inmediato de una garantía en efectivo, la producción de diversos documentos destinados a justificar sus ingresos y la garantía de un tercero. Empero, después de haber tomado conocimiento de que una de los jóvenes padecía de Sida, el propietario estableció un “apéndice” al contrato inicial, por el cual exigía a los locatarios dos garantías suplementarias, y la obligación de presentar tres papeletas salariales y una ficha sobre el estado civil. Al no estar en condiciones de satisfacer los reclamos, los inquilinos abandonaron el lugar y entablaron demanda, constituyéndose en parte civil. El propietario fue procesado ante el tribunal correccional por el cargo de discriminación, con base en los arts. 416 de Código anterior y 225-1 y 225-2-1º del nuevo Código Penal, por haber rehusado proveer un bien o servicio a personas en razón de su estado de salud o de sus costumbres, y resultó condenado en primera y segunda instancia, al tiempo que su recurso fue desestimado por la Corte de Casación.

MAYAUD, Ives, “Infractions contre les personnes”, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, París, 1998, n° 3, pp. 541/545.

ESCUELAS CONFESIONALES. ESCUELAS PUBLICAS. LIBERTAD DE CULTO (CANADÁ).

El segundo semestre de 1997 está marcado, en Canadá, por la adopción de dos modificaciones constitucionales destinadas a sustraer a Quebec y Terranova de las disposiciones que protegen a las escuelas confesionales católicas y protestantes.

Después de dichas modificaciones, la Constitución continuará caracterizándose por la falta de uniformidad en materia de libertad de religión. En las provincias que, como Nueva Escocia o Nueva Brunswick, nunca conocieron derechos o privilegios constitucionalizados para los protestantes y los católicos, y en Quebec, donde esos derechos acaban de ser abolidos, la Carta canadiense de derechos y libertades se aplicará plenamente y, según su jurisprudencia, tendrá por efecto prohibir la práctica religiosa y la enseñanza religiosa en las escuelas públicas. Estas provincias, sin embargo, podrán derogar los arts. 2.a y 15 de la Carta si pretenden instaurar o mantener tales acuerdos. En las provincias como Ontario, en la que la existencia de un sistema de escuelas confesionales financiadas por el Estado continúa siendo una garantía constitucional, la Carta no podrá permitir, evidentemente, la impugnación de los privilegios así acordados (por el contrario, en las escuelas públicas no confesionales de Ontario, la Carta prohíbe la enseñanza religiosa). Finalmente, en Terranova, será necesario esperar la interpretación del nuevo art. 17 de las Condiciones de la unión de Terranova a Canadá, por parte de los tribunales, para saber exactamente en qué medida la Carta se aplica a los problemas planteados por el lugar de la religión en la escuela pública.

WOEHLING, José (profesor de Derecho Público - Universidad de Montreal), “Droit constitutionnel étranger”, en *Revue française de droit constitutionnel*, ed. Presses Universitaires de France, París, n° 33, 1998, p. 182.

LIBERTAD DE EXPRESION. RESTRICCIONES. OBCENIDAD. INDECENCIA. PORNOGRAFÍA. INTERNET. MENORES (ESPAÑA-EE.UU.).

Aunque podría parecer que en el ámbito de Internet “todo vale”, no es así. Como han remarcado dos sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos sobre la *Communications Decency Act (CDA)* -ley que forma parte de la *Telecommunications Act* de 1996-, es legítima la preocupación por la protección de los menores respecto a ciertas

materias obscenas. Tal como lo pone de manifiesto la Corte (sentencia *Reno v. ACLU*), “la transmisión de obscenidad y pornografía infantil, ya sea vía Internet o por otros medios, ya es ilegal de acuerdo con la ley federal tanto para adultos como para menores”.

El gobierno, cuando el congreso estaba elaborando la *CDA*, manifestó su opinión que la ley era innecesaria, porque las leyes existentes ya permitían perseguir la obscenidad y la pornografía infantil. No deja de ser paradójico, pues, que este mismo gobierno, que avisó de la innecesariedad de la norma, se vea después obligado, a través del Fiscal General, a defender la constitucionalidad de aquélla cuando fue cuestionada ante los tribunales.

El error ha sido de los legisladores, que se han empeñado en sacar adelante una legislación determinada, a pesar de que algunos miembros de las Cámaras ya avisaron de que la ley “llevará a que el Gobierno federal gaste enormes sumas de dinero intentando definir términos elusivos que van a conducir a una catarata de procedimientos legales mientras nuestros niños están desprotegidos”.

No se trata, efectivamente, de que los menores estén desprotegidos, pues hay otras normas que los protegen, pero sí que la ley, mal redactada y ambigua desde un principio, se vio fuertemente cuestionada, y cualquiera que conociera un poco la tradición de las sentencias de la Corte en esta materia tendría la impresión de que no iba a salir adelante.

El principal error de la norma ha sido el intentar regular un campo, como Internet, que no debe estar sujeto a regulaciones específicas a menos que sean estrictamente necesarias y ajustadas a una finalidad legítima. Si ya hay normas generales para ello y la *CDA* es demasiado ambigua, a juicio de la Corte, no puede ser admitida. Pensemos que la Corte considera a la red “un nuevo mercado de las ideas”, y como tal no debe sufrir intromisiones.

Lo que subyace en la jurisprudencia norteamericana sobre libertad de expresión es no sólo que la verdad se pueda obtener a través del libre flujo de las ideas, sino también la existencia de una desconfianza frente al gobierno y a cualquier aparición de éste relacionada con la *speech*, bien sea para reprimirla o incluso para fomentarla. Así lo pone de manifiesto la Corte cuando dice: “suponemos que la regulación gubernamental del contenido de la libre expresión es más probable que interfiera con el libre intercambio de las ideas que la promueva”.

Posiblemente, los grandes perdedores de todo el asunto sean los menores. Y lo son, porque aunque todos -legisladores, jueces y gobierno- consideran primordial su protección frente a ciertos abusos, no aciertan en el modo de hacerlo.

En un mundo donde cada vez más los menores son objeto de ataques de todo tipo, es labor de su padres y responsables el otorgarles protección, pero también los poderes públicos han de colaborar en el empeño. Sin duda, los métodos de acceso a Internet, una vez que lo permitan las posibilidades técnicas, pueden ayudar. Pero también los legisladores han de buscar la manera, sin esperar a que una futura tecnología lo resuelva. Lo que no quiere decir que ello suponga una limitación de los derechos de los adultos. Porque de lo que se trata aquí es de legislar adecuadamente.

Nota de Secretaría: v. sentencia *Reno v. ACLU* en sección jurisprudencia, p.

FAYOS GARDO, Antonio (profesor de Derecho Civil - Universidad Jaume I de Castellón), “El nuevo mercado de las ideas (sobre la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del caso Internet)”, en *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n° 144, septiembre-diciembre 1997, p. 231.

LIBERTAD DE PRENSA. CONTROLES. MENORES. DERECHO A LA INTIMIDAD. PROTECCIÓN. DESACATO (REINO UNIDO).

1. El estatus jurídico de la prensa

Hasta que la Convención Europea de Derechos Humanos sea incorporada al derecho interno, el Reino Unido no tiene declaración jurídica sobre la libertad de prensa. Para la prensa británica no hay ley ni jurisprudencia que consagren de manera positiva dicha libertad. La protección de la vida privada tampoco está consagrada por la ley ni la jurisprudencia. El *common law* prohíbe determinados métodos para obtener información, p.ej., el ingreso sin permiso en el terreno de otros o la vigilancia ante el domicilio de una persona. Pero la ausencia de una protección general de la vida privada deja en libertad a la prensa para publicar informaciones sobre la vida privada de los hombres políticos, de las personas famosas y de los particulares. Si la ley no desea intervenir para controlar los abusos de los medios, es necesario organizar protecciones de naturaleza no jurídica para definir y amparar los derechos en cuestión. Por ello, hasta la introducción en 1999 de la Convención, los mecanismos no jurídicos tienen una importancia constitucional y resultan una parte formal de las garantías de los derechos en cuestión (el Lord Chancelier, Lord Irvine of Lairg, ha debido aceptar que el proyecto de ley haciendo lugar a la incorporación de la Convención tiene por efecto introducir una protección legislativa a la vida privada).

2. Los controles sobre los medios

La prensa fue objeto de numerosas comisiones desde 1945. A pesar de las recomendaciones de estas comisiones, no se dictó ley alguna sobre la prensa. El control sobre los abusos del poder de la prensa estuvo sometido a una instancia, el *Press Council*, compuesto de representantes de los redactores y de personas externas, cuya misión era la de dictar normas y juzgar las denuncias. Debía criticar las violaciones a las normas de comportamiento aceptables de las publicaciones y las violaciones inexcusables a la vida privada. Pero esta autorregulación dependía de la buena voluntad de la prensa, que no daba un lugar preeminente a las retractaciones o excusas por los errores cometidos.

El informe Calcutt de 1990 criticó la actitud de la prensa y contuvo diversas recomendaciones en favor de una legislación en la materia. A fin de evitarla, la prensa llegó a un acuerdo con el gobierno. Se creó, por ende, la *Press Complaints Commission*, (*Commission*), compuesta por un presidente independiente, y once miembros, de los cuales cinco representaban a la prensa y seis eran independientes. La *Commission* dicta los *Codes of Practice* (códigos de deontología) relativos, p.ej., a las entrevistas con las víctimas de crímenes, la publicidad dada a los menores y las violaciones a la vida privada. Además, recibe las quejas de toda persona concernientes a los métodos de investigación y las publicaciones de la prensa. Asimismo, esta última aceptó dar más publicidad a los informes de la *Commission*.

La *Commission* se diferencia de la *Broadcasting Complaints Commission (BCC)* - creada por la *Broadcasting Act 1990*, para la radio y la televisión- en diferentes aspectos, entre ellos, la *BCC* puede actuar de oficio, mientras que la *Commission* sólo lo hace a solicitud de parte. Por otro lado, la *Broadcasting Standards Commission* -también creada por la norma antedicha- tiene poderes más extensos que la *Commission* para definir qué es una emisión "conforme al pudor y las buenas costumbres".

Con motivo del conocido caso de la Princesa Diana, el gobierno dudó en proponer controles legislativos a la prensa y ésta tomó la iniciativa de modificar su comportamiento. El presidente de la *Commission*, entonces, convocó a la prensa y fueron introducidas modificaciones a su código deontológico. Estas entraron en vigor el 1 de enero de 1998, y tienen por efecto limitar las violaciones a la vida privada, sobre todo respecto de la familia real. El nuevo art. 3 (i) dispone: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, su salud y su correspondencia. Toda publicación debe justificar las ingerencias en la vida privada de una persona, a falta de su consentimiento". Además, la prensa acepta no publicar fotografías tomadas subrepticamente o de manera secreta salvo en el caso en que el

interés general lo justifique.

3. Los desacatos (*contempt*) a la corte y la protección de los menores

La Convención Europea ya ha tenido influencia en la materia. El desacato a la Corte da un poder discrecional a una jurisdicción para prohibir la publicidad de un asunto en justicia. El tribunal debe ejercer dicha facultad para asegurar el buen desarrollo del proceso. Antes de 1980, este poder, derivado de la *common law*, era muy impreciso y la Corte Europea de Derechos Humanos lo juzgó excesivo (*Sunday Times c. Reino Unido*, 26-4-1979, Serie A, n° 30). La *Contempt Court Act 1981* dio una base legal a dicho poder; su sección 10 permite al tribunal, prohibir toda publicidad que tenga consecuencias graves sobre el buen funcionamiento de la justicia.

Empero, el caso del Ministro del Interior, Jack Straw, muestra las dificultades de los jueces ingleses ante los medios multinacionales e Internet.

Los tribunales se sirven con frecuencia de la *Contempt Court Act 1981*. Pero la protección de los menores está lograda por otras leyes, como la *Children's Act 1989*. Más aún, hubo casos en que fue aplicada para prohibir la publicidad deseada por los padres pero que el tribunal consideró contraria al interés del menor. En el caso *Re Z* (de 1996), la madre de un menor con dificultades escolares quería dar a publicidad las insuficiencias del sistema de enseñanza británico y las ventajas de los extranjeros, y el tribunal lo impidió con base en que ello podía producir consecuencias perjudiciales para el menor en una futura búsqueda de empleo. Este antecedente muestra que, ante la falta de textos que definan los derechos en cuestión, los jueces ingleses toman sus decisiones comparando los intereses en juego al modo de un balance.

BELL, John (profesor de Derecho Público y Comparado - Universidad de Leeds), "Droit constitutionnel étranger", en *Revue française de droit constitutionnel*, ed. Presses Universitaires de France, París, n° 33, 1998, p. 173.

PENAS. PENAS ALTERNATIVAS. CASTRACIÓN. DELITOS SEXUALES. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. TRATAMIENTO MEDICO. CONSENTIMIENTO. DERECHO A LA INTIMIDAD. TORTURAS Y MALOS TRATOS. DEBIDO PROCESO. NON BIS IN IDEM (EE.UU.).

A lo largo de la historia, la castración se utilizó para castigar a quienes cometían delitos sexuales. A comienzos de este siglo el movimiento eugénico de los Estados Unidos abogó por la castración y por la esterilización como solución para muchos problemas sociales, y algunos Estados dictaron leyes que exigían la esterilización como castigo para diversos delitos. A fines de la II Guerra Mundial estas prácticas se hicieron menos frecuentes.

Los recientes descubrimientos médicos permiten suprimir químicamente la libido mediante la inyección de antiandrógenos, generando una alternativa que muchos autores consideran viable a la castración quirúrgica. Con esta base, en 1996, California fue el primer Estado en aprobar legislación que dispone la castración química de los autores de ciertos delitos sexuales. Seis meses después, Florida aprobó una ley de igual contenido.

La ley de Florida autoriza a los jueces de primera instancia a sentenciar a cualquier condenado por un delito sexual a recibir inyecciones semanales de modroxiprogesterona (AMP). Si el delincuente es reincidente, el juez está obligado a imponerle esa condena. Pero la administración de este tratamiento depende de que un experto médico determine que el condenado es un candidato apropiado para recibir estas inyecciones semanales. El juez de primera instancia determina discrecionalmente la duración del tratamiento, pudiendo decidir que sea de por vida.

Esta droga fue aprobada por la *Food and Drug Administration* para otras aplicaciones, y ha sido usada exitosamente sólo en un tipo de delincuentes sexuales -los parafílicos, que tienen reacciones físicas de excitación sexual acompañadas por una fantasía característica o por la concreción de dicha fantasía-, pero no tiene ninguna influencia importante en otros tres tipos de delincuentes alcanzados por la nueva ley: los que niegan la comisión del delito; los que admiten haberlo perpetrado pero atribuyen su comportamiento a fuerzas sexuales o a conductas no personales tales como las drogas, el alcohol, o el estrés laboral; y los que son violentos y parecen estimulados por factores de naturaleza no sexual como la furia, el poder o la violencia. Sin embargo, la nueva ley no distingue entre los cuatro tipos de delincuentes sexuales.

La ley de Florida merece las siguientes consideraciones:

1. El rol del experto médico: esta exigencia de la ley plantea diversas cuestiones médicas, legales y éticas: ¿Quién puede ser considerado un “experto médico”? ¿Quién califica como un “candidato apropiado para el tratamiento”? ¿Tiene derecho el candidato a ser informado sobre cualquier riesgo médico potencial? ¿Tiene derecho el candidato a refutar las conclusiones del experto médico relativas a la idoneidad del tratamiento? La forma en que los tribunales de primera instancia resuelvan estas cuestiones puede constituir la clave de la constitucionalidad de esta ley y de la aceptación de esta práctica por parte de los médicos, psicólogos y psiquiatras de Florida.

2. Consideraciones constitucionales

2.1. Sometimiento involuntario a un tratamiento y consentimiento informado: si bien la ley se aplica a una amplia gama de delincuentes sexuales, muchos médicos consideran que el tratamiento con AMP debe estar acompañado por un tratamiento sicoterapéutico, y que la posibilidad de curación de estos pacientes esencialmente depende de que admitan que su conducta resulta intolerable y que está fuera de su control.

El consentimiento informado de un condenado a recibir una determinada sustancia -especialmente cuando ésta no ha sido oficialmente aprobada para ese uso- no sólo constituye una exigencia médica sino también constitucional. La cuestión reside, entonces, en determinar cuándo el consentimiento es voluntario.

La castración química es un procedimiento intrusivo e invasivo que posee muchos efectos colaterales y riesgos a largo plazo para la salud. Si bien el interés en proteger a la sociedad de los pedófilos reincidentes y de los violadores incuestionablemente constituye un interés gubernamental de jerarquía superior, la recepción involuntaria de AMP no está razonablemente relacionada ni estrechamente diseñada para satisfacer esos intereses ya que resulta inefectiva en los no-parafílicos y en los parafílicos sometidos a tratamiento contra su voluntad.

Los defensores de la castración química destacan que este tratamiento es consensuado ya que el condenado puede optar, al menos teóricamente, por rechazarlo. Pero la decisión de no recibir las inyecciones de AMP no sólo puede dar lugar a la violación de la *probation* sino también a una condena por una felonía de segundo grado. Por lo tanto, la decisión de no hacer el tratamiento o de abandonarlo sin autorización judicial no es una opción real.

2.2. Derecho a la privacidad: en el caso *Paul v. Davis* (424 US 693 -1976-), la Suprema Corte reconoció que la legislación que restringe el derecho a procrear debe ser sometida a una revisión judicial muy estricta. La castración química como medida punitiva viola este derecho y cuando se realiza mediante inyecciones periódicas constituye un medio más intrusivo que una vasectomía porque se traduce en una disminución de la libido.

2.3. Castigos crueles e inusuales: las penas distintas a las tradicionales de multas y cárcel son sospechosas desde el punto de vista constitucional. Los tribunales han declarado la invalidez de diversos tratamientos médicos por considerarlos una forma cruel e inusual de castigo, y han visto con particular desagrado las “terapias” experimentales e inefectivas.

2.4. Debido proceso e igual protección: si bien los tribunales tienen una gran discrecionalidad para establecer los términos de la *probation*, éstos deben estar

razonablemente relacionados con el crimen que dio lugar a la condena, con la rehabilitación del criminal para impedir la criminalidad futura, o con la promoción de la seguridad pública. Estas condiciones no pueden ser *overbroad* en cuanto a su aplicación, y deben estar estrictamente diseñadas para satisfacer el objetivo de rehabilitación sin restringir innecesariamente las actividades lícitas del condenado.

La castración química de los no-parafílicos y de los parafílicos sometidos a tratamiento contra su voluntad no satisface ninguna de las dos exigencias del test de la relación razonable. Primero, quienes afirman que el interés del gobierno en proteger al público se satisface quitándole al condenado la capacidad de cometer futuros crímenes sexuales omiten reconocer que el encarcelamiento continuo es un medio diseñado más estrictamente para satisfacer este interés que la castración química. Segundo, dado que la conducta de los no-parafílicos muchas veces está motivada por la furia o el odio, más que por el deseo sexual, un tratamiento que simplemente controla la libido no guarda ninguna relación razonable con el comportamiento criminal en estos supuestos. Tercero, la aplicación de la castración química a todos los reincidentes viola la exigencia de que la condición de la *probation* no sea *overbroad*. Dado que la castración química resulta inefectiva en los no-parafílicos, no puede satisfacer su objetivo de rehabilitación de esta clase de delincuentes sexuales. Cuarto, la ley despoja a los tribunales de toda discrecionalidad para evaluar en cada caso específico de reincidencia la idoneidad del tratamiento con AMP. Quinto, la castración química no impide necesariamente la criminalidad futura porque no se dirige a las tendencias violentas del delincuente y, por lo tanto, no controla la urgencia de éste por cometer delitos sexuales. En verdad, algunos expertos temen que la castración química, dado la vergüenza que produce, aumente la naturaleza violenta de algunos delincuentes.

Finalmente, existe una cuestión de discriminación sexual, ya que si bien teóricamente esta ley alcanza igualmente a los hombres y mujeres que cometen delitos sexuales, lo cierto es que la AMP no tiene ningún efecto supresivo de la libido femenina.

2.5. *Non bis in idem*: el objetivo de la prohibición federal y estadual del *non bis in idem* es impedir que el gobierno use todos sus recursos y poder para intentar condenar o castigar reiteradamente a una persona. Debiera ser igualmente impermisible que la legislatura de Florida eluda este principio constitucional mediante la penalización de la decisión de abandonar este tratamiento médico, que no es una actividad inherentemente criminal.

SPALDING, Larry Helm, "Florida's 1997 Chemical Castration Law: A Return to the Dark Ages, en *Florida State University Law Review*, invierno de 1998, vol. 25, n° 2.

PODER LEGISLATIVO. COMISIONES INVESTIGADORAS. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES (INTERNACIONAL).

Vivimos en una época en la que el reclamo a los grandes principios corre el riesgo de ser interpretado como la expresión de una voluntad de servir a los intereses de una casta. Se podría decir que este discurso tiende a crear un mal clima alrededor de las comisiones de investigación parlamentaria a fin de hacerlas menos creíbles, o a dar a las personas involucradas por las comisiones, argumentos que utilizarán cuando les sea necesario, en los procesos civiles, penales o disciplinarios.

Ello sería injusto. Françoise Tulkens, que fue uno de los expertos de la comisión Dutroux y que viene de ser designado como juez de la Corte Europea de Derechos Humanos, decía recientemente, respecto de las investigaciones parlamentarias: "Investigar es una tarea importante, una misión difícil. Es necesario hacerlo y llegar hasta el fin, pero es necesario hacerlo respetando los mojes, las reglas de juego, de lo contrario se cae en el totalitarismo".

Incluso cuando grandes movimientos de emoción colectiva se encuentran en el origen de determinadas investigaciones parlamentarias, no obstante el profundo respeto que aquéllos merecen, debe recordarse que un determinado número de principios deben ser observados, especialmente los que protegen los derechos fundamentales de las personas.

Desgraciadamente, el recuerdo de dichos principios que limitan las prerrogativas de las asambleas parlamentarias, es vivido por éstas como una amenaza directa, o como un *casus belli*, tal como lo demuestra el ejemplo de los Estados Unidos de América en el período posterior al caso Watkins de 1957, generándose eventualmente conflictos nuevos entre el poder legislativo y el judicial. Sólo la plasticidad de las actitudes y la voluntad de comprometerse en una colaboración constructiva entre los poderes en juego puede destrabar estas crisis.

VELU, Jacques (profesor - Universidad Libre de Bruselas), “Enquêtes parlementaire et droits de l’homme”, en *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, ed. Bruylant, Bruselas, 1998, 2, p. 105.

PRESOS. REINSERCIÓN. VISITAS NO VIGILADAS (FRANCIA).

El desarrollo de las capacidades de los detenidos para mantener relaciones con sus parientes y amigos contribuye a la preparación de su reinserción. La barrera de la prisión es ambivalente porque puede acercar a las familias tanto como separarlas. El mejoramiento de las condiciones de visita puede pasar por la creación de unidades que preserven la intimidad de la vida familiar. El desarrollo de las relaciones humanas durante la detención va de la mano de la seguridad.

Las exigencias europeas, reemplazadas ampliamente por las reglamentaciones internas, aseguran y garantizan las relaciones de los detenidos con sus allegados y cada vez más con el exterior. La obra del Consejo de Europa es significativa en cuanto a la promoción de los derechos humanos en los establecimientos penitenciarios. Por lo mismo, los Estados miembros adoptaron los principios de readaptación social y los ejecutan con determinación reclamando el concurso de la sociedad civil.

El Consejo estimula a dichos Estados a mostrarse más atentos a las condiciones de recepción de las familias y el reencuentro con sus allegados detenidos. En tal sentido, cabe destacar: la Resolución 98 (7), del 8 de abril de 1998, en cuanto prevé, en el punto 68, que debería ser posibilitado que los detenidos tengan la posibilidad de encontrar a su pareja sexual sin vigilancia visual durante la visita; y la Resolución 93 (6), del 18 de octubre de 1993, punto 21, en cuanto dispone que en los Estados en los que están previstos programas de visitas no vigiladas, en el curso de las cuales pueden tener lugar relaciones sexuales, es indispensable que, a fin de prevenir enfermedades transmisibles, sean proporcionados a los detenidos y a sus parejas, medios de información y de consulta, así como medios de prevención.

DARBEDA, Pierre, “Le maintien des relations familiales des détenus en Europe”, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, París, 1998, n° 3, p. 590.

PROCESO CIVIL. PRUEBA. ADMISIBILIDAD. PERTINENCIA. MEDIOS DE PRUEBA. APRECIACIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA. PRINCIPIO DISPOSITIVO. JUECES. FACULTADES DE INSTRUCCIÓN. MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER. SISTEMA ITALIANO. COMPARACIÓN CON EL SISTEMA FRANCÉS (ITALIA-FRANCIA).

1. La ley italiana prohíbe al juez civil toda apreciación que no se apoye sobre un fundamento probatorio, incluso cuando dicho fundamento contraste con las convicciones más íntimas y tenaces del magistrado. Los elementos de juicio reunidos en el proceso constituyen la única verdad a tomar en cuenta para resolver la causa.

2. El rol del abogado

El principio de la instancia gobierna el proceso civil: *ne procedat iudex ex officio*.

A esta regla de base se suma el principio dispositivo, que en Italia es entendido de una manera más amplia que en Francia. Mientras que en esta última el nuevo Código Procesal Civil redujo dicho principio a la alegación de los hechos, exaltando el papel del juez (que hoy es el verdadero “director de la prueba” dados los poderes de oficio que dispone en materia de medidas de instrucción), en Italia, el juez no puede ordenar de oficio medidas de instrucción o de prueba (*mesures d’instruction*) no pedidas por las partes, ni suplir las faltas de éstas en la administración o práctica de la prueba (*administration de la preuve*). El juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes; al paso que éstas deben no sólo alegar, sino también probar los hechos sobre los que fundan sus pretensiones o excepciones: *onus probandi incumbit ei qui dicit* (el sistema admite excepciones: la prueba pericial puede ser dispuesta de oficio; en el ámbito laboral, los poderes del juez son más extensos; y en lo que atañe a menores, el magistrado puede disponer de oficio toda suerte de prueba y tomar toda suerte de decisiones en el interés del menor).

Se ha intentado fundar el “derecho a la prueba” en el art. 24 de la Constitución italiana, que reconoce a toda persona el derecho de acceso a la justicia. Pero se ha objetado contra ello que, de ser así, el mencionado derecho podría ser invocado con la misma amplitud que el derecho de acceso a la justicia, por lo que serían ilegítimas las disposiciones procesales que, p.ej., autorizan al juez a reducir el número de testigos cuando éstos sean sobreabundantes. La conclusión sería, entonces, que no existe un derecho a la prueba sino en el marco de las disposiciones atinentes a los poderes de las partes y del juez.

El papel del abogado se ha vuelto aún más delicado a partir de la reforma del Código Procesal Civil, aprobada por el Parlamento en 1990 pero en vigor desde 1995, que introdujo un régimen bastante riguroso de preclusión, siguiendo una tendencia opuesta a la francesa. Con anterioridad a la reforma, las partes podían en todo momento (hasta que el juez de la instrucción *-mise en état-* no hubiese clausurado la instrucción) modificar sus demandas, excepciones y conclusiones, producir piezas nuevas, o petitionar al juez medidas de instrucción. Estas reglas permitían, por así decirlo, una formación estratificada del expediente, en el que los elementos probatorios se agregaban de manera desordenada en el curso de períodos de una duración casi bíblica.

Con posterioridad al aludido cambio legislativo, se han establecido plazos estrictos de preclusión para dichos actos procesales, v.gr.: la indicación de los elementos de prueba se debe hacer con los actos introductorios del proceso, o en el curso de una de las primeras audiencias (normalmente la segunda), etc. La reforma fue resistida por la barra de abogados, pero resultó favorablemente acogida por la doctrina y la jurisprudencia, y parece estar de acuerdo con las recomendaciones de la legislación supranacional.

La doctrina, hoy, tiende justamente a considerar que el régimen de preclusión pertenece al derecho público, en tanto que, con anterioridad, la Corte de Casación lo hacía depender de los planteos de las partes. En este momento, el juez debe advertir y poner de manifiesto, incluso de oficio, cuándo una diligencia no puede ser ordenada a causa de que un plazo perentorio no fue observado por la parte peticionaria, incluso cuando la otra parte no hubiese formulado objeciones, sea por ignorancia o colusión.

3. El rol y los poderes del juez

El nuevo derecho procesal italiano ha cambiado el modo de trabajo de los jueces civiles. Con anterioridad, el juez de la instrucción no estaba obligado a estudiar en

profundidad cada expediente hasta el momento en que se clausurara la instrucción, pues toda idea que se formara con anticipación podía cambiar por las nuevas conclusiones o pruebas.

En la actualidad, dicho juez debe, en la primera o segunda audiencia, escuchar a las partes e interrogarlas sobre los hechos, requiriéndoles las aclaraciones necesarias e intentado conciliarlas. A la finalización de esta audiencia o, eventualmente, en la siguiente, debe pronunciarse acerca de las medidas de instrucción peticionadas. Todo ello requiere un conocimiento perfecto de las piezas y cuestiones de hecho del litigio.

Por ende, si la tentativa de conciliación fracasa, el juez de la instrucción debe evaluar los dos “proyectos de instrucción” del asunto que las partes le proponen, y responder a tres cuestiones: a) ¿los medios de prueba son legalmente admisibles?, b) ¿dichos medios son pertinentes?, c) ¿es oportuno ordenar de oficio una diligencia? Son tres preguntas de cuyas respuestas depende, frecuentemente, la suerte del proceso.

El sistema italiano conoce, entre otras, las distinciones entre “pruebas” y “argumentos” de prueba (elementos, estos últimos, que el juez puede emplear para apreciar otras pruebas, pero que en sí mismos no serían suficientes para demostrar un hecho); “pruebas libres” y “pruebas legales” (estas últimas -v.gr. la confesión, el juramento-, a diferencia de las primeras, están sustraídas a toda apreciación judicial); pruebas “preconstituídas” y “a constituir” (según se produzcan fuera o dentro del proceso); “directas” (se conforman a consecuencia de una o varias diligencias) e “indirectas” (indicios o presunciones).

Entre las pruebas legales se encuentra la confesión de la parte, y el juramento (tomado de la legislación francesa) bajo sus formas de juramento decisorio y supletorio. En cuanto a la confesión, puede ser provocada por el interrogatorio sobre los hechos y circunstancias, que fue abandonado en Francia, desde 1942, por su evidente inutilidad. El interrogatorio es también una de las pruebas orales, como la comparecencia personal de las partes -de la cual, sin embargo, el juez no puede extraer (como en el caso de inasistencia o negativa de responder) sino “argumentos de prueba”- y como el procedimiento de la prueba testimonial (enquête) que es, también, la más importante de las pruebas “a constituir” [en Italia, como en Francia, las partes no pueden declarar como testigos en su propia causa. Esta regla, sin embargo, podría estar modificada por una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos (27-10-1993) que, en nombre del principio de la igualdad de armas, no acepta que un director de una sociedad, parte en un proceso, no pueda ser escuchado como testigo. El derecho comunitario tampoco impone el respeto del derecho de no testimoniar contra sí mismo en un proceso civil (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 10-11-1993)].

A pesar del principio dispositivo, el sistema italiano prevé un cierto número de pruebas cuya iniciativa es dejada de oficio al juez: la prueba pericial, la comparecencia personal de las partes, el reconocimiento de lugares, el pedido de informaciones a la administración pública, ciertos (y muy limitados) poderes de oficio en materia de testigos (careos entre testigos, llamado a declarar a personas mencionadas por otros testigos -testigo “de relato”-, nuevo llamado a declarar a testigos que ya lo hubiesen hecho), la producción forzada de elementos contables y documentos de las empresas, el juramento supletorio y de estimación.

El régimen italiano no conoce la tripartición entre comprobaciones o reconocimientos técnicos (*constatations techniques*), consultas técnicas y peritajes, sino la simple distinción entre comprobación (*constat*) y peritaje.

El papel del juez en la prueba pericial está regulado por los mismos principios que caracterizan al régimen francés:

- el juez no está vinculado por las conclusiones del experto y debe conservar su espíritu crítico respecto del informe que no es más que un dictamen (el juez es el “experto de los expertos”);

- el juez debe velar por el correcto desenvolvimiento de la instancia; a tal fin, tiene el poder de fijar plazos, de disponer las diligencias necesarias, de extender o reducir la misión de los técnicos, de asistir a las tareas de éstos y de solicitarles las explicaciones necesarias, así

como de requerir a las partes y a los terceros todos los documentos peticionados por el experto;

- también debe comprobar que el principio contradictorio sea respetado por el perito. Esta misión de control se proyecta sobre la calidad del peritaje, y sobre la duración y costo de la misión;

- asimismo, y como en toda diligencia probatoria, el juez debe respetar el principio dispositivo, de manera que no podrá ordenar la investigación sobre hechos que la parte pudo y debió alegar y probar.

Las medidas de prueba están formalmente especificadas por la ley: constituyen un *numerus clausus* sin ninguna posibilidad de agregar otras.

Las decisiones que rechazan disponer una medida probatoria, o que modifican o rechazan modificar las ya dictadas, no son susceptibles de recurso (*opposition*) ante un juez diferente del que las dictó. Empero, al momento de la decisión final, la parte interesada podrá petitionar al juez que va a resolver el litigio (que podrá ser, llegado el caso, el mismo de la instrucción, o el tribunal colegiado) e incluso al juez de apelación, la modificación de dichas decisiones y, en su caso, el reenvío del asunto ante el juez de instrucción. Es una característica del “nuevo rito” que eliminó la posibilidad para las partes de recurrir ante un tribunal colegiado contra las decisiones del juez de la instrucción sobre la admisibilidad y pertinencia de las medidas de prueba (en Francia, la decisión que ordena o modifica una de dichas medidas tampoco es susceptible de recurso (*opposition*), y no puede ser cuestionada por apelación o casación independientemente del juzgamiento sobre el fondo sino en los supuestos fijados por la ley).

4. Las decisiones sobre la admisibilidad de las medidas de instrucción peticionadas por las partes

Juzgar sobre la admisibilidad de una medida de instrucción significa comprobar si la actividad que se petitiona al juez es conforme con la ley. Es un punto delicado y que puede valorarse desde diferentes ángulos:

a) en primer lugar, el juez debe observar si el pedido es oportuno o no;

b) en segundo término, debe apreciar si la medida no viola las reglas sobre el modo de probar los hechos. El sistema italiano contiene numerosas prohibiciones y límites en materia de prueba, sobre todo de la testimonial; también existen límites en materia contractual que derivan, grosso modo, de los arts. 1341 y siguientes del Código Napoleón. También, como en Francia, hay diversas disposiciones particulares respecto de la prueba de los contratos (v.gr., los contratos de seguro y las transacciones no pueden ser probados por testigos), a las que se suman las reglas de derecho material sobre las formas impuestas legalmente bajo pena de nulidad (v.gr. la venta de un inmueble debe ser hecha por escrito);

c) la tercer cuestión de admisibilidad se plantea respecto de las reglas sobre la manera de realizar una medida de instrucción. Cada medida debe desarrollarse conforme a los principios específicos del Código Procesal. Por ejemplo, dicho texto establece que la parte que propone testigos debe indicar las personas que solicita que sean escuchadas y precisar los hechos sobre los cuales deben declarar. Estos hechos deben ser precisados por escrito en artículos separados.

El abogado debe, entonces, alegar sobre los hechos de “manera específica”, pues el juez no podría jamás disponer una investigación sobre hechos que no hubiesen sido precisados por las partes.

Asimismo, como la ley habla de “hechos”, está excluida la posibilidad de requerir de los testigos toda forma de apreciación.

5. La decisión sobre la pertinencia de las medidas de instrucción pedidas por las partes

Toda medida de prueba debe ser pertinente con la decisión de las cuestiones de hecho y de derecho que deben ser resueltas para decidir la causa. Esta idea, expresada en el Código

Procesal italiano, está también contenida en el rito francés: incumbe a cada parte probar, conforme a la ley, los hechos necesarios para el progreso de su pretensión; el juez debe limitar la elección de la medida a lo que es suficiente para la solución del litigio, ateniéndose a lo que es más simple y menos oneroso; pertenece al juez que conduce la instrucción, la determinación de los hechos pertinentes a probar.

Una diferencia que llama la atención a los comparatistas es que en el sistema italiano, los raros casos en los que el juez puede suplir la falta de iniciativa de una parte, son realmente excepcionales. En lo que hace a la prueba de testigos, el juez no puede ordenar de oficio ninguna averiguación, ni determinar los hechos pertinentes a probar, sino de manera indirecta, es decir, eliminando las preguntas incorrectamente propuestas por las partes.

La decisión sobre la pertinencia es incluso más importante que la de admisibilidad: la primera debe siempre preceder a la segunda.

Asimismo, la decisión sobre la pertinencia es muy delicada pues puede ocurrir que a través de aquélla el juez toque el fondo de la cuestión.

La motivación de dichas decisiones se ha vuelto más delicada después de la introducción del juez único. En efecto, es muy común que el magistrado que va a ordenar y ejecutar las medidas de prueba sea el mismo que resolverá el fondo en primera instancia, en tanto que juez único. El sistema anterior permitía al juez de instrucción (juez informante al momento de la decisión), “escondarse” tras el telón de la colegialidad, aun cuando fuera él el que cambiaba de opinión. Hoy, esto no es ya posible y, si bien es concebible que dicho juez cambie de opinión, el resultado será el envío del expediente a la fase de instrucción, lo que seguramente dilatará en gran medida la duración del proceso.

La experiencia indica que el “material probatorio” producido en el estadio de instrucción suele ser sobreabundante. Las piezas producidas por las partes, entre el 60 y el 70%, suelen ser de ninguna utilidad.

En muchos casos, el dispendio de actividad probatoria se debe a los abogados, pero también los jueces suelen hacer lugar “a ciegas”, por comodidad o falta de tiempo, a pruebas inútiles.

Asimismo, como los hechos a probar son los controvertidos, el juez debe comparar las alegaciones de las partes para demarcar el ámbito fáctico de lo disputado. Los pedidos de explicaciones a las partes pueden ser conducentes para aclarar estos aspectos.

6. La ejecución de las medidas de instrucción

El modo de ejecución de las medidas de prueba es uno de los aspectos más negativos de la administración de justicia italiana. Una de las causas es la falta de salas de audiencias suficientes, lo que lleva a que los jueces de la instrucción celebren dichos actos en sus despachos que, además de pequeños (habitualmente celdas de antiguos conventos), suelen compartir con otros colegas. Todo ello disminuye gravemente la solemnidad y formalidad necesarias para impartir justicia.

Esto también se agrava con la falta de virtudes cívicas que, por ejemplo, conduce a las incomparencias injustificadas de los testigos citados, máxime que ello no les irroga prácticamente ninguna consecuencia (está prevista una multa no mayor a 10.000 liras -en Francia la multa va de 100 a 10.000 francos- y puede ser ordenada la comparencia por la fuerza pública a una próxima audiencia). Esta circunstancia origina una permanente postergación de las audiencias.

Asimismo, desde 1989, el juez no tiene el poder de ordenar el arresto por falso testimonio, debiéndose limitar a denunciar el hecho al Ministerio Público.

Y, dentro de la credibilidad de la instrucción, cabe agregar que, después de una reciente decisión de la Corte Constitucional de Italia (5-5-1995), los testigos no prestan más juramento; se limitan, por el contrario, a leer una declaración que el juez les somete, la cual, incluso, es menos comprensible que la fórmula del juramento.

En cuanto a las audiencias, el Código Procesal Civil establece que las actas serán

redactadas por el secretario bajo la dirección del juez. Empero, ante la falta de dichos funcionarios, son los abogados quienes las escriben a dictado del magistrado. En otros casos, los testigos son interrogados por los abogados fuera del despacho del juez, o en una esquina de la sala en la que éste está presente pero en la que se desarrollan varias audiencias al mismo tiempo. El testigo no es presentado ante el juez sino al momento de ser leída su declaración y de firmar el acta.

El Consejo de Europa ha recomendado que “los medios técnicos más modernos deberían estar a disposición de las autoridades judiciales a fin de permitirles impartir justicia en las mejores condiciones de eficacia”, lo que está previsto (registro sonoro, visual o audiovisual de todo o parte de la instrucción) en el nuevo Código Procesal Civil francés.

7. A modo de conclusión

En la comparación de la administración o gestión judicial de la prueba civil del sistema francés con el italiano se advierte:

a) Puntos de contacto: el más evidente es el de la teoría de la prueba, sobre todo por los artículos del Código Civil y del Procesal Civil italianos inspirados en la legislación napoleónica y en la “gran ordenanza” de 1667. Se trata de reglas generales que definen las diferentes pruebas y medidas de instrucción, sus objetos y límites.

b) Puntos de separación: entre éstos, se encuentra el de la definición de los diferentes roles de los protagonistas del proceso, especialmente el del juez. En el sistema francés se advierte una mayor “plasticidad” (*souplesse*) en lo concerniente a la técnica de los procedimientos empleados para alcanzar la verdad. Por ejemplo, en lo que podría llamarse la prueba más inútil del mundo, es decir, el interrogatorio de las partes sobre los hechos y circunstancias, abandonado en Francia desde 1942, y que continúa en Italia provocando una pérdida considerable de tiempo en los procesos (no debe confundirse el interrogatorio “formal” que tiende a la confesión de la parte, con el interrogatorio “libre” que apunta al esclarecimiento de los hechos del proceso). Por otro lado, el juez francés, contrariamente al italiano, no está circunscripto, en cuanto a la prueba de testigos, a los artículos propuestos por las partes. En consecuencia, nunca se encontrará en la situación de tener que rechazar una averiguación pedida por una parte, que quizá tenga razón en el fondo de la cuestión, por el solo hecho de que su abogado no supo enunciar correctamente los hechos pertinentes a probar. Asimismo, el juez francés también podrá escuchar o interrogar a los testigos sobre todos los hechos cuya prueba está admitida por la ley, incluso cuando estos hechos no hubiesen sido indicados en la decisión sobre los hechos a investigar.

Por otro lado, así como la prueba de testigos se encuentra en vías de desaparecer para ser reemplazada por las declaraciones (*attestations*) escritas previstas en el art. 200 y sigs. del nuevo Código Procesal Civil, este tipo de documentos está expresamente descartado del proceso italiano.

En tercer lugar, cabe agregar que en Francia, las medidas de instrucción pueden ser ordenadas en todo estado de la causa, mientras que en Italia sólo respetando los rigurosos plazos de preclusión.

En suma, el sistema francés dota al juez de poderes más amplios para ordenar de oficio, modificar, interrumpir, y completar una medida de instrucción. Se trata de la culminación del camino del “intervencionismo judicial”, que comenzó en 1935 y se consolidó en el nuevo Código Procesal Civil de 1973, el cual, de manera general, recuerda numerosas veces el poder del juez de “ordenar, incluso de oficio, toda medida de instrucción”. En tal sentido, el juez puede conjugar diversas medidas de instrucción y, en todo momento, incluso en el curso de la ejecución, decidir el agregado de toda otra medida necesaria a las ya ordenadas; a su vez, el juez puede en todo momento extender o reducir el alcance de las medidas dispuestas. La jurisprudencia, a su turno, ha sostenido, en lo atinente a las diligencias tendientes a conservar o establecer la prueba de los hechos antes del proceso, que no eran aplicables las disposiciones que prohíben suplir las faltas de las partes.

Además, los poderes del juez de instrucción parecen destinados a aumentar, como lo acredita el informe Coulon.

La perspectiva del juez “intervencionista” es la encarada en el plano supranacional. Por ejemplo, la Recomendación n° R (84) del Comité de Ministros del Consejo de Europa señala (Anexo 3): el juez debería, al menos en la audiencia preliminar, pero en lo posible en todos los estadios del procedimiento, jugar un papel activo a fin de asegurar, dentro del respeto de los derechos de las partes y del principio de su igualdad, un desarrollo rápido de los procedimientos. Especialmente, debería tener, de oficio, los poderes de requerir a las partes todo esclarecimiento útil, de hacerlas comparecer personalmente, de establecer las cuestiones de derecho, de búsqueda de las pruebas al menos en los casos en que el fondo del litigio no es disponible para las partes, de dirigir la producción de la prueba, de excluir los testigos si su eventual declaración careciera de pertinencia respecto del asunto, de limitar el número excesivo de testigos llamados a declarar sobre los mismos hechos. Estos poderes deberían ser ejercidos sin por ello desbordar el objeto de la acción.

El camino del legislador italiano se dirige en dirección opuesta.

Ahora bien, cuanto mayores sean los poderes del juez, mayor debe ser su profesionalismo y, en esto, queda mucho por hacer. La gestión de la prueba es, quizá, la parte del proceso civil menos estudiada en las universidades italianas. Por otro lado, está ausente una escuela de la magistratura, lo que hasta ahora ha impedido elaborar, en el plano didáctico, estrategias de aprendizaje de la gestión concreta de las medidas de instrucción. La perspectiva de la creación en Italia de una escuela de la magistratura tomada del modelo francés, incita a ser menos pesimista.

OBERTO, Giacomo, “L’administration judiciaire de la preuve dans le procès civil italien”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Société de Législation Comparée, París, 1998, n° 3, p. 779.

PROCESO CIVIL. PRUEBA. JUECES. FACULTADES. SISTEMA INGLÉS. DISCOVERY (REINO UNIDO).

El sistema inglés, en contraste con los países de derecho civil, presenta tres características salientes: 1. es un sistema acusatorio, 2. es un sistema más o menos oral, y 3. en lo concerniente a los documentos, existe un sistema en el *common law* denominado *discovery*.

1. Sistema acusatorio

En materia de presentación de los hechos ante el tribunal, el sistema inglés deja una gran latitud a las partes. El juez se encuentra un tanto alejado de este ejercicio: juega un rol pasivo, salvo cuando existan cuestionamientos sobre la interpretación de las normas con las que deba resolver. Pero el juez no hace más que decidir; no lleva a cabo investigaciones.

1.1. Los testigos: cada parte puede citar el número de testigos que desee, pero el juez no puede llamar o citar a ningún testigo.

1.2. Los peritajes

Cuando un asunto hace necesario la intervención de expertos, éstos son llamados como testigos. La Corte tiene el derecho a elegir un experto, pero lo hace raramente.

Las partes eligen a sus expertos, cualquiera fuese el campo de su competencia. Cada experto produce un informe que se transmite a la parte contraria. Si hay impugnaciones, el juez escucha a todos los expertos, que son contrainterrogados por la parte adversa, y decide sobre el experto que prefiere.

Incluso en cuestiones de derecho extranjero, el juez no realiza investigaciones por sí ni por intermedio de otros (v.gr. institutos de derecho comparado). Las conclusiones sobre el

mentado derecho son presentadas por los expertos citados como testigos por las partes. El juez no está autorizado a llegar a una conclusión al respecto que no hubiese sido confrontada por los expertos convocados como testigos (en el caso *Bumper*, la Corte de Apelación criticó al juez de primera instancia que había tomado su decisión a partir de sus propias investigaciones, de manera incompatible con la opinión de los expertos).

1.3. La prueba del derecho

En este punto la cuestión no es muy diferente de la anterior. El juez basa sus conclusiones sobre la jurisprudencia y doctrina citadas por los abogados. Como se sostiene: “se presume que la Corte no conoce la ley”. Evidentemente esto no es cierto y, a veces, ha ocurrido que el juez requiera a los abogados que expongan sus argumentos respecto de una decisión que aquél consideraba pertinente en la causa. Pero el adagio traduce el espíritu del método inglés, y de este principio deriva la obligación del abogado inglés de llamar la atención de la Corte sobre la jurisprudencia contraria a su propia causa, cuando en una audiencia la parte adversa no está representada (en Gran Bretaña, cada individuo tiene el derecho de presentar por sí mismo su propia causa, hasta la última instancia. Sólo las sociedades que no tienen personalidad individual deben ser representadas por un abogado).

2. Sistema oral

La acción se inicia ante el tribunal mediante una demanda escrita, a la que se sigue una contestación también escrita. Hasta esa altura, el asunto se desarrolla sin intervención del juez. El tribunal no forma un expediente, y el juez no lee las conclusiones sino inmediatamente antes del proceso, e incluso al comienzo del proceso. Durante éste, casi todas las actuaciones son presentadas oralmente. Después de una reforma ocurrida en 1986, los testigos sobre los hechos presentan, antes del proceso, una declaración escrita. Las partes tienen el derecho de contrainterrogar a los testigos y a los expertos de la otra parte. Los documentos son leídos, en alta voz, ante el tribunal. Si bien es necesario presentar un resumen escrito al comienzo, los argumentos de derecho son seguidos de una presentación oral ante el juez.

En los grandes asuntos comerciales, los procesos de cuatro o cinco semanas no son extraordinarios, y cabe advertir que estos prolongados trámites continúan cotidianamente ante el tribunal, sin interrupción hasta su finalización.

Existen excepciones a este método de recolección sobre los hechos: procedimientos sumarios para el caso de *injonctions* y de asuntos en que los hechos no están controvertidos. En materia de derecho público, si bien no hay una Corte especial, sí hay un procedimiento especial por el cual los testimonios se presentan por escrito.

La importancia del procedimiento oral se explica, probablemente, por el rol que jugaba el jurado en los procesos civiles. Empero, dado que el jurado ha sido abolido, en 1965, en casi todos los procesos civiles (salvo los de difamación), la característica mencionada se considera, hoy, como una demostración de que el proceso se encuentra verdaderamente abierto al público, y que el trámite ofrece a las partes la oportunidad de presentar y discutir los hechos ante el juez en persona, lo que asegura la atención de éste.

3. Los documentos: *discovery*

La obligación del *discovery* incumbe a cada parte del proceso civil, y es prolongada y onerosa. Cada parte debe identificar y divulgar todos los documentos concernientes a la causa, con independencia de su admisibilidad a título de prueba. La regla procesal expresa que las partes en un litigio deben realizar el *discovery* intercambiando las listas de documentos y, concordantemente, cada parte debe, entre éstas y con toda otra parte, confeccionar y entregar una lista de los documentos que tiene o ha tenido en su posesión, custodia o poder, relacionados con toda materia en cuestión entre ellas en el litigio.

Esta regla es interpretada como un requerimiento de divulgación de todo documento que contenga alguna información que pueda ayudar a la otra parte a sostener su causa o a

contestar la de su adversario, si dicho documento puede razonablemente causar un encadenamiento de investigaciones del que resulte una u otra consecuencia. Es evidente el carácter enorme de esta obligación, sobre todo en asuntos comerciales complejos.

Se trata de una institución que aumenta los gastos del litigio; empero, todo abogado inglés puede contar la historia de un asunto cuyo resultado fue influenciado, o determinado, por documentos sólo divulgados por el *discovery*.

Por otro lado, hace excepción a la regla la protección de la correspondencia entre los abogados y los clientes, y entre una persona o su abogado y terceros que tenga por objeto preparar un litigio en curso o previsto. También alcanza a las opiniones jurídicas dadas por los juristas empleados por sociedades o empresas.

4. El futuro

El *Master of the Roll* (es decir, el presidente de la Corte de Apelación en lo civil), Lord Woolf, ha redactado un proyecto fundamental de reforma, cuyas proposiciones más importantes son:

a) conceder al juez un papel más importante en la dirección del litigio, antes del proceso (inspirado, en parte, en el *case management* conducido por los jueces de los Estados Unidos de América);

b) limitación del procedimiento de *discovery* automático (se propone un compromiso entre el sistema actual y el continental); y

c) instituir el procedimiento *fast track* para los asuntos inferiores a 10.000 libras, con un trámite limitado a tres horas y sin exposición oral de los expertos.

Si bien no faltan las críticas a la propuesta, la fuerza de ésta reside en la voluntad de buscar un medio equitativo para reducir la duración y los gastos de los litigios, en el que juega un papel esencial la faz probatoria.

ROTH, Peter M., “Les éléments de fait réunis par le juge: le système anglais”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Société de Législation Comparée, París, 1998, n° 3, p. 773.

PROCESO PENAL. JUICIO ORAL. PUBLICIDAD. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ART. 8.2.F Y 8.5. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, ART. 14.1 Y 3.E. DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, ART. XXVI. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6.1 Y 3.D. PROYECTO DE REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL PROCESO PENAL (REGLAS DE MALLORCA), RECOMENDACIONES 25.1, 25.2 Y 29.1 (INTERNACIONAL).

1. El proceso penal oral en las convenciones internacionales de derechos humanos.

La oralidad no solo constituye un fenómeno cultural occidental, por haber sido incorporada en la mayoría de las legislaciones penales, sino, además, es el sistema al que se refieren las convenciones internacionales.

En efecto, la mayoría de las convenciones internacionales dedicadas a la delimitación de los Derechos Humanos se inclina por el sistema de la oralidad para la justicia penal, porque este sistema tiene mayor posibilidad de proteger y tutelar los derechos básicos del hombre que los sistemas escritos.

1.1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”).

La Convención establece implícitamente la oralidad, al disponer en su art. 8.2.f que durante el proceso toda persona tiene, en plena igualdad y entre otras garantías mínimas, el siguiente derecho: “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal

y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. Esto supone que el proceso deba ventilarse en forma oral, para poder tener derecho a los interrogatorios, y la facultad de proponer con ese mismo fin la cita de otros testigos y peritos que puedan “arrojar luz sobre los hechos”.

Esta disposición se complementa con el art. 8.5, en cuanto señala que el proceso penal debe ser público pues esto sólo será posible con la oralidad.

1.2. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto dispone en el art. 14.1 que “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...”; el apartado 3.e) del art. 14 agrega que, durante el proceso, toda persona acusada de delito tendrá derecho, en plena igualdad y entre otras, a la siguiente garantía mínima: “e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

1.3. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El párrafo segundo del artículo XXVI de la Declaración dispone que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas”.

Al igual que los textos anteriormente comentados, se refiere en forma directa a un juicio en el que el acusado debe ser oído públicamente.

1.4. La Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950, Consejo de Europa).

Establece en el art. 6.1 que “toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable... La sentencia debe ser hecha pública”. En el apartado 3.d del citado art. 6, se agrega que todo acusado tiene derecho a “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la convocatoria y el interrogatorio de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los testigos de cargo”, lo que sólo puede conseguirse mediante un juicio oral.

1.5. Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Proceso Penal (Reglas de Mallorca).

El proyecto ha sido dictado por Naciones Unidas con el objeto de orientar las reformas a los sistemas penales del mundo, y se espera que constituya un modelo con la misma incidencia profunda que tuvieron en las legislaciones penitenciarias las “Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos” de Naciones Unidas.

La recomendación 25.1 señala en forma directa que “el imputado tiene derecho a un juicio oral”, en tanto que las recomendaciones contenidas en los números 25.2 y 29.1 complementan la anterior al disponer que los debates serán públicos y que toda las pruebas deben ser practicadas ante el tribunal sentenciador (con inmediatez).

2. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal.

La oralidad no constituye un principio en sí mismo, sino que es un instrumento o facilitador de los principios políticos básicos y de las garantías que estructuran el sistema procesal penal.

El sistema oral de enjuiciamiento criminal facilita la realización, entre otros, de los principios de:

a) Inmediatez: según el cual el tribunal que va a dictar sentencia, debe tomar contacto directo con el material probatorio y formar así su convicción.

b) **Concentración y Continuación:** que exigen que el juicio se realice frente a todos los sujetos procesales, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma sucesiva, sin solución de continuidad, con el propósito de que exista la mayor proximidad entre el momento en que se recibe la prueba, las partes formulan las argumentaciones y conclusiones sobre ésta, deliberan los jueces y se dicta sentencia.

c) **Contradictorio:** en el proceso penal es necesario garantizar la recepción de la prueba bajo el control de todos los sujetos procesales, con el fin de que éstos tengan la posibilidad de intervenir en esa recepción haciendo preguntas y observaciones, solicitando aclaraciones, vigilando la forma en que la prueba se introduce en el proceso, y apreciando la manera en que las demás partes ejercen la misma labor. El control se extiende, también, a las argumentaciones de las partes, en la medida que debe garantizarse la posibilidad de escuchar de viva voz los argumentos de la contraria, para apoyarlos o rebatirlos.

d) **Publicidad:** es necesario que la justicia penal se administre de frente a la comunidad de manera que los ciudadanos puedan apreciar la manera como los jueces ejercen su función. La participación de los ciudadanos en la administración de justicia no se agota con su incorporación como jurados o escabinos, sino que comprende, también, la posibilidad de presenciar el juicio desde el momento en que se anuncia la acusación, hasta el momento en que se reciben las pruebas, se formulan las conclusiones y alegatos, y se dicta sentencia.

e) El principio de libre valoración de la prueba (sana crítica): otro de los principios que se pretende fortalecer en el proceso penal es la libertad en la valoración de la prueba. El sistema de oralidad es el que mejor garantiza el cumplimiento de las reglas que rigen la apreciación de la prueba, porque el juez o tribunal recibe la producción de los elementos probatorios en forma directa y sin intermediarios, lo cual le permite valorar su veracidad según las reglas lógicas, de la experiencia, la psicología y el sentido común, con mayor posibilidad que cuando simplemente examina un documento o la transcripción de una prueba.

f) La identidad física del juzgador establece que el mismo juez debe conducir el debate y dictar sentencia. Esto garantiza que la decisión final sea adoptada por quien presenció en forma directa e inmediata la producción de la prueba y los alegatos de las partes. El proceso escrito, por el contrario, permite delegar la mayoría de las actividades jurisdiccionales de trascendencia en auxiliares administrativos o asistentes letrados.

3. La oralidad y los medios de comunicación colectiva.

Todas las constituciones latinoamericanas y la mayoría de las convenciones de derechos humanos garantizan el derecho a la información y la libertad de prensa como valores esenciales de los ciudadanos. Es indiscutible que la libertad de prensa, entendida en sus tres facetas más importantes: libertad de publicar, libertad de expresión y libertad de información, constituye uno de los valores fundamentales para el pleno desarrollo de la comunidad, gracias al cual los ciudadanos pueden ejercer con mayor plenitud gran parte de sus derechos y deberes sociales, como los derechos políticos y la libertad de crítica a la función pública.

A partir de estos derechos algunos entienden que la publicidad típica del proceso penal implica, también, un irrestricto acceso de los medios de comunicación colectiva a los estrados judiciales, pues los derechos colectivos (libertad de prensa) están por encima de los derechos individuales de los protagonistas del conflicto penal.

Esta idea ha provocado mucho daño a la administración de justicia cuando se ha pretendido hacerla absoluta, pues ninguna libertad jurídica se ejercita irrestrictamente y sin limitaciones. La libertad de prensa y el derecho a la intimidad y al honor no constituyen intereses jurídicos contrapuestos. No puede existir en sentido estricto un conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la honra, más que por motivos de inadecuación. Lo que puede darse es un conflicto entre la pseudoinformación y el derecho a la honra, o un abuso en la concepción del derecho a la honra que pretenda obstaculizar el derecho a la información. Lo mismo ocurre respecto a la privacidad y otros intereses públicos que deben tutelarse durante el desarrollo del juicio penal.

Las convenciones internacionales si bien establecen como necesario el principio de publicidad para la justicia penal y reconocen la libertad de prensa, también señalan en forma expresa que aquella libertad debe ser restringida en ciertos casos, impidiéndose el acceso de la prensa y los ciudadanos a la sala de juicio.

Los arts. 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, establecen restricciones al acceso de la prensa y del público por razones de moralidad, orden público o seguridad nacional. En igual sentido, el art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “el proceso penal debe ser público, salvo en los casos en que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Es indiscutible que el acceso de los medios de comunicación colectiva en la administración de justicia es un instrumento para controlar la arbitrariedad, los abusos, la inoperancia y hasta la corrupción de los funcionarios judiciales al hacer más transparentes sus decisiones, por lo que esa intervención debe permitirse y facilitarse. Sin embargo, esto no significa que puedan hacerlo en cualquier momento, de cualquier modo y en cualquier clase de juicio, sino que es necesario alguna reglamentación mínima para evitar que la publicidad ponga en peligro o afecte otros intereses de vital importancia, también, para la comunidad.

GONZALEZ ALVAREZ, Daniel (Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica-Profesor de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica), “La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal”, en *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, Unión Nacional de Juristas, N° 11, 1996, pp. 88/115.

PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO DE DIVULGACION. INTERÉS GENERAL (FRANCIA).

1. El derecho de divulgación constituye una prerrogativa muy importante del derecho moral. La Corte de Casación viene de recordarlo en una singular decisión. El asunto se relacionaba, a la vez, con el derecho a la vida privada y el derecho de divulgación del autor. Se trató de una mujer a la que se le reprochó haber menoscabado la vida privada de su hermana y de su cuñado, en una novela más o menos autobiográfica que la primera había escrito y publicado. La demandada negó el perjuicio y, a su turno, sostuvo ser víctima de un daño a su derecho de divulgación pues, en el curso del proceso con sus familiares, éstos habían producido y parcialmente leído en la audiencia un manuscrito inédito de otra obra de aquélla. Ante los jueces de grado, los hechos fueron presentados por la autora como una transgresión no de su derecho de divulgación, sino de sus derechos pecuniarios de autor y, más precisamente, de su derecho de representación. Los jueces rechazaron el planteo al considerar que los hechos no eran constitutivos de una comunicación de la obra al público, en los términos que el Código de la Propiedad Intelectual da a la noción de representación (art. L 122-2).

La Corte de Casación (Sala 1a. civil, 25-2-1997), desplazó el debate del terreno pecuniario al del derecho moral del autor y, específicamente, al derecho de divulgación. Invocó el art. L 121-2 del Código citado en cuanto expresa que en virtud de su derecho moral, sólo el autor dispone del derecho de divulgación de su obra.

Por ende, el derecho de divulgación se aplica independientemente del monopolio de explotación perteneciente al autor, vale decir, tiene autonomía en relación con los derechos pecuniarios de autor. Esto constituye una condena neta de la tesis que reduce el derecho moral a un simple accesorio de los derechos patrimoniales.

2. Según el art. L 121-3 del Código de la Propiedad Intelectual, en caso de abuso

notorio del uso o no uso del derecho de divulgación por parte de los representantes del autor fallecido, el tribunal de *grande instance* puede ordenar toda medida apropiada. Por ende, el tribunal de primera instancia autorizó al editor a publicar un tomo de las obras completas de A. Artaud, por considerar abusivo el impedimento opuesto por el nieto y heredero de aquél. El fallo fue confirmado por la Corte de Apelación (París, 15-12-1997), advirtiendo que la voluntad del autor fue que su obra resultase publicada y que el heredero sólo había invocado pretextos carentes de valor.

La cuestión es más compleja en el caso de incerteza acerca de las intenciones del autor fallecido. En tales condiciones, la jurisprudencia parece inclinarse por la libertad de elección del heredero. Con todo, cabe preguntarse si el juez no podría, al menos en determinados supuestos, autorizar la publicación en nombre del interés general no obstante la oposición del derechohabiente.

FRANÇON, André (profesor emérito - Universidad Pantheón-Assas -París I-), “Propriété littéraire et artistique”, en *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, Dalloz, París, 1998, n° 1, pp. 147 -punto 1- y 149 -punto 2-.

ESTUDIOS

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
(tercera y última parte)¹ pp. 121 y 371, respectivamente.

3.2.8. *Finlandia*

3.2.8.1. La Ley Fundamental sobre la Forma de Gobierno, del 17 de julio de 1919, dispone: “se garantizará la vida privada, el honor y la inviolabilidad del domicilio de cada uno. La ley establecerá disposiciones más detalladas sobre la protección de datos personales. El secreto de la correspondencia, del teléfono y de otras comunicaciones confidenciales será inviolable” (art. 8). “Todos tendrán derecho a la libertad de expresión. A la libertad de expresión pertenece el derecho de manifestar, divulgar y recibir datos, opiniones y otros mensajes sin que se obstaculice de antemano. Mediante ley se establecerán disposiciones más precisas. Los documentos y archivos que estén en posesión de una autoridad serán públicos, a no ser que se haya limitado la publicidad por razones necesarias, expresamente señaladas por la ley. Cada uno tendrá derecho a informarse por medio de documentos y archivos públicos” (art. 10).

3.2.8.2. Finlandia es un país que, habitualmente, se ha adherido a la tradición nórdica de brindar un acceso abierto a los archivos del gobierno. En verdad, la primera ley de protección de datos del mundo es la *Access to Public Records Act*, aprobada en 1776 por el Parlamento sueco, que también se aplicó en Finlandia que, a la sazón, era un territorio gobernado por los suecos. Si bien esta ley se aproximaba más a una *freedom of information act* en cuanto autorizaba al público a controlar la precisión de los datos registrados en archivos públicos, también cumplía la función de asegurar que toda la información que tenía el gobierno fuese realmente necesaria para satisfacer objetivos legítimos.

3.2.8.3. La *Personal Data Files Act* (ley 471/87) tiene por objeto brindar protección a los datos personales, y se encuentra reglamentada por el *Personal Data File Decree*, decreto n° 476, del 30 de abril de 1987.

Ambito de aplicación: esta ley se aplica tanto al sector público como al privado, y a los ficheros manuales y automáticos.

Empero, no es aplicable a la recolección, fichero o uso de datos personales que sólo se realiza con fines personales o privados. No afecta el derecho de publicar material impreso (Sec. 1).

Titular de la protección: es la persona de existencia visible (Sec. 2.1).

Legitimidad de la recolección: el uso de un fichero de datos personales debe estar justificado por la actividad y administración de su Controlador. El objetivo para el cual se van a usar los datos, las fuentes de las que normalmente se obtienen (“fuentes normales de los datos”) y los destinatarios a los que normalmente se transmiten (“destinatarios normales de los datos”), deben estar definidos antes de recolectarlos para registrarlos en un fichero o, si los datos se encuentran en documentos que emanan de la actividad normal del Controlador, antes de organizarlos en un fichero.

El objetivo para el cual se va a usar el fichero debe definirse de forma que demuestre qué funciones del Controlador va a facilitar. Los ficheros que se llevan técnicamente en forma separada se consideran partes del mismo fichero cuando se usan para cumplir las mismas funciones.

El objetivo del fichero y los “destinatarios normales de los datos” pueden redefinirse posteriormente en razón de la variación de las circunstancias, en la medida en que el nuevo

¹ **Nota de Secretaría:** la primera y segunda partes fueron publicadas en **investigaciones** 1 y 2 (1998),

propósito así definido no difiera esencialmente del original (Sec. 4).

Sin consentimiento del interesado o autorización de la Junta de Protección de Datos (Junta), sólo pueden recolectarse y almacenarse datos personales en un fichero cuando éste se mantenga para cumplir una función que un estatuto, ley o decreto imponen al Controlador, o cuando los datos se refieran a personas que tienen una asociación sustantiva con el Controlador por ser clientes, proveedores de servicios, miembros, etc. (“exigencia de asociación”). Pero, con sujeción a las reglas relativas al secreto, un grupo de empresas u otros consorcios económicos pueden recolectar y guardar en un fichero común, información sobre los clientes o empleados de las unidades que forman parte del consorcio.

Sin perjuicio de ello, los datos personales pueden recolectarse y conservarse en un fichero para proveer información crediticia, hacer publicidad directa, ventas telefónicas u otro tipo de marketing directo, sondeos de opinión, o investigaciones científicas, estadísticas o de mercado.

Sólo pueden registrarse los datos personales que resulten necesarios para satisfacer el objetivo que el fichero está destinado a cumplir (“exigencia de necesidad”) (Sec. 5).

Legitimidad del uso y transmisión de los datos: salvo disposición legal en contrario, los datos personales que están en un fichero sólo pueden usarse para el objetivo definido antes de su recolección, o con fines estadísticos para las actividades de investigación y planeamiento del Controlador (Sec. 16).

La persona que solicite datos almacenados en un fichero para usarlos, debe informar al Controlador el objetivo para el que los va a usar y la forma en que los va a proteger (Sec. 17).

Los datos personales que están o que se recolectan para un fichero sólo pueden transmitirse: 1) con el consentimiento o por encargo del interesado; 2) conforme lo dispuesto en una ley o decreto, o en una orden dictada en términos de una ley o decreto; 3) cuando la transmisión es una parte normal de la actividad del Controlador, no tiene por objeto datos sensibles, y puede presumirse que el interesado está al tanto de la transmisión; 4) con fines de investigación científica o estadística; 5) para hacer publicidad directa, ventas por teléfono y otras formas de marketing directo, en la medida en que el interesado conozca la transmisión y no la haya prohibido, y ésta no tenga por objeto datos sensibles; o 6) cuando tiene por objeto datos personales crediticios y el destinatario es el Controlador de un fichero destinado a proveer ese tipo de información o una persona que necesita esos datos para otorgar un crédito, supervisar créditos o para otros objetivos similares.

No se consideran transmisiones de datos personales las transferencias de datos personales a los ficheros comunes ya mencionados, ni las transmisiones de datos no nominativos (Sec. 18).

Esta ley también hace referencia a dos formas específicas de transmisión. La “transmisión masiva” es aquella en que se transmiten todos los datos que existen en un fichero de datos personales, o los relativos a una gran cantidad de interesados; o aquella en que los datos se transmiten de una forma que permite el procesamiento automático o el uso del fichero mediante una conexión técnica. La “muestra sensible” es la transmisión de un conjunto de datos personales que, en razón del criterio con que han sido seleccionados, genera un riesgo para la protección de la privacidad del interesado.

Los datos personales que están o que se recolectan para un fichero sólo pueden transmitirse en forma “masiva” o como “muestra sensible” cuando: 1) el interesado ha dado su consentimiento o se lo ha encomendado al Controlador; 2) la transmisión tiene por objeto datos personales crediticios y el destinatario es el Controlador de un fichero destinado a brindar ese tipo de información, o una persona que necesita esos datos para otorgar un crédito, supervisar créditos o para otros objetivos similares; 3) se actúa conforme a lo dispuesto por otra ley o decreto, o con base en un permiso otorgado por la Junta; o 4) en virtud de lo dispuesto en esta ley, el destinatario tiene derecho a registrar datos personales en un fichero, y la transmisión y uso en cuestión no ponen en peligro la protección a la privacidad, los intereses y derechos del interesado o la seguridad del Estado.

En estos casos, los códigos de identificación personal sólo pueden transmitirse cuando el destinatario ya los tiene a su disposición o tiene derecho a recibirlos del interesado o del Registro de Población, o la transmisión se realiza para hacer un estudio científico, con fines estadísticos o para dar información crediticia (Sec. 19).

El destinatario de los datos no puede usarlos con un objetivo distinto al definido en el momento en que los recibió (Sec. 21).

Quien obtiene datos personales crediticios relativos a una persona para tomar decisiones que la afectan, debe notificarle que va a usar los mencionados datos crediticios y la fuente de los mismos cuando la negativa a conceder un crédito u otra decisión perjudicial para el interesado esté principalmente fundada en los datos recibidos.

Cuando se obtiene el nombre y domicilio de una persona de un fichero de datos personales para hacer publicidad directa, ventas por teléfono u otro tipo de marketing directo, o para hacer sondeos de opinión o investigaciones de opinión o de mercado, hay que notificarle el nombre del fichero del que se obtuvieron los datos, y el nombre y domicilio de su Controlador (Sec. 24).

Existen disposiciones específicas para el uso y protección de los ficheros de datos personales transferidos a las autoridades de los archivos, y para la transmisión de los datos que dichos ficheros contienen. Sin embargo, cuando las autoridades de los archivos transmiten datos que constan en ficheros privados de datos personales deben observar las disposiciones de esta ley relativas a la transmisión de datos personales, a menos que en razón de la antigüedad y del tipo de datos en cuestión esto resulte manifiestamente innecesario para proteger la privacidad del interesado (Sec. 28).

Datos sensibles: los datos sensibles no pueden recolectarse para registrarlos en un fichero de datos personales (Sec. 6), a menos que la Junta lo haya autorizado, el interesado haya dado su consentimiento, o que se vayan a incorporar a: 1) un fichero de datos personales previsto por una ley o decreto, o cuya existencia está directamente justificada por una función que un estatuto impone al Controlador; 2) un fichero de datos personales que mantiene una autoridad de bienestar social, y que contiene los datos que ésta ha recibido para brindar sus servicios al interesado; 3) un fichero de datos personales que mantiene una autoridad o institución que brinda cuidados médicos y que contiene los datos que ha recibido al ejercer dicha actividad, relativos al estado de salud, enfermedad o incapacidad del interesado, o a las medidas terapéuticas a las que éste ha estado sometido u otros datos necesarios para el tratamiento del interesado; 4) un archivo de datos personales que mantiene un médico, dentista u otra persona con entrenamiento profesional en el cuidado de la salud y que contiene datos que ha recibido en el ejercicio de dicha profesión, relativos al estado de salud, enfermedad, o incapacidad del interesado, o a las medidas terapéuticas a las que éste ha estado sometido u otros datos necesarios para el tratamiento del interesado; 5) el legajo del personal que mantiene una autoridad municipal y que contiene datos que, de acuerdo a lo dispuesto en el *Personal Dossier Decree* (1964/215), pueden ingresarse en el legajo personal de un empleado público; 6) un fichero de datos personales que mantiene una compañía de seguros y que contiene los datos recibidos al realizar su actividad aseguradora, relativos al estado de salud, enfermedad o incapacidad de un asegurado, o sobre el tratamiento médico u otras medidas terapéuticas a las que éste ha sido sometido; o 7) un fichero de datos personales destinado a hacer un estudio científico específico posteriormente descripto por decreto (Sec. 7).

El consentimiento del interesado al registro o transmisión de sus datos sensibles, o a la combinación de un fichero que los contiene con otro fichero, debe formularse por escrito, indicando qué datos pueden usarse o transmitirse. Este consentimiento se mantiene vigente hasta que sea revocado, salvo voluntad expresa en contrario (Sec. 18 del *Personal Data File Decree*).

Garantías complementarias para el interesado

Derecho de acceso: toda persona tiene derecho a que el Controlador le informe si en

un fichero de datos personales existen o no datos suyos y, en caso afirmativo, las “fuentes normales de los datos” de ese fichero y los propósitos para los cuales los datos se usan y se transmiten normalmente. El Controlador sólo puede cobrarle un arancel si ha pasado menos de un año desde un pedido anterior con idéntico objeto. Este arancel debe ser razonable y no puede exceder los gastos directamente generados por la provisión de los datos.

El derecho de acceso se ejerce presentando, personalmente o por correspondencia, una solicitud firmada por el interesado (Sec. 11).

Este derecho no existe cuando: 1) la provisión de los datos puede generar un riesgo para la seguridad del Estado o las relaciones internacionales, perjudicar la prevención o investigación de un delito, o violar algún otro interés público muy importante; 2) la provisión de los datos puede generar un riesgo serio para la salud o tratamiento del interesado, o violar otro interés privado muy importante; 3) los datos personales que están en el fichero sólo se usan con fines estadísticos en una actividad de investigación o de planeamiento (Sec. 12); 4) el archivo es mantenido con fines impositivos por las autoridades competentes; o 5) el Controlador, por iniciativa propia, cada dos años entrega por escrito al interesado copia de sus datos personales (Sec. 8 del *Personal Data File Decree*).

Si los datos del interesado se encuentran parcialmente alcanzados por alguno de estos supuestos, aquél tiene derecho a acceder a los otros datos suyos que se encuentran archivados (Sec. 12).

El Controlador de un fichero destinado a brindar servicios de información crediticia debe notificar al interesado la primer anotación relativa a su persona que realice en el fichero que lleva a esos efectos y, a solicitud del interesado, debe brindarle información sobre los destinatarios a los que se han transmitido sus datos personales crediticios durante los 6 meses previos y la fuente de los mismos. A los demás efectos, el acceso a estos ficheros se rige por la Sec. 11 (Sec. 13).

El Controlador de un fichero debe brindar al interesado, sin demoras indebidas, la oportunidad de conocer si en el fichero existen datos suyos y, en caso afirmativo, las “fuentes normales” de los datos de ese fichero y los propósitos para los cuales los datos se usan y transmiten normalmente. A solicitud del interesado, puede proveerle los datos por escrito. Si el Controlador se niega a darle esta información, a solicitud del interesado, debe entregarle una constancia escrita de su negativa, haciendo mención de los fundamentos de ésta (Sec. 14), el nombre del solicitante, el nombre y domicilio del Controlador, y el nombre del fichero y del objetivo que éste persigue (Sec. 10 del *Personal Data File Decree*).

El silencio del Controlador durante los 3 meses posteriores a la presentación de la solicitud se interpreta como una negativa al derecho de acceso (Sec. 14).

Una persona que desea conocer qué datos sobre su estado de salud o enfermedad están registrados en un fichero que mantiene una autoridad o institución que brinda cuidados médicos o un médico o dentista, debe presentar su solicitud de acceso a un médico, quien obtiene los datos y luego se los transmite al interesado (Sec. 9 del *Personal Data File Decree*).

Derecho de rectificación: el Controlador debe asegurarse que los datos personales erróneos, innecesarios, defectuosos o desactualizados, se rectifiquen, supriman o complementen sin demoras indebidas (“rectificación de un error”), cuando resulte manifiesto que generan un riesgo para la protección de la privacidad, o los intereses y derechos del interesado.

También deber rectificar los errores que el interesado le señala en una solicitud fundada. Si el Controlador resuelve no hacer la rectificación que se le solicita, debe entregar al interesado, a su pedido, una constancia escrita de su decisión haciendo mención de los fundamentos de ésta (Sec. 15), su nombre y domicilio, el nombre del fichero y el objetivo que éste persigue, el nombre del interesado y la rectificación que ha solicitado (Sec. 11 del *Personal Data File Decree*).

Si el error puede violar los intereses o derechos del interesado, el Controlador debe

informar su rectificación a las personas a las que ha transmitido los datos o a quienes se los proveyeron (Sec. 15).

Medidas de seguridad: al recolectar, registrar, usar o transmitir datos personales, el Controlador debe cumplir las reglas de buena práctica registral y actuar, también a otros respetos, de forma de no violar la privacidad, intereses y derechos del interesado, ni generar un riesgo para la seguridad del Estado. Tiene esta misma obligación la persona que, como empresa independiente, actúa en nombre del Controlador o ha recibido los datos (Sec. 3).

El Controlador debe proteger adecuadamente el fichero y los datos que éste contiene de la manipulación, uso, supresión y alteración, no autorizados. Esta misma obligación pesa sobre la persona que, como empresa independiente, actúa en nombre del Controlador o ha recibido los datos a través de una “transmisión masiva” o “muestra sensible” (Sec. 26).

Un fichero que ha dejado de ser necesario para la actividad del Controlador, debe suprimirse a menos que los datos allí registrados deban preservarse en virtud de una disposición u orden especial, o el fichero se transfiera a archivo (Sec. 17).

Obligaciones del Controlador: el Controlador debe asegurarse de no registrar datos falsos, incompletos o desactualizados, obteniéndolos de fuentes confiables de datos en atención al objeto que persigue el fichero y a la importancia que su uso tiene para la protección de la privacidad y para los intereses y derechos del interesado (Sec. 9).

Antes de recolectar los datos que va a registrar en un fichero computarizado o, si aquéllos constan en documentos emanados de su actividad normal, antes de organizarlos en forma de fichero, el Controlador debe preparar una declaración a su respecto, indicando el objeto que persigue dicho fichero y los datos que contiene. Debe exponer esta declaración al público en sus oficinas, a menos que esto pueda generar un riesgo para la seguridad del Estado o para sus relaciones internacionales, o perjudicar la prevención o investigación de un delito, en cuyo caso puede disponerse, mediante decreto, que sólo brinde esta información al Ombudsman para la Protección de Datos (Ombudsman).

El Controlador también debe brindar información sobre el objetivo y sobre los datos almacenados en ficheros en relación a los cuales no está obligado a preparar ese tipo de declaración (Sec. 10).

Secreto de los datos: una persona que al recolectar, registrar, usar o transmitir datos personales, obtiene información sobre las circunstancias personales o económicas de otra, no debe transmitirla a terceros en violación a las disposiciones de esta ley (Sec. 41).

Transmisión de datos al extranjero: los datos personales que se encuentran o que se recolectan para un fichero sólo pueden transmitirse en forma “masiva” o como “muestra sensible”, sin autorización de la Junta o consentimiento del interesado, a países cuyas normas se correspondan con las disposiciones de esta ley.

La Junta sólo puede dar su autorización cuando, en atención a la cantidad, tipo, objeto y antigüedad de los datos que pretenden transmitirse, y a las medidas protectoras que se van a adoptar, resulte manifiesto que la transmisión no genera un riesgo para la protección de la privacidad del interesado o para la seguridad del Estado, ni viola sus intereses o derechos.

Los datos personales pueden transmitirse a otro país para procesarlos cuando su transmisión y uso no genere un riesgo para la protección de la privacidad o la seguridad del Estado, ni para los intereses y derechos del interesado (Sec. 22).

El Ombudsman puede apelar la decisión que la Junta adopte a este respecto ante la Suprema Corte Administrativa, conforme a las disposiciones de la *Administrative Appeals Act* (1950/145) (Sec. 38).

Combinación de ficheros: los ficheros de datos personales sólo pueden combinarse cuando: 1) el interesado ha prestado su consentimiento, o la Junta ha dado su autorización; 2) la combinación deriva directamente de una función estatutaria para cuyo cumplimiento el Controlador tiene derecho a recibir y usar los datos que se van a combinar; 3) la combinación tiene por objeto realizar una actualización ordinaria de los datos relativos a los domicilios, o evitar múltiples envíos postales; o 4) resulta manifiesto que no genera un riesgo para la

protección de la privacidad, o para los intereses y derechos del interesado.

La acumulación de dos o más ficheros llevados por una misma persona en forma técnicamente independiente no se considera combinación de ficheros cuando los ficheros en cuestión se refieren a la misma relación del Controlador con el interesado, y el nuevo fichero que se crea satisface las exigencias de las Secs. 4 a 7 (Sec. 20).

Transferencia de datos personales a los archivos: un fichero de datos personales que resulta importante para la investigación científica o por otras razones, puede transferirse a los archivos de una universidad o de un instituto o autoridad que tiene la función estatutaria de hacer trabajos de investigación y que cuenta con autorización de la Junta para mantener archivos. La Junta también puede autorizar a una asociación, fundación o instituto, a crear archivos de los datos personales que ha acumulado al realizar su actividad y que satisfacen las mencionadas exigencias. En su decisión, la Junta puede disponer la forma en que deben protegerse los ficheros y en que debe supervisarse el uso de los datos personales (Sec. 14 del *Personal Data File Decree*).

Archivos de datos de investigaciones: los datos personales pueden recolectarse y registrarse en un fichero para hacer trabajos de investigación científica cuando: 1) el fichero se usa para cumplir funciones estatutarias del Controlador o conforme a un plan de investigación apropiado; 2) el contenido del fichero no genera un riesgo para la protección de la privacidad del interesado; 3) el fichero sólo se usa, y los datos personales sólo se transmiten, para hacer investigación científica, y se adoptan medidas para que los datos relativos a una determinada persona no se revelen a terceros, a menos que este procedimiento sea manifiestamente innecesario para la protección de la privacidad del interesado en razón de la antigüedad y tipo de los datos registrados; y 4) el fichero se suprime o se transfiere a un archivo dentro del plazo de 5 años desde que se comenzó a usar o de terminar de recolectar los datos necesarios para la realización del estudio, o dentro de los 2 años cuando contenga datos sensibles.

Debe designarse un director responsable del estudio, a menos que lo realice una universidad, autoridad o instituto, que tiene la función estatutaria de hacer investigación (Sec. 1 del *Personal Data File Decree*).

Archivos de datos estadísticos: los datos personales pueden recolectarse y registrarse con fines estadísticos en un fichero de datos personales cuando: 1) resulte necesario para cumplir funciones propias de la actividad del Controlador; 2) sólo se refieran a personas y circunstancias vinculadas a la actividad del Controlador; 3) los datos no se transmitan del fichero en forma nominativa, a menos que resulte necesario para que el Controlador cumpla una obligación de brindar datos para estadísticas oficiales estipulada en una ley o decreto (Sec. 2 del mencionado decreto).

Sondeos de opinión e investigaciones de mercado: cuando los datos se obtienen del interesado para almacenarlos en un fichero de datos personales destinado a hacer sondeos de opinión o investigaciones de mercado, se le debe informar el carácter voluntario de las respuestas, el nombre y domicilio de la persona que hace la investigación y el objeto de ésta, así como los datos de la persona que la ha solicitado, a menos que este último dato pueda reducir sustancialmente la confiabilidad del resultado.

Los datos personales recolectados con este destino no pueden usarse ni transmitirse con otros fines, ni conservarse durante más de 2 años en forma nominativa sin consentimiento escrito del interesado (Sec. 3, ídem).

Archivos usados para hacer marketing directo: los datos personales pueden recolectarse y registrarse con el fin de usarlos para hacer publicidad directa, ventas por teléfono u otro tipo de marketing directo, cuando el fichero: 1) se usa durante menos de 6 meses para adoptar medidas de marketing especificadas con antelación y los datos que contiene no generan un riesgo para la protección de la privacidad del interesado; o 2) sólo contiene los datos relativos al nombre, domicilio, número de teléfono, profesión u ocupación, sexo, edad y lengua materna del interesado, y el alcance y forma de uso no generan un riesgo

para la seguridad del Estado (Sec. 4, íd.).

Con el consentimiento del interesado, y siempre que no se trate de datos sensibles, los datos personales se pueden transmitir con estos fines, o usar como base de un muestreo, en la medida en que no se transmita un dato identificatorio aislado de una persona sino también su nombre, domicilio, profesión u ocupación, edad, sexo y lengua materna. El código de identidad personal puede transmitirse para el procesamiento de datos cuando ya esté a disposición del destinatario (Sec. 12, íd.).

Archivos de datos crediticios: una persona dedicada a brindar servicios de información crediticia puede registrar los datos relativos al nombre, código de identidad personal, domicilio y profesión u ocupación del interesado, en un fichero de datos crediticios.

Los datos relativos a incumplimientos de pago o de otras obligaciones contractuales pueden registrarse y transmitirse de uno de estos archivos cuando: 1) han sido comprobados en la decisión legalmente válida de un tribunal o de una autoridad de ejecución; 2) han dado lugar a la presentación de un pedido de quiebra; 3) el interesado los ha reconocido en una notificación escrita enviada a su acreedor; 4) han dado lugar, en una venta a crédito, a que el vendedor pueda rescindir otro contrato de crédito al consumo, y la Junta autoriza la inscripción de estos datos exigiendo, si lo considera conducente, la adopción de las medidas necesarias para asegurar que los datos que se van a registrar son correctos y que el interesado ha sido informado de esta inscripción.

También pueden registrarse y transmitirse desde este tipo de ficheros, los datos relativos al fracaso de un embargo ejecutivo por la carencia de medios del interesado (Sec. 33, íd.).

Autoridades de contralor: son el Ombudsman para la Protección de Datos, que controla que la recolección, archivo, uso y transmisión de datos personales, cumplan los objetivos de esta ley, y la Junta para la Protección de Datos, que tiene autoridad para decidir las cuestiones relativas a la protección de datos que le asigna esta ley.

Las disposiciones aplicables a la oficina del Ombudsman, a la composición de la Junta y a los procedimientos que tramitan ante ésta, se encuentran en la *Act on the Data Protection Board and the Data Protection Ombudsman* (1987/474) (Sec. 29).

El Controlador debe notificar al Ombudsman:

1) la creación de un fichero de datos personales destinado a hacer publicidad directa, ventas por teléfono u otro tipo de marketing directo, o sondeos de opinión o investigaciones de mercado, y cuyos datos conciernan a personas que no tienen una asociación sustantiva con el Controlador;

2) la creación de un fichero informático de datos personales que se recolectan mediante una “transmisión masiva” o de “muestra sensible” que el mencionado Controlador tiene derecho a recibir en virtud de una disposición legal, a menos que se trate de la actualización ordinaria de los datos relativos al domicilio, o de un fichero destinado a la investigación científica;

3) la transmisión de datos personales al extranjero a efectos de su procesamiento, o la transmisión de un número considerable de los datos personales que están en un fichero al extranjero a fin de que se usen allí, a menos que la Junta haya autorizado esta transmisión;

4) una alteración esencial de uno de los ficheros mencionados en 1) y 2).

Debe notificar su actividad al Ombudsman toda persona dedicada a brindar servicios de información crediticia, a realizar cobranzas, a hacer marketing o sondeos de opinión en forma profesional, o que, en nombre de otra, realiza procesamientos de datos u otras tareas vinculadas a la selección de personal y a la evaluación de su idoneidad, y que para esa actividad usa o procesa ficheros de datos personales y los datos que éstos contienen.

Estas notificaciones deben hacerse por lo menos un mes antes de recolectar los datos que se quieren registrar, de iniciar las actividades mencionadas o de realizar otras acciones que den lugar a la obligación de notificar, o de comenzar a usar un fichero no sujeto a la obligación de notificar que se ha transformado en uno que sí lo está.

La reglamentación puede establecer excepciones a la obligación de notificar para los ficheros de datos personales que no pongan en peligro las posibilidades de dictar pautas para que sus actividades satisfagan los objetivos de esta ley (Sec. 30).

El Controlador debe brindar al Ombudsman la información relativa a los ficheros de datos personales y a sus usos, que este último le solicite para supervisar la recolección, archivo, inspección, uso y transmisión, de los datos. También debe presentarle los informes que determine la reglamentación (Sec. 31).

El Ombudsman tiene derecho a inspeccionar los ficheros de datos personales y a emplear, a esos efectos, a expertos aprobados por la Junta.

A fin de realizar una inspección, el Ombudsman y un experto tienen derecho a acceder a las instalaciones del Controlador en donde se procesan o conservan los datos personales, y a recibir los datos y el equipamiento necesario para realizar la inspección, la cual debe llevarse a cabo de forma de no causar al Controlador inconvenientes ni gastos innecesarios (Sec. 32).

El Ombudsman puede dictar instrucciones adicionales para los casos en que los datos personales puedan transmitirse en “forma masiva” o como “muestra sensible”, o en que puedan combinarse sin autorización de la Junta. También puede determinar la forma en que los ficheros deben protegerse del uso por parte de terceros (Sec. 33).

Si el Ombudsman observa que la recolección, archivo, uso o transmisión de los datos de un fichero es ilícito, debe intentar que su Controlador corrija voluntariamente su actividad. Cuando sea necesario, debe someter la cuestión a la consideración de la Junta, o denunciarlo para que sea procesado (Sec. 34).

A solicitud de un interesado, el Ombudsman puede dictar una orden al Controlador vinculada al ejercicio del derecho de acceso y de rectificación de dicho interesado. La orden caduca si el Controlador le contesta objetando el dictado de la mencionada orden.

Si una persona recolecta y registra datos en un fichero de datos personales, usa un fichero de datos personales o transmite datos de un fichero de datos personales, en violación de esta ley, u omite el cumplimiento de una obligación que le imponen estas disposiciones u órdenes, o si la orden dictada por el Ombudsman ha caducado en la forma descrita en el párrafo anterior, a solicitud del Ombudsman, la Junta puede obligar a la persona en cuestión a que, dentro del plazo que le fije, rectifique lo que ha hecho u omitido ilícitamente. El interesado puede someter a la consideración de la Junta una cuestión relativa al ejercicio de su derecho de acceso o de rectificación cuando el Ombudsman haya resuelto no dictar una orden al Controlador o se haya negado a someter la cuestión a la consideración de la Junta (Sec. 35).

Sanciones: están previstas en las Secs. 42 a 48 de la ley.

3.2.8.4. El gobierno finlandés ha dictado ordenanzas especiales que se aplican a ciertos ficheros de datos personales, entre los cuales se encuentran los mantenidos por la policía - como los ficheros de información criminal-, el servicio nacional de salud, los sistemas de pasaportes, los ficheros de población, los ficheros agropecuarios, y la agencia responsable del fichero de automotores.

3.2.8.5. La vigilancia telefónica y la intervención de teléfonos están regulados por el derecho penal. Un juez puede autorizar la interceptación del teléfono de un sospechoso de cometer uno de los crímenes que tienen prevista pena de cárcel y que están taxativamente enumerados en la *Coercive Criminal Investigations Means Act*. La vigilancia electrónica es lícita, con autorización judicial, cuando el sospechoso está acusado de un crimen vinculado a las drogas o de otro que tenga prevista una sanción de más de 4 años de prisión.

3.2.8.6. Finlandia 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-. Sin embargo, en virtud de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Marleasing* (del 13-11-90, caso 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).

3.2.8.7. Finlandia adoptó la Convención Europol e hizo las reformas legislativas pertinentes a fines de 1997. El Ombudsman fue designado Autoridad Nacional de Supervisión.

3.2.9. Francia

3.2.9.1. La Constitución y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 no contienen alusión alguna a esta materia.

3.2.9.2. La protección de datos se garantiza mediante la Ley de Informática, Ficheros y Libertades (Ley 78-17), aprobada el 6 de enero de 1978.

Titular de la protección: la persona física identificada o identificable (art. 4).

Principios y definiciones: la informática debe estar al servicio de cada ciudadano. Su desarrollo debe realizarse dentro del marco de la cooperación internacional y no debe menoscabar la identidad humana, los derechos del hombre, la vida privada ni las libertades individuales o públicas (art. 1).

Ninguna decisión judicial o administrativa que implique una decisión sobre el comportamiento humano, puede fundarse en la definición del perfil o de la personalidad del interesado que suministre un tratamiento automatizado de datos (art. 2).

Toda persona tiene derecho a conocer y cuestionar los datos y los razonamientos utilizados en los tratamientos automatizados cuyos resultados le sean adversos (art. 3).

Legitimidad del establecimiento y funcionamiento de bancos de datos: la ley contiene 4 regímenes distintos:

a) tratamientos realizados por cuenta del Estado: a excepción de los casos en que deben estar autorizados por ley, los tratamientos que funcionan por cuenta del Estado, de un establecimiento público o de una colectividad territorial, o de una persona jurídica de derecho privado que tiene la gerencia de un servicio público, se establecen mediante un acto reglamentario pronunciado previo dictamen de la Comisión Nacional de Informática y de las Libertades (Comisión). Si la opinión de ésta es desfavorable, el tratamiento sólo puede realizarse por decreto dictado con la conformidad del Consejo de Estado o, tratándose de una colectividad territorial, en virtud de una decisión de su órgano deliberante aprobada por decreto, previa conformidad del Consejo de Estado. El silencio de la Comisión se equipara a una opinión favorable (art. 15).

b) tratamientos realizados por cuenta de otras personas: antes de entrar en funcionamiento, la Comisión debe haber dictaminado que satisfacen las exigencias legales (art. 16).

c) tratamientos públicos o privados que no menoscaban manifiestamente la vida privada ni las libertades: la Comisión establece y publica normas simplificadas para regularlos. Su establecimiento sólo requiere la presentación, ante dicho organismo, de una declaración que satisfaga las mencionadas normas (art. 17).

d) tratamientos basados en el repertorio nacional de identificación de personas físicas: su establecimiento tiene que estar autorizado por decreto del Consejo de Estado dictado previo dictamen de la Comisión (art. 18).

Legitimidad de la recolección, registro y conservación de datos

La recolección no puede hacerse por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

Todas las personas físicas tienen derecho a oponerse, por motivos justificados, a que sus datos personales sean objeto de tratamiento, salvo en el caso de los tratamientos taxativamente enumerados en la ley reglamentaria (art. 26).

Cuando la información se obtiene del interesado, hay que hacerle saber el carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas, las consecuencias de su negativa a contestar, los destinatarios de sus datos y la existencia de un derecho de acceso y de rectificación. Está liberada del cumplimiento de esta exigencia la recolección de la información necesaria para la

constatación de infracciones (art. 27).

Salvo disposición legislativa en contrario, los datos no deben conservarse en forma nominativa durante un plazo mayor al previsto en la decisión que autoriza el tratamiento de datos, a menos que la Comisión así lo permita (art. 28).

Salvo disposición legislativa en contrario, los entes públicos que actúan dentro del marco de sus atribuciones legales y las prestatarias de servicios públicos -con opinión favorable de la Comisión-, pueden tratar informáticamente los datos relativos a las infracciones, condenas y medidas de seguridad (art. 30).

Datos sensibles: no pueden conservarse informáticamente sin consentimiento expreso del interesado. Sin embargo, las iglesias o agrupaciones de carácter religioso, filosófico, político o sindical, pueden mantener un registro de sus miembros o de sus corresponsales. A propuesta o con la conformidad de la Comisión y en aras del interés público, se pueden establecer otras excepciones a esta prohibición a través de un decreto del Consejo de Estado (art. 31).

Medidas de seguridad: el responsable del tratamiento debe adoptar todas las precauciones útiles para preservar la seguridad de los datos, particularmente para impedir que se distorsionen, deterioren o comuniquen a terceros no autorizados (art. 29).

Garantías complementarias para el interesado

Derecho de acceso: todas las personas, acreditando su identidad, tienen derecho a consultar a los entes que tratan datos personales en forma automatizada para saber si tienen almacenados datos suyos y, en caso afirmativo, cuáles son éstos (art. 34). La información que se le proporcione, en lengua clara, debe conformarse al contenido de los registros.

Por la provisión de esta información, el ente almacenador puede cobrar un arancel, fijado por la Comisión y homologado por el Ministro de Economía y de Finanzas, que varía según la categoría del tratamiento.

Derecho de rectificación y supresión: el interesado puede exigir que se rectifiquen, completen, aclaren, actualicen o supriman sus datos inexactos, incompletos, equívocos, desactualizados o cuya recolección o uso, transmisión o conservación, esté prohibida.

Transmisión de datos al extranjero: según las modalidades fijadas por decreto del Consejo de Estado para asegurar el respeto a los principios establecidos en esta ley, y a propuesta o después de oír a la Comisión, esta transmisión puede estar sujeta a una autorización previa o reglamentación (art. 24).

Tratamientos de datos realizados por la prensa escrita o audiovisual: si encuadran en el marco de las leyes que las rigen, no están alcanzados por las normas relativas a la transmisión de datos al extranjero y al procesamiento de datos sensibles en cuanto limite el ejercicio de la libertad de expresión (art. 33).

Tratamientos de datos en investigaciones médicas: se rigen por las disposiciones de esta ley, con excepción de las normas relativas a la legitimidad del establecimiento y funcionamiento de bancos de datos mantenidos por cuenta del Estado, o de terceros, o a los tratamientos públicos o privados que no menoscaban manifiestamente la vida privada ni las libertades, al derecho a objetar un procesamiento, y al derecho de información.

Este régimen no se aplica a los tratamientos destinados al seguimiento terapéutico o médico individual de los pacientes, ni a los que permiten efectuar estudios a partir de los datos así recolectados, siempre que los realicen las personas que hacen ese seguimiento y estén destinados a su uso exclusivo (art. 40-1).

El pedido de autorización para iniciar el tratamiento de este tipo de datos se somete a la consideración de un comité consultivo especializado, instruido por el encargado del proyecto e integrado por personas competentes en este tipo de investigaciones, en epidemiología, en genética y en bioestadística. Este cuerpo tiene 1 mes -o 15 días, en casos urgentes- para dar su opinión, y su silencio se interpreta como dictamen favorable. Posteriormente, la Comisión decide sobre la autorización (art. 40-2).

La presentación de los resultados de la investigación no puede en ningún caso permitir

la identificación directa o indirecta de los interesados (art. 40-3).

Autoridad de Contralor: es la Comisión Nacional de Informática y de las Libertades (Comisión), autoridad administrativa independiente, compuesta por 17 miembros que permanecen 5 años en su cargo: 2 diputados y 2 senadores, 2 miembros del Consejo Económico y Social; 2 miembros o ex miembros del Consejo de Estado, 2 de la Corte de Casación, 2 del Tribunal de Cuentas; 2 personalidades calificadas por su conocimiento de las aplicaciones de la informática, nombradas por decreto a propuesta, respectivamente, del presidente de la Asamblea Nacional y del presidente del Senado, y 3 elegidas en razón de su autoridad y competencia, por decreto en Consejo de Ministros (art. 8).

La Comisión vela por que los tratamientos automatizados, públicos o privados, de datos personales, se efectúen conforme a las disposiciones de esta ley (art. 14); en especial, notifica a los interesados los derechos y obligaciones que tienen y controla la forma en que se aplica la informática al tratamiento de datos personales. A estos efectos, tiene facultades reglamentarias que puede ejercer en los casos previstos en esta norma (art. 6).

En el ejercicio de sus atribuciones, sus miembros no reciben instrucciones de ninguna autoridad y están sujetos al secreto profesional por los hechos, actos o datos de los que han tomado conocimiento en razón de sus funciones (art. 12).

Para ejercer su misión de control, la Comisión tiene las siguientes atribuciones: toma decisiones individuales o reglamentarias en los casos previstos por esta ley; encarga a uno o a varios de sus miembros o de sus agentes la verificación *in situ* de los tratamientos de datos; dicta reglamentos-tipo para asegurar la seguridad de los sistemas; en circunstancias excepcionales, ordena medidas de seguridad que pueden llegar hasta la destrucción de los soportes informáticos; hace advertencias a los interesados, y denuncia al ministerio fiscal las infracciones que conoce, conforme al art. 40 del Código Procesal Penal; vela para que las modalidades del ejercicio del derecho de acceso y de rectificación, no entorpezcan el libre ejercicio de ese derecho; recibe los reclamos, peticiones y quejas, y se mantiene informada de las actividades industriales y de los servicios que concurren a la puesta en marcha de la informática; y, anualmente, presenta al Presidente de la República y al Parlamento un informe sobre el cumplimiento de sus misiones (art. 23).

Los ministros, autoridades públicas, dirigentes de empresas públicas o privadas, responsables de agrupaciones diversas y, en general, quienes detentan o utilizan los archivos de datos personales, no pueden oponerse a la acción de la Comisión o de sus miembros por ningún motivo, sino que, por el contrario, deben adoptar todas las medidas que faciliten su tarea (art. 21).

3.2.9.3. Francia 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-. Sin embargo, en virtud de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Marleasing* (del 13-11-90, caso 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).

3.2.9.4. La vigilancia electrónica está regulada por la ley 91-636, del 10 de julio de 1991, relativa al secreto de la correspondencia emitida por vía de las telecomunicaciones, que exige que la interceptación telefónica cuente con autorización judicial. Esta norma creó la Comisión Nacional de Control de las Interceptaciones a la Seguridad, que establece reglas y controla anualmente las interceptaciones telefónicas. La Corte Europea de Derechos Humanos ha condenado en varios casos a Francia por violación al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y la decisión que en 1990 tomó en el caso *Kruslin v. France* (caso 176-A, Serie A), dio lugar a la aprobación de la ley de 1991.

3.2.9.5. Existen otras leyes específicas para documentos administrativos (ley 78-753, del 17 de julio de 1978, que contiene diversas medidas para mejorar las relaciones entre el

público y la administración, y de orden público administrativo, social y fiscal), archivos (ley 79-18, del 3 de enero de 1979), vigilancia por video (ley de orientación y programación 95-73, del 21 de enero de 1995, relativa a la seguridad), y empleo (ley 92-1446, del 31 de diciembre de 1992, relativa al empleo y al desarrollo del empleo a tiempo parcial). También existen garantías en el Código Civil (art. 9, ley 70-643, del 17 de julio de 1970) y en el Penal (art. 368).

Sobre el régimen de autorización y utilización de las instalaciones de sistemas de video para operaciones de vigilancia, véase la decisión del Consejo Constitucional del 18-1-1995, n° 93-352, en **investigaciones** 1 (1997), p. 29.

3.2.9.6. La actuación de la Comisión resulta instrumental para la aplicación de esta ley. Por ejemplo, en 1988 se sometió a su consideración un proyecto de creación de un observatorio nacional del Sida, que había sido elaborado en forma conjunta por diversos organismos oficiales especializados en el tema de salud pública, y que consistía en la creación de un sistema nacional automatizado de recolección de datos epidémicos y clínicos sobre esta enfermedad. Su puesta en funcionamiento implicaba la centralización de toda la información existente acerca de los portadores del virus que hubieran sido atendidos en algunos de los centros de información y tratamiento de la inmunodeficiencia que existen en Francia.

El dictamen de la Comisión fue adverso porque, pese a lo loable del proyecto propuesto, no se consideraron suficientes los recaudos previstos para garantizar debidamente el anonimato de la información a utilizar, como único medio de proteger su confidencialidad. Se estimó que no se fijaban pautas adecuadas para prever el peligro que representaba una eventual fuga de datos, p.ej. hacia los empleadores.

De acuerdo a lo que surge del Segundo Informe Anual del *Working Party* de la Comunidad, del 30 de noviembre de 1998, la reforma del sistema de seguridad social y un mejor control de los gastos que genera el sistema de salud han llevado a Francia a establecer la red de *Intranet* más grande que existe, en la cual pueden circular datos particularmente sensibles relativos a la salud de las personas. Todo afiliado al sistema de seguridad social y todo profesional de la salud recibirá una “tarjeta inteligente” (*smart card*) antes del año 2000, la cual permitirá la transferencia de los datos necesarios para que las organizaciones del sistema de Seguridad Social les reintegren sus gastos de salud. A partir de la fecha mencionada ya no van existir documentos impresos en este área. La computarización de los profesionales de la salud, la implementación de esta red, la distribución de “tarjetas inteligentes” a los afiliados al sistema de seguridad social y a los profesionales de la salud, la constitución de archivos nacionales de profesionales y de afiliados al programa de seguridad social (en donde no sólo figuran los adultos, sino también sus hijos desde el momento del nacimiento), y el nuevo uso de una codificación de todas las patologías posibles, han movilizado a la Comisión -que trabajó en estrecha cooperación con las organizaciones que representan a los profesionales de la salud y a los pacientes- a expresar sus reservas en relación a las cuestiones que el gobierno francés le planteó, reservas que en su mayor parte fueron tomadas en cuenta. En febrero de 1997, la Comisión adoptó una recomendación general para las redes que contienen datos sobre salud.

El surgimiento de mega-bases de datos sobre el comportamiento de las personas, que se elaboraban usando cuestionarios de 200 preguntas que distribuían varias empresas privadas, dio lugar a numerosas denuncias ante la Comisión. En este contexto, uno de sus subcomités adoptó una recomendación dirigida a especificar que las personas debían ser informadas en forma clara y honesta sobre el objetivo comercial de los datos que se recolectan y sobre sus derechos. En realidad, en ese supuesto se habían usado expresiones ambiguas que podían dar lugar a la convicción de que eran investigaciones puramente estadísticas realizadas en nombre del Estado. La Comisión dirigió una advertencia a una de las empresas en cuestión objetando la transferencia a terceras personas de los datos que había recolectado. En una decisión del 30 de julio de 1997 el Consejo de Estado confirmó la procedencia de dicha advertencia. Esta fue la primer decisión judicial vinculada a una

advertencia formulada por la Comisión a una empresa responsable de archivos de datos personales.

En el sector bancario, el gran número de denuncias formuladas a la Comisión impulsó a uno de sus subcomités a realizar controles en los bancos más importantes, a fin de lograr que usaran mejor la información bancaria al establecer perfiles crediticios. Estos controles tuvieron que ser complementados con visitas a las organizaciones crediticias con el propósito de supervisar las condiciones en que usaban el “puntaje crediticio”, ya que se había demostrado que a igual estatus económico, el criterio de nacionalidad podía permitir a estos establecimientos discriminar entre ciudadanos franceses y de otros Estados miembros de la Comunidad Europea, o entre ciudadanos franceses y de otros países.

A fin de facilitar la aplicación de la ley al Internet, uno de los subcomités de la Comisión elaboró un modelo estándar para regular los procesos usados en los *sites* de los ministerios. Este modelo, junto con la guía distribuida a los responsables de los *sites*, repite las recomendaciones elaboradas en cooperación con las personas comprometidas, relativas a los principales usos del Internet, a los mensajes electrónicos, a los foros de discusión, a la recolección electrónica de datos y a la difusión de información personal. En relación a este último aspecto, el subcomité, por un lado, destacó particularmente el derecho de los interesados a objetar de antemano o posteriormente la difusión de sus datos personales, y, por el otro, recordó a los usuarios de los *sites* la prohibición de usar los datos distribuidos de este modo con otros objetivos, en particular para fines comerciales. Por lo tanto, en Francia, a la fecha de la elaboración del mencionado Informe, se habían reconocido los siguientes derechos: a) el derecho de las personas a objetar que las administraciones públicas difundan sus organigramas a través de *sites* o directorios públicos (decisión del 16-5-97, adoptada por el Primer Ministro en ejercicio de las facultades que le otorga el art. 15 de esta ley, publicada en el JO del 18-5-97); y b) el derecho de los abonados que figuran en una guía de teléfonos a objetar su aparición en otras accesibles por Internet (recomendación de la Comisión del 8-7-98, OJ del 2-8-97, y decisión de France Telecom del 23-1-98 publicada en OJ de febrero de 1998).

3.2.9.7. Jurisprudencia del Consejo Constitucional

3.2.9.7.1. La transmisión de la información necesaria para el ejercicio del control de las estructuras agrícolas, que figura en los ficheros de la mutualidad social agrícola, transmisión limitada a las informaciones necesarias para el ejercicio de dicho control y realizada en las condiciones indicadas por un decreto dictado después del dictamen de la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades, no viola ningún principio ni regla de valor constitucional (84-172 DC, 26-7-1984, cons. 16, cit. en *Conseil Constitutionnel. Trente Ans de Jurisprudence 1959-1988*, p. 263).

3.2.9.7.2. Al prever que los organismos encargados de la gestión de un régimen obligatorio de seguridad social podrán tener acceso a los ficheros del Estado para verificar que los asegurados extranjeros satisfacen las condiciones de regularidad de su situación en Francia, el legislador ha entendido asegurar explícitamente la aplicación de las disposiciones protectoras de la libertad individual previstas en la legislación relativa a la informática, a los ficheros y a la libertad (93-325 DC, 13-8-1994, cons. 121, en *Jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Tables Quinquennales 1989-1993*, p. 189).

3.2.9.7.3. Visto el objeto de la ley sometida a la consideración del Consejo Constitucional, los ciudadanos y los extranjeros se encuentran en situaciones diferentes, y el legislador ha entendido asegurar, explícitamente, la aplicación de las disposiciones protectoras de la libertad individual previstas en la legislación relativa a la informática, a los ficheros y a la libertad. Por lo tanto, la disposición de la ley que subordina la inscripción en la Agencia Nacional de Empleo a la regularidad de la situación de los extranjeros en relación a su residencia y al trabajo, no desconoce ningún principio ni regla de valor constitucional (93-325 DC, 13-8-1993, cons. 133, Rec., p. 224, en *Jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Tables Quinquennales 1989-1993*, p. 189).

3.2.10. Grecia

3.2.10.1. La Constitución de 1975 no hace referencia a la protección de los datos personales.

3.2.10.2. En abril de 1997 el Parlamento aprobó la *Data Protection Act* (ley 2472/1997) que es la primer norma griega en esta materia, y que tiene por objeto implementar la Directiva 95/46 de la Comunidad Europea -v. **investigaciones** 1 (1998), p. 129-.

Definiciones: esta ley prevé dos figuras especiales: el Controlador de los Datos y el Procesador de los Datos.

El Controlador es quien determina el alcance y los medios con que se procesan los datos personales. Puede ser una persona natural o jurídica, una autoridad o departamento público, o cualquier otra organización. Cuando los objetivos y medios del procesamiento surgen de leyes o reglamentaciones nacionales o comunitarias, una ley nacional o una norma comunitaria puede designar al Controlador o los criterios específicos para designarlo (art. 2.g).

El Procesador es quien procesa los datos personales en nombre del Controlador. Puede ser una persona natural o jurídica, una autoridad o departamento público, o cualquier otra organización (art. 2.h).

Ambito de aplicación: esta ley se aplica al procesamiento de datos personales, estableciendo los términos y condiciones en que debe realizarse para proteger los derechos y libertades fundamentales de la persona natural y, en particular, su derecho a la privacidad (art. 1).

Se aplica a los procesamientos total o parcialmente informatizados, y a los manuales que forman parte de un archivo o que están destinados a formar parte de un archivo (art. 3.1), pero no a los que hace una persona natural en el curso de una actividad puramente personal o doméstica (art. 3.2), ni a los que realiza: 1) un Controlador, o un Procesador, establecido en territorio griego o en un lugar en que, en virtud de lo dispuesto por el derecho internacional público, se aplica la ley griega; 2) un Controlador que no está establecido en territorio griego ni en un lugar en que se aplica la ley griega, o que tiene algún tipo de inmunidad frente a un procesamiento penal, cuando los datos pertenecen a personas establecidas en territorio griego -en este caso, el Controlador debe designar, mediante declaración ante la Autoridad de Protección de Datos Personales (Autoridad), un representante en territorio griego para que lo reemplace en el ejercicio de todos sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, sin perjuicio de cualquier responsabilidad a que pueda quedar sujeto; 3) un Controlador que no está establecido en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad Europea, o que tiene algún tipo de inmunidad frente a un procesamiento penal, y que, para procesar los datos personales, usa un equipo informático o no ubicado en territorio griego, a menos que ese equipo sólo se use para hacer el tránsito a través de dicho territorio -en este caso, el Controlador debe designar, mediante una declaración escrita ante la Autoridad, un representante en territorio griego que lo reemplace en el ejercicio de todos sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, sin perjuicio de cualquier responsabilidad a que pueda quedar sujeto- (art. 3.3).

Titular de la protección: es la persona natural (art. 2.c).

Legitimidad del establecimiento de archivos: el Controlador debe notificar previamente por escrito a la Autoridad, el establecimiento y operación de un archivo o el inicio de un procesamiento de datos, incluyendo: su nombre, nombre comercial y domicilio, los de las personas empleadas en el procesamiento y, en su caso, los de su representante en Grecia; el domicilio en que se va a establecer el archivo o el equipo principal de computación; la descripción del objetivo del procesamiento de datos personales que está incluido o que se va a incluir en el archivo; las categorías de datos personales que se van a procesar o a incluir en el archivo; el plazo durante el cual se va a realizar el procesamiento o a conservar el archivo; los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes se van a

transmitir los datos; todo proyecto de transferencia de datos a terceros países, y los objetivos de las mencionadas transferencias; las características básicas del sistema y las medidas de seguridad adoptadas para proteger el archivo o el procesamiento de datos; en su caso, una declaración en la que confirma que el procesamiento de datos se va a realizar, o el archivo se va a conservar, de acuerdo a las reglas especiales dictados por la Autoridad para esa categoría de archivos (art. 6.1 y 6.2). Estos datos se registran en el Registro de Archivos y Procesamientos de Datos que lleva la Autoridad (art. 6.3), a la cual se debe notificar por escrito, y sin demoras indebidas, toda modificación de esta información (art 6.4).

Datos sensibles: no pueden recolectarse ni procesarse (art. 7.1) a menos que, excepcionalmente y a pedido del Controlador, lo autorice la Autoridad, la cual también puede permitir el establecimiento y operación del archivo en que se almacenan cuando el procesamiento reúne alguna de las siguientes circunstancias: a) ha sido autorizado por escrito por el interesado, a menos que dicho consentimiento se haya obtenido en forma contraria a la ley o *bono mores*, o no resulte jurídicamente suficiente para levantar esta prohibición; b) es necesario para proteger los intereses vitales de un interesado que está física o legalmente incapacitado para dar su consentimiento; c) sólo tiene por objeto datos que el interesado ha hecho públicos, o resulta necesario para que éste establezca, ejerza o defienda judicialmente sus derechos; d) tiene por objeto datos médicos, es realizado por un médico sujeto al secreto profesional o a códigos de conducta, y es necesario con fines de medicina preventiva, diagnóstico médico, provisión de cuidado o tratamiento, o gestión de servicios de salud o cuidado; e) es necesario para la seguridad nacional, política criminal o correccional, es realizado por una autoridad pública y se relaciona con la detección de delitos, condenas penales y medidas de seguridad; f) sólo se usa con fines científicos o de investigación, mantiene el anonimato de los datos y se han adoptado todas las medidas necesarias para la protección de los interesados; g) tiene por objeto los datos de personalidades públicas relativos a la ocupación de un cargo público o a la gestión de los intereses de un tercero, y se realiza exclusivamente con fines periodísticos, en cuyo caso la Autoridad sólo puede autorizarlo si resulta absolutamente necesario para asegurar el derecho a la información sobre cuestiones de interés público o relativas a la expresión literaria, y si de ningún modo viola el derecho a la protección de la vida privada y familiar (art. 7.2).

En estos casos, la autorización se dicta por un plazo determinado, dependiendo del objetivo del procesamiento (art. 7.4), y necesariamente debe contener la siguiente información: nombre completo o comercial y domicilio del Controlador y de su representante, cuando corresponda; domicilio donde se va a establecer el archivo; categorías de datos personales cuyo almacenamiento se autoriza; plazo de vigencia del permiso; en su caso, los términos y condiciones que la Autoridad impone para el establecimiento y operación del archivo; y la obligación de notificar quiénes son los destinatarios, en cuanto estén identificados (art. 7.5). Una copia de esta autorización se registra en el Registro de Permisos que lleva la Autoridad. Cualquier cambio que se realice, más allá del domicilio del Controlador, requiere el dictado de un nuevo permiso, que debe satisfacer los términos y condiciones de ley (art. 7.7).

Secreto de los datos: el procesamiento de datos personales debe ser confidencial y realizado exclusivamente por personas elegidas por el Controlador o por el Procesador, con base en calificaciones profesionales que brinden suficientes garantías de idoneidad técnica e integridad personal que aseguren la confidencialidad, y que actúan bajo la autoridad y conforme a las instrucciones de dicho Controlador o Procesador (art. 10.1 y 10.2).

Medidas de seguridad de los datos: el Controlador debe implementar medidas organizativas y técnicas apropiadas para proteger los datos de la destrucción accidental o ilícita, pérdida accidental, alteración, difusión o acceso no autorizados, y de cualquier otra forma de procesamiento ilícito. Dichas medidas deben ser proporcionales a los riesgos que presente el procesamiento y a la naturaleza de los datos que se van a procesar. La Autoridad debe dictar periódicamente instrucciones relativas al nivel de seguridad de los datos y a las

medidas de protección necesarias para cada categoría de aquéllos, en atención a los nuevos avances tecnológicos (art. 10.3).

Si el procesamiento lo hace un Procesador, el escrito en que se hace su designación debe estipular que realiza el procesamiento de datos exclusivamente bajo las instrucciones del Controlador y que va a asumir, *mutatis mutandis*, las obligaciones de su comitente en relación a la seguridad de los mismos (art. 10.4).

Legitimidad de la recolección y conservación de los datos: los datos se deben recolectar de buena fe y lícitamente, para objetivos específicos, explícitos y legítimos; se deben procesar de buena fe y lícitamente con vistas a dichos fines; deben ser adecuados y no excesivos en relación a estos últimos, precisos y actualizados; y sólo deben conservarse en forma nominativa durante el período necesario, según criterio de la Autoridad, para satisfacer dichos objetivos. Una vez concluido este plazo, la Autoridad puede, por decisión fundada, autorizar la preservación de los datos personales con fines históricos, científicos o estadísticos, siempre que considere que con ello no se afectan los derechos de los interesados ni de terceros (art. 4.1).

El Controlador debe destruir los datos personales que recolecte o procese en violación a estas disposiciones. La Autoridad, al comprobar de oficio o por denuncia del interesado la existencia de dichas violaciones, debe ordenar el cese de la recolección o procesamiento en cuestión y la destrucción de los datos personales ya recolectados o procesados (art. 4.2).

Legitimidad del procesamiento de datos: los datos personales sólo pueden procesarse con consentimiento del interesado (art. 5.1), a menos que el procesamiento sea necesario para cumplir un contrato en el que el interesado es parte; o para implementar medidas precontractuales en respuesta a una solicitud del interesado; o para cumplir una obligación legal del Controlador; o para proteger los intereses vitales del interesado, si éste es física o legalmente incapaz de dar su consentimiento; o para cumplir una tarea realizada en interés público, o un proyecto llevado a cabo por una autoridad pública, por el Controlador o por el tercero a quien se transmiten los datos, por orden de una autoridad pública; o para proteger un interés legítimo del Controlador o del tercero a quien se transmiten los datos, y siempre que dicho interés evidentemente deba prevalecer sobre los derechos e intereses de los interesados y no se afecte sus libertades fundamentales (art. 5.2).

La Autoridad puede dictar reglas especiales para las categorías más comunes de procesamientos de datos y archivos, que no afecten los derechos y libertades de los interesados. Estas categorías deben ser especificadas en la reglamentación que dicte la Autoridad y autorizadas por decreto presidencial, dictado a propuesta del Ministro de Justicia (art. 5.3).

Legitimidad de la transmisión de datos: la transmisión de datos personales requiere la notificación previa al interesado (art. 11.3); empero, a solicitud del Controlador, la Autoridad puede eximir total o parcialmente de esta exigencia a la que se haga por razones de seguridad nacional o para la detección de crímenes particularmente serios (art. 11.4).

Transmisión de datos al extranjero: la transmisión de datos personales es libre a los Estados miembros de la Comunidad Europea, pero la que se realiza a terceros Estados requiere autorización previa de la Autoridad, que ésta sólo otorga cuando el Estado en cuestión brinda un nivel adecuado de protección teniendo particularmente en cuenta la naturaleza de los datos, el objetivo y duración del procesamiento, las reglas jurídicas generales y particulares pertinentes, los códigos de conducta, las medidas de seguridad para la protección de los datos, y el nivel de protección en los países de origen, tránsito y destino final de los datos (art. 9.1).

Cuando un tercer Estado no brinda un nivel adecuado de protección, la Autoridad, excepcionalmente, puede autorizar una transmisión que haya sido autorizada por el interesado, a menos que dicho consentimiento se haya obtenido de un modo contrario a la ley o *bono mores*; o sea necesaria para proteger los intereses vitales de un interesado que está física o legalmente incapacitado para dar su consentimiento, o para concluir un contrato entre

el interesado y el Controlador, o entre el Controlador y un tercero en interés del interesado, siempre que éste sea incapaz de dar su consentimiento, o para implementar medidas precontractuales en respuesta a una solicitud del interesado, o para que éste establezca, ejerza o defienda judicialmente sus derechos; o que se hace desde un registro público legalmente destinado a brindar información al público y que es accesible por el público o por cualquier persona que pueda demostrar un interés legítimo, siempre que en el caso específico se satisfagan las condiciones legales de acceso (art. 9.2).

En estos casos, la Autoridad debe informar a la Comisión Europea y a las autoridades respectivas de los otros Estados miembros, que ha autorizado la transferencia de los datos personales (art. 9.3).

Interconexión de archivos: sólo es lícita cuando se satisfacen los términos y condiciones establecidos en esta ley (art. 8.1).

Toda interconexión debe ponerse en conocimiento de la Autoridad a través de una declaración conjunta de los Controladores, o del Controlador que interconecta dos o más archivos que persiguen diferentes propósitos (art. 8.2).

La interconexión requiere la obtención de un Permiso de Interconexión que emite la Autoridad, en los supuestos en que alguno de los archivos que se van a interconectar contiene datos sensibles, o cuando la interconexión da lugar a la difusión de este tipo de datos o requiere la utilización de un número de código uniforme (art. 8.3). Dicho Permiso se concede previa audiencia de los Controladores de los archivos y necesariamente debe incluir: los objetivos para los cuales se considera necesaria la interconexión; las categorías de datos personales que alcanzará; el plazo de vigencia del permiso; en su caso, los términos y condiciones en que se concede, destinados a brindar una protección más efectiva a los derechos y libertades y, en particular, al derecho a la privacidad de los interesados y de terceros (art. 8.4). Es renovable a solicitud de los Controladores (art. 8.5). Las declaraciones y las copias de los Permisos, se asientan en el Registro de Interconexiones que lleva la Autoridad (art. 8.6).

Garantías complementarias para el interesado

Derecho de información: en el momento de hacer la recolección de los datos, el Controlador debe transmitir al interesado, en forma expresa y apropiada, la siguiente información: su identidad y, en su caso, la de su representante; el objetivo del procesamiento de datos; los destinatarios o categorías de destinatarios de los datos; y la existencia de un derecho de acceso (art. 11.1).

Si el Controlador recaba los datos directamente del interesado, debe transmitirle específicamente y por escrito la información mencionada, los derechos que le acuerda esta ley, el carácter facultativo u obligatorio de su colaboración y, en su caso, la fuente jurídica de dicha obligación y las sanciones previstas para su incumplimiento (art. 11.2). Debe notificar previamente al interesado la transmisión de sus datos a terceros (art. 11.3).

A solicitud del Controlador, la Autoridad puede liberarlo total o parcialmente de esta obligación cuando la recolección esté fundada en razones de seguridad nacional o en la detección de crímenes particularmente serios (art. 11.4).

Sin perjuicio de los derechos de acceso y a formular objeciones, el derecho a ser informado no existe cuando la recolección sólo se realiza con fines periodísticos y se refiere a personalidades públicas (art. 11.5).

Derecho de acceso: toda persona tiene derecho a pedir que se le informe qué datos personales suyos se están procesando o han sido procesados. El Controlador debe responder a estas solicitudes por escrito (art. 12.1).

El interesado tiene derecho a solicitar y a obtener del Controlador, sin demora indebida y en una forma comprensible y expresa, la siguiente información: todos sus datos personales y la fuente de éstos; los objetivos del procesamiento y los destinatarios o categorías de destinatarios; cualquier variación de dicho procesamiento posterior a la última notificación que ha recibido; y la lógica del procesamiento automático de datos. El interesado puede

ejercer este derecho con la asistencia de un especialista (art. 12.2).

Este derecho de acceso y el derecho a formular objeciones se ejercen mediante la presentación de una solicitud al Controlador y el pago simultáneo de un arancel, que se devuelve si el Procesador -o la Autoridad, cuando entiende por apelación- hace lugar a la solicitud de rectificación o supresión de datos, en cuyo caso, el Controlador debe brindar al solicitante rápida y gratuitamente una copia de la parte rectificada de sus datos personales (art. 12.3).

Si el Controlador no responde a la solicitud dentro de los 15 días, o si su respuesta es insatisfactoria, el interesado puede apelar a la Autoridad. Si el Controlador no accede a la solicitud del interesado, debe notificarle dicha decisión haciéndole saber que tiene derecho a apelar a la Autoridad (art. 12.4). También debe ponerla en conocimiento de la Autoridad.

A solicitud del Controlador, la Autoridad puede liberarlo total o parcialmente de la obligación de dar este acceso cuando la recolección esté fundada en razones de seguridad nacional o en la detección de crímenes particularmente serios, en cuyo caso el Presidente de la Autoridad o su reemplazante tienen libre acceso a los archivos (art. 12.5).

Los datos relativos a la salud se transmiten al interesado a través de un médico (art. 12.6).

Derecho de rectificación, supresión o bloqueo: el interesado puede objetar en cualquier momento el procesamiento de sus datos personales, manifestárselo por escrito al Controlador y solicitándole la realización de una acción específica, como la corrección, no uso temporario, bloqueo, no transferencia o supresión de los datos. El Controlador debe responderle por escrito dentro de un plazo perentorio de 15 días, informándole las acciones que ha realizado o los fundamentos para no acceder a su solicitud. En este último caso, también debe transmitir la respuesta a la Autoridad (art. 13.1).

Si el Controlador no responde dentro del mencionado plazo o si su respuesta es insatisfactoria, el interesado puede apelar ante la Autoridad y solicitarle que examine sus objeciones. Si ésta considera que las objeciones son razonables y que además existe un riesgo de que el procesamiento produzca un daño serio al interesado, puede ordenar la suspensión inmediata del procesamiento hasta que se adopte una decisión definitiva al respecto (art. 11.2).

Toda persona tiene derecho a declarar ante la Autoridad que no desea que sus datos personales se sometan a tratamiento para promover la venta de mercaderías o servicios a larga distancia. La Autoridad debe llevar un registro para identificar a estas personas, que los Controladores de los archivos destinados a estos fines deben consultar, antes de hacer cualquier procesamiento, para suprimir los datos de las personas allí mencionadas (art. 13.3).

Derecho a la protección judicial provisoria: toda persona tiene derecho a solicitar a un tribunal competente la inmediata suspensión o no aplicación del acto o decisión de una autoridad administrativa, o entidad de derecho público o de derecho privado, o persona natural, que lo afecte y que sólo esté fundado en información proveniente de un procesamiento automático de datos destinado a evaluar su personalidad y, especialmente, su efectividad en el trabajo, credibilidad, confiabilidad y conducta general (art. 14.1). Este derecho puede ejercerse aun cuando no se cumplan las otras condiciones sustantivas de la protección judicial provisoria (art. 14.2).

Autoridad de contralor: es la Autoridad de Protección de los Datos Personales, que es una autoridad pública independiente, que tiene su propio presupuesto y que está asistida por su propia Secretaría. No está sujeta a ningún control administrativo, y sus miembros gozan de independencia personal y funcional. Tiene su asiento en Atenas, dentro del Ministerio de Justicia (art. 15.2).

El presupuesto de la Autoridad tiene que estar conformado por el Ministro de Justicia a propuesta de la Autoridad. Un porcentaje del dinero que ingresa al erario público en virtud de la implementación de esta ley, incluyendo los aranceles y penalidades que impone la Autoridad, está a disposición de ésta para satisfacer sus necesidades. Dicho porcentaje se fija

periódicamente por decisión conjunta de los Ministros de Finanzas y de Justicia (art. 15.3).

La Autoridad está integrada por un juez -que al menos tiene el rango de Consejero de Estado- que actúa como Presidente, y 6 miembros: un profesor universitario titular o adjunto especializado en derecho, otro especializado en tecnología informática, otro que no tiene exigencia de especialización, y tres personas de buena reputación y experiencia en el área de la protección de datos personales (art. 16.1).

El Presidente de la Autoridad tiene dedicación exclusiva y es designado por decreto presidencial, a propuesta del Gabinete, previo informe del Ministro de Justicia. Si se elige para este cargo a un juez que está en funciones, también se requiere la decisión del Supremo Consejo Judicial pertinente (art. 16.2).

Los otros miembros de la Autoridad se eligen según el siguiente procedimiento: el Ministro de Justicia presenta al Presidente del Parlamento un número de candidatos igual al doble de la cantidad de cargos vacantes, que el Parlamento luego envía al Comité de Instituciones y Transparencia, que dictamina. Los miembros ordinarios de la Autoridad y sus suplentes son seleccionados por la Conferencia de Presidentes de Comités Parlamentarios. Las personas seleccionadas se designan a través de un decreto presidencial, a propuesta del Ministro de Justicia (art. 16.3).

El Presidente y los otros miembros de la Autoridad se designan por un período de 4 años y sólo pueden ser reelectos una vez. Se renuevan por mitades cada dos años (art. 16.4).

No puede ser miembro de la Autoridad un ministro, viceministro, secretario general de un Ministro o de una Secretaría General independiente, o un legislador. Tampoco, el presidente, gerente, administrador, director o una persona que cumple funciones gerenciales en una empresa que produce, manufactura o vende materiales que se usan en la tecnología informática o en las telecomunicaciones, o que brinda servicios vinculados a la tecnología informática, telecomunicaciones o procesamiento de datos personales (art. 17.1).

Al cumplir con sus obligaciones, los miembros de la Autoridad están sujetos a su conciencia y a la ley. Tienen un deber de confidencialidad. Como testigos o como testigos expertos, sólo pueden declarar en relación a hechos exclusivamente vinculados a la observancia de esta ley por parte de los Controladores. El deber de confidencialidad subsiste aun después de la terminación de sus funciones (art. 18.1).

La ley describe el procedimiento para imponer sanciones disciplinarias a los miembros de la Autoridad por el incumplimiento de sus deberes (art. 18.3), y prevé una pena de prisión y de multa para quienes transmitan datos personales que han conocido en ocasión del ejercicio de sus funciones, pena que varía de acuerdo al carácter culposo o doloso de los actos (art. 18.4).

La Autoridad supervisa la implementación de esta ley y de las otras que contienen normas relativas a la protección de las personas frente al procesamiento de sus datos personales (art. 15.1). A esos efectos, cumple las siguientes funciones: dicta instrucciones para lograr una aplicación uniforme de las normas mencionadas; colabora con las asociaciones de empresas y de otro tipo de personas jurídicas o naturales en la preparación de códigos de conducta para lograr una protección más efectiva del derecho a la privacidad y, en general, de los derechos y libertades fundamentales de todas las personas naturales; envía recomendaciones e instrucciones a los Controladores o a sus representantes, y las publica cuando lo considera conveniente; concede los permisos y establece los montos de los aranceles previstos en esta ley; denuncia toda violación a las disposiciones de esta ley ante las autoridades administrativas o judiciales competentes; impone las sanciones administrativas previstas en el art. 21; procede, de oficio o a partir de una denuncia, a la revisión administrativa de cualquier archivo y, a ese efecto, puede acceder a los datos personales y recolectar cualquier tipo de información; presenta un informe anual de sus actividades al Parlamento; examina las denuncias relativas a la implementación de la ley y a la protección de los derechos del solicitante, cuando dichos derechos se ven afectados por el procesamiento de sus datos, y también examina los pedidos de que controle la legalidad de los

procesamientos e informa a los solicitantes las acciones que adopta (art. 19.1).

Sanciones administrativas: la Autoridad puede imponer a los Controladores o a sus representantes sanciones administrativas por el incumplimiento de las obligaciones que les impone esta ley u otras de protección de datos personales. Estas sanciones pueden ser una advertencia -que invita a dejar de realizar el acto prohibido en un determinado plazo-, una multa, la revocación temporaria o definitiva del permiso, la destrucción del archivo, la prohibición de procesar o la destrucción de los datos en cuestión (art. 21.1).

Sanciones penales: el art. 22 de la ley tipifica los delitos configurados por el incumplimiento de diversas obligaciones previstas en esta ley.

3.2.11. Italia

3.2.11.1. La Constitución de 1948 no contiene ninguna referencia expresa a la protección de datos.

3.2.11.2. La ley 675 del 31 de diciembre de 1996 *Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali* tiene por objeto adecuar la legislación italiana a la Directiva 95/46/EC. También contiene las disposiciones necesarias para implementar el Convenio 108 del Consejo de Europa que -ratificado en marzo de 1997- entró en vigencia en Italia el 1 de julio de ese mismo año.

Por otra parte, en la misma fecha y a través de la ley 676, el Parlamento autorizó al gobierno a dictar normas reglamentarias para modificar y complementar la mencionada ley 675.

Definiciones: esta ley prevé dos figuras especiales, el Controlador de los Datos y el Procesador de los Datos.

El Controlador es la persona natural o jurídica, autoridad, organismo o ente público, asociación u organización, que determina los objetivos y forma del procesamiento de los datos personales, incluso las medidas de seguridad (art. 1.2.d).

El Procesador es la persona natural o jurídica, autoridad, organismo o ente público, asociación u organización, que procesa los datos personales en nombre del Controlador (art. 1.2.e).

Objeto: la ley está destinada a asegurar que los procesamientos de datos personales respeten los derechos y libertades fundamentales y la dignidad de las personas naturales, particularmente su derecho a la privacidad e identidad personal, y también los derechos de las personas jurídicas y de cualquier otro organismo o asociación (art. 1.1), siendo a este respecto, por ende, más amplia que la Directiva y el Convenio mencionados.

Ambito de aplicación: se aplica a los procesamientos de datos -por medios electrónicos o no (art. 5.1)- que se realizan en territorio italiano, con indiferencia de quién los realice (art. 2.1), incluso cuando los datos se encuentran en el extranjero, en cuyo caso siempre se aplican las normas que regulan la transmisión de datos al exterior (art. 6).

Archivos no alcanzados: esta ley no se aplica a los procesamientos de datos personales: del Centro de Procesamiento de datos descrito en el art. 8 de la ley n° 121, del 1 de abril de 1981 -reformado por el art. 43.1 de la presente ley-, ni a los datos que no es necesario transferir a dicho Centro de Procesamiento en virtud de una disposición legal o del Acuerdo subsiguiente al Tratado Schengen -ratificado por la ley n° 388, del 30 de septiembre de 1993-, realizados por las agencias descritas en los arts. 3, 4 y 6 de la ley n° 801, del 24 de octubre de 1977, ni a los datos que el art. 12 de la mencionada ley describe como secretos de Estado; del Registro de Condenas descrito en el Libro X, Título IV del Código de Procedimientos Penal y en el Decreto Real n° 778, del 18 de junio de 1931 (reformado) ni, cuando lo disponga la ley, del Registro de Causas Penales en Trámite; realizados por organismos judiciales, por el Consejo Superior de la Magistratura o por el Ministerio de Justicia para cumplir con las obligaciones que les impone el art. 371-bis parágrafo 3 del Código de Procedimientos Penal; efectuados por otros organismos gubernamentales en aras de la defensa o seguridad nacional, o de la prevención, investigación, detección o

procesamiento de actividades penales, cuando una disposición legal específica autorice el procesamiento (art. 4.1).

Titular de la garantía: es la persona natural o jurídica, cuerpo o asociación, identificado o identificable (art. 1.2f). A este respecto, la legislación italiana es más amplia que la Directiva y que la Convención 108, por cuanto alcanza a todo procesamiento manual o automatizado de datos de personas naturales o jurídicas.

Legitimidad del inicio del procesamiento: el Controlador debe notificar previamente a la Autoridad de Contralor para la Protección de las Personas Naturales y de otros Sujetos en relación al Procesamiento de Datos Personales (Autoridad), su intención de iniciar un procesamiento de datos (art. 7.1), incluyendo: su nombre, denominación o nombre comercial y domicilio; los objetivos y forma del procesamiento; la descripción de los datos, el lugar donde se los conserva y las categorías de personas a las que se refieren; el alcance de la transmisión y difusión de los datos; las transferencias de datos previstas a Estados no miembros de la Comunidad, o a cualquier otro país si se transfieren datos sensibles o los descritos en el art. 686 del Código de Procedimientos Penal; una descripción general que permita evaluar las medidas técnicas y organizativas adoptadas para garantizar la seguridad de los datos; la especificación del banco de datos con que se vincula el procesamiento y, en su caso, las conexiones con otros sistemas de procesamiento o bancos de datos ubicados o no en territorio italiano; y el nombre, denominación o nombre comercial y domicilio del Procesador de Datos (art. 7.5).

Las personas que están legalmente obligadas a inscribirse en el Registro de Corporaciones, y las obligadas a presentar a las Cámaras de Comercio, Industria, Artesanía y Agricultura la información descrita en el art. 8.8d de la ley n° 580, del 29 de diciembre de 1993, pueden hacer la notificación por intermedio de dichas organizaciones; las pequeñas empresas y los artesanos, a través de sus respectivas asociaciones sindicales; y los profesionales, a través de sus colegios profesionales respectivos (art. 7.5). También deben cumplir estas exigencias los procesamientos exentos de la aplicación de esta ley en virtud de lo dispuesto por el art. 4.1, con excepción de los relativos a secretos de Estado (art. 4.2).

De acuerdo a lo manifestado por el *Working Party* de la Comunidad Europea en su Segundo Informe Anual, del 30 de noviembre de 1998, la Autoridad ha preparado un formulario modelo (en italiano y bilingüe italiano/alemán) a fin de facilitar la notificación del procesamiento.

En caso de que se designe un Procesador, éste debe ser una persona que, en virtud de su experiencia y confiabilidad, brinde suficientes garantías de cumplir totalmente con todas las disposiciones aplicables al procesamiento de datos, incluyendo las relacionadas con la seguridad de éstos (art. 8.1). Debe procesar los datos de acuerdo a las instrucciones que reciba del Controlador, el cual debe asegurar en todo momento el estricto cumplimiento de estas medidas y de sus instrucciones, y puede hacer verificaciones periódicas a esos fines (art. 8.2). Cuando resulte necesario por motivos organizativos, o para diferenciar deberes específicos del Procesador, puede designarse a más de una persona con esas funciones (art. 8.3). Los deberes del Procesador deben ser especificados pormenorizadamente por escrito (art. 8.4). Las personas encargadas de hacer el procesamiento deben realizarlo de acuerdo a las instrucciones del Controlador o del Procesador (art. 8.5).

Datos sensibles: sólo pueden procesarse con consentimiento escrito del interesado y con autorización previa de la Autoridad (art. 22.1).

La Autoridad debe resolver los pedidos de autorización dentro de los 30 días y su silencio se equipara al rechazo de la solicitud. En el momento de conceder dicha autorización, posteriormente, o en ocasión de hacer una inspección, puede exigir la implementación de medidas o procedimientos específicos para proteger al interesado, que el Controlador está obligado a aplicar (art. 22.2).

El procesamiento de datos sensibles por parte de las autoridades públicas que no sean empresas públicas, sólo es lícito cuando está autorizado por una disposición jurídica expresa

que describa los datos que pueden procesarse, las operaciones permitidas y el interés público de jerarquía superior que el procesamiento tiende a satisfacer (art. 22.3)

Los datos personales relativos a la salud o vida sexual pueden procesarse, con autorización previa de la Autoridad, cuando resultan necesarios para las investigaciones descriptas en el art. 38 de las Reglas de Implementación, Coordinación y Transitorias del Código de Procedimientos Penal aprobado por Decreto Legislativo n° 271, del 28 de julio de 1989 (reformado), o para el establecimiento, ejercicio o defensa judicial de un derecho de jerarquía equivalente a la de los derechos protegidos del interesado, siempre que los datos se procesen sólo con dicho objetivo y durante el tiempo necesario para satisfacerlo. La Autoridad debe determinar las medidas y procedimientos necesarios para proteger al interesado y alentar la adopción de un código de conducta apropiado (art. 22.4).

Datos sobre la salud: los profesionales de la salud y los servicios públicos sanitarios sólo pueden procesar datos personales relativos a la salud sin autorización de la Autoridad, cuando los datos y las operaciones que con éstos se realizan, resulten esenciales para proteger la vida o la integridad física del interesado. Si su objetivo es proteger la vida o la integridad personal de otra persona o al público en general y el interesado no ha dado su consentimiento, se requiere autorización previa de la Autoridad (art. 23.1). Salvo en los supuestos de urgencia comprobada, dicha autorización se otorga luego de oír a la Junta Superior de la Salud. Está prohibida la transmisión de datos personales que exceda los límites fijados en el mencionado permiso (art. 23.3).

Los datos relativos a la salud sólo pueden transmitirse al interesado a través de un profesional de la salud designado por éste o por el Controlador (art. 23.2).

La difusión de datos personales relativos a la salud está prohibida a menos que resulte necesaria para la prevención, investigación, detección y procesamiento de actividades criminales, y se realice cumpliendo las leyes aplicables (art. 23.4).

Datos vinculados a la información descripta en el art. 686 del Código de Procedimientos Penal: el procesamiento de datos que revele cualquier información descripta en los arts. 686.1.a y 686.1.d, § 2 y 3 del Código de Procedimientos Penal, sólo puede realizarse en virtud de una disposición legal expresa o con autorización de la Autoridad, que describan los datos que pueden procesarse, las operaciones permitidas y el interés público de jerarquía superior que el procesamiento tiende a satisfacer (art. 24).

Procesamiento de datos por parte de periodistas: el procesamiento de datos sensibles, con excepción de los relativos a la salud o a la vida sexual, no requiere el consentimiento del interesado cuando lo realiza un periodista profesional exclusivamente con fines periodísticos, conforme a las reglas que gobiernan la libertad de prensa, y en particular respetando la integridad de la información sobre eventos de interés público. Estos procesamientos de datos no requieren autorización de la Autoridad cuando se realizan conforme al código de conducta aplicable y descripto más adelante (art. 25.1).

La Autoridad debe alentar a la Junta Nacional de Periodistas Profesionales a elaborar un código de conducta adecuado para regular el procesamiento de los datos sensibles, y también de otros tipos, por parte de los periodistas profesionales, el cual debe establecer las medidas y procedimientos apropiados para proteger al interesado, teniendo en cuenta la naturaleza de los datos. La Autoridad puede exigir la adopción de medidas y procedimientos específicos para proteger a los interesados hasta que se elabore el código, o en cualquier momento posterior, y la Junta debe cumplir con sus directivas (art. 25.2).

Si la Junta no establece un código de conducta dentro de los 6 meses de recibir la invitación correspondiente de la Autoridad, ésta debe dictar un código interino que regirá hasta tanto se establezca otro conforme al procedimiento descripto. La Autoridad puede prohibir el procesamiento de datos que viole las disposiciones del código de conducta (art. 25.3).

Medidas de seguridad de los datos: los datos personales que se someten a procesamiento deben estar protegidos y controlados de forma de minimizar los riesgos de

destrucción o pérdida, aun accidental, o de acceso no autorizado, procesamiento ilícito o procesamiento para objetivos distintos de los que justificaron la recolección, con medidas apropiadas al desarrollo de la ciencia, la naturaleza de los datos y las particularidades mismas del procesamiento (art. 15.1).

Las medidas mínimas de seguridad se van a establecer con más detalle en una Regulación dictada mediante decreto del Presidente de la República, dentro de los 180 días de la entrada en vigencia de la presente ley, a propuesta del Ministro de Justicia y previa vista a la Autoridad. Dicha Regulación debe ser sometida a la consideración del Presidente por el Ministro de Justicia, previa vista a la Autoridad de Tecnología Informática para los Organismos Públicos y a la Autoridad (art. 15.2). Estas medidas de seguridad se deben actualizar para adaptarlas a los avances tecnológicos y a la experiencia acumulada, dentro de los dos años de la entrada en vigencia de la presente ley y, después, cada dos años (art. 15.3).

Legitimidad del procesamiento: los datos personales deben ser: procesados imparcial y lícitamente; recolectados y almacenados con objetivos específicos, explícitos y legítimos y no ser nuevamente procesados en forma incompatible con dichos propósitos; precisos y, cuando sea necesario, actualizados; adecuados, relevantes y no excesivos en relación a los objetivos que justificaron su recolección o nuevo procesamiento; llevados en forma nominativa sólo durante el plazo necesario para satisfacer los objetivos de la recolección o del procesamiento (art. 9.1).

Legitimidad de la transmisión de datos: no constituye difusión de datos el acto de hacer conocer datos personales a las personas que el Controlador o el Procesador designan, por escrito, para realizar el procesamiento de éstos, y que actúan directamente en su nombre (art. 19.1).

Los particulares o las empresas públicas pueden transmitir o difundir datos personales: a) cuando el interesado ha dado expresamente su consentimiento; b) cuando los datos se han extraído de registros, directorios, acuerdos o documentos públicos que pueden ser consultados por el público en general, conforme a los límites y procedimientos legales para su transmisión y difusión; c) en virtud de una obligación legal nacional o comunitaria; d) cuando el procesamiento lo realiza un periodista profesional exclusivamente con fines periodísticos, conforme a las reglas que regulan la libertad de prensa en relación al derecho a la privacidad, y en particular respetando la integridad de la información sobre eventos de interés público y cumpliendo el código de conducta; e) cuando los datos se vinculan con la realización de negocios, cumpliendo con las leyes aplicables sobre secretos industriales y comerciales; f) cuando es necesario para proteger la vida o integridad física del interesado o de otra persona, siempre que el interesado esté física o legalmente incapacitado para dar su consentimiento; g) en relación sólo a la transmisión, cuando resulta necesaria para las investigaciones descritas en el art. 38 de las Reglas de Implementación, Coordinación y Transitorias del Código de Procedimientos Penal, aprobado por Decreto Legislativo n° 271, del 28 de julio de 1989 (reformado), o para el reconocimiento, ejercicio o defensa judicial de un derecho, y siempre que los datos sólo se procesen en relación a esos propósitos y durante el tiempo necesario; h) en relación sólo a la transmisión, cuando se realiza dentro de las instituciones bancarias definidas en el art. 60 de la Ley de Bancos, aprobada por Decreto Legislativo n° 385, del 1 de septiembre de 1993 (reformado), o entre empresas controladas o asociadas de acuerdo a la definición del art. 2359 del Código Civil, y el procesamiento se haya notificado a la Autoridad según el procedimiento previsto en esta ley y tiene los mismos objetivos que justificaron la recolección original de los datos (art. 20.1).

La transmisión o difusión de datos personales por parte de autoridades públicas que no forman parte de empresas públicas, sólo es lícita cuando resulta necesaria para el cumplimiento de sus funciones oficiales y dentro de los límites que les fije la reglamentación (art. 20.2).

Está prohibida la transmisión o difusión de datos personales con propósitos diferentes de los mencionados en la notificación a la Autoridad (art. 21.1).

No pueden transmitirse ni difundirse datos cuya supresión se ha ordenado, o en relación a los cuales ha expirado el plazo necesario para alcanzar los objetivos de su recolección (art. 21.2).

La Autoridad puede prohibir la difusión de alguno o de todos los datos personales de un interesado o de una categoría de interesados que violaría un interés público sustancial (art. 21.3).

Es válida la transmisión o difusión de datos personales cuando se realiza en forma no nominativa y para fines de investigación científica o estadística y los datos son anónimos, o cuando la solicita cualquiera de los sujetos mencionados en los arts. 4.1.b, 4.1.d, y 4.1.e fundándose en razones de defensa o seguridad nacional, o para la prevención, investigación, detección y procesamiento de actividades criminales, cumpliendo las leyes aplicables (art. 21.4).

Legitimidad del procesamiento: el procesamiento de datos por parte de particulares o de empresas públicas sólo está permitido con el previo consentimiento explícito del interesado, el cual debe referirse al procesamiento como un todo, o a alguna de sus operaciones. Sólo se considera válido el consentimiento prestado libremente, por escrito, por el interesado que previamente ha sido informado sobre los objetivos y forma del procesamiento, el carácter facultativo u obligatorio de su colaboración, los destinatarios o categorías de destinatarios a quienes se van a transmitir los datos, el ámbito de difusión de los datos, el derecho de acceso que le acuerda esta ley, y el nombre, denominación o nombre comercial, y domicilio, del Controlador y, en su caso, del Procesador (art. 11).

El consentimiento del interesado no es imprescindible cuando el procesamiento de datos: está relacionado con datos personales recolectados y procesados en virtud de una obligación legal nacional o comunitaria; es necesario para cumplir un contrato en que el interesado es parte o para implementar medidas precontractuales en respuesta a una solicitud del interesado; incluye datos extraídos de registros, directorios, acuerdos, o documentos públicos que pueden ser consultados por el público en general; se realiza exclusivamente con fines de investigación científica o estadística y los datos son anónimos; es realizado por periodistas profesionales con fines exclusivamente periodísticos conforme a las reglas que regulan la libertad de prensa en relación al derecho a la privacidad, en particular, respetando la integridad de la información sobre eventos de interés público, y cumpliendo el código de conducta; se vincula con la realización de negocios, cumpliendo las leyes aplicables sobre secretos industriales o comerciales; es necesario para proteger la vida o la integridad física del interesado o de otra persona cuando éste sea física o legalmente incapaz de dar su consentimiento; es necesario para las investigaciones descritas en el art. 38 de las Reglas de Implementación, Coordinación y Transitorias del Código de Procedimientos Penal, aprobado por Decreto Legislativo n° 271, del 28 de julio de 1989, o para establecer, ejercer o defender judicialmente un pretensión legal, siempre que los datos sólo se procesen con ese objetivo y durante el plazo necesario a ese efecto (art. 12).

Legitimidad del uso: ninguna decisión que tenga efectos jurídicos o administrativos y que incluya la evaluación de una conducta humana, puede estar exclusivamente basada en un procesamiento automático de datos destinado a definir el perfil o personalidad del interesado (art. 17.1). El interesado tiene derecho a oponerse a cualquier decisión de este tipo, a menos que haya sido adoptada para suscribir o cumplir un contrato en respuesta a una solicitud del interesado, o con medidas apropiadas para proteger sus intereses legítimos (art. 17.2).

Este principio se aplica a las agencias enumeradas en el art. 4.1 de la presente ley (art. 4.2).

Transmisión de datos al extranjero: la transmisión aun transitoria de datos sometidos a procesamiento al extranjero, cualquiera sea su forma o instrumentación, debe notificarse previamente a la Autoridad cuando el país de destino no es miembro de la Comunidad Europea, o la transferencia incluye datos sensibles o los mencionados en el art. 686 del Código de Procedimientos Penal (art. 28.1). Esta notificación debe asentarse en una sección

especial del Registro que lleva la Autoridad (art. 28.7).

La transmisión no puede realizarse hasta después de 15 días de haberse realizado la notificación, pero dicho plazo se extiende a 30 días cuando incluye datos sensibles o los mencionados en el art. 686 del Código de Procedimientos Penal (art. 28.2).

Está prohibida la transmisión cuando las leyes y regulaciones del país de destino no garantizan a los interesados un adecuado nivel de protección o, al menos, la misma protección que la presente ley en el supuesto en que la transmisión incluya datos sensibles o los mencionados en el art. 686 del Código de Procedimientos Penal. El nivel de protección también debe ser evaluado teniendo en cuenta los procedimientos previstos para la transferencia y procesamiento de los datos, el objetivo del procesamiento, la naturaleza de los datos y las medidas de seguridad (art. 28.3).

La transferencia es lícita cuando: a) el interesado ha dado expresamente su consentimiento, el cual debe formularse por escrito cuando ésta incluye datos sensibles o los mencionados en el art. 686 del Código de Procedimientos Penal; b) es necesaria para el cumplimiento de un contrato en el que el interesado es parte o para implementar medidas precontractuales en respuesta a una solicitud de éste; c) es necesaria para satisfacer un importante interés público descrito por una ley o regulación, en los supuestos en que incluya datos sensibles o los descritos en el art. 686 del Código de Procedimientos Penal; d) es necesaria para las investigaciones descritas en el art. 38 del Código de Procedimientos Penal aprobado por Decreto Legislativo n° 271, del 28 de julio de 1989 (reformado), o para el establecimiento, ejercicio o defensa judicial de un derecho, siempre que los datos sólo se procesen con ese objetivo y durante el tiempo necesario para satisfacerlo; e) es necesaria para proteger la vida o la integridad física del interesado, o de otra persona cuando el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento; f) es siguiente a una solicitud de acceso a documentos oficiales, o a información que puede obtenerse de registros, directorios y acuerdos públicos, que pueden ser consultados por el público en general, cumpliendo las leyes aplicables; g) ha sido autorizada por la Autoridad con base en que los derechos del interesado están adecuadamente protegidos, lo cual puede resultar de las cláusulas del contrato (art. 28.4).

Estas disposiciones no se aplican a la transferencia de datos personales que realiza un periodista profesional exclusivamente con fines periodísticos (art. 28.6).

Fin del procesamiento: antes de finalizar, por cualquier motivo, el procesamiento de datos personales, el Controlador debe notificar a la Autoridad qué destino les va a dar. Los datos pueden ser destruidos, o transferidos a otro Controlador cuando el procesamiento a que se pretenda someterlos persiga objetivos similares a los que justificaron su recolección, o almacenados para una actividad puramente personal sin destinarlos a una transmisión o difusión sistemática (art. 16.1 y 16.2).

Las transmisiones de datos que violen estas disposiciones, o cualquier otra relativa al procesamiento de datos personales, son nulas y dan lugar a las penalidades previstas en esta ley (art. 16.3).

Responsabilidad del Controlador: toda persona que perjudique a otros por procesar datos personales está obligada a pagarle la indemnización prevista en el art. 2050 del Código Civil (art. 18).

Esta norma se aplica a las agencias enumeradas en el art. 4.1 de la presente ley (art. 4.2).

Garantías complementarias para el interesado

Derecho de información: antes de recolectar los datos, el Controlador debe dar al interesado o a la persona que le provea los datos personales, la siguiente información: los objetivos y forma del procesamiento; el carácter facultativo u obligatorio de su colaboración; los destinatarios o categorías de destinatarios a quienes se van a transmitir los datos, y el ámbito de difusión de los datos; el derecho de acceso que le acuerda esta ley; su nombre, denominación o nombre comercial, y domicilio y, en su caso, los del Procesador (art. 10.1).

Si bien la ley dispone que esta información debe brindarse por escrito, el decreto 123, del 9 de mayo de 1997, dispone que puede hacérselo oralmente, conforme a la forma que establezca la Autoridad.

El Controlador puede omitir toda o parte de esta información cuando ya sea conocida por la persona de la que se obtienen los datos, o cuando su conocimiento perjudicaría las actividades oficiales de inspección y control vinculadas a la defensa o seguridad nacional, a la prevención, investigación o detección del crimen, política económica o financiera, sistema de pagos, o sistemas financieros (art. 10.2).

Cuando los datos se obtienen de un tercero, debe transmitir esta información al interesado en el momento de almacenar sus datos personales, o antes de transmitirlos por primera vez (art. 10.3), a menos que: esto requiera un esfuerzo que la Autoridad declare claramente desproporcionado al derecho protegido o sea de cumplimiento imposible; o el procesamiento se realice en virtud de una obligación legal nacional o comunitaria; o el procesamiento se vincule a las investigaciones descriptas en el art. 38 de las Reglas de Implementación, Coordinación y Transitorias del Código de Procedimiento Penal, aprobado por Decreto Legislativo n° 271, del 28 de julio de 1989 (reformado), o cuando es necesario para establecer, ejercer o defender judicialmente una pretensión jurídica, siempre que los datos se procesen sólo con ese objetivo y durante el tiempo necesario para cumplirlo (art. 10.4).

De acuerdo a lo manifestado por el *Working Party* de la Comunidad Europea en el ya citado Segundo Informe Anual, durante el período comprendido en dicho informe, la Autoridad tuvo que enfrentar diversos problemas vinculados al consentimiento del interesado. El primero se vinculó al sector bancario y, en particular, a un formulario enviado a los clientes de un gran banco nacional. En su primera versión, el formulario exigía un “consentimiento” general para una amplia gama de operaciones de procesamiento, y mencionaba que cerraría las cuentas corrientes e, incluso, cancelaría el contrato, de los clientes que no prestaran este consentimiento general. Se presentaron varias denuncias ante la Autoridad la cual, con base en la evidencia acumulada, adoptó la decisión de solicitar al banco que modificara el formulario y que no tomara en cuenta las declaraciones recibidas.

Derecho de acceso: el interesado, directamente o a través de un representante, tiene derecho a:

a) acceder, en forma gratuita, al Registro que lleva la Autoridad de todas las operaciones de procesamiento, a fin de determinar la existencia de un procesamiento de datos que pueda contener sus datos personales. El ejercicio de este derecho puede estar sujeto al pago de un arancel, que se devuelve al interesado en caso de que no existan datos relativos a su persona. Dicho arancel no puede superar el monto de los gastos en que se ha incurrido para acceder a su solicitud (art. 13.2);

b) ser informado sobre el nombre, denominación o nombre comercial y domicilio del Controlador, y los objetivos y forma del procesamiento;

c) obtener del Controlador o del Procesador, sin demora: la confirmación del almacenamiento de sus datos personales, y a que se le transmitan en forma inteligible, la fuente de aquéllos, la lógica del procesamiento y sus objetivos. La solicitud puede reiterarse cada 90 días o en un plazo menor con fundamentos razonables (art. 13.1).

Cualquier persona que tenga un interés legítimo puede ejercer estos derechos en relación a los datos de una persona muerta (art. 13.3).

Esta ley no modifica las reglas sobre confidencialidad de las fuentes periodísticas (art. 13.5).

El derecho de acceso no puede ejercerse en relación al procesamiento de datos personales recolectados: a) en virtud de lo dispuesto por el Decreto Legislativo n° 143, del 3 de marzo de 1993 -ratificado (con modificaciones) por ley n° 1197, del 5 de julio de 1991- o por las disposiciones del Decreto Legislativo n° 419, del 31 de diciembre de 1991 -ratificado por ley n° 172, del 18 de febrero de 1992-; b) por Comisiones Parlamentarias creadas de la

forma descrita en el art. 82 de la Constitución; c) por una autoridad pública, que no sea una empresa pública, en virtud de una obligación legal explícita, exclusivamente con fines vinculados a las políticas económica y monetaria del Estado, al sistema de pagos, a la supervisión de los mercados financieros y al control de su estabilidad; d) para las investigaciones descritas en el art. 38 de las Reglas de Implementación, Coordinación y Transitorias del Código de Procedimientos Penal, aprobado por Decreto Legislativo n° 271, del 28 de julio de 1989; o e) para establecer, ejercer o defender judicialmente un pretensión legal, siempre que los datos sólo se procesen con ese objetivo y durante el plazo necesario para satisfacerlo (art. 14.1). En todas estas situaciones, la Autoridad, de oficio o a pedido del interesado, debe ejercer sus poderes de control, indicar las modificaciones necesarias, y verificar su cumplimiento (art. 14.2).

Derecho de rectificación, supresión o bloqueo: el interesado tiene derecho: a la supresión, despersonalización y bloqueo de los datos procesados ilícitamente, incluyendo aquellos cuyo almacenamiento no resulte necesario para los objetivos que justificaron su recolección o procesamiento (art. 13.1.c.2); a la actualización o rectificación de los datos, o a su integración, si tiene un interés legítimo para ello (art. 13.1.c.3); y a la certificación de que dichas operaciones han sido notificadas a los terceros a los cuales se han transmitido o difundido los datos, a menos que esto resulte imposible o exija un esfuerzo desproporcionado en relación al derecho protegido (art. 13.1.c.4).

Otros derechos del interesado: el interesado también tiene derecho a: objetar, con fundamento razonable, alguna o todas las operaciones del procesamiento de sus datos personales, aun cuando estén relacionadas con los objetivos que justificaron la recolección de los mismos (art. 13.1.d); objetar alguna o todas las operaciones del procesamiento de sus datos personales destinadas a proveer información comercial o a hacer publicidad o marketing directo, o estudios de marketing o comunicaciones comerciales interactivas; y a que el Controlador le haga conocer su derecho a objetar en forma gratuita, antes de transmitir o difundir sus datos (art. 13.1.e).

El ejercicio de este derecho puede estar sujeto al pago de un arancel, que se devuelve al interesado cuando no se esté procesando ninguno de sus datos personales, y cuyo monto no puede superar el de los gastos generados por la solicitud (art. 13.2).

Autoridad de Contralor: es la Autoridad de Contralor para la Protección de las Personas Naturales y de otros Sujetos en relación al Procesamiento de Datos Personales (Autoridad) (art. 30.1), que cumple sus funciones con completa independencia de criterio y apreciación (art. 30.2).

Es un cuerpo colegiado de 4 miembros, elegidos en partes iguales por cada una de las Cámaras del Congreso, que escoge a uno de ellos como Presidente. El voto de este último define en caso de paridad. Los integrantes de la Autoridad deben mostrar independencia y ser expertos de reconocida trayectoria en las disciplinas del derecho o tecnología informática (art. 30.2). Duran 4 años en sus funciones, y son reelegibles sólo una vez. Su dedicación es exclusiva (art. 30.4).

En el momento en que aceptan su designación, los miembros de la Autoridad son suspendidos temporariamente de sus respectivas nóminas si son empleados gubernamentales o jueces. Si son profesores universitarios, pasan a estar transitoriamente retirados sin goce de sueldo, conforme al procedimiento descrito en el art. 13 del Decreto del Presidente de la República n° 382, del 11 de julio de 1980 (reformado). Las personas temporariamente borradas de las nóminas o retiradas no son reemplazadas (art. 30.5).

El sueldo del Presidente no puede exceder al del Primer Presidente de la Corte de Casación, y el de los otros miembros, los 2/3 de ese monto (art. 30.6).

La Autoridad tiene los siguientes deberes: crea y mantiene un Registro de todos los procesamientos de datos que se están realizando, en el que asientan las notificaciones que recibe; verifica si los procesamientos de datos se realizan legalmente y de acuerdo a lo que surge de la notificación; avisa al Procesador y Controlador las medidas adecuadas para

asegurar que el procesamiento cumple las leyes aplicables; recibe los reclamos de los interesados o de las asociaciones que los representan, relativos a las violaciones a la presente ley o a su reglamentación, y actúa en consecuencia; dicta las resoluciones o decretos descriptos en esta ley o en su reglamentación; controla todas las finalizaciones de procesamientos de datos, cualquiera sea su fundamento; denuncia judicialmente los crímenes de instancia pública que conoce en el curso o en razón del cumplimiento de sus deberes; alienta la adopción de códigos adecuados de conducta y ética, verifica que éstos cumplan con las leyes y regulaciones, y contribuye a su publicidad y aplicación; asegura que el público en general conoce las leyes de esta materia y los objetivos que éstas persiguen, así como las medidas de seguridad de los datos; prohíbe total o parcialmente los procesamientos de datos y ordena el bloqueo de los datos, cuando, por la naturaleza de éstos o los medios con que se están procesando, existe un riesgo serio de que se produzca un daño importante a uno o más interesados; advierte al gobierno la conveniencia de adoptar nuevas disposiciones adecuadas al avance de la tecnología; presenta anualmente al Parlamento y al Gobierno un informe de sus actividades y del estado de implementación de esta ley; brinda la asistencia descripta en el Capítulo IV de la Convenio 108 para la Protección de las Personas en Relación al Procesamiento Automático de sus Datos Personales -v. **investigaciones** 1 (1998), p. 126-, actuando como la autoridad nacional designada conforme a su art. 13; controla el procesamiento de datos realizado por las agencias mencionadas en el art. 4 de esta ley y verifica, también, a solicitud del interesado, que dichos organismos oficiales cumplen las leyes y las regulaciones relativas a la protección de los datos personales (art. 31.1). La Autoridad tiene estos mismos deberes en relación a los procesamientos descriptos en el art. 4.1 (art. 4.2).

El Primer Ministro y su Gabinete deben oír a la Autoridad al elaborar medidas o reglamentaciones administrativas que puedan afectar la protección a los datos personales (art. 31.2).

La Autoridad y la Autoridad de Tecnología Informática para los Organismos Públicos, deben prestarse colaboración para cumplir sus respectivos deberes (art. 31.5.). Esto también rige para las autoridades de supervisión en el área bancaria, de seguros y telecomunicaciones (art. 31.6).

Para cumplir con sus obligaciones, la Autoridad puede pedir información y la exhibición de documentos al Controlador, al Procesador, al interesado o a cualquier otra persona (art. 32.1).

A fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones aplicables al procesamiento de datos, puede acceder a los sistemas de archivos de datos, o hacer otras inspecciones o verificaciones necesarias para adquirir información útil, a cuyo efecto puede solicitar la asistencia de otras autoridades públicas (art. 32.2). Estas investigaciones deben ser previamente autorizadas por el presidente del tribunal en cuyo territorio se va a realizar la inspección, quien debe resolver sin demora la solicitud de la Autoridad (art. 32.3).

Las personas que intervienen en las investigaciones deben cumplir las exigencias de la Autoridad (art. 32.3).

Las investigaciones relativas a los procesamientos de datos descriptos en los arts. 4.1 y 14.1, las realiza un miembro de la Autoridad designado a esos efectos (art. 32.6), que no puede delegar sus funciones (art. 32.7).

La Autoridad cuenta con la asistencia de empleados gubernamentales y públicos, que también son temporariamente borrados de sus respectivas nóminas (art. 33.1).

Las reglas organizativas y operativas del personal de la Autoridad, y las relativas al cobro de aranceles y al pago de las erogaciones, van a ser descriptas en una Regulación dictada mediante Decreto del Presidente de la República dentro de los 3 meses de la entrada en vigencia de esta ley (art. 33.3).

Remedios administrativos y judiciales: el interesado puede hacer valer sus derechos judicialmente o mediante un reclamo ante la Autoridad, vías mutuamente excluyentes (art.

29.1).

Excepto en los casos en que la demora cause un perjuicio inminente e irreparable a alguna persona, el reclamo ante la Autoridad no puede formularse antes de los 5 días de presentar una solicitud sobre la misma cuestión al Procesador de Datos (art. 29.2).

Durante el curso de la investigación, el interesado, el Controlador y el Procesador, tienen derecho a ser oídos por la Autoridad y a presentar documentos y memoriales. La Autoridad puede ordenar el informe de peritos expertos (art. 29.3).

Una vez reunida toda la información necesaria, si la Autoridad considera que el reclamo está bien fundado, ordena al Controlador y al Procesador que se abstengan del comportamiento ilícito e impone, mediante resolución fundada, las medidas apropiadas para proteger los derechos del interesado y un plazo para su adopción. Si la Autoridad no resuelve un reclamo dentro de los 20 días, su silencio se equipara a un rechazo de la pretensión del interesado (art. 29.4).

Cuando la situación lo requiera, la Autoridad puede ordenar temporariamente el bloqueo de algunos o todos los datos, o prohibir alguna o todas las operaciones de procesamiento -decisión que queda sin efecto si no la ratifica mediante resolución fundada dentro de los 20 días- lo que puede apelarse junto con esta última resolución (art. 29.5).

La resolución y el rechazo por silencio de la Autoridad pueden apelarse, con efecto devolutivo, ante el tribunal del lugar donde vive el Controlador de los datos, dentro de los 20 días de la notificación de la resolución o de la expiración del plazo para expedirse (art. 29.6).

Los daños no patrimoniales son recuperables cuando el transgresor de la ley haya violado los principios formulados en el art. 9 (art. 29.9).

Sanciones: la ley prevé sanciones para los supuestos de incumplimiento del deber de notificar o de notificación fraudulenta (art. 34), procesamiento ilícito de datos personales (art. 35), omisión de adoptar medidas apropiadas de seguridad (art. 36), incumplimiento de los decretos de la Autoridad (art. 37). También regula la aplicación de penas accesorias (art. 38), y sanciones administrativas (art. 39).

3.2.11.3. Los decretos nros. 123 y 255, del 9 de mayo y 28 de julio de 1997, respectivamente, complementan esta ley en relación a la información y a las notificaciones simplificadas.

Entre los instrumentos legislativos que gobiernan cuestiones anexas a las antes mencionadas, vale señalar la Convención Europea de Europol -que da a la Autoridad la responsabilidad sobre los datos personales que constan en archivos nacionales-, y la ley que instituye la *Autorita per le garanzie nelle Comunicazioni*, relativa a la coordinación de las actividades de las autoridades de control y a la posibilidad que tiene el Consejo de Usuarios Nacionales de someter sus opiniones y sugerencias a la Autoridad.

La intervención de teléfonos está regulada en los códigos Penal (arts. 614 a 623) y de Procedimientos Penal (arts. 266 a 271), que requieren orden judicial, la cual, en la mayor parte de los casos, puede tener una vigencia de 15 días. Existen procedimientos menos rigurosos para los casos anti-Mafia.

Existen también leyes sectoriales relativas a supervisión en los lugares de trabajo (ley n° 93, del 29 de marzo de 1983, *Legge quadro sul pubblico*, INTNTDI, p. 296, Sec. 1114), a información estadística, a archivos electrónicos y firmas digitales (Decreto Presidencial n° 513, del 10 de noviembre de 1997). La ley sobre crímenes informáticos incluye penas por la interceptación de comunicaciones electrónicas (ley n° 547, del 23 de diciembre de 1993).

3.2.12. Luxemburgo

3.2.12.1. La Constitución no contiene disposiciones específicas sobre la materia.

3.2.12.2. La protección de los datos personales se garantiza mediante la Ley sobre Utilización de Datos Nominativos en Tratamientos Informáticos del 31 de marzo de 1979.

Ambito de aplicación: regula todos los bancos de datos nominativos instalados o utilizados en el territorio del Gran Ducado, con excepción de aquellos que en virtud de una

ley o reglamento no son accesibles al público, o los que sólo contienen datos relacionados con su propietario, o los que se establecen por cuenta de instituciones de derecho internacional público.

La norma es aplicable a los bancos de datos establecidos en territorio luxemburgués, aun cuando los datos se utilicen únicamente en el extranjero. Si un banco de datos establecido en territorio extranjero es accesible en el Gran Ducado de Luxemburgo a través de una terminal, los usuarios deben respetar las disposiciones de esta ley (art. 3).

Titular de la protección: son las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, y las agrupaciones de hecho (arts. 1 y 2).

Legitimidad de la creación y funcionamiento de los bancos de datos: la ley contiene 2 regímenes distintos:

a) bancos de datos que no dependen del Estado: su creación y explotación requiere autorización previa del Ministro que supervise el registro de ese banco de datos conforme al art. 13. En el pedido de autorización se debe incluir: nombre, razón social o denominación, dirección de los propietarios y gestores o, en su caso, del usuario; denominación del banco de datos; descripción pormenorizada de la finalidad que persigue; naturaleza y origen de los datos accesibles, así como su pertinencia en términos del fin perseguido por el banco; y, en caso de transmisión de los datos a terceros, la índole de los datos transmitidos y la identificación de los destinatarios (art. 5). La autorización se concede cuando no existe razón para temer una utilización abusiva de los datos ni una violación de los preceptos de la presente ley; su plazo de validez nunca puede ser superior a diez años y puede regular los sistemas de seguridad y de control que se deben instalar, y el plazo máximo de conservación, utilización o difusión de los datos (art. 6). La negativa a dar esta autorización es apelable ante el Consejo de Estado, Sección Contenciosa (art. 7).

La creación y explotación de bancos de datos médicos se rigen por el art. 28.1 descripto más adelante.

b) bancos de datos que dependen del Estado: sólo pueden crearse o explotarse mediante una ley o Reglamento Gran Ducal (art. 8), que fija el plazo de validez de dicha autorización, el cual nunca puede superar los diez años (art. 11).

El Gobierno debe someter a dictamen de la Comisión Consultiva (Comisión) el texto de cualquier proyecto de ley y de Reglamento Gran Ducal relativo a la creación de un banco de datos. Además, debe proveerle la siguiente información: nombre, razón social o denominación, dirección de los propietarios y gestores o, en su caso, del usuario; denominación del banco de datos; descripción pormenorizada de la finalidad que persigue el banco; naturaleza y origen de los datos accesibles, así como su pertinencia en términos del fin perseguido por el banco; y, en caso de transmisión de los datos a terceros, la índole de los transmitidos y la identificación de los destinatarios (art. 9). El dictamen de la Comisión debe fundarse en el respeto a los derechos amparados por esta ley y puede contener propuestas relativas: a los sistemas de seguridad y de control que se deban instalar para asegurar la integridad de los datos y para prevenir y detectar desviaciones de éstos, intencionadas o no; y al momento a partir del cual los datos ya se pueden conservar, utilizar o difundir (art. 10).

El Gobierno puede acordar, en Consejo de Ministros, que los bancos de datos que afecten la seguridad del Estado, la defensa nacional y el orden público, queden exentos de la obligación de inscribirse en el Repertorio Nacional de Bancos de Datos (Repertorio) (art. 12).

La creación y explotación de bancos de datos de carácter general establecidos para prevenir, investigar, constatar y perseguir infracciones, queda reservada a los órganos de la gendarmería y de la policía, del modo que se establezca por Reglamento Gran Ducal previo dictamen del Consejo de Estado.

Como excepción a lo dispuesto en los arts. 5 y 11, el Ministro del que dependa el Repertorio puede autorizar la creación y la explotación de un banco de datos vinculado a uno o más procedimientos penales, previo dictamen de la Comisión, fijando las condiciones de su creación y duración, que no puede ser superior a diez años (art. 12.1).

La creación y explotación de bancos de datos médicos se rige por el art. 28.1 descripto más adelante.

Legitimidad de la recolección de los datos: la recolección de datos no puede hacerse por medios fraudulentos, desleales o ilícitos (art. 14).

Queda reservado al Estado, dentro de los límites que fije la reglamentación, el registro y tratamiento de los siguientes datos: las inscripciones que figuren en los antecedentes penales, excepto las relativas a sentencias y autos de quiebra, y las medidas tomadas en aplicación de la ley del 12 de noviembre de 1971 sobre protección de la juventud (art. 16).

Datos sensibles: no pueden recolectarse, pero toda persona jurídica o de hecho puede llevar un registro de sus miembros en forma de banco de datos, y la afiliación sindical puede constar en bancos de datos con autorización expresa del interesado.

Los datos sensibles no pueden transmitirse a terceros (art. 15).

Garantías complementarias al interesado

Derecho de información: si los datos se obtienen directamente del interesado, se le debe informar el objeto del procesamiento, el carácter obligatorio o facultativo de su respuesta y, en su caso, las consecuencias de su negativa a responder, los destinatarios de la información, y la existencia de un derecho de acceso y de rectificación, excepto cuando la recolección tiene por objeto la persecución de infracciones (art. 18).

Derecho de acceso: el régimen varía de acuerdo al tipo de banco de datos.

a) bancos de datos que no dependen del Estado: toda persona puede examinar gratuitamente la información contenida en el Repertorio y obtener copia íntegra o parcial de la relativa a un determinado banco de datos contra el pago de una tasa cuyo importe se fija por Reglamento Gran Ducal (art. 19).

También puede preguntar por escrito al responsable -o al usuario en caso de bancos de datos extranjeros- si el banco contiene sus datos personales y, en su caso, acceder a éstos. El responsable debe responder esta solicitud en el plazo de un mes, en forma inteligible y conforme a la información almacenada. El importe de la tasa que debe pagarse en estos supuestos también se fija por Reglamento Gran Ducal (art. 20).

No existe derecho de acceso cuando así lo dispone una ley o Reglamento Gran Ducal, y en relación a datos que el interesado ya conoce o a los que, en virtud de una disposición legal o contractual, se puede acceder en una forma distinta a la aquí prevista (art. 21).

b) bancos de datos que dependen del Estado: el derecho de acceso sólo puede ejercerse por conducto de la Autoridad, la cual debe hacer las comprobaciones e indagaciones convenientes, ordenar las rectificaciones necesarias, o informar al interesado que el banco no contiene dato alguno que sea contrario a los convenios, a la ley, a sus reglamentos de ejecución o a las condiciones impuestas por el Ministro (art. 12).

Derecho de rectificación y supresión: el interesado puede exigir que se rectifiquen, completen, aclaren, actualicen o supriman sus datos personales inexactos, incompletos, equívocos o desactualizados o cuya recolección, registro, transmisión o conservación esté prohibida. También puede pedir que se le expida copia de la anotación rectificadora. Si consigue que se modifique una anotación, se le devuelve la tasa oportunamente pagada (art. 22).

Cuando se han transmitido datos a terceros, también se le debe notificar su rectificación o supresión (art. 23).

Toda persona que en ejercicio de su derecho de acceso tenga razones justificadas para afirmar que los datos que se le han comunicado no se ajustan a los registrados, puede informar esta circunstancia al Ministro del que depende el Repertorio quien, en su caso, puede abrir una investigación (art. 24)

Secreto de los datos: los responsables del tratamiento, gestores y usuarios de bancos de datos, están sometidos al secreto profesional en la medida en que, por el ejercicio de sus funciones, intervienen en la recolección, tratamiento o transmisión de datos personales (art. 25).

Seguridad de los datos: las personas mencionadas deben adoptar todas las precauciones necesarias para asegurar que los datos estén a salvo (art. 26).

Bancos de datos médicos: su creación y explotación está reservada a las instancias médicas, a los organismos de Seguridad Social, y a las dependencias administrativas y servicios públicos que tratan datos médicos para el cumplimiento de sus atribuciones. Esto no excluye el recurso a un gestor para el tratamiento y conservación de los datos médicos.

“Instancia médica” es toda persona física o moral autorizada a ejercer actividades técnicas y científicas dirigidas a la prevención, detección y curación, así como al alivio, de las enfermedades y deficiencias.

El modo de creación y explotación de bancos de datos médicos, de recolección y tratamiento de este tipo de datos, de uso y de transmisión a terceros se establece por Reglamento Gran Ducal. Pueden transmitirse datos sobre las prestaciones médicas del proveedor de estos cuidados, a los organismos de seguridad social para el reembolso de los gastos ocasionados. El ejercicio del derecho de acceso a estos bancos de datos sólo se puede ejercer por conducto del médico que designe el propio interesado (art. 28.1).

Organos de contralor

a) Ministro Competente: vela para que los tratamientos automatizados de datos personales se efectúen conforme a lo dispuesto en la presente ley, y a las condiciones específicas a que se ha sujetado su funcionamiento; toma las decisiones individuales que procedan en los casos previstos por esta ley y por sus reglamentos de ejecución; hace las inscripciones en el Registro Nacional de Bancos de Datos; puede suprimir bancos de datos que no se hayan explotado durante 5 años; mediante acuerdo especial, puede encargar a uno de sus funcionarios la realización de comprobaciones *in situ* de ciertos tratamientos; pide explicaciones a los interesados; recibe los reclamos que se le formulan; dirige comunicaciones y advertencias a los interesados; supervisa el ejercicio de los derechos que esta ley confiere a los particulares; y denuncia ante las autoridades judiciales las infracciones de que tuviere conocimiento (art. 29).

b) Comisión Consultiva (Comisión): depende del Ministro que tiene a su cargo el Repertorio y está compuesta, como mínimo, por 5 miembros nombrados por el Gran Duque por un período de 5 años, y seleccionados en los sectores público y privado entre juristas e informáticos y que son reelegibles (art. 31).

Emite los dictámenes que prevé esta ley, y asesora al gobierno sobre los efectos de la utilización de la informática y de sus perspectivas de evolución respecto al ejercicio de las libertades y al funcionamiento de las instituciones democráticas y, con este fin, ordena la realización de estudios e investigaciones. Además, advierte al gobierno las deficiencias o abusos que no estén específicamente previstos en las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas en vigor.

c) Autoridad de Control (Autoridad): supervisa la explotación de los bancos de datos establecidos tanto en virtud de una disposición de derecho interno como de un convenio internacional. La Autoridad está integrada por el Fiscal General del Estado o por un delegado de la Oficina de la Fiscalía, 2 miembros elegidos por el Ministro del que depende el Repertorio entre los miembros de la Comisión, y por el secretario de ésta. Su organización y funcionamiento está fijado por Reglamento Gran Ducal.

La Autoridad debe ser inmediatamente notificada de la creación de un banco de datos comprendido en este régimen, y debe velar porque los tratamientos automatizados de datos personales se efectúen de conformidad a los preceptos legales que los regulen.

Para el ejercicio de su misión, tiene acceso directo a los bancos de datos, y puede hacer comprobaciones *in situ* y exigir la entrega de cualquier información y documento conveniente para su labor. También puede encargar a uno de sus miembros que proceda a misiones de control específico.

Eleva un informe anual al Ministro del que depende el Repertorio, en el que da cuenta del cumplimiento de su misión (art. 12).

Repertorio Nacional de Bancos de Datos (Repertorio) contiene la siguiente información sobre cada banco de datos: nombre, razón social o denominación, dirección de los propietarios y gestores o, en su caso, del usuario; denominación del banco de datos; descripción pormenorizada de la finalidad que persigue; naturaleza y origen de los datos accesibles; naturaleza y origen de los datos registrados; destinatarios de los datos que se han tratado y naturaleza de los transmitidos; fecha de la autorización, o de la ley o Reglamento Gran Ducal que autorice la creación y explotación del banco; plazo de validez de la autorización; y, en su caso, fecha en que se revocó la autorización otorgada o en que se suprimió el banco de datos (art. 13).

Sanciones penales: están previstas en los arts. 32 a 39 de esta ley.

3.2.12.3. El Reglamento sobre Creación y Bancos de Datos Nominativos de Policía General fue dictado el 2 de octubre de 1992 y dispone que, a fin de satisfacer las necesidades de la prevención, indagación, comprobación y persecución de infracciones, la gendarmería y la policía están autorizadas a crear y explotar bancos de datos nominativos en copropiedad y bajo la autoridad del jefe de la gendarmería y director de la policía, y establece su organización.

3.2.12.4. La intervención telefónica está regulada por el Código Penal y la autoriza un tribunal seleccionado por el Presidente del Gobierno.

Existen leyes sectoriales relativas a la privacidad de las telecomunicaciones (Ley del 21 de marzo de 1997 sobre las Telecomunicaciones, Reglamento Gran Ducal del 22 de diciembre de 1997 regulatorio de la anterior), a los números de identidad personal (Ley del 30 de marzo de 1979 que organiza la identificación numérica de las personas físicas y morales, Reglamento Gran Ducal del 7 de junio de 1979 que determina los actos, documentos y ficheros que pueden utilizar el mencionado número de identidad) y al secreto bancario.

3.2.12.5. Luxemburgo aún no ha aprobado una nueva ley que se conforme a la Directiva de la Comunidad -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 13-11-1990, caso 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 19-11-1991, C-6/90 y C-9/90).

3.2.13. Noruega

3.2.13.1. La Constitución de 1814 no contiene ninguna disposición específica sobre el tema.

3.2.13.2. Hasta la sanción de la ley de protección de datos, la principal medida al respecto era la disposición del Código Penal que prohíbe la publicación de información relativa a "cuestiones personales o domésticas (Sec. 309).

En este país, la protección a la privacidad también tiene una fuente no estatutaria, ya que el derecho noruego faculta a los tribunales a aplicar el derecho civil con base en principios no escritos, pero en la práctica rara vez ejercen esta atribución.

3.2.13.3. La protección de datos se instrumenta a través de la Ley 48 sobre Registros de Datos Personales de 1978.

Ambito de aplicación: regula los registros de datos personales y cualquier otra instalación en la que se utilice información de índole personal de los organismos de la administración central o local, y de las empresas, sociedades o fundaciones privadas. Sin embargo, el Rey puede decidir que esta ley no se aplique a ciertas clases de registros de datos personales (Sec. 1).

Titular de la protección: son las personas, asociaciones o fundaciones susceptibles de identificación (Sec. 1).

Legitimidad del almacenamiento: el almacenamiento de datos personales debe estar justificado objetivamente en razón de las actividades administrativas y operaciones de la entidad o empresa que lo efectúa.

Datos sensibles: salvo casos de necesidad, no se deben archivar datos relativos a la raza o creencias políticas o religiosas; a la sospecha criminal de que ha sido objeto el interesado; al estado de salud o al abuso de bebidas alcohólicas; a la vida sexual; a asuntos familiares más allá de lo relativo a las relaciones de parentesco o estado civil, al régimen económico del matrimonio y a las condiciones de sostén económico de la familia (Sec. 6).

La creación de registros electrónicos y de cualquier registro de datos personales que incluya este tipo de datos requiere autorización administrativa previa (Sec. 9). Para decidir sobre la concesión de esta autorización, debe evaluarse si el establecimiento o utilización del sistema va a causar problemas para el interesado que no puedan resolverse satisfactoriamente mediante las reglas que se enumeran en el próximo párrafo. Si existe la posibilidad de que se generen esos problemas, deben balancearse los intereses en juego (Sec. 10).

La autorización debe fijar las reglas para el funcionamiento del archivo con particular referencia a la recolección y control de los datos, a su manejo y almacenamiento, al derecho a confrontar los datos con los de otros sistemas de almacenamientos de datos, al uso de números de identidad personal, a la difusión de los datos y a la posibilidad de transferirlos a otros sistemas de registro, a la extensión y sustancia de los datos que deben notificarse al interesado, al derecho de éste a solicitar información que le acuerda esta ley, a la rectificación, actualización, supresión o bloqueo de los datos, y a la institución, empresa o persona responsable de la adecuada implementación de estas reglas (Sec. 11).

Garantías complementarias para el interesado

Derecho de información: el interesado tiene derecho a saber qué tipos de datos personales suyos se almacenan o tratan informáticamente con fines distintos a la investigación estadística o planificación general. No puede acceder a los que se considere inconveniente poner en su conocimiento, en consideración a su salud o a sus relaciones con sus allegados.

También puede conocer los que almacenan o procesan las entidades de la administración central o local por medios electrónicos, que no se encuentren en documentos internos.

Por vía reglamentaria, el Rey puede restringir o condicionar el ejercicio de este derecho o extenderlo a los registros de datos personales de las empresas, sociedades o fundaciones privadas, o a algunos de estos registros en particular (Sec. 7).

Derecho de rectificación, supresión o complementación: la información errónea, incompleta, irrelevante o cuyo almacenamiento sea ilícito, debe corregirse, suprimirse o adicionarse, cuando el error pueda ser significativo para el interesado. Si el error hubiera dado lugar al suministro de información errónea o incompleta, se deben tomar todas las medidas posibles para procurar que no perjudique al interesado. La Inspección de Datos (Inspección) puede imponer dichas medidas cuando no se adopten voluntariamente (Sec. 8).

El interesado puede oponerse a la inclusión de su nombre en un registro de datos personales destinado a la distribución de publicidad por correo o publicaciones semejantes (Sec. 8a).

Empresas que brindan servicios de información crediticia y personal: su establecimiento requiere autorización administrativa previa, cuya concesión se funda principalmente en una evaluación de la honestidad y responsabilidad empresarias (Sec. 14).

Estas corporaciones no pueden dar otros servicios vinculados a datos personales sin autorización del Rey (Sec. 13).

No se rige por estas disposiciones la utilización de datos dentro de una empresa, o entre empresas que pertenecen al mismo grupo corporativo a menos que los datos los brinde una empresa que actúa como proveedora de información crediticia (Sec. 13).

La empresa de información crediticia debe asegurarse que los datos utilizados para dar

este servicio son, en la medida de lo posible, completos. No los debe proveer cuando puedan generar una actitud injustificada o irrazonablemente negativa hacia el interesado.

Sólo se pueden utilizar datos que hayan estado almacenados durante 3 años o más, cuando resulte evidente que siguen siendo muy importantes para evaluar adecuadamente al interesado (Sec. 15.)

El servicio de estas empresas no puede incluir la provisión de datos sensibles pero, en algunos supuestos, el Rey puede autorizar el almacenamiento y transmisión de información sobre la condición de salud o toxicomanía, y al estado de sospecha penal de que ha sido objeto el interesado (Sec. 16).

No puede brindarse información crediticia cuando de las circunstancias resulta evidente que el solicitante no tiene una necesidad objetiva de contar con ella (Sec. 17).

Normalmente, este tipo de información debe darse por escrito a menos que no contenga datos que puedan esgrimirse contra el interesado o que se necesite con carácter urgente. Cuando se transmite en forma oral, la esencia de los datos y el nombre y domicilio del solicitante deben registrarse y guardarse durante al menos 6 meses, y si puede esgrimirse contra el interesado debe confirmarse por escrito (Sec. 18).

La información crediticia puede proveerse mediante la distribución de publicaciones o listas siempre que los datos que éstas contengan se refieran a empresas comerciales, se brinden en forma sumaria y sólo se envíen a los miembros o suscriptores de la empresa de servicios.

Las solicitudes de información crediticia que incluyan una actualización periódica, sólo pueden referirse a empresas comerciales (Sec. 18).

La provisión o confirmación escrita de información sobre un interesado no comerciante requiere que éste sea notificado simultánea y gratuitamente (Sec. 19).

Toda persona tiene derecho a conocer sus datos personales que tiene almacenados una empresa de servicios de información crediticia y personal, qué tipo de información crediticia sobre su persona dio en los últimos 6 meses, quién la solicitó y de quién la obtuvo. La empresa debe contestarle por escrito a menos que el interesado acepte recibirla de otro modo, y aclarar si la información sobre el sistema de archivo se está suministrando en forma sumaria. El interesado puede examinar todos los documentos. La empresa puede cobrar un arancel por dar esta información por escrito, cuyo monto se fija de acuerdo a los criterios generales o que para casos determinados fija el Rey (Sec. 20).

Empresas que brindan servicios de procesamiento electrónico de datos a terceros: su establecimiento también requiere autorización administrativa previa. Estas empresas no pueden reservarse, en el contrato que firman con el cliente, el derecho a utilizar los datos que éste les entrega para objetivos distintos a los mencionados en la cesión, ni a confiárselos a terceros para que los procesen o almacenen (Sec. 23).

Empresas que brindan servicios de suministro de direcciones y de distribución: su establecimiento también requiere autorización administrativa previa (Sec. 25). Estas empresas no pueden guardar datos sensibles (Sec. 26), pero sí pueden distribuir material con base en las listas de clientes o miembros que el contratante les provee, no pudiendo usar los datos que surgen de dichas listas para otros fines ni confiárselos a terceros (Sec. 27).

El interesado tiene derecho a conocer la fuente de los datos almacenados.

La empresa debe suprimir de sus archivos el nombre de toda persona que así lo solicite. Si el pedido de supresión se refiere a los datos incluidos en una lista de clientes o miembros que su contratante le ha cedido, debe notificárselo éste para que excluya al interesado de su fichero. Se debe poner en conocimiento del interesado esta diligencia (Sec. 28).

Empresas que hacen sondeos de opinión y estudios de mercado para terceros: su establecimiento también debe contar con autorización administrativa previa (Sec. 31). Los datos obtenidos por esta vía no pueden difundirse de un modo que permitan la identificación del interesado, ni ser utilizados con otros fines (Sec. 32).

Los datos como el nombre, fecha de nacimiento y número personal de identidad, no pueden almacenarse en sistemas electrónicos sin consentimiento del interesado, ni en ningún sistema que esté especialmente destinado a permitir que sean fácilmente accesibles o utilizables.

Los datos recolectados no pueden almacenarse durante más de 6 meses en forma nominativa sin consentimiento de éste (Sec. 33).

Transmisión de los datos al extranjero: no puede hacerse sin consentimiento del Rey (Sec. 36).

Autoridad de Contralor: es la Inspección de Datos (Inspección), que es un órgano autónomo subordinado al Rey y al Ministro que éste designe. Está presidida por una Junta de 7 miembros nombrados por el Rey (Sec. 2).

Sus funciones son: mantenerse informada y brindar asesoramiento sobre cualquier novedad de orden general relativa al uso de registros de datos personales, y a los problemas derivados de dichos registros, sobre cuestiones relativas a la protección de la privacidad de las personas y a la salvaguarda de los datos, y a los proyectos de creación de registros de datos personales; velar por el cumplimiento de las normas aplicables a dichos registros, y por la rectificación de sus errores o defectos; dictaminar, a iniciativa de parte o de oficio, en cuestiones relativas a la utilización de estos registros o al uso de información personal (Sec. 3); llevar un catálogo sistemático y público de los registros de datos personales cuya creación requiera autorización administrativa previa (Sec. 4), y cumplir con las otras funciones que le asigne el Rey (Sec. 3).

A esos efectos, puede recabar toda la información necesaria, acceder a los lugares donde estén situados los registros de datos personales y los medios auxiliares técnicos, y realizar las pruebas o controles que estime necesarios.

El Rey puede establecer las excepciones a estos principios que considere apropiadas para la seguridad del Reino, y dictar normas reglamentarias sobre reembolso de los gastos efectuados con motivo de la labor de supervisión (Sec. 5).

Vigilancia por video: su regulación fue agregada por la reforma a esta ley de 1993 y que rige desde 1994.

La vigilancia por video y las grabaciones de imágenes vinculadas a dicha vigilancia sólo son permisibles cuando están objetivamente justificadas por las actividades de la institución o empresa que las realiza, y las grabaciones deben borrarse cuando no existan fundamentos objetivos para conservarlas. Sin embargo, la vigilancia de un lugar al que regularmente asiste un grupo limitado de personas sólo es lícita cuando existe una necesidad especial en razón de las actividades que allí se realizan.

Estas disposiciones no se aplican a las grabaciones de imágenes equiparables a sistemas de archivos de datos personales. En caso de duda, el Rey decide qué régimen se aplica (Sec. 37a).

Las imágenes obtenidas durante la vigilancia por video sólo pueden transmitirse a terceros por disposición legal o con autorización del interesado. Sin embargo, a menos que exista una obligación jurídica de mantener el secreto, pueden entregarse a la policía para la investigación de delitos o accidentes, o cuando así lo disponga el Rey.

Sanciones e indemnizaciones: están previstas en las Secs. 38 a 40 de esta ley.

3.2.13.4. El Reglamento de la Ley de Registros de Datos Personales fue aprobado el 9 de junio de 1978 y hace referencia a la forma de responder a las consultas de los interesados, a la dispensa de contar con autorización administrativa, etc.

3.2.13.5. Existen otras leyes que imponen la confidencialidad de los datos personales. La Ley de Procedimientos Administrativos de 1967 contiene este tipo de cláusulas, y reconoce a las partes de un proceso administrativo un derecho de acceso a los documentos del caso. Por su parte, la *Freedom of Information Act* de 1970 otorga a toda persona el derecho de acceder al material que tienen los organismos gubernamentales siempre que identifique la información que busca, y la ley del 17 de diciembre de 1976 dispone que la intervención de

teléfonos requiere autorización judicial y está inicialmente limitada a 4 semanas.

3.2.13.6. Se registra un episodio histórico especial que influyó en la actitud que este país tiene hacia la protección de datos: en Noruega no sólo se teme que la tecnología falle y cause problemas sociales, sino también que ayude a los delincuentes en caso de que no se la pueda destruir en caso de guerra o de una crisis nacional. El suceso se produjo durante la II Guerra Mundial, mientras Noruega estaba ocupada por Alemania. En mayo de 1944 los alemanes quisieron movilizar a los jóvenes noruegos para que prestaran un “servicio de trabajo”, pero existían motivos para temer que se los enviaría al frente oriental. En Noruega existían dos padrones alfabéticos que podían usarse para el enrolamiento. Las autoridades nazis tenían los datos pero necesitaban máquinas para seleccionar a los jóvenes. El movimiento de resistencia irrumpió en las oficinas de las empresas que tenían las máquinas existentes e hizo detonar explosivos. Este episodio dejó una impresión perdurable en la política noruega, haciendo que la vigilancia y la vulnerabilidad se consideraran temas delicados.

Por otra parte, en 1994 se formó una Comisión Parlamentaria para investigar las prácticas de vigilancia de la policía y de los servicios de seguridad noruegos, posteriores a la II Guerra Mundial. En 1996 se presentó un informe que concluyó en que gran parte de dichas prácticas se habían establecido o realizado en forma ilegal. Esto dio lugar a un gran debate público y político.

3.2.13.7. Jurisprudencia de la Suprema Corte

En 1926, dos hombres, uno joven y otro anciano, generaron una gran inquietud en Noruega al matar brutalmente al jefe de policía local y a otros policías con un hacha. Posteriormente, fueron capturados y condenados a prisión, donde el anciano se suicidó. El incidente estimuló al conocido autor Gunnar Larson a escribir una novela documental (“*To mistenkelige personer*”, o “Dos Personas Sospechosas”) que se publicó en el mismo año y que fue muy bien recibida por el público. En 1949, se realizó una película basada en esta novela. Antes de su estreno, el más joven de las dos “personas sospechosas” -que había salido de prisión, se había cambiado el nombre, se había casado y tenía hijos- protestó, temiendo que la película permitiera su identificación, haciendo añicos su nueva vida. En su decisión (Rt 1952:1217), la Suprema Corte encontró que se habían violado principios no estatutarios de privacidad, prohibió la exhibición pública de la película y destacó la naturaleza especial que un filme tiene como medio (cit., 1220-1221) ya que “se transmite a un número mayor de personas que una publicación impresa y hace una descripción muy vívida. Va a ser vista, discutida y analizada en los periódicos, y no puede evitarse que haga conocer la identidad del [criminal más joven] -pese a su cambio de nombre- a personas que la desconocían y que se la recuerde a los demás, dando lugar a pensamientos negativos hacia su persona”.

3.2.13.8. Noruega aún no ha aprobado una nueva ley que se conforme a la Directiva de la Comunidad Europea -v. **investigaciones** I (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, caso 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).

3.2.14. Nueva Zelanda

3.2.14.1. La Declaración de Derechos de 1990 no contiene referencia alguna a la protección de datos personales.

3.2.14.2. Esta materia está regulada por la *Privacy Act* de 1993.

Ambito de aplicación: esta ley se aplica a la “información personal” procesada manual o automáticamente por una “agencia”, esto es, por cualquier persona u organismo del sector

público o privado.

No se aplica: al Soberano, al Gobernador General o al Administrador del Gobierno, a la Cámara de Representantes, ni a sus miembros cuando actúan con carácter oficial; a la *Parliamentary Service Commission*, ni al *Parliamentary Service* salvo en cuanto a la información personal relativa a alguno de sus empleados o ex-empleados; a un tribunal, en relación a sus funciones judiciales; al Ombudsman; a una Comisión Real; a una comisión de investigación designada por una Orden en Consejo dictada en términos de la *Commissions of Inquiry Act* de 1908; ni a los medios de radiodifusión respecto de sus actividades periodísticas (Sec. 2).

Titular de la protección: es la persona de existencia visible (Sec. 2).

Legitimidad de la recolección de datos: está regulada por los primeros cuatro Principios de la Privacidad de la Información (Principios), previstos en la Sec. 6 de la ley.

Una agencia sólo puede recolectar información personal con objetivos lícitos vinculados a una de sus funciones o actividades, y en la medida en que sea necesaria para cumplir dichos objetivos (Sec. 6, Primer Principio).

Cuando recolecte información personal, la agencia debe obtenerla directamente del interesado, a menos que considere, con fundamento razonable, que es pública o que el Comisionado de la Privacidad (Comisionado) ha autorizado su recolección para proteger el interés público o para brindar un claro beneficio al interesado (Sec. 6, Segundo Principio).

Cuando la obtenga directamente del interesado, la agencia debe adoptar las medidas que en esas circunstancias sean razonables para asegurar que éste recibe la siguiente información: su nombre y domicilio y los de la agencia que va a conservar la información; la circunstancia de que está haciendo la recolección, y si ésta está autorizada o exigida legalmente; el objetivo que persigue y los futuros destinatarios de la información; la naturaleza obligatoria o voluntaria de su respuesta y, en su caso, las sanciones previstas para la violación de esta obligación; y los derechos de acceso y corrección que estos Principios le acuerdan.

No tiene que cumplir esta obligación de informar cuando razonablemente crea que: el interesado la ha liberado de hacerlo; o el incumplimiento de este Principio no va a perjudicar a los interesados, o es necesario para no perjudicar la aplicación de las leyes por parte de alguna agencia del sector público (lo que incluye la prevención, detección, investigación, prosecución y castigo de los delitos), para aplicar una ley que impone una pena pecuniaria, para proteger el erario público, o para un proceso judicial actual o futuro; o el cumplimiento perjudicaría los objetivos de la recolección, o no es razonablemente posible en esas circunstancias; o la información no se va a usar de forma nominativa, o se va a emplear con fines estadísticos o de investigación y no se va a publicar en forma que permita la identificación del interesado (Sec. 6, Tercer Principio).

Las agencias no deben recolectar información personal por medios ilícitos, que en esas circunstancias demuestren mala fe, o que constituyan una intromisión irrazonable en las cuestiones personales del interesado (Sec. 6, Cuarto Principio).

El Comisionado puede autorizar, con sujeción a las condiciones que a ese efecto establezca, y siempre que el interesado no haya negado su consentimiento a ese respecto, la recolección de información personal en supuestos en que esté prohibida cuando considere que, dadas las circunstancias especiales del caso: el interés público en esa recolección tiene una jerarquía sustancialmente superior a la de cualquier interferencia que pueda producir en la privacidad del interesado, o que brinda al interesado un claro beneficio de una jerarquía sustancialmente superior a la de cualquier interferencia que pueda producir en su privacidad (Sec. 54.)

Estos Principios, no se aplican a la recolección de información que hace una persona sólo con fines domésticos o familiares (Sec. 56), ni a la recolectada u obtenida por los organismos de inteligencia (Sec. 57).

Legitimidad del uso: una agencia que conserva información personal no debe usarla

sin adoptar las medidas que, en esas circunstancias y en atención a los objetivos que justificaron su recolección, sean razonables para asegurar que es precisa, actualizada, completa, relevante y no engañosa (Sec. 6, Octavo Principio); y sólo debe conservarla durante el tiempo necesario para satisfacer dichos propósitos (Sec. 9, Noveno Principio).

Una agencia que conserva información personal no debe usarla para un objetivo distinto al que justificó su recolección, a menos que crea, con fundamento razonable, que: la fuente de la información es una publicación que está a disposición del público; el uso de la información con ese nuevo objetivo cuenta con la autorización del interesado; el incumplimiento es necesario para no perjudicar la aplicación de las leyes por parte de alguna agencia del sector público (incluyendo la prevención, detección, investigación, prosecución y castigo de los delitos), para aplicar una ley que impone una pena pecuniaria, para la protección del erario público, o para un proceso judicial actual o futuro; el uso de la información para el nuevo objetivo es necesario para impedir o atenuar una amenaza seria e inminente a la salud o seguridad públicas o a la vida o salud del interesado o de un tercero; el nuevo objetivo está directamente relacionado con el que justificó su recolección; la información se va a usar en forma no nominativa, o para fines estadísticos o de investigación y no se va a publicar en forma nominativa; o el Comisionado ha autorizado este uso de la información para proteger el interés público o para brindar un claro beneficio al interesado (Sec. 6, Décimo Principio).

Al uso de información personal se aplican también las Secs. 10.1, 10.3 y 54 ya mencionadas.

Legitimidad de la transmisión: una agencia que conserva información personal no debe transmitirla a terceros a menos que crea, con fundamento razonable, que: la transmisión de la información está relacionada con uno de los objetivos que justificaron su recolección; la fuente de la información es una publicación que está a disposición del público; el destinatario de la transmisión es el interesado; la transmisión está autorizada por éste; el incumplimiento es necesario para no perjudicar la aplicación de las leyes por parte de cualquier agencia del sector público (lo que incluye la prevención, detección, investigación, prosecución y castigo de los delitos), para aplicar una ley que impone una pena pecuniaria, para la protección del erario público, o para un proceso judicial actual o futuro; la transmisión de la información es necesaria para impedir o atenuar una amenaza seria e inminente a la salud o seguridad públicas, o a la vida o salud del interesado o de un tercero; la transmisión es necesaria para facilitar la venta u otra forma de disposición de una empresa en marcha; la información se va a usar en forma no nominativa, o para fines estadísticos o de investigación y no va a ser publicada en forma nominativa (Sec. 6, Decimoprimer Principio).

A la transmisión de información personal se aplican también las Secs. 10.1 y 10.3 ya mencionadas.

Este Principio no deroga ninguna disposición legal que autorice o exija brindar información personal (Sec. 7.1), que prohíba o restrinja la disponibilidad de información personal, o que reglamente la forma en que ésta puede o debe ser accesible (Sec. 7.2).

El Comisionado puede dictar las autorizaciones previstas en la ya citada Sec. 54.

Medidas de seguridad de los datos: una agencia que almacena información personal debe adoptar las medidas que resulten razonables, en esas circunstancias, para evitar el riesgo de pérdida, o acceso, uso, modificación, difusión o uso indebidos (Sec. 6, Quinto Principio)

A las medidas de seguridad se aplican, también, las Secs. 10.1 y 10.3 ya mencionadas.

Garantías complementarias para el interesado

Derecho de acceso: cuando una agencia conserve información personal de un modo que pueda recuperarse fácilmente, el interesado tiene derecho a que le confirme si tiene almacenados sus datos personales y a acceder a éstos.

Al ejercer su derecho de acceso, el interesado debe ser informado de su derecho a solicitar la corrección de los datos (Sec. 6, Sexto Principio).

Este Principio no se aplica a: la información personal que se transmite por correo,

telegrama, cable, telex, fax, *e-mail* u otra forma similar de comunicación; la prueba o escritos presentados a una Comisión Real o a una comisión investigadora designada por Orden en Consejo dictada conforme a las disposiciones de la *Commissions of Inquiry Act* de 1908, en cualquier momento anterior a la publicación del informe de la Comisión o a la transmisión de información al Gobernador General, respectivamente; la prueba o escritos presentados a una comisión, junta o tribunal investigador designado de acuerdo a lo dispuesto por una disposición legal, para investigar una cuestión determinada; la información que está en la correspondencia o comunicación entre la oficina del Ombudsman y cualquier agencia, y que se vincule a una investigación realizada por el Ombudsman en términos de la *Ombudsman Act* de 1975, de la *Official Information Act* de 1982, o de la *Local Government Official Information and Meeting Act* de 1987, y que no se haya recolectado antes del inicio de dicha investigación; la información que surge de la correspondencia que intercambia la oficina del Comisionado y cualquier agencia, y en relación a una investigación que el Comisionado ha hecho en ejercicio de las atribuciones que le confiere esta ley (Sec. 55).

Una agencia puede negar al interesado el derecho de acceso a sus datos personales, cuando dicho acceso: resulte perjudicial para la seguridad, defensa o relaciones internacionales de Nueva Zelanda (Sec. 27); perjudique irrazonablemente la posición comercial de la persona que brinda la información o del titular de esos datos (Sec. 28), a menos que, en esas circunstancias, el interés público en el acceso deba prevalecer sobre los mencionados intereses (Sec. 28); constituya una intromisión injustificada en los asuntos de otra persona viva o muerta (Sec. 29.1a); tenga por objeto material evaluativo o de opinión, esto es, material exclusivamente recopilado para determinar la idoneidad, elegibilidad o calificaciones del interesado para acceder, obtener una promoción, permanecer o ser removido en un empleo, o para que se le asigne, se le siga otorgando, o se le cancele, un contrato, premio, beca, honor u otro beneficio, o para suscribir o renovar con él un contrato de seguro personal o sobre sus bienes (Sec. 29.3); viole un compromiso expreso o implícito con la persona que brindó la información (Sec. 29.1b); tenga por objeto información sobre la salud física o mental del interesado y la agencia, previa consulta con el médico de éste, considere que dicho acceso perjudicaría su salud física o mental (Sec. 29.1c); perjudique los intereses del interesado, cuando éste tenga menos de 16 años (Sec. 29.1d); perjudique las medidas de seguridad implementadas durante la detención o la rehabilitación de un interesado que ha sido condenado por un delito, o que está o ha estado detenido (Sec. 29.1e); viole el secreto profesional de un abogado (Sec. 29.1f); probablemente revele la fuente confidencial de información de un periodista, o perjudique la provisión de información similar o de la misma fuente, cuando la agencia sea la *Radio New Zealand Limited* o la *Television New Zealand Limited* (Sec. 29.1g); viole las condiciones de acceso a información que consta en documentos que se conservan en algún museo o biblioteca o archivo (Sec. 29.1h); haga incurrir a la agencia en desacato a un tribunal o a la Cámara de Representantes (Sec. 29.1i); o tenga por objeto información trivial (Sec. 29.1j).

Por otra parte, una agencia puede rechazar una solicitud de acceso cuando la información solicitada no sea fácilmente recuperable, no exista o no la pueda encontrar; o cuando no la tenga y carezca de fundamentos para creer que la tiene, o que está más estrechamente vinculada a las funciones o actividades de otra agencia (Sec. 29.2).

Con sujeción a lo dispuesto en las Secs. 7, 31 y 32 de esta ley, ninguna otra razón distinta de las anteriormente enumeradas puede justificar una negativa a revelar información solicitada con base en el Sexto Principio (Sec. 30).

Sin embargo, este Principio no da derecho a una persona que sido sentenciada a prisión por un delito, a acceder a la información que tiene la policía relativa al delito en cuestión, a la condena o a la sentencia que mereció por su comisión (Sec. 31).

Cuando una solicitud de acceso tenga por objeto información exceptuada del ejercicio de este derecho con base en la necesidad de proteger la seguridad, defensa o relaciones internacionales de Nueva Zelanda, o los secretos comerciales, y la agencia considere que

estos intereses se verían perjudicados si admite la existencia o inexistencia de la información solicitada, puede informar por escrito al interesado que no confirma ni niega la existencia o inexistencia de la misma (Sec. 32).

Al derecho de acceso se aplican las Secs. 10.1, 10.3, 7.1 y 7.2 ya mencionadas.

Los titulares de este derecho de acceso son los ciudadanos y residentes permanentes o transitorios de Nueva Zelanda (Sec. 34).

Toda agencia tiene el deber de asistir a quien desee formular un pedido de acceso, a quien no lo hace conforme a las disposiciones de esta ley, y a quien no lo formula a la agencia adecuada (Sec. 38).

La agencia que recibe un pedido de acceso debe decidir, tan pronto como sea razonablemente posible pero nunca más allá de los 20 días hábiles, si va a autorizarlo, en qué medida, y notificar esta decisión al interesado (Sec. 40).

El acceso puede instrumentarse brindando al interesado una oportunidad razonable para inspeccionar su información personal, o entregándole una copia o un resumen de ésta. La agencia debe dar la información en la forma en que se le solicita, a menos que ello perjudique la eficiencia de la administración, sea contrario a algún deber de la agencia respecto del documento en cuestión, o perjudique el interés en proteger la seguridad, defensa y relaciones internacionales de Nueva Zelanda, los secretos comerciales o los intereses mencionados en la Sec. 29, y no exista un interés que deba prevalecer sobre éstos (Sec. 42).

Si la agencia accede al pedido de acceso, debe comprobar la identidad del interesado, y adoptar las medidas apropiadas para que sólo éste reciba la información (Sec. 45).

La concesión del acceso previsto en este Principio o los efectos que dicho acceso produzca, no pueden servir de sustento a ningún proceso contra la Corona ni contra el autor de dicha información. Tampoco pueden equipararse, a los fines de la ley de difamación, de abuso de confianza o de derechos de propiedad intelectual, a la aprobación o autorización de la publicación de un documento, o de su contenido, por parte de la persona que accede a la información (Sec. 115).

Cuando la información a la que se pide acceder incluya otra exenta de acceso, la agencia debe entregar al interesado una copia de los datos solicitados con las supresiones del caso, dándole los fundamentos de dicha supresión a menos que esta mención pueda perjudicar la seguridad, defensa o relaciones internacionales de Nueva Zelanda, secretos comerciales, o los intereses enumerados en la Sec. 29, y no exista un interés que deba prevalecer (Sec. 43).

Derecho de rectificación: el interesado tiene derecho a solicitar a la agencia la corrección de su información personal incorrecta o incompleta, o a que ésta le agregue su declaración de que solicitó una corrección que no se hizo. Este derecho es el único que contienen los Principios que es exigible judicialmente (Sec. 11.1).

Las agencias, a petición del interesado o por iniciativa propia, deben adoptar las medidas que sean razonables, en atención a las circunstancias del caso, para corregir la información y para asegurar que, considerando los objetivos para los cuales puede usarse válidamente, es exacta, actualizada, completa y no engañosa.

Si la agencia no desea hacer las correcciones que le pide el interesado, a solicitud de éste debe adjuntar a la información una declaración de que el interesado solicitó la corrección denegada.

En cualquier caso, y luego de hacer la corrección o anexar la declaración mencionada, la agencia debe, en la medida en que sea razonablemente posible, notificar la adopción de estas medidas al interesado y a cada una de las personas a las que les haya transmitido la información.

Este Principio no se aplica en los supuestos enumerados en la ya citada Sec. 55.

Los titulares de este derecho de rectificación son los ciudadanos y residentes permanentes o transitorios de Nueva Zelanda (Sec. 34).

Toda agencia tiene el deber de asistir a quien desee formular un pedido de

rectificación, a quien no lo hace conforme a las disposiciones de esta ley, y quien no lo formula a la agencia adecuada (Sec. 38).

Cuando la agencia resuelva rechazar un pedido de rectificación, debe notificarle esta decisión al peticionante y, si éste se lo pide, también los fundamentos de la misma, a menos que esta mención pueda perjudicar la seguridad, defensa o relaciones internacionales de Nueva Zelanda, secretos comerciales o los intereses enumerados en la Sec. 29, y no exista un interés que deba prevalecer (Sec. 44).

La información que tiene una agencia incluye también la que tiene fuera de Nueva Zelanda, tanto si la transferencia la ha hecho ella misma u otra agencia (Sec. 10.1). Sin embargo, una agencia no viola los Principios al realizar una acción que es obligatoria conforme a la ley del lugar donde se encuentran los datos (Sec. 10.3).

Códigos únicos de identificación: una agencia no debe asignar a una persona un único número de identificación, a menos que resulte necesario para permitirle cumplir eficientemente con sus funciones. En este último supuesto, no puede exigir a dicha persona que le revele el número de identificación que le ha dado otra agencia no asociada, a menos que resulte necesario para satisfacer alguno de los objetivos que justificaron esa asignación o para otro relacionado con ésta, ni atribuirle intencionalmente ese mismo número, y debe adoptar las medidas necesarias para asegurar que los códigos únicos de identificación se asignan a personas que están claramente identificadas (Sec. 6, Decimosegundo Principio).

Autoridades de Contralor: es el Comisionado de la Privacidad (Comisionado), que es designado por el Gobernador General a propuesta del Ministro de Justicia. El Comisionado es una persona jurídica formada y dirigida por un órgano unipersonal (*corporation sole*), de existencia temporal ilimitada, que tiene todos los derechos, atribuciones y privilegios -y que puede incurrir en todas las causales de responsabilidad- de una persona de existencia visible, adulta y capaz (Sec. 12.3).

Tiene las siguientes funciones: promueve, a través de la educación y la publicidad, la comprensión y aceptación de los Principios de Privacidad de la Información y de los objetivos que éstos persiguen; a solicitud de una agencia, realiza auditorías de la información personal que dicha agencia conserva, a fin de evaluar si la procesa conforme lo dispuesto en esta ley; controla el uso de identificadores únicos, e informa periódicamente al Primer Ministro sus conclusiones, incluyendo sus recomendaciones sobre la necesidad o conveniencia de adoptar medidas para dar o mejorar la protección a la privacidad de las personas; controla el cumplimiento de los Principios de los Archivos Públicos, los revisa periódicamente -prestando particular atención a las recomendaciones del Consejo de Europa relativas a la Comunicación a Terceros Países de Datos Personales por parte de Organismos Públicos (Recomendación R (91) 10)- e informa periódicamente al Ministro de Justicia sobre la necesidad y conveniencia de modificarlos; examina y propone leyes relativas a la recolección de información personal por parte de los organismos públicos y a la transmisión de información personal entre agencias del sector público cuando considere que podría usarse para un confronte de información, e informa al Ministro de Justicia sus conclusiones; organiza programas educativos para promover la protección de la privacidad de las personas; hace declaraciones públicas en relación a las cuestiones que afecten la privacidad de las personas o de una clase de personas; recibe e invita a los representantes del público para discutir cuestiones que afecten su privacidad; consulta y coopera con otras personas y organismos encargados de proteger la privacidad de las personas; de oficio o a pedido de un Ministro o agencia, les brinda asesoramiento sobre cualquier cuestión relativa a la aplicación de esta ley; publica informes periódicos sobre el ejercicio de sus funciones o sobre algún caso o casos que ha investigado (Sec. 13); y presenta un informe anual sobre la aplicación de esta ley al Ministro de Justicia, quien envía copia a la Cámara de Representantes (Sec. 24).

Salvo caso de remoción, el Comisionado permanece en el cargo durante el período no mayor a 5 años que establezca el Gobernador General en la designación, a propuesta del Ministro de Justicia, y es reelegible (Sec. 16). Una vez vencido ese plazo, a menos que

previamente el cargo haya quedado vacante, el Comisionado sigue en funciones hasta ser reelegido, hasta que se elija a otro, o hasta que el Ministro de Justicia le informe por escrito que no va a ser reelecto y que no debe permanecer en el cargo hasta que asuma su sucesor (Sec. 17).

En cualquier momento, el Gobernador General puede removerlo de su cargo por incapacidad para cumplir con sus funciones, quiebra, negligencia en el desempeño de su cargo o mala conducta (Sec. 18.1), a menos que el Comisionado sea un juez en funciones (Sec. 18.3). El Comisionado puede renunciar en cualquier momento, notificándose por escrito al Ministro de Justicia (Sec. 18.2).

No puede elegirse Comisionado a un legislador ni a un miembro de una autoridad local. El Comisionado no puede, sin contar con autorización del Ministro de Justicia para cada supuesto específico, aceptar un cargo de confianza o remunerado, ni realizar ninguna actividad con fines de lucro (Sec. 19). La designación de un juez como Comisionado no afecta la investidura, derechos ni privilegios que tiene como juez (Sec. 19.2).

El Comisionado puede ordenar, cuando lo considere conveniente, la publicación de la siguiente información sobre las agencias: la naturaleza de cualquier información que tengan; los objetivos para los cuales la conservan; el plazo durante el cual la van a conservar; y los titulares y condiciones del derecho de acceso (Sec. 21).

Cada agencia es responsable de designar una o más personas, dentro de su organización, con la función de alentar el cumplimiento de los Principios, responder a las solicitudes formuladas con base en esta ley, y de trabajar con el Comisionado respecto de las investigaciones vinculadas a esa agencia (Sec. 23).

El Primer Anexo regula en forma más pormenorizada la actuación del Comisionado (Sec. 25).

Códigos de Práctica y exenciones de los Principios de Privacidad de la Información: el Comisionado, de oficio o a pedido de una parte interesada y después de publicar en la *Gazeta Oficial* el texto del proyecto y la forma de presentar los comentarios, puede dictar periódicamente un código de práctica que: a) modifique la aplicación de uno o más Principios al establecer estándares más o menos rigurosos que los que aquéllos contienen, o al eximir -incondicionalmente o con sujeción a las exigencias que establezca- a alguna acción de la aplicación de alguno de aquéllos, o al disponer la forma en que se aplican o cumplen; b) sea aplicable a alguna información o clases de información específicas, a una agencia o clases de agencias, a una actividad o clases de actividad, industria, profesión u ocupación, o clases de industria, profesión u ocupación; c) imponga, a una agencia que no es del sector público, controles a la comparación -electrónica o no- de información personal destinada a producir o verificar información personal; d) establezca las pautas que las agencias deben seguir para determinar los aranceles que cobran, o los supuestos en que no pueden cobrarlos; e) establezca los procedimientos para procesar las quejas relativas a una violación de sus disposiciones; f) o prevea lo pertinente a su revisión por parte del Comisionado y a la expiración de su vigencia (Secs. 46.1 a 46.4).

Un código de práctica no puede limitar ni restringir las condiciones de ejercicio de los derechos de información, acceso y corrección que tienen los interesados respecto de la información personal que procesan los organismos del sector público (Sec. 46.5).

En la actualidad, el único código de práctica completo vigente es el *Health Information Privacy Code* de 1994. Existen varios otros que modifican la aplicación de algunos Principios en particular: el *Superannuation Schemes Unique Identifier Code* de 1995, el *EDS Information Privacy Code* de 1997 y el *Justice Sector Unique Identifier Code* de 1998.

Archivos públicos: la ley contiene cuatro Principios de los Archivos Públicos, según los cuales la información personal que éstos contienen: 1) sólo debe ser accesible mediante referencias de búsqueda consistentes con la forma en que el archivo está indexado u organizado; 2) no puede ser reclasificada, ni combinada con la de otro archivo público, para

hacerla accesible con fines evaluativos bajo una estructura a la que no podía accederse directamente del archivo; 3) no debe ser accesible por vía de una transmisión electrónica, a menos que el objetivo de la transmisión sea poner la información a disposición de un miembro del público que quiera examinar el archivo; 4) debe ser accesible en forma gratuita o contra el pago de un arancel módico (Sec. 59).

El responsable del archivo público tiene que cumplir, en la medida de sus posibilidades, los Principios de Privacidad de la Información y los recién mencionados, y, toda persona debe cumplir, en la medida en que sea razonablemente posible, el Segundo Principio de los Archivos Públicos (Sec. 60).

Estos Principios, al igual que los de Privacidad de la Información, no dan un derecho exigible judicialmente (Sec. 62).

También en relación a estos archivos, el Comisionado puede dictar un código de práctica, supuesto contemplado en la Sec. 63.

El Segundo Anexo a esta ley contiene normas adicionales relativas a estos archivos.

Confronte de datos personales: al examinar todo proyecto de ley que regule la recolección de datos personales por parte de una agencia del sector público, o la transmisión de información personal entre agencias públicas en un caso en que considere que la información podría usarse para un programa de confronte de información, el Comisionado debe tener especialmente en cuenta si: 1) el objetivo del programa se vincula a una cuestión de gran importancia pública; 2) el uso del programa para lograr ese objetivo va a permitir un ahorro económico significativo y cuantificable, u otro tipo equivalente de beneficio para la sociedad; 3) el uso de un medio alternativo para lograr ese objetivo podría lograr alguno de los mencionados resultados; 4) el programa incluye un grado de confronte de información que resulte excesivo en razón de la cantidad de agencias que intervienen en el programa, o al grado de detalle de la información que se va a confrontar; y 5) el programa va a cumplir con las reglas para el confronte de la información (Sec. 98).

Ninguna agencia puede transmitir a otra información personal para llevar a cabo un programa de confronte a menos que exista un acuerdo escrito entre ambas agencias, el cual debe contener las reglas que esta ley prevé para estos programas, que las agencias intervinientes deben cumplir. Una copia de este contrato deben enviarse al Comisionado (Sec. 99).

El Tercer y Cuarto Anexo de esta ley contienen disposiciones más detalladas para los mencionados programas de confronte.

Sanciones: la ley prevé penas de multa para las infracciones a sus disposiciones (Sec. 127).

3.2.14.3. La *Official Information Act* de 1982 y la *Local Government Official and Meeting Act* regulan la libertad de información, cuya supervisión está a cargo de la Oficina del Ombudsman. Existen importantes interconexiones entre la *Privacy Act* y estas normas en cuanto a la materia, aplicación y jurisprudencia.

3.2.14.4. La *New Zealand Crimes Act* (Parte XIA) gobierna el uso de la prueba obtenida mediante escuchas, cuya instalación en inmuebles, al igual que la interceptación de teléfonos, requiere orden judicial.

3.2.14.5. Nueva Zelanda es miembro de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, ha adoptado las Directrices para la Protección de la Privacidad y el Flujo Internacional de Datos Personales y ha suscripto la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

3.2.15. Reino Unido

3.2.15.1. Ninguno de los textos legales fundamentales del Reino Unido contiene disposiciones sobre la protección de datos.

3.2.15.2. La *Data Protection Act* de 1998, aprobada para adecuar la legislación británica a la Directiva 95/48 de la Comunidad Europea, va a entrar a regir a mediados de

1999 para todos los ficheros automáticos de datos y, gradualmente, para los ficheros manuales. Si bien establece los rasgos esenciales del nuevo régimen, el Reino Unido debe dictar legislación complementaria para cumplir adecuadamente con la Directiva.

En la Parte II del Octavo Anexo a esta ley se prevén exenciones transitorias a su aplicación que instrumentan su gradual entrada en vigencia.

Definiciones: esta ley prevé dos figuras especiales: el Controlador de los Datos (Controlador) y el Procesador de los Datos (Procesador).

El Controlador es la persona que sola, conjuntamente, o en común con otras personas, determina los objetivos y forma del procesamiento de los datos personales (Sec. 1.1).

El Procesador es cualquier persona no empleada del Controlador, que procesa los datos en nombre de éste (Sec. 1.1).

Titular de la protección: es la persona de existencia visible (Sec. 1.1).

Ambito de aplicación: a menos que la Sec. 54, regulatoria de la cooperación internacional en esta materia, disponga otra cosa, esta ley sólo se aplica cuando: a) el Controlador está establecido en el Reino Unido y los datos se procesan en territorio británico, y b) el Controlador no está establecido en el Reino Unido ni en ningún otro Estado Miembro de la Comunidad Europea, pero usa equipos ubicados en territorio británico para procesar datos con fines que exceden el tránsito a través del Reino Unido (Sec. 5.1), supuesto este último en que el Controlador debe designar un representante en el Reino Unido (Sec. 5.2).

Esta ley obliga a la Corona (Sec. 63.1). A los efectos de su aplicación, cada departamento gubernamental se considera independiente de los otros (Sec. 63.2), pero ninguno de ellos puede ser demandado judicialmente con fundamento en esta ley. Sin embargo, se aplican a la persona que trabaja para la Corona las prohibiciones de obtener, transmitir, permitir intencional o negligentemente la obtención o transmisión, de datos personales, sin autorización del Controlador -prevista en la Sec. 55- y la de obstruir intencionalmente la ejecución de una orden judicial dictada para hacer cumplir esta ley -prevista en el § 12 del Noveno Anexo- (Sec. 63.5).

Dada la estructura de la ley en análisis, las exenciones a su ámbito de aplicación se analizan al final.

Secreto de los datos: una persona no puede, intencional o negligentemente y sin consentimiento del Controlador, obtener, transmitir, permitir la transmisión, vender u ofrecer vender datos personales, bajo apercibimiento de cometer un delito, a menos que: a) la obtención o transmisión sea necesaria para prevenir o detectar un crimen, o esté exigida o autorizada jurídica o judicialmente; b) el responsable haya actuado con la creencia razonable de que tenía un derecho jurídico a hacerlo, o de que hubiera obtenido el consentimiento del Controlador si éste hubiera conocido la obtención, transmisión y las circunstancias en que se realiza; o c) el interés público justifique la transmisión según las circunstancias del caso (Sec. 55.2). No rigen estas excepciones para los datos vinculados a la seguridad nacional (Sec. 55.8).

Sanciones: están previstas en las Secs. 60 y 61 de la ley, las cuales, entre otras cosas, disponen que sólo el Comisionado o un interesado con el consentimiento de éste, pueden iniciar un procedimiento fundado en las disposiciones de esta ley (Sec. 60.1).

Legitimidad del comienzo del procesamiento: para procesar datos personales, el Controlador debe estar inscripto en el Registro de Notificaciones que lleva el Comisionado (Sec. 17.1), bajo apercibimiento de cometer un delito (Sec. 21.1).

La notificación debe incluir, en la forma y con el detalle que establezca la reglamentación, la siguiente información: el nombre y domicilio del Controlador y, en su caso, de su representante en el Reino Unido; una descripción: de los datos personales que se están o que se van a procesar y las categorías de personas a que se refieren, de los objetivos del procesamiento y de los futuros o potenciales destinatarios de los datos personales que se van a procesar; el señalamiento de los países o territorios no comunitarios a donde los datos se van a transferir directamente; y una descripción general de las medidas adoptadas para la

seguridad de los datos (Sec. 18.1, 18.2, 18.3 y 18.4). Se debe acompañar el arancel que establezca la reglamentación (Sec. 18.5), la cual puede prever la devolución en determinados supuestos (Sec. 18.6).

No existe esta obligación de notificar el procesamiento cuando se va a procesar información que no queda alcanzada por la definición de datos de la Sec. 1.1 de esta ley, a menos que el Secretario de Estado, en una orden, haya incluido ese tipo de procesamiento entre los que tienen una particular aptitud de causar un daño o riesgo sustancial a los interesados, o de perjudicar de algún otro modo sus derechos y libertades (*assessable processing*) (Sec. 17.2). Tampoco existe dicha obligación, cuando el procesamiento sólo es destinado a mantener un registro público (Sec. 17.4), ni cuando el Secretario de Estado considere que ese tipo de procesamiento no puede perjudicar los derechos y libertades de los interesados (Sec. 17.3).

Al recibir la notificación de un Controlador, el Comisionado debe, primeramente, considerar si alguno de los procesamientos en juego cae dentro de la categoría de los que no generan ningún riesgo para los derechos y libertades de los interesados y, en caso afirmativo, si puede cumplir con las disposiciones de esta ley (Sec. 22.2) y, posteriormente, notificarle su conclusión al Controlador dentro de los 28 días (Sec. 22.3). El Controlador no puede iniciar ningún procesamiento de este tipo hasta vencido un plazo de 28 días de haber notificado al Comisionado, o hasta que reciba una respuesta de este último, antes del vencimiento del plazo mencionado (Sec. 22.5), bajo apercibimiento de cometer un delito (Sec. 22.6).

El Comisionado debe llevar un Registro de Notificaciones en el que asiente el contenido de las notificaciones que recibe y toda otra información que la reglamentación lo autorice u obligue a incluir (Sec. 19.2). Debe tomar las medidas adecuadas para que dicho Registro sea accesible por el público en forma gratuita, y puede emitir copias certificadas de los datos allí registrados contra el pago de un arancel (Sec. 19.6).

El Secretario de Estado puede, mediante una orden, autorizar a un Controlador a designar a un Supervisor de la Protección de Datos -particularmente responsable de controlar de manera independiente la forma en que cumple esta ley (Sec. 23.1)- describiendo los derechos y obligaciones que tendrá con relación al Comisionado (Sec. 23.2).

Cuando el Controlador no esté obligado a registrarse porque procesa información no alcanzada por la definición de datos, o que el Secretario de Estado considera que no tiene aptitud para perjudicar los derechos y libertades de los interesados, debe, dentro de los 21 días de recibir una solicitud escrita de cualquier persona, informarle en forma gratuita los datos que ordinariamente se inscriben en el Registro de Notificaciones (Sec. 24.1), bajo apercibimiento de cometer un delito (Sec. 24.4); pero, en caso de ser procesado, puede defenderse demostrando que ha puesto la debida diligencia para cumplir con su deber (Sec. 24.5).

Legitimidad del procesamiento de datos personales: está regulada por los primeros Seis Principios de Protección de Datos que la ley prevé en la Parte I del Primer Anexo y en el Segundo y Tercer Anexo.

Primer Principio: los datos personales deben ser procesados lícitamente y de buena fe y, en especial, no deben ser procesados salvo que se cumpla, al menos, una de las condiciones del Segundo Anexo (§ 1 del Primer Anexo), vale decir: a) que el interesado haya dado su consentimiento; b) que el procesamiento sea necesario: b') para el cumplimiento de un contrato en el que el interesado es parte, o para implementar medidas precontractuales en respuesta a una solicitud del interesado, o para cumplir alguna obligación legal de naturaleza no contractual del Controlador, o para proteger los intereses vitales del interesado; b'') para la administración de justicia, o para que una persona, la Corona, un Ministro de la Corona o un departamento gubernamental cumplan una obligación jurídica; b''') para proteger los intereses legítimos del Controlador o del tercero a quien los datos se transmiten, excepto cuando el procesamiento es improcedente, en un caso determinado, porque perjudica los derechos y libertades o intereses legítimos del interesado, aun cuando el Secretario de Estado

puede dictar una orden estableciendo los supuestos en que esta condición se considera satisfecha o no (Segundo Anexo).

La Parte II del Primer Anexo establece los criterios de interpretación de los Principios de Protección de Datos. En relación al Primero dispone que, para determinar si los datos personales se están procesando de buena fe, debe tenerse en cuenta el método con el que se los obtiene, especialmente en cuanto al engaño a las personas respecto del objetivo del procesamiento (§ 1.1). Debe considerarse que los datos se han obtenido de buena fe cuando los provee una persona que está legalmente autorizada u obligada a brindarlos (§ 1.2).

En caso de obtenerlos del interesado, el Controlador debe brindarle o poner a su disposición la siguiente información: su nombre o, en su caso, el de su representante; el objetivo del procesamiento; cualquier otra información necesaria, teniendo en cuenta las circunstancias específicas en que los datos se están o van a ser procesados, para que el procesamiento sea de buena fe en relación al interesado (§ 2.3).

En los demás casos, el Controlador debe brindarle o poner a su disposición esta información en el momento relevante (*relevant time*) (Sec. 2.1) que, según lo dispuesto por el § 2.2, es un momento anterior al primer procesamiento de los datos o si, al hacer ese primer procesamiento, el Controlador ya prevé transmitir los datos a un destinatario específico dentro de un plazo determinado: a) si realmente realiza la transmisión en las condiciones previstas, el “momento relevante” es aquel en que hace dicha transmisión; b) si no realiza la transmisión en las condiciones previstas, es el momento dentro de ese período en que el Controlador toma o debiera tomar conciencia de que no va a hacer la transmisión conforme a lo programado, o al final de ese período (§ 2.2). Sin embargo, el Controlador no tiene esta obligación cuando su cumplimiento requiere un esfuerzo desproporcionado, o el registro o transmisión de los datos es necesario para cumplir alguna obligación legal de naturaleza no contractual del Controlador (§ 3.2), y se cumplen las condiciones adicionales que el Secretario de Estado puede establecer mediante una orden (§ 3.1).

Los datos personales que contienen un identificador general descrito en una orden del Secretario de Estado no se consideran procesados lícitamente y de buena fe, si no se satisfacen las condiciones que se establezcan para ese tipo de identificadores (§ 4.1).

Segundo Principio: los datos personales sólo deben ser procesados para uno o más objetivos específicos y lícitos, y no deben ser ulteriormente procesados en forma incompatible con dichos objetivos (§ 2 de la Parte I del Primer Anexo).

En relación a este principio, la Parte II de este mismo Anexo dispone:

Los objetivos para los cuales se obtienen los datos personales pueden estar especificados en la información sobre el procesamiento que el Controlador debe brindar al interesado, o en la notificación al Comisionado conforme con lo dispuesto en la parte pertinente de la ley (§ 5).

Para determinar si una transmisión de datos personales es compatible con los objetivos que justificaron su recolección, debe considerarse al objetivo para el cual los va a procesar el destinatario (§ 6).

Tercer Principio: los datos personales deben ser adecuados, relevantes y no excesivos en relación a los fines del procesamiento (§ 3 de la Parte I del Primer Anexo).

Cuarto Principio: los datos personales deben ser exactos y, cuando sea necesario, actualizados (§ 4 de la Parte I del Primer Anexo).

A este respecto, la Parte II de este mismo Anexo dispone que este principio no debe considerarse violado por cualquier error en los datos personales que reflejan con precisión la información que el Controlador obtuvo del interesado o de un tercero cuando: a) teniendo en cuenta el objetivo de la recolección y posterior procesamiento, el Controlador ha seguido los pasos razonables para asegurar su exactitud; y b) en su caso, contienen constancia de que el interesado ha notificado al Controlador su opinión de que son inexactos (§ 7).

Quinto Principio: los datos personales sólo deben conservarse durante el tiempo necesario para cumplir el propósito que justificó su recolección (§ 5 de la Parte I del Primer

Anexo).

Sexto Principio: los datos personales deben procesarse respetando los derechos que esta ley acuerda a los interesados (§ 6 de la Parte I del Primer Anexo).

A este respecto, la Parte II de este mismo Anexo dispone que se considera que un Controlador viola este principio si y sólo si: a) no permite el derecho de acceso; b) no hace lugar a una solicitud de no comenzar o dejar de procesar datos personales de una persona que legítimamente así se lo solicita con base en el perjuicio que el procesamiento le produce, u omite notificar dicha negativa; c) no accede a una solicitud de no comenzar o dejar de procesar datos personales con fines de *marketing* directo, de una persona que así se lo solicita; o d) no accede a una solicitud de que se asegure de que no se están adoptando decisiones automatizadas relativas a su persona (§ 8).

Datos sensibles: su procesamiento requiere la satisfacción de las condiciones generales ya mencionadas y de alguna de las establecidas

en el Tercer Anexo, a saber, que: 1) el interesado haya dado su consentimiento explícito; 2) el procesamiento sea necesario para ejercer o cumplir algún derecho u obligación legal del Controlador en relación con el empleo, pero el Secretario de Estado puede, mediante una orden, excluir para determinados supuestos la necesidad de cumplir esta exigencia o resolver que no se considerará satisfecha a menos que se cumplan las condiciones adicionales que establezca; 3) el procesamiento sea necesario para proteger los intereses vitales del interesado o de un tercero y no pueda obtenerse el consentimiento del interesado o en nombre del interesado, o para resguardar los intereses vitales de un tercero y el interesado se haya negado irrazonablemente a dar su consentimiento; 4) el procesamiento se realice en el curso de las actividades legítimas de un cuerpo u organización sin fines de lucro que persiga objetivos políticos, filosóficos, religiosos o gremiales, tomando las medidas necesarias para salvaguardar los derechos y libertades de los interesados, sólo se refiera a los miembros del cuerpo o asociación o a personas que tienen contacto regular con éste en relación a sus objetivos, y no incluya la transmisión de los datos personales a un tercero sin el consentimiento del interesado; 5) los datos personales se hayan hecho públicos en razón de la actuación deliberada del interesado; 6) el procesamiento sea necesario para cualquier proceso judicial actual o futuro, para obtener asesoramiento jurídico o para establecer, ejercer o defender derechos jurídicos; 7) el procesamiento sea necesario para la administración de justicia, para el ejercicio de alguna función atribuida jurídicamente a una persona, o para el cumplimiento de alguna función de la Corona, Ministro de la Corona, o departamento gubernamental, pero el Secretario de Estado puede, mediante una orden, excluir la aplicación de este criterio para determinados supuestos, o disponer que, en esos casos, esta condición sólo se considera cumplida si se satisfacen las adicionales que establezca; 8) el procesamiento es necesario para fines médicos -medicina preventiva, diagnóstico médico, investigación médica, provisión de cuidado y tratamiento, y administración de servicios de prestaciones médicas- y lo realiza un profesional de la salud, u otra persona en circunstancias que le imponen un deber de confidencialidad equivalente al de un profesional de la salud; 9) se procesan datos relativos al origen étnico o racial, necesarios para identificar o verificar la existencia o ausencia de igualdad de oportunidades o de trato entre personas de origen racial o étnico diferente, y permitir la promoción o mantenimiento de dicha igualdad con salvaguardas adecuadas para los derechos y libertades de los interesados, pero el Secretario de Estado puede declarar que, en determinados supuestos, estas garantías se consideran observadas; 10) los datos personales se procesan en las circunstancias especificadas en una orden del Secretario de Estado.

Obtención ilícita de datos personales: no puede exigirse al interesado ni a un tercero que provea un “archivo relevante” como condición para decidir su contratación o permanencia como empleado o como proveedor de servicios, ni para suscribir con él un contrato de provisión de servicios (Sec. 56.1), a menos que se acredite que la imposición de este requisito está exigida o autorizada legal o judicialmente, o que el interés público la

justifica según las circunstancias del caso (Sec. 56.3). Conforme a lo dispuesto en la Parte V de la Ley de Policía de 1997 (la cual, entre otras cosas, hace referencia a los certificados de antecedentes penales), esta exigencia no debe considerarse justificada en el interés público con base en que contribuye a prevenir o detectar el crimen (Sec. 56.4).

Un “archivo relevante” es el que el interesado obtiene de los funcionarios gubernamentales enumerados en la Sec. 56.6, entre los que se encuentran el Jefe de Policía de Inglaterra, el Director General del Servicio Nacional de Inteligencia Criminal y el Director General del Escuadrón Nacional del Crimen.

La persona que viole estas prohibiciones comete un delito (Sec. 56.5).

Seguridad de los datos: según el Séptimo Principio, se deben adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para impedir el procesamiento no autorizado o ilícito, y la pérdida o destrucción accidentales, o daño de los datos personales (§ 7 de la Parte I del Primer Anexo).

A este respecto, la Parte II de este mismo Anexo dispone que, teniendo en cuenta el estado del desarrollo tecnológico y el costo de implementación de cualquier medida, deben adoptarse aquellas que aseguren un nivel de seguridad proporcional, por un lado, al perjuicio que puede resultar de un procesamiento no autorizado o ilícito, pérdida, destrucción o daño accidental, y, por el otro, a la naturaleza de los datos a proteger (§ 9).

El Controlador debe adoptar las medidas razonables para asegurar la confiabilidad de todos sus empleados que tienen acceso a los datos personales (§ 10).

Cuando el procesamiento de datos personales lo realiza un Procesador en nombre de un Controlador, este último, para cumplir con el Séptimo Principio, debe elegir a un Procesador que brinde suficientes garantías en cuanto a las medidas técnicas y organizativas de seguridad que gobiernan el procesamiento a realizar, y tomar los pasos razonables para asegurar el cumplimiento de dichas medidas (§ 11). No se considera que el Controlador cumple con el Séptimo Principio a menos que el procesamiento se realice conforme a un contrato suscrito con el Procesador, que se perfeccione o pruebe por escrito, y que obligue a éste último a actuar sólo conforme a las instrucciones del Controlador y a cumplir obligaciones equivalentes a las que el mencionado Principio impone a su comitente (§ 12).

Transmisión de datos al extranjero: según el Octavo Principio, los datos personales no pueden transmitirse a un país o territorio fuera de la Comunidad Europea que no brinde un adecuado nivel de protección a los derechos y libertades de los interesados en relación al procesamiento de datos personales (§ 8 de la Parte I del Primer Anexo).

A este respecto, la Parte II de este mismo Anexo define el nivel de protección como el que es adecuado en todas las circunstancias del caso, teniendo particularmente en cuenta la naturaleza de los datos personales, los países o territorios de origen y de destino de los datos, los objetivos y el plazo del procesamiento, el derecho vigente en el país o territorio en cuestión y las obligaciones internacionales que éste ha asumido, y cualquier código de conducta relevante u otras reglas que sean ejecutables en dicho país o territorio (generales o establecidas por vía contractual para casos determinados) y toda medida de seguridad adoptada en relación a los datos en ese país o territorio (§ 13).

Excepto en las circunstancias y con el alcance que el Secretario de Estado establezca en una orden, este principio no se aplica a las transferencias que caen dentro del alcance del Cuarto Anexo (§ 14), a saber, cuando la transferencia: 1) está autorizada por el interesado; 2) es necesaria para cumplir un contrato en que el interesado es parte o para implementar medidas precontractuales en respuesta a una solicitud suya; 3) es necesaria para concluir o cumplir un contrato entre el Controlador y un tercero, suscrito a solicitud o en interés del interesado; 4) es necesaria por razones de interés público sustancial, pero el Secretario de Estado puede especificar, en una orden, circunstancias en que se considera satisfecha esta exigencia y otras en que, una transferencia que no es legalmente obligatoria, no se considera amparada por este supuesto; 5) es necesaria a los fines o en relación a cualquier proceso legal, actual o futuro, o para obtener asesoramiento jurídico, o para establecer, ejercer o defender

derechos jurídicos; 6) es necesaria para proteger intereses vitales del interesado; 7) tiene por objeto datos personales que se encuentran en un registro público y toda persona a la cual los datos se van o pueden revelar después de la transmisión cumple las condiciones de acceso a ese registro; 8) se hace en condiciones que el Comisionado ha aprobado por considerar que salvaguardan adecuadamente los derechos y libertades de los interesados; o 9) ha sido autorizada por el Comisionado por haber sido hecha de una forma que brinda salvaguardas adecuadas a los derechos y libertades de los interesados (Cuarto Anexo).

Si en un proceso fundado en esta ley se plantea el cumplimiento de la exigencia de que en el país o territorio no comunitarios a donde se van a transferir datos personales exista un adecuado nivel de protección, y si, en relación a este tipo de transferencias la Comisión Europea ha tomado una decisión conforme al procedimiento previsto en el art. 31.2 de la Directiva 95/46, dicha cuestión debe resolverse conforme a esta decisión (§ 15 de la Parte II del Primer Anexo).

Garantías complementarias para el interesado

Derecho de información y de acceso: toda persona tiene derecho a que el Controlador le informe si está procesando sus datos personales y, en su caso, a que le brinde una copia inteligible de éstos, una descripción de los objetivos que persigue el procesamiento y de los destinatarios o categorías de destinatarios a quienes se van a transmitir, y la fuente de los datos. En los casos en que los datos se procesan para evaluar cuestiones vinculadas a una persona, tales como, p.ej., su efectividad en el trabajo, credibilidad, confiabilidad y conducta general, y dicha evaluación constituye la única base de una decisión que lo afecte sustancialmente, el interesado tiene derecho a que el Controlador le informe la lógica empleada para adoptar esas decisiones (Sec. 7.1d), a menos que constituya un secreto comercial (Sec. 8.5).

Para ejercer el derecho de acceso, el interesado debe formular una solicitud al Controlador (Sec. 7.2), brindándole la información pertinente para acreditar su identidad y posibilitar la localización de la información que pide (Sec. 7.3).

Cuando un Controlador no pueda cumplir con una solicitud de acceso sin revelar información sobre un tercero que permita su identificación, no está obligado a acceder a lo pedido a menos que dicho tercero hubiera autorizado la transmisión de esta información al interesado, o fuese razonable, en todos los casos, cumplir con dicha solicitud pese a no contar con el mencionado consentimiento (Sec. 7.4). Esta referencia a la información sobre otra persona incluye la que la identifica como fuente de la información a la que se solicita acceder, y no debe interpretarse de forma que libere a un Controlador de la obligación de transmitir tanta información como pueda sin revelar la identidad del tercero, sea omitiendo nombres u otras características identificatorias (Sec. 7.5). A fin de determinar si en todos los casos resulta razonable acceder a una solicitud de acceso sin el consentimiento del tercero, debe tenerse particularmente en cuenta cualquier deber de confidencialidad que el Controlador tenga para con el tercero, cualquier paso que el Controlador haya dado para obtener el consentimiento en cuestión, la capacidad del tercero para prestarlo y toda negativa expresa formulada por éste a ese respecto (Sec. 7.6). A estos efectos, se considera que una persona puede ser identificada por la información que se transmite, cuando dicha información, en forma aislada o en conjunción con la que, conforme a una convicción razonable del Controlador, el peticionante probablemente tenga o vaya a tener, permita la individualización del titular de los datos (art. 8.7).

Las violaciones al derecho de acceso pueden recurrirse judicialmente (Sec. 7.9). A fin de determinar si el interesado tiene derecho a la información que solicita -incluyendo la determinación de si algún dato relevante está exento del ejercicio de este derecho-, el tribunal puede exigir que se le transfieran los datos en cuestión y la información sobre la lógica del proceso de toma de decisiones automatizadas, para inspeccionarlos, pero no puede transmitirlos al interesado hasta no resolver la cuestión (Sec. 15.2).

El derecho de acceso sólo puede ejercerse a intervalos razonables (art. 8.3), carácter

que se establece atendiendo a la naturaleza de los datos, al objetivo del procesamiento y a la frecuencia con que se los modifica (Sec. 8.4).

El interesado debe recibir la información actualizada al momento en que formuló la solicitud, pero el Controlador debe tomar en cuenta cualquier modificación o supresión que haya realizado, con independencia de la recepción del pedido, entre dicho momento y aquel en que brinda la información (Sec. 8.6).

Si el Controlador es una agencia de referencia crediticia, se presume que el interesado limita su solicitud a los datos personales relativos a su estatus financiero, a menos que el pedido claramente demuestre una intención contraria. La respuesta del Controlador debe incluir una declaración, en la forma y con el alcance que prescriba el Secretario de Estado a través de la reglamentación, de los derechos que el interesado tiene en los términos de la Sec. 159 de la *Consumer Credit Act* de 1974 (Sec. 9).

Derecho de objeción: toda persona tiene derecho, en cualquier momento, a exigir por escrito al Controlador que, dentro de un plazo razonable en atención a las circunstancias del caso, cese, o no comience a procesar, o a procesar para un propósito específico o de un modo específico, alguno de sus datos personales, fundándose en que, por razones específicas, dicho procesamiento le está causando, o es probable que le cause, un perjuicio o riesgo sustancial e injustificado a él o a un tercero (Sec. 10.1). Esto no se aplica cuando el interesado ha dado su consentimiento; cuando el procesamiento es necesario para cumplir un contrato en el que el interesado es parte, o implementar medidas precontractuales en respuesta a una solicitud del interesado, o para cumplir alguna obligación legal de naturaleza no contractual del Controlador, o para proteger los intereses vitales del interesado; y en los casos que establezca el Secretario de Estado (Sec. 10.2).

Dentro de los 21 días de recibir la solicitud del interesado, el Controlador debe manifestarle por escrito que ha cumplido o que tiene la intención de cumplir lo que se le solicita, y la medida en la que ha accedido o tiene la intención de acceder a ella, o los fundamentos por los que considera injustificada la petición (Sec. 10.3).

La negativa del Controlador de cumplir con estas obligaciones es recurrible judicialmente (Sec. 10.4).

La falta de ejercicio de este derecho no afecta ningún otro que esta ley otorga al interesado (Sec. 10.5).

Derecho a oponerse al procesamiento con fines de marketing directo: toda persona tiene derecho, en cualquier momento, a exigir por escrito al Controlador que, dentro de un plazo razonable en atención a las circunstancias del caso, cese, o no comience a procesar sus datos personales con fines de marketing directo (Sec. 11.1). La negativa del Controlador es recurrible judicialmente (Sec. 11.2).

Derechos en relación a la adopción automática de decisiones: toda persona tiene el derecho de exigir al Controlador, en cualquier momento y por escrito, que no adopte ninguna decisión que lo afecte sustancialmente y que esté exclusivamente fundada en el procesamiento automático de sus datos personales para evaluar cuestiones relativas a él, tales como, p.ej., efectividad en el trabajo, credibilidad, confiabilidad y conducta general (Sec. 12.1). No se puede ejercer este derecho respecto de una decisión que le resulta perjudicial pero que ha sido adoptada en las circunstancias que establezca el Secretario de Estado, o mientras se dan los pasos para considerar la suscripción, suscribir o cumplir un contrato con el interesado, y cuyo efecto es hacer lugar a la solicitud del interesado o adoptar las medidas necesarias para proteger sus intereses legítimos (Sec. 12.4).

Si el Controlador adopta una decisión perjudicial para el interesado, que sólo está fundada en el procesamiento automático de sus datos personales, y dicho interesado no ha formulado una solicitud como las descritas en el párrafo precedente, debe notificarle la toma de esta decisión tan pronto como sea razonablemente posible. En este caso, el interesado tiene derecho, dentro de los 21 días de notificado, a exigirle por escrito que reconsidere la decisión o que adopte otra con una base distinta (Sec. 12.2). No puede ejercerse este derecho en

relación a una decisión adoptada en las circunstancias que establezca el Secretario de Estado, o mientras se dan los pasos para considerar la suscripción o para suscribir, o para cumplir un contrato con el interesado, y cuyo efecto es hacer lugar a la solicitud del interesado o adoptar las medidas necesarias para proteger los intereses legítimos del interesado (Sec. 12.4).

Dentro de los 21 días de recibir la solicitud del interesado, el Controlador debe informarle por escrito los pasos que va a adoptar para cumplirla (Sec. 12.3).

El incumplimiento de las obligaciones por parte del Controlador es recurrible judicialmente (Sec. 12.8).

Derecho de rectificación, bloqueo, supresión y destrucción: el interesado puede solicitar que se ordene judicialmente al Controlador la rectificación, bloqueo, supresión o destrucción de sus datos personales que demuestre inexactos o de las expresiones de opinión basadas en ellos (Sec. 14.1), tanto si el Controlador los ha obtenido del mencionado interesado o de un tercero. Pero si los datos constituyen un fiel reflejo de dicha información y, teniendo en cuenta el objetivo de la obtención y posterior procesamiento, el Controlador ha tomado los pasos razonables para asegurar su exactitud y, en su caso, reflejan la opinión del interesado de que son inexactos, el Tribunal puede optar por exigir que los datos se complementen con una declaración de los hechos reales relativos a las cuestiones que considere apropiadas. Si no se ha satisfecho alguna de dichas exigencias, el Tribunal puede dictar la orden que considere apropiada para asegurar su cumplimiento, incluyendo o no el agregado de la mencionada declaración (Sec. 14.2). Cuando lo considere razonablemente realizable, especialmente en razón de la cantidad de personas a notificar, puede ordenar la notificación de esta declaración, de la rectificación, bloqueo, supresión o destrucción de los datos, a los terceros a quienes se han transmitido (Sec. 14.3 y 14.6).

El interesado también puede solicitar que se ordene judicialmente al Controlador la rectificación, bloqueo, supresión o destrucción de sus datos personales, demostrando que ha sufrido un perjuicio en razón de que éste ha violado alguna de sus obligaciones en circunstancias que esta ley le otorga derecho a una compensación, y que existe un riesgo sustancial de que siga haciéndolo (Sec. 15.4). Cuando lo considere razonablemente realizable, especialmente en razón de la cantidad de personas a notificar, el tribunal puede ordenar la notificación de esta declaración, de la rectificación, bloqueo, supresión o destrucción de los datos a los terceros a quienes se han transmitido (Sec. 14.5 y 14.6).

Responsabilidad del Controlador: la persona perjudicada por una violación del Controlador a una obligación que le impone esta ley, tiene derecho a que éste le compense el daño (Sec. 13.1). Pero en las acciones de daños y perjuicios promovidas en su contra, un Controlador puede oponer como defensa haber tenido todo el cuidado razonablemente necesario, dadas las circunstancias del caso, para cumplir con la obligación en cuestión (Sec. 13.3).

Autoridades de Contralor: son dos: el Comisionado de Protección de Datos (Comisionado) y el Tribunal de la Protección de Datos (Tribunal).

a) Comisionado: esta figura ya existía en la ley de 1984 bajo el nombre de Registrador de Protección de datos. La ley, en el Quinto Anexo, dispone expresamente que ni el Comisionado ni sus funcionarios y personal, deben considerarse empleados o agentes de la Corona (§ 1.2).

El Comisionado permanece en el cargo durante el término que se fije en su designación, que no puede ser superior a 5 años (§ 2.1). Puede ser reelecto, pero no elegido para un tercer mandato a menos que, en razón de circunstancias especiales, ello sea conveniente para el interés público (§ 2.5).

La Reina puede relevar al Comisionado, cuando éste lo solicite (§ 2.2), o removerlo a solicitud de las dos Cámaras del Parlamento (§ 2.3). En todo caso, el Comisionado debe abandonar su cargo al finalizar el año en que cumple los 65 años de edad, o antes, al completar los 15 años de servicio (§ 2.4).

El Comisionado designa un Vice Comisionado -que lo reemplaza en sus funciones

cuando su cargo se encuentra vacante o en cualquier momento en que aquél por alguna razón no pueda actuar (§ 5.1)- y el número de funcionarios y empleados que considere necesario (§ 4.1) para delegar en éstos el cumplimiento de sus funciones (§ 5.2).

La función del Comisionado consiste en promover las buenas prácticas, esto es, aquéllas para el procesamiento de datos personales que considere deseables para la protección de los derechos de los interesados y de terceros, que no se limitan al cumplimiento de las exigencias de esta ley (Sec. 51.9).

El Comisionado debe difundir la información que considere apropiada y necesaria para que el público conozca rápidamente el funcionamiento de esta ley, las normas de buena práctica del procesamiento de datos, y otras cuestiones vinculadas a las funciones que le asigna la norma. También puede asesorar a cualquier persona a este respecto (Sec. 51.2).

Por orden del Secretario de Estado o cuando lo considere apropiado, y previa consulta a las organizaciones comerciales, a los interesados o a sus representantes, el Comisionado puede preparar y transmitir los códigos de práctica a ciertas personas para orientar la forma en que procesan datos personales (Sec. 51.3). Puede alentar a las organizaciones comerciales a preparar y a transmitir a sus miembros dichos códigos de conducta y evalúa los que sometan a su consideración (Sec. 51.4).

También debe preparar para su difusión, en la forma que considere apropiada, cualquier decisión adoptada por la Comunidad Europea -en el sentido de que un Estado o territorio que no es miembro de la Comunidad brinda un nivel adecuado de protección a los datos personales-, por la Comisión Europea -adoptada conforme al procedimiento previsto en el art. 31.2 de la Directiva 95/46, a los fines de su art. 26.3 o 26.4- y toda otra información que considere necesario dar a los Controladores (Sec. 51.6).

Con el consentimiento del Controlador, puede evaluar cualquier procesamiento de datos personales para determinar si sigue las reglas de la buena práctica, y comunicar sus conclusiones (Sec. 51.7).

Con el consentimiento del Secretario de Estado puede cobrar los aranceles que considere apropiados por cualquier servicio que brinde al cumplir con las funciones que le impone esta ley (Sec. 51.8).

Debe presentar un informe anual a cada Cámara del Parlamento sobre el ejercicio de sus funciones (Sec. 52.1), y otros específicos sobre las cuestiones que así lo justifiquen (Sec. 52.2). También debe presentar a cada Cámara todo código de práctica preparado para cumplir con una orden del Secretario de Estado, a menos que haya incluido dicho código en alguno de los informes anteriormente mencionados (Sec. 52.3).

Toda persona que es parte actual o potencial en alguno de los procedimientos fundados en esta ley puede pedir asistencia al Comisionado (Sec. 53.1), que éste le debe brindar cuando considere que en el caso está comprometida una cuestión de importancia pública sustancial (Sec. 53.2). La forma de brindar esta asistencia está regulada con más detalle en el Décimo Anexo (Sec. 53.6).

El Comisionado es la Autoridad Designada del Reino Unido a los fines del art. 13 del Convenio 108 del Consejo de Europa sobre la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal -v. **investigaciones** 1 (1998), p. 126-, y es la Autoridad de Contralor en el Reino Unido a los fines de la Directiva de la Protección de Datos (Sec. 54.1). El Secretario de Estado puede, mediante una orden, determinar las funciones que cumple como Autoridad Designada y disponer lo relativo a la cooperación del Comisionado con la Comisión Europea y con las Autoridades de Contralor de otros Estados comunitarios en relación con la observancia de sus respectivas funciones (Sec. 54.3).

También cumple cualquier función vinculada a la protección de datos que el Secretario de Estado le imponga para permitir que el gobierno británico satisfaga las obligaciones internacionales que ha asumido (Sec. 54.4).

Cuando la Comisión Europea tome una decisión respecto a si un Estado o territorio

que no es Miembro de la Comunidad brinda un nivel adecuado de protección a los fines del art. 26.3 de la Directiva de Protección de Datos, conforme al procedimiento establecido en el art. 31.2 de dicha Directiva, el Comisionado debe cumplir esa decisión al resolver los pedidos de autorización a la transferencia de datos personales a dichos lugares (Sec. 54.6).

Asimismo, debe informar a la Comisión Europea y a las Autoridades de Contralor de los Estados comunitarios cuando apruebe una transferencia de datos a países no comunitarios por juzgar que brindan un nivel adecuado de protección (Sec. 54.7).

Si el Comisionado comprueba que un Controlador ha violado alguno de los Principios de Protección de Datos, puede enviarle una aviso ejecutable (*enforceable notice*) exigiéndole el cumplimiento (art. 40.1), luego de evaluar si la contravención ha causado o tiene aptitud de causar un perjuicio o riesgo a alguna persona (art. 40.2).

Un aviso ejecutable por violación al Cuarto Principio de Protección de Datos que intima a un Controlador a rectificar, bloquear, suprimir o destruir algún dato inexacto, también puede exigirle igual conducta respecto de cualquier otro dato o expresión de opinión que considere basada en datos inexactos (Sec. 40.3) y, en la medida en que sea razonablemente posible, que notifique esta circunstancia a las personas a las que se habían transmitido. A fin de determinar si esta notificación es razonablemente posible, debe tener especialmente en cuenta el número de personas a notificar (Sec. 40.5).

Un aviso ejecutable debe hacer mención del Principio de Protección de Datos que el Comisionado considere violado y de los fundamentos que tiene para llegar a esta conclusión, así como del derecho del Controlador a apelar el aviso (Sec. 40.6). Esta apelación tiene efecto suspensivo (Sec. 40.7), a menos que el Comisionado disponga otra cosa por razones de urgencia (Sec. 40.8).

La persona que no cumpla un aviso ejecutable comete un delito (Sec. 47.1), pero en el eventual proceso puede oponer como defensa el haber puesto la debida diligencia para cumplirlo (Sec. 47.3).

Toda persona directamente afectada por un procesamiento de datos puede pedir al Comisionado que evalúe si aquél se está realizando conforme a las disposiciones de esta ley (Sec. 42.1). Si la solicitud no es insustancial y quien la formula está legitimado, el Comisionado debe contestar al solicitante si ha hecho esa evaluación y, en la medida en que lo considere apropiado, las medidas que ha adoptado en consecuencia (Sec. 42.3 y 42.4).

Cuando el Comisionado recibe una solicitud de este tipo, o razonablemente necesite información para determinar si el Controlador está cumpliendo con los Principios de Protección de Datos, puede enviar al Controlador un aviso de información (*information notice*), exigiéndole que le provea dicha información en el plazo y modo que fije (Sec. 43.1), y haciéndole saber si está actuando de oficio o a pedido de parte y su derecho a apelar el aviso (Sec. 43.2 y 43.3). Dicho recurso tiene efecto suspensivo, a menos que por circunstancias especiales el Comisionado considere que debe tener efecto devolutivo (Sec. 43.4 y 43.5).

El Controlador no está obligado a proveer información vinculada al asesoramiento jurídico que ha recibido para cumplir con las obligaciones que le impone esta ley, ni la que lo exponga a un proceso penal al demostrar que ha cometido alguna ofensa que no esté vinculada con esta ley (Sec. 43.8 y 43.9).

La persona que no cumpla con un aviso de información o la que, pretendiendo cumplirlo, intencional o negligentemente brinde información materialmente falsa, comete un delito (Sec. 47.1 y 47.2).

b) Tribunal: sus miembros permanecen en el cargo durante el período que se fije en su designación y son reelegibles (Sec. 12.1). En cualquier momento pueden renunciar, con notificación por escrito al Lord Chancellor (en caso del Presidente o del Vicepresidente) o al Secretario de Estado (los demás miembros) (Sec. 12.2).

El Presidente y el Vicepresidente del Tribunal deben abandonar su cargo el día en que cumplan 70 años (Sec. 12.3).

El Secretario de Estado puede nombrar los funcionarios y personal que considere necesarios para que el Tribunal cumpla con sus funciones (Sec. 14).

Deber de confidencialidad: ninguna ley que prohíba o restrinja la transmisión de información puede impedir que una persona brinde al Comisionado o al Tribunal la que éstos necesitan para el cumplimiento de sus funciones (Sec. 58).

Ninguna persona que sea o que haya sido Comisionado, miembro de su personal o agente, puede transmitir información que haya obtenido o que se le haya brindado a los fines de esta ley, que se refiera a una persona o empresa identificada o identificable, y que ni antes ni en el momento de la transmisión haya sido accesible al público por otras fuentes (Sec. 59.1), a menos que la transmisión se haga con el consentimiento del interesado, o la información se haya brindado para que se ponga a disposición del público en virtud de alguna de las disposiciones de esta ley, o la transmisión sea necesaria para cumplir alguna de las funciones previstas en esta ley o en el derecho comunitario, o para un proceso judicial criminal o penal fundando o no en esta ley teniendo en cuenta los derechos y libertades o los intereses legítimos de alguna persona, o en aras del interés público (Sec. 59.2).

Cualquier persona que intencional o negligentemente transmita información en contravención a estos principios comete un delito (Sec. 59.3).

Exenciones: los procesamientos de datos personales están exentos de la aplicación de:

1) los Principios de Protección de Datos, de las normas que regulan los derechos de los interesados y de terceros, de la obligación de notificar que tienen los Controladores, de la aplicación de esta ley por parte del Comisionado de Protección de Datos (Comisionado), y de la prohibición de obtener o transmitir o, intencional o negligentemente permitir la obtención o transmisión de datos personales sin autorización del Controlador cuando sea necesario para la salvaguarda de la seguridad nacional (Sec. 28.1), circunstancia que se acredita mediante un certificado de un Ministro de la Corona que puede describir en forma general los datos personales a los que se aplica (Sec. 28.3).

Toda persona directamente afectada por el dictado de un certificado, puede apelar judicialmente (Sec. 28.4 y 28.6);

2) el Primer Principio de Protección de Datos (excepto en la medida en que exige el cumplimiento de las condiciones del Segundo y Tercer Anexo) y de la obligación de dar derecho de acceso al interesado cuando los procesamientos se realizan para prevenir o detectar crímenes, para capturar o procesar a los delincuentes, o para determinar o recaudar cualquier gravamen, en la medida en que la aplicación de dichas disposiciones a esos datos perjudicara cualquiera de estas funciones gubernamentales (Sec. 29.1);

3) la exigencia de que el Controlador haya brindado al interesado la información necesaria en relación al procesamiento (§ 2 de la Parte II del Primer Anexo) y al derecho de acceso (Sec. 7), cuando:

- así lo disponga el Secretario de Estado mediante una orden y los procesamientos tengan por objeto datos relativos a la salud o condición física o mental del interesado (Sec. 30.1); o los realiza el dueño o profesor de un colegio y se refieren a personas que son o han sido alumnos de dicha escuela (Sec. 30.2); o los realizan los departamentos gubernamentales, organizaciones de voluntarios u otros organismos determinados por la orden, a fin de ejecutar trabajo social para el interesado o para otras personas, pero sólo en la medida en que la aplicación de la presente exigencia perjudique dicho trabajo social (Sec. 30.3);

- los procesamientos se realizan para proteger: al público de una pérdida económica en razón de la deshonestidad, mala práctica u otra conducta seriamente inadecuada, o de la ineptitud o incompetencia de los prestatarios de servicios financieros, administradores de personas jurídicas, o profesionales habilitados, o de la conducta de un fallido rehabilitado o no; a las entidades de beneficencia y a sus bienes, de la deshonestidad o mala administración de sus fideicomisos; a la salud, seguridad y bienestar de las personas en sus lugares de trabajo, o de terceros frente al riesgo generado o relacionado con las acciones de dichas personas (Sec. 31.2);

- se realizan para cumplir alguna función jurídica del Comisionado Parlamentario de Administración, de la Comisión de Administración Local en Inglaterra, Gales o Escocia, del Comisionado del Servicio de Salud para Inglaterra, Gales o Escocia, del Ombudsman de la Administración Galesa, del Ombudsman de la Asamblea para Irlanda del Norte, y tienen por objeto proteger al público de la administración fraudulenta de los organismos públicos, o del incumplimiento de los organismos públicos en la provisión de servicios (Sec. 31.4);

- se realizan para cumplir alguna función jurídica del Director General de Lealtad Comercial y están destinados: a proteger al público de una conducta empresaria que puede afectar negativamente sus intereses, a regular acuerdos o conductas que tienen por objeto o efecto prevenir, restringir o distorsionar la competencia en una actividad comercial, o a regular la conducta de una o más empresas que abusan de una posición dominante en el mercado (Sec. 31.5);

- así lo disponga el Secretario de Estado mediante una orden, y la transmisión de los datos, aun cuando esté prohibida o restringida legalmente, sea necesaria para proteger los derechos y libertades del interesado o de un tercero (Sec. 38);

- la aplicación de dichas normas pueda perjudicar la eficacia combativa de las fuerzas armadas de la Corona (§ 2 del Séptimo Anexo); o cuando los procesamientos tengan por objeto evaluar la idoneidad de alguna persona para ocupar un cargo judicial o de abogado de la Corona, o para que la Corona le confiera algún honor (§ 3, ídem);

- se realizan con fines de planificación gerencial para ayudar al Controlador a conducir un negocio o actividad, en la medida en que la aplicación de estas medidas pueda perjudicar la conducción de ese negocio u otra actividad (§ 5 del Séptimo Anexo);

- tienen por objeto o están relacionados a los servicios financiero-corporativos, en la medida en que la aplicación de dichas normas a los datos podría afectar el precio de un título valor que ya existe o que va a ser o que puede ser creado; o cuando la exención sea necesaria para salvaguardar un interés económico o financiero importante del Reino Unido, circunstancia ésta que el Secretario de Estado, a través de una orden, puede considerar existente en ciertos supuestos (§ 6, íd.);

- se refieren a los registros de las intenciones del Controlador sobre negociaciones con el interesado, en la medida en que la aplicación de dichas disposiciones pueda perjudicar esas negociaciones (§ 7, íd.);

- se refieren a calificaciones u otra información procesada por un Controlador para determinar o para permitir determinar los resultados de un examen académico, profesional o de otro tipo (§ 8.1, íd.);

- se refieren a información amparada por el secreto profesional de un abogado (§ 10, íd.);

4) la exigencia de que los datos personales se procesen lícitamente y de buena fe (seis primeros Principios de Protección de Datos), de los derechos del interesado relativos al acceso (Sec. 7), a impedir un procesamiento que pueda perjudicarlo (Sec. 10), a objetar la adopción automatizada de decisiones (Sec. 12) y a la rectificación, bloqueo, supresión o destrucción de los datos (Sec. 14), cuando los procesamientos sólo se realizan con vistas a que una persona publique material periodístico, literario o artístico y el Controlador razonablemente crea, teniendo particularmente en cuenta la importancia especial del interés público en la libertad de expresión, la publicación es de interés público y que el cumplimiento de esas disposiciones resulta incompatible con los objetivos perseguidos (Sec. 32.1);

5) la obligación de conservar los datos sólo durante un plazo determinado, de la obligación de dar derecho de acceso al interesado y de la prohibición de volverlos a procesar sin que se considere que se lo hace en forma incompatible con los objetivos que justificaron su recolección, cuando se realicen sólo con fines de investigación histórica o estadística y con la condición de que dichos procesamientos no estén destinados a dar sustento a medidas o decisiones relativas a determinadas personas, no se realicen de un modo que pueda producir un daño o riesgo sustancial al interesado, y sus conclusiones no sean accesibles en forma

nominativa (Sec. 33).

A estos fines, un procesamiento no queda excluido de esta categoría por la mera circunstancia de que los datos se transmitan a un tercero sólo con fines de investigación estadística o histórica, o al interesado o a su representante, o a solicitud o con el consentimiento del interesado, o en circunstancias en que el Controlador tiene fundamentos razonables para creer que la transmisión cae en uno de estos supuestos (Sec. 33.5);

6) la exigencia de que el Controlador haya brindado al interesado la información necesaria en relación al procesamiento (§ 2 de la Parte II del Primer Anexo), el derecho de acceso (Sec. 7), la exigencia de que los datos sean exactos y, en su caso, actualizados (Cuarto Principio de Protección de Datos), y el derecho del interesado a la rectificación, bloqueo, supresión o destrucción de los datos, en los supuestos en que el Controlador está legalmente obligado a ponerlos a disposición del público, sea a título gratuito u oneroso (Sec. 34);

7) la aplicación de las disposiciones que prohíben la transmisión cuando ésta es legalmente obligatoria en virtud de una disposición legal u orden judicial (Sec. 35.1), o es necesaria a los fines o en relación a algún proceso legal, actual o futuro, o para obtener asesoramiento jurídico, o de algún otro modo para establecer, ejercer o defender derechos jurídicos (Sec. 35.2);

8) la aplicación de las disposiciones relativas a los derechos de los interesados y de terceros, y de las relativas a la notificación que debe hacer el Controlador, cuando los realiza una persona sólo con fines personales, familiares o recreativos (Sec. 36);

9) el derecho de acceso, las referencias confidenciales que da el Controlador vinculadas a la educación, entrenamiento o empleo actual o futuros del interesado; o a su designación actual o futura para un cargo; o a la provisión actual o futura de algún servicio (§ 1 del Séptimo Anexo). También, cuando el cumplimiento del derecho de acceso, al relevar material que acredita prueba sobre la comisión de un delito no relacionado con esta ley, exponga al Controlador a un procesamiento por dicho delito. En estos supuestos, la información que revele para cumplir con alguna solicitud u orden de acceso no será admitida en su contra en un proceso fundado en esta ley (§ 11, ídem);

3.2.15.3. En 1985, la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que la interceptación policial de las comunicaciones constituía una violación al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (*Malone v. United Kingdom*, 13 EHRR 448). Esta decisión se tradujo en la adopción de la Ley de Interceptación de las Comunicaciones de 1985, la cual requiere que la intervención de teléfonos esté autorizada por una orden de autoridad competente. Esta ley se reformó en 1997 para permitir establecer escuchas en los domicilios particulares contando sólo con el permiso de un comisionado de policía, cuya decisión es revisable por un Comisionado Especial.

En 1997, la Corte Europea decidió que las escuchas furtivas a una mujer policía violaban el art. 8 de la Convención (*Halford v. United Kingdom*, 24 EHRR 523, 25 de junio de 1997).

A fines de 1997, un informe encargado por el Parlamento Europeo y preparado por el grupo de investigación Fundación Omega, del Reino Unido, confirmó que Gran Bretaña jugaba un rol clave en una vasta operación de señales globales de inteligencia controlada por la Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos (Comisión Europea, Oficina de Evaluación de las Opciones de la Ciencia y la Tecnología, "Evaluación de las Tecnologías de Control Político", Bruselas, 1997). De acuerdo a este informe, los Estados Unidos y su socio británico GCHQ, "interceptaban rutinaria e indiscriminadamente" gran cantidad de datos sensibles identificados mediante palabras claves. Este informe generó gran preocupación en varios Estados europeos, y el 14 de septiembre de 1998, el Parlamento Europeo, en sesión plenaria en Estrasburgo, dio el inusitado paso de debatir abiertamente la operación. Una "resolución de compromiso" proyectada inmediatamente después del debate por los cuatro partidos principales pidió una mayor responsabilidad y "medidas protectoras" de la actividad de dichos servicios de inteligencia (Minutas de las Sesiones Plenarias, Parlamento Europeo,

14 de septiembre, 1998:17, Relaciones Transatlánticas ECHELON, B4-0803, 0805, 0806 y 0809/98).

3.2.15.4. Existen también otras leyes que contienen normas relativas a la privacidad, particularmente con referencia a los archivos médicos (*Access to Medical Reports Act* de 1998 y *Access to Health Records Act* de 1990), y a la información sobre créditos al consumo (*Consumer Credit Act* de 1974). Cabe citar, asimismo, la *Rehabilitation of Offenders Act* de 1974, la *Telecommunications Act* de 1984, la *Police Act* de 1997, la *Broadcasting Act* de 1996, la *Protection from Harassment Act* de 1997. Algunas de estas leyes han sido reformadas y los tribunales pueden llegar a declararlas parcialmente revocadas por la Ley de Protección de Datos de 1998.

4. Conclusión

El debate sobre la protección de datos personales no es novedoso. Durante siglos, muchas personas han sentido preocupación por la información que el gobierno y, más recientemente, las empresas privadas, han reunido sobre ellas. La historia demuestra lo fundado de estos temores y las atrocidades a que puede dar lugar la disposición de esta información.

Mientras los datos se almacenaron en ficheros manuales, el riesgo estaba acotado en la mayor parte de los casos, dado que la recuperación y transmisión eran lentas, caras y limitadas por unos pocos criterios de búsqueda.

El creciente reconocimiento de los derechos humanos y, particularmente, del derecho a la privacidad personal y familiar, planteó a los Estados la urgencia de dar protección, en un principio legislativa y, posteriormente, constitucional, a los datos personales, proceso a veces acelerado por la historia política.

La explosión tecnológica verificada en las últimas décadas, con un vastísimo desarrollo de la telemática, pone en juego un fenómeno de límites insondables, como es el relativo a la posibilidad de interrelación de datos con una velocidad y efectividad cada vez mayores. Se suma a ello la circunstancia de que no hay nadie que no cuente con algún tipo de registro informático sobre su persona, aun cuando no lo haya consentido expresamente. Un trámite en una dependencia pública o ante una fuerza de seguridad, una afiliación a algún sistema de medicina prepaga, el pedido de una cuenta bancaria, son algunas de las circunstancias positivas -porque es el sujeto quien voluntariamente entrega sus datos a quien va a registrar la información- que determinan tal efecto; la comisión de un ilícito, la caída en mora en el pago de un crédito, o el hecho de resultar seropositivo en el análisis de presencia del V.I.H., son algunas de las que lo hacen por vía negativa.

La respuesta del derecho a la tecnología no se endereza a suprimir este nuevo factor de control social, sino sólo a corregir en forma tímida e incipiente las distorsiones extremas del proceso comunicativo informático, exigiendo la adopción de medidas garantistas no sólo a nivel nacional sino regional y comunitario.

Este proceso regulatorio está en pleno auge, actualmente acelerado por la entrada en vigencia de la Directiva 95/46 de la Comunidad Europea, que, por un lado, exige que las legislaciones de los Estados Miembros se adecuen a aquella y, por el otro, prohíbe la transmisión de datos desde la Comunidad hacia países que no brindan un "nivel adecuado de protección".

Las implicancias de esta norma son de una magnitud que no deja de sorprender. Por un lado, ha puesto a la protección de datos en el centro del debate en los más diversos foros ya que, una vez reconocido este derecho, se lo puede ejercer tanto en relación a situaciones quizá triviales (como la inclusión del nombre en la camiseta conmemorativa de una camada de graduados universitarios, como se planteó en Estados Unidos), como respecto al manejo de los archivos de una biblioteca, a la organización de cualquier sondeo de opinión o concurso comercial, a la transmisión de datos que se hace, por ejemplo, desde la Comunidad Europea hacia los países del Este para implementar los programas de desarrollo que aquella patrocina,

o desde las empresas europeas radicadas fuera de la Comunidad o desde las empresas extranjeras instaladas allí. Afecta también la forma en que se organizan las investigaciones médicas y criminales, o las campañas de las organizaciones internacionales que no persiguen fines de lucro. Para comprobarlo, basta con ver la temática de las recomendaciones, opiniones, documentos de trabajo e informes, del *Working Party* de la Comunidad Europea.

Gran parte del debate que plantea la Directiva supone la elección entre la tendencia europea y la americana, es decir, entre leyes excesivamente amplias o insuficientes. De acuerdo a la primera opción, muchas transferencias de datos rutinarias y deseables de información quedarían prohibidas. Por ejemplo, de acuerdo a como está redactada, la Directiva parecería prohibir llevar muchas *laptops* fuera de Europa, impondría grandes obstáculos a la recolección por parte de los bancos de inversión de información importante sobre empresas, y pondría en duda la posibilidad de seguir usando muchos sistemas de *Intranet* que incluyan el procesamiento de datos en Estados Unidos o en países que no integran la Comunidad. Por el otro lado, las leyes norteamericanas son parciales, incompletas y laxas. Sorprende, por ejemplo, que muchas veces los registros de las empresas que alquilan videos estén regulados en forma más estricta que los de las que procesan datos sensibles médicos.

Estas diferencias de las leyes, en gran medida, reflejan diferentes actitudes hacia la información. Los norteamericanos, históricamente, sienten fuertes sospechas del gobierno, y otorgan mucho valor al mercado y a la tecnología. Los Estados Unidos tienen una actitud casi religiosa hacia la libertad de expresión garantizada por la Enmienda I, y una fuerte tradición de mantener los archivos y procesos del gobierno a disposición del público. En cambio, los europeos han dado al gobierno un rol prominente en promover el bienestar social, pero han puesto mayores límites al desarrollo descontrolado de los mercados y la tecnología. Muchos Estados europeos tienen regímenes menos estrictos que el norteamericano en áreas como libertad de información, pero más rigurosos para el uso que la prensa y el sector privado hacen de la información.

La entrada en vigor de la Directiva ha precipitado un choque entre estas culturas diferentes de la información. De acuerdo al punto de vista europeo, los Estados Unidos tienen una protección sorprendentemente débil para el derecho individual a la privacidad. A fin de proteger este derecho fundamental, es mejor pecar por establecer una regulación excesivamente protectora. De acuerdo al punto de vista norteamericano, la Directiva obliga a muchas organizaciones a pagar costos altos para implementarla, aun cuando las prácticas reguladas produzcan poco o ningún daño social. Consideran que hubiera sido mejor buscar otras formas de proteger los problemas importantes de la privacidad, sin sujetar a muchas organizaciones a obligaciones jurídicas estrictas.

Más allá de este choque de culturas informáticas, actualmente existe una gran incertidumbre sobre el grado de rigurosidad con el que se vaya a aplicar la Directiva. Cuando ésta se promulgó, existía la esperanza de que Estados Unidos, Canadá y otros países, aprobaran nuevas leyes de privacidad que satisficieran el test del nivel adecuado de protección que la Directiva establece. Ahora, resulta claro que esto no es probable que suceda en un futuro cercano, lo cual ha puesto a la Comunidad en un dilema. Por un lado, en su Directiva, ha adoptado la postura unificada de que la privacidad es un derecho humano fundamental que requiere una cuidadosa protección jurídica. A esos efectos, exige que las transferencias de datos a terceros países sólo se autorice cuando éstos brinden un nivel adecuado de protección. La consecuencia lógica de esta posición es que las violaciones a sus disposiciones van a tratarse seriamente. Las corporaciones y demás organizaciones deben cumplir cuidadosamente con la Directiva y con las leyes nacionales dictadas en conformidad a sus disposiciones. El acceso al enorme mercado de la Comunidad Europea va estar condicionado al cumplimiento de las leyes de protección de datos. Se requiere una postura firme en relación a la privacidad para impulsar a las organizaciones europeas y no europeas a cumplir sus obligaciones.

El dilema que plantea el régimen europeo de protección de datos es claro. Por un lado, el régimen está destinado a proteger derechos humanos importantes. Por el otro, ningún funcionario de la Comunidad desea crear un guerra comercial de gran envergadura ni prohibir prácticas que son deseables o vitales para las economías europeas y de terceros países. Dado que la Directiva entró a regir el 24 de octubre de 1998 y varios Estados Miembros aún no han dictados sus nuevas leyes de protección de datos, este proceso apenas se encuentra en sus comienzos.

Mercedes de Urioste

TEXTOS ESCOGIDOS

INDIGENAS. CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES. LEGISLACIÓN E INSTITUCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES. JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA.

Introducción

La situación de los pueblos indígenas y tribales, con el correr del siglo XX, ha sido objeto de una creciente atención por parte del mundo del derecho.

Los temas que dicha situación plantea abarcan, por cierto, un abanico extenso que toca aspectos centrales de la organización social no sólo en la perspectiva jurídica, sino en la de la sociedad terrenal toda, tanto en escala nacional, como en la regional e internacional.

El respeto por la identidad y diversidad, por la cultura, valores, religión, organización social y económica, de dichos pueblos, constituyen cuestiones indudablemente vitales tanto para éstos como para la realización de un Estado de derecho democrático y participativo. Cuestiones estas que, a su vez, se entrelazan con las relativas a la protección de su patrimonio, en el sentido más amplio del término.

La presente exposición considera el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales (1), diversos antecedentes institucionales de países americanos y europeos (2) y jurisprudencia latinoamericana (3); finalmente, son señalados otros instrumentos internacionales (4).

1. El Convenio 169

El Convenio 169 (Convenio) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales es el instrumento jurídico internacional más actualizado sobre el tema. Fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 1989.

Aun cuando la ratificación del Convenio por parte de los países es lenta, ha tenido una influencia significativa en la definición de políticas y programas nacionales (v.gr. en Guatemala, Rusia y Filipinas), y también ha dado pautas para la formulación de directrices y políticas en la materia a varias agencias de desarrollo. El instrumento también ha suscitado interés entre los países desarrollados que no tienen población indígena (Austria, Alemania y los Países Bajos) pues, al margen de consideraciones de orden humanitario y de solidaridad, los partidarios de la ratificación argumentan que al ratificar el Convenio serán más equitativas y efectivas las políticas de desarrollo y la ayuda bilateral dirigida a los pueblos indígenas y tribales.

El Convenio también ha sido un factor importante en la Creación del Fondo Indígena de Desarrollo para los Pueblos Indígenas de Latinoamérica y el Caribe.

1.1. Antecedentes generales

Desde sus primeros días, la OIT se ha preocupado por la situación de los pueblos indígenas y tribales. A principios de la década de los años veinte, la OIT se dedicó activamente a investigar el trabajo de las llamadas “poblaciones nativas” en las colonias. Los pueblos indígenas y tribales eran, por definición, parte de esa fuerza laboral colonial. Esta misma preocupación impulsó la adopción del Convenio sobre el trabajo forzoso (n° 29) en 1930. Más tarde, en 1957, sería adoptado el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (n° 107), que constituyó el primer intento de codificar los derechos de estos pueblos en la legislación internacional, y que cubría una amplia gama de temas relativos a los derechos a la tierra, a las condiciones de trabajo, a la salud y a la educación.

El paso del tiempo y la evolución de la opinión pública mostraron algunos puntos

débiles del Convenio 107. Entre los aspectos más discutibles figuraba el supuesto de que la integración a la sociedad nacional mayoritaria era el único futuro posible para los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, que todas las decisiones relacionadas con el desarrollo correspondían sólo al Estado y no a los propios pueblos. Con la creciente toma de conciencia por parte de los pueblos indígenas y tribales durante las décadas de los años sesenta y setenta, y con el incremento de la participación de las organizaciones indígenas en el plano internacional, los supuestos anteriormente mencionados comenzaron a ser objeto de cuestionamiento. La Reunión de expertos de 1986 -convocada por el Consejo de Administración de la OIT- concluyó en que “el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno”.

El Consejo de Administración reaccionó favorablemente e inscribió el tema en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988 y 1989. La actualización del Convenio 107 se adoptó como Convenio 169. Establece un conjunto de normas internacionales mínimas y pretende contribuir al diálogo entre los gobiernos, las organizaciones indígenas y las organizaciones no gubernamentales

1.2. Naturaleza y principios fundamentales

1.2.1. Esencia del Convenio.

Como los otros convenios adoptados por la OIT, el 169 está redactado como un tratado. Es un instrumento legal, con carácter obligatorio para los países que lo ratifican. Empero, antes de ser ratificado, sirve como una guía de acción para los gobiernos.

1.2.2. Filosofía básica.

El Convenio 107 tenía un enfoque integracionista y asimilacionista. Pese a que ya está cerrado a otras ratificaciones, no puede ser denunciado automáticamente por los países que lo ratificaron y que aún no han ratificado el Convenio 169. No obstante sus imperfecciones, el Convenio 107 otorga una protección importante que no se encuentra en ninguna otra instancia normativa internacional, salvo que se haya ratificado el Convenio 169.

El Convenio 169 promueve el respeto de las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales. Asume que éstos seguirán existiendo como parte de sus sociedades nacionales, manteniendo sus propias identidades, estructuras y tradiciones. Asimismo, se funda en el principio de que estas estructuras y formas de vida tienen un valor intrínseco que necesita ser salvaguardado, y también asume que estos pueblos pueden hablar por sí mismos, que tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afecte, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en el que habitan.

Este cambio radical de enfoque se debe, principalmente, a la acción de los propios pueblos indígenas y tribales. En los años setenta, dichos pueblos comenzaron a organizarse a nivel internacional de una manera que no existía en los años cincuenta, cuando se celebró el Convenio 107. En 1982, las Naciones Unidas finalizaron un amplio estudio sobre la situación de las poblaciones indígenas y, en 1982, fue creado el Grupo de Trabajo de la Naciones Unidas sobre dichas poblaciones, a fin de examinar las situaciones existentes a nivel nacional y preparar un proyecto de declaración sobre sus derechos. Al momento de revisar el Convenio 107, la OIT pudo contar, entonces, con los puntos de vista de los representantes de dichas organizaciones indígenas y con los resultados de las discusiones jurídicas a nivel nacional.

1.2.3. La OIT no ha adoptado el enfoque de que dichos pueblos deben siempre permanecer como eran antes, fijos en sus patrones culturales y tradicionales; por el contrario, les reconoce el derecho a establecer sus prioridades de desarrollo, así como los medios y formas de alcanzarlas.

1.2.4. Relaciones entre los pueblos indígenas y tribales con otras minorías étnicas o grupos desfavorecidos del país.

En los países en donde viven pueblos indígenas y tribales, en muchos casos -no en todos- éstos son una minoría numérica. Dichos pueblos constituyen una categoría especial de minorías étnicas y deben ser tratados de acuerdo al derecho internacional que se está actualmente desarrollando sobre el tema. Sin embargo, el tratamiento del derecho internacional respecto de los pueblos indígenas y tribales ha sido hasta ahora diferente al otorgado a otras minorías étnicas. A diferencia de otras minorías, los pueblos indígenas y tribales poseen frecuentemente un vínculo con la tierra que ocupan tradicionalmente, incluso con anterioridad a la llegada del grupo que hoy en día representa la población dominante. Pueden poseer culturas muy diferentes de la predominante en el país, así como sus propias leyes, religiones y una cosmovisión peculiar del mundo que los rodea. A veces es muy difícil señalar las diferencias entre los pueblos indígenas y tribales y otras minorías, lo que debe establecerse analizando caso por caso.

No se trata de que los pueblos indígenas y tribales reciban un trato más favorable que el otorgado a otros grupos desfavorecidos (p.ej. trabajadores rurales sin tierras que no son indígenas), sino un tratamiento diferente. Los desposeídos de tierras y los trabajadores rurales pobres necesitan asistencia en el proceso de desarrollo nacional e internacional. La diferencia con los pueblos indígenas y tribales reside en que éstos tienen su propia cultura y forma de vida que deben ser respetadas, a fin de no destruir las sociedades que llegaron a construir a través de milenios. Dichos pueblos pueden afirmar que sus reclamos sobre la tierra que ocupan son prioritarios en la medida en que la ocupaban antes de la llegada de otros grupos. En tal caso, el gobierno, con frecuencia, deberá instituir procedimientos de reivindicaciones de tierras que respeten estos derechos tradicionales. Ello no implica que otros grupos rurales desposeídos no tengan su propio derecho a la tierra.

1.3. Estructura y principales disposiciones

1.3.1. Pueblos indígenas y “tribales”.

El término “indígena” se refiere a aquellas poblaciones que conservan total o parcialmente sus propias tradiciones, instituciones o estilo de vida, que los distinguen de la sociedad dominante, y que habitaban un área específica antes de la llegada de otros grupos. Esta descripción es válida en América del Sur, Central y del Norte, y en ciertas regiones del Pacífico. Sin embargo, en gran parte del mundo no se distingue entre la época en la cual los pueblos tribales u otros pueblos tradicionales habitaron una región y el momento de la llegada de otros grupos. Por ejemplo, en África no hay evidencia de que los Maasai, los Pigmeos o los San, pueblos que presentan rasgos sociales, económicos y culturales propios, hayan llegado a la región que hoy habitan antes que otras poblaciones. Lo mismo ocurre en ciertas partes de Asia. Por ello, cuando la OIT, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, comenzó a trabajar intensamente sobre estos temas, decidió utilizar los términos pueblos indígenas y “tribales”, con la intención de abarcar una situación social y no establecer una prioridad basada en los antepasados que habrían ocupado un área territorial primero. El Convenio no hace ninguna diferencia entre los pueblos indígenas y los pueblos tribales, por lo que tienen los mismos derechos.

El art. 1, párrafo 2, dice que: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental” para determinar los grupos a los que se aplica el Convenio. No dice que es el único criterio, pero sí que hay que considerarlo seriamente. A cada país le corresponde decidir a qué grupos se aplica el Convenio, con base en los criterios objetivos y subjetivos antes mencionados, y siempre en consulta con los interesados. El Convenio no define quiénes son pueblos indígenas y tribales, sino que proporciona elementos

para ello. Se pensó que una definición al respecto limitaría y privaría a alguno de estos pueblos de los derechos que les otorga el Convenio. De lo contrario, se negaría a dichos pueblos el derecho exclusivo de determinar su pertenencia a un determinado grupo, su identidad y estatus, negando, así, su derecho a la autodeterminación.

1.3.2. Pueblos.

Después de largas discusiones y consultas dentro y fuera de las reuniones, se abandonó el término “poblaciones” (del Convenio 107) por el de “pueblos”, ya que éste reconoce la existencia de sociedades organizadas con identidad propia, en lugar de simples agrupaciones de individuos que comparten algunas características raciales o culturales. También tras largas discusiones se llegó al tercer párrafo del art. 1, al concluirse en que no le correspondía a la OIT decidir cómo el término “pueblos” debía interpretarse en el derecho internacional. La introducción de este párrafo respondió, en parte, a la preocupación de varios gobiernos en el sentido de si el uso del término “pueblos”, en este contexto, implicaría el reconocimiento, en el marco del derecho internacional, de que los pueblos indígenas y tribales puedan separarse de los países en que habitan. Quedó claro, sin embargo, que el Convenio no impone ninguna limitación al derecho a la autodeterminación de los mencionados pueblos ni tampoco se pronuncia en favor o en contra de este derecho.

1.3.3. Política fundamental.

Los arts. 6 y 7 son primordiales para definir cómo debería ser aplicado el Convenio. El primero de dichos preceptos requiere que los gobiernos: a) establezcan los medios que permitan participar a los pueblos interesados en la toma de decisiones a todos los niveles (instituciones legislativas y organismos administrativos); b) consulten a dichos pueblos mediante procedimientos adecuados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. También estas consultas son obligatorias: b’) antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichos pueblos; b’’) cada vez que sea necesario trasladarlos; y b’’’) antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigidos a estos pueblos.

El art. 7, por su parte, afirma que los pueblos interesados tienen el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo económico, social y cultural, y al control sobre éste. Los planes y programas de desarrollo que los afecten directamente, deben contar con su participación en la formulación, ejecución y evaluación. Dichos planes, en cuanto conciernan al desarrollo económico de las áreas ocupadas por las comunidades, deberán diseñarse con miras, entre otras cosas, a mejorar sus condiciones de vida, oportunidades de empleo y logros en materia de educación

El art. 7 no implica que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de vetar las políticas de desarrollo, pero impone a los gobiernos la realización de verdaderas consultas en las que estos pueblos tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influir en el proceso de toma de decisiones, lo que también puede traducir la obligación de realizar acciones dirigidas a ayudar a estos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes.

Las consultas deben efectuarse de buena fe y de manera apropiada, vale decir, que los gobiernos, por un lado, deben proporcionar a los pueblos información apropiada y completa que pueda ser comprendida plenamente, y, por el otro, deben realizar las consultas con organizaciones o instituciones genuinamente representativas que estén habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas.

1.3.4. Derechos previstos en el Convenio.

El Convenio representa un paso adicional en los esfuerzos que la OIT despliega en favor de los grupos más desfavorecidos y respecto de su enfoque global de los derechos humanos tendientes a la igualdad de oportunidades y de trato. Garantizar condiciones de igualdad para grupos que se encuentran en situación de desventaja, tales como los pueblos indígenas y tribales, mujeres y niños trabajadores, exige un trato especial. La acción positiva, como también se le conoce a este tipo de trato especial, no necesariamente conlleva una discriminación positiva, sino que también incluye acciones dirigidas a superar el trato discriminatorio al que dichos grupos estuvieron sometidos en el pasado.

Además de los derechos humanos universales que se reconocen a todo ciudadano, el Convenio prevé derechos que se aplican únicamente a los pueblos indígenas y tribales: derechos colectivos de propiedad y posesión de sus tierras, a conservar su idioma e instituciones, a resolver -en determinadas condiciones- conflictos internos de conformidad con su derecho consuetudinario, etc. Estos reconocimientos de derechos no han de considerarse como una forma de discriminación hacia los no indígenas, sino más bien como un reconocimiento del carácter distintivo de sus características, necesidades y aspiraciones.

El Convenio establece (art. 8.3) que los pueblos indígenas y tribales deben ejercer los mismos derechos que los demás ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. Sin embargo, en la práctica, estos derechos les son negados a menudo, debido al hecho frecuente de que dichos pueblos no conocen ni sus derechos ni los procedimientos para hacerlos valer. A menudo se les condena por delitos que desconocen. Los miembros de las comunidades y la mayoría de los jueces tienen, con frecuencia, dificultades de comunicación y comprensión mutua, por falta de una lengua común, y por el hecho de que los delitos definidos en la legislación nacional no coinciden con los previstos en el derecho consuetudinario de aquellas comunidades.

Por ello, los arts. 8.2 y 9.1 prevén el derecho de los pueblos indígenas y tribales a conservar las costumbres e instituciones propias, inclusive los métodos a los que recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, en la medida de su compatibilidad con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Los conflictos que puedan surgir de la aplicación de estas disposiciones deberán ser resueltos por medio de procedimientos establecidos *ad hoc*.

También se exige a los gobiernos que, al aplicar las leyes y reglamentos nacionales e imponer las sanciones penales, tengan debidamente en cuenta las características sociales, económicas y culturales de los pueblos indígenas y tribales, y que adopten servicios de interpretación u otros medios efectivos para que los miembros de las comunidades puedan comprender y hacerse comprender en dichos procedimientos.

También está prohibida (art. 11) la imposición a los miembros de dichos pueblos de servicios personales obligatorios -remunerados o no- salvo que estén previstos para todos los ciudadanos, con lo que se trata de prevenir y sancionar toda forma de trabajo obligatorio o forzoso, al que dichos pueblos están a menudo sometidos como consecuencia, sobre todo, de la pérdida de sus tierras y recursos naturales, y de la ausencia de alternativas apropiadas de sobrevivencia.

1.4. Participación, manejo conjunto y autogobierno

El Convenio afirma que los pueblos indígenas y tribales deberían tener el mayor control posible sobre su vida y futuro, y que los gobiernos deberán proporcionar los medios y recursos necesarios a tales efectos. A los derechos de participación ya mencionados, se suma el reconocimiento del derecho a ejecutar los programas que les afecten, p.ej., los servicios de salud, que deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados, tomando en cuenta los métodos de prevención tradicionales, las prácticas curativas y medicamentos tradicionales (art. 25).

Por otro lado, en cuanto a la educación (art. 27), los gobiernos deberán asegurar la formación de los miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferirles progresivamente -con el debido apoyo económico- la responsabilidad de la realización de estos programas.

1.5. Derecho sobre las tierras y los recursos naturales

El derecho sobre la tierra y sus recursos naturales es fundamental para garantizar la continuidad y existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales, pues aquéllos constituyen la fuente principal del sustentamiento económico, cohesión social y cultural, y bienestar social de estos pueblos.

Asimismo, el art. 13 exige a los gobiernos respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de estos pueblos reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan y, en particular, los aspectos colectivos de esta relación.

La decisión de mantener el término “territorios” (que ya figuraba en el Convenio 107), agregada al término “tierra” y no sustituido por éste, fue el resultado de una larga negociación entre los gobiernos,

El art. 14 exige que deberá “reconocerse a los pueblos indígenas y tribales el derecho de propiedad y posesión” sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

En determinadas circunstancias, el derecho de posesión y uso de la tierra podría cumplir con los requisitos del Convenio, siempre que se aseguren seriamente la continuidad de estos derechos (p.ej. pueblos aislados que viven en reservas). También se puede referir a situaciones en las que se comparte el uso de ciertas tierras, en cuyo caso el derecho de posesión puede ser más apropiado que un título de propiedad.

La terminología adoptada: “ocupan tradicionalmente”, indica que debe existir alguna conexión con el presente (como en el caso de recientes expulsiones o pérdida de títulos). Debe analizarse en relación con el párrafo 3 del mismo artículo, que dispone que deberán instituirse procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras sin imponer límites de tiempo respecto a cuándo dichos reclamos hayan surgido. Por otra parte, no se establece que la tierra debe ocuparse de una manera tradicional, lo que condenaría a estos pueblos a una forma de vida peculiar, en vez de otorgarles la oportunidad de cambiar, si así lo desean, como les parezca más conveniente.

El art. 14 dispone que deberán tomarse medidas apropiadas para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas y tribales a utilizar las tierras que no son necesariamente ocupadas por ellos, pero a las que tradicionalmente han tenido acceso para sus “actividades tradicionales y de subsistencia”, lo que fue reconocido como un derecho “adicional” y no como una “alternativa” al derecho de propiedad (v.gr. pastoreo, caza, recolección). Ante el desarrollo de esas tierras, los pueblos no pierden el derecho de uso y los gobiernos deben tomar las precauciones para reconocer estos derechos.

Los gobiernos deben reconocer que, cuando hay una ocupación tradicional, los pueblos mencionados efectivamente tienen derechos sobre las tierras en cuestión. Aunque debieran ser objeto de determinación cuáles sean estos derechos y sobre cuáles tierras se ejercerían, queda claro que estos derechos existen desde antes.

También pesa sobre los gobiernos el deber de tomar las medidas necesarias para identificar las tierras que dichos pueblos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección “efectiva” (real y práctica y no sólo una protección legal por escrito) de sus derechos de propiedad y posesión; así como la obligación de instituir los procedimientos adecuados para solucionar los casos de reivindicaciones de tierras.

El art. 15 dispone que “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. Está claro que existe el derecho. Pero específicamente en qué consista dicho derecho, deberá definirse en el marco de cada ordenamiento jurídico nacional. Después de un

marcado debate, se incorporó el segundo párrafo del art. 15: si pertenecen al Estado los recursos del subsuelo, el gobierno deberá consultar con los pueblos interesados antes de emprender cualquier programa de prospección y explotación de los recursos, para determinar si serán perjudicados y en qué medida. La evaluación del aludido impacto debe llevarse a cabo antes de que empiecen las actividades en cuestión. Los pueblos interesados deben participar, siempre que sea posible, en los beneficios de la explotación de los recursos, y percibir una compensación equitativa por los daños que sufrieran.

El Convenio es aplicable a un supuesto en que una compañía hubiese obtenido una licencia o concesión minera o petrolera antes de que el Convenio fuese ratificado. En efecto, apenas el Convenio entra en vigor en un país determinado, el gobierno debe velar por que las comunidades indígenas interesadas sean consultadas, de una forma adecuada y a tiempo, sobre el alcance y las implicaciones de las actividades en curso y futuras.

La expresión “siempre que sea posible” quiere decir que los gobiernos siempre mantienen el derecho a decidir si los pueblos indígenas y tribales se benefician o no de la explotación de los recursos naturales ubicados en sus tierras. Empero, deben tenerse en cuenta los ya tratados arts. 6 (sobre consultas y participación) y 7 (evaluación del impacto social, cultural, espiritual y ambiental y la participación de los pueblos en las decisiones al respecto).

1.6. Traslados, reubicación y compensación

Se trata de aspectos importantísimos pues los pueblos en juego son, a menudo, forzados a abandonar sus tierras, porque no se les reconocen sus derechos consuetudinarios, y, cuando se los reubica, las compensaciones e indemnizaciones suelen ser insuficientes e inapropiadas.

El principio general está contenido en el art. 16: “los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan”. Si la reubicación es necesaria como una “medida excepcional”, sólo puede ejecutarse con “su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa” (a diferencia del Convenio 107, el 169 no especifica los casos de reubicación necesaria, sino más bien establece los principios y pautas a aplicarse). Cuando no pueda obtenerse el consentimiento, el Convenio establece que “el traslado y reubicación deberá tener lugar al término de los procedimientos establecidos por la legislación nacional”, que incluyen encuestas públicas en las que deben estar representados los pueblos involucrados, y que alcanzan a las situaciones de las tierras que van a ser afectadas aunque los pueblos no las ocupen de manera exclusiva de conformidad con el art. 13.2.

Por otro lado (art. 16, tercer párrafo), los pueblos tienen “el derecho de regresar a sus tierras tradicionales” en cuanto terminen las causas que motivaron su traslado y reubicación (v.gr. traslados por causa de emergencia: desastre ecológico, guerra, conflicto armado, etc.). En caso de no ser ello posible, se les deben proporcionar tierras de calidad y estatuto jurídico por lo menos iguales a las que perdieron, tomando en cuenta de que sean adecuadas para subvenir a sus necesidades presentes y futuras. Debe respetarse el derecho del pueblo a preferir una compensación en dinero o especie.

Asimismo, los gobiernos están obligados a establecer “medidas disuasivas” dirigidas a evitar que ciudadanos no indígenas, aprovechando el desconocimiento de las leyes nacionales por los pueblos indígenas y tribales, invadan sus tierras sin autorización previa.

También deben respetarse “las modalidades por medio de las cuales los miembros de los referidos pueblos suelen transmitir entre sí los derechos sobre la tierra” (art. 17.1). Y, cada vez que los gobiernos contemplan adoptar medidas (reformas legales o constitucionales) que afecten la capacidad de dichos pueblos para enajenar o transmitir los derechos sobre sus tierras fuera de su comunidad, deben realizarse consultas previas con aquéllos.

1.7. Contratación y condiciones de empleo

Los pueblos indígenas y tribales son, generalmente, los más vulnerables en sus países, y están expuestos a la explotación por parte de contratistas inescrupulosos, o son trabajadores migrantes que están más expuestos a los trabajos más gravosos y peor remunerados. Frecuentemente trabajan fuera de la economía formal o pueden ser trabajadores rurales no sindicalizados, y no están protegidos por ley alguna.

Los gobiernos deberán adoptar, según el Convenio, “medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo” (art. 20). Medidas éstas que deben ser tomadas en cooperación con los pueblos. Las áreas concretas para dichas medidas son: remuneración igual por trabajo de igual valor; asistencia médica y seguridad e higiene en el trabajo. Los pueblos siempre tienen derecho a asociarse y a adherir a sindicatos de trabajadores y a participar en éstos. Deben tomarse medidas especiales para los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes, ya sea en la agricultura o en otra actividad. Debe protegerse a dichos trabajadores cuando están sometidos a condiciones peligrosas de trabajo, especialmente en su exposición a plaguicidas y otras sustancias tóxicas. También deben tomarse medidas para evitar que queden sujetos a sistemas de contratación coercitivos, y garantizarse igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo. Las trabajadoras están especialmente protegidas contra el hostigamiento y abuso sexual.

1.8. Formación profesional y actividades económicas tradicionales

Según el art. 22 se deberán tomar medidas para promover la participación voluntaria de los pueblos indígenas y tribales en programas de formación profesional de aplicación nacional y, si los existentes no respondieran a sus necesidades especiales, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de los pueblos, programas y medios especiales.

Los programas deberán tomar en cuenta el entorno económico, las condiciones socio-culturales y las necesidades concretas de los pueblos, los cuales, si lo desean, podrán asumir las responsabilidades de organización y operación.

Dado que puede resultar muy destructivo para las economías tradicionales y formas de vida de estos pueblos si se les encamina hacia ocupaciones que la gente de afuera piensa que sería lo mejor para ellos, el art. 23 prevé que la artesanía, las industrias rurales y las actividades tradicionales relacionadas con el economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo.

1.9. Educación y medios de comunicación

Los pueblos indígenas y tribales enfrentan, con frecuencia, un doble problema en el ámbito educativo: por un lado, no siempre tienen acceso a las facilidades educativas como los otros ciudadanos del país; por el otro, cuando lo tienen, sus propias tradiciones y culturas son ignoradas e incluso menospreciadas, lo que mina su dignidad y autoestima.

Los arts. 26 a 31 del Convenio estipulan que estos pueblos deben gozar de la oportunidad de recibir educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional. Además, los programas y servicios de educación deben adaptarse a fin de responder a sus necesidades especiales, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

Siempre que sea posible, debe enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y escribir en su propia lengua indígena o en la que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan. También deben tomarse medidas adecuadas para que puedan dominar la lengua

nacional o alguna de las oficiales del país (art. 28).

La educación indígena debe ser bilingüe y bicultural.

Los gobiernos deben educar a los ciudadanos no indígenas con el fin de hacerlos tolerantes, comprensivos y respetuosos, por medio de instrumentos educativos, tales como libros de historia, que brinden una descripción imparcial del pasado y de los valores de dichos pueblos.

1.10. Seguridad social y salud

Los regímenes de seguridad social previstos para todos los ciudadanos deben extenderse a los pueblos indígenas y tribales.

Es responsabilidad del gobierno asegurar a dichos pueblos el “máximo nivel posible de salud física y mental”. Para ello, los servicios de salud deben organizarse a nivel comunitario y tomar en cuenta los métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales. Esto implica un reconocimiento del valor de la medicina tradicional y de la necesidad de preservarla, aprender de ella y enriquecerla ulteriormente.

1.11. Contactos y cooperación a través de las fronteras

Existen muchos casos en los cuales los pueblos indígenas y tribales han sido separados por fronteras nacionales establecidas sin su consentimiento. Por ello, los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas para facilitar los contactos y la cooperación entre estos pueblos a través de las fronteras (art. 32). Ello no se limita a los pueblos de la misma etnia o del mismo grupo cultural, pues debe tomarse en cuenta que puedan comunicarse a fin de establecer vínculos de solidaridad internacional.

1.12. Disposiciones generales

El Convenio deberá “aplicarse de una manera flexible” (art. 34), tomando en cuenta las condiciones propias de cada país. Esto no implica que los gobiernos puedan aplicarlo de cualquier manera, sino que más bien toma en cuenta el hecho de que existen grandes diferencias en la situación de los pueblos indígenas en las diversas partes del mundo.

Por otro lado, la aplicación del Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados o leyes nacionales, laudos, costumbres o acuerdos nacionales. La ratificación del Convenio no invalida los tratados que dichos pueblos hubiesen suscripto con los Estados.

1.13. Procedimientos de control y supervisión

Una vez que un país ratifica el Convenio 169 -o cualquier otro de la OIT- se pone en marcha el régimen de supervisión de la OIT para garantizar su aplicación adecuada. La Organización no tiene poder coercitivo; sus principios básicos para el proceso de supervisión son el diálogo y la persuasión. Estas medidas funcionan porque en la práctica son una manera de ayudar a alcanzar los objetivos que los gobiernos se trazaron voluntariamente con la ratificación.

El gobierno envía memorias a la OIT cada cinco años -o antes si le es requerido- para informar cómo se aplica el Convenio, tanto legalmente como en la práctica. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones -órgano de expertos independientes en el campo jurídico y de las ciencias sociales- analiza la información recibida y formula sus comentarios o solicita al gobierno más información. La Comisión elabora un informe anual sobre sus trabajos. La Comisión de Normas de la Conferencia Internacional del

Trabajo (anual) puede, como seguimiento, invitar al gobierno a presentarse ante dicha Comisión para aclarar la situación considerada. El informe de la Comisión de la Conferencia incluye una descripción detallada de cada discusión, y cualquier punto pendiente es luego examinado por la Comisión de Expertos. Normalmente, el gobierno vuelve a examinar su situación a la luz de estos comentarios.

Si no se toman las medidas adecuadas, los órganos de control de la OIT siguen examinando el caso hasta que éste se resuelva. Cabe mencionar el procedimiento de “contactos directos” entre un representante del Director General de la OIT y los gobiernos que enfrentan dificultades que obstaculizan la ratificación o aplicación de las normas ratificadas. La Organización también ofrece asistencia técnica.

Los gobiernos deben decidir cómo adecuarán la legislación al Convenio, consultando a los pueblos indígenas y tribales.

En caso de incompatibilidad entre la ley nacional y el Convenio, la primera debe adecuarse al segundo.

Los procedimientos de control, dada la particular estructura tripartita de la OIT, no pueden ser usados directamente para quejas individuales, sino sólo por un gobierno, sindicato o asociación de empleadores. Por ende, los individuos o las organizaciones indígenas y tribales, salvo que éstas sean asociaciones de trabajadores o empleadores, tienen que canalizar sus comentarios o quejas y reclamaciones a través de sindicatos o asociaciones de empleadores.

Existen, sin embargo, otras posibilidades de hacer llegar la información. El Formulario de Memoria del Convenio 169 abre una posibilidad al sugerir -no exigir- que los gobiernos consulten con las organizaciones indígenas del país al preparar sus memorias sobre el Convenio. Este mecanismo constituiría una válvula de seguridad útil, lo que coincidiría de manera plena con el enfoque participativo de la OIT (recuérdese, asimismo, el caso de Noruega y el Parlamento Sami). La Comisión de Expertos viene instando a los gobiernos, desde hace unos años, a que consulten con los pueblos indígenas y tribales en la preparación de las memorias, especificando el resultado de dichas consultas.

Otra posibilidad es que las organizaciones indígenas puedan enviar información directamente a la OIT. Si los comentarios de tales organizaciones contienen información verificable (v.gr., leyes, resoluciones, documentos oficiales), la Comisión de Expertos puede utilizarla de manera directa. Las organizaciones indígenas también pueden recurrir a una organización sindical internacional para que asuma su causa, en el caso en que los sindicatos nacionales no manifiesten mucho entusiasmo para asumir esa defensa.

1.14. Relaciones del Convenio con otros instrumentos internacionales

La OIT viene participando en las reuniones de verano del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas (UNWGIP), en Ginebra. También ha contribuido en el proyecto de instrumento interamericano sobre derechos indígenas de la OEA.

1.15. Influencia del Convenio sobre los sindicatos

El Convenio ha ayudado a algunos sindicatos a reflexionar y redefinir sus relaciones con los pueblos indígenas y tribales, que hasta hace poco era tenue. En algunos casos, los sindicatos han formulado denuncias por incumplimiento de los convenios 107 y 169, siendo destacable el supuesto de la hoy Unión Internacional de Alimentos, Agricultura, Hotel, Restaurantes y Aliados, por el rol fundamental que tuvo su denuncia del trato inclemente al que el Gobierno de la India -signatario del Convenio 107- sometía a los Adivasi, en el marco de la construcción del proyecto de energía Sardar Sarovar.

1.16. Otros convenios de la OIT importantes para los pueblos indígenas y tribales

Sobre trabajo forzoso (n° 29); sobre discriminación (empleo y ocupación) (n° 111); sobre organizaciones de trabajadores rurales (n° 141); sobre desarrollo de los recursos humanos (n°142); sobre las plantaciones (n°110); sobre la edad mínima (n° 138).

Nota de la Secretaría:

a) el Convenio 169 se encuentra en vigor desde el 5-9-1991, y ha sido ratificado, hasta el 20-5-1998, por Bolivia, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay y Perú;

b) el informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (68a. reunión, Ginebra, 27 de noviembre al 12 de diciembre de 1977) expresa, respecto del Convenio 169, la recepción de la primera memoria del Gobierno del Perú, de una reclamación de la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) por inobservancia del Convenio por parte de dicho Gobierno, que fue declarada admisible por el Consejo de Administración (noviembre de 1977), y el envío de una solicitud relativa a ciertos puntos al Paraguay; y

c) en cuanto al Convenio 107, dicha Comisión de Expertos, en lo que atañe a la República Argentina, manifestó:

I. que toma nota de los comentarios enviados por la Asociación de Trabajadores para la Educación del Neuquén (febrero de 1996), comunicada al Gobierno en marzo de 1996, donde se alega la falta de reconocimiento de tierras tradicionales de las comunidades mapuches y la consiguiente orden de desalojo por usurpación de tierras, y que lamenta comprobar que no se ha recibido ninguna información del Gobierno en relación a estos alegatos;

II. que comprueba que no ha recibido la memoria del Gobierno, por lo que se ve obligada a reiterar una observación anterior (en esta observación, la Comisión advirtió:

1. que la breve memoria del Gobierno había llegado demasiado tarde para poder ser examinada y que recordaba que en otra observación anterior había señalado a la atención el hecho de que durante algunos años las memorias del Gobierno casi no incluían información sobre la aplicación práctica del Convenio;

2. que tomaba con interés la ley 24.071 que autorizó la ratificación del Convenio 169, pero que, al no haber recibido todavía el instrumento de ratificación, solicitaba al Gobierno que se le mantenga informada de sus intenciones a este respecto;

3. que tomaba con interés la reforma constitucional relativa al art. 67, inc. 15 (*supra* mencionada) y que, puesto que las provincias tienen facultades concurrentes en la materia, solicita al Gobierno que le suministre información sobre toda medida concreta adoptada o prevista con objeto de aplicar esta disposición constitucional;

4. que advertía que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas todavía no ha comenzado a funcionar;

5. que tomaba nota de que diversas provincias habían adherido a la ley 23.302 sobre política indígena y apoyo a las comunidades indígenas, y determinadas provincias habían adoptado su propia legislación en la materia, por lo que tomaba nota de que el Gobierno solicitará a las provincias copia de esa legislación para su envío a la OIT; y

6. en este contexto, la Comisión tomaba nota de la información comunicada al Gobierno indicando que algunas legislaciones provinciales pueden no estar en conformidad con la ley 23.302 ("Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones", Informe III (Parte 1A), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1998, pp. 497 -para el punto c- y 339 -para el punto d-).

2. Antecedentes legales nacionales

2.1. Respeto por la diversidad

En los últimos años, varios países han introducido importantes cambios a nivel constitucional, que reconocen el carácter multiétnico y pluricultural de sus sociedades:

Bolivia: en la reforma constitucional de 1994, se reconoce a los pueblos indígenas, y se establece que la nación tiene un carácter multiétnico y pluricultural.

Colombia: el art. 7 de la nueva Constitución de 1991, establece que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

México: una enmienda introducida en 1991 al art. 4 de la Constitución, reconoce que la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas.

Perú: en la Constitución de 1993 el Gobierno reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación peruana. También preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país.

Paraguay: la Constitución adoptada en 1992 reconoce la existencia de los pueblos indígenas, como grupos cuya cultura existió antes de la creación del Estado de Paraguay. También establece el derecho de los referidos pueblos a desarrollar su identidad étnica en su respectivo hábitat.

Dinamarca: la Ley de Autonomía de Groenlandia de 1978 reconoce la posición excepcional que Groenlandia ocupa desde el punto de vista nacional, cultural y geográfico en el reino de Dinamarca.

2.2. Autogobierno, participación y consultas

Bolivia: el 20 de abril de 1994, se promulgó la Ley de Participación Popular. El art. 3 especifica que las Organizaciones Territoriales de Base (OTB) son sujetos de participación popular. Las OTB incluyen, entre otros, a los pueblos indígenas organizados de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. En virtud de esta ley, los pueblos indígenas o sus autoridades pueden ejercer funciones de administración pública. Por otra parte, la Secretaría Nacional de Asuntos Étnicos de Género y Generacionales y la Confederación de Pueblos Indígenas del Oriente de Bolivia (CIDOB) firmaron un convenio de coordinación el 18 de abril de 1994, por medio del cual dicha Secretaría se compromete a consultar al Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas, compuesto por un representante de cada grupo étnico, sobre cualquier plan de acción, proyecto o programa en estas regiones.

Colombia: la Constitución garantiza la representación indígena en el Congreso. El art. 171 de la Constitución estipula la elección de dos Senadores indígenas elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. Sólo pueden ser candidatos para esta representación las personas que antes ocuparon un cargo de autoridad dentro de sus comunidades o que hubieran sido líderes de alguna organización indígena.

Noruega: en 1987, el Parlamento Noruego (*Storting*) resolvió establecer un órgano directo nacional representativo de los Sami, el *Sameting* o Parlamento Sami, compuesto de 39 representantes elegidos en una elección general, en los 13 distritos que en conjunto abarcan todo el país. El *Sameting* se eligió por primera vez en 1989. Todos los mayores de 18 años que se consideran Sami, y cuyos padres o abuelos hablan el Sami como lengua materna, tienen derecho a participar en las elecciones parlamentarias Sami. Los individuos se inscriben en el registro electoral de acuerdo con estos requisitos. Las tareas del *Sameting* están establecidas en una ley especial relativa al *Sameting* y otros reglamentos Sami. En ella se dice, por ejemplo, que el área de actividades del *Sameting* se extiende a todas las cuestiones que, en opinión de la Asamblea, conciernen al pueblo Sami en particular. Por iniciativa propia, el *Sameting* puede tratar asuntos y hacer declaraciones respecto a cualquier cuestión dentro de su área de competencia. Por propia iniciativa también puede plantear asuntos a las autoridades públicas y a instituciones privadas. El *Sameting* pone especial empeño en las industrias básicas de los Sami, como la crianza del reno y la pesca. Hasta el momento, el *Sameting* había sido sólo una autoridad consultiva, pero ahora administra directamente la

mayoría de las medidas que se han establecido en los últimos 10 ó 15 años para impulsar la cultura Sami. El *Sameting* es un órgano de supervisión, tanto a nivel formal como a nivel político, que vigila el cumplimiento de las disposiciones administrativas relativas a los Sami.

Antes de someterla a consideración de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, el Gobierno de Noruega envió al Parlamento Sami, para recibir sus comentarios, su última Memoria sobre la aplicación del Convenio 169. Estos comentarios son parte integral de la Memoria del Gobierno, en el marco de un acuerdo entre el Gobierno de Noruega y el Parlamento Sami. Se estableció esta cooperación como un proceso permanente de consulta, a fin de asegurar la incorporación de las opiniones del Parlamento Sami en la Memoria sobre el citado Convenio. El Parlamento Sami expresó su voluntad de establecer un diálogo informal con la Comisión de Expertos de la OIT, juntamente con el Gobierno de Noruega, a fin de facilitar la aplicación del Convenio. El Gobierno declaró que comparte el deseo de facilitar así la aplicación de dicho instrumento, convencido de que la cooperación abierta entre los gobiernos y los representantes de las organizaciones indígenas puede contribuir efectivamente a la promoción internacional de los derechos y las culturas de los pueblos indígenas, y por tanto, el Gobierno apoya totalmente las sugerencias de propiciar un diálogo suplementario.

En Noruega, el Fondo Sami de Desarrollo (SDF) se estableció de conformidad con una decisión parlamentaria del 24 de octubre de 1975. Desde 1989, el Parlamento Sami, y su órgano subsidiario, el Consejo de Comercio Sami, administran directamente dicho Fondo. El SDF otorga subsidios a las *duodji* (artesanías Sami) y a los trabajos de publicación Sami, y administra becas para la juventud Sami. No sólo los Sami se benefician de estos fondos; independientemente de aspectos étnicos, la gente de ciertas áreas puede solicitar las becas del SDF. Alrededor del 38% de los proyectos que recibieron apoyo del Fondo de Desarrollo Sami, estaban relacionados con industrias primarias como la agricultura (23%) y la pesca (12%). Aproximadamente el 56% del monto total se utiliza para financiar proyectos para las industrias tradicionales Sami, incluyendo ayuda a los proyectos de artesanías Sami. Las áreas de cobertura del Fondo son los distritos habitados en su mayoría por los Sami. Este apoyo aunque se justifica étnicamente, se proporciona por razones prácticas y políticas sin discriminaciones de orden étnico.

Dinamarca: de acuerdo con la Ley de Autonomía de Groenlandia de 1978, la Autoridad Autónoma de Groenlandia está constituida por la Asamblea electa por el pueblo de Groenlandia, el *Landsting*, y por un Ejecutivo, el *Landsstyre*, que es electo por el *Landsting*. La Asamblea tiene facultades legislativas sobre cualquier materia, salvo aquellas relacionadas con la Constitución, política exterior, defensa, sistema judicial y moneda; materias que continúan todavía bajo la responsabilidad del reino de Dinamarca.

2.3. Derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre la tierra y los recursos naturales

Bolivia: el Gobierno reconoce los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales de superficie en las tierras que éstos ocupan o poseen (a través de decretos Supremos de la Presidencia relativos a los territorios indígenas, y los arts. 153 de la Ley Forestal y 171 de la Constitución de 1994). Los territorios otorgados a diversos pueblos indígenas del Chaco, Amazonía, y Llanos orientales han sido calificados, a raíz de las demandas de los propios indígenas, como inalienables, indivisibles, imprescriptibles e inembargables. Estas demandas surgieron en el contexto de la Marcha por el Territorio y la Dignidad realizada por más de un millar de indígenas, desde Trinidad (departamento de Beni) a la Paz en 1990. Varios de los territorios indígenas son de carácter multiétnico, abiertos en términos de su composición (ya que pueden estar habitados por diferentes grupos indígenas) y de acceso (ya que otros grupos pueden usar los recursos tradicionales de éstos aunque no residan en dichos territorios); esta disposición se refiere a los grupos que tradicionalmente tenían acceso a estas áreas. Los procedimientos de transmisión de los derechos sobre las

tierras, incluyendo los modelos de uso y distribución de las tierras entre las comunidades indígenas, dependen de las costumbres y tradiciones de cada comunidad.

La Ley del Medio Ambiente, del 27 de abril de 1992, garantiza los derechos de los pueblos indígenas a participar en el uso, manejo y conservación de los recursos naturales renovables localizados en sus tierras. El Gobierno debe crear los mecanismos y procesos que permitan a los referidos pueblos ejercer estos derechos. Es obligatorio realizar estudios de evaluación del impacto ambiental antes de ejecutarse cualquier proyecto que pueda afectar directa o indirectamente a las comunidades indígenas.

El decreto supremo n° 23.107, del 9 de abril de 1992, estableció “Los Guardias Forestales Indígenas” (GFI). Integrados exclusivamente por miembros de las comunidades indígenas, funcionan bajo la supervisión directa de las comunidades indígenas.

Su tarea principal es vigilar y proteger los territorios indígenas como propiedad común, defender y preservar los recursos naturales dentro de estos territorios, orientar y apoyar la conservación y uso sustentable de los recursos naturales por parte de la comunidades, y confiscar todos los recursos forestales que son extraídos ilegalmente, custodiando los productos y especies confiscados. El decreto establece que el 80% de los recursos provenientes de la venta de los bienes confiscados y multas serán destinados a las comunidades y el resto a los guardias forestales indígenas. Los GFI actúan en nombre del Estado y las credenciales son otorgadas por el Secretario de Asuntos Etnicos de Género y Generacionales.

Colombia: la Constitución de Colombia de 1991 fue la primera en el mundo en articular el concepto de derechos territoriales para los indígenas y en especificar la naturaleza de los derechos indígenas en cuanto a autogobierno y el manejo de sus recursos naturales. Los territorios indígenas son reconocidos como entidades territoriales indígenas, en pie de igualdad con los departamentos y los distritos (art. 286). Además, los consejos temporalmente responsables por el manejo de los territorios indígenas, tienen las obligaciones de asegurarse de que se respeten las leyes relativas al uso de la tierra en estos territorios, salvaguardando la preservación de los recursos naturales, promoviendo la inversión pública y asegurando que ésta se ejecute de conformidad con la ley. En Colombia, los derechos de propiedad y de posesión de la tierra se reconocen en la reservas y resguardos, de los cuales existen alrededor de 250. El art. 286 cit. trata de las entidades territoriales, que tendrán su propio sistema administrativo y político, abarcando distritos, municipalidades, provincias y territorios indígenas, tales como las reservas y resguardos. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, que regulará y demarcará las entidades territoriales está en discusión (art. 329 de la Ley Fundamental).

Los arts. 63 y 329 de la Constitución afirman que los resguardos son imprescriptibles, inembargables e inalienables. La creación de los resguardos ha asegurado los derechos de los grupos nómadas a utilizar tierras que no son exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las cuales han tenido acceso para el desarrollo de sus actividades tradicionales de subsistencia. La explotación de los recursos renovables, de acuerdo al Código Minero, es una prioridad para las comunidades y habitantes de la región donde se encuentran. El art. 330 constitucional estipula que cualquier explotación de los recursos naturales en territorios indígenas debe realizarse sin dañar la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, y que el Gobierno debe asegurar la participación de los representantes de las comunidades en la toma de decisiones.

México: el ejido y la comunidad son sistemas de tenencia de tierras que prevalecen entre los pueblos indígenas de México. La reciente enmienda del art. 27 de la Constitución permite la privatización de las tierras bajo el régimen del ejido y de las comunidades, si las comunidades indígenas así lo deciden, y también establece la protección de la propiedad e integridad de sus tierras. De acuerdo a la nueva Ley Agraria que reglamenta el art. 27 cit., solamente la asamblea general de la comunidad tiene el poder de decidir si las tierras del ejido o de las comunidades deben transformarse en propiedad privada. Existen unas 2.000

comunidades indígenas legalmente reconocidas, que controlan unos 16 millones de hectáreas de tierra, alrededor del 8% del territorio nacional.

Noruega: respecto al medio ambiente, el Ministerio de Cultura de Noruega ha encomendado al Consejo Regional, responsable de administrar las tierras de la Corona en Finnmark, a pedir la opinión del Parlamento Sami antes de tomar cualquier decisión sobre los proyectos de uso de la tierra. Los distritos donde se desarrolla la crianza del reno tienen la prioridad legal de ser consultados, tienen derechos a ser compensados y, en caso de daño económico, pueden incoar un juicio ante los tribunales, si consideran que un proyecto es inadmisibles.

2.4. Derecho laboral e iniciativas de formación

Colombia: la ley del Sistema de Seguridad Social integral establece que las personas indígenas de 50 o más años de edad que residen en sus propias comunidades, deberán recibir un subsidio equivalente al 50 % del sueldo mínimo legal vigente.

México: se han desarrollado cursos de capacitación en derecho laboral en las comunidades indígenas de donde proviene una alta proporción de los trabajadores migrantes, a fin de explicarles sus derechos laborales.

Noruega: en Tysfjord (Nordland), se estableció un proyecto cuyo objetivo es otorgar a los participantes un Certificado de Trabajo Artesanal (*duodji*), para iniciar su propia producción en este área. En las instituciones públicas que están bajo la jurisdicción de la Ley de Idiomas, cobra especial importancia la necesidad de auxiliar y dar prioridad a la enseñanza del idioma Sami. Este es un derecho que tienen los empleados de tales instituciones, sean o no Sami, de acuerdo con la Ley Sami (*Sami Act 2*), capítulo 3, sobre dicho idioma.

2.5. Educación y cultura

Bolivia: La Reforma Educativa, adoptada en 1994, ha implicado la incorporación de valores culturales a fin de lograr una educación pluricultural. Se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar en la planificación y ejecución del sistema educativo y a recibir la educación en su propio idioma. Con la participación de varias organizaciones indígenas del Oriente, del Chaco y de la Amazonía, se está formulando un proyecto por medio del cual se estableció en Tumichucua (Riberalta, departamento de Beni) un centro de formación a fin de capacitar a maestros bilingües e impartir cursos de educación vocacional. El pueblo Guaraní inició otro programa con el objeto de preparar material educativo bilingüe para los tres primeros años escolares, y el currículo incorpora un mínimo de historia y cultura propia. Este trabajo se realiza en coordinación con la Asamblea del Pueblo Guaraní, el Ministerio de Educación y Cultura, UNICEF y un organismo no gubernamental.

Colombia: el art. 10 de la Constitución prevé la educación bilingüe en las comunidades indígenas. Se oficializa el idioma de estos pueblos en sus territorios. Los estudiantes indígenas confrontan serios problemas al tratar de ingresar a una universidad por las limitaciones financieras. La Universidad Nacional de Colombia (Bogotá) ha decidido asignar el 2% de las plazas para candidatos indígenas quienes se comprometen a regresar a sus comunidades al finalizar sus estudios.

México: se han preparado textos escolares para niños indígenas, en diversas lenguas indígenas. Se han iniciado programas bilingües y biculturales a nivel de educación primaria, existiendo la opción de aplicar sólo programas en castellano si así lo prefiere alguna comunidad. Para contrarrestar los problemas de falta de personal, se han establecido programas de capacitación, actualización y puesta al día de promotores, es decir, trabajadores de la comunidad que tienen educación secundaria. En 1991, unos 26 grupos indígenas diferentes, sumando unos 33.000 niños entre 10 y 14 años de edad, se beneficiaron de los programas de alfabetización, en tanto que los 10 grupos indígenas residentes en los estados

más pobres del país se beneficiaron con el Programa de Educación inicial para los Niños Indígenas.

Noruega: la cultura Sami está protegida por una serie de disposiciones reglamentarias. El idioma Sami se puede utilizar como lengua administrativa en 6 municipalidades con la mayor concentración de población Sami. Los tribunales están obligados a utilizar el Sami durante el período de pruebas y a lo largo del proceso. El idioma Sami puede usarse como idioma de instrucción y también se puede enseñar como una asignatura en el programa escolar. El Gobierno otorga asistencia financiera (becas) a los estudiantes Sami y se ha establecido una Universidad Sami (*Sami College*).

2.6. Actividades a través de las fronteras

Noruega: el Consejo Nórdico Sami, fundado en 1956, es el organismo más importante de cooperación Sami a través de las fronteras nacionales. Los Sami residen en Finlandia, Noruega, Rusia y Suecia. El Consejo Nórdico Sami está abocado, entre otras cosas, a realizar un programa de investigación sobre educación a nivel superior/universitario, y también está redactando el Convenio Sami. El propósito de dicho Convenio es trascender el manejo de asuntos relacionados a las comunidades Sami, como por ejemplo el uso del idioma, la cultura y las características nacionales, a través de las fronteras nacionales. Además de este Consejo, el pueblo Sami cuenta con varias instituciones interregionales tales como el Instituto Nórdico Sami, establecido desde 1973 (entidad dedicada a la investigación Sami), la Universidad Sami (abierta en 1989), la Biblioteca Sami establecida en Korasjoken en 1961, el Centro de Artes Sami y varios museos.

Cooperación ártica: la Conferencia Circumpolar Inuit (ICC) es una organización internacional que representa a alrededor de 115.000 Inuit que viven en las regiones árticas de Alaska, Canadá, Chukotka en la Federación Rusa y Groenlandia. Fundada en 1977, se propone: 1) reforzar la unidad de los Inuit de la región; 2) promover sus derechos e intereses; 3) estimular su mayor autosuficiencia; 4) asegurar el desarrollo de sus culturas; y 5) desarrollar y promover políticas de largo plazo para la salvaguarda del medio ambiente ártico.

Los gobiernos de Canadá, Dinamarca, Finlandia, Islandia, la Federación de Rusia y los Estados Unidos de América, están negociando el establecimiento de un Consejo Artico para la promoción de consultas y cooperación entre ellos sobre temas vinculados al ártico. La ICC, el Consejo Sami y la Asociación de los Pueblos Indígenas de Rusia, participarían en los trabajos del Consejo en calidad de observadores permanentes, con miras a asegurar que, en las deliberaciones del Consejo, queden reflejadas sus aspiraciones y preocupaciones.

Nota de la Secretaría:

El art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional (Argentina), según la reforma de 1994, dispone: “Corresponde al Congreso:... Reconocer la existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

3. Antecedentes jurisprudenciales latinoamericanos

3.1. Las normas internacionales

3.1.1. Guatemala

Ref.: Constitucionalidad del Convenio OIT 169.

Antecedentes del caso: previo a la aprobación del Convenio OIT 169, el Congreso de la República solicitó opinión consultiva a la Corte de Constitucionalidad sobre la congruencia de las normas de aquél con la Constitución.

Sentencia:

1. El Convenio 169 se separa del Convenio OIT 107 en cuanto éste se fundamentaba básicamente en la teoría ya superada de la “integración social” de los pueblos indígenas y tribales, o sea, la que mediante acciones paterfamilias trataba de lograr su asimilación e incorporación. Por el contrario, el Convenio 169, por una parte, promueve el “respeto” a la cultura, religión, organización social y económica y a su identidad propia como pueblos, lo que ningún Estado democrático de derecho o grupo social puede negarles. Y, por otra parte, incorpora el mecanismo de la “participación” y consulta con dichos pueblos.

2. La Constitución reconoce el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno (art. 46). Dicha supremacía debe entenderse como un reconocimiento de la Constitución a la evolución en materia de derechos humanos, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico interno aquellas normas que superen el reconocimiento explícito de los derechos que ella posee, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso o recepción a la legislación nacional se daría, por lo tanto, no por vía del art. 46, sino por la del art. 44: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”.

3. De manera preliminar puede afirmarse que el Convenio 169, no contraviene la Constitución, ya que no regula ninguna materia que colisione con aquélla.

4. De conformidad con el art. 66 de la Constitución, Guatemala debe reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones, organización social, uso de trajes, idiomas y dialectos de los pueblos indígenas, cuyo fin es mantener los factores que tienden a conservar su identidad, entendiéndose ésta como el conjunto de los elementos que los definen y, a la vez, los hacen reconocerse como tal.

5. Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, dentro de la unidad del Estado y la indivisibilidad de su territorio.

6. Las normas de la Convención 169 que reconocen derechos comunes a todos los habitantes no contradicen la Constitución.

7. Toda vez que, como lo expresa el Convenio 169, el principio de autodeterminación no es aplicable a los pueblos indígenas y tribales de los “países independientes”, dicho Convenio no atenta contra la unidad ni la integridad territorial de los Estados de los que forman parte los mencionados pueblos.

8. Tampoco violan la Constitución, las normas del Convenio 169 que tienden a asegurar, respecto de los pueblos en cuestión y de sus integrantes: derechos humanos y libertades fundamentales (arts. 3, 4 y 5) y el derecho de participación y de ser consultados (art. 6). Antes bien, son normas que reafirman los principios constitucionales.

9. El Convenio, por un lado, contiene determinadas normas de índole programático, lo que concuerda con el art. 70 de la Constitución, y, por el otro, prevé una aplicación flexible y conforme con los derechos fundamentales definidos en el sistema jurídico nacional e internacional, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país (v.gr. arts. 7, 8, 9, 10).

10. Tampoco el texto convencional vulnera el derecho de igualdad reconocido en la Constitución, según la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, pues al encontrarse los sujetos que integran un pueblo en desiguales circunstancias que los que forman otros sectores de la sociedad, pueden ser tratados en forma diferente sin que ello viole el art. 4 de la

Constitución.

11. La Parte II del Convenio 169 -arts. 13 al 20- regula lo relativo a las tierras. Cabe afirmar que la obligación de los Gobiernos de respetar la importancia especial que para las culturas reviste su relación con las tierras o territorios, así como el hecho de reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, se encuentra concurrente con los arts. 66, 67 y 68 de la Constitución.

Por otro lado, los procedimientos relativos a las reivindicaciones de tierras deberán adecuarse al marco del sistema jurídico nacional (art. 14.3 del Convenio 169).

12. El concepto "territorio" (art. 13 del Convenio) cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera y no debe dársele otra acepción.

13. La Parte III del Convenio 169 relativa a "Contratación y Condiciones de Empleo" es acorde con el art. 69 de la Constitución, entre otros, y no contiene ninguna discriminación ni limitación a los derechos allí reconocidos a los trabajadores, y, si así fuera, sería nulo conforme al art. 106 de la Constitución.

Si el Convenio 169 otorgara derechos adicionales o más beneficiosos al trabajador, éstos serían aplicables pues los consignados en la Constitución son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo según el art. 102 de la Constitución, cuyo inciso t) preceptúa que los establecidos en Convenios y tratados internacionales en los que el Estado participe, referentes a asuntos de trabajo y que concedan a los trabajadores mejores protecciones o condiciones, se considerarán como parte de los derechos mínimos de que gozan los trabajadores guatemaltecos.

La Parte IV del Convenio 169 ("Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales"), trata de lograr condiciones de igualdad para los miembros de las comunidades indígenas, propiciando las decisiones tendientes a obtenerlas, por lo que con ello no viola la Constitución.

La Parte V ("Seguridad Social y Salud") armoniza con los arts. 98 y 100 de la Constitución.

La Parte VI ("Educación y Medios de Comunicación") coadyuva al cumplimiento del art. 4 de la Constitución, sin lesionar ningún otro de sus preceptos, al tiempo que la previsión acerca de la enseñanza de los niños en sus propias lenguas desarrolla el art. 66 de la Constitución, que contiene la obligación del Estado en cuanto a respetar y promover idiomas y dialectos de los grupos indígenas.

Tampoco se advierten violaciones a la Constitución en las partes VII ("Contactos y Cooperación a través de las Fronteras"), VIII ("Administración") y IX ("Disposiciones Generales").

En suma, el Convenio 169 sólo puede producir las consecuencias favorables que se previeron para promover el respeto a la cultura, la religión, la organización social y económica y la identidad de los pueblos indígenas de Guatemala, así como su participación en el proceso de planificación, discusión y toma de decisiones de los asuntos propios de la comunidad.

Si bien es cierto que las reglas del juego democrático son formalmente iguales para todos, existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de habitantes del país, por lo cual el Convenio 169 se diseñó para remover parte de esos obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales.

Corte de Constitucionalidad, sentencia del 18-5-1998.

3.1.2. Costa Rica

Ref.: Procedimiento de inscripción de las personas como nacionales.

Antecedentes del caso: en el proceso se discutió cuál era el procedimiento adecuado para inscribir como costarricenses por nacimiento a los miembros de una comunidad indígena dado que, por sus costumbres, los nacimientos no se reportan en la misma forma que los demás ciudadanos, y las distancias también les impedían cumplir con el trámite establecido. Para legalizar esta situación, se dictó una ley que les exigió una partida de nacimiento para inscribirlos como costarricenses, o seguir el trámite de naturalización, propio de los extranjeros. Ello dio lugar a que miembros de la comunidad indígena interpusieran un recurso de amparo en el que alegaron que son indígenas descendientes directos de las tribus precolombinas que han habitado Costa Rica y que, al obligarlos a inscribirse como ciudadanos costarricenses a través del trámite de naturalización (lo que los fuerza a declararse extranjeros), se viola el principio de igualdad ante la ley.

Sentencia:

1. En Costa Rica subsisten nueve grupos autóctonos en diferentes “reservaciones” que suman 30.500 habitantes, cerca del 1% de la población nacional. Estos pueblos ocupan 22 mal llamadas reservaciones, término que tiene para ellos una connotación de aislamiento, de encierro, cuando lo más correcto es definirlos como territorios, que abarcan 322.000 hectáreas.

2. El hecho de que una o varias poblaciones autóctonas fueran conquistadas y colonizadas por los españoles y, luego de la independencia, se mantuvieran en condiciones deprimidas, no ha podido crear ningún derecho de las poblaciones dominantes para desconocer los inherentes a la dignidad humana de los indígenas.

Ni el transcurso del tiempo, ni la superioridad numérica, tecnológica o económica, son justificantes para destruir, explotar o deprimir a las minorías, mucho menos tratándose de los más “naturales” de nuestros naturales.

3. Es claro que el proceso de inscribir a una persona como costarricense por nacimiento, que es lo discutido en este amparo, en circunstancias normales, se reduce a una cuestión de prueba. El progenitor, o el propio interesado deben probar que el segundo nació en el territorio nacional, o en el extranjero si el padre es costarricense (incisos 1º, 2º y 3º del art. 13 de la Constitución); o, en el caso de un infante abandonado, que se ignora dónde nació ni quiénes son sus padres (inciso 4º, ídem).

Los recurrentes consideran que por su milenaria cultura indígena, que comprende costumbres nómadas y una concepción de su territorio vital radicalmente diferente a la de la mayoría de los costarricenses, en especial por la ausencia de límites o fronteras y por ende del concepto de propiedad privada propio de algunos pueblos occidentales, tienen el derecho a ser inscritos como costarricenses sin cumplir los requisitos que exige la ley para ello y, además, que no se les aplique la ley n° 7024 que los obliga a inscribirse como extranjeros naturalizados.

Estima la Sala que los recurrentes tienen razón, por cuanto la Constitución Política, el Convenio 169 adoptado por la OIT -aprobado por la Asamblea Legislativa según ley 7316, de 13 de octubre de 1992-, y otras normas y principios del Derecho Constitucional y del Internacional de los Derechos Humanos, reconocen que los indígenas son un grupo social diferente a la mayoría (mayoría en algunos países), al que no pueden aplicarse pura y simplemente los arts. 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y 24 del Reglamento del Registro del Estado Civil, que exigen el requisito de la declaración de una persona mayor de edad que tenga cédula de identidad, con el fin de cumplir el trámite para la inscripción tardía de una persona mayor de diez años, nacida en el país o de padres costarricenses; es decir, que el testigo ya haya sido inscrito como costarricense. Estas normas tienen sentido para circunstancias normales y casos aislados de personas que no fueron

registradas en sus primeros años de vida, pero evidentemente no lo tienen para toda una población que, además, representa una cultura diferente que debe ser reconocida y respetada, como se dijo, y a la cual debe aplicársele la ley desde otra perspectiva completamente distinta, sobre todo a la vista del citado Convenio 169, que es una norma de rango superior a la ley según lo dispone el art. 7° de la Constitución -y sobre el que la Sala emitió opinión consultiva favorable por la sentencia n° 3051/92- y que hoy es ley de la República n° 7316.

Nota a la sentencia: la Constitución de Costa Rica no contiene normas específicas sobre la condición de los pueblos indígenas, de modo que la Sala no pudo citar disposiciones particulares en apoyo de su razonamiento, más que las derivadas, por ejemplo, del principio de igualdad o las relativas al tema más general de la nacionalidad.

Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), sentencia del 21 de abril de 1993.

3.2. Tierra y territorio

3.2.1. Venezuela

Ref.: División territorial. Participación política.

Antecedentes del caso: los actores, miembros de comunidades indígenas, interpusieron acción de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad contra una ley estadual, dictada a consecuencia de una ley del Congreso de Venezuela, relativa a la división político-territorial del Estado Amazonas. Sostuvieron que la norma en juego lesiona, entre otros, el régimen de excepción previsto en el art. 77 de la Constitución, los requisitos para la creación de los municipios y el derecho a la tierra de las comunidades indígenas.

Sentencia:

1. Para decidir el caso no es necesario considerar *in extenso* la argumentación esgrimida por las partes por cuanto, de verificarse una sola razón fundamental concluyente del recurso (*ratio decidendi*) de una de las denuncias, ello sería suficiente para anular el acto.

2. En este sentido, la Corte examina la alegada violación del “derecho a la participación política” en la formación de la ley (acto impugnado), mediante la consulta popular y referendos a las comunidades indígenas.

Se aprecia este derecho por considerarlo de contenido esencial de protección de la comunidad indígena (art. 77 de la Constitución, en concordancia con sus arts. 19, 72 y 109), por ser el derecho a la participación política en una sociedad democrática un principio general de rango constitucional, lo que la doctrina define como gobernabilidad participativa (Preámbulo, penúltimo párrafo, y arts. 2° y 3° de la Carta Magna) y por ser un derecho de las minorías (los indígenas, en el presente caso), susceptibles de la tutela jurídica, conforme al art. 50 de la Constitución, a los grandes tratados y convenciones internacionales sobre los derechos humanos, y a las leyes nacionales y estatales.

3. La participación en los asuntos públicos se considera hoy día como un principio constitucional en la defensa de un interés general, de la comunidad, lo que permite una ósmosis recíproca entre el Estado y la sociedad y una reafirmación de la legitimidad del Poder Público. La participación ciudadana en la formación de una ley por su enjuiciamiento y valoración, antes de su aprobación, permite descubrir los intereses generales de la comunidad y verificar la real respuesta a sus aspiraciones, así como el eficiente cumplimiento a posteriori de su finalidad (la ley, el derecho, pertenecen al mundo del derecho). La acción unilateral legislativa se justifica en la formalidad de su elaboración mas no en su contenido en cuanto a los intereses sociales y públicos. Es entonces a través de la consulta popular en la formación de la ley (sustanciación del procedimiento mediante mecanismos consultivos formales, e

informativos) -como lo exige el caso sub júdice-, que el derecho a la participación política se verifica.

El art. 77 de la Constitución prevé que “la ley establecerá el régimen de excepción que requiere la protección de las comunidades de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación”. Asimismo, el art. 8° de la Ley Especial que eleva a la Categoría de Estado al Territorio Federal Amazonas dispone: “Las comunidades y pueblos indígenas serán respetadas en sus culturas, lengua y tradiciones, así como en la forma de tenencia y uso de las tierras que ocupan, atendiendo al régimen constitucional de excepción”.

Las mencionadas disposiciones, entre otras, constituyen el marco obligante de una ley de división político-territorial, y así lo reconoce el mismo acto impugnado en sus considerandos respecto a las características de excepción en cuanto a los aspectos demográficos, indigenistas, ambientalistas, geográficos e históricos.

4. Ahora bien, tales presupuestos de la mencionada Ley Especial, se reitera, requieren de la participación ciudadana-política. En este sentido, el art. 25 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prevé el derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Disposiciones similares se encuentran en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 21), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 20) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 23), instrumentos formales de derecho, ratificados por Venezuela y que forman parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano.

5. La Corte observa que en el presente caso no se demostró el cumplimiento cabal de la normativa en cuanto a la participación ciudadana, restándole al acto impugnado la legitimación originaria conferida por la consulta popular. Alegan los oponentes al recurso intentado que fueron consultados los órganos oficiales, como el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y el Servicio Autónomo Ambiental de Amazonas, y se recibieron observaciones de diferentes organizaciones indígenas; asimismo, antes de la promulgación de la ley, el Gobernador explicó a la organización Regional de Pueblos Indígenas las razones de aquélla.

Estima la Corte que este procedimiento constituye una expresión tímida e insignificante del derecho constitucional de participación ciudadana en la formación de la ley. Tal participación debe manifestarse antes y durante la actividad legislativa y no tan solo en el momento de su promulgación por parte del Gobernador del Estado. Por otra parte, el hecho que se consultaron los referidos organismos nacionales (actuación idónea) no exime la obligatoriedad de cumplimiento de la consulta popular sobre todo en una materia en la cual está involucrado el régimen de excepción de las comunidades indígenas (de rango constitucional), el carácter multiétnico y pluricultural, la biodiversidad, la cultura, religión y lengua propia de las comunidades indígenas, el derecho a la tierra que respecto a dichas comunidades es de interés social e inalienable, en definitiva, la “organización municipal” (como lo es el acto impugnado) constitutivo del marco institucional de tales realidades preexistentes, permanentes y objetivas.

6. La participación es un fenómeno de la vida democrática, que al manifestarse antes de dictarse la norma, instruye a la autoridad sobre los intereses legítimos y necesidades de la comunidad y produce, a posteriori, consecuencias positivas, que se revelan en el respaldo democrático de su aplicación.

La participación ciudadana constituye una forma de expresión política que, en el caso de las comunidades indígenas, cobra una relevancia especial, en el contexto del régimen de excepción previsto en el art. 77 de la Constitución y en el ámbito de los derechos humanos de las minorías, específicamente, los indígenas.

La Corte precisa que mediante la participación ciudadana, la minoría indígena (que tal estatus tiene, conforme al censo de 1992 -44% de la población- de dicho Estado), identificable como grupo, ejerce, efectivamente, sus derechos relacionados con sus

tradiciones y costumbres, características étnicas, religiosas o lingüísticas (reconocidas en el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Ilustrativo para el presente caso, en cuanto al derecho de participación de los indígenas en el desarrollo de su identidad y de participación en la ordenación territorial, lo constituye la normativa constitucional en el derecho comparado, como es el caso de los arts. 329 y 63 de las Constituciones de Colombia y Paraguay, respectivamente.

Más aún, su participación debe ser considerada con especial atención, en vista de que los indígenas constituyen uno de los grupos sociales más expuestos a la violación de sus derechos humanos, por sus condiciones socio-económicas, y aislamiento, por cuanto en su hábitat intervienen intereses distintos y a veces contrarios a los legítimos derechos de la población autóctona, porque, lamentablemente, la historia de la humanidad evidencia un largo y triste padecer de las minorías, en algunos casos, por el desconocimiento de sus legítimos derechos, en otros, por la cultura del odio y el perjuicio.

7. Es entonces, en este contexto, que los derechos humanos de los indígenas, cobran mayor fortaleza, y esta Corte así lo reconoce expresamente. Asimismo precisa el Alto Tribunal, que la lesión de los derechos humanos de las minorías no les atañe sólo a esas comunidades sino a la Nación entera, en virtud de la solidaridad y protección de los intereses superiores del gentilicio venezolano (arts. 57 y 51 de la Carta Magna).

8. Según lo expuesto, se circunscribe, la presente decisión a la “lesión constitucional” de los derechos de las minorías, previstos en la Carta Magna y en los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, situación que permite, con fundamento en el art. 46 del Texto Fundamental: “Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo”, anular el acto impugnado, en sus disposiciones lesivas de los mencionados derechos.

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5-12-1996.

3.2.2. Colombia

Ref.: Explotación de los recursos naturales. Participación política. Medidas cautelares. Suspensión del acto administrativo.

Antecedentes del caso: el Ministerio del Medio Ambiente otorgó una licencia ambiental a una empresa, a fin de adelantar exploraciones sísmicas para constatar la existencia de yacimientos petroleros en una zona en la que se encuentran resguardos indígenas y parques naturales, sin cumplir con el requisito de participación y consulta a la comunidad indígena que habita la zona en cuestión. La parte actora -Defensor del Pueblo- inició, entonces, una acción de tutela y planteó demanda de nulidad contra la Resolución, con base en que violaba los siguientes derechos constitucionales de la minoría étnica indígena: derecho a las minorías étnicas (art. 7); derecho al territorio (arts. 286, 329 y 357); derecho a la autodeterminación (art. 330); derecho a la lengua (art. 10); derecho a la cultura étnica (arts. 70, 95.8 y 72); derecho a seguir viviendo; derecho a la participación social y comunitaria (arts. 40 y 75). El juez de Primera Instancia concedió la tutela en forma transitoria, afirmando que la Resolución era inaplicable mientras no se cumpliera el mencionado proceso de consulta. Esta decisión fue revocada en Segunda Instancia, que declaró la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. El caso, finalmente y en lo que hace a la acción de tutela, llegó a conocimiento de la Corte Constitucional.

Sentencia:

1. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y

aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios.

El constituyente previó en el parágrafo del art. 330 una fórmula de solución al anotado conflicto de intereses al disponer: “la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

2. La Constitución en diferentes normas alude a la participación ciudadana que ofrece diferentes modalidades (preámbulo, arts. 1, 2, 40, 79, 103, entre otros). Por lo tanto, la única forma de participación no es la política.

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

3. El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40.2 de la Constitución) tiene un reforzamiento en el Convenio 169 (OIT), aprobado por ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.

Diferentes normas del mencionado Convenio apuntan a asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios, como es el caso de los arts. 5, 6, 7 y 15.1.

4. Con fundamento en los arts 40.2 y 330 de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, y los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; b) que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; c) que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses, y pronunciarse sobre la

viabilidad del mismo.

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales.

5. La acción de tutela y la suspensión provisional del acto administrativo no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios.

Por ello, una es la perspectiva de juez contencioso administrativo sobre la viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que debe fallar en definitiva el asunto.

Por ende, es posible instaurar la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irreparable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo en la acción contenciosa administrativa.

Además, la acción de tutela prevalece sobre la acción contenciosa administrativa y no puede quedar anulada o limitada por la circunstancia de que la jurisdicción contencioso administrativa se haya pronunciado adversamente sobre la petición de suspensión provisional, porque la una y la otra operan en planos normativos, fácticos, axiológicos y teleológicos diferentes.

6. En el caso el perjuicio irremediable que se pretende evitar consiste en que al ejecutarse la Resolución se violaría en forma permanente el derecho fundamental de participación de la comunidad, a través de la consulta, e, indudablemente, se estaría transgrediendo, o por lo menos amenazando, el derecho igualmente fundamental que tiene la mencionada comunidad a su identidad étnica, cultural, social y económica, pues es evidente que la vulneración de los señalados derechos no se entenderá superada mientras no se lleve a cabo dicha consulta. Además, dicha irremediabilidad radica, adicionalmente, en que de resultar positiva la labor exploratoria, la fase siguiente es la explotación, que se desarrollaría sin mayores inconvenientes, con desconocimiento de los aludidos derechos fundamentales y con el evidente peligro de afectación grave de la integridad de la comunidad en juego (U'wa).

La eventual nulidad que llegare a decretar el Consejo de Estado no tendría la virtualidad de restablecer el perjuicio que se está causando y se causaría.

7. En consecuencia, cabe confirmar la sentencia que concedió la tutela impetrada, y ordenar que en el término de 30 días hábiles se efectúe la consulta a la comunidad U'wa. La tutela estará vigente mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncia en relación con la nulidad de la Resolución (para lo cual la mencionada comunidad deberá demandar dicha nulidad, si es del caso).

Corte Constitucional, sentencia del 3-2-1997.

3.3. Propiedad y posesión

3.3.1. Panamá

Ref.: Propiedad colectiva. Enajenación.

Antecedentes del caso: el licenciado L.H.D. interpuso acción para obtener la declaratoria de inconstitucionalidad de la palabra “colectiva”, contenida en varias disposiciones de la ley que regula el régimen de propiedad colectiva de las organizaciones campesinas e indígenas. Según el actor, tales disposiciones contrarían la Constitución en tanto prohíben a los integrantes de dichas organizaciones acceder a la propiedad individual, ya que la organización es la única titular de la propiedad, así como porque someten a restricciones la propiedad de los asentamientos campesinos en la medida en que no les permite arrendar ni vender los predios que le haya adjudicado la Nación.

Sentencia:

1. En el sistema constitucional existen tres clases de propiedad: a) la propiedad privada, que está garantizada en el art. 44 de la Constitución; b) la propiedad del Estado, en sentido amplio, a la cual se refieren los arts. 254, 255 y siguientes de la Constitución, y en cuanto a otras modalidades tales como las entidades autónomas, semiautónomas o empresas de utilidad pública, los arts. 281 y 282 de la Constitución. En el plano municipal se refieren a este tipo de propiedad los arts. 243 y 244 de la Constitución; y c) la propiedad colectiva a la cual se refieren los arts. 122, numeral 1°, y 123 de la Constitución.

2. La propiedad colectiva en el ordenamiento constitucional, se prevé para dos casos: a) para las comunidades campesinas en relación con tierras y predios agrarios (art. 122), y b) para las comunidades indígenas a fin de que éstas logren su bienestar económico y social (art. 123).

Es evidente que se trata de un tipo de propiedad distinto tanto de la propiedad privada como de la propiedad del Estado, y la misma Constitución ha previsto que esta categoría de propiedad esté sujeta a un régimen legal diferente del de las otras.

Cuando la Constitución consagra, de manera excepcional, la institución de la propiedad colectiva para las comunidades indígenas y campesinas lo hace en interés de una colectividad, de un grupo social, cuyo bienestar, en cuanto grupo, se quiere preservar. No persigue aquí la Constitución proteger al individuo sino en la medida en que sea parte de un grupo, y es la supervivencia de este último la que se quiere asegurar a través de un tipo de propiedad que le otorgue continuidad a las comunidades indígenas y campesinas.

3. Es evidente que el mencionado propósito de asegurar el bienestar y la continuidad de las comunidades campesinas e indígenas se desvirtuaría si los individuos que integran estos grupos pudieran individualmente disponer de la propiedad colectiva. Igualmente resultaría ilusorio ese objetivo del ordenamiento constitucional, de asegurar el bienestar y la continuidad de comunidades indígenas y campesinas, si éstas pudieran arrendar o vender las tierras que les ha transferido la Nación precisamente para el logro de la finalidad citada.

Hay que enfatizar que el art. 123 de la Constitución, al referirse a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas, establece una prohibición de apropiación privada de las tierras.

4. El art. 287 de la Constitución no debe entenderse en forma aislada cuando dispone que no habrá bienes “que no sean de libre enajenación”, sino que debe entenderse de manera armónica con el resto del ordenamiento constitucional. En este sentido, es evidente que el citado art. 287 es aplicable fundamentalmente a los bienes de propiedad privada y que no se refiere a los bienes de propiedad del Estado ni a los de propiedad colectiva.

Asimismo, el art. 123 de la Constitución señala que las tierras de propiedad colectiva de las comunidades indígenas tampoco pueden ser objeto de apropiación privada, por lo que también son inalienables.

5. Luego, el planteo de inconstitucionalidad debe ser rechazado.

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24-9-1993.

3.3.2. Paraguay

A. Ref.: Medidas cautelares.

Antecedentes del caso: la Comunidad Indígena Potrero Guaraní inició trámites administrativos ante el Instituto de Bienestar Rural a fin de obtener una expropiación de tierras ante el Parlamento y su posterior titularidad. Según manifestaron, son tierras que “pertenecieron a sus antepasados y hoy están en manos de terceros”. Asimismo, dicha comunidad se presentó ante el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, solicitando las medidas cautelares de no innovar y de anotación de litis mientras duraran los trámites administrativos y judiciales de titularidad, con base en que los bosques ubicados en las mencionadas tierras estaban siendo deforestados y depredados, ocasionándole serios perjuicios ya que aquéllos constituyen su principal fuente de alimento. El juez concedió las medidas solicitadas. Posteriormente, el Consejo del citado Instituto resolvió archivar el expediente administrativo atendiendo al hecho de que el Poder Ejecutivo había retirado del Parlamento el Proyecto de Expropiación. En tales condiciones, y a pedido de la Agencia de Cooperación Internacional del Japón, propietaria de las tierras, el juez de Primera instancia dispuso el levantamiento de las medidas cautelares, lo que fue confirmado por el Tribunal de Apelación. En tales condiciones, la representante legal de la comunidad indígena interpuso acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.

Sentencia:

1. Las decisiones de los órganos jurisdiccionales mencionados se fundaron en la convicción del carácter accesorio que generalmente se atribuye a las providencias cautelares. Este carácter relativamente autónomo es el que recoge nuestro Código Procesal Civil en su art. 697, en cuanto establece que tales providencias continuarán “mientras duren las circunstancias que las determinaron”.

Al margen de las gestiones que pudieran o no darse con miras a una posible expropiación, se encuentra el hecho primario y principal de que una comunidad indígena, cuya existencia y ubicación se halla perfectamente precisada en las actuaciones administrativas arribadas, solicitó por vía cautelar ser amparada en su posesión comprobada. Por consiguiente, no hallándose demostrado, en ninguna parte, la variación de tal situación de hecho, mal podría revocarse la providencia cautelar a la que dio origen.

2. Independientemente de ello, sobre el particular la Constitución Nacional es considerada en esta materia, a justo título, la más avanzada de América, y prescribe de manera que no admite duda alguna que “los pueblos indígenas ... son grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado Paraguayo”; de esto se sigue que nadie podría disponer de cuanto legítimamente les pertenece, poder de disposición del que, por tal declaración, carece el Estado paraguayo y es razón suficiente por la que igualmente la Constitución estatuya que “queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el ‘respectivo hábitat’” quedando totalmente vedado disponer del mismo: “Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos” (arts. 62, 63 y 64). En otras palabras, y en función de estos claros mandatos constitucionales, resulta totalmente incongruente que tales previsiones queden al albur de la concreción o no de determinadas actuaciones administrativas.

3. Corresponde, entonces, hacer lugar el recurso de inconstitucionalidad y declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas.

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 14-2-1997.

B. Ref.: Interdicto posesorio.

Antecedentes del caso: el señor T.V.C., en su carácter de Cacique de la Comunidad Indígena “Avá Guaraní”, interpuso juicio civil de interdicto de retener la posesión, contra los señores C.C. y E.B. El juez de Primera Instancia declaró con lugar a la acción, amparando al demandante en la posesión ejercida por él mismo y sus dependientes, con costas a cargo de los demandados. Esta decisión fue recurrida ante el tribunal de alzada.

Sentencia:

1. La Constitución Nacional en su Capítulo V “De los Pueblos Indígenas”, dispone: “Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado Paraguayo” (art. 62).

En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena (art. 63 última parte). Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida ... se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos (art. 64).

El primero es el reconocimiento de un derecho que se garantiza a los pueblos indígenas; el texto constitucional así lo reconoce. El segundo, a no dudarlo, serviría al Juez para lograr una sentencia justa. Es la interpretación que da la buena doctrina y que se extrae del Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas de 1957 de la OIT.

Es decir, que al reconocer la misma Constitución Nacional, la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupo de cultura anteriores a la formación y a la organización del Estado Paraguayo (art. 62), tenemos la obligación de respetar las peculiaridades culturales de ellos y garantizarles el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra y la no depredación de hábitat (arts. 64 y 66).

2. En cuanto al instituto propio de retener la posesión, cabe expresar, por más elemental que sea, que el mismo es la pretensión procesal mediante la cual quien ejerce la posesión o tenencia de una cosa mueble o inmueble, reclama el amparo judicial frente a actos que implican una perturbación potencial o efectiva de aquellas situaciones y, para que proceda, se requiere que quien lo intente se encuentre justamente en la situación descrita precedentemente y que alguien amenace perturbarlo o perturbe en la posesión mediante actos materiales (art. 642 del Código Procesal Civil).

El interdicto para retener la posesión reclama la prueba de la actual posesión por el actor, por cuanto tiende a socorrer contra la perturbación atentatoria a una situación de facto. El citado Código admite la perturbación de derecho.

3. La inspección judicial realizada por el a quo fue determinante, pues en dicha diligencia procesal se consignó con claridad la existencia de signos de la posesión por parte del demandante y vestigios de los actos constitutivos de la perturbación por parte de los accionados.

4. En consecuencia, corresponde confirmar la sentencia recurrida.

Tribunal de Apelación (Primera Sala de la Circunscripción Judicial del Departamento del Alto Paraná y Canindeyú), sentencia del 26-9-1996.

3.3.3. Perú

Ref.: Propiedad colectiva. Derechos del comunero.

Antecedentes del caso: el señor S.B.P. fue elegido Alcalde de la provincia de la Comunidad de Bajo Naranjillo del Departamento de San Martín (Perú); empero debido a su

mal comportamiento con la comunidad y contradecir sus reglamentos, fue expulsado de aquella y desalojado de 71 hectáreas de terreno que ocupaba. S.B.P. denunció, entonces, ante la Fiscalía Penal de turno a tres dirigentes de la comunidad, acusándolos de haber cometido el delito de usurpación.

Sentencia:

1. La existencia del delito contra el patrimonio en su figura jurídica de usurpación, previsto y sancionado por el inciso 2 del art. 202 del Código Penal, materia de la denuncia fiscal, no se encuentra indubitablemente acreditado, pues si es verdad que S.B.P. fue poseionario de una parcela de terreno agrícola de setenta y un hectáreas dentro de los linderos territoriales de la comunidad nativa de Bajo Naranjillo comprensión del distrito de Awajún, también es cierto que dicho bien revertió a favor de la citada Comunidad.

Esto último es así en virtud de haberse producido la expulsión de S.B.P. por acuerdo adoptado por los comuneros con arreglo al art. 89 de la Constitución que prescribe que las comunidades nativas son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras, concordante con la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Región de Selva y Ceja de Selva y el propio Estatuto de la Comunidad. Al producirse la expulsión, el agraviado perdió todos sus derechos de comunero, incluyendo la posesión del terreno que le fue asignado en posesión.

2. Por otro lado, no se encuentra demostrado el accionar violento ni la amenaza, engaño o abuso de confianza de los encausados para despojar de la parcela al agraviado.

3. Consecuentemente, corresponde absolver a los procesados.

Nota de la Secretaría: a) el citado art. 89 de la Constitución expresa: “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”; y b) la Sala Penal de la Corte Superior confirmó la sentencia.

Juzgado Penal Provincial de Rioja, sentencia del 13-12-1995.

3.4. Derecho Indígena y Derecho Estatal

3.4.1. *Paraguay*

A. Ref.: Ley penal aplicable. Ley más benigna. Cuestiones de competencia.

Antecedentes del caso: el señor R.C. de la Comunidad Indígena de “R.T.”, perteneciente a la etnia “Mbya-Guaraní”, fue acusado por el delito de violación, en perjuicio de F.F.V., perteneciente a la misma comunidad. El juez de Paz de la localidad de Yguazú, ante la denuncia de la víctima, ordenó la reclusión preventiva de R.C. en la penitenciaría regional local, decisión que fue recurrida ante el Juzgado de Primera Instancia.

Sentencia:

1. En cumplimiento de la ley 904/81, antes de tomar una decisión jurisdiccional, este juzgado ofició reiteradamente al Instituto Paraguayo del Indígena, a los efectos de que un funcionario altamente calificado se constituya en la comunidad del encausado y verifique si estarían dispuestos a recibir al encausado R.C., a los efectos de que guarde reclusión en la misma.

El viaje hasta la comunidad se llevó a cabo con la presencia del encausado, y del informe respectivo surge que la comunidad del encausado se denomina "R.T.", perteneciente a la Etnia Mbya de la familia lingüística Guaraní.

Por otro lado, llama la atención que pudo verificarse que el conflicto no fue discutido previamente en el ámbito de competencia intracomunitaria pues la supuesta víctima, sobrepasando la autoridad comunitaria, habría derivado el juzgamiento del caso a la justicia ordinaria.

2. Asimismo, de la reunión surge un uniforme relato por parte de los miembros, en el sentido de que el caso de violación no existe, "la acusación fue mentirosa".

Según se desprende del informe del funcionario de la INDI, éste habría recibido la siguiente explicación: "R.C. vivió mucho tiempo en concubinato con la citada mujer y se dejaron, no sé por qué pero R. se casó con otra. Entonces la mujer procuró rehacer las relaciones para enojar a su esposa, es decir la de R. En uno de esos días se les descubrió juntos, y ella salió corriendo. La queja ella debía presentar al Cacique, pero como aquí se la conoce, ella prefirió presentar la queja en el Juzgado". Se habría afirmado de que ella intentó hacer lo mismo con el maestro de la comunidad.

3. Es de conocimiento personal de este juzgador la importancia de la palabra empeñada por un Mbya.

Siendo la palabra manifestación del alma, ella es sagrada. Más aún si ella es pronunciada en una reunión formal y en el bosque la mentira es vergonzosa.

Asimismo, la violación es castigada con pena de muerte. Recuérdese, que atentar contra la libertad sexual es un hecho gravísimo, pues esa sociedad no adolece de los prejuicios occidentales en cuanto a las relaciones sexuales.

Las manifestaciones vertidas dan alto valor indiciario al testimonio recogido por el funcionario del Instituto Paraguayo del Indígena, y es suficiente para revocar el auto de prisión y conceder la libertad al encausado R.C., sin perjuicio de volver a dicha medida si de circunstancias posteriores surgiera mérito para el dictamen de la misma.

4. Por otra parte, el presente proceso es de dudosa legitimidad, ya que la Constitución Nacional establece la validez del derecho consuetudinario indígena para la resolución de los conflictos intracomunitarios.

Recuérdese que tanto el Convenio 107 como el 169 de la OIT, han establecido que los jueces tendrán en cuenta el derecho de los pueblos indígenas en el juzgamiento de las causas donde los mismos fuesen partes. Este criterio de justicia, ya vigente antes de la Ley 904/81, fue acogido en el Estatuto de las comunidades indígenas, haciéndola extensiva no sólo a la materia penal sino a cualquier conflicto de otra naturaleza. Posteriormente, la cláusula fue integrada en el Capítulo V de la Constitución Nacional como eje central del reconocimiento de la pluriculturalidad de la población del Estado paraguayo; se ha obligado el Estado a respetar la cultura jurídica de los pueblos que viven en su territorio y tienen derechos como tales, preexistentes inclusive a su propia creación.

De este modo, el pacto social constitutivo de la República reconoce el derecho consuetudinario como válido en todo lo que no se oponga a los demás metavalores consagrados en la Constitución Nacional. Esto constituye una cláusula que garantiza que el Estado Paraguayo dé plena vigencia a los valores positivos de los pueblos indígenas, sin que el ordenamiento positivo construido por las leyes reglamentarias sea un mecanismo de alienación cultural. La constitución pretende, así, construir la convivencia de nuestros pueblos sobre la base de un diálogo cultural que permita la construcción de la paz fundada en la justicia. Es pues, el reconocimiento de la validez de los mecanismos de redefinición de conflictos intracomunitarios como aspecto del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, un derecho humano fundamental reconocido por la Constitución. Urge una más extensa reglamentación, pero la falta de leyes reglamentarias suficientes no puede ser opuesta a la vigencia del precepto aludido.

5. En mérito de lo expuesto y habiendo sido constatado que el supuesto hecho de

violación se dio en el seno de una comunidad perteneciente al Pueblo Mbya, una de las diecisiete que se hallan distribuidas en las cinco familias lingüísticas que habitan el territorio del Estado, puede sostenerse que el tratamiento de la cuestión planteada debía haber sido efectuada previamente en el seno de la comunidad. Ello, no sólo hubiese sido ajustado a lo establecido por la Constitución Nacional, sino que hubiera sido lo más práctico y conveniente para el descubrimiento de la verdad y el tratamiento adecuado del conflicto a la luz de los metavalores del ordenamiento jurídico.

6. Es conocida la costumbre Mbya de derivar los casos que en el derecho consuetudinario tendrían pena de muerte a la justicia ordinaria, en una natural actitud de los pueblos indígenas de optar por la ley que éstos consideran más benigna, en este caso, la ley escrita sancionada del modo occidental.

En tal sentido, este juzgado consideró prudente mantener abierto el sumario en búsqueda de la verdad real.

Si bien la causa no se encuentra lo suficientemente aclarada como para sobreseerla, urge llamar a testificar al líder de la comunidad "R.T." y solicitar al señor juez de Paz del Distrito de Yguazú si es posible localizar a la víctima para recibir su declaración, elementos a partir de los cuales se podría tomar tal vez una decisión definitiva en cuanto al sumario abierto.

Asimismo, corresponde revocar el auto de prisión preventiva, sin perjuicio de volver sobre dicha medida si circunstancias posteriores lo justificaran.

Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal (Departamento del Alto Paraná y Canindeyú), sentencia del 29-8-1997.

B. Ref.: Ley penal aplicable. Ley más benigna. Prisión preventiva. Competencia.

Antecedentes del caso: los señores C.M. y P.A., pertenecientes a la Comunidad Indígena de Victoriano Kué, fueron acusados por el delito de homicidio, en perjuicio de N.P., que pertenecía a la Comunidad Indígena de Carrería Kué. Los procesados fueron puestos en prisión preventiva, que se extendió por varios años. En la revisión que, según el ordenamiento paraguayo, el juez debe hacer regularmente a un cierto período del proceso, fue dictada la siguiente decisión.

Sentencia:

1. Con los informes realizados, este Juzgado puede entrar a pronunciarse sobre la pertinencia o no de la aplicación de alguna medida cautelar de coerción personal ínterin se sustancie el proceso, y, en el caso de corresponder dicha medida, bajo qué condiciones y en qué sitio debería cumplirse.

2. En tal sentido, el hecho investigado se ha suscitado en el interior de dos comunidades indígenas, que siendo de etnias distintas, pero de la misma familia lingüística, por la presión de la sociedad occidental envolvente y el proceso histórico de negación de sus derechos a la tierra, hoy comparten un reducido territorio en el que desde su perspectiva cultural viven hacinados.

El hecho apuntado anteriormente es significativo, pues ya los Convenios 107 y 169 de la OIT, que integran nuestro derecho positivo, obligan a los Estados a tomar en cuenta el derecho consuetudinario en el juzgamiento de las causas que involucran a indígenas.

Conforme a las disposiciones vigentes del tratado, la cuestión es expresamente establecida para el fuero penal. Asimismo la Ley 904/81 establece la validez de dicho derecho consuetudinario. Por último, debe mencionarse que la Constitución Nacional acogió este principio ubicándolo en la cúspide de la pirámide del orden de prelación de las leyes; efectivamente en el Capítulo Quinto de la Ley Fundamental se estableció como derecho

inalienable de los pueblos indígenas la potestad de regir sus vidas conforme a sus pautas ancestrales.

3. El art. 63 de la Constitución preceptúa que los pueblos indígenas “tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosos al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”.

En la actualidad, existe una laguna en el derecho positivo en cuanto a la reglamentación del precepto Constitucional citado; sin embargo, siendo éste un derecho fundamental no requiere reglamentación para su vigencia. La misma Constitución al reconocer a los pueblos indígenas y definirlos como grupos de cultura anterior a la formación y a la organización del Estado Paraguayo así lo exige; ténganse en cuenta también los demás preceptos constitucionales que rigen esta materia.

4. Por lo expuesto, este Juzgado considera pertinente la aplicación de las normas consuetudinarias, siempre y cuando ellas representen un mayor beneficio para el encausado o condenado. Esto es así, pues siendo tanto el derecho escrito como el consuetudinario, derecho positivo, por principio constitucional debe regir el más beneficioso sin lugar a dudas. En caso de que para integrar la norma exista alguna duda al respecto de lo anteriormente sostenido, ella debe beneficiar a los encausados, conforme al art. 14 del C.P.P.

5. De los informes periciales, las testificales y el acta de constitución del señor Juez de Paz comisionado, puede deducirse que, conforme a sus costumbres, las comunidades afectadas por el hecho admiten no sólo el perdón del ofensor, sino que consideran suficiente castigo la prohibición de que el ofensor entre en contacto con los parientes y el círculo social inmediato de la víctima, todo ello, en este caso, por el tiempo que transcurrieron éstos en reclusión. Es decir, en el derecho comunitario vigente y por el tiempo transcurrido en privación de la libertad, en caso de ser culpables los encausados, podrían ser penados de un modo mucho más leve que el previsto en el Código Penal, según las costumbres de sus comunidades.

6. La admisión de una posible condena menos gravosa que la sancionada con penitenciaria, conlleva también la hipótesis de poder restringir la prisión preventiva de tal manera que la cautela en el proceso no sea superior que lo que la pena respectiva da como posible condena en la conclusión del juzgamiento de esta causa, si este juzgamiento correspondiese.

Efectivamente el art. 19 de la C.N. conlleva la vigencia del principio de que la medida cautelar no puede superar el mínimo de pena que hubiese correspondido al delito supuestamente perpetrado.

7. En consideración a lo expuesto, en cumplimiento del art. 14 del C.P.P., en caso de considerarse pertinente la prisión preventiva, ésta debe cumplirse en el marco de la vida comunitaria y bajo el sometimiento a las autoridades naturales de los encausados, con la expresa restricción de que éstos no deberán molestar ni visitar a la comunidad en la que vivía la supuesta víctima. Así está obligado el juzgado a actuar por la Constitución Nacional y los tratados internacionales vigentes. Las autoridades comunitarias podrán disponer el traslado de los procesados a otra comunidad.

8. Por ende, y estando acreditada la verosimilitud de la existencia del hecho delictivo y la relación entre éste y la acción de los encausados, debe convertirse su detención preventiva en prisión de igual carácter.

Sin embargo, dicha prisión se cumplirá en la comunidad indígena Carrería Kué, bajo la autoridad del aty comunitario representado por los que sean líderes conforme a la normativa vigente, con la expresa prohibición de que los procesados visiten la comunidad de Carrería Kué.

3.4.2. Colombia

Ref.: Ley penal aplicable. Cuestiones de competencia. Imputabilidad.

Antecedentes del caso: el indígena P.L.G.F. asesinó a un compañero de trabajo, miembro de otro pueblo indígena, fuera del territorio de su comunidad. El Juzgado de Primera Instancia lo condenó a 20 años y 10 meses de prisión por el delito de homicidio. La sentencia fue apelada y el Juzgado de Segunda Instancia confirmó el fallo. P.L.G.F. interpuso, entonces, acción de tutela, con el fin de poder regresar a su comunidad, para ser juzgado por las normas tradicionales de su etnia. El juez de Primera Instancia negó la tutela, lo que fue confirmado en segunda instancia. Esta decisión fue impugnada ante la Corte Constitucional.

Sentencia:

1. El principio de la diversidad étnica y cultural.

1.1. El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento sino una confluencia de fragmentos socio culturales, que se aleja de la concepción unitaria de “naturaleza humana”, ha dado lugar en occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad étnica y cultural.

El Estado Social de Derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no sólo puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia.

En efecto, la Constitución de 1991, como resultado de un proceso participativo y pluralista, estableció el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Este principio es desarrollado en el art. 70 -que reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que viven en el país-, en el art. 10 -que consagra la oficialidad de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos en sus propios territorios- y en los arts. 171 y 176 -que permiten a las comunidades indígenas participar en el Senado y en la Cámara de Representantes-.

Adicionalmente, el art. 286 establece que los territorios de las comunidades indígenas se consideran entidades territoriales, con autonomía administrativa y presupuestal, y les otorga la capacidad para ser representadas judicial y extrajudicialmente. Asimismo se crean jurisdicciones especiales, mediante las cuales se autoriza a las comunidades indígenas para aplicar justicia dentro de su territorio, de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a la ley.

Es conveniente resaltar en el marco de esta normativa, que para la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo. En otras palabras, coexisten los derechos del individuo como tal, y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia.

1.2. Las jurisdicciones especiales y el alcance del fuero indígena.

El art. 246 de la Constitución, establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional”.

Es importante que el intérprete, en la solución de los antedichos conflictos, se atenga a la exigencia de reconocimiento y del respeto por la dignidad de todos los grupos humanos, teniendo en cuenta tanto la obligación de proteger los derechos básicos de todos los individuos en tanto seres humanos, como el reconocimiento de las necesidades particulares del sujeto como miembro de un grupo cultural específico. Los fallos de esta Corporación, pueden servir de guía para abordar el presunto conflicto de competencia entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional.

A. En caso de conflicto entre el interés general y otro interés particular protegido constitucionalmente, la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto a la luz de los principios y valores constitucionales.

B. El procedimiento de solución de conflictos entre unidad y autonomía debe atender a las circunstancias del caso concreto: cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto.

C. El derecho colectivo de las comunidades indígenas a mantener su singularidad, puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad.

Ahora bien, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero.

Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar que, en la noción de fuero indígena, se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.

En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

A. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentra ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera

accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

B. En el caso en que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos.

No es cierto, entonces, como lo afirma el juez de Primera Instancia, que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que “hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial”. Como se ve, las posibilidades de solución son múltiples y, atendiendo a las condiciones particulares de cada caso, las comunidades indígenas podrán también entrar a evaluar la conducta de un indígena que entró en contacto con un miembro de otra comunidad por fuera del territorio.

2. El indígena ante el Régimen Penal.

2.1. Aunque en el texto del actual Código Penal no se establecieron precisiones casuísticas sobre los sujetos que debían ser considerados como inimputables, en el art. 96 se hizo una única referencia concreta a los indígenas: ... “Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural”.

2.2. La diferencia valorativa como directriz interpretativa en los procesos penales contra indígenas.

La redacción del mencionado art. 96 es desafortunada pues se trata al indígena como un incapaz relativo, por no ser partícipe de los pretendidos “valores absolutos” de la cultura occidental.

Aquellas personas que el derecho penal ha denominado inimputables, en efecto, se encuentran en inferioridad de condiciones psíquicas para poder autodeterminarse y gozar a plenitud de la calidad de dignidad. Ello no implica, sin embargo, que tales personas carezcan de ella. Los inimputables poseen ciertamente dignidad, pero sus especiales condiciones psíquicas requieren precisamente que el Estado y la sociedad los rodee de ciertas condiciones para que se rehabiliten y puedan así equilibrarse con los demás.

Es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no sólo es inadecuado, sino que es incompatible con la filosofía de la Carta Política de 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciados y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, sino dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías. Tampoco sería admisible pretender equiparar al indígena con los demás miembros de la sociedad, como podría derivarse de la actitud paternalista que el Estado está obligado a brindar a los inimputables, pues en una Nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural, ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse.

El término con que empieza el art. 96 del Código Penal también es desafortunado, pues las medidas de seguridad persiguen fines de “curación, tutela y rehabilitación”, que dentro de un régimen penal de pretendida validez universal, buscan “sanar a la persona, restablecer su

juicio y lograr su readaptación al medio social”. Decir que se aplicará una medida de seguridad al indígena que en razón de su diferencia cultural no comprende el carácter perjudicial de su conducta, es desconocer que el indígena es un ser normal que no está afectado por ninguna insuficiencia psíquica, que requiera ser “curada o rehabilitada”. En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para “corregirlo”.

No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal, deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundado en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelectovolitivas; en consecuencia, ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades.

3. El caso concreto

3.1. Planteamiento del problema jurídico.

El caso plantea básicamente dos problemas jurídicos: 1. ¿cuál es la jurisdicción competente para juzgar a un indígena que ha cometido un homicidio contra un miembro de otro pueblo indígena, por fuera del territorio de su comunidad?; y 2. ¿incurrieron en vías de hecho los jueces penales al valorar las pruebas aportadas al proceso?

Para responder el primer problema jurídico, la Corte estima pertinente analizar los dos aspectos relevantes del fuero indígena (personal y territorial) en relación con las circunstancias particulares del asunto que tiene a su conocimiento: el actor como miembro de la comunidad indígena Páez y la realización de la conducta ilícita por fuera del territorio de su comunidad, en contra de un miembro de otra parcialidad indígena.

El segundo problema se solucionará a través del análisis de las sentencias proferidas por los jueces penales.

3.2. El conflicto de competencias entre la jurisdicción Páez y la jurisdicción nacional. Derecho al reconocimiento del fuero indígena.

En el caso que nos ocupa, el homicidio fue cometido en la vereda de Bajo Cañada, Huila, territorio que no controla ninguna comunidad indígena. Por lo tanto, y atendiendo exclusivamente al factor geográfico, parecería claro que el actor no podría ser juzgado por las autoridades de su comunidad, sino por el sistema jurídico nacional.

Ahora bien, como el sujeto identificado es un indígena, no puede ser ajena a los jueces nacionales la consideración personal del actor para determinar si tiene derecho al fuero, pues como ya estableció esta Corporación, no sólo el factor territorial determina la competencia de las jurisdicciones especiales para conocer de los hechos en que están involucrados sus miembros; es necesario considerar los aspectos distintivos del peticionario, en este caso su pertenencia a la etnia Páez y su particular relación con esta cosmovisión.

En cuanto a la comunidad Páez, para este caso nos es útil destacar que ha sido un pueblo que ha sufrido un gran proceso de aculturación debido a las migraciones ligadas a la expansión colonizadora impulsada por la economía exportadora del café. Aunque la lucha por mantener su unidad y autonomía encontró acogida en los postulados de la nueva Carta, no puede ser ajeno a la solución de este caso el grado de integración del pueblo Páez con la visión mayoritaria, puesto que, aunque la identidad del individuo dependa primordialmente de la cultura en la que se desenvuelve, cuando entra en contacto directo con los parámetros culturales de la sociedad externa, necesariamente se presentará una modificación en su

cosmovisión determinada por el aprendizaje de otras visiones del mundo y otras formas de vida.

El informe antropológico establece que se trata de un indígena de la etnia Páez, fiel a sus tradiciones y costumbres, que participa activamente de su comunidad y de su ancestro cultural; sin embargo, tales consideraciones no excluyen que el peticionario haya podido tener contacto con nuestras normas y nuestra cultura para comprenderla.

No es dable reconocerle a P.L.G.F. el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser un sujeto aculturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional. Además, no debe olvidarse que el demandante se alejó de su comunidad, no accidentalmente, sino por deseo propio, debiendo asumir los “riesgos” que se derivan de su acción, es decir, que como miembro del territorio colombiano goza de las mismas prerrogativas de todo ciudadano, pero también está expuesto al cumplimiento de deberes y sanciones que imponen las autoridades de la República.

Por otra parte, no es ajeno a esta corporación el hecho de que la víctima del homicidio sea una persona de otra comunidad indígena, cuestión que en determinadas circunstancias podría plantear un conflicto de competencias. Sin embargo, de acuerdo con los elementos del caso que nos ocupa, esta particularidad no cambia la solución planteada, en el sentido de señalar al juez penal como competente para enjuiciar la conducta del peticionario. En primer lugar, porque el actor no tiene derecho al fuero; en segundo, porque en el expediente no aparecen circunstancias adicionales que planteen un nuevo conflicto de competencias como, por ejemplo, la posible reclamación de la familia de la víctima para que sea juzgado dentro de la comunidad indígena (en el expediente no se señala a cuál comunidad pertenece) o un miembro del grupo mayoritario. A estos efectos, la víctima, como miembro del territorio colombiano, es considerada como un ciudadano.

3.3. Valoración de los jueces penales frente a las pruebas presentadas contra el actor.

El actor argumenta que dentro del proceso penal adelantado en su contra, se restó importancia a la prueba practicada por el antropólogo forense, quien recomienda devolverlo a su entorno cultural, para ser juzgado por las autoridades y normas tradicionales de etnia Páez.

Según la sentencia que condenó al actor a 20 años de prisión por el delito de homicidio, aquél entendía el “disvalor de matar”, como se concluye de todos los elementos probatorios.

Esta Corte comparte el criterio del juez penal, en primer lugar, porque para la comunidad Páez, el homicidio es uno de los comportamientos considerados de mayor gravedad y de los más duramente castigados. En efecto, el antropólogo, en el estudio realizado sobre los sistemas jurídicos de algunos pueblos indígenas, señala que en la comunidad Páez se tipifican varias clases de homicidios.

El homicidio, pues, no es una conducta que los miembros de la comunidad Páez desconozcan como reprochable. Aun aceptándose la “pureza cultural” del sujeto, éste puede comprender la dimensión del ilícito y ser consciente de que su actuación acarrea sanciones. En el caso anterior, es claro que no puede argumentar una diferencia valorativa en razón de su pertenencia a otra comunidad, no sólo porque los paeces sancionan el homicidio, sino además porque el actor ha tenido contacto con la visión externa predominante.

Además, nótese que el sistema jurídico Páez, también utiliza el concepto de impunidad, referido al sujeto que no comprende la ilicitud del hecho que comete, por minoría de edad o trastorno mental, circunstancias en las que, como ya mencionamos, no se encontraba el peticionario al momento de cometer el ilícito.

Corresponde, por consiguiente, confirmar la sentencia.

Corte Constitucional (Sala de Revisión), sentencia del 16-9-1996.

3.5. Lo indígena y la identidad cultural

3.5.1. Colombia

Ref.: Legitimación procesal. Identidad cultural. Medidas cautelares.

Antecedentes del caso: los señores A.V.O. y J.A.R.G., en condición de agentes oficiosos de los integrantes de la comunidad indígena “Nukak-Maku”, solicitaron la tutela de los derechos a la diversidad étnica y cultural de los indígenas pertenecientes a la misma, los cuales se han visto afectados por las actividades desarrolladas por la “A.N.T. de C.”, en Laguna de Pabón, en el Departamento de Guaviare, la cual desarrolla una misión pastoral. El grupo de cazadores-recolectores “Nukak-Maku” ocupa parte de la Reserva Forestal en la Amazonía Colombiana, y una de las características de su forma de vida es su organización en bandas nómadas que oscilan entre seis y treinta personas, unidas por relaciones de consanguinidad, afinidad o alianza. Este nomadismo permanente es la particularidad que los diferencia de otras sociedades tribales. La “A.N.T. de C.” estableció en el centro del territorio “Nukak-Maku” una pista de aterrizaje y viviendas permanentes, desarrollando desde ahí un trabajo de atención en salud, educación, estudio del idioma, etnografía y proselitismo religioso. Mediante donativos de herramientas, alimentos y el suministro de medicamentos, generan la dependencia y estacionalidad frecuente de grupos en el lugar, creando una situación de impacto social y la sobreexplotación de recursos naturales. Según los accionantes, la actuación de la demandada afecta la sedentarización de los “Nukak-Maku”, pues desarrollan estrategias para la conservación religiosa, incentivando la nuclearización y sedentarización, concentrando por períodos inusuales de tiempo a bandas que, en sus recorridos normales, evitarían la proximidad por respeto de territorialidad, alianza o afinidad. Las consecuencias se miden por una relajación en los protocolos de interrelación, de intercambios y de ocupación territorial, en agotamiento de los productos silvestres, el riesgo de contraer enfermedades de otros segmentos del grupo y una dinámica creciente en la dependencia de los misioneros. Se estima, también, que la demandada ejerce un inconstitucional “proselitismo religioso” que pretende convertir al pueblo Nukak-Maku” a la doctrina evangélica como actividad principal, escudando sus actividades en una supuesta necesidad de aliviar su “calamitosa” situación de salud. La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Meta, decidió negar la tutela reclamada por considerar que existía otro medio de defensa para proteger la amenaza o vulneración del derecho. Finalmente, la cuestión fue planteada ante la Corte Constitucional.

Sentencia:

1. La acción de tutela, según la ley aplicable, podrá ser ejercida por persona o personas distintas a las afectadas con la vulneración o amenaza de vulneración de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstas no estén en condiciones de promover su propia defensa, y siempre que tal circunstancia se manifieste en la solicitud de amparo.

A juicio de la Sala, la agencia oficiosa es procedente no sólo porque los petentes declararon dicha circunstancia, sino porque evaluadas las circunstancias actuales de aislamiento geográfico, desconocimiento jurídico, incapacidad económica y limitaciones de lenguaje que presentan los integrantes de dicha comunidad, se corroboró que éstos no están en condiciones de promover su propia defensa.

2. Es muy poco lo que se sabe de la comunidad indígena “Nukak-Maku”, de su forma de vida y de su sistema social, económico y cultural; la escasa información que se tiene, proviene precisamente de los misioneros de la “A.N.T. de C.”, quienes tienen un asentamiento desde hace varios años en territorio “Nukak-Maku”, y de publicaciones realizadas por antropólogos investigadores de la Universidad Nacional y del Ministerio de Gobierno.

La característica principal que los identifica es su nomadismo, pues no se asientan ni arraigan en un lugar fijo dentro del cual establezcan un centro para sus relaciones familiares, económicas, sociales y culturales, sino que viven en constante movilidad, la cual parece estar determinada por la necesidad de proveer los medios para su subsistencia, a través de la caza y la recolección de frutos que produce la propia naturaleza dentro del medio que los rodea.

La situación actual de la comunidad es bastante difícil, pues la vida, la integridad, la cultura y el territorio de los “Nukak-Maku”, se encuentran amenazadas por diferentes causas, como son: la invasión progresiva de su territorio por colonos de la región, que ha determinado la destrucción constante de su ambiente natural; el contacto directo -a veces inocente y en otras ocasiones con fines dolosos e ilícitos- de dichos colonos con miembros de la comunidad; y la aparición de enfermedades, al parecer adquiridas por el contacto con extraños, que amenazan su supervivencia. Situación que necesariamente se va a ver agravada cada día por la falta de presencia real del Estado.

3. La diversidad en cuanto a la raza y a la cultura, es decir, la no coincidencia en el origen, color de piel, lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos, es reconocida en la Constitución de 1991, al declarar la estructura pluralista del Estado Colombiano, reconocer y proteger “la diversidad étnica y cultural de su población” y las “riquezas culturales y naturales de la Nación.

En efecto, en atención al abuso, prejuicio y perjuicio que han padecido los pueblos autóctonos o aborígenes del territorio nacional, la Constitución Política de 1991 consagró el respeto a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, en los preceptos contenidos en los arts. 7º (diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana), 8º (protección a las riquezas naturales y culturales), 72 (patrimonio cultural de la Nación), y 329 (conversión de las comunidades indígenas en entidades territoriales).

Es más, no sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman.

De conformidad con el artículo 93 de la Carta Política, es norma de aplicación prevalente en el orden interno la ley 21 de 1991 “por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989”. Por consiguiente, los gobiernos deben respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con el territorio que ocupan o utilizan, y deben tomar medidas para salvaguardar los derechos correlativos.

Propiedad de la tierra colectiva y no enajenable que detentan las comunidades indígenas a través del reconocimiento constitucional (art. 329) y legal (ley 135 de 1961 y decreto 2001 de 1988) de los resguardos; instituciones conformadas por una parcialidad indígena que con un título de propiedad comunitaria posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales, y cuyos objetivos, entre otros, apuntan hacia la protección del ambiente de un grupo étnico y cultural.

Cualquier acción de las autoridades públicas o de los particulares que implique violación o amenaza de la diversidad étnica y cultural de la comunidad “Nukak-Maku”, puede configurar la transgresión o amenaza de vulneración de otros derechos que son fundamentales, como la igualdad, la libertad, la autonomía para el desarrollo de la personalidad, la salud y la educación.

3.1. Las acciones que la “A.N.T. de C.” adelanta dentro del pueblo indígena “Nukak-Maku”, que se traducen en la donación de alimentos y otros objetivos, y en la incentivación del cultivo de la tierra en torno de sus instalaciones, lo cual promueve o estimula la estacionalidad de miembros de la comunidad por más tiempo del que

normalmente lo hacen, no rompe el ambiente o escenario natural de caza y recolección que caracteriza a dicho grupo, ni sus patrones de movilidad.

Resultaría un contrasentido privar a dicha comunidad, dentro de un marco de respeto a su libertad y capacidad de autodeterminación, del conocimiento de las alternativas que le ofrecen otras comunidades en lo cultural, social y económico.

Los derechos fundamentales a la libertad y a la autonomía, que comprende el derecho que tienen todas las personas a elegir su propio destino y a construir los procesos sociales que han de configurar, unificar e identificar la respectiva comunidad humana, permite a los integrantes del grupo indígena “Nukak-Maku” optar por la forma de vida, de organización socioeconómica y de la utilización del espacio y de los recursos naturales, de la manera que mejor convenga a sus particulares y variados intereses.

No obra en el expediente prueba que indique que los “Nukak-Maku” han sido llevados a condescender con las referidas actividades, mediante el empleo de la violencia o el engaño.

Es conveniente resaltar que la preservación de la identidad cultural de una etnia, no puede servir de pretexto al Estado para abandonarla a su propia suerte, si su situación material resulta incompatible con las mínimas condiciones que exige la dignidad humana.

3.2. La autorización que el Estado, mediante la aprobación de sus estatutos, ha dado a la “A.N.IT. de C.” para que estudie el idioma y la cultura “Maku”, con el fin de lograr una comunicación con la respectiva comunidad indígena, no comprende la facultad de evangelizar e imponer sus creencias y doctrinas a la comunidad indígena “Nukak-Maku”; pero igualmente se anota que la circunstancia de que los miembros de la referida Asociación posean unas teorías, hábitos, usos y ritos en materia religiosa, diferentes a aquellos que forman el carácter distintivo de la mencionada comunidad, no constituye base suficiente para predicar, sin conocimiento de causa, que se estén quebrantando sus derechos a la autonomía y a la libertad de conciencia y de cultos.

El hecho de que la “A.N.T. de C.”, según sus estatutos, se encuentre dirigida y orientada de acuerdo con la filosofía evangélica, no es razón suficiente para considerar que por este solo motivo se pueda vulnerar la integridad religiosa y cultural de dicha comunidad indígena, pues dichos estatutos no fueron redactados para regir sus destinos.

3.3. El art. 13 de la Constitución Política consagra el principio de igualdad al declarar que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

La igualdad que preconiza el referido precepto no puede reducirse a su mera declaración formal.

Sin desconocer el principio de “neutralidad” que debe presidir la actuación del Estado en la función de permitirle a todas las personas el ejercicio y goce efectivo de los derechos, la filosofía esencial que emerge de la concepción del Estado Social de Derecho, se traduce en el otorgamiento de un trato igualitario, acorde y compatible con las condiciones económicas y sociales en que realmente se encuentran los individuos; ciertamente, la aplicación efectiva de la igualdad en una determinada circunstancia y situación, no puede ignorar o desconocer las exigencias propias de la diversidad de condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los sujetos.

La situación presente de los “Nukak-Maku” exige que se les dispense -respetando su idiosincrasia y diferencia cultural- un trato excepcional y preferencial por parte del Estado que logre realizar la verdadera igualdad, material y jurídica, pues mientras no se atiendan las necesidades humanas insatisfechas, predicables de toda persona humana, no podrán superar los factores que han servido para estructurar una discriminación en su contra por los demás grupos humanos que los consideran diferentes física e intelectualmente, y si se quiere, hasta carentes de algunos derechos.

En virtud del principio que tiene como destinatario a los propios organismos

responsables de la prestación del servicio, el Estado no sólo se encuentra comprometido en proteger a todas las personas contra las contingencias que vulneran la salud (principio de la universalidad), sino que con base en el principio de la solidaridad, se encuentra facultado para exigir a las entidades privadas, con arreglo a los compromisos que han adquirido o que son inherentes a dicho servicio, lo necesario para hacer efectiva dicha garantía (art. 49 de la Constitución).

Consecuente con lo anterior, el Estado Colombiano es, en principio, el primer obligado a prestar el servicio público de la salud a los “Nukak-Maku”, sin que ello excluya la posibilidad de que dicho servicio sea prestado a través de entidades privadas como la “A.N.T. de C.”; pero en este caso se halla facultado para ejercer vigilancia sobre las actividades que respecto a la atención de la salud haga la Asociación de la comunidad indígena “Nukak-Maku”, pues para asegurar la vigencia del principio de la eficiencia, el Estado debe controlar las condiciones en que se desarrolla el servicio, así como sus resultados.

4. Los indígenas “Nukak-Maku” disponen de otro medio de defensa, como es el de solicitar al Ministerio de Gobierno la suspensión o cancelación de la personería jurídica de la “A.N.T. de C.”, aduciendo que las actividades de ésta contradicen el objeto de sus estatutos, o contrarían el orden público o las leyes.

En contra de lo considerado por el Tribunal Administrativo de Meta, en el sub júdice no opera la causal de improcedencia del numeral 1º del art. 6º del decreto 2591 de 1991, en razón de que el mecanismo arriba referido no es de carácter judicial, por lo que debe concluirse que la tutela solicitada material y formalmente puede prosperar, pues aunque es evidente la existencia de una instancia administrativa, como la ya reseñada, ella no corresponde a la judicial y no tiene, por consiguiente, la eficacia requerida para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales cuya tutela se demanda.

5. Si bien dentro del proceso no obran pruebas ni elementos de juicio para establecer que las prácticas de la “A.N.T. de C.” vulneran el principio del reconocimiento de la diversidad étnica, religiosa y cultural de los “Nukak-Maku”, y por consiguiente algunos de sus derechos fundamentales, según informes de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno y de la Organización Nacional de Colombia ONIC, la “A.N.T. de C.” ha demostrado apatía en cuanto a facilitar la información que sobre sus actividades le han solicitado las autoridades gubernamentales y científicas autorizadas por el Gobierno, a efectos de comenzar a realizar investigaciones serias sobre la población, lengua, territorio y cultura de los “Nukak-Maku, y planear estrategias para la protección de su diversidad étnica y cultural.

Los elementos probatorios, indudablemente hacen pensar a la Sala que se encuentra ante la amenaza concreta de violación de los derechos fundamentales de la comunidad indígena “Nukak-Maku” a la libertad, libre desarrollo de la personalidad y libertades de conciencia y de cultos, y principalmente de sus derechos culturales que, como etnia con características singulares, tienen el carácter de fundamentales en cuanto constituyen el soporte de su cohesión como grupo social. Esta aseveración cobra fuerza, si se tiene en cuenta la conducta de la Asociación al ignorar las solicitudes de informes que sobre sus actividades le ha hecho la División General de Asuntos Indígenas, dependencia a la cual la ley ha encomendado la misión de controlar su actividad y de asegurar que su objetivo social se desarrolle acorde con la Constitución, la ley y sus estatutos.

Por lo tanto, se concederá a la comunidad indígena “Nukak-Maku” la tutela de los aludidos derechos fundamentales.

6. Finalmente, advierte la Sala, que la concesión de la tutela en las condiciones que se han dejado determinadas, no es óbice para que nuevamente puedan instaurarse acciones de tutela, en el evento de que ocurran violaciones o amenazas de vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de los “Nukak-Maku”, o que el estado de amenazas a sus derechos fundamentales, que en este momento se reputa inicial no obstante la orden que se imparte, progrese y pueda derivar en riesgo inminente de penetración cultural indebida.

3.5.2. Panamá

Ref.: Disposición sobre el cadáver.

Antecedentes del caso: el indígena J.M.C.T. falleció en un accidente de aviación y su cuerpo fue reclamado tanto por su madre y hermanos, para transportarlo a la comunidad indígena a la que pertenecía y darle sepultura según los ritos de su etnia, como por su esposa e hijos, para enterrarlo en la ciudad de Panamá, de acuerdo con las tradiciones cristianas-católicas. El Ministerio Público, depositario del cadáver, negó ambas solicitudes, y contra esa providencia se presentaron dos amparos de garantías constitucionales, que fueron acumulados. El amparo presentado en representación de la madre y hermanos hace énfasis en el respeto a los derechos de los pueblos indígenas, consagrados en la Constitución, mientras que el de la esposa e hijos enfatiza el respeto a los derechos de la familia.

Sentencia:

1. Acción de amparo de la madre e hijos de J.M.C.T.

El art. 83 de la Constitución Nacional reconoce que las tradiciones folclóricas constituyen parte medular de la cultura nacional y señala la obligación del Estado de promover su estatuto, conservación y divulgación. Se sostiene en el amparo que dicha norma ha sido violada porque la cultura indígena está reconocida como una tradición folclórica, cuya conservación tiene primacía sobre otras que se den en la capital y que la adulteren.

No alcanza a ver la Corte en qué forma la negativa del Procurador General de la Nación lesiona el citado art. 83, porque ni en la parte motiva ni en la resolutive de la orden de no hacer, disminuye, niega o lesiona la obligación que tiene el Estado de promover el estudio, conservación y divulgación de la cultura nacional contenida en las tradiciones folclóricas, tradiciones que no solamente son las de los grupos autóctonos sino también las de los campesinos y pueblo en general.

No se advierte en la orden de no hacer impugnada, que ésta obedezca a un desconocimiento de los derechos que la Constitución le reconoce a los grupos aborígenes. Tampoco se da una negativa para que se entierre el cadáver conforme a las tradiciones de los familiares del occiso; siendo ello así, no se ha dado la violación constitucional acusada.

2. Acción de amparo de la esposa e hijos de J.M.C.T.

La resolución expedida por el Procurador General de la Nación, al negar la entrega del cadáver a su familia, incurre en violación de los principios esenciales de cohesión y unidad familiar, fundamentada en el vínculo jurídico del matrimonio.

Quien representa los intereses de su esposo y los derechos legítimos de sus hijos menores, frente a la muerte del padre, es la cónyuge supérstite.

Desconocer el texto legal que consagra tales derechos y el orden prioritario de sucesión legal, cuando no existe documento válido que recoja la voluntad del difunto en sentido diferente, se traduce en la violación directa de la disposición aludida y del art. 53 de la Constitución Política que de manera clara y armónica tutelan los derechos de la familia y a la institución civil del matrimonio como el fundamento legal de aquélla.

Socialmente, la familia ampliada se extiende a los abuelos y tíos, pero en un concepto estrictamente jurídico, se concentra en el matrimonio y sus descendientes directos y, sólo a falta de éstos, entran los padres y hermanos.

La Corte no desconoce el aporte que a la paz social y a la convivencia armónica aporta una buena relación entre los parientes consanguíneos y afines, cuando hay voluntad de parte de todos por superar las diferencias religiosas, culturales y afectivas. Pero, en el caso, ante la

ausencia de un acuerdo que consultara los intereses de las partes involucradas, a los Tribunales y autoridades competentes se le impone el deber de resolver conforme a las normas legales vigentes.

Por ende, corresponde que el cadáver de J.M.C.T. sea entregado a su esposa.

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27-4-1990.

4. Otros instrumentos internacionales especiales relativos a la protección de los pueblos indígenas.

4.1. Naciones Unidas

4.1.1. Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas. Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas.

En 1982 fue creado el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas, por el Consejo Económico y Social (ECOSOC). El Grupo de Trabajo es un órgano subsidiario de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Sus cinco miembros -uno de cada región geopolítica del mundo-, son expertos independientes, además de miembros de la Subcomisión. El Grupo de Trabajo se reúne en Ginebra durante una semana, inmediatamente antes del período de sesiones anual de la Subcomisión, y está abierto a todos los representantes de los pueblos indígenas y a sus comunidades y organizaciones. El Grupo de Trabajo es el centro de actividad de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos de los pueblos indígenas. La atención se desplaza a sus órganos tutelares que son la mencionada Subcomisión y la Comisión de Derechos Humanos, cuando se examinan y debaten los informes del Grupo.

La Asamblea General, en 1985, estableció el Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas, que presta asistencia financiera a los representantes de las comunidades y organizaciones indígenas para que asistan a los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, en Ginebra (v., asimismo, el cuestionario para la solicitud de asistencia).

Hay quince organizaciones de pueblos indígenas (marzo de 1997) que han sido reconocidas como entidades consultivas por el ECOSOC. La calidad de entidades consultivas les da derecho a asistir a una amplia gama de conferencias internacionales e intergubernamentales, y a intervenir en sus deliberaciones.

4.1.2. Los derechos, las denuncias y los órganos de control.

Los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar de todos los derechos humanos existentes. Los comités de las Naciones Unidas encargados de vigilar la aplicación de los acuerdos jurídicamente vinculantes -el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre los Derechos del Niño, en las que se incluyen disposiciones concretas relativas a los pueblos indígenas- examinan las cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas al analizar los informes de los Estados sobre la aplicación de esos tratados. Los órganos competentes son, respectivamente, el Comité de Derechos Humanos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité de los Derechos del Niño.

Los pueblos indígenas y sus organizaciones hacen cada vez más uso de los diversos procedimientos disponibles para presentar comunicaciones o denuncias. Estos son, en

particular, el llamado procedimiento "1503", creado por el ECOSOC para el examen de los cuadros persistentes de violaciones manifiestas de los derechos humanos, y los procedimientos previstos en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4.1.3. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 1992.

El principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo afirma que: "las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible".

Esa insistencia en la importancia "fundamental" de los conocimientos tradicionales que los pueblos indígenas tienen de los ecosistemas en que viven, es un buen argumento para adoptar medidas nacionales e internacionales a fin de proteger el patrimonio de esos pueblos.

En el marco de dicha Conferencia se adoptó un amplio plan de acción. El capítulo 26 de dicho plan (Programa 21) está enteramente dedicado al papel de los pueblos indígenas y en él se pide a los Estados, entre otras cosas, que "adopten o reafirmen políticas o instrumentos jurídicos apropiados que protejan la propiedad intelectual y cultural indígena y el derecho de las poblaciones indígenas a preservar sistemas y prácticas consuetudinarios y administrativos". Asimismo, se alienta a los gobiernos y a las instituciones internacionales a que cooperen con las poblaciones indígenas en lo relativo a "reconocer y fomentar los métodos y los conocimientos tradicionales" de esas poblaciones y a aplicar esos conocimientos a la gestión de los recursos. Estas disposiciones, adoptadas por consenso por todos los Estados Miembros, son otro motivo para concebir nuevas medidas internacionales de protección del patrimonio de las poblaciones indígenas en colaboración con esas poblaciones.

4.1.4. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 1993.

En junio de 1993 se celebró en Viena la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Cientos de indígenas asistieron a la Conferencia y sus representantes hicieron uso de la palabra en la sesión plenaria. En la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial, ésta reconoció "la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad", y reiteró firmemente "la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible" (Parte I, párr. 20). La Conferencia hizo un llamamiento a los Estados para que tomaran "medidas positivas concertadas... a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y de reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social". La Conferencia también recomendó que se proclamara un decenio internacional de las poblaciones indígenas del mundo y que se considerara la creación de un foro permanente para las poblaciones indígenas en el sistema de las Naciones Unidas.

4.1.5. Otras conferencias.

Todas las conferencias de alto nivel ulteriores a la de Río de Janeiro, entre ellas la

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994), la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995), la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) (Estambul, 1996), han formulado recomendaciones relativas a los pueblos indígenas.

4.1.6. Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo.

La Asamblea General de la Naciones Unidas proclamó el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1995-2004), el 21-12-1993 (Resolución 48/163). El Programa de Actividades del Decenio fue aprobado por la Resolución 50/157 (21-12-1995) de la Asamblea General, y, entre sus objetivos principales, se cuenta la aprobación del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas y la formulación ulterior de normas internacionales, así como nacionales, para la protección y promoción de los derechos humanos de las poblaciones indígenas, con inclusión de medios eficaces para vigilar y garantizar esos derechos (A.6)

Asimismo, dicha Asamblea General estableció un fondo especial, a saber, el Fondo de Contribuciones Voluntarias para el mencionado Decenio, con el fin de prestar asistencia financiera a proyectos y programas. En abril de 1966 fueron aprobadas las Directrices para dicho Fondo elaboradas por el Grupo Asesor, que contiene el cuestionario para los solicitantes de financiación (las propuestas de proyectos deben ser enviadas al Fondo antes del 15 de marzo de cada año).

4.1.7. UNESCO

En 1981, la Unesco organizó un seminario internacional sobre el etnocidio y el desarrollo étnico en América Latina, oportunidad en la que se definió el etnocidio como las condiciones en que se deniega a un grupo étnico el derecho a disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propio idioma.

Cobra especial relieve, asimismo, el Principio 67 de la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, consagrado al derecho a gozar de la cultura, desarrollo y cooperación culturales internacionales (4-11-1966).

4.2. Banco Mundial

El Banco Mundial también ha reconocido la necesidad de proteger a los pueblos indígenas y, en septiembre de 1991, adoptó la directriz operacional 4.20 a fin de establecer las políticas y procedimientos aplicables a los proyectos destinados a dichos pueblos. La directriz proporciona orientación en política para garantizar que los pueblos indígenas se beneficien de los proyectos de desarrollo y evitar que tengan para éstos consecuencias negativas.

4.3. Declaración de Belem

En julio de 1988, el Primer Congreso Internacional de Etnobiología adoptó una ponencia firmada por la Sociedad Internacional de Etnobiología, fundada durante el Congreso. La Declaración de Belem reafirma fundamentalmente las recomendaciones hechas por la Organización Internacional del Trabajo. Además, trata de expresar los derechos indígenas en términos de responsabilidad para los científicos y los dirigentes económicos y políticos mundiales.

4.4. Recomendaciones de los *Keepers of the Treasures*

En el marco del Congreso por el Servicio de Parques del Departamento del Interior de los Estados Unidos de América, los *Keepers of the Treasures* presentaron un informe sobre las necesidades de financiación para la preservación de las tribus indígenas y la protección de los bienes históricos y las tradiciones culturales en las tierras indígenas.

4.5. Instituto Interamericano de Derechos Humanos

El Instituto ha efectuado un aporte al proceso de elaboración de un instrumento interamericano sobre derechos de las poblaciones indígenas, mediante el trabajo titulado “Los Derechos de los Pueblos Indígenas. Documento para discusión (1991-1994)”.

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996 (con bibliografía seleccionada), puntos **1 y 2**.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, “Iudicium et vita”, San José, n° 6, julio 1998, puntos **3 y 4.5** (todos los fallos sumariados cuentan con comentarios académicos).

NACIONES UNIDAS, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas, Folleto informativo n° 9 (Rev. 1)”, Ginebra, 1998, puntos **4.1 y 4.2**.

DAES, Erica-Irene A. (Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías y Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas), “Protección del patrimonio de los pueblos indígenas”, Serie de estudios 10, Naciones Unidas, Ginebra, 1997 (con bibliografía), puntos **4.3 y 4.4**.

DOCUMENTOS

ACUERDO SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE SINGAPUR SOBRE SERVICIOS AEREOS, aprobado por ley 25.025 (B.O., 26-10-1998, p. 3).

ACUERDO SUSCRITO CON LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACION, LA CIENCIA Y LA CULTURA RELATIVO AL CENTRO DE LA UNESCO ESTABLECIDO EN VILLA OCAMPO SAN ISIDRO, aprobado por ley 25.050 (B.O., 14-12-1998, p. 1).

ACUERDO SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE BOLIVIA PARA LA COOPERACION ENTRE LA GENDARMERIA NACIONAL ARGENTINA Y LA POLICIA NACIONAL DE BOLIVIA, aprobado por ley 25.021 (B.O., 23-10-1998, p. 2).

ACUERDO SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE EL SALVADOR PARA LA PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES, aprobado por ley 25.023 (B.O., 23-10-1998, p. 3).

ACUERDO SUSCRITO CON LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL SOBRE FACILITACION DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES, aprobado por ley 25.035 (B.O., 13-11-1998, p. 2).

CONVENCION EUROPEA SOBRE NACIONALIDAD, Estrasburgo, 6 de noviembre de 1997, 37 I.L.M. 44, 1998 (*International Legal Materials*, vol. 37, n° 1, 1998, p. 44). Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

CONVENIO DE COOPERACION EN MATERIA CULTURAL Y EDUCATIVA SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE PANAMA, aprobado por ley 25.051 (B.O., 15-12-1998, p. 1).

CONVENIO DE INTEGRACION CULTURAL SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE BOLIVIA, aprobado por ley 25.034 (B.O., 13-11-1998, p. 1).

CONVENIO DE RECONOCIMIENTO DE CERTIFICADOS Y TITULOS DE ESTUDIOS DE NIVEL PRIMARIO Y SECUNDARIO O DE SUS DENOMINACIONES EQUIVALENTES SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE BOLIVIA, aprobado por ley 25.024 (B.O., 26-10-1998, p. 2).

CONVENIO SOBRE CONSERVACION Y DESARROLLO DE LOS RECURSOS ICTICOS EN LOS TRAMOS LIMITROFES DE LOS RIOS PARANA Y PARAGUAY SUSCRITO EN

BUENOS AIRES, aprobado por ley 25.048 (B.O., 14-12-1998, p. 2).

CONVENIO SOBRE TRASLADO DE CONDENADOS SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE VENEZUELA, aprobado por ley 25.041 (B.O., 1-12-1998, p. 3).

ENMIENDA AL ARTICULO 43 DE LA CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO ADOPTADA EN NUEVA YORK, aprobada por ley 25.043 (B.O., 1-12-1998, p. 4).

LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE COMERCIO ELECTRONICO CON LA GUIA PARA SU INCORPORACION AL DERECHO INTERNO, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la 85a. sesión plenaria del 16 de diciembre de 1996. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

PROTOCOLO DE INTEGRACION PARA LA FORMACION DE RECURSOS HUMANOS A NIVEL DE POST-GRADO ENTRE LOS PAISES MIEMBROS DEL MERCOSUR, SUSCRITO CON LAS REPUBLICAS FEDERATIVA DEL BRASIL, PARAGUAY Y ORIENTAL DEL URUGUAY, aprobado por ley 25.044 (B.O., 2-12-1998, p. 1).

RESOLUCION 1134 (1997), ADOPTADA POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS EL 23 DE OCTUBRE DE 1997, RELATIVA A LA NEGACION POR PARTE DE IRAQ DE CONCEDER EL ACCESO A LA COMISION ESPECIAL DE CONTROL A LOS SITIOS QUE ESTA ULTIMA PRETENDIA INSPECCIONAR (*Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 81, 1998, n° 1, p. 279), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

RESOLUCION 1137 (1997), ADOPTADA POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS EL 12 DE NOVIEMBRE DE 1997, CON LA QUE SE DECIDE QUE LOS ESTADOS DEBEN IMPEDIR EL INGRESO EN EL PROPIO TERRITORIO DE ALGUNOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS IRAQUIES (*Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 81, 1998, n° 1, p. 285), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

RESOLUCION 1141 (1997), ADOPTADA POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS EL 28 DE NOVIEMBRE DE 1997, CON LA QUE SE INSTITUYE LA MISION DE TRANSICION DE LAS NACIONES UNIDAS A HAITI (*Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 81, 1998, n° 1, p. 290), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.

TRATADO DE PROHIBICION COMPLETA DE LOS ENSAYOS NUCLEARES ADOPTADO POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN NUEVA YORK, aprobado por ley 25.022 (B.O., 28-10-1998, p. 1).

NOTICIAS

CONVENCIONES INTERNACIONALES. CONVENCION MARCO PARA LA PROTECCION DE MINORIAS NACIONALES (CONSEJO DE EUROPA).

La Convención marco para la protección de las minorías nacionales, del Consejo de Europa entró en vigor el 1 de febrero de 1998. Se trata del primer instrumento multilateral jurídicamente obligatorio consagrado a las minorías nacionales en general. Sus principios cubren un amplio conjunto de cuestiones, entre ellas: a) la no discriminación; b) la promoción de la igualdad plena y eficaz entre las minorías nacionales y la mayoría; c) la promoción de las condiciones apropiadas para conservar y desarrollar la cultura de las minorías nacionales, y para preservar su religión, lengua y tradiciones; d) la libertad de reunión, de asociación, de expresión del pensamiento, de conciencia y de religión; e) el acceso a los medios de comunicación y su utilización; f) la educación; g) las relaciones y la cooperación transfronterizas; h) la participación en la vida económica, cultural y social, y en los asuntos públicos; e i) la prohibición de la asimilación forzada.

La evaluación de la ejecución de la Convención marco por las Partes contratantes está asegurada por el Comité de Ministros, asistido a ese fin por un Comité Consultivo. Este último está constituido por dieciocho miembros independientes e imparciales que posean una competencia reconocida en el campo de la protección de las minorías nacionales.

Las Partes contratantes deben presentar, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Convención marco, un informe completo sobre las medidas legislativas o de otro carácter tomadas para dar efecto a los compromisos enunciados en el instrumento. Otros informes deberán ser presentados periódicamente -cada cinco años- y ante el requerimiento del Comité de Ministros.

CONSEJO DE EUROPA, Actividad del Consejo de Europa en materia de Derechos Humanos, en *Bulletin d'information sur les droits de l'homme*, n° 43, marzo/julio 1998, p. 43.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. REGLAMENTO.

Con motivo de la entrada en vigencia del Protocolo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el 3 de noviembre de 1998 ha tenido lugar la ceremonia de instalación de la nueva Corte Europea de Derechos Humanos, que estará presidida por el juez Luzius Wildhaber. Este órgano, el día 4 siguiente, procedió a dictar su Reglamento, que comprende: Título I. Organización y funcionamiento de la Corte (jueces, presidencia, secretariado, funcionamiento de la Corte, salas); Título II. Procedimiento (reglas generales, introducción de la instancia, jueces informantes, examen de la admisibilidad, procedimiento posterior a la decisión de admisibilidad, audiencias, procedimiento ante la Gran Sala, decisiones, opiniones consultivas, asistencia judicial); Título III. Disposiciones transitorias; y Título V. Cláusulas finales. El Reglamento está precedido por una norma destinada a las definiciones de los términos que utiliza (art. 1) y entró en vigor el 1 de noviembre de 1998

(art. 104).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, 4-11-1998, Reglamento de la Corte.

DELITOS PENALES. RUFIANERÍA. PROXENETISMO. CORRUPCIÓN DE MENORES. PENAS. MUJERES EMBARAZADAS (ECUADOR).

Ecuador introdujo diversas reformas al Código Penal referentes a los delitos de rufianería, proxenetismo y corrupción de menores (ley 105, julio de 1998). La norma, asimismo, dispone que “ninguna mujer embarazada podrá ser privada de su libertad, ni será notificada con sentencia que le imponga penas de prisión o de reclusión, sino 90 días después del parto”.

CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR (plenario de las comisiones legislativas), “Ley Reformativa del Código Penal n° 105”, en *Gaceta Judicial*, Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador, Quito, enero-abril 1998, serie XVI, n° 11, p. 3007.

DEMOCRACIA. REFERENDUM. PODER LEGISLATIVO. MUJERES. PARTICIPACIÓN POLÍTICA (CONSEJO DE EUROPA).

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió una resolución sobre el funcionamiento democrático de los parlamentos nacionales. En tal sentido, reclamó a todos los parlamentos de los Estados miembros, impulsar una mayor participación de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas, por medio del referéndum y una promoción del papel de las mujeres.

También propuso crear un estatuto de la oposición a fin de que ésta pueda jugar un rol de manera responsable y constructiva, y de reducir en lo posible el cúmulo de mandatos a fin de aumentar la disponibilidad de los elegidos respecto de sus electores y la eficacia de su actuación parlamentaria.

CONSEJO DE EUROPA, Actividad del Consejo de Europa en materia de Derechos Humanos, Resolución 1154 (1998), en *Bulletin d'information sur les droits de l'homme*, n° 43, marzo/julio 1998, p. 49.

DERECHO A LA IGUALDAD. EXCLUSIONES. DERECHO A LA VIVIENDA. SALUD PÚBLICA. FAMILIA. PROTECCIÓN. ACCESO A LA JUSTICIA Y A LA EDUCACIÓN. SOLIDARIDAD (FRANCIA).

“La lucha contra las exclusiones es un imperativo nacional fundado en el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos y una prioridad en el conjunto de las políticas públicas de la Nación”, expresa el primer párrafo del art. 1 de la ley n° 98-657, del 29 de julio de 1998. La ley tiende a garantizar, en todo el territorio, el acceso efectivo de todos a los derechos fundamentales en el campo del empleo, la vivienda, la protección de la salud, la justicia, la educación, la formación y la cultura, la protección de la familia y la infancia. El Estado, las colectividades territoriales, los establecimientos públicos, los organismos de seguridad social y las instituciones sociales y médico-sociales participan de la ejecución de

dichos principios. Estos últimos persiguen una política destinada a conocer, prevenir y suprimir todas las situaciones que puedan generar exclusiones. Asimismo, se establecen las disposiciones necesarias para informar a cada persona de la naturaleza y extensión de sus derechos, y para asistirle, eventualmente por una asistencia personalizada, a cumplir los pasos administrativos o sociales destinados a ponerlos en ejecución en el plazo más rápido. Las empresas, las organizaciones profesionales o interprofesionales, los sindicatos representativos de trabajadores, los organismos de previsión, las asociaciones que actúan en el terreno de la inserción y de la lucha contra la exclusión, los ciudadanos, así como el conjunto de los actores de la economía solidaria y de la economía social, concurren a la realización de dichos objetivos.

La ley, en sus 159 artículos, se proyecta sobre numerosas y diversas áreas: derechos y libertades fundamentales, mano de obra, desocupación, contrato de trabajo, formación profesional, construcción y urbanismo, vivienda, alquileres, impuestos directos, registros y sellados, tasas, ayuda social, seguros sociales, hospitales, sindicatos profesionales, asistencia jurídica, prisiones, sobreendeudamiento, salarios, impuestos, fianzas, créditos, embargos y medidas conservatorias, saneamiento y liquidación judiciales, cheque, cartas de crédito o de pago, prestaciones familiares, salud pública, persona humana, fondos de comercio, hotelería, patria potestad, bancos, colectividades territoriales, enseñanza y servicios públicos. En tal sentido, introduce modificaciones a los siguientes códigos: del Trabajo, de la Seguridad Social, Rural, de la Construcción y de la Vivienda, General de Impuestos, de Urbanismo, de la Salud Pública, Electoral, del Consumo, Civil, de Procedimiento Civil, Penal, de las Colectividades locales y de la Familia y la Asistencia Social.

Nota de la Secretaría: v. sobre el control de constitucionalidad a priori de esta ley: Consejo Constitucional de Francia, decisión del 29-7-1998, n° 98-403 DC.

FRANCIA, Ley n° 98-657, del 29-7-1998, en *Recueil Dalloz*, París, 1998, n° 30, pp. 302/330.

DERECHO COMUNITARIO. POLICIA. EUROPOL (COMUNIDAD EUROPEA).

El 24 de septiembre de 1998 entró en vigencia la Convención Europea de Europol, que tiene por objeto dar cumplimiento al art. 3K del Tratado de la Unión Europea, relativo al establecimiento de una Oficina de Policía Comunitaria. En los considerandos que justificaron su aprobación se mencionan: los problemas urgentes que plantea el terrorismo; el tráfico ilegal de drogas y otras formas graves del crimen internacional; la necesidad de progresar en la solidaridad y cooperación entre los Estados miembros, particularmente a través de la cooperación policial; la necesidad de que dicho progreso permita la protección de la seguridad y el orden público mediante un intercambio constante, confidencial e intensivo de información entre Europol y las policías estatales; y la preocupación de que en este área se preste particular atención a la protección de los derechos de las personas y, en especial, a la protección de sus datos personales.

De acuerdo con lo resuelto por el Consejo Europeo el 29 de octubre de 1993, la Europol se establecerá en Holanda y tendrá su asiento en La Haya.

CONSEJO DE EUROPA, “Convenio basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol)”, EUR-Lex: Legislación Comunitaria vigente - Documento 495A1127(01), Internet.

DERECHO PENAL. ÁMBITO DE APLICACIÓN. REFORMA (HONDURAS).

El Poder Legislativo hondureño, por decretos nos. 191-96 y 59-97, del 27 de noviembre de 1996 y 19 de mayo de 1997, respectivamente, introdujo una extensa reforma a numerosos aspectos del Código Penal. En lo que atañe a su ámbito de aplicación y al valor de las sentencias penales extranjeras, el primero de los decretos mencionados reformó los arts. 4 a 6 del Código en los siguientes términos:

“Artículo 4: La ley penal hondureña se aplicará a quienes hayan cometido en el extranjero delitos contra la salud pública, la fe pública, la economía o la seguridad exterior o interior del Estado, regulados en los títulos V, IX, X, XI y II del Libro Segundo del presente Código. Igualmente se aplicará cuando un funcionario o empleado público hondureño haya cometido en el extranjero delitos contra la administración pública nacional regulados en el Título XIII del Libro Segundo, mencionado”.

“Artículo 5: Los tribunales hondureños conocerán, asimismo, de los delitos cometidos en el extranjero cuando el imputado se halle en Honduras y concorra alguna de las situaciones siguientes:

1) Cuando no haya sido juzgado por el delito perpetrado a bordo de un buque o aeronave hondureña, mercante o privada, o cuando habiendo sido juzgado se haya evadido y no haya cumplido total o parcialmente la condena;

2) Si siendo hondureño el imputado se solicita su extradición por el Estado en cuyo territorio se cometió el hecho punible;

3) Si el responsable del delito es funcionario del Gobierno de Honduras y goza de inmunidad diplomática u oficial;

4) Si el responsable del delito cometido contra un hondureño no ha sido juzgado en el país en que aquel se perpetró ni se ha pedido su extradición o cuando habiendo sido juzgado se haya evadido y dejado de cumplir total o parcialmente la condena; y,

5) Cuando de conformidad con los convenios internacionales de que Honduras forme parte, el delito se encuentra sometido a la ley penal hondureña por razones distintas de las mencionadas en los numerales precedentes o lesione gravemente los derechos humanos universalmente reconocidos. Se dará preferencia, sin embargo, a la pretensión del Estado en cuyo territorio se haya cometido el hecho punible con tal que la haga valer antes de que se ejercite en el juzgado hondureño competente la respectiva acción penal”.

“Artículo 6: No tendrán el valor de cosa juzgada las sentencias penales extranjeras recaídas sobre los delitos a que se refieren los Artículos 4 y 5 precedentes. Con todo, la pena que el reo haya cumplido, total o parcialmente, en virtud de algunas de dichas sentencias, o de las dictadas en relación con los numerales 1), 2) y 4) del Artículo 5, anterior, se deducirá de la que se imponga de conformidad con el Derecho hondureño si ambas son de similar naturaleza; si no lo son, se atenuará prudencialmente la nueva pena.

CONGRESO NACIONAL DE HONDURAS, decretos nos. 191-96 y 59-97, del 27-11-1996 y 19-5-1997, respectivamente, en *Gaceta Judicial*, Corte Suprema de Justicia de Honduras, Tegucigalpa, n° 1288, año 1997-1998, pp. 197 y 226.

DERECHO PENAL. PROCESO PENAL. REFORMA. VÍCTIMAS. PROTECCIÓN. QUERRELLANTE (PANAMÁ).

Con fecha 28-5-1998 fue aprobada por la Asamblea Legislativa la ley N° 31 “De la Protección a las Víctimas del Delito”, en atención al Proyecto de Ley que la Corte Suprema, en ejercicio de la iniciativa legislativa conferida por el art. 159 de la Constitución, en

materia de reformas a los Códigos nacionales, sometió a dicha Asamblea.

Las características de la ley son las siguientes:

1. Reconoce a la víctima del delito como nuevo sujeto esencial del proceso penal.
2. Amplía su derecho a intervenir como querellante para el ejercicio de la acción penal y para obtener la indemnización civil por los daños y perjuicios derivados del delito.
3. Consagra el derecho de la víctima a ser oída por el Organo Ejecutivo cuando éste deba decidir sobre la rebaja de pena o sobre la concesión de la libertad condicional a favor del sancionado.
4. Establece el derecho de recibir atención médica de urgencia.
5. Reconoce su derecho a ser informado del progreso y de los resultados del proceso, aun cuando no haya intervenido como querellante.
6. Establece su derecho a ser oído por el juez antes de cada decisión que implique la disponibilidad o suspensión de la acción penal.
7. Para el ejercicio de la acción penal y civil, se elimina el instituto de la acusación particular y se le sustituye por la querrela, la que podrá formalizarse aun verbalmente.
8. Se reconoce a favor de las víctimas de delitos que no tengan suficientes medios económicos, el patrocinio jurídico gratuito del Estado a través del departamento de Asesoría Legal Gratuita para las víctimas del Delito, dependencia que operará dentro de la Corte Suprema de Justicia.
9. Para que no queden en el abandono, se constituye un fondo para proveer asistencia médica o económica inmediata, de manera parcial o total o en forma supletoria, para las víctimas de lesiones corporales, con menoscabo de su salud física y mental derivadas de delitos graves o cuando la persona a cargo de las víctimas haya muerto o quedado física o mentalmente incapacitada por causa del delito.
10. Las víctimas de escasos recursos económicos que califiquen para el patrocinio legal gratuito, podrán pedir el secuestro de bienes sin caución si la cuantía de la demanda y el valor del bien secuestrado no exceden las cinco mil balboas (B/.5,000.00).
11. Se amplía el concepto de víctima no sólo a la persona directamente afectada por el delito, a su cónyuge y a sus parientes cercanos, sino también a las asociaciones con personería jurídica en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se relacione directamente con esos intereses.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE PANAMA, ley n° 31, 29-5-1998.

DERECHOS DEL NIÑO. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. REFORMA (NACIONES UNIDAS-ARGENTINA).

La ley 25.043, promulgada de hecho el 26-11-1998, aprobó la Enmienda al párrafo 2 del art. 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que consta de dos puntos, y que había sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la sesión 97a., el 21-12-1995.

Por el primero de dichos puntos se sustituye la palabra “diez” por la palabra “dieciocho”, en el párrafo 2 del citado art. 43 (“El Comité estará integrado por dieciocho expertos...”).

Por el segundo punto, se “insta a los Estados partes a tomar las medidas apropiadas a fin de que se alcance la mayoría de dos tercios de los Estados partes necesaria para que la enmienda entre en vigor”.

BOLETIN OFICIAL, n° 29.034, 1-12-1998, p. 1.

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIONES DEL ESTADO. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SENTENCIA REPARATORIA (CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-PERÚ).

El 27 de noviembre de 1998, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia de reparaciones y costas, en el caso *Loayza Tamayo*, en acatamiento de lo dispuesto el 17 de septiembre de 1997 (v. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1997*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 1998, p. 207).

En tal sentido, estableció que el Estado del Perú debe,

1. como medidas de restitución:

a) tomar todos los recaudos necesarios para reincorporar a la señora María Elena Loayza Tamayo al servicio docente en instituciones públicas, en el entendimiento de que el monto de sus salarios y otras prestaciones deberá ser equivalente a la suma de sus remuneraciones por esas actividades en los sectores público y privado al momento de su detención, con valor actualizado a la fecha de esta sentencia;

b) asegurar a la señora Loayza Tamayo el pleno goce de su derecho a la jubilación, incluyendo para ello el tiempo transcurrido desde el momento de su detención; y

c) adoptar todas las medidas de derecho interno para asegurar que ninguna resolución adversa que hubiere sido emitida en el proceso a que fue sometida ante el fuero civil la requiriente, produzca efecto legal alguno;

2. como medidas de indemnización compensatoria: pagar a la señora Loayza Tamayo y a sus familiares, en la forma y condiciones que se expresan en la presente, la suma de ciento sesenta y siete mil ciento noventa dólares estadounidenses con treinta centavos (US\$ 167.190,30);

3. como otras formas de reparación: tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los decretos-leyes 25.475 (delito de terrorismo) y 25.659 (delito de traición a la patria) se conformen con la Convención Americana de Derechos Humanos;

4. con respecto al deber de actuar en el ámbito interno: investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias de derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación.

Las medidas dispuestas precedentemente deberán ser ejecutadas dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de este fallo.

Nota de la Secretaría: v., respecto del presente caso, sus antecedentes y las medidas provisionales fijadas por la Corte, en *investigaciones 2* (1997), p. 215.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 27-11-1998, caso *Loayza Tamayo*, comunicado de prensa CDH-CP11/98, San José, 9 de diciembre de 1998.

EUTANASIA. ANULACIÓN DE LA LEY DE EUTANASIA (AUSTRALIA).

El Parlamento Federal de Australia anuló la ley de eutanasia aprobada en el Territorio del Norte de ese país. Hubo cuatro casos en nueve meses de vigencia.

Australia se compone de seis Estados y dos territorios, y el Parlamento Federal puede revocar leyes dictadas por los territorios pero no por los Estados.

El proyecto de anulación tuvo origen en la indignación que provocó en muchos

australianos que una demarcación de menos de 200.000 habitantes se hubiera convertido en el primer lugar del mundo en legalizar la eutanasia. La iniciativa contó con el firme respaldo personal del primer ministro federal, del vice primer ministro y del líder de la oposición, y fue aprobada en la Cámara baja del Parlamento por amplia mayoría en diciembre de 1997, y en el Senado por 38 votos contra 34 a fines de marzo de 1988.

ACEPRENSA (Servicio 59/97 -extracto-), “Fin de la eutanasia legal en Australia”, Internet.

IMPUESTOS. POLÍTICAS. EQUIDAD. DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA (CANADÁ).

En seguimiento de las conclusiones enunciadas en el informe de la Comisión Real de Impuestos de 1996, la legislación fiscal canadiense gravó impositivamente, desde 1972, una parte del beneficio generado a título de ganancia de capital a fin de respetar, especialmente, los principios de equidad vertical y horizontal. La parte recibida en carácter de exención del impuesto constituye una merma de ingresos para el Estado. ¿Quién se beneficia de esto? En 1985, el gobierno conservador introdujo medidas fiscales particularmente llamativas, tendientes a permitir que una ganancia en capital de hasta 500.000 dólares ganada por un particular pudiera ser recibida libre de impuestos. Es demostrable que los miles de millones de dólares que han costado estos programas han beneficiado a un puñado de contribuyentes, cuya gran mayoría tiene ingresos anuales mayores a los 150.000 dólares, y esto, sin que las consecuencias económicas favorables a las masas hayan podido ser demostradas. Las medidas fiscales ligadas a las ganancias en capital favorecen una intensificación de la concentración de la riqueza, mientras que el fardo fiscal colectivo debe ser soportado por los contribuyentes que no tienen los “medios de volverse ricos”. Uno de los objetivos del sistema fiscal es la distribución equitativa de la riqueza. Las estadísticas fiscales testimonian un fracaso al respecto. El Estado, entonces, se vuelve cómplice del agrandamiento de la fosa que separa a las clases.

LAREAU, André (Profesor - Facultad de Derecho, Universidad Laval), “L’Etat complice de la concentration de la richesse”, en *Les Cahiers de Droit*, Facultad de Derecho-Universidad Laval, Quebec, vol. 39, n° 1, 1998, p. 161.

LIBERTAD DE EXPRESION COMERCIAL. ADVERTENCIA SOBRE LA NATURALEZA PUBLICITARIA DE LOS MENSAJES. CONSUMIDORES (FINLANDIA).

Sobre la base de una acción promovida por el Ombudsman de los consumidores, la Corte de Comercio condenó a una estación de difusión radial porque la publicidad inserta entre los programas no estaba claramente anunciada. La Corte admitió que una audición atenta no dejaba dudas en cuanto a la naturaleza publicitaria de los anuncios, pero subrayó que, en general, la personas tienen una o varias ocupaciones mientras escuchan la radio; del hecho de esta distracción, el distingo entre la publicidad y los programas resulta netamente menos evidente. Conforme con numerosos precedentes, la Corte recordó que los mensajes publicitarios deben ser distintos de las otras comunicaciones.

CORTE DE COMERCIO DE FINLANDIA, decisión 1997:6, *Consumer Ombudsman and Consumer Complaint Board*, en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, Ed. Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 1/1998, p. 55.

MERCOSUR. NORMATIVA. CONSEJO DEL MERCADO COMÚN. GRUPO MERCADO COMÚN. COMISIÓN DE COMERCIO (MERCOSUR).

1. Consejo del Mercado Común:

Estrategias de acción en micronutrientes (DEC n° 10/97). Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa Contra las Importaciones Objeto de *Dumping* Provenientes de Países no miembros del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) (DEC n° 11/97). Requisitos Específicos de Origen (DEC n° 16/97). Restricciones No Arancelarias (DEC n° 17/97).

2. Grupo Mercado Común:

Denominación y logomarca MERCOSUR (RES n° 25/97). Procedimiento de verificación de contenido neto de jabones (RES n° 26/97). Reglamento Técnico "Procedimientos de Muestreo y Tolerancias de Productos Comercializados de Unidades de Longitud y Número de Unidades" (RES n° 27/97). Prórroga de la vigencia de las resoluciones GMC Nros. 16/95, 26/95 y 27/95 (RES n° 28/97). Reglamento Técnico sobre Emisión de Gases Contaminantes para Vehículos Automotores Pesados de Ciclo Otto (RES n° 29/97). Buenas Prácticas de Fabricación y Control para las Industrias de Productos Domisanitarios (RES n° 30/97). Régimen de Inspección para Fabricantes o Importadores de Productos Médicos (RES n° 31/97). Reglamento Técnico Mercosur sobre la incorporación de la Tabla N° 1: Clasificación de Alimentos Simulantes, como Anexo de la RES GMC N° 30/92 "Envases y Equipamientos Plásticos en Contacto con Alimentos: Clasificación de Alimentos Simulantes" (RES n° 32/97). Prórroga del uso del N-heptano como simulante de alimentos grasos en los ensayos de migración de envase y equipamientos plásticos (RES n° 33/97). Prórroga de la Parte B de la Lista Positiva de Polímeros y Resinas para Envases y Equipamientos Plásticos en contacto con Alimentos (RES GMC N° 87/93) (RES n° 34/97). Modificación de la RES GMC N° 19/94 "Disposiciones generales sobre envases y equipamientos celulósicos en contacto con alimentos" (RES n° 35/97). Inclusión de nuevos aditivos en la lista positiva de aditivos para materiales plásticos (Modificación RES N° 95/94 GMC) (RES n° 36/97). Modificación RES GMC n° 19/93 "Lista General Armonizada de Aditivos Mercosur" (RES n° 37/97). Asignación de Aditivos. Grupo 3. Helados Comestibles (RES n° 38/97). Reglamento Técnico MERCOSUR "Relación Contractual entre el Titular de Registro en el Estado Parte Productor y su Representante en el Estado Parte Receptor del Mercosur, en el Marco de la Resolución GMC N° 23/95" (RES n° 39/97). Ajuste de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Ccomún (RES n° 40/97). Polo Turístico Internacional Iguazú (RES n° 41/97). Normas Generales Relativas a los Funcionarios de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (RES n° 42/97). Estándar para Acreditación, Habilitación, Funcionamiento, Inspección, Auditoría y Prueba de Referencia de Laboratorios de Análisis de Semillas (RES n° 60/97).

3. Comisión de Comercio:

Dictámenes de Clasificación Arancelaria Nros. 20/97 a 28/97 (DIR n° 13/97). Dictámenes de Clasificación Arancelaria Nros. 29/97 a 37/97 (DIR n° 14/97). Acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento (DIR n° 15/97).

SECRETARIA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR, Normativa, en *Boletín Oficial del*

Mercosur, Montevideo, nros. 3, diciembre 1997, pp. 15/63; y 4, marzo 1998, pp. 13/91.

PENAS. VIGILANCIA ELECTRÓNICA (FRANCIA).

La puesta bajo vigilancia electrónica, como modalidad de ejecución de las penas privativas de la libertad, fue consagrada en Francia mediante la ley 97-1159 (19-12-1997).

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. 206.

PODER JUDICIAL. ORGANIZACIÓN (UGANDA).

La Constitución de Uganda de 1995 estableció la *Judicial Service Commission*, reglamentada por la *Judicial Server Act* de 1997, organismo que reviste particular interés no sólo porque supervisa la designación, disciplina y remoción de los funcionarios judiciales, sino también porque constituye el vínculo entre el Poder Judicial y el público, al tiempo que entrena a los jueces.

Recent Developments, "A New-Style Judicial Service Commission in Uganda", en *Journal of African Law*, Oxford University Press, vol. 42, n° 1, 1998, p. 135.

PRESOS. DERECHO A LA SALUD. CARCELES (CONSEJO DE EUROPA).

El Comité de Ministros del Consejo de Europa efectuó una recomendación sobre "Aspectos éticos y organizativos de los cuidados de salud en los medios penitenciarios" [R (98) 7 a 8 de abril de 1998].

El texto tiene por fin asegurar a las personas detenidas los cuidados médicos necesarios, dentro del respeto a los grandes principios deontológicos y éticos de la medicina, teniendo en cuenta las especificidades de su ejercicio en el medio penitenciario.

Los principios fundamentales son: el acceso al médico, la equivalencia de cuidados, el consentimiento del paciente y la confidencialidad, y la independencia profesional del médico.

Asimismo, se detalla un conjunto de medidas sobre problemas corrientes: enfermedades transmisibles y, en particular, la infección por el HIV y el sida, la tuberculosis, las hepatitis; la toxicomanía, el alcoholismo, la dependencia hacia los medicamentos y la gestión farmacéutica y de los tratamientos médicos; las personas no aptas para una detención continua: discapacitados físicos graves, ancianos, diagnósticos fatales a corto término; síntomas psiquiátricos, problemas mentales y disturbios graves de la personalidad, riesgo de suicidios; rechazo del tratamiento y huelga de hambre; violencia en la prisión, procedimientos y sanciones disciplinarias, contención física, régimen de seguridad reforzado; programas de cuidados específicos, como los psicoterapéuticos; los lazos familiares y el contacto con el mundo exterior, la madre detenida con niños; las requisas corporales, los peritajes médicos y la investigación médica en el medio penitenciario.

CONSEJO DE EUROPA, Actividad del Consejo de Europa en materia de Derechos Humanos, en *Bulletin d'information sur les droits de l'homme*, n° 43, marzo/julio 1998, p. 45.

PROPIEDAD INTELECTUAL. MARCAS Y PATENTES. REGISTRO, OPOSICIÓN (DOCTRINA/FRANCIA).

Por primera vez, una decisión judicial (Tribunal de *grande instance* de París, 23-4-1997) ha hecho aplicación del art. L 711-4.h del Código de la Propiedad Intelectual, que establece el derecho a oponerse a la validez del registro de un signo a título de marca, cuando ello dañare el nombre, imagen o reputación de una colectividad territorial.

En el caso, una sociedad había registrado, para diferentes productos y servicios, una serie de marcas que incluían el nombre de una comunidad, conocida tradicionalmente por sus cuchillos de forma característica.

En tal sentido, fue resuelto que una determinada comuna -sin que se le pueda reprochar no haber asegurado su protección por un depósito de la marca- estaba plenamente fundada para actuar judicialmente a fines de proteger su nombre, y a oponerse al uso comercial de éste, en cuanto dicho uso pueda hacer equivocar al público respecto al origen de los objetos designados, o en cuanto a la eventual garantía que se pudiera esperar de la colectividad. Un nombre semejante es, en consecuencia, indisponible como marca en el sentido de la norma citada.

AZEMA, Jacques (profesor de la Universidad Jean-Moulin -Lyon III-), "Propriété industrielle", en *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, Dalloz, París, 1998, n° 1, p. 144.

SANCIONES ECONOMICAS. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. OBLIGACIONES DEL ESTADO. CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, ARTS. 1, 55 Y 56. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (NACIONES UNIDAS).

Las sanciones económicas están siendo impuestas con frecuencia creciente, tanto en el ámbito internacional, como en el regional y unilateral. Cabe poner énfasis, entonces, en que, cualesquiera fuesen las circunstancias, dichas sanciones deben siempre dar completo cumplimiento a la disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité en ninguna medida pone en cuestión la necesidad de imponer dichas sanciones en los casos que se adecuan al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas o en otras normas aplicables de derecho internacional. Pero las normas de la Carta relativas a derechos humanos (arts. 1, 55 y 56) deben siempre ser consideradas en el sentido de que son plenamente aplicables a dichos casos.

Las disposiciones del Pacto, las cuales, en su totalidad, se encuentran virtualmente reflejadas en otros tratados de derechos humanos y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no pueden ser considerados no operativas, o inaplicables, por el solo hecho de que una decisión haya sido tomada con base en consideraciones relativas a la paz internacional y la seguridad que exigen las mencionadas sanciones.

Estas obligaciones para todos los Estados, nacen de los compromisos de la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto de todos los derechos humanos, y también del Pacto (art. 2.1), y son aplicables sea el Estado afectado por la medida parte del Pacto o no. Si bien el Comité no tiene un papel a jugar respecto de las decisiones que imponen las sanciones, sí tiene la responsabilidad de supervisar el cumplimiento del Pacto por los Estados Partes.

Cabe llamar la atención sobre el hecho de que los habitantes de un país dado no deben ver menoscabados su derechos económicos, sociales y culturales, en virtud de decisiones

acerca de que sus gobernantes han violado normas sobre la paz y la seguridad internacional. El propósito es el de no dar estímulo a dichos líderes, pero no el de minar los legítimos intereses de la comunidad internacional en asegurar el cumplimiento de la Carta y los principios generales del derecho internacional.

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Comentario General n° 8 [UN Doc.E/C.12/1997/8], “The relationship between economic sanctions and respect for economic, social and cultural rights”, en *International Human Rights Reports*, Universidad de Nottingham, Nottingham, vol. 5, n° 2, mayo 1998, pp. 302/305.

SOCIEDADES. SOCIOS. EXCLUSIÓN. CONTROL JUDICIAL (FRANCIA).

El estatuto de una sociedad de capital variable que contiene una cláusula de exclusión que descarta de manera explícita todo control judicial fuera del que corresponda investigar si las formalidades y los derechos de la defensa han sido respetados, no impide a los tribunales, cuando le es planteado, comprobar que la exclusión de un socio no sea abusiva (Corte de Casación francesa, Sala comercial, 21-10-1997).

La solución, si bien fue expresada respecto de las mencionadas sociedades, no carece de alcance general, pues tomó como base, además de la ley especial de 1867, el art. 1382 del Código Civil.

PETIT, Bruno (profesor de la Facultad de Derecho de Grenoble) y **REINHARD, Ives** (profesor de la Universidad Jean-Moulin -Lyon III-), “Sociétés par actions”, en *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, Dalloz, París, 1998, n° 1, p. 169.

NOVEDADES BIBLIOGRAFICAS

A) LIBROS

JACKISCH, Carlota (Compiladora), *Representación política y democracia*, Ed. Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1998, 374 pp.

JAREÑO LEAL, Angeles (Profesora de Derecho Penal - Universidad de Valencia), *Las*

amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1997, 98 pp.

JAVILLIER, Jean-Claude (Profesor - Universidad Pantheon-Assas, París II), *Droit du travail*, Ed. LGDJ, París, 1996, 615 pp.

JORDANO FRAGA, Jesús (Profesor - Universidad de Sevilla), *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 360 pp.

JUANATEY DORADO, Carmen (Profesora de Derecho Penal - Universidad de Valencia), *El delito de desobediencia a la autoridad*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1997, 142 pp.

JUSTE RUIZ, José y otros, *La protección jurídica del medio ambiente*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, 276 pp.

KASTANAS, Elías, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1996, 480 pp.

KELSEN, Hans, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, 147 pp.

KETCHAM, Ralph, *Escritos antifederalistas y debates de la Convención Constitucional de EE.UU.*, Ed. Hacer, Barcelona, 1996, 447 pp.

LASO MARTÍNEZ, José Luis, *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal. Con referencia a las sentencias del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 238 pp.

LEBRETON, Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Ed. Armand Colin, París, 1997, 463 pp.

LECLERCQ, Claude (Profesor - Universidad París XII), *L'Etat fédéral*, Ed. Dalloz, París, 1997, 120 pp.

LENIA, Samuel, *Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, Ed. Conseil de L'Europe, Estrasburgo, 1997, 498 pp.

LETTERON, Roseline (Profesor - Universidad de París-Nord), *Le droit de la procréation*, Ed. Presses Universitaires de France, París, 1997, 127 pp.

LINDE PANIAGUA, Enrique, *Constitución y Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, 446 pp.

LONG, M. (Vicepresidente honorario - Consejo de Estado); **WEIL, P.** (Profesor emérito - Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París); **BRAIBANT, G.** (Presidente de Sección honorario - Consejo de Estado); **DELVOLVÉ, P.** (Profesor - Universidad Pantheon-Assas, París II) y **GENEVOIS, B.** (Consejero de Estado), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Ed. Dalloz, París, 1996, 847 pp.

LONGO, Piero y GHEDINI, Niccolò, *Commentario costituzionale al Codice Penale e alla legge di depenalizzazione*, Ed. CEDAM, Milán, 1996, 503 pp.

LOPEZ RIOS, Pedro (Profesor e investigador - Universidad de Guanajuato; Magistrado - Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado), *La justicia administrativa en el sistema federal mexicano*, Ed. Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 1995, 269 pp.

LUCHAIRE, François (Presidente honorario - Universidad de París I), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Ed. Economica, París, 1987, 501 pp.

MALIGNER, Bernard, *Le contrôle du financement des campagnes électorales. Etude des jurisprudences constitutionnelle, administrative et judiciaire*, Ed. Sirey, París, 1995, 48 pp.

MANIN, Philippe (Profesor - Universidad París I, Pantheon-Sorbona), *Les communautés européennes. L'Union Européenne*, Ed. Pedone, París, 1997, 467 pp.

MARTINES, Temistocle, *Diritto costituzionale*, Ed. A. Giuffrè, Milán, 1997, 981 pp.

MARTINEZ ESTAY, Jorge Ignacio, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, 376 pp.

MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel (Magistrado - Tribunal Supremo); **GONZALEZ RIVAS, Juan José** (Magistrado - Tribunal Supremo); **HUELIN Y MARTINEZ DE VELASCO, Joaquín** (Magistrado especialista en lo Contencioso-Administrativo); y **GIL IBAÑEZ, José Luis** (Magistrado especialista en lo Contencioso-Administrativo), *Constitución Española (con las doctrinas del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Tratados Internacionales suscritos por España y la relación de las leyes dictadas en desarrollo de la Constitución)*, Ed. Colex, Madrid, 1997, 870 pp.

MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, 150 pp.

MASINI, Stefano, *Parchi e riserve naturali. Contributo ad una teoria della protezione della natura*, Ed. A. Giuffrè, Milán, 1997, 225 pp.

MASSAGER, Nathalie, *Les droits de l'enfant à naître*, Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1997, 1013 pp.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier (Profesor de Derecho Constitucional - Universidad de Valladolid), *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, 439 pp.

MATTERA, A. (Profesor - Universidad Libre Internacional de Estudios Sociales de Roma), *La Conférence intergouvernementale sur l'Union européenne: répondre aux défis du XXI siècle*, Ed. Clément Juglar, París, 1996, 380 pp.

MERLE, Roger (Profesor emérito - Facultad de Derecho de Toulouse) y **VITU, André** (Profesor emérito - Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Nancy), *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal General*, Ed. Cujás,

París, 1997, 1068 pp.

MIRANDA SERRANO, Luis María (Profesor de Derecho Mercantil - Universidad de Córdoba), *Denominación social y nombre comercial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 431 pp.

MONTES, Angel Cristóbal (Catedrático de Derecho Civil - Universidad de Zaragoza), *La vía pauliana*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, 211 pp.

MONTOYA MELGAR, Alfredo (Catedrático de Derecho del Trabajo - Universidad Complutense de Madrid), *Derecho y trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, 116 pp.

MORELLI, Mario Rosario, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Ed. CEDAM, Milán, 1996, 179 pp.

MOUSSE, Jean, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union Européenne*, Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1997, 828 pp.

NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 531 pp.

NACIONES UNIDAS, *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral*, Viena, 1997, 31 pp.

NOVO, María y LARA, Ramón (Coordinadores), *El análisis interdisciplinar de la problemática ambiental*. Tomos (I) y (II), Ed. Fundación Universidad Empresa, Madrid, 343 y 342 pp., respectivamente.

PAEMEN, Hugo y BENSCH, Alexandra, *Du GATT à l'OMC. La communauté européenne dans l'Uruguay Round*, Leuven University Press, 1995, 301 pp.

PAPADOPOULOU, Rébecca-Emmanuèla, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1996, 319 pp.

PARISIO, Vera, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Ed. A. Giuffrè, Milán, 1996, 290 pp.

PAUST, Jordan J. (Profesor - Universidad de Houston), *International law as law of the United States*, Ed. Carolina Academic Press, Carolina del Norte, 1996, 491 pp.

PEÑALVER CABRE, Alexandre, *La regulación municipal de los residuos*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, 274 pp.

PEREZ PINEDA, Blanca y GARCIA BLAZQUEZ, Manuel (Profesor - Universidad de Granada), *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*, Ed. Comares, Granada, 1997, 416 pp.

PERSIANI, Mattia (Profesor de Derecho del Trabajo - Universidad de Roma, La Sapienza), *Diritto sindacale*, Ed. Cedam, Milán, 1997, 160 pp.

RADE, Christophe (Profesor - Universidad Montesquieu-Bordeaux IV), *Droit du travail et responsabilité civile*, Ed. LGDJ, París, 1997, 398 pp.

REINA, Víctor (Catedrático - Universidad de Barcelona) y **MARTINELL, Josep María** (Catedrático - Universidad de Lleida), *Las uniones matrimoniales de hecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, 157 pp.

RICHER, Daniel (Presidente - Tribunal Administrativo), *Les droits du contribuable dans le contentieux fiscal*, Ed. LGDJ, París, 1997, 431 pp.

ROSALES, José María (Profesor - Universidad de Málaga), *Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, 277 pp.

ROULAND, Norbert (Profesor - Universidad D'Aix-Marseille III); **PIERRE-CAPS, Stéphane** (Profesor - Universidad de Nancy II); y **POUMAREDE, Jacques** (Profesor - Universidad de Toulouse I), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Ed. PUF, París, 1996, 581 pp.

ROUSSEAU, Dominique (Profesor - Universidad Montpellier I), *Droit du contentieux constitutionnel*, Ed. Montchrestien, París, 1995, 438 pp.

ROUTIER, Richard (Maestro de conferencias - Universidad Francesa de Pacífico), *La responsabilité du banquier*, Ed. LGDJ, París, 1997, 191 pp.

RUBIO-CARRACEDO, José (Profesor - Universidad de Málaga), *Rousseau en Kant*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, 210 pp.

RULLI JUNIOR, Antônio (Profesor de derecho Constitucional - Facultades Metropolitanas Unidas), *Universalidade da jurisdição*, Ed. OM, San Pablo, 1998, 152 pp.

RUIZ VADILLO, Enrique (Magistrado - Tribunal Constitucional), *El derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*, Ed. Colex, Madrid, 1997, 211 pp.

SALVADOR CODERCH, Pablo y **CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa**, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 195 pp.

SANCHEZ GONZALEZ, Santiago (Profesor de Derecho Constitucional - Facultad de Derecho de la UNED), *Los medios de comunicación y los sistemas democráticos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, 150 pp.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El derecho de defensa en las actuaciones administrativas. Situación jurisprudencial*, Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1998, 60 pp.

SANTONASTASO, Felice, *Libertà di iniziativa economica e tutela dell'ambiente. L'attività d'impresa tra controllo sociale e mercato*, Ed. A. Giuffrè, Milán, 1996, 453 pp.

SANZ RUBIALES, Iñigo (Profesor - Universidad de Valladolid), *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 281 pp.

SCHAPP, Jan (Profesor - Universidad de Giessen), *Derecho civil y filosofía del derecho. La libertad en el derecho*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, 99 pp.

SERMET, Laurent, *Convention Européenne de Droits de l'Homme et contentieux administratif français*, Ed. Económica, Francia, 1996, 450 pp.

SIERRA PORTO, Humberto A., *La reforma de la Constitución*, Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1998, 61 pp.

SOURIOUX, Jean-Louis (Profesor - Universidad Pantheon-Assas, París II) y **LERAT, Pierre** (Profesor - Universidad de París-Nord, París XIII), *L'analyse de texte. Méthode Générale et applications au droit*, Ed. Dalloz, 1997, 63 pp.

SUDRE, Frédéric (Profesor - Universidad de Montpellier I), *Droit international et européen des droits de l'homme*, Ed. PUF, Francia, 1997, 422 pp.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY, *Mediación. Un medio alternativo de solución de conflictos*, Montevideo, 1997.

SWINARSKI, Christophe (Delegado Regional para Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay del Comité Internacional de la Cruz Roja), *Principales nociones e institutos de Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1990, 102 pp.

TATO PLAZA, Anxo (Profesor de Derecho Mercantil - Universidad de Vigo), *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 335 pp.

THE CONSTITUTIONAL COUNCIL, *The Constitution of the People's Democratic Republic of Algeria*, Argelia, 1996, 101 pp.

TRONCOSO REIGADA, Antonio, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 503 pp.

VANDERSANDEN, Georges y **DONY, Marianne** (Profesor y Jefe de Trabajo, respectivamente - Universidad Libre de Bruselas), *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1997, 413 pp.

VENTURA ROBLES, Manuel E. (Secretario - Corte Interamericana de Derechos Humanos) y otros, *Sistematización de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1981-1991*, Ed. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1996, 532 pp.

VIDALES RODRIGUEZ, Caty (Profesora de Derecho Penal - Universidad Jaume I), *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1997, 169 pp.

VILLANUEVA Ernesto, *Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo*, Ed. Fragua, Madrid, 1997, 227 pp.

VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge (Profesor - Universidad Pantheon-Assas, París II); **MONTAGNIER, Gabriel** (Profesor - Universidad Jean Moulin, Lyon III) y **VARINART, André** (Profesor - Universidad Jean Moulin, Lyon III), *La Justice et ses institutions*, Ed. Dalloz, París, 1996, 867 pp.

WACHSMANN, Patrick (Profesor - Universidad Robert-Schuman, Estrasburgo III), *Libertés publiques*, Ed. Dalloz, Francia, 1996, 480 pp.

WALTER, Robert, *Kelsen, La Teoría Pura del Derecho y el problema de la justicia*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, 120 pp.

WITTHAUS, Rodolfo Ernesto (Profesor de Derecho Procesal Civil - Universidad de Morón), *Poder judicial alemán*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, 312 pp.

WYLER, Eric (Profesor asistente - Universidad de Neuchâtel), *L'illicite et la condition des personnes privées. La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention Européenne des droits de l'Homme*, Ed. A. Pedone, París, 1995, 361 pp.

YANNAKOPOULOS, Constantin, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Ed. LGDJ, París, 1997, 604 pp.

YOLKA, Philippe, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, Ed. LGDJ, París, 1997, 649 pp.

ZENATI, Frédéric (Profesor - Universidad Jean Moulin), *La jurisprudence*, Ed. Dalloz, París, 1991, 281 pp.

B) PUBLICACIONES PERIODICAS

JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL. Ed. Juris Classeur, París, 1998, tomo 125, n° 1, enero-febrero-marzo.

DOCTRINE: "Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement: Problématique de l'adhésion des pays du Sud", por VADCAR, C. — "Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matière de grands projets d'investissement", por LAMETHE, D. — "Le Code tunisien d'incitations aux investissements", por HORCHANI, F. — **JURISPRUDENCE**: FRANCE, BULLETIN: **Divorce. Impôts et contributions. Jugement étranger. Loi étrangère**, por BARRIERE-BROUSSE, I;

CHAMES, O.; FILLION-DUFOULEUR, B.; KAHN, Ph. y MONEGER, F. — **Chronique**, por HUET, A. — FINLANDIE: **Arbitrage. Contrat. Filiation. Garde des enfants. Testament**, por LANCIN, B. y PENTIZIN, V. — TRIBUNAL ADMINISTRATIFS INTERNATIONAUX, por BERNARD, F. C. — COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, por DECAUX, E.; TAVERNIER, P.; ASCENSIO, H.; BARBIER, S.; BODEAU, P.; DELAPLACE, E.; DE FROUVILLE, O.; LECLERCQ-DELAPIERRE, D.; LEGRAND, V.; RESTENCOURT, S.; POUTIERS, M.; TAMION, E. — CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS (CIRDI), por GAILLARD, E. — **DOCUMENTS: CONVENTIONS INTERNATIONALES PUBLIÉES ET TEXTES LÉGISLATIFS OU RÉGLEMENTAIRES PROMULGUÉS EN FRANCE.** — TEXTES ET TRATÉS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES: **Demandeurs d'asile.**

JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL. Ed. Juris Classeur, Paris, 1998, tomo 125, n° 2, abril-mayo-junio. **DOCTRINE:** “‘Rétablissement du droit du sol’ et réforme du droit de la nationalité (commentaire de la loi n° 98-170 du 16 mars 1998)”, por FULCHIRON, H. — “La fonction des juridictions de l'ordre international”, por DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G. — **JURISPRUDENCE: ITALIE**, por TREVES, T.; BOSCHIERO, N. y CLERICI, R. — TRIBUNAL ET COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES: **Concurrence. Convention de Bruxelles du 27 novembre 1968. Impôts et contributions. Institutions et ordre juridique communautaire. Libre circulation des marchandises. Libre circulation des personnes et des services.** por AURILLAC, M.; BERR, J.; BISCHOFF, J.-M.; GAUTIER, Y.; HERMITTE, M.-A.; HUET, A.; LUBY, M. y MEHDI, R. — **DOCUMENTS: CONVENTIONS INTERNATIONALES PUBLIÉES ET TEXTES LÉGISLATIFS OU RÉGLEMENTAIRES PROMULGUÉS EN FRANCE: Etrangers. Nationalité.**

JOURNAL OF AFRICAN LAW. Ed. Oxford University Press for The School of Oriental and African Studies - University of London, Oxford, 1998, vol. 42, n° 1. **ABSTRACTS:** “Human rights and discrimination: Zambia's constitutional amendment, 1996”, por MBAO, Melvin L. M. — “Voices of the Youth: a South African youth perspective of juvenile justice”, por CHADBOURNE, Julie Dror. — “Chieftaincy jurisdiction and the muddle of constitutional interpretation in Ghana”, por KLUDZE, A. K. P. — “Workers' freedom of association in Botswana”, por MOLATLHEGI, B. — “Competence of a spouse as a witness: some unresolved issues in Botswana”, por QUANSAH, E. K. — **CASES NOTES:** “Policing the perimeter of parliamentary sovereignty: a critique of the decision in Forum Party of Zimbabwe & Others v. Minister of Local Government, Rural and Urban Development & Others (unreported) SC 129/97”, por GOREDEMA, Charles. — “Legitimate expectations and the right to a hearing: lessons from the George Arbi case”, por MARIPE, Bugalo. — “The consent requirement of the Nigerian Land Use Act”, por EZEJIOFOR, Gaius. — “Intestate succession in the states of the former Western Region of Nigeria”, por SAGAY, I. E. — “The ‘parol evidence’ rule in Botswana: choosing equity over inequity”, por QUANSAH, E. K. — **STATUTE NOTE:** “Succession law reformer in Zimbabwe”, por COLDHAM, Simon. — **RECENT DEVELOPMENTS:** “A new-style Judicial Service Commission in Uganda”. — “Reforming the law relating to children in Uganda”. — “New anti-torture law in Cameroon”. — “The power of parliament to commit persons for contempt in Zambia”. — “Copyright and video games in South Africa”. — “Procedure for disclosing witness statements to the defence in Namibia”. — “Compulsory ordering of blood tests clarified”. — “Constitutionality of designating land for compulsory acquisition”. — **INTERNATIONAL DEVELOPMENTS:** “Engendering political decision-making”.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. (Publicación oficial de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España), Madrid, 1997, tomo XLVIII.

JUSTICES. REVUE GENERALE DE DROIT PROCESSUEL. Ed. Dalloz, París, 1997, n° 8, octubre-diciembre.
JUSTICE ET TRAVAIL: “Du juste travail à la justice du travail”, por CADJET, Loïc y GUINCHARD, Serge. — “Travail et justice ou la rencontre de l’inconnu”, por LYON-CAEN, Gérard. — “Les prud’hommes au XIX siècle: une expérience originale de pratique du droit”, por COTTEREAU, Alain. — “Le particularisme de la procédure prud’homale”, por DESDEVISES, Yvon. — “Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail”, por RIVIER, Marie-Claire. — “Le juge administratif et le droit du travail”, por PRETOT, Xavier. — **VARIÉTÉS:** “Les avis de la Cour de cassation en matière de procédures civiles d’exécution”, por DOUCHY, Melina. — “L’expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l’organisation et la responsabilité des experts”, por HERMITTE, Marie-Angèle. — **CHRONIQUES D’ACTUALITÉ:** “Justice administrative”, por DEBOUY, Christian. — “Justice civile”, por WIEDERKEHR, Georges. — “Juridictions de sécurité sociale”, por VACHET, Gérard. — “Droit processuel économique”, por IDOT, Laurence. — “Droit judiciaire international”, por MUIR WATT, Horatia. — “Justices du monde”, por FERRAND, Frédérique; ROBIN, Cécile y NELLES, Ursula.

JUSTICIA PENAL Y SOCIEDAD. Revista Guatemalteca de Ciencias Penales. Ed. Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales de Guatemala, 1997, n° 7, octubre. **INVESTIGACIONES:** “El nuevo procedimiento procesal penal y el uso de la prisión preventiva”, por CETINA, Gustavo. — **DOCTRINA:** “La limitación temporal del encarcelamiento preventivo en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, por BOVINO, Alberto. — “Los presupuestos de la prisión provisional”, por ASECIO MELLADO, José María. — “Situación normativa de la detención provisional en El Salvador”, por AMAYA COBAR, Edgardo A. — “Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, por PASTOR, Daniel R. — “Auto de prisión preventiva. Un caso generalizado de arbitrariedad judicial”, por URBINA, Miguel Angel. — “Prisión preventiva”, por VILLASEÑOR VELARDE, María Eugenia. — “Medidas de coerción en el derecho penal de infantes agresores de la ley penal”, por RODRIGUEZ BARILLAS, Alejandro.

LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE ALGERIENNE (Publicación oficial del Consejo Constitucional de Argelia), Hydra, 1997, n° 1. — **JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE EN MATIÈRE DE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET DE CONFORMITÉ À LA CONSTITUTION.** — **JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE EN MATIÈRE ÉLÉTORALE.** — **DECLARATIONS.**

LEGAL STUDIES. The journal of the Society of Public Teachers of Law. Ed. Faculty of Law, University of Leeds, Leeds, 1997, vol. 17, n° 1, marzo. **ARTICLES:** “Reconciling protection of children with justice for parents in cases of alleged child abuse”, por HAYES, Mary. — “The boundaries of the firm: the theories of Coase, Knight and Weitzman”, por BELCHER, Alice. — “Approaches to broadcasting regulation: Australia and United Kingdom compared”, por HITCHENS, Leslie. — “Negative enforcement of employment contracts in the sports industries”, por McCUTCHEON, Paul. — “Strikes and the contract of employment: a comparison of the laws of Spain and England”, por GARCIA MURCIA, Joaquín y VILLIERS, Charlotte. — “Relativism, reflective equilibrium and justice”, por SCHWARTZ, Justin. — “The application of the ‘broad principle of *Hedley Byrne*’ as between parties to a contract”, by WHITTAKER, Simon.

LEGAL STUDIES. The journal of the Society of Public Teachers of Law. Ed. Faculty of Law, University of Leeds, Leeds, 1997, vol. 17, n° 2, julio. **ARTICLES:** “Shifting images: police-suspect encounters during custodial interrogations”, por BRYAN, Ian. — “A general right to a minimum wage in English Law: an argument from generic consistency”, por BEYLEVELD, Deryck y VILLIERS, Charlotte. — “Estoppel and the protection of expectations”, COOKE, Elizabeth. — “Trawling for a remedy: state liability under Community law”, por DOWNES, T. A. — “Ethics by the pervasive method - the case of contract”, por O’DAIR, D.R.F. — “Euthanasia, pain relief and double effect”, PRICE, David.

LEGAL STUDIES. The journal of the Society of Public Teachers of Law. Ed. Faculty of Law, University of Leeds, Leeds, 1997, vol. 17, n° 3, noviembre. **ARTICLES:** “A library for the modern law school: a statement of standards for university law library provision in the United Kingdom - 1997 revision prepared on behalf of the Society by a Consultative Group to the Libraries Committee”, por DAINTITH, Terence. — “Anarchic armadas, Brussels bureaucrats, and the valiant maple leaf: sexuality, governance, and the construction of British nationhood through the Canada-Spain fish war”, por HERMAN, Didi y COOPER, Davina. — “Civil disobedience as constitutional patriotism”, por BENGOTXEA, Joxerramon y UGARTEMENDIA, Juan Ignacio. — “Classification of obligations and the impact of constructivist epistemologies” por SAMUEL, Geoffrey. — “Mortgage default: possession, relief and judicial discretion”, por HALEY, Michael.

MICHIGAN LAW REVIEW. University of Michigan Law School, Michigan, 1997, vol. 96, n° 3, diciembre. **ARTICLES:** “Pomobabble: postmodern newspeak and constitutional ‘meaning’ for the uninitiated”, por ARROW, Dennis W. — **ESSAY:** “Holmes’ Failure”, por WEINBERG, Louise. — **NOTES:** “Evaluating purely reproductive disorders under the Americans with Disabilities Act”, por LEBOWITZ, Todd. — “A tempered ‘yes’ to the ‘exculpatory no’”, por POMFRET, Scott D. — “A question of intent: aiding and abetting law and the rule of accomplice liability under § 924 (C)”, por ROBINSON, Tyler B.

MICHIGAN LAW REVIEW. University of Michigan Law School, Michigan, 1998, vol. 96, n° 4, febrero. **ARTICLES:** “The political economy of cooperative federalism: why state autonomy makes sense and ‘dual sovereignty’ doesn’t”, por HILLS, Roderick M. Jr. — “Interjurisdictional preclusion”, por ERICHSON, Howard M. — “Realigning corporate governance: shareholder activism by labor unions”, por SCHWAB, Stewart J. y THOMAS, Randall S. — **NOTE:** “Is HIV ‘extraordinary’”, por HANSELL, Jordan B.

MICHIGAN LAW REVIEW. University of Michigan Law School, Michigan, 1998, vol. 96, n° 5, marzo. **ARTICLES:** “Outrageous Fortune and the criminalization of mass torts”, por NAGAREDA, Richard A. — “Plain meaning, practical reason, and culpability: Toward a theory of jury interpretation of criminal statutes”, por BROWN, Darryl K. — “Process, the Constitution, and substantive criminal law”, por BILIONIS, Louis D. — **NOTES:** “Identifying and valuing the injury in lost chance cases”, por AAGAARD, Todd S.

NETHERLANDS INTERNATIONAL LAW REVIEW. Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 1998, n° 1, Vol. XLV. **ARTICLES:** “The Hague Convention on the Protection of Children”, NYGH, P. — “The anti-discrimination principle as an instrument of change in family law”, por FORDER, C. — “Supervision of the execution of the judgements of the European Court of Human Rights: the Committee of Ministers’ role under article 54 of the European Convention of Human Rights”, por KLERK, Y. S. — “Obtaining evidence for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: an overview and assessment of domestic implementing legislation”, por SLUITER, G. — **Netherlands judicial decisions involving questions of private international law:** “Supreme Court, 21 february 1997”, por SUMAMPOUW, M. — “Supreme Court, 16 may 1997, Brandsma q. q. v. Hansa”, por KOPPENOL-LAFORCE, M. E.

NETHERLANDS YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW. Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 1997, vol. XXVIII. **ARTICLES:** “‘General principles of law’, ‘soft’ law and the identification of international law”, por ELIAS, Olufemi y LIM, Chin. — “Human rights in the development policy of the European Community: towards a European world order?”, por KING, T. — “Monitoring compliance and the problem of implementation in international law”, por OETER, Stefan. — “The judgments of the International Court of Justice in the jurisdiction and admissibility phase of *Qatar v. Bahrain*: an example of the continuing need for ‘fact-scepticism’”, por MCHUGO, John. — **DOCUMENTATION:** “Netherlands state practice for the parliamentary year 1995-1996”, por DE KEUNING, C. W. J. L. — “Treaties and other international agreements to which the Kingdom of the Netherlands is a party conclusions and developments 1996”, por JONKHOFF, A. H. — “Netherlands municipal decisions involving questions of public international law, 1996”, por BARNHOORN, L.A.N.M. — “Netherlands judicial decisions involving questions of public international law, 1995-1996”, por BARNHOORN, L. A. N. M. — “Dutch literature in the field of public international law and related matters, 1996”, por DE KEUNING, C. W. J. L.

NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW. New York, n° 1, Vol. 73, 1998, abril. **MADISON LECTURE:** “Against constitutional theory”, por POSNER, Richard A. — **ARTICLES:** “City services”, por FRUG, Gerald E. — “Rethinking retroactive deportation laws and the due process clause”, por MORAWETZ, Nancy. — “An odyssey through copyright’s vicarious defenses”, por NIMMER, David. — **NOTES:** “The constitutionality of the Good Friday Holiday”, por BROOKMAN, Justin. — “Forgive us our sins: the inadequacies of the clergy-penitent privilege”, por COLOMBO, Ronald J. — “Closing the loophole in the private securities litigation reform act of 1995”, por KOU, Julia C. — “When men are victims: applying rape shield laws to male same-sex rape”, por KRAMER, Elizabeth J.

NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW. New York, n° 2, Vol. 73, 1998, mayo. **ARTICLES:** “The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy”, por FRIEDMAN, Barry. — “The functions of trust law: a comparative legal and economic analysis”, por HANSMANN, Henry y MATTEI, Ugo. — **NOTES:** “The due process right to opt out of class actions”, por COTTREAU, Steven T. O. — “Incremental identities: libel-proof plaintiffs, substantial truth, and the future of the incremental harm doctrine”, por KITE, Kevin L. — “The struggle against hate crime: movement at a crossroads”, por MARONEY, Terry A. — “Buying time for survivors of domestic violence: a proposal for implementing an exception to welfare time limits”, por MASON, Jennifer M. — “Dangerous children and the regulated family: the shifting focus of parental responsibility laws”, por SCHMIDT, Paul W.

NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW. New York, n° 3, Vol. 73, 1998, junio. **ARTICLES:** “Constructing a jury that is both impartial and representative: utilizing cumulative. Voting in jury selection”, por ADAMS, Edward S. y LANE, Christian J. — “The inadequate search for ‘adequacy’ in class actions: a critique of *Epstein v. MCA, Inc.*”, por KAHAN, Marcel y SILBERMAN, Linda. — “The commonplace second amendment”, por VOLOKH, Eugene. — **RESPONSE:** “The unitary second amendment”, por WILLIAMS, David C. — **REJOINDER:** “The amazing vanishing second amendment”, por VOLOKH, Eugene. — **NOTES:** “The defense of marriage act: congress’s use of narrative in the debate over same-sex marriage”, por BUTLER, Charles J.

OASIS (Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales). Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, n° 95. “El nuevo sistema internacional”, por GILHODES, Pierre. — “¿El retorno de los nacionalismos?”, por GUERRERO, Juan Carlos. — “Yugoslavia: el agitado corazón de los balcanes”, por GUERRERO, Juan Carlos. — “Venezuela: cercano y distante”, por MEJIA, Adriana. — “Brasil: vecino: cercano y gigante desconocido”, por GILHODES, Pierre.

OASIS (Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales). Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, n° 96. “El sistema internacional, ¿incertidumbres?”, por GILHODES, Pierre. — “Rusia: ¿de potencia mundial a potencia regional?”, por GUERRERO, Juan Carlos. — “Mercosur: lo que es y lo que quiere ser”, por GUERRERO, Juan Carlos. — “Venezuela: el reto del ajuste político y económico”, por MEDINA GERENA, Luz Amparo. — “Cuba: las encrucijadas de la reforma económica”, por GUERRERO, Juan Carlos. — “La justicia internacional y los casos individuales de violación de derechos humanos”, por VELA ORBEGOZO, Bernardo.

OASIS (Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales). Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, n° 97. “Política exterior del Brasil: ¿Un país que juega como gran potencia?”, por GUERRERO, Juan Carlos y MENZA PELAEZ, Carla. — “La Unión Europea en el mundo de la postguerra fría: ambiciones y realidades”, por GUERRERO, Juan Carlos. — “El sentido de la misión en la política exterior de los Estados Unidos”, por MALAGON S., María Margarita. — “El proceso de paz en el Medio Oriente: entre los fundamentalismos y la esperanza”, por RINCON, Tatiana y PECKEL, Marcos. — “El fenómeno regional en Europa Occidental”, por CARBONELL HIGUERA, Carlos Martín. — “Cultura global: hacia la redefinición de los roles de cultura, Estado y economía”, por CABRERA, Marta Jimena. — “Crimen organizado internacional, violencia y terrorismo”, por CASTRO URREGO, Cristian Darío y ESPINOZA, Ludmila.

RACCOLTA UFFICIALE DELLE SENTENZE E ORDINANZE DE LA CORTE COSTITUZIONALE (Publicación Oficial de Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Italia). Roma, 1995, vol. CXVIII.

RASSEGNA MENSILE DELL'ATTIVITA' DELLA CORTE (Publicación oficial de jurisprudencia de la Corte Constitucional de Italia). Roma, 1998, enero-febrero-marzo-abril-mayo-junio-julio.

RECOPIACION DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Publicación oficial de las Comunidades Europeas), Luxemburgo, 1997, Parte I, Tribunal de Justicia: nros. 11 y 12 y Parte II, Tribunal de Primera Instancia: n° 11/12; 1998, Parte I, Tribunal de Justicia: nros. 1, 2 y 3 y Parte II, Tribunal de Primera Instancia: n° 1/2.

RECUEIL DALLOZ. París, 1998, nros. 13 a 28, abril-mayo-junio-julio.

REPertoire DE DROIT COMMUNAUTAIRE. Ed. Dalloz, París, 1997/1998, tomos 1, 2 y 3. Publicación trimestral actualizada de legislación y jurisprudencia de derecho comunitario europeo.

REVIEW OF THE AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS / REVUE DE LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES. Ed. The African Society of International and Comparative Law, Banjul, 1996-97, vol. 6, partes 1 y 2. **EDITORIAL:** "Le sens de notre développement", NGUEMA, Isaac. — **ARTICLES:** "Human Rights Education in Tanzania", por MAHALU, Costa R. — "The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: an Evaluation of the Language of Duties", por WA MUTUA, Makau. — "La Charte de Banjul et l'empreinte de la cultura africaine: une évaluation du langage des obligations (traduit de l'anglais)", por WA MUTUA, Maka. — "Droit de l'homme à la paix et culture de la paix", por BEDJAOUI, Mohammed. — "De la violence en Afrique à l'aube du 21 siècle", NGUEMA, Isaac. — **DOCUMENTATION - LEGAL MATERIALS:** "Neuvième rapport annuel d'activités de la Commission". — "Ninth Annual Activity Report of the Commission". — "Plan d'action de Maurice". — "The Mauritius Plan of Action". — **JURISPRUDENCE - CASE LAW:** "Décision de la Cour constitutionnelle du Bénin (Décision DCC 96-015, 20, 21 et février 1996, Kouandété c. Bénin).

REVISTA CUBANA DE DERECHO. Ed. Unión Nacional de Juristas, La Habana, 1994/1995, n° 10, enero-diciembre. **SUMARIO:** "Código de Ética -aprobado por el 4to Congreso de la Unión Nacional de Juristas de Cuba el 25 de enero de 1995-". — "El ABC de la tributación de la inversión extranjera en Cuba", por MESQUIDA DEL CUETO, Master Raysa María. — "I Conferencia Científica Internacional sobre la ilegalidad de la Base Naval de Guantánamo". — "Respaldo constitucional a las inversiones extranjeras", por MARILL, Emilio. — "Retos y perspectivas del notario latino en el mundo moderno", por CHINEA GUEVARA, Josefina. — "La legítima defensa de los bienes patrimoniales", por FRAGA REGO, Olga y LOPEZ PERTIERRA, Raúl. — "La justicia penal en la transición a la democracia en América Latina", por BINDER, Alberto M.

REVISTA CUBANA DE DERECHO. Ed. Unión Nacional de Juristas, La Habana, 1996, n° 11, enero-diciembre. **SUMARIO:** "Seminario Internacional de Administración de Justicia en América Latina". — "La justicia constitucional en América Latina", por MORA MORALES, Luis Paulino. — "Los desafíos de la Justicia Constitucional en América Latina", por FERNANDEZ BULTE, Julio. — "La reforma del sistema de administración de justicia penal en Latinoamérica", por MAIER, Julio B. J. — "La oralidad como facilitadora de los fines, principios, garantías del proceso penal", por GONZALEZ A., Daniel. — "Tendencias actuales del derecho penal económico en América Latina. Necesidad de un nuevo modelo", BAIGUN, David. — "Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal en América Latina", por BINDER, Alberto.

REVISTA DA ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA. Ed. Associação Paulista de Magistrados, San Pablo, 1997, n° 2, enero/abril. **DERECHO CIVIL E PRECESSUAL CIVIL:** “Alimentos na união estável”, por DE OLIVERA, Euclides Bedito. — “A união estável e seu suporte constitucional”, por MOELLER, Oscarlino. — “O direito do autor”, por BITTAR, Carlos Alberto. — “Condomínio fechado horizontal”, por DE PAULA SALLES, Venicio Antonio. — **DIREITO CONSTITUCIONAL:** “Terço salarial previsto no art. 7° da CF - exclusão dos juízes aposentados”, por PINHEIRO FRANCO, Nelson. — “A consociação entre os princípios da irretroactividade e da anterioridade da Lei Tributária”, por VIANNA PESSOA DE MENDONÇA, María Luiza. — **DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL:** “Interrogatório, confissão e direito ao silêncio no processo penal”, por DE SOUZA NUCCI, Guilherme. — **DIREITO INTERNACIONAL, COMUNITÁRIO E MERCOSUL:** “Estado Nacional e jurisdição supranacional”, por VIANA SANTOS, Antonio Carlos. — **DEBATE:** “Mobilização da justiça para a cidadania”, por VIANA SANTOS, Antonio Carlos; AFFONSO FERREIRA, Manuel Alceu; CENEVIVA, Walter; BARRETO, Dráusio y GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives. — “Abertura do ano judiciário de 1997”, por DE MELLO FILHO, José Celso. — “O Estado, a Reforma Agrária e o Pontal do Paranapanema”, DOS SANTOS, Belisário, Jr. — “Planejamento para a justiça”, por SCHIESARI, Nelson. — “Eles e nós”, AFFONSO FERREIRA, Manuel Alceu.

REVISTA DA ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA. Ed. Associação Paulista de Magistrados, San Pablo, 1997, n° 3, mayo/octubre. **DERECHO CIVIL E PRECESSUAL CIVIL:** “O reconhecimento *ex officio* do caráter abusivo da cláusula de eleição de foro”, MARCATO, Antonio Carlos. — “Ministério Público: exame de sua legitimidade para impetrar segurança e para a defesa de interesses individuais homogêneos”, por SILVA SALVADOR, Antonio Raphael. — “A reforma do CPC: o agravo”, por VASCONCELOS VIANA, Juêncio. — “O dano moral causado por ato jurisdicional”, por FEDERIGHI, Wanderley José. — **DIREITO CONSTITUCIONAL:** “Sobre a produção legislativa e a normativa do direito oficial: o chamado ‘efeito vinculante’”, por GRAU, Eros Roberto. — “E inconstitucional a CPME?”, por ICHIHARA, Yoshiaki. — **DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL:** “Algumas considerações sobre a imputabilidade no direito brasileiro”, por NOGUEIRA FILHO, Waldemar. — **DIREITO COMERCIAL:** “A petição inicial do requerimento de falência ante a Súmula 29”, por BEZERRA FILHO, Manoel Justino. — **DIREITO AMBIENTAL:** “Sanções administrativas ambientais”, por LAZZARINI, Alvaro. — **DIREITO INTERNACIONAL, COMUNITÁRIO E MERCOSUL:** “O Protocolo de Brasília, o Protocolo de Las Leñas e as relações interjurisdicionais”, por RULLI JUNIOR, Antonio. — **DEBATE:** “Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI”, por CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. — “Porque uma escola de governo”, por KONDER COMPARATO, Fábio. — “Lições de uma pesquisa”, por NALINI, José Renato. — “Aspectos do Poder Judiciário”, por PINHEIRO FRANCO, Nelson. — **ESCOLAS DA MAGISTRADOS:** “Educação e justiça supranacional”, por LAGRASTA NETO, Gaetano. — **CENTRO DE ESTUDOS - CEDES:** “A obrigatoriedade ou não do alongamento das dívidas rurais”, por NADER, Henrique.

REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, n° 144, septiembre-diciembre. **ESTUDIOS:** “Reflexiones sobre las privatizaciones”, por MARTIN-RETORTILLO BAQUER,

Sebastián. — “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)”, por MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. — “Las oposiciones a cátedras”, por DEL SAZ CORDERO, Silvia. — “El régimen jurídico de las costas españolas: la concurrencia de competencias sobre el litoral. Especial referencia al informe preceptivo y vinculante de la Administración del Estado”, por GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. — “Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública”, por GIMENO FELIU, José María. — **JURISPRUDENCIA. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS:** “La fiscalización jurisdiccional de las pruebas tipo test para el acceso a la función pública”, por ALONSO MAS, María José. — “La sobreexplotación grave de los acuíferos (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y de 14 de mayo de 1996)”, por BARRIOBERO MARTINEZ, Ignacio. — “El nuevo mercado de las ideas (sobre la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del caso *Internet*)”, por FAYOS GARDO, Antonio. — “La eficacia de las sentencias contencioso-administrativas: entre la dogmática y la ingeniería judicial”, por GOMEZ DIAZ, Ana Belén. — **NOTAS. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO:** “En general”, por FONT I LLOVET, Tomás y TORNOS MAS, Joaquín. — “Personal”, por ENTRENA CUESTA, Rafael. — **CRÓNICA ADMINISTRATIVA. ESPAÑA:** “Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las administraciones públicas”, MOREU CARBONELL, Elisa. — “Crónica sobre el curso ‘Problemas actuales del Derecho Ambiental’”, por SETUAIN MENDIA, Beatriz. — **EXTRANJERO:** “Günter Dürig (*in memoriam*)”, por SOSA WAGNER, Francisco. — “¿Hacia un nuevo sector público? (De sus consistentes fundamentos mexicanos)”, por CORTIÑAS PELAEZ, León y JUAREZ-GARCIA, Luciano. — “Regulación actual del consorcio administrativo en Italia: últimas tendencias”, por NIETO-GARRIDO, Eva.

REVISTA DE DERECHO. Ed. Universidad de Concepción, Concepción, 1995, n° 200, julio-diciembre. “El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones”, por PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. — “¿Inhabilidad irregular incongruente?”, por OBERG YAÑEZ, Héctor. — “La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980”, por BIDART HERNANDEZ, José. — “Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer”, por BUSTAMANTE SALAZAR, Luis. — “Situación tributaria del mayor valor obtenido en la enajenación de vehículos efectuada por transportistas acogidos a presunción de renta”, por EMILFORK SOTO, Elizabeth. — “En la agonía del Código de Procedimiento Penal: méritos, deméritos y homenaje”, por ROJAS SEPULVEDA, Mario. — “La responsabilidad civil en materia de medio ambiente. A propósito del proyecto de convenio del Consejo de Europa y el libro verde de la Comisión de las Comunidades Europeas”, por LARROUMET, Christian. — “Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)”, ZUÑIGA URBINA, Francisco. — “La interpretación según el título preliminar del Código Civil”, VALLET DE GOYTISOLO, Juan. — **JURISPRUDENCIA:** 1. “Nulidad de contrato de hipoteca. Tradición de hipoteca. Nulidad y otras sanciones”. — 2. “Irrevocabilidad de acto administrativo que generó derecho para el administrado. Derechos adquiridos. Patente comercial. Permiso de corta de árboles”. — 3. “Seguro de desgravamen. Deber de información. Obligación de informarse. Mala fe del asegurador”. — 4. “Ruptura culpable de tratativas contractuales”, por DOMINGUEZ AGUILA, Ramón; DOMINGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen.

REVISTA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, vol. I, n° 3, enero-junio. **ESTUDIOS:** “La reforma institucional en el Tratado de Amsterdam”, por MANGAS

MARTIN, Araceli. — “La refundación de la libre circulación de personas, *Tercer Pilar y Schengen*: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, por VALLE GALVEZ, Alejandro. — “El Tratado de Amsterdam y la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión: análisis crítico desde la óptica del Parlamento Europeo”, por FERNANDEZ FERNANDEZ, José Javier. — “¿Existe un espacio público europeo?”, por HÄBERLE, Peter. — “El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho Internacional Privado comunitario?”, por GUZMAN ZAPATER, Mónica. — **NOTAS:** “Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial (comentario a las sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, *Kalanke* y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, *Marschall*)”, por MILLAN MORO, Lucía. — “La flexibilidad en el Tratado de Amsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada”, por MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, José. — “La sentencia ‘Loendersloot’: el reetiquetado en las importaciones paralelas”, por GONZALEZ VAQUE, Luis. — “Las obligaciones de los Estados miembros durante el plazo de transposición de las directivas (comentario a la sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie*)”, por GONZALEZ ALONSO, Luis N. — “Los derechos de ciudadanía y otros derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión: de Maastricht a Amsterdam”, por BLAZQUEZ PEINADO, María Dolores.

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. (Publicación oficial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador), San Salvador, 1997, n° 22, enero-marzo, Tomo I. **DOCTRINA:** “Derecho a la información y acceso a la jurisprudencia”, por SANCHEZ ROMERO, Cecilia. — “La Sala de lo Constitucional en defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Tres medios, dos acontecimientos y una reflexión”, por PARADA GAMEZ, Guillermo Alexander. — **MAXIMARIO: Jurisprudencia constitucional. Inconstitucionalidades. Hábeas corpus.** — Tomo II. Amparos.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE LA HACIENDA PUBLICA. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1998, tomo XLVIII, n° 247, enero-marzo. **ESTUDIOS:** “La inclusión de las obligaciones a cuenta en la deuda tributaria”, por GOROSPE OVIEDO, Juan Ignacio. — “Principios básicos de justicia tributaria en la fiscalidad romana”, por BLANCH NOUGUES, Juan Manuel. — “Análisis de las técnicas de control financiero, gestión y seguimiento de los planes y fondos de pensiones en el ámbito de las competencias del Ministerio de Economía y Hacienda”, por CABRERA-PEREZ CAMACHO, Miguel. — “Consideraciones sobre la nueva financiación autonómica”, por DE LA CRUZ RODRIGUEZ, Baltasar. — “La reserva de ley en materia de cotizaciones sociales. Nuevos avances”, por IBAÑEZ GARCIA, Isaac. “Anexo de actualización”. — **FISCALIDAD INTERNACIONAL:** “Balance y perspectivas de la armonización fiscal en la Unión Europea: del régimen transitorio al régimen definitivo del IVA”, por CALLE SAIZ, Ricardo. — “El régimen especial de IVA para los productores agrarios en la Unión Europea”, por GOMEZ-LIMON RODRIGUEZ, José Antonio y BERBEL VECINO, Julio.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL. Madrid, 1997, n° 226, octubre-diciembre. “Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?”, por GONDRA, José María. — “El gobierno de las compañías mercantiles: teoría, materiales y

práctica”, por BISBAL I MENDEZ, Joaquim. — “Depósito y publicidad de documentos contables en las sociedades de capital”, por VAZQUEZ CUETO, José Carlos. — **VARIA:** “Desregulación en el derecho de sociedades: un estatuto flexible para las filiales comunes y sociedades intragrupo”, por RUIZ PERIS, Juan Ignacio. — “La sentencia ‘Kontongeorgas’ del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y sus repercusiones sobre el derecho de agencia español y alemán”, por HABERSACK, Mathías y MARTINEZ SANZ, Fernando. — “La protección del color único como marca en Estados Unidos: de la *Per se prohibition* a la *Rule of reason*”, por PELLISE CAPELL, Jaume y SOLANELLES BATLLE, María Teresa. — **LEGISLACIÓN:** “Reseña de legislación mercantil (julio a septiembre de 1997)”, por GIL CONDE, Sylvia. — **JURISPRUDENCIA:** “Reseña de jurisprudencia mercantil del Tribunal Supremo (enero a junio de 1997)”.

REVISTA DE DERECHO PENAL. (Publicación oficial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador), San Salvador, 1996-1997, n° 1, julio. **DOCTRINA:** “La función del Derecho Penal en el Estado de Derecho”, por DEL CID FLORES, Evelin Carolina. — **MAXIMARIO:** sentencias. — **CASACIÓN PENAL:** sentencias 1996/7. Inadmisibilidades 1996/7.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, n° 1, enero-junio. **CONTENIDO:** “Los principios generales del Derecho: Aplicación y perspectivas”, por HINESTROSA, Fernando. — “Visión tridimensional de la persona jurídica”, por FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. — “Reflexiones sobre la franquicia”, por MONTOYA MATEUS, Fernando. — “El tema de la sociedad unipersonal”, por CORDOBA A., Pablo Andrés. — “La responsabilidad del operador de transporte multimodal en la legislación andina”, por SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo. — “Régimen patrimonial en el matrimonio y entre compañeros permanentes”, por DURAN BLANCO, Hedilberto. — “Ley de insolvencia”, por ARIAS VARONA, Javier.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, n° 2, julio-diciembre. **CONTENIDO:** “La responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados con el funcionamiento anormal de la administración de justicia”, por SUAREZ HERNANDEZ, Daniel. — “La norma jurídica”, por CORTES, Edgar. — “La nueva ley española de sociedades de responsabilidad limitada”, por FARRANDO MIGUEL, Ignacio. — “Las personas jurídicas en el ámbito del Derecho Civil”, por LEON VERGARA, César Evaristo. — “Sociedades matrices y subordinadas en la Ley 222 de 1995”, por CEBALLOS, Alvaro. — “La familia en la Constitución de 1991”, por IGUARAN ARANA, Mario Germán. — “La igualdad en la familia”, por DURAN ACUÑA, Luis David. — “Notas sobre el acuerdo recuperatorio en Colombia”, por ALARCON ROJAS, Fernando. — “La conciliación extraprocésal en Derecho de Familia y Civil”, por GUTIERREZ SARMIENTO, Carlos Enrique. — “Los sucedáneos de la carga de la prueba y la conducta procesal de las partes como medio de prueba”, por ROJAS SUAREZ, Jimmy.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, n° 99, enero-marzo. **ESTUDIOS:** “Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa comunitaria”, por PEREZ CALVO, Alberto. — “¿Brecha en el molde americano? Candidatos de terceros partidos en las elecciones presidenciales norteamericanas de 1996”, por CASADO GARCIA, Yolanda. — “Neoliberalismo, hegemonía y nuevo orden. Estrategia y resultante social en Latinoamérica”, por PALACIOS ROMEO, Francisco J. — “El secreto de Estado en el ordenamiento jurídico-constitucional italiano”, por FERNANDEZ DELGADO, Carlos. — “Castelar y la República posible. El republicanismo del sexenio revolucionario, 1868-1874”, por VILCHES GARCIA, Jorge. — **NOTAS:** “Presidencialismo versus Parlamentarismo: dos enfoques contrapuestos”, por NOHLEN, Dieter. — “Algunas consideraciones sobre el control de las actas electorales en el derecho comparado y en la historia constitucional española”, por PARDO FALCON, Antonio. — “La jurisprudencia iuscomunitaria del Tribunal Constitucional a doce años de la integración española en las comunidades europeas”, por LOPEZ CASTILLO, Antonio. — “El fortalecimiento de las relaciones entre la Unión Europea y América Latina: nuevas perspectivas para una PESC global, coherente y autónoma”, por FERNANDEZ FERNANDEZ, José Javier J. — “Ideología y libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-1990)”, por ROLLNERT LIERN, Góran. — “La reiteración de los decretos leyes en Italia y su análisis desde el ordenamiento constitucional español”, por NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. — “La regla de supletoriedad a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo: continuidad y renovación del derecho estatal”, por SANCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. — “La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio)”, por MARTIN VIDA, María Angeles. — **CRONICAS Y DOCUMENTACIÓN:** “Las paradojas de la protección de las minorías en el proceso de federalización de Bélgica”, por UYTENDAELE, Marc. — “Evolución reciente y configuración actual del mapa electoral vasco”, por FUNES, María Jesús.

REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS. Ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, n° 91. **DOCTRINA:** “Contribución al estudio del referendo en el derecho venezolano”, por GIRAUD TORRES, Armando A. — “La patente de industria y comercio y los problemas de doble tributación”, por GRISANTI BELANDRIA, Rosibel. — “Aspectos de Derecho Internacional Privado de los principios para los contratos mercantiles internacionales elaborados por UNIDROIT”, por PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. — “Iguales *ma no troppo*. La condición jurídica de la mujer en Venezuela en el siglo XIX”, por PEREZ PERDOMO, Rogelio y SAN JUAN, Miriam. — “Introducción a la libertad sindical”, por VILLASMIL PRIETO, Humberto. — **LEGISLACIÓN:** “Derecho de autor y copyright en la reciente reforma venezolana”, BENTATA, Dana. — “Los derechos humanos y la reforma de la Ley Antidrogas”, por BORREGO, Carmelo. — **DECISIONES JUDICIALES:** “La competencia de la Corte Suprema de Justicia para declarar la nulidad de los actos legislativos: el caso *Carlos Andrés Pérez*”, por SUAREZ M., Jorge Luis.

REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS. Ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, n° 92. **DOCTRINA:** “Cobertura constitucional para la aplicación del derecho supranacional en Venezuela”, por LINARES BENZO, Gustavo José. — “La constitucionalidad del artículo 7 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos”, por SUAREZ M., Jorge Luis. — **LEGISLACIÓN:** “Demanda de

nulidad, y recurso de amparo constitucional, contra algunas disposiciones de la Ley de Protección Civil y de regulación de emergencias en instituciones financieras (...) y contra la Resolución (...de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras...) N° 031-04, de 23 de marzo de 1994", por MUCI-ABRAHAM, José; MUCI BORJAS, José Antonio y PACHECO SANFUENTES, Verónica. — **TRABAJOS DE ASCENSO:** "El trabajo penitenciario en Venezuela: teoría, legislación y realidad" por MORAIS DE GUERRERO, María G. — **COLABORACIONES INTERNACIONALES:** "El nuevo Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval", por VIGIL TOLEDO, Ricardo. — **COLABORACIONES DEL POSTGRADO:** "La suspensión de garantías constitucionales como medio para instrumentar la política de intervención del Estado", por CRAZUT, Ramón. — **COLABORACIONES DEL PREGRADO:** "El Poder Judicial frente a la Administración Pública en resguardo de la normativa subregional andina", por RODRIGUEZ PECANINS, Oscar Andrés.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO. Montevideo, 1997, n° 12, julio-diciembre. **DOCTRINA:** "La función utópica en el discurso hispanoamericano sobre lo cultural. Resignificaciones de 'Civilización-Barbarie' y 'Ariel-Caliban' en la articulación de nuestra identidad", por ACOSTA, Yamandú. — "La designación de agentes de retención y otros responsables tributarios en el IRIC, el IVA y el impuesto a las pequeñas empresas", por BLANCO, Andrés y PINTOS, Horacio. — "El riesgo aviatorio y el contrato de transporte aéreo internacional a la luz del Convenio de Varsovia", por CAPUTO, Alfredo. — "Derecho ambiental. Mecanismos preventivos y punitivos a la luz de las Reformas a la Constitución introducidas en 1996", por CASAUX, Gastón. — "Mediación y proceso de familia", por MACHADO URIARTE, Enrique. — "Evaluación del aprendizaje en la enseñanza del derecho", por MARENALES, Emilio. — "Algunas consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos sobre ordenación del territorio en el nuevo Código Penal Español", por SILVA FORNE, Diego. — "La población reclusa en las cárceles y su proceso de resocialización en el sistema penitenciario del Uruguay", por CAMPAGNA, Ernesto. — "Control internacional de legalidad. Jurisprudencia en derechos humanos", por URIOSTE BRAGA, Fernando. — **JURISPRUDENCIA:** "Primera sentencia penal sobre piratería de software analizada a la luz de la informática jurídica", por DELPIANO ASCENCIO, Héctor Miguel. — **INFORMACIONES:** "Conferencia y mesa redonda sobre 'contenidos actuales del derecho internacional privado; enseñanza y programa de la disciplina'". — "El Plan Piloto 1997", por MARTÍNEZ SANDRES, Fernando.

REVISTA DERECHO DEL ESTADO. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, n° 1, enero. **ARTÍCULOS:** "60 años de la reforma constitucional de 1936", por HINESTROSA, Fernando. — "La sangre del espíritu", por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. — "Sobre el estatuto jurídico de la Corona en la Constitución española de 1978", por FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. — "Reforma constitucional del Parlamento francés. Volverá a ser lugar privilegiado para el debate político", por CHIRAC, Jacques. — "Democracia instrumentalizada vs. Estado de Derecho", por MORELLI, Sandra. — "Alemania: 50 años de paz. De la capitulación incondicional a la unidad alemana", por VILLAR BORDA, Luis. — "El Estado", por VELASQUEZ TURBAY, Camilo. — "El medio ambiente y los estados de excepción", por AMAYA NAVAS, Oscar Darío. — "Responsabilidad del Estado por la inactividad jurisdiccional en la ley estatutaria", por HERRERA BARBOSA, Benjamín. — "Estado Social de Derecho e impartición de justicia en Colombia", por TOBO RODRIGUEZ, Javier. — "La transmisión de enfermedades y el Derecho", MEDINA, Graciela. — "Gerardo Molina: Las condiciones

sociales de la libertad”, por CATAÑO, Gonzalo. — “Lineamientos teóricos y metodológicos para la investigación jurídica”, por Departamento de Derecho Público. — “Oposición y exposición de la reforma constitucional de 1936”, *Documenta Histórica*.

REVISTA DERECHO DEL ESTADO. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, n° 2, julio. **ARTÍCULOS:** “Poder y legitimidad”, por GARCIA, Eloy. — “Democracia, parlamento y representación”, por ARAGON, Manuel. — “La descentralización política como forma de modernizar el Estado: el ejemplo español”, por BUSTOS GISBERT, Rafael. — “La investigación parlamentaria en España y el entorno europeo”, por MORA DONATTO, Cecilia Judith. — “Reflexiones sobre la política fiscal colombiana”, RESTREPO, Juan Camilo. — “Un ejemplo del carácter de gravamen de la vía gubernativa para los administrados”, por CAMPO CABAL, Juan Manuel. — “Principio de subsidiariedad y medio ambiente en la Unión Europea”, por MOLINA DEL POZO, Carlos F. — “División de poderes y fuentes del derecho: sus relaciones en el ordenamiento constitucional mexicano”, por CARBONELL SANCHEZ, Miguel. — “La tutela como instrumento de paz”, por GAVIRIA DIAZ, Carlos. — “Modernización de la administración tributaria: tres experiencias”, por PIZA R., Julio Roberto. — “El derecho administrativo en Colombia y la modernización del Estado”, por ATEHORTUA RIOS, Carlos Alberto. — “Los diez mandamientos de las democracias postmoralistas”, por LIPOVETSKI, Gilles. — “Evolución histórica de la jurisdicción administrativa en el derecho mexicano”, por OSPINA MOSQUERA, Norma Constanza. — “Puente entre dos generaciones”, por PUYO VASCO, Luz Aurelia. — “Tal como va el mundo, el derecho no existe más que entre iguales en poder”, *Documenta Histórica*.

REVISTA DERECHO DEL ESTADO. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, n° 3, diciembre. **ARTÍCULOS:** “Darío Echandía, el jurista, el magistrado”, por HINESTROSA, Fernando. — “¿Ductibilidad del derecho o exaltación del juez?, por GARCIA AMADO, Juan Antonio. — “Responsabilidad por la violación de derechos humanos”, por VILLAR BORDA, Luis. — “Origen y evolución del régimen de control constitucional en Colombia”, por ROZO BARRAGAN, Luz Zoraida. — “Los efectos de la acción de tutela”, por CORREA HENAO, Magdalena. — “La libertad de información del trabajador en la jurisprudencia constitucional”, por ESTRADA, Alexei Julio. — “Mito y realidad del derecho como fórmula del cambio social”, por SILVA GARCIA, Germán. — “Problemática adhesión a la Comunidad Europea al Convenio de Protección de Derechos Humanos”, por RAMELLI, Alejandro. — “La regulación de la financiación de los partidos y movimientos políticos en Colombia”, por LIBARDO BERNAL PULIDO, Carlos. — “La emergencia que no sobrevino”, por DIAZ BROCHET, Gloria. — “Los derechos de los muertos. De la Antígona de sófocles a la Baader-Meinhof Bande en Stuttgart”, *Documenta Histórica*.

REVISTA DERECHO DEL ESTADO. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, n° 4, abril. **ARTÍCULOS:** “Tras las huellas de Donato Giannotti”, por RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. — “Donato Giannotti: un pensador político del Renacimiento florentino”, por RIKLIN, Alois. — “La tridivisión de los poderes”, Charles de Montesquieu (traducido por

RAMELLI ARTEAGA, Alejandro). — “La función de control en los parlamentos de fin de siglo”, por DE VERGOTTINI, Giuseppe. — “La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos en España”, por PAREJO ALFONSO, Luciano. — “Norberto Bobbio y la sociología del derecho”, por FERRARI, Vincenzo. — “Crisis de los mecanismos reguladores y suplencia judicial en Italia”, por CAMMELLI, Marco. — “Las políticas públicas en España: fascinación y controversia”, por FERRI DURA, Jaime. — “Carlos Marx y el problema de una sociedad justa”, por KLENNER, Hermann. — “Acerca del bicameralismo imperfecto en el sistema constitucional español”, por FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. — “El derecho supraestatal ante la crisis de la soberanía”, por SCHEMBRI CARRASQUILLA, Ricardo. — “Protección comunitaria de los derechos de las trabajadoras embarazadas”, por RAMELLI, Alejandro. — “La Junta Revolucionaria de Bogotá”, Documenta Histórica.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, n° 52, enero-abril. **ESTUDIOS:** “Los fundamentos constitucionales del Estado”, por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. — “El derecho a la propia imagen en la sociedad de los ‘mass media’”, por PACE, Alessandro. — “Los derechos forales como derechos históricos”, por HERRERO DE MIÑON, Miguel. — “Responsabilidad política y responsabilidad penal”, por GARCIA MORILLO, Joaquín. — “Decreto-ley y financiación de las comunidades autónomas (comentario crítico al RDL 7/1997, de 14 de abril)”, por CARMONA CONTRERAS, Ana. — **JURISPRUDENCIA:** “Actividad del Tribunal Constitucional: Relación de sentencias dictadas durante el tercer cuatrimestre de 1997 (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid)”. — “La doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 1997”. — **ESTUDIOS CRÍTICOS:** “Sexo de derecho, acoso de justicia (comentario de jurisprudencia)”, por CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. — “‘Sint ut fuerunt’. La sucesión nobiliaria en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1997”, por GARCIA TORRES, Jesús. — “Comentarios al trabajo ‘Sint ut fuerunt’ de Jesús García Torres, sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1997”, por PABON DE ACUÑA, José María.

REVISTA IIDH. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, n° 24, julio-diciembre. **DOCTRINA:** “La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina”, por ABREGU, Martín. — “La impunidad no es sólo cuestión de hecho sobre la persecución en España de los crímenes de la dictadura militar argentina”, por IBAÑEZ, Perfecto Andrés. — “Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana”, por LANDA ARROYO, César. — “El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia -Justicia para la paz-”, por ODIO BENITO, Elizabeth. — “El largo camino de la verdad”, por MICHELINI, Felipe. — “Guatemala’s National Reconciliation Law: combatting impunity or continuing it?”, por POPKIN, Margaret. — “La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas -notas para la reflexión-”, por TAYLER, Wilder. — **AMICUS CURIAE:** “Memorial en derecho, en calidad de *Amici Curiae*, del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centre for Justice and International Law (CEJIL) s/libertad de expresión y calumnias e injurias a funcionarios públicos” — “Acción de inconstitucionalidad de la Ley de Reconciliación Nacional presentado por la oficina de derechos humanos del arzobispado de Guatemala” — **COMENTARIOS SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS:** “Lecciones de las américas: lineamientos para una respuesta internacional ante la amnistía de atrocidades”, por CASSEL, Douglass. — **CORTE INTERAMERICANA DE**

DERECHOS HUMANOS: “Actividades julio-diciembre 1996”. — **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:** “Actividades julio-diciembre 1996”. — **NACIONES UNIDAS:** “Práctica americana ante las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos (1996-I)”.

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1997, n° 144, noviembre-diciembre. **JURISDICCION PENAL INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: LOS TRIBUNALES PARA EX YUGOSLAVIA Y PARA RUANDA:** “Prólogo del Juez Antonio Cassese, ex presidente del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia” — “Prólogo del juez Laïty Kama, presidente del Tribunal Penal Internacional para Ruanda” — “La experiencia de los tribunales penales internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda”, por TAVERNIER, Paul. — “Jurisdicción penal internacional, derecho internacional humanitario y acción humanitaria”, por STROUN, Jacques. — “Trascendental reto para los tribunales penales internacionales: conciliar las exigencias del derecho internacional humanitario y de un procedimiento equitativo”, por LA ROSA, Anne-Marie. — “Jurisdicción de los tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio”, por ROBERGE, Marie-Claude. — **EL COMETIDO DEL TRIBUNAL PARA RUANDA EN LA REALIDAD AFRICANA:** “Tribunal para Ruanda: algunos aspectos jurídicos”, por HARHOFF, Frederik. — “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, por APTEL, Cécile. — “Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Cometido del tribunal en la realidad africana”, por WEMBOU, Djiena. — “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, por MAINA PETER, Chris. — “El Tribunal Internacional para Ruanda. ¿Se han examinado todas las cuestiones? ¿Puede compararse con la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica?”, por ERASMUS, Gerhard y FOURIE, Nadine. — “Las jurisdicciones penales nacionales de Ruanda y el Tribunal Internacional”, por DUBOIS, Olivier.

REVISTA JUDICIAL. (Publicación oficial de legislación y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador), San Salvador, 1994, tomo XCV.

REVISTA JURIDICA DE CATALUNYA. Ed. Il·lustre Col·legi d’Advocats de Barcelona - Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 1998, n° 1. **PRIMERA PARTE. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS:** “A propòsit de l’art. 2.2 de la Llei 10/1996, de 29 de juliol, d’aliments entre parents: la distinció entre ‘aliments institucionals’ i ‘aliments autònoms’ i les seves interferències”, por CASANOVAS I MUSSONS, Anna. — “Inoponibilidad de las donaciones en el derecho civil catalán”, por LINARES GIL, Maximino I. — “Las licencias municipales en el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales”, por TENA PIAZUELO, Vitelio. — **ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION DE CATALUNYA:** “Un nuevo ámbito de desoficialización de la lengua catalana: el registro mercantil”, por PUIG SALELLAS, Josep M. — **SEGUNDA PARTE. ESTUDIOS PRÁCTICOS. JUSTICIA CONSTITUCIONAL:** “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia”, por GOMEZ COLOMER, Juan Luis. — **ARRENDAMIENTOS URBANOS:** “El contrato de ‘franquicia’. Su incidencia en el contrato de arrendamiento urbano”, por CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón. — **DERECHO CIVIL CATALÀN:** “El recurs de cassació davant la Sala civil del Tribunal Superior de

Justícia de Catalunya durant l'any 1996", por PUIG I FERRIOL, Lluís. — **DERECHO DE LA CIRCULACIÓN:** "El nuevo régimen legal de la depuración de la culpa en el ámbito del accidente viario", por AULES I MONTURIOL, Antoni. — **TERCERA PARTE. NOVEDADES LEGISLATIVAS. INFORMACIÓN DE DERECHO EXTRANJERO:** "Derecho de la Comunidad Europea", por PICAÑOL, Enric y CREUS, Antonio. — **CUARTA PARTE. JURISPRUDENCIA COMENTADA. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA:** "Un palo a la apreciación conjunta", MUÑOZ SABATE, Lluís. — "Un nuevo concepto jurídico", por MOLTO DARNER, José M. — "Tribunal Constitucional", por GUI MORI, Tomás. — "Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (julio-septiembre 1997)", por AVILA NAVARRO, Pedro. — **JURISPRUDENCIA COMUNITARIA:** "Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", por BORRAS, Alegría y VILA, Blanca.

REVISTA JURIDICA DE CATALUNYA, JURISPRUDENCIA. Ed. Illustre col·legi d'Advocats de Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 1998, nº I. **JURISPRUDENCIA CIVIL:** TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA: Derechos reales. Derechos de sucesiones. Recurso de casación. Recurso de revisión. — AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CATALUNYA: Arrendamientos urbanos. Arrendamientos rústicos. Desahucio por precario. Derecho civil de Catalunya. Derecho civil común. Derecho de obligaciones. Propiedades especiales. Derecho del comercio. Derecho procesal. Procedimientos universales. — **JURISPRUDENCIA PENAL:** AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CATALUNYA: Ley penal más favorable. Derecho de defensa. Cuestiones no planteadas en el escrito de defensa y facultades del Tribunal. Declaración de la víctima. Mutación del título de acusación. Versiones contradictorias y su valoración. Revisión de la valoración de la prueba en la apelación. Intervención telefónica. Apropiación indebida y derecho de retención. Desarrollo del delito de estafa y aplicación del CP de 1995. Alzamiento de bienes. Infidelidad en la custodia de documentos. Prestación social sustitutoria (art. 527.1 CP). Conducción etílica. — **JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA:** TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA: Contratos administrativos. Derechos fundamentales. Derecho sancionador. Expropiación forzosa. Farmacias. Funcionarios. Intereses. Patrimonio. Urbanismo. — **JURISPRUDENCIA LABORAL:** TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA: Accidente de trabajo. Cantidad. Derechos fundamentales. Despido. Fondo de Garantía Salarial. Instituto Nacional de Empleo. JUZGADOS DE LO SOCIAL DE CATALUNYA: Cantidad. Conflicto colectivo. Despido. Extinción de contrato. Instituto Nacional de Empleo. Reconocimiento de derecho. Seguridad social. Servei Català de la Salut. — **JURISPRUDENCIA MATRIMONIAL: TRIBUNALES ECLESIASTICOS DE BARCELONA Y MALLORCA:** Nulidad de matrimonio. **AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CATALUNYA:** Separación conyugal. Divorcio. Hijos. Vivienda. Alimentos y cargas. Pensión compensatoria. Indemnización compensatoria del dret civil de Catalunya. Cuestiones procesales.

REVISTA PARLAMENTARIA. (Publicación Oficial del Poder Legislativo de Costa Rica). Ed. Asamblea Legislativa, Costa Rica, 1997, nº 3, vol. 5, diciembre. **ENSAYOS:** "Infraestructura nacional y desarrollo. Los desafíos para el nuevo siglo", por GUARDIA CAÑAS, Mariano. — "Infraestructura: camino hacia el crecimiento económico", por MORA VILLALTA, Jorge. — "Reorganización para la acción", por MENDEZ MATA, Rodolfo. — "Desarrollo sostenible y patrones de producción y consumo", por SOLEY PEREZ, Tomás. — "Algunas sugerencias en torno a la problemática del manejo de los desechos en Costa Rica", por PIZARRO CORRALES, Juan Carlos. — "Nacionalidad y soberanía: ¿conceptos obsoletos en la

era de la globalización?, por FERRARO CASTRO, Fernando. — **INFORMES TÉCNICOS:** “La aprobación del Código de Bustamante: un debate legislativo en 1928”, por VILLEGAS ARCE, Miguel Armando. — **DOCUMENTOS:** “Aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental en Centroamérica”, por CORDERO MADRIGAL, Patricia. — **OTROS ENSAYOS:** “Creación del Tribunal Constitucional de la República”, por TREJOS SALAS, Gerardo. — “Impunidad: traición a la democracia”, por ALVAREZ DESANTI, Antonio. — “Aspectos generales sobre el funcionamiento y competencia de la comisión de consultas de constitucionalidad”, por CORDOBA ORTEGA, Jorge y GONZALEZ SOLIS, Eladio. — “Una laguna en el Código Electoral”, por TREJOS SALAS, Gerardo y MAY CANTILLANO, Hubert. — “La justicia constitucional en Chile”, por RIVERA SIBAJA, Gustavo. — “La estafa frente al problema de la informática”, por SANCHEZ DELGADO, Daniel. — “Lo cotidiano en la investigación histórica costarricense: un balance de fin de siglo”, por MOLINA JIMENEZ, Iván. — **CRÓNICA PARLAMENTARIA:** “La labor legislativa en el primer semestre de la legislatura 97/98”, por GONZALEZ ROJAS, José Gerardo.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDENCIA (Publicación oficial del Supremo Tribunal Federal de Brasil).
Brasilia, 1998, vol. 163, n° 1, 2, 3, enero-febrero-marzo.

REVUE BELGE DE DROIT CONSTITUTIONNEL. Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1997, n° 4. **ÉTUDE DOCTRINALE:** “Le double vote ou le vote multiple”, por DELPEREE, Francis y DUBOIS, François-Xavier. — “La loi du 25 juin 1997 modifiant la loi provinciale”, por JOASSART, Mare. — **CHRONIQUE NATIONALE:** “Les cours et tribunaux: chronique de jurisprudence 1996-1997”, por SOHIER, Jérôme y TULKENS, François-Xavier. — **JURISPRUDENCE COMMENTÉE:** “Conseil d’Etat, arrêt n° 68.735 du 8 octobre 1997 (obs. par Sébastien Van Drooghenbroeck: Médicité, ordre public et proportionnalité)”. — **ACTUALITES CONSTITUTIONNELLE.**

REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. Ed. Sirey, París, 1998, n° 1, enero-marzo. **PREMIÈRE PARTIE: DOCTRINE ET CHRONIQUES:** “Statut personnel et droit naturel dans l’œuvre judiciaire de G. J.-B. Target”, por HUDAULT, Joseph. — “L’extraterritorialité des mesures conservatoires in personam (à propos de l’arrêt de la Court of Appeal, *Crédit Suisse Fides Trust S.A. v. Cuoghi*, du 11 juin 1997)”, por MUIR WATT, Horatia. — **DEUXIÈME PARTIE: JURISPRUDENCE: NATIONALITÉ:** “Chose jugée. Expulsion. Annulation. Autorité absolue. Nationalité, française de l’intéressé. Motif décisif. Extension de l’autorité absolue. Conseil d’Etat (2e et 6e sous sect.), 19 novembre 1997”, nota de LAGARDE, Paul. — **CONFLITS DE LOIS: “Régime matrimonial.** Liquidation-partage. Loi applicable. Loi du régime. Conflit de loi dans le temps. Communauté légale. Dissolution par l’effet du divorce. Option de la femme. Ancien article 1469 C. civ. Article 10, loi du 11 juillet 1975. Cour de cassation (1re Ch. civ.), 21 mai 1997”, nota de B. A. — **“Loi étrangère.** Preuve. Office du juge. Droits non librement disponibles. Loi étrangère. Accord procédural. Droits librement disponibles. Eviction de la loi désignée par traité. Cour de cassation (1re Ch. civ.), 1er juillet 1997 (2 arrêts)”, nota de MAYER, Pierre. — **“Nom.** Nom patronymique. Loi des effets du mariage. Cour de cassation (1re Ch. civ.), 7 octobre 1997”, por HAMMJE, Petra. — **“Convention de La Haye du 15 juin 1955.** Vente. Application d’office. Contrat. Vice du consentement. Nullité. Prescription.

Loi applicable. Loi du contrat. Cour de cassation (1re Ch. civ.) , 7 octobre 1997", nota de P.L. — **CONFLITS DE JURIDICTIONS**: "Arbitrage international. Clause compromissoire. Licéité. Contrat de consommation. Intérêts du commerce international. Indépendance de la clause. Validité. Cour de cassation (1re Ch. civ.), 21 mai 1997", nota de HEUZE, Vincent. — "Compétence. Exception d'incompétence. Clause attributive. Désignation générale. Déclinatoire ne précisant pas la compétence spéciale. Recevabilité. Cour de cassation (Ch. com.), 25 novembre 1997", rapport de M. le Conseiller référendaire, por REMERY, J.P. — **COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**: "Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Article 21. Litispendance. Article 29, 1 de la Convention du 26 mai 1989. Dispositions transitoires. Cour de justice des Communautés européennes (6e Ch.), 20 mars 1997", nota de GAUDEMET-TALLON, Hélène. — "Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Article 6.1. Pluralité de défendeurs. Domicile d'un défendeur. Détermination. Article 52. Renvoi à la *lex fori*. Loi française. Article 18, D. du 19 juin 1969. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Article 5.1. Interprétation. Lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande. Question préjudicielle. Renvoi à la Cour de justice. Cour de cassation (Ch. com.), 9 décembre 1997", rapport de M. le Conseiller référendaire, por REMERY, J. P. — **TROISIÈME PARTIE: DOCUMENTATION**: "Traité nouveaux de la France (relevé des textes publiés au Journal officiel)". — "Textes reproduits: État civil. Livret. C.I.E.C. Décret du 10 novembre 1997". — "Lois, décrets et actes officiels français (relevé des textes publiés au Journal officiel)". — "Textes reproduits: Étrangers. Entrée et séjour. Éloignement. Asile. Autorité compétente. Déconcentration. Décret du 19 décembre 1997. Régime matrimonial. Changement. Publicité. Loi du 28 octobre 1997. Service militaire. Loi du 28 octobre 1997". — **Communautés européennes**: "Lutte contre la corruption. Deuxième position commune du 13 novembre 1997". — **Informations diverses**: "Nationalité. Enfant né en France. Parents réfugiés statutaires. Retrait de la qualité de réfugié. Conséquences. Réponse du ministre. Prestations familiales. Conditions d'attribution. Étrangers. Réponse du ministre. Conférence de La Haye de droit international privé. Nouvelles conventions (1951-1997). Etat des signatures et des ratifications, au 1er mars 1998. Académie de droit international de La Haye. Comité français de droit international privé", por REMERY, Jean-Pierre.

REVUE DE DROIT SANITAIRE ET SOCIAL. Ed. Dalloz, Paris, 1998, n° 1, enero-marzo. **ARTICLES**: "L'indemnisation du donneur vivant de matériels biologiques", por GALLOUX, J. C. — "Maintien des liens entre frères et soeurs: réflexions sur le nouvel article 371.5 du code civil", por CHARPENTIER, S. — **CHRONIQUES**: **DROIT SANITAIRE. SANTÉ ET MÉDECINE. SANTÉ PUBLIQUE**: "Actualité juridique", por CAYLA, J. S. — "Chroniques. La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997, et la législation française sur le respect du corps humain", por CAYLA, J. S. — "La répression de la consommation de stupéfiants en Europe", por MOURIER, H. — **PROFESSIONS DE SANTÉ**: "Actualité juridique", por DUBOUIS, L. — "Chronique. La preuve de l'information médicale, note sous Civ. 1re, 14 oct. 1997, Consorts B.", por HARICHAUX, M. — **PHARMACIE**: "Actualité juridique", por AUBY, J. M. y VIALA, G. — "Chronique. La libre circulation des médicaments et ses limites, au travers de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", por VIALA, G. y BURTIN, J. F. — **ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ. ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ PUBLICS**: "Chronique. Responsabilité hospitalière: le juge, le préjudice et le handicap mental, note sous CE 14 févr. 1997, Centre hospitalier régional de Nice", por MALLOL, F. — **ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ PRIVÉS**: "Actualité juridique", por MEMETEAU, G. y HARICHAUX, M. — **DROIT SOCIAL. LES SYSTÈMES DE PROTECTION SOCIALE. LA SÉCURITÉ SOCIALE**: "Actualité juridique", por

VERKINDT, P. Y. — “Chronique. Le contentieux des prestations familiales: pouvoir des caisses et pouvoir des juges”, por SAYN, I. — L’AIDE ET L’ACTION SOCIALES: “Actualité juridique”, por LIGNEAU, Ph. — **LES INSTITUTIONS SOCIALES.** LES CENTRES COMMUNAUX D’ACTION SOCIALE: “Actualité juridique”, por GHEBALI-BAILLY, M.

REVUE DE DROIT SANITAIRE ET SOCIAL. Ed. Dalloz, París, 1998, n° 2, abril-junio. **ARTICLES:** “La Convention sur les droits de l’homme et la biomédecine”, por DUBOUIS, L. — “La place des entreprises d’assurance dans les régimes de bases d’assurance maladie”, por LHERNOULD, J.-Ph. — “La sécurité sociale en Espagne. Vers des changements majeurs”, por TRICLIN, A. — **CHRONIQUES: DROIT SANITAIRE, SANTÉ ET MÉDECINE.** SANTÉ PUBLIQUE: “Actualité juridique”, por CAYLA, J. S. — “Chroniques. L’euthanasie: signification et qualification au regard du droit pénal”, por DUNET-LAROUSSE, E. — “Interdiction du clonage humain par le Conseil de l’Europe”, por CAYLA, J.-S. — **PROFESSIONS DE SANTÉ:** “Actualité juridique”, por DUBOUIS, L. — **PHARMACIA:** “Actualité juridique”, por AUBY, J.-M. y VIALA, G. — “Chronique. Responsabilité civile liée au médicament industriel: la nouvelle donne (Analyse critique de quelques conséquences de la directive ‘produits défectueux’ du 25 juillet 1985 et du décret du 11 février 1998 relatif aux établissements pharmaceutiques)”, por FOUASSIER, E. — **ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ. SYSTÈME HOSPITALIER:** “Chronique. Le nouveau régime de la dotation globale et l’étendue du contrôle du juge de la tarification, concl. sur Commission interrégionale de la tarification sanitaire et sociale de Paris, 10 déc. 1997, Hôpital franco-britannique”, por DESTICOURT, O. — **ETABLISSEMENTS DE SANTÉ PRIVÉS:** “Actualité juridique”, por MEMETEAU, G. y HARICHAUX, M. — **DROIT SOCIAL. LES SYSTÈMES DE PROTECTION SOCIALE.** LA SÉCURITÉ SOCIALE: “Actualité juridique”, por VERKINDT, P. Y. — “Chronique. Travail à domicile et sécurité sociale, note sous Soc. 13 nov. 1997, *M. Lohier c/CPAM de la Vienne et al.*”, por VERKINDT, P. Y. — L’AIDE ET L’ACTION SOCIALES: “Actualité juridique”, por LIGNEAU, Ph. — **LES INSTITUTIONS SOCIALES.** LES CENTRES COMMUNAUX D’ACTION SOCIALE: “Actualité juridique”, por GHEBALI-BAILLY, M. — **LES ASSOCIATIONS À OBJET SANITAIRE OU SOCIAL:** “Actualité juridique”, por ALFANDARI, E.

REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARE. Ed. Dalloz, París, 1998, n° 1, enero-marzo. **DOCTRINE:** “La réforme du droit de la procédure pénale en Chine”, por GUANG ZHONG CHEN. — “L’indemnisation des personnes injustement détenues ou condamnées”, por GIUDICELLI, André. — “Commentaire de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d’imprudence ou de négligence”, por RUET, Céline. — **ETUDES, VARIÉTÉS ET DOCUMENTS:** “Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil?. Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu’elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais”, por VERVAELE, John A. E. — “Droits de la défense et personnes vulnérables”, por FOSSIER, Thierry. — “Le droit de mendier”, por OLIVE, Agnès. — “L’apport des opinions individuelles des juges dans l’analyse de la jurisprudence de la Cour européenne”, por VAILHÉ, Judith. — **CHRONIQUES.** CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE: “Droit pénal général”, por BOULOC, Bernard. — “Infractions contre les personnes”, por MAYAUD, Yves. — “Infractions contre les biens”, por OTTENHOF, Reynald. — “Infractions contre la Nation, l’Etat et la paix publique”, por DELMAS SAINT-HILAIRE, Jean-Pierre. — “Infractions contre l’ordre économique et financier”, por GIUDICELLI, André. — “Infractions boursières”, por RIFFAULT,

Jacqueline. — “Infractions relevant du droit de l’information et de la communication”, por FRANCILLON, Jacques. — “Procédure pénale”, por DINTILHAC, Jean-Pierre. — “CHRONIQUE LÉGISLATIVE”, por BOULOC, Bernard. — “CHRONIQUE DE L’EXÉCUTION DES PEINES. RENDRE LE DROIT ACCESSIBLE AUX DÉTENUS”, por PONCELA, Pierrette. — CHRONIQUE INTERNATIONALE: “Droits de l’homme”, por PET’TITI, Louis-Edmond. — “Droit communautaire”, por IDOT, Laurence. — CHRONIQUE DE POLITIQUE CRIMINELLE: “Les établissements pénitentiaires à gestion mixte, un exemple de politique criminelle participative”, por LAZERGES, Christine. — **INFORMATIONS: CONGRÈS, COLLOQUES, SÉMINAIRES:** Les établissements pénitentiaires à gestion mixte. Colloque de l’Université de Montpellier I (Montpellier, 17 mars 1997). — Colloque de l’Université de Paris I Panthéon-Sorbonne. Trente ans de libre circulation des travailleurs (Paris, 10 octobre 1997). — Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales. Colloque de l’Université Jean-Moulin-Lyon 3 (Lyon, 14 et 15 novembre 1997). — **DROITS ÉTRANGERS:** Les tendances récentes dans la criminalité, le droit pénal et la politique criminelle aux États-Unis. — Enseignement, recherches: DEA de droit pénal et de politique criminelle. Création du journal L’Astrée.

REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARE. Ed. Dalloz, Paris, 1998, n° 2, avril-juin. **DOCTRINE:** “Le Traité d’Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale”, por SOULIER, Gérard. — **ÉTUDES, VARIÉTÉS ET DOCUMENTS:** “Justice et châtement: de nouvelles attentes pour la peine”, por DU MESNIL DU BUISSON, Godefroy. — “Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales. Le condamné reste citoyen à part entière”, por RENAUT, Marie-Hélène. — “Aperçu de la nouvelle loi canadienne sur la détermination de la peine”, por LACASSE, François y NADON, Thierry. — “Les immunités familiales”, por MOUSSERON, Pierre. — “Un exemple de dépénalisation: la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel”, por ALT-MAES, Françoise. — **CHRONIQUES. CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE:** “Droit pénal général”, por BOULOC, Bernard. — “Infractions contre les personnes”, por MAYAUD, Yves. — “Infractions relevant du droit de l’environnement et de l’urbanisme”, por ROBERT, Jacques-Henri. — “Infractions relevant du droit des sociétés”, por RENUCCI, Jean-François. — “Infractions relevant du droit social”, por CERF, Agnès. — “Procédure pénale”, por DINTILHAC, Jean-Pierre. — “CHRONIQUE LÉGISLATIVE”, por SEUVIC, Jean-François. — “CHRONIQUE DE L’EXÉCUTION DES PEINES: “Une première approche de la loi du 19 décembre 1997 relative au placement sous surveillance électronique”, por COUV RAT, Pierre. — CHRONIQUE INTERNATIONALE: “Droits de l’homme”, por KOERING-JOULIN, Renée. — “Droit pénal international”, por LOMBOIS, Claude. — CHRONIQUE DE POLICE: “Les responsabilités de la Police”, por SUSINI, Jean. — **INFORMATIONS: CONGRÈS, COLLOQUES, SÉMINAIRES:** Colloque “Liberté de la presse et droits de la personne” (Paris, 20, juin 1997). — Les systèmes pénaux à l’épreuve du crime organisé. Congrès des jeunes pénalistes organisé par l’institut supérieur international des sciences criminelles (Syracuse, 21-28 septembre 1997). — Séminaire “Sciences Po Formation”: La Convention européenne des droits de l’homme et ses applications en droit interne (Paris, 4 et 5 juin 1998). — Séminaire Sciences Po Formation: Entreprise et droit pénal. Quelle responsabilité pénale pour les acteurs de la vie économique et sociale? (Paris, 2 et 3 juillet 1998). — XII Congrès international de criminologie (Séoul, Corée, 24-29 août 1998). — Droits étrangers: La maréchaussée royale néerlandaise, force d’élite de gendarmerie.

REVUE DES SOCIETES. Ed. Sirey, Paris, 1998, n° 1, enero-marzo. **DOCTRINE:** “Les véritables enjeux du débat sur ‘le gouvernement de l’entreprise’”, por BISSARA, Philippe. — “La dissolution pour mésentente entre associés”, por MATSOPOULOU, Haritini. — “Expertise de gestion et principe du contradictoire”, por DEDESSUS-LE-MOUSTIER, Nathalie. — **JURISPRUDENCE:** “Personne ayant intérêt à demander l’application d’une sanction à une société qui ne publie pas ses comptes annuels, note sous CJCE 5e ch. 4 déc. 1997”. — “L’apport d’ ‘influence’, note sous Cass. 1re civ. 16 juill. 1997”. — “Domaines respectifs de la compétence de droit commun et de la compétence spéciale en matière de litiges portant sur les honoraires des commissaires aux comptes, observations sous Cass, com. 16 déc. 1997”. — “L’exercice d’une action en justice au nom d’une société à responsabilité limitée, note sous Cass. 2e civ. 22 oct. 1997”. — “Un engagement de reprise de matériel peut-il être qualifié de garantie ?, note sous Cass. com. 18 mars 1997”. — “Les conditions de la désignation d’un expert de gestion : l’absence de caractère subsidiaire, note sous Cass. com. 21 oct. 1997”. — “‘Pharmacien responsable’, mandat social et contrat de travail, note sous Cass. com 25 nov. 1997”. — “Clause statutaire d’exclusion et abus de droit, note sous Cass. com. 21 oct. 1997”. — “La relativité du contrat de société en participation, note sous Cass. com. 13 janv. 1998”. — “Notion de vaines poursuites: plaider en faveur de l’abrogation de l’art. 1858 du Code civil, note sous Cass. 3e civ. 8 oct. 1997”. — “La qualification des parts de sociétés civiles de placement immobilier au regard de la notion de valeurs mobilières, note sous Cass. com. 21 oct. 1997”. — “Direction de fait d’une association, note sous Cass. 2e civ. 22 déc. 1997”. — “Saisine du juge en matière de banqueroute et point de départ de la prescription du délit d’abus de biens sociaux, note sous Cass. crim. 5 mai 1997”. — “Délits d’informations trompeuses sur la situation de la société et délit d’initié, note sous Cass. crim. 15 mai 1997”. — “Violation d’une incapacité commerciale par gestion de fait et détournement d’actif, note sous Cass. crim. 23 oct. 1997”. — “Les conditions de la responsabilité pénale d’une personne morale, note sous Cass. crim. 2 déc. 1997”, por GUYON, Yves; BAJLLOD, Raymonde; CHARTIER, Yves; DELEBECQUE, Philippe; DIDIER, Philippe; PETIT, Bruno; SANTOURENS, Bernard; LE CANNU, Paul; BARBIERI, Jean-François; LUCAS, Javier; REIGNE, Philippe y BOULOC, Bernard. — **AUTRES RUBRIQUES:** “Sommaires de jurisprudence”, por GUYON, Yves. — Textes législatifs et réglementaires. — Réponses des ministres aux questions écrites des membres de l’Assemblée nationale et du Sénat.

REVUE DU DROIT PUBLIC ET DE LA SCIENCE POLITIQUE EN FRANCE ET A L’ÉTRANGER. Ed. LGDJ, Paris, 1998, n° 1, enero-febrero. **ACTUALITÉ CONSTITUTIONNELLE:** “A propos des ‘conventions’ de la Constitution”, por CAMBY, Jean-Pierre. — **ACTUALITÉ ADMINISTRATIVE:** “Les validations législatives: De la Constitution à la Convention européenne des droits de l’homme”, por PRETOT, Xavier. — **CHRONIQUES DE FOND:** “Le Conseil constitutionnel et les lois de validation”, por LUCHAIRE, François. — “Cronique de jurisprudence constitutionnelle 1996-1997”, por ROUSSEAU, Dominique. — “Fédéralisme et souveraineté: Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération”, por BEAUD, Olivier. — **CHRONIQUES ÉTRANGÈRES:** “L’élection présidentielle de 1996 aux États-Unis: optimisme retrouvé ou insatisfaction résignée?”, por LASSALE, Jean-Pierre. — “Le parlementarisme en Autriche: Enseignements pour une approche renouvelée du régime parlementaire”, por LE DIVELLEC, Armel. — **CHRONIQUES ADMINISTRATIVES:** “Le contentieux de la reconnaissance du statut de réfugié devant la Commission des Recours des Réfugiés”, por FOUGEROUSE, Jean y RICCI, Roland. — “Les ‘contrats emplois-jeunes’ de la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 et les critères jurisprudentiels des contrats de l’administration”, por TRAORE, Seydou. — **NOTES DE JURISPRUDENCE:** “Le fonctionnaire public mis à la disposition d’un organisme public ou privé. Situation juridique et compétence juridictionnelle”, por AUBY, Jean-Marie. — “L’ordonnance du 1° décembre 1986 sur la concurrence relative à la répression

des ententes et des abus de position dominante fait partie de la légalité administrative”, por GAUDEMET, Yves. — “L’injonction faite à un consul de délivrer un visa d’entrée sur le territoire français pour permettre le regroupement familial”, por WACHSMANN, Patrick. — **CONCLUSIONS DES COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT**: “Partages de jouissance de biens communaux. Répartition de compétences entre les deux ordres de juridictions. Compétence en appel au sein de la juridiction administrative”, por STAHL, M. — **REVUE DE JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE**: “Droit administratif immobilier (I)”, por LEBRETON, Jean-Pierre.

REVUE DU DROIT PUBLIC ET DE LA SCIENCE POLITIQUE EN FRANCE ET A L’ÉTRANGER. Ed. LGDJ, Paris, 1998, n° 2, marzo-abril. **ACTUALITÉ CONSTITUTIONNELLE**: “L’article 4 de la Constitution: d’une reconnaissance de la liberté des partis politiques à des exigences de droit”, por CAMBY, Jean-Pierre. — **CHRONIQUES DE FOND**: “Le traité d’Amsterdam et la Constitution”, por LUCHAIRE, François. — “Réflexions sur l’expérimentation du droit”, por MAMONTOFF, Catherine. — **CRONIQUES CONSTITUTIONNELLES**: “Propos sur la France et le régime présidentiel”, por GONDOUIN, Geneviève. — “Les révisions de la Constitution de la Cinquième République: temps, conflits et stratégies”, por PIERRE-CAPS, Stéphane. — “La responsabilité pénale du ministre du fait de son administration”, por DEGOFFE, Michel. — **CHRONIQUES ADMINISTRATIVES**: “Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse”, por ZEGHBIB, Hocine. — “Sur la nature du droit de propriété du domaine privé”, por AMADEI, Jean-Pierre. — **NOTES DE JURISPRUDENCE**: “La caducité des lois préconstitutionnelles incompatibles avec le Préambule de la Constitution”, por FLAUSS, François. — “Reforcement du contrôle juridictionnel exercé sur les interdictions de publications de provenance étrangère”, por WACHSMANN, Patrick y RABILLER, Stéphanie. — **CONCLUSIONS DES COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT**: “Responsabilité administrative du fait des dommages causés par un mineur ayant fait l’objet d’une mesure de placement dans le cadre de l’assistance éducative. Présomption de faute”, por PEANO, M. — **REVUE DE JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE**. “Droit administratif immobilier (II)”, por LEBRETON, Jean-Pierre.

REVUE EUROPEENNE DE DROIT DE LA CONSOMMATION/REVISTA EUROPEA DE DERECHO DEL CONSUMO. Ed. Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 1998, n° 1. **NOTES ET COMMENTAIRES**: “Droit d’auteur et protection des intérêts des consommateurs dans la société de l’information”, por DE NAYER, Benoît. — “Politique du tourisme de l’Union européenne et protection des consommateurs”, por TONNER, Klaus. — **DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS**: “Droit et consommation - Généralités” — “Information” — “Concurrence, distribution et libre circulation des produits et des services” — “Publicité, pratiques commerciales et méthodes de vente” — “Contrats et clauses abusives” — “Qualité et sécurité des produits et des services” — “Prix” — “Services financiers - endettement du consommateur” — “Méthodes de règlement des litiges”.

REVUE FRANÇAISE DE DROIT ADMINISTRATIF. Ed. Sirey, Paris, 1998, n° 1, enero-febrero. **ACTES UNILATÉRAUX ET CONTRATS**. **JURISPRUDENCE**: “La ‘conduite d’opération’ comme contrat de louage d’ouvrage ordinaire

entre deux personnes publiques”, por MODERNE, Franck. — **BIENS ET TRAVAUX.** JURISPRUDENCE: “Quand l’État protège un patrimoine privé contre une appropriation publique (CAA Paris, 11 juill. 1997, *Ministre de la Culture c/ Société Transurba*)”, por PAITRE, Jean-Pierre y PACTEAU, Bernard. — **COLLECTIVITÉS LOCALES.** JURISPRUDENCE: “Les collectivités locales peuvent-elles vendre un terrain à une entreprise pour un franc symbolique?”, por TOUVET, Laurent. — **CONTENTIEUX.** JURISPRUDENCE: “Les conséquences de l’annulation d’une décision administrative”, por PECRESSE, Valérie. — **DROIT ADMINISTRATIF COMPARÉ ET ÉTRANGER.** ETUDE: “La réforme de la justice administrative au Québec”, por GARANT, Patrice. — **DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE.** JURISPRUDENCE: “La diversification des activités de Charbonnages de France et le principe de spécialité”, por BERGEAL, Catherine. — **DROIT ET LIBERTÉS.** JURISPRUDENCE: “Les témoins de Jéhovah peuvent-ils constituer des associations culturelles? (La notion de ‘question de droit’ dans la saisine consultative du Conseil d’État)”, por ARRIGHI DE CASANOVA, Jacques y GONZALEZ, Gérard. — **FONCTION PUBLIQUE.** ETUDE: “La loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l’emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d’ordre statutaire (ses effets pour les fonctionnaires et agents territoriaux)”, por BELLINA, Aimé. — **RESPONSABILITÉ.** LA RESPONSABILITÉ DES SERVICES HOSPITALIERS: “La déclin de la faute lourde (le cas de services d’aide médicale d’urgence)”, por STAHL, Jacques-Henri. — “L’extension de la responsabilité sans faute (le cas des accidents anesthésiques)”, por PECRESSE, Valérie. — JURISPRUDENCE: “La responsabilité des services fiscaux: faute lourde ou faute simple?”, por GOULARD, Guillaume. — **DROIT ADMINISTRATIF ET DROIT COMMUNAUTAIRE.** ETUDES: “Avant-propos”, por POCHARD, Marcel. — “L’influence de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur l’ouverture de la fonction publique française en cours de carrière”, por DUBOUIS, Louis. — “La ‘guerre de la fraise’: l’impuissance publique sous la toise du droit communautaire (à propos de l’arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 décembre de 1997, *Commission c/République française*, C 265/95)”, por DUBOUIS, Louis. — “L’article 90, paragraphe 2, du Traité CE après les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 23 octobre 1997 sur les monopoles”, por CHEROT, Jean-Yves. — **DROIT ADMINISTRATIF ET DROIT CONSTITUTIONNEL.** VALEUR ET PORTÉE DES VALIDATION LEGISLATIVES: “Devant le juge constitutionnel: un nouvel équilibre entre les considérations liées à l’intérêt général et celles relatives à la garantie des droits? (A propos des décisions 97-390 DC du 19 novembre 1997 et 97-393 DC du 18 décembre 1997)”, por MATHEU, Bertrand. — “Devant le juge administratif”, por TAUVET, Laurent. — **Arrêts et avis récents du Conseil d’Etat**, por TERNEYRE, Philippe (période du 1er novembre 1997 au 31 décembre 1997).

REVUE FRANÇAISE DE DROIT ADMINISTRATIF. Ed. Sirey, Paris, 1998, n° 2, marzo-abril. “De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)”, por DE BECHILLON, Denys. — **ÉTRANGERS.** ETUDES: “Statut de réfugié et persécution par des agents non publics”, por TIBERGHEN, Frédéric. — “Le droit d’asile en Allemagne après la réforme”, por BECKER, Ulrich. — JURISPRUDENCE: “La naturalisation des conjoints d’étrangers en situation irrégulière”, por MILLET, Jean-Frédéric. — “Les interdictions administratives de territoire”, por FERNANDEZ, Elydia. — “Le droit au retour de l’étranger irrégulièrement expulsé”, por MILLET, Jean-Frédéric. — **ACTES UNILATÉRAUX ET CONTRATS.** JURISPRUDENCE: “Régie intéressée et marchés publics”, por LAMBERT, Christian. — **AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE.** ETUDE: “Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière?”, por SAVARIT, Isabelle. — **CONTENTIEUX.** ETUDES: “Pour une revalorisation de la spécificité des recours administratifs”, por PELLISSIER, Gilles. — “Les compétences juridictionnelles en matière de protection sociale des fonctionnaires et des agents publics”, por ZAPATA, Francis. — **FONCTION PUBLIQUE.** ETUDE: “Le

principe de parité entre fonctions publiques, un principe peu de chagrin”, por JORION, Benoît. — **ORGANISATION ET RELATIONS ADMINISTRATIVES.** ETUDE: “Le partenariat, une notion juridique en formation?”, por HEMERY, Véronique. — JURISPRUDENCE: “Le refus d’habilitation au secret-défense n’a pas à être motivé”, por BERGEAL, Catherine. — **POLICE.** ETUDE: “La contribution de la jurisprudence constitutionnelle à la théorie de la police administrative”, por DAVID-PECHEUL, Tania-Marie. — JURISPRUDENCE: “Couvre-feu pour les enfants?”, por FRIER, Pierre-Laurent. — **URBANISME.** ETUDE: “Rapport de présentation et légalité des documents d’urbanisme”, por LE CORNEC, Erwann. — **DROIT ADMINISTRATIF ET DROIT COMMUNAUTAIRE.** JURISPRUDENCE. Marchés publics et droit communautaire: “La directive sur les marchés publics de travaux - Applicabilité de la directive non transposée”, por SAVOIE, Henri. — “Application de la directive après transposition”, por BERGEAL, Catherine. — “La directive sur les marchés publics de services - Application aux contrats entre personnes publiques”, por DREYFUS, Jean-David. — **DROIT ADMINISTRATIF ET DROIT INTERNATIONAL:** “Actualité législative et réglementaire. Actualité jurisprudentielle”, por RUZIE, David. — **Décisions récentes du Tribunal des conflits, arrêts et avis récents du Conseil d’État.** por TERNEYRE, Philippe (période du second semestre 1997 et du 1er janvier 1998 au 28 février 1998). — **Relevé d’arrêts rendus par la cour administrative d’appel de Lyon** (pendant l’année 1997), por VIALATTE, Paul.

REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL. Ed. PUF, Paris, 1998, n° 33. **ETUDES.** Sur le Parlement de la Ve République: “La ‘fenêtre parlementaire’ de l’article 48 alinéa 3 de la Constitution”, por FRAISSEIX, Patrick. — “Les moyens d’action du Parlement à l’égard de la loi votée”, por MIABOULA-MILANDOU, Arsène. — “La question préalable au Sénat”, por FONDRAZ, Ludovic. — “L’établissement d’un contrôle de constitutionnalité selon Catherine II de Russie et ses répercussions en France (1766-1774)”, por GOJOSSO, Eric. — **CHRONIQUES:** “La pratique constitutionnelle française (1er octobre - 31 décembre 1997)”, por MAUS, Didier. — “Jurisprudence du Conseil constitutionnel (1er octobre - 31 décembre 1997)”, por GAIA, Patrick y PHILIP, Loïc. — **Droit constitutionnel étranger:** “L’actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte (juillet-décembre 1997), Canada, Irlande, Royaume-Uni”, por SCOFFONI, Guy; BELL, John; GWYNN MORGAN, David y WOEHLING, José. — “L’actualité constitutionnelle en Russie, dans les Etats de la CEI et de l’Europe de l’Est. La situation dans les autres Etats anciennement communistes (novembre 1997 - janvier 1998)”, por GELARD, Patrice.

REVUE GENERALE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC. Ed. Pedone, Paris, 1998, tomo 102, n° 1. **ARTICLES:** “L’interprétation du ‘raisonnable’ par les juridictions internationales: au-delà du positivisme juridique?”, por CORTEN, Olivier. — “L’article 26 du traité relatif à la charte de l’énergie: procédures de règlement des différends et statut des personnes privées”, por PIRAT, Florence. — “Irruption du droit de l’environnement dans la jurisprudence de la C.I.J.: l’affaire *Gabcikovo-Nagymaros*”, por SOHNLE, Jochen. — **NOTES D’ACTUALITÉ:** “L’affaire *Loizidou* devant la Cour européenne des droits de l’homme. Quelques observations”, por COHEN-JONATHAN, Gérard. — “La Convention commune sur la sûreté nucléaire de la gestion du combustible usée et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs”, por DE KAGENECK, Amelia. — “Précisions sur la compétence du Tribunal pour l’ex-Yougoslavie d’ordonner la production des preuves et la comparution des témoins: l’arrêt de la Chambre d’Appel du 29 octobre 1997 dans l’affaire *Blaskic*”, por

NOUVEL, Yves. — **CHRONIQUE DES FAITS INTERNATIONAUX**, por TORRELLI, Maurice. — **JURISPRUDENCE.** JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC: “L’applicabilité directe du Droit international du point de vue de l’office du juge: des habits neufs pour une vieille dame?”, por ALLAND, Denis.

REVUE INTERNATIONALE DE CRIMINOLOGIE ET DE POLICE TECHNIQUE ET SCIENTIFIQUE.

Ed. Meichtry, Ginebra, 1998, vol. 51, n° 1, enero-marzo. “Crise des valeurs et criminologie”, por FARSEDAKIS, Jacques. — “La demande pénale directe et indirecte: une analyse stratégique des taux de renvoi”, por TREMBLAY, Pierre. — “Peines intermédiaires, surveillance électronique et abolitionnisme”, por CUSSON, Maurice. — “De la peau de chagrin au noyau dur: Réponse à Jean-Paul Brodeur”, por GASSIN, Raymond. — “Les nouveaux enjeux de la police urbaine en France: les polices municipales. Etat des lieux et perspectives d’évolution”, por FERRET, Jérôme. — “Sociologie de la force publique”, por BRODEUR, Jean-Paul. — “Aperçu historique de l’identification en armes à feu”, por BONFANTI, Mónica y WARNIMENT, David. — “Propos de psychiatre”, por SEVERY, Julien. — “Notes de police scientifique”, por MARGOT, Pierre.

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE. Ed. Société de Législation Comparée, Paris, 1998, n° 1,

enero-marzo. **ETUDES:** “Un droit commun des contrats pour le Marché commun”, por BASEDOW, Jurgen. — “Les fondements constitutionnels du nouveau droit hongrois. La constitutionnalité et l’administration publique”, por RACZ, Attila. — “Les relations entre le droit constitutionnel et l’organisation judiciaire”, por HORVATZ, Eva. — “Droit civil-Droit constitutionnel”, por HARMATHY, Attila. — “La constitutionnalisation du principe d’égalité hommes/femmes en Suisse et le processus de concrétisation”, por BEGUIN, Jean-Claude. — “Le droit hellénique des opérations d’intiés”, por PAPAGIANNIS-DIMITRIS KALOGERAS, Ioannis. — **VARIETES:** “Essai sur les origines et les auteurs du Code Noir”, por PALMER, Vernon V. — “La clause de non concurrence en droit du travail: comparaison des droits anglais et français”, por BRILL-VENKATASAMY, Tara. — “La tutelle de l’Office de la jeunesse sur l’enfant naturel en Allemagne: une institution en voie de disparition”, por WENNER, Eva. — “Un projet de gestion déléguée relatif à la distribution d’électricité à Jodhpur (Inde)”, por LAMETHE, Didier. — “La théorie du changement de circonstances en droit iranien”, por BAFANDI, Vahid. — **CHRONIQUE:** “Développements majeurs du droit allemand en 1997”, por ARNOLD, Rainer.

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE. Ed. Société de Législation Comparée, Paris, 1998, n° 2, abril-

junio. **ETUDES DE DROIT CONTEMPORAIN.** CONTRIBUTION FRANÇAISES AU 15E CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE (BRISTOL, 26 JUILLET - 1ER AOÛT 1998). **SOMMAIRE:** “La place de l’histoire du droit dans l’enseignement et la formation du comparatiste”, por HILAIRE, Jean. — “Droit et religions en France”, por BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte. — “La réparation du préjudice économique pur en droit français”, por LAPOYADE DESCHAMPS, Christian. — “Protection de la personne dans le domaine de la recherche médicale”, por PENNEAU, Jean. — “La mise en oeuvre des sûretés dans le cadre d’une faillite internationale en droit positif français”, por LÉBOULANGER, Philippe. — “Le droit international privé à la fin du

XXe siècle: progrès ou recul”, por AUDIT, Bernard. — “L’accélération des procédures et les mesures provisoires”, por WIEDERKEHR, Georges. — “Les contrats du commerce international, une approche nouvelle: Les principes d’Unidroit relatifs aux contrats du commerce international”, por FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. — “La protection juridique de la matière biologique en droit français”, por GALLOUX, Jean-Christophe. — “Flexibilisation de la vie du travail. Potentialités et défis pour le droit du travail”, por GAUDU, François. — “Le transport multimodal”, por DELEBECQUE, Philippe. — “L’introduction et l’exécution dans les ordres juridiques des États des résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies prises en vertu du chapitre VII de la Charte”, por GUILLAUME, Gilbert. — “La parlement évaluateur”, por DUPRAT, Jean-Pierre. — “Les implications constitutionnelles pour en Etat de la participaton à un processus d’intégration régional”, por DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jaqueline. — “La responsabilité de l’Etat en tant que législateur”, por GOHIN, Oliver. — “Confidentialité et droit fiscal”, por CHEVALIER, Jean-Pierre. — “La réglementation des marchés financiers dans le cas particulier de l’abus de marché”, por RIFFAULT, Jacqueline. — “Tests génétiques et preuve pénale”, BYK, Christian. — “L’utilisation de témoignages sous forme anonyme ou déguisée dans la procédure des juridictions répressives” por LEGEAIS, Raymond. — “L’influence de l’internet sur la bibliographie juridique”, COTTIN, Stéphane.

REVUE INTERNATIONALE DES SCIENCES ADMINISTRATIVES. Ed. Institut International des Sciences Administratives, Bruselas, 1998, vol. 64, n°1, marzo. Numéro spécial “De nouveaux défis pour l’administration du XXIème siècle: Fonction publique performante et administration publique décentralisée”. Introduction par le rédacteur en chef invité Brian BROGAN. — “Crise de légitimation: un défi à relever par le services publics au cours du siècle prochain”, por HAQUE, Shamsul. — “Autonomie: un guide pour la décentralisation de l’administration publique”, por ROLLA, Giancarlo. — “Nouveau management public en Allemagne: processus de mise en oeuvre du nouveau modèle de direction”, por KLAGES, Helmut y LÖFFLER, Elke. — “Restructuration des systèmes d’audit et de gestion des performances dans l’administration à niveaux multiples: l’expérience de l’Union européenne”, por LEVY, Roger. — “Transformation et démocratisation politiques: nouveaux schémas d’interaction entre l’administration publique et la société civile en Afrique du Nord”, por MOHAMEDOU, Mohammad-Mahmoud. — “Apprentissage et innovation organisationnels: outils de revalorisation des services publics”, por BRODRICK, Otto. — “Réformer les processus politiques publics et assurer la responsabilisation: l’Irlande dans une perspective comparative”, por VERHEJEN, Tony y MILLAR, Michelle. — “Fonctionnaires, managérialisme et démocratie”, por DAVIES, Morton R. — **NOUVEAUX DÉVELOPPEMENTS EN ADMINISTRATION PUBLIQUE: RAPORTS NATIONAUX:** “Renforcement de la société civile et de la démocratie locale à travers des initiatives nationales: le cas de la loi sur la participation populaire en Bolivie”, por ROSENBAUM, Allan.

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL. Ed. Sirey, París, 1998, n° 1, enero-marzo. **ARTICLE:** “L’éthique de la responsabilité”, por LAMBERT-FAIVRE, Yvone. — “A propos des revenus des biens propres des époux dans le régime légal”, por MONTEIRO, Evelyne. — **VARIÉTÉS:** “Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique”, por FRISON-ROCHE, Marie-Ane. — “L’expérimentation sur le malade: soins ou recherche? A propos de l’application de la loi Huriet en psychiatrie”, por RETAULT, Antoine. — **JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL:** “Personnes et droits de la famille”, por HAUSER, Jean. — **OBLIGATIONS ET CONTRATS SPÉCIAUX:**

“Obligations en général”, por MESTRE, Jacques. — “Responsabilité civile”, por JOURDAIN, Patrice. — “Contrats spéciaux”, por GAUTIER, Pierre-Yves. — “Propriété et droits réels”, por ZENATI, Frédéric. — “Sûretés, publicité foncière”, por BANDRAC, Monique y CROCQ, Pierre. — “Successions et libéralités”, por PATARIN Jean. — “Régimes matrimoniaux”, por VAREILLE, Bernard. — **JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ:** “Organisation judiciaire et juridiction”, por NORMAND, Jacques. — **LÉGISLATION FRANÇAISE ET COMMUNAUTAIRE EN MATIÈRE DE DROIT PRIVÉ**, por JAMIN, Christophe y REVET, Thierry. — **SOURCES DU DROIT EN DROIT INTERNE**, por LIBCHABER, Rémy y MOLFESSIS, Nicolas.

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT COMMERCIAL ET DE DROIT ECONOMIQUE. Ed. Sirey, Paris, 1998, n° 1, enero-marzo. “Droit du marché et droit commun des obligations. Rapport introductif”, por PICOD, Yves. — L’INFLUENCE DU DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS SUR LE DROIT DU MARCHÉ: “Les fondements et le régime de l’obligation de non-concurrence”, por SERRA, Yves. — “Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme”, por IZORCHE, Marie-Laure. — “La protection des consommateurs par le droit commun des obligations”, por Pizzio, Jean-Pierre. — L’INFLUENCE DU DROIT DU MARCHÉ SUR LE DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS: “L’emprise du droit de la concurrence sur le contrat”, por FAGES, Bertrand y MESTRE, Jacques. — “De la spécificité du préjudice concurrentiel”, por LE TOURNEAU, Philippe. — “L’attraction du droit de la consommation”, por MAZEAUD, Denis. — “L’influence du droit de la consommation sur le droit des contrats”, por CALAIS-AULOY, Jean. — “Rapport de synthèse”, por GUYON, Yves. — **CHRONIQUES DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE FRANÇAISES. ORGANISATION GÉNÉRALE DU COMMERCE:** “Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce”, por DERRUPPÉ, Jean. — “Organisation administrative et professionnelle du commerce”, por ORSONI, Gilbert. — **PROPRIÉTÉS INCORPORELLES:** “Propriété industrielle”, por AZEMA, Jacques. — “Propriété littéraire et artistique”, por FRANÇON, André. — **SOCIÉTÉS ET AUTRES GROUPEMENTS:** “Sociétés en général”, por CHAMPAUD, Claude y DANET, Didier. — “Sociétés par actions”, por PETIT, Bruno y REINHARD, Yves. — “Crédit et titres de crédit”, por CABRILLAC, Michel. — “Ventes, transports et autres contrats commerciaux”, por BOULOC, Bernard. — “Prévention - Règlement amiable - Redressement et liquidation judiciaires - Surendettement des particuliers”, por CHAPUT, Yves; DAVID, Alain; GRELON, Bernard; HAEHL, Jean-Philippe; MARTIN-SERF, Arlette y PAISANT, Gilles. — “Droit pénal des affaires”, por BOULOC, Bernard. — “Régime fiscal des affaires”, por BLANCHER, René.

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT EUROPEEN. Ed. Sirey, Paris, 1998, n° 1, enero-marzo. **ARTICLES:** “Politique communautaire de concurrence et audiovisuel: état des lieux”, por GUNTHER, Jacques-Philippe. — “De quelques questions juridiques relatives au passage à la troisième phase de l’Union économique et monétaire et au fonctionnement de celle-ci”, por PARTSCH, Philippe-Emmanuel. — “La violation de la norme communautaire et la responsabilité extracontractuelle de l’Etat”, por DANTONEL-COR, Nadine. — **CHRONIQUES:** “L’application du droit communautaire par les juridictions britanniques (1996-1997)”, por DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline; GRIEF, Nicolas y JARVIS, Malcolm A. — “Propriétés intellectuelles”, por BONET, Georges. — **DOCUMENTS. JURISPRUDENCE:** “Cour de justice des Communautés européennes. Arrêt du 14 janvier 1997, *Sté Comateb e. a. cl Directeur général des douanes et droits indirects*”,

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME. Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1998, n° 33, enero. “Aperçu critique de la législation belge en matière d'exploitation sexuelle des mineurs”, por TULKENS, Françoise y LEGREVE, Joëlle. — “La règle de l'épuisement des voies de recours internes et l'accès effectif à une juridiction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en marge des arrêts *Akdivar* et *Aksoy c. la Turquie*”, por LEGROS, Pierre y COENRAETS, Philippe. — “La jurisprudence récente de la Commission française des recours des réfugiés, entre continuité, rigueur et efforts d'adaptation”, por THOUVENIN, Jean-Marc (deuxième partie). — “Cour eur. dr. h., 7 août 1996, *Allenet de Ribemont c. la France* (obs. Silvio Marcus-Helmons: 'A propos d'une demande en interprétation')”. — “Cour eur dr. h., 18 décembre 1996, *Loizidou c. la Turquie* (obs. Jean-Pierre Cot: 'La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie Nord de Chypre')”. — “Cour eur dr. h., 22 avril 1997, *X. Y. Z. c. le Royaume-Uni* (obs. François Rigaux: 'Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme: une suite d'occasions manquées')”. — “Cour eur dr. h., 23 avril 1997, *Van Mechelen et autres c. les Pays-Bas* (obs. Jean de Codt: 'La preuve par témoignage anonyme et les droits de la défense')”. — “Cass. fr., ch. comm. 29 avril 1997, *Ferreira c. le directeur général des impôts* (obs. Jean-Jacques Louis: 'Les amendes fiscales et la Convention européenne des droits de l'homme')”.

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME. Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1998, n° 34, abril. “Le principe de laïcité de l'enseignement public à l'épreuve du foulard islamique”, por DEFFAINS, Nathalie. — “Les mouvements islamistes, la loi islamique et les droits de l'homme”, por ABU-SALIEH, Sami A. Aldeeb. — “Le sort des détenus au regard des droits de homme et du droit supranational”, por LAMBERT, Pierre. — “Cour eur. dr. h., 17 mars 1996, *Neigel c. la France* (obs. Dimitri Yernault: 'Procession d'Echternach à Strasbourg? Le droit des fonctionnaires à un procès équitable et l'exercice de la puissance publique')”. — “Cour eur. dr. h., 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c. la France* (obs. Jean-François Flauss: 'Contentieux des élections parlementaires et garanties du procès équitable')”. — En marge des arrêts *Maubleu* et *L'Hermite*: “La fin d'une résistance du Conseil d'Etat de France à la chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme: l'application de l'article 6, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme aux juridictions disciplinaires”, por ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël. — “Cons. Etat fr, ass., 14 février 1996, *Maubleu*”. — “Cons. Etat fr., 30 décembre 1996, *L'Hermite*”.

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME. Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1998, n° 35, julio. “Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme”, por FLAUSS, Jean-François. — “La notion de 'société démocratique' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, por FABRE-ALIBERT, Véronique. — “Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme”, por LAMBERT, Pierre. — “Chronique de jurisprudence du Comité des droits de l'homme (1993-1997)”, por BOSSUYT, Marc. — “Cour eur. dr. h., 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c. la Belgique* (obs. Patrick de Fontbressin: 'Liberté

d'expression, vie privée et impartialité du juge')". — "Cour eur. dr. h., 1er juillet 1997, *Oberschlick c. l'Autriche n° 2* (obs. Sylvie Peyrou-Pistouley: 'L'extension regrettable de la liberté d'expression à l'insulte')". — "Cour eur. dr. h., 29 août 1997, *Worm c. l'Autriche* (obs. Antoine Berthe: 'Le compte-rendu d'audience et l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire')". — "Cour eur. dr. h., 16 décembre 1997, *Camenzind c. la Suisse* (obs. Giorgio Malinverni: 'Variations sur un thème encore méconnu: l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme')".

REVUE UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME. Ed. N. P. Engel, Estrasburgo, 1997, vol. 9, n° 1-4, novembre. **DOCTRINE:** "Quels juges pour la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme?", por CARRILLO-SALCEDO, Juan Antonio. — "Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1996", por SUDRE, Frédéric et al. — **JURISPRUDENCE:** COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, GENÈVE/NEW YORK: "La maintien dans le couloir de la mort pendant plus d'une dizaine d'années ne représente pas un traitement inhumain / *Johnson c. Jamaïque*". — "Négation de l'holocauste / *Faurisson c. France*". — COMITÉ DES NATIONS UNIES CONTRE LA TORTURE, GENÈVE: "Risque d'un requérant kurde d'être soumis à la torture en Turquie / *Alain c. Suisse*". — COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, STRASBOURG: "Mesure d'expulsion frappant un Colombien / *H.L.R. c. France*". — "Procédure de prolongation du permis d'exploitation d'une centrale atomique conforme à la CEDH / *Balmer-Schafroth et al. c. Suisse*". — "L'article 6.1 CEDH ne s'applique pas à une procédure devant le Conseil constitutionnel siégeant en tant que juge de l'élection des députés / *Pierre-Bloch c. France*". — COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, LUXEMBOURG: "Clauses relatives aux droits de l'homme et aux principes démocratiques dans les accords de coopération de la CE avec les pays tiers / *Portugal/Conseil*". — COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, STRASBOURG: "Condamnation pour complicité de crime contre l'humanité / *Touvier c. France*". — COUR D'ARBITRAGE, BRUXELLES: "Sanction pénale réprimant la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide par le régime nazi non contraire à la Constitution". — TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE, LAUSANNE: Extradition vers la Turquie / Garanties en vue d'assurer l'efficacité de la CEDH". — **DOCUMENTATION:** "Instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme / Classification et état des ratifications au 1° janvier 1997", por MARIE, Jean-Bernard. — CONSEIL DE L'EUROPE, STRASBOURG: "Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine / Texte et Rapport explicatif". — COMITÉ EUROPÉEN POR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE, STRASBOURG: "Déclaration publique relative à la Turquie". — **AFFAIRES PENDANTES:** COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, LUXEMBOURG: "Actes de violence commis par des mouvements d'agriculteurs français à l'encontre des camionneurs étrangers / Avocat général C.O. Lenz propose de condamner la France pour cause d'entrave à la libre circulation des marchandises / *Commission/France*".

REVUE UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME. Ed. N. P. Engel, Estrasburgo, 1997, vol. 9, n° 5-8, décembre. **DOCTRINE:** "L'interdiction administrative des écrits étrangers en France - une censure discriminatoire injustifiée / Observations à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Association EGIN", por ROUGET, Didier. — **JURISPRUDENCE:** COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, GENÈVE/NEW YORK: "Expulsion d'un non-citoyen pour cause de criminalité / *Stewart c. Canada*". — "Impartialité des commissaires de la Section du statut de réfugié / *Badu c. Canada*". — "Impunité de militaires responsables de meurtres / *Chaparro et autres c. Colombie*". — COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME,

STRASBOURG: “Durée d’une procédure devant la Cour constitutionnelle allemande / *Sißmann c. Allemagne*”. — “Témoignages de policiers anonymes / *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*”. — “25.000 à 30.000 florins alloués aux requérants / *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*”. — “Condamnation en raison d’une déclaration soutenant le PKK / *Zana c. Turquie*”. — “Condamnation d’un élève officier pour insulte à l’armée / *Grigoriades c. Grèce*”. — “Allégation d’incendie de maisons par les forces de sécurité / *Mente et autres c/Turquie*”. — COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME, STRASBOURG: “Accès aux archives des greffes des tribunaux / *Interpres S.A. c. Espagne*”. — “Accès aux médias et publicité électorale / *De Angelis c. Italie*”. — “L’incapacité d’exercer une fonction publique élective suite à une mise en liquidation judiciaire n’enfreint pas l’article 6 CEDH / *Tapie c. France*”. — COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, LUXEMBOURG: “L’interprétation de la CEDH en dehors du droit communautaire / *Affaire Kremzow*”. — “Maintien du pluralisme de la presse / *Affaire Familiapress*”. — “Voies de recours contre l’interdiction d’entrée sur le territoire / *Aff. Shingara et Radiom*”. — “Actes de violence et vandalisme systématiquement tolérés par le gouvernement français mettent en cause la libre circulation de produits agricoles / *Commission/France*”. — TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE, LAUSANNE: “Loi genevoise sur les prélèvements et les transplantations d’organes et de tissus conforme à la Constitution / Consentement présumé avec un droit d’opposition”. — CONSEIL D’ETAT, PARIS: “Interdiction administrative d’une publication étrangère annulée / ‘*Euskadi en guerre*’”. — **DOCUMENTATION:** COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L’EUROPE, STRASBOURG: “La protection des témoins contre toute manœuvre d’intimidation et les droits de la défense / Recommandation n° R (97) 13 et Exposé des motifs”. — **AFFAIRES PENDANTES:** COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME, STRASBOURG: “Les revenus du PDG de Peugeot et liberté de la presse / ‘*Canard Enchaîné*’”. — “Allegations de mauvais traitements subis en prison par un détenu / *Labita c. Italie*”.

REVUE UNIVERSELLE DES DROITS DE L’HOMME. Ed. N. P. Engel, Estrasburgo, 1997, vol. 9, n° 9-12, décembre. **DOCTRINE:** “L’éloignement forcé et les risques d’excision / A propos du jugement du Tribunal Administratif de Lyon du 12 juin 1996, RUDH 1996, 230”, par JAILLARDON, Edith. — “L’interprétation de l’article 3 CEDH: réelle avancée ou restriction déguisée? / Commentaire sur l’arrêt de la CourEDH dans l’affaire *H.L.R. c. France*, RUDH 1997, 60”, par CHAUVIN, Nicolas. — **JURISPRUDENCE:** COMITÉ DE L’ONU CONTRE LA TORTURE, GENÈVE: “Risque personnel d’être soumis à la torture au Pérou / *Paez c. Suède*”. — “Risque personnel d’être soumis à la torture au Soudan / *Jerjes c. Suisse*”. — “Risque personnel d’être soumis à la torture en Iran / *Aemei c. Suisse*”. — COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME, STRASBOURG: “Expulsion vers l’Inde d’un séparatiste sikh / *Chahal c. Royaume-Uni*”. — “Expulsion vers la Somalie / *Ahmed c. Autriche*”. — “Torture (viol et autres mauvais traitements graves) d’une femme pendant sa détention à la gendarmerie / *Aydin c. Turquie*”. — “Rejet d’une demande présentée par la CommEDH en révision de l’arrêt *Pardo*”. — COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME, STRASBOURG: “Expulsion vers l’Iran / Crédibilité douteuse de la requérante / *L.I. c/ Suède*”. — “Interdiction du territoire suite à une condamnation pour trafic de drogue / *Renna c. France*”. — “Expulsion vers l’Espagne exclue en raison du statut de réfugié / *Villanueva Herrera c. France*”. — “Procès équitable et présomption d’innocence face à la liberté de la presse dans une affaire de blanchiment de l’argent de la drogue / *Magharian c. Suisse*”. — COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, LUXEMBOURG: “Discrimination fondée sur la nationalité / en l’espèce: à l’Opéra d’Athènes, dans les orchestres municipaux et dans d’autres secteurs du service public / *Commission/Grèce*”. — “Egalité de traitement entre hommes et femmes / *Affaire Marschall*”. — TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE, LAUSANNE: “Entraide judiciaire et respect des droits de la défense / Portée d’un échange de lettres entre l’Inde et la

Suisse”. — “Refus d’extrader un ressortissant italien vers l’Allemagne en raison de l’article 8 CEDH”. — **DOCUMENTATION:** PARLEMENT EUROPÉEN, STRASBOURG: “Résolution sur le Traité d’Amsterdam / Rapport de Vigo et Tsotsos”. — CONSEIL DE L’EUROPE, STRASBOURG: “Déclaration de Strasbourg des Chefs d’Etat et de Gouvernement des 40 Etats membres”. — “Convention européenne sur la nationalité / Texte et Rapport explicatif”. — **AFFAIRES PENDANTES:** COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME, STRASBOURG: “Durée d’une procédure (17 ans) / Recevabilité de la requête *Gurbuz c. France*”.

REVUE UNIVERSELLE DES DROITS DE L’HOMME. Ed. N. P. Engel, Estrasburgo, 1997, vol. 10, n° 1-2, avril. **DOCTRINE:** “La doctrine juridique chinoise et les droits de l’homme”, por ROULAND, Norbert. — **JURISPRUDENCE:** COMITÉ DES DROITS DE L’HOMME DES NATIONS UNIES, GENÈVE/NEW YORK: “Immixtion arbitraire dans la vie familiale et la vie privée par la construction d’un complexe hôtelier sur les lieux de sépulture ancestraux en polynésie française / *Hopu et al. c. France*”. — COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME, STRASBOURG: “Atteintes graves à l’environnement nuisant à la vie privée et familiale (article 8 CEDH) / Absence d’informations de la population sur les risques et les mesures à prendre en cas d’accident dans une usine agrochimique du voisinage / *Guerra et al. c. Italie*”. — COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, LUXEMBOURG: “Condition de résidence de l’assuré sur le territoire de l’Etat d’affiliation pour le bénéfice de l’allocation de dépendance contraire au règlement n° 1408/71 CEE du Conseil / *Aff. Molenaar*”. — “Refus d’un employeur d’accorder des avantages destinés en principe aux conjoints des salariés (réduction sur le prix de transport sur les lignes ferroviaires de la compagnie) à des concubines de même sexe conforme au principe de l’égalité des revenus entre hommes et femmes / *Aff. Grant*”. — CONSEIL CONSTITUTIONNEL, PARIS: “Le passage automatique à la règle de la majorité qualifiée et à la procédure de ‘codécision’ [Parlement et Conseil] dans le domaine de l’asile, de l’immigration, du franchissement des frontières intérieures, des visas et des contrôles aux frontières extérieures porte atteinte aux conditions essentielles d’exercice de la souveraineté nationale / La ratification du traité d’Amsterdam exige une révision de la Constitution”. — TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE, LAUSANNE: “Respect de la neutralité confessionnelle de l’école publique / Paix religieuse / Restrictions à la liberté de conscience et de croyance d’une enseignante fonctionnaire de l’Etat de Genève / Interdiction de porter un foulard islamique”. — **DOCUMENTATION:** “Instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme / Classification et état des ratifications au 1er janvier 1998”, por MARIE, Jean-Bernard. — **AFFAIRES PENDANTES:** COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME, STRASBOURG: “Absence de notification d’octroi ou de refus de la demande d’assistance judiciaire dans une procédure en reconnaissance de paternité hors mariage contre les héritiers du père présumé / Procès équitable / Requête *Alonso Lopez c. Espagne* recevable”. — “Accès à un tribunal (en l’espèce Cour de cassation) dans un litige entre une banque et ses clients suite à des spéculations boursières ruineuses / Requête *Kerville c. France*”.

RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE. Ed. Giuffrè, Milán, 1998, vol. 81, n° 1. **SOMMARIO:** “Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi”, por PICONE, Paolo. — “La rilevanza dell’ordine superiore nel diritto internazionale penale”, por GAETA, Paola. — “La questione della prescrittibilità dei crimini contro l’umanità: in margine al caso *Priebke*”, por STARITA, Massimo. — **NOTE E COMMENTI:** “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”, per ARANGIO-RUIZ, Gaetano. — “Sull’applicazione della teoria dei poteri impliciti da parte del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia”, per CIAMPI, Annalisa. — “Sull’uso della lingua minoritaria nel processo secondo il Patto relativo ai diritti civili e politici”, per FABBRICOTTI, Alberta. — **NECROLOGIO**: “Ricordo di Alessandro Migliazza”, per ZICCARDI, Piero. — **PANORAMA**: “Sull’interpretazione uniforme della norma sul foro contrattuale della Convenzione di Bruxelles”, per SALERNO, Francesco. — **CRONACA**: “La 68° sessione dell’Institut de droit international”, per MONACO, Riccardo. — **GIURISPRUDENZA**: GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE: “Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia” — GIURISPRUDENZA COMUNITARIA: “Trattato CE, art. 177”. — GIURISPRUDENZA ITALIANA: “Espulsione di straniero”. — “Straniero- Iscrizione ad albi professionali”. — “Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee”. — **ACCORDI INTERNAZIONALI**. ITALIA: “Comunicati del Ministero degli affari esteri pubblicati nel 1997 e relativi alla vigenza di atti internazionali”. — “Atti internazionali resi esecutivi con provvedimenti pubblicati nel 1997”. — **ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI**. NAZIONI UNITE: Consiglio di sicurezza: “Risoluzione 1132 (1997), con cui si decide l’adozione di misure a carico della Sierra Leone e si autorizza l’ECOWAS a garantirne l’attuazione”. — “Risoluzione 1134 (1997), relativa al rifiuto da parte dell’Iraq di concedere l’accesso alla Commissione speciale di controllo a siti che quest’ultima intendeva ispezionare”. — “Risoluzione 1135 (1997), sulla situazione in Angola”. — “Risoluzione 1136 (1997), relativa alla Missione interafricana di controllo del rispetto degli accordi di Bangui”. — “Risoluzione 1137 (1997), con cui si decide che gli Stati dovranno impedire l’ingresso nel proprio territorio di alcuni membri delle forze armate irachene”. — “Risoluzione 1138 (1997), sulla Missione di osservazione delle Nazioni Unite in Tagikistan”. — “Risoluzione 1141 (1997), con cui si istituisce la Missione di transizione delle Nazioni Unite ad Haiti”. — **DOCUMENTI**. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL: Risoluzioni della sessione di Strasburgo (26 agosto-4 settembre 1997”).

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO. Ed. A. Giuffrè, Milán, 1998, vol. 8, n° 1, enero. **DOTTRINA**: “Il regime Iva delle operazioni di *leasing* dei mezzi di trasporto in ambito comunitario”, per ARMELLA, Sara. — “I trasferimenti gratuiti di azienda ai familiari nella disciplina agevolativa introdotta con legge n. 662/1996”, per BEGHIN, Mauro. — “Brevi considerazioni in tema di presupposto dell’imposta successoria”, per COLLI VIGNARELLI, Andrea. — “Riflessioni in tema di capacità giuridica tributaria”, per FERLAZZO NATOLI, Luigi. — “Riflessioni in margine all’oggetto della domanda nel processo tributario”, per GIOVANNINI, Alessandro. — “Il regime impositivo della stabile organizzazione agli effetti dell’imposta sul valore aggiunto”, per LUDOVICI, Paolo. — “Le prime riflessioni dell’Oce sulla tassazione del commercio elettronico”, per MAISTO, Guglielmo. — “Usucapione, interpretazione della sentenza e imposta di registro”, per SALANITRO, Guido. — “Rubrica di diritto penale tributario”, per FORTUNA, Ennio. — “Rubrica di diritto comunitario”, per FILIPINI, Piera. — “Rubrica di diritto internazionale”, per MAISTO, Guglielmo. — **GIURISPRUDENZA E INTERPRETAZIONI MINISTERIALI**. QUESTIONI GENERALI: “Reati tributari”. — **IMPOSTE SUI REDDITI**: “Accertamento”. — “Redditi prodotti in forma associata”. — **IMPOSTE INDIRETTE**: “Imposta di registro”. — “INVIM (Imposta comunale sull’incremento di valore degli immobili)”. — “IVA (Imposta sul valore aggiunto). — **SUCCESSIONI E DONAZIONI**.

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO. Ed. A. Giuffrè, Milán, 1998, vol. 8, n° 2, febrero. **DOTTRINA**: “Prestiti gratuiti al socio e disciplina fiscale degli oneri finanziari sopportati dalla società: considerazioni sul concetto di ‘inerenza’ e sulla regola

di deducibilità (pro-rata) degli interessi passivi”, por BEGHIN, Mauro. — “I limiti della potestà regolamentare degli enti locali in materia tributaria al vaglio della Corte costituzionale”, por CARINCI, Andrea. — “Prestazioni di servizi rese in Italia da soggetti non residenti: è sempre facoltativa la nomina del rappresentante fiscale?”, por CARPENTIERI, Loredana. — “La potestà normativa degli enti locali”, por FEDELE, Andrea. — “Art. 12, comma 2, legge n. 516/1982 e potere di autotutela negativa dell’amministrazione finanziaria”, por FICARI, Valerio. — “L’accertamento e i poteri di controllo nella disciplina dell’Ici”, por LA ROSA, Salvatore. — “Il regime tributario dei dividendi relativi a partecipazioni ‘incrementali’ nel trattato Italia-Usa per evitare le doppie imposizioni sul reddito”, por LUDOVICI, Paolo. — “Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un’occasione perduta”, por MELIS, Giuseppe. — “Chiarimenti ministeriali in merito al versamento delle ritenute sugli utili corrisposti a soggetti non residenti”, por MICHELUTTI, Riccardo. — “Le mance ai *croupiers*: conferma giurisprudenziale in merito alla tassabilità e ‘sistemazione normativa’”, por PETRUCCI, Franco. — “Principio di competenza e deducibilità dei costi”, por RAVACCIA, Mario. — “La detrazione Iva nella sesta direttiva e nell’ordinamento interno: principi generali”, por SALVINI, Livia. — “Rubrica di diritto comunitario”, por FILIPPI, Piera. — “Rubrica di diritto internazionale”, por MAISTO, Guglielmo. — **GIURISPRUDENZA E INTERPRETAZIONI MINISTERIALI. QUESTIONI GENERALI:** “Accordi internazionali”. — “Reati tributari”. — **IMPOSTE SUI REDDITI:** “Accertamento”. — “Redditi di impresa”. — “Redditi di lavoro dipendente”. — **IMPOSTE INDIRETTE:** “IVA (Imposta sul valore aggiunto)”. — **TRIBUTI LOCALI:** “ICI (Imposta comunale sugli immobili)”.

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO. Ed. A. Giuffrè, Milán, 1998, vol. 8, n° 3, marzo. **DOTTRINA:** “L’individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza”, por ADONNINO, Pietro. — “Riflessioni sul giudizio di ottemperanza”, por BELLE, Brunella. — “Il nuovo canone per l’occupazione di spazi ed aree pubbliche. Tassa, corrispettivo o prezzo pubblico?”, por DEL FEDERICO, Lorenzo. — “Le esenzioni Iva e le operazioni finanziarie nell’Unione Europea: spunti di riflessione”, por FUSCO, Claudia. — “Alcune osservazioni sul decreto di riforma del regime tributario degli enti non commerciali: attività principale, attività prevalente e finalità antielusive”, por INTERDONATO, Maurizio. — “La repressione penale della protesta fiscale in Francia e in Italia: due ordinamenti a confronto”, por MARSON, Enrica. — “Sull’applicabilità del termine di prescrizione ordinario ai rimborsi dei crediti d’imposta sui dividendi spettanti a non residenti in base a norme convenzionali”, por PAROLINI, Andrea. — “Distinzioni tra lavoro dipendente ed autonomo anche ai fini fiscali elementi distintivi e conclusivi”, por PETRUCCI, Franco. — “Rubrica di diritto comunitario”, por FILIPPI, Piera. — “Rubrica di diritto internazionale”, por MAISTO, Guglielmo. — **GIURISPRUDENZA E INTERPRETAZIONI MINISTERIALI. QUESTIONI GENERALI:** “Accordi internazionali”. — “Lavoro subordinato e autonomo”. — “Proceso tributario”. — **IMPOSTE SUI REDDITI:** “IRPEG”. — “ILOR (Imposta locale sui redditi)”. — “Redditi di lavoro dipendente”. — **IMPOSTE INDIRETTE:** “Imposta di registro”. — “IVA (Imposta sul valore aggiunto)”.

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO. Ed. A. Giuffrè, Milán, 1998, n° 1, marzo. **PARTE PRIMA.** **DOTTRINA:** “Rileggendo Il contratto di lavoro (1915-17) di Ludovico Barassi”, por PERA, Giuseppe. — “L’influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento”, por ICHINO, Andrea. — “Lavoro *sans phrase* e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo”, por PEDRAZZOLI, Marcello. — “La nuove

frontiere del diritto del lavoro: AIDS e rapporto di lavoro”, por CARUSO, Bruno. — “Noterelle”, por PERA Giuseppe. —

PARTE SECONDA. NOTE A SENTENZA: “Il comparto per ricaduta tra interpretazione e integrazione del contratto collettivo”, por ALBI, Pasqualino. — “Assemblea e condotta antisindacale”, por AVIO, Alberto. — “Sul riposo compensativo oltre il settimo giorno lavorativo”, por BANO, Fabrizio. — “Registrazione delle conversazioni dei colleghi e licenziamento giustificato”, por BELLAVISTA, Alessandro. — “Socio di cooperativa e titolarità dei diritti sindacali”, por BONSIGNORIO, Davide. — “Retribuzione imponible previdenziale ed efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune”, por BRIDA, Elisabetta. — “Rassegna della giurisprudenza sul rapporto di lavoro giornalistico di fatto”, por CARO, Michele. — “Requisiti soggettivi e oggettivi del trasferimento di azienda”, por CARO, Michele. — “Sulla sospensione cautelare degli agenti autoferrottramviari e sulla competenza del giudice del lavoro a valutarne la legittimità”, por CATTANI, Marco. — “Licenziamento illegittimo nell’area della tutela obbligatoria: strumenti di tutela”, por CONTE, Giulia. — “Sul procedimento disciplinare la Sezione lavoro della Corte di Cassazione dissente dalla Sezioni Unite”, por FALERI, Claudia. — “La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento”, por ICHINO, Pietro. — “Sulla necessità di motivazione del licenziamento per superamento del periodo di comportamento di malattia”, por MARRA, Luca. — “La Sezioni Unite si pronunciano a favore di una tutela ‘oggettiva’ della libertà sindacale”, por MARTINUCCI, Giuseppe. — “Vecchie questione che ritornano in tema di qualificazione del lavoro a domicilio”, por MILIANTI, Ilaria. — “Prescrizione dei crediti retributivi, effettiva situazione psicologica di *metus* del lavoratore e certezza del diritto: l’ipotesi del lavoro in nero”, por NANNIPIERI, Luigi. — “La figura del c.d. sostituto programmato nell’esegesi dell’art. 2103 c.c.”, por PALLA, Michele. — “Sull’incerta natura dei lavori socialmente utili”, por PAPPALARDO, Fabio. — “La contrattazione collettiva a dominio confederale per il pubblico impiego”, por PERA, Giuseppe. — “Sul requisito del carattere straordinario dell’attività ai fini della legittimità del contratto a termine”, por PIZZOFERRATO, Alberto. — “Sul termine di decadenza per l’impugnazione del licenziamento della lavoratrice madre”, por PIZZOFERRATO, Alberto. — “Il condono previdenziale pregiudica l’accertamento negativo successivo?”, por RUCCI, Caterina. — “Accordo in materia di trasferimento di azienda in crisi nel ‘diritto dell’emergenza’ e continuità dei rapporti di lavoro”, por TOPO, Adriana. — “Alchimie del legislatore e occhiali del giurista nella riforma della contrattazione collettiva con le pubbliche amministrazioni”, por VALLEBONA, A. — “Aspettativa sindacale o per mandato elettorale e tutela della posizione del lavoratore”, por ZILIO GRANDI, Gaetano. —

GIURISPRUDENZA. — PARTE TERZA. NOTIZIE E COMMENTI: “Il seminario sui diritti fondamentali dei lavoratori della European Association of Labour Court Judges”, por MAMMONE, Giovanni. — **OSSERVATORIO LEGISLATIVO IN MATERIA DI LAVORO:** “La ‘Legge Treu’”, por CASTELVETRI, Laura y SCARPELLI, Franco. — **OSSERVATORIO PREVIDENZIALE:** “Provvidenze per i terremotati; Corte costituzionale e provvidenze di categoria; Corte di Giustizia e regolamento CE n. 1408/71”, por CINELLI, Maurizio; GIUBBONI, Stefano; MASTRANGELI, Fabrizio D. Y NICOLINI, Carlo Alberto. — “Convegni 1997”, por ROSSI, Costanza. — **LETTURE:** “Una risposta iper-contrattualista al problema dell’efficacia del contratto collettivo (a proposito del libro di A. Tursi, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*)”, por GHERA, Edoardo. — “Una nuova trattazione in tema di mobilità interna del lavoratore (a proposito del libro di M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*)”, por PERA, Giuseppe.

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO. Ed. A. Giiuffrè, Milán, 1998, n° 1. **ARTICOLI:** “L’abuso d’ufficio e la sospensione cautelare facoltativa dall’impiego”, por D’ALFONSO, Stefano. — “Il bicameralismo nel progetto di riforma della Costituzione italiana del 1997”, por LABRIOLA, Silvano. — “I nuovi confini dell’ente pubblico e dell’atto

amministrativo: il caso degli appalti delle società in mano pubblica”, por Graziano, Alfonso. — **RESSEGNE:** “Sulla natura giuridica della Cassa depositi e prestiti”, por MALITESTA, Vincenzo. — “L’attuazione della Carta dei servizi pubblici in Italia”, por VESPERINI, Giulio. — “La tutela dell’utente e la Carta dei servizi pubblici”, por BATTINI, Stefano. — “La Carta dei servizi pubblici e la Citizen’s Charter. La normativa sulla Carta dei servizi”, por MARCONI, Pía. — **NOTE:** “La Presidenza del Consiglio de ministri: alla vigilia della riforma”, por BATTINI, Francesco.

RIVISTA TRIMESTRALE DI SCIENZA DELL’AMMINISTRAZIONE. Analisi delle istituzioni e delle politiche pubbliche. Ed. Franco Angeli, Milán, 1997, n° 1, enero/marzo. **SOMMARIO:** LA CORRUZIONE NELLA SFERA PUBBLICA: INEFFICIENZA E FUNZIONALITÀ. — **SAGGI:** “La corruzione come problema conoscitivo”, por RUGGERI, Fedele. — “Inefficienza amministrativa e corruzione”, por VANNUCCI, Alberto. — “Funzionalità della corruzione e caso italiano”, por MAGATTI, Mauro. — “Inefficienza della pubblica amministrazione italiana come fenomeno storico-strutturale e corruzione politica come fenomeno contingente. Definizioni, teoremi e statistiche giudiziarie per delitti e responsabilità amministrativa (1975-1996)”, por BETTINI, Romano. — “Forme di controllo e corruzione politica in Italia”, por DELLA PORTA, Donatella y VANNUCCI, Alberto. — “Un’authority contro la collusione: una proposta nella prospettiva delle scelte pubbliche”, por FIORITTO, Alfredo; GRILLO, Michele; POLO, Michele; SACCONI, Lorenzo y SANCHETTI, Mario. — “Riflessioni sull’economia dell’anti-corruzione”, por FRANZINI, Maurizio. — “Corruzione e discrezionalità: per una prospettiva di approfondimento”, por POTEITA, Luciano. — “Recriminare sulla sfera pubblica”, por RESTA, Eligio.

RIVISTA TRIMESTRALE DI SCIENZA DELL’AMMINISTRAZIONE. Analisi delle istituzioni e delle politiche pubbliche. Ed. Franco Angeli, Milán, 1997, n° 2, abril/junio. — **SAGGI:** “Una riforma amministrativa senza partiti?”, por NATALINI, Alessandro. — “Operativizzare variabili complesse nello studio delle politiche pubbliche”, por GIULIANI, Marco. — “La carta dei servizi nel cestino dei rifiuti?”, por LO SCHIAVO, Luca. — “La rilevazione dei carichi di lavoro: una politica di dubbia efficacia”, por IORI, Aurelio. — “Ambasciatori e prefetti: realtà e prospettive di formazione professionale dopo le leggi di riforma ‘Bassanini’”, por LUCCHETTI, Pietro Alberto. — **RICERCHE:** “Resistenze di origine socio-culturale al cambiamento organizzativo e tecnologico presso la Corte dei conti: il caso dell’informatica”.

ROMA E AMERICA. DIRITTO ROMANO COMUNE. Ed. Mucchi, Roma, 1997, n° 3. **DIRITTO ROMANO COMUNE: PRINCIPI, CODICI “TIPO”, FORMAZIONE DEL GIURISTA:** “*Principia iuris. Principium potissima pars.* Principios generales del derecho (apuntes para una investigación)”, por SCHIPANI, Sandro. — “El derecho romano como *desideratum* del derecho del tercer milenio: los principios generales del derecho”, por REINOSO BARBERO, Fernando. — “Notas sobre los desafíos a la unificación jurídica en América Latina”, por FERNANDEZ BULTE, Julio. — “Confrontación entre el Código procesal civil modelo iberoamericano y el Proyecto de código europeo. Hacia un proceso civil universal. Las tendencias que el Código Modelo va plasmando en la realidad”, por VESCOVI, Enrique. — “Un processo comune per l’Europa: strumenti e prospettive”, por VERDE, Giovanni. — “Hacia una teoría general del proceso por los códigos procesales modelo para

Iberoamérica”, por TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. — “Los códigos uniformes y la enseñanza del derecho procesal”, por BERIZONCE, Roberto O. — “La importancia de la teoría general en el ‘Proyecto de modelo común de enseñanza del derecho procesal’”, por LANDONI SOSA, Angel. — “Sobre o ensino do direito processual”, por RANGEL DINAMARCO, C.; SCARANCA FERNANDES, A.; MAGALHAES GOMEZ, A. Jr.; CARMONA, C. Alberto y DOS SANTOS BEDAQUE, J. Roberto. — **RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE**: “Il primo volume della Enciclopedia de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, 1996”, por RESCIGNO, Pietro. — “Principi per l’unificazione del diritto in materia di responsabilità extracontrattuale (elementi costitutivi della fattispecie: colpa e ingiustizia)”, por BUSNELLI, Francesco D. — “La colpa come elemento costitutivo della fattispecie dell’illecito”, por BIANCA, Cesare M. — “La responsabilidad extracontractual en los Códigos Civiles del Mercosur”, por ALTERINI, Atilio Anfbal. — “Responsabilidad civil por daños al consumidor en el Mercosur”, por LOPEZ CABANA, Roberto M. — “Qualche riflessione sulla responsabilità del produttore funzionale all’analisi sistematica dei modelli di responsabilità civile nelle società post-moderne”, por GORASSINI, Atilio. — **STATUTO DELL’IMPRESA E MERCOSUR**: “La crisi dell’impresa nel progetto di Estatuto de la empresa para los Países del Mercosur”, por MASI, Pietro.

STANFORD LAW REVIEW. Stanford, 1997, vol. 49, n° 6, julio. **ARTICLES**: “Stories in fiction and in fact: Susan Glaspell’s *A jury of her peers* and the 1901 murder trial of Margaret Hossack”, por BRYAN, Patricia L. — “Geography and sovereignty: jurisdictional formation and racial segregation”, por FORD, Richard Thompson. — “Violence and the capital jury: mechanisms of moral disengagement and the impulse to condemn to death”, por HANEY, Craig. — **NOTES**: “Copyleft: licensing collaborative works in the digital age”, por HEFFAN, Ira V. — “The ABA should not delay on pay-to-play: regulating the political contributions of lawyers to government officials who award legal contracts”, por HEINICKE, Malcom A. — **REVIEW ESSAY**: “Eating spaghetti with a spoon”, por KALMAN, Laura. — “Original mean[der]ings”, por KOZINSKI, Alex y SUSMAN, Harry. — **BOOK NOTE**: “Can this marriage be saved? reconciling progressivism with profits in corporate governance laws”, por SCHULZE, Robert Jhon.

STANFORD LAW REVIEW. Stanford, 1997, vol. 50, n° 1, noviembre. **FOREWORD**: “Fiftieth anniversary remarks”, por DAY O’CONNOR, Sandra. — **ARTICLES**: “Tolerating deception and discrimination after Batson”, por CHARLOW, Robin. — “Paying the price for heightened ethics scrutiny: legal defense funds and other ways that government officials pay their lawyers”, por CLARK, Kathleen. — **NOTES**: “Suppressing defendant’s identity and other strategies for defending against a charge of illegal reentry after deportation”, por BLANK, Daniel. — “Face-to-face with the first amendment: Schenck v. Pro Choice Network and the right to ‘approach and offer’ in abortion clinic protest”, por HOSTETLER, Darrin Alan. — **REVIEW ESSAY**: “The moral complexities of family law”, por CAHN, Naomi R.

STANFORD LAW REVIEW. Stanford, 1998, vol. 50, n° 2, enero. **LEGISLATIVE FOREWORD**: “Fraud and federalism: preempting private state securities fraud causes of action”, por PERINO, Michael A. — **ARTICLES**: “Freeing prisoners’

labor”, por GARVEY, Stephen P. — “Intracorporate conspiracies”, por MARTIN, Shaun P. — **NOTES:** “Flagging nonstandard test scores in admissions to institutions of higher education”, por MAYER, Kristan S. — “Guidance for student peer sexual harassment? Not!”, por McBRIDE, Daniel G. — **BOOK NOTE:** “Constitutional confusion?”, por LOVITT, Ara.

STANFORD LAW REVIEW. Stanford, 1998, vol. 50, n° 3, febrero. **SYMPOSIUM. LAW AND THE POLITICAL PROCESS:** “Gerrymanders: the good, the bad, and the ugly”, por HART ELY, John. — “Politics as markets: partisan lockups of the democratic process”, por ISSACHAROFF, Samuel y PILDES, Richard H. — “The ‘political market’ metaphor and election law: a comment on Issacharoff and Pildes”, por HANSEN, Richard L. — “The fire next time: reapportionment after the 2000 census”, por KARLAN, Pamela S. — “The partisan impact of voting rights law: a reply to Pamela S. Karlan”, por LUBLIN, David y VOSS, D. Stephen. — “You don’t have to be liberal to hate the racial gerrymandering cases”, por HAYS LOWENSTEIN, Daniel. — “The donation booth: mandating donor anonymity to disrupt the market for political influence”, por AYRES, Ian y BULOW, Jeremy. — “The democratic paradox of campaign finance reform”, por ORTIZ, Daniel R. — “The hybrid nature of political rights”, por AMAR, Vikran David y BROWNSTEIN, Alan. — **BOOK NOTE:** “The era of big government is over”, por CALABRESI, Steven G.

THE YALE LAW JOURNAL. Connecticut, 1998, vol. 107, n° 4, enero. **ARTICLES:** “The color of desire: fulfilling adoptive parents’ racial preferences through discriminatory state action”, por BANKS, Richard R. — “Business subsidies and the dormant commerce clause”, por COENEN, Dan T. — **ESSAY:** “What is wrong with inflicting shame sanctions?”, por WHITMAN, James Q. — **NOTE:** “A remedy on paper: the role of law in the failure of city planning in New Haven, 1907-1913”, por FENSTER, Mark. — **BOOK REVIEW:** “Posmodernism meets practical reason”, por LIVINGSTON, Michael A. — **BOOK NOTE:** “More humble servants: a second look at the advisory role of judges”, por KOH, Jay L. — **CASE NOTE:** “Protecting public rights in private arbitration”, por LANNI, Adriaan.

THE YALE LAW JOURNAL. Connecticut, 1998, vol. 107, n° 5, marzo. **ARTICLE:** “The costs of cigarettes: the economic case for ex post incentive-based regulation”, por HANSON, Jon D. y LOUGE, Kyle D. — **ESSAYS:** “Corporate judgment proofing: a response to Lynn LoPucki’s. *The death of liability*”, por WHITE, James J. — “Virtual judgment proofing: a rejoinder”, por LoPUCKI, Lynn M. — **NOTES:** “The limits of limits on divorce”, por GORDON, Robert M. — “The transformation of work and the law of workplace accidents, 1842-1910”, por WITT, John Fabian. — **BOOK REVIEW:** “¿Hacia dónde vas Puerto Rico?”, por TORRUELLA, Juan R. — **CASE NOTES:** “Whose reasonableness counts?”, por SACHS, Benjamin I. — “Uneasy labeling”, por WIDISS, Deborah, A.

THE YALE LAW JOURNAL. Connecticut, 1998, vol. 107, n° 6, abril. **ARTICLES:** “Scientific expert testimony and

intellectual due process”, por BREWER, Scott. — “Reconceptualizing sexual harassment”, por SCHULTZ, Vicki. — **ESSAY:** “A contract theory approach to business bankruptcy”, por SCHWARTZ, Alan. — **NOTES:** “Breaking the rules?: Wittgenstein and legal realism”, por ARULANANTHAM, Ahilan T. — “Governing through contract: common law marriage in the nineteenth century”, por DUBLER, Ariela R. — **BOOK REVIEW:** “Anchors and flotsam: is evidence law ‘adrift’?”, por FRIEDMAN, Richard D. — **CASE NOTES:** “This is not a Crèche”, por AHN, Laura. — “When the taking itself is just compensation”, por STRAHILEVITZ, Lior J.

THE YALE LAW JOURNAL. Connecticut, 1998, vol. 107, n° 7, mayo. **ARTICLES:** “Regulatory costs of mystic proportions”, por HEINZERLING, Lisa. — “Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law)”, por SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel y SCHKADE, David. — **ESSAY:** “Judicial partisanship and obedience to legal doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals”, por CROSS, Frank B. y TILLER, Emerson H. — **NOTES:** “Sue and be recognized: collecting 1350 judgments abroad”, por AMLEY, Edward A., Jrs. — “Disparate impact on death row: M.L.B. and the indigent’s right to counsel at capital state postconviction proceedings”, por SNYDER, Brad. — “Black codes and broken windows: the legacy of racial hegemony in anti-gang civil injunctions”, por STEWART, Gary. — **BOOK REVIEW:** “Akhil Amar and the (premature?) demise of criminal procedure liberalism”, por SEIDMAN, Louis Michael. — **BOOK NOTES:** “The resurrection of Publius”, por IWASAKA, Ryan M. T. — “Picking moderate judges”, por SHAKOW, Thomas E.

UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW. Florida, 1997, vol. 51, n° 3, abril. **ARTICLES:** “Introduction to this symposium and a guide to issues in mergers and acquisitions”, por THOMPSON, Samuel C., Jrs. — “The director’s duty of care in negotiated dispositions”, por EISENBERG, Melvin Aron. — “The bylaw battlefield: can institutions change the outcome of corporate control contests?”, por COFFEE, John C., Jrs. — “Defensive measures in anticipation of and in response to unsolicited takeover proposals”, por BLOCK, Dennis J.; HOFF, Jonathan M. y COCHRAN, H. Esther. — “The impact of state statutes and continuing director rights plans”, por NEFF, Daniel A. — “Would the CSX/Conrail Express have derailed in Delaware? A comparative analysis of lock-up provisions under Delaware and Pennsylvania law”, por GARRITY, Vincent F., Jr. y MORTON, Mark A. — “Plain english-changing the corporate culture”, por HUNT, Isaac C., Jrs. — “Selected risk issues in merger and acquisition transactions”, por SHECTER, Howard L. — “Summary of acquisition agreements”, por KLING, Lou R.; SIMON, Eileen Nugent y GOLDMAN, Michael. — “Merger agreements under Delaware law - when can directors change their minds?”, por GILCHRIST SPARKS III, A. — “Toward a cohesive international approach to cross-border takeover regulation”, por GREENE, Edward F.; CURRAN, Andrew y CHRISTMAN, David A. — **HOT TOPIC:** “The constitutionality of statutes prohibiting and permitting physician-assisted suicide”, por ROSENN, Jonathan R. — “Too costly to live: the moral hazards of a decision in *Washington v. Glucksberg* and *Vacco v. Quill*”, por GRABOYES-RUSSO, Stephanie.— **COMMENT:** “‘Get that camera out of my face!’ An examination of the viability of suing ‘tabloid television’ for invasion of privacy”, por GONZALEZ, Eduardo W. — **CASENOTE:** “*Harris v. American Airlines*: Flying through the turbulence of federal preemption and the Airline Deregulation Act”, por HOUCHIN, John T.

UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW. Florida, 1997, vol. 51, n° 4, julio. **ARTICLES:** “Back to the future: A path to progressive reform of the U.S. international income tax rules”, por PERONI, Robert J. — “Comments on professor Peroni’s paper on reform of the U.S. international income tax rules”, por TILLINGHAST, David R. — “The future of capital export neutrality: A comment on Robert Peroni’s path to progressive reform of the U.S. international tax rules”, por LANGBEIN, Stanley I. — “Selected international aspects of fundamental tax reform proposals”, por SHAY, Stephen E. y SUMMERS, Victoria P. — “Comment: Wath’s on second?”, por MUNDSTOCK, George. — “Comment on shay and summers: selected international aspects of fundamental tax reform proposals”, por AVI-YONAH, Reuven S. — “International aspects of fundamental tax restructuring: practice or principle?”, por GRAETZ, Michael J. — “Liability of the state and its employees in the mishandling of security interests under commercial codes and motor vehicle laws”, por MURRAY, Daniel E. — “Doubting Doubtless, and All That Jazz: Establishment critiques of outsider innovations in music and legal thought”, por MARGULIES, Peter.— **COMMENT:** “Should the doctrine of lost volume seller be retained? A response to professor Breen”, por MATTHEWS, Daniel W. — **CASENOTES:** “*Missouri v. Jenkins*: Yet another complicated chapter in the desegregation saga”, por BEN, James Anthony. — “In the matter of Rhone-Poulenc Rorer: Shielding defendants under rule 23”, por UUSTAL, Laurie C.

UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW. Florida, 1997, vol. 52, n° 1, octubre. **ARTICLES:** “Insurance coverage of employment discrimination claims”, por MOOTZ III, Francis J. — “And never the twain shall meet: the best interests of children and the adversary system”, por WEINSTEIN, Janet. — “Don’t know much about history: the constitution, historical practice, and the death penalty jurisdiction of courts-martial”, por O’CONNOR, John F. — “First principles and fair consideration: the developing clash between the first amendment and the constructive fraudulent conveyance laws”, por LIPSON, Jonathan C. — “Screen verité: do rules about ethical screens reflect the truth about real-life law firm practice?”, por PIZZIMENTI, Lee A. — **COMMENT:** “The deemed transfer of recourse liabilities leads to *Owen* taxes: what is wrong with form over substance?”. — **CASENOTE:** “*Eli Lilly & Co. v. American Cyanamid Co.*: a ‘patent case’ of dangerous dicta in the Federal Circuit?”.

UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW. Florida, 1998, vol. 52, n° 2, enero. **ARTICLES:** “The SEC’s new regulation CE exemption: federal-state coordination run rampant”, por BRADFORD, C. Steven. — “Title VII and the reserve clause: a statistical analysis of salary discrimination in major league baseball”, por WILLIAMS, Jack F. y CHAMBLISS, Jack A. — “The attorney-client privilege, ethical rules, and the impaired criminal defendant”, por COHEN, James A. — **COMMENT:** “When rights collide: reconciling the first amendment rights of opposing parties in civil litigation”, por ARCO, Barbara. — **CASENOTES:** “Jurors and litigants beware-savvy attorneys are prepared to strike: has *Purkett v. Elem* signaled the demise of the peremptory challenge at the federal and state levels?”, por LAESER, Jason. — “Reasonable doubt in doubt: sentencing and the Supreme Court in *United States v. Watts*”, por WOLKOV, Sandra K.

WASEDA BULLETIN OF COMPARATIVE LAW. Ed. Waseda University, Tokio, 1996, vol. 17. **ARTICLE:** “Die Reform der japanischen Zivilprozeßordnung”, por NAKAMURA, Hideo. — **SYMPOSIUM:** “The Theory of State Intervention under the Modern - Liberal Constitution”, por OSUKA, Akira. — “Litigation, Administrative Relief and Political Settlement for Compensating Victims of Pollution: Minamata Mercury Poisoning after 40 years”, por FUJIKURA, Koichiro. — “The Financial ‘Big Bang’ of 2001: Law and the Role of Government”, por OSAKI, Yasuhiro. — “Care for the Elderly and Management of Their Property”, por TANAMURA, Masayuki. — **DEVELOPMENTS IN 1996.** MAJOR LEGISLATION: **1.** Constitutional and Administrative Law. **2.** Labor Law. **3.** International Law. — MAJOR JUDICIAL DECISIONS: **1.** Constitutional and Administrative Law. **2.** Law of Property and Obligations. **3.** Law of Civil Procedure and Bankruptcy. **4.** Criminal Law. **5.** Commercial Law. **6.** Labor Law. **7.** International Law. — ACTIVITIES OF ACADEMIC SOCIETIES: **1.** Constitutional and Administrative Law. **2.** Law of Property and Obligations. **3.** Family Law. **4.** Law of Civil Procedure and Bankruptcy. **5.** Criminal Law and Procedure. **6.** Commercial Law. **7.** Labor Law. **8.** Legal History, Sociology of Law and Legal Philosophy: **a.** Legal History; **b.** Sociology of Law; **c.** Legal Philosophy. **9.** International Law. **10.** Comparative Law.